

LA RETRAITE DES FONCTIONNAIRES

Le droit à pension fut accordé aux militaires par les lois des 11 et 18 avril 1831 et aux fonctionnaires civils par la loi du 9 juin 1853, et la loi du 14 avril 1924 créera un régime commun. Dans ce cadre, certains avantages ont été réservés aux mères de famille fonctionnaires pour qu'elles puissent bénéficier de la jouissance immédiate de leur pension dès lors qu'elles réunissaient certaines conditions. La loi 64-1339 du 26 décembre 1964 instituant le Code des pensions civiles et militaires de retraite ne remettra pas en cause le principe de ces avantages réservés aux femmes. Pour les salariés du secteur privé, ce n'est que par la loi du 30 avril 1930 que sont créés les assurances sociales avec une section retraite obligatoire par capitalisation.

La Cour de Justice des Communautés Européennes par deux arrêts, du 29 novembre 2001, n° [C-366/99 GRIESMAR](#) et 13 déc. 2001, n° [C-206/00, Mouflin](#), rappelant que **le régime de retraite de la fonction publique constituait un élément du salaire du fonctionnaire** a jugé qu'en conséquence ces avantages, l'article L.12 (bonification de retraite d'un an par enfant) et l'article L.24 (jouissance immédiate de la retraite au bout de 15 ans, si elles avaient eu trois enfants) réservés aux seules femmes fonctionnaires étaient en violation du principe d'égalité de rémunération. Le Conseil d'Etat s'est rangé à cette jurisprudence. Dès lors, de nombreux fonctionnaires ont demandé à bénéficier de ces avantages et essuyant un refus, déféré la décision de leur administration devant les tribunaux administratifs.

Dans ce contexte est intervenue la loi 2003-775 du 21 août 2003, visant en elle-même, selon l'exposé des motifs, à réduire la charge budgétaire des retraites. Les articles 42, 53 et 54 (devenus articles L 3, L24 et 25 du CPCMR) instituent une réduction rétroactive des droits acquis, pour les fonctionnaires titularisés avant la publication de la loi, en prévoyant que les droits à la retraite ne seront plus calculés en fonction de la législation applicable à la date de départ mais à la date de paiement, c'est-à-dire à la date où le droit à jouissance est ouvert (60 ans en général).

Mais en outre, dans son article 48, la loi modifie rétroactivement l'article L.12 sur la bonification : elle est supprimée pour l'avenir et, pour les naissances antérieures à 2003, n'est plus réservée aux «femmes fonctionnaires» mais aux fonctionnaires ayant interrompu leur activité pendant une durée fixée par décret du 26 décembre 2003 à plus de deux mois.

Puis le 30 décembre 2004, par un amendement, le gouvernement modifie l'article L.24 du CPCMR sur la retraite anticipée, en la réservant aux fonctionnaires qui ont interrompu leur activité pendant une durée fixée par le décret du 10 mai 2005 de plus de deux mois. Cet amendement est également d'application rétroactive.

La jurisprudence GRIESMAR est ainsi écartée en même temps qu'un régime moins favorable est appliqué aux fonctionnaires, qu'ils aient été recrutés avant ou après cette réforme. Cette rétroactivité, concernant ceux déjà en poste semble très critiquable pour les raisons suivantes.

I Les apports de la loi de réforme

1 Elle comporte des articles expressément rétroactifs,

visant à réformer les anciennes dispositions des articles L 12 et L 24 I 3°, critiquées par la CJCE. Mais, le Conseil d'Etat, suivi par le Service des Pensions, avait déjà été amené à réduire les conséquences de cette rétroactivité :

1 - pour l'article L.12, il est précisé au guide du Ministère de la fonction Publique, page 19 : **article 48 II de la loi : ces nouvelles dispositions du b de l'article L12 du code des pensions civiles et militaires de retraite s'appliquent aux pensions liquidées à compter du 28 mai 2003**) et page 20 : **Procédures et règles de liquidation à appliquer :**

1) Avant la publication du décret :

Il convient d'appliquer la réglementation antérieure à la réforme des retraites (décision du Conseil constitutionnel du 14/08/2003) c'est à dire :

- pour les fonctionnaires féminins : accord dans les conditions antérieures
- pour les fonctionnaires masculins : rejet puis accord si une décision de justice intervient favorablement.

2) A compter de la publication du décret (soit à compter du 1^{er} janvier 2004) :

- les liquidations sont effectuées selon la réglementation nouvelle dans les mêmes conditions pour les fonctionnaires féminins ou masculins.

Dès le 5 avril 2004, le ministère reconnaît l'illégalité de la rétroactivité de l'article 48 II, mais il refuse de l'admettre spontanément, en espérant décourager le maximum de postulants : il leur faut demander au Tribunal Administratif de l'y forcer et d'attendre plusieurs années le jugement favorable.

2 - pour l'article L.24 I – 3 : l'illégalité a été également partiellement reconnue par le Conseil d'Etat dans son [avis 277975 du 27 mai 2005](#), [arrêt WESSANG 268192 du 06/02/2006](#) et [BARRITAUULT 255656 et 266489 du 26/09/2005](#), dont le Service des pensions a tenu compte dans sa [note 776 du 10/06/2005](#).

Ici encore, le Conseil d'Etat, dans différents arrêts a déjà reconnu l'inopposabilité de la loi nouvelle aux litiges en cours, sur la base des conventions : §1 art 6 CEDH pour la rétroactivité dans l'arrêt CE 268192 du 06/02/2006, 277975 du 20/05/2005 ou 286122 du 18/07/2006, art 1 du protocole additionnel à la CEDH dans l'arrêt CE 0500329 du 30/11/2005. Et le Service des Pensions, dans son bulletin officiel 474 C-D1 06-4, a abandonné, pour le calcul de l'annuité de l'article L 24 I 3e la référence à l'année de liquidation pour retenir les droits acquis l'année au cours de laquelle les conditions de l'article L 24 I 3 étaient réunies.

2 Elle a eu également pour effet, de modifier les droits acquis par les fonctionnaires en activité.

En effet, à la page 7 du Guide « [Réforme des retraites](#) » du 5 avril 2004, il est indiqué:

Article 42 de la loi modifiant l'article L.3 du code des pensions Radiation des cadres et liquidation de la pension

Article L3

Les fonctionnaires civils et militaires ne peuvent prétendre à pension au titre du présent code *dans les conditions définies aux articles L.24 et L.25* qu'après avoir été radiés des cadres, soit sur leur demande, soit d'office, en application des règles posées :

- a) Pour le personnel civil, par le statut général de la fonction publique ou les statuts particuliers ;
- b) Pour le personnel militaire, par les textes qui le régissent.

La possibilité de liquider une pension avec certificat à jouissance différée disparaît à compter du 1^{er} janvier 2004. Les agents radiés sans possibilité de faire valoir leur droit à pension dans le cadre de l'article L. 24 devront attendre de remplir les conditions définies à l'article L. 25 pour obtenir la liquidation de leur pension.

Ainsi, à titre d'exemple, lorsque la personne a démissionné et qu'elle occupait un emploi sédentaire, elle ne pourra obtenir la liquidation de sa pension avant d'avoir atteint l'âge de 60 ans. En conséquence, ces personnes se verront appliquer les droits en vigueur au moment où ils remplissent la condition d'âge ; les paramètres de calcul de la pension (durée de cotisation exigée, taux de décote, etc.) seront ceux en vigueur au moment de la mise en paiement de la pension et non à la date de radiation des cadres.

Et, page 27 :

Le nombre de trimestres nécessaire pour avoir une pension à taux plein évolue dans les conditions posées par l'article 66 de la loi : il passe de 150 en 2003 à 160 en 2008.

OUVERTURE DES DROITS	DURÉE COTISATION TRIMESTRES	DE EN	TAUX
jusqu'en 2003	150		2 %
en 2004	152		1,974 %
en 2005	154		1,948 %
en 2006	156		1,923 %
en 2007	158		1,899 %
en 2008	160		1,875 %

Ensuite il évolue dans les conditions précisées à l'article 5 de la loi : à compter de 2009 la durée des services nécessaires pour bénéficier d'une pension à taux plein est majorée d'un trimestre;se par an pour atteindre 41 annuités en 2012 sauf si un décret contraire vient ajuster ce calendrier.

Soit en 2010 : 162 trimestres et $75/162 = 1,8518$ % par an et pour 35 années de cotisations : 64,8148 % au lieu de 70 %

Ainsi, un fonctionnaire ayant cotisé 35 ans s'il demandait sa retraite avant le 31/12/2003, pour la percevoir à ses 60 ans, obtenait une retraite de 70 % de son salaire, mais s'il la demandait après, il ne pouvait plus espérer percevoir que 64,8 %, à condition d'atteindre ses 60 ans avant 2008, puisqu'un nouvel examen des avantages retraite est prévu pour cette date. Donc, par ces dispositions, tous les fonctionnaires ont perdu une partie du « capital retraite » accumulé les années passées.

II Cette rétroactivité est contestable

1 Les articles expressément rétroactifs

Ces articles s'appliquent à toutes les demandes antérieures n'ayant pas fait l'objet d'un jugement favorable devenu définitif. Mais cette rétroactivité a d'emblée été contestée. Il s'agit en effet d'une ingérence du pouvoir exécutif dans le judiciaire, pour contrecarrer une jurisprudence défavorable à l'État, contraire à nos principes constitutionnels et au droit à un procès équitable assuré par le paragraphe 1 de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme.

En effet, le droit à la retraite constitue un droit à caractère civil au sens du paragraphe 1 de l'article 6 aux termes duquel : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi et qui décidera () des contestations sur des droits et obligations de caractère civil () » : Conseil d'État avis n° 277975 du 27/05/2005. L'illégalité de la rétroactivité de la loi de réforme des retraites est confirmée par une jurisprudence récente :

1 - les textes rétroactifs sont contraires à la convention et ne doivent pas être appliqués : arrêt Cour de Cassation, Ch. Soc. 24/04/2001 publié au Bulletin 536 du 01/06/2001, en ce qui concerne la loi AUBRY 2, arrêt du Tribunal Administratif Paris, 2ème section, 2ème chambre, 11 décembre 2006, nos 0001149-0001155, SA AUTOMOBILES PEUGEOT,

2 – à défaut, il peut en être demandé réparation à l'État : arrêts CEDH Maurice c. France - req. n/ 11810/03 et Draon c. France - req. n/ 1513/03, (Grande Chambre) du 6 octobre 2005 en ce qui

concerne les suites de l'arrêt PERRUCHE, arrêts [CEDH du 09/01/2007 AUBERT et huit autres, requête 31501/03](#), rapporté au [Bulletin d'information de la Cour de Cassation 655 du 15/02/2007](#) et surtout dans l'ordre interne : [CE ass. 08/02/2007, n° 279522 GARDEDIEU](#) Juris-Data 2007-071434 JCP G II 10045.

2 Mais les dispositions du nouvel article L24 ne devraient pas s'appliquer aux fonctionnaires en poste avant 2004

En effet, les avantages accordés par l'ancienne rédaction du Code des Pensions constituent un droit patrimonial, une créance, garantis par l'article 1er du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, comme l'a indiqué à plusieurs reprises le Conseil d'Etat :

CE 24/12/2004 n° 265097 publié au Bulletin du Service des Pensions BO468 B B9 05 02 : *"Considérant que les pensions constituent des créances qui doivent être regardées comme des biens au sens de l'article 1 du premier protocole additionnel à la CEDH"*

CE 29/12/2004 n°265846 FRETTE publié au Bulletin BO 468 B B9 05 03 , *"Considérant, il est vrai, que le droit à l'allocation d'une pension constitue, pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir, un bien au sens de l'article 1er ... "*

Avis CE 25/05/2005 publié BO 469 B D1 05 1 : *"le droit ouvert par les dispositions de l'article L24 constitue dès lors un droit à caractère civil au sens de l'article 6 §1 (...) et une créance au sens de l'article 1"*

CE 03/05/2006 n° 279133 : *"Considérant, d'autre part, que le droit à l'allocation d'une pension de retraite constitue, pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir, un bien au sens de l'article 1er du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (...)"*.

Cet article 1 stipule que *« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international »*.

Or, contrairement au Conseil d'Etat, ni la jurisprudence CEDH ni celle de la Cour de Cassation ne reconnaissent l'intérêt général dans le seul coût financier pour la puissance publique et son budget : [arrêt Cour de Cassation, Ch. Soc. 24/04/2001](#) publié au [Bulletin 536 du 01/06/2001](#), en ce qui concerne la loi AUBRY 2, [CEDH du 09/01/2007 AUBERT et huit autres, requête 31501/03](#)..

De même, on ne peut reconnaître l'intérêt général dans la simple allégation d'une « nécessité de mettre le droit français en conformité avec les conventions », car cette nécessité n'existait pas : il aurait suffi que le ministre impose à ses services, d'appliquer la jurisprudence d'égalité aux nouvelles demandes sans modifier le Code des Pensions. C'est même **ce qu'il aurait du faire** comme le précise l'arrêt [CE 245076 du 30/07/2003](#)) : *« il appartient aux ministres, dans l'hypothèse où des dispositions législatives se révéleraient incompatibles avec des règles communautaires, de donner instruction à leurs services de n'en point faire application »*.

La loi de 2003 n'est donc en rien justifiée par l'harmonisation du code des Pensions à la jurisprudence, la résorption du déficit public ne justifie pas la réduction des droits et créances que les fonctionnaires tiraient de leur conditions de rémunération. Cette suppression, contrairement à ce qu'a jugé ces derniers temps le Conseil d'Etat est bien illégale.

III Mais, à supposer que la CEDH admette cet « intérêt général », elle impose d'indemniser les fonctionnaires de la perte de leurs droits.

En effet, même en supposant que le Conseil d'Etat a eu raison de reconnaître que l'intérêt général autorise cette suppression, celle-ci aurait du s'accompagner d'une juste indemnisation. Celle-ci est en effet prévue

- par la Constitution et notamment l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme. (Cons. Constit. 10/01/2001, n° 2000-440),
- ainsi que par la jurisprudence de la CEDH, citée par l'Observatoire de droit européen de la Cour de Cassation : CEDH *Lithgow et autres c. Royaume Uni* du 8 juillet 1986, req. N° 9006/80, 9262/81 ([les Chambres civiles et la convention EDH, page 23](#)) :

*« La notion de « biens » constitue pour la Cour européenne une notion autonome, ce qui lui permet de ne pas la limiter à la propriété des biens corporels mais d'y inclure notamment les sûretés réelles, certains biens incorporels. Dans une conception extensive des « biens », elle a recours au concept d'espérance légitime. Les arrêts *Maurice c. France - req. n/ 11810/03* et *Draon c. France - req. n/ 1513/03*, (Grande Chambre) du 6 octobre 2005 illustrent la mise en oeuvre de ce concept.*

*La Cour estime depuis l'affaire *Lithgow* que “l'obligation d'indemniser découle implicitement de l'article 1er du protocole n° 1 pris dans son ensemble” (§ 109) et fait peser sur les États des obligations positives de protection de ce droit. »*

Dans le même sens, arrêt CEDH **PERDIGÃO c. PORTUGAL** (*Requête n° 24768/06*) du 4 août 2009 :

La Cour rappelle que, pour être compatible avec la norme générale énoncée à la première phrase de l'article 1 du Protocole n° 1, une ingérence dans le droit au respect des biens d'une personne doit ménager un « juste équilibre » entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu.

Ainsi, sans le versement d'une somme raisonnablement en rapport avec la valeur du bien, une privation de propriété constitue normalement une atteinte excessive aux droits de l'individu.

Aux yeux de la Cour, de telles conditions de dédommagement – ou plus exactement une telle absence de dédommagement – ne sauraient en principe respecter le « juste équilibre » voulu par l'article 1 du Protocole n° 1, disposition qui, à l'instar de toute la Convention, doit être interprétée de manière à garantir des droits concrets et effectifs et non pas théoriques ou illusoire (*Comingersoll S.A. c. Portugal* [GC], n° 35382/97, § 35, CEDH 2000-IV).

Donc le Conseil d'Etat est dans l'illégalité puisqu'il accepte la suppression des avantages de retraite sans accorder l'indemnisation correspondante.

IV En conclusion, les fonctionnaires recrutés avant la loi doivent garder les conditions du régime de retraite et les avantages acquis avant la loi, soit dans le cadre de la liquidation de leur pension, sinon par une indemnité en capital.

La réduction du taux des droits correspondants aux cotisations versées depuis 2004 et la réduction rétroactive des droits acquis avant, instituée par les articles 42, 53 et 54 de la loi 2003-775 (devenus L3, L 24 et 25 du CPCMR) ne peut donc s'appliquer aux fonctionnaires recrutés avant la loi de 2003, qui doivent conserver le régime issu de l'ancienne rédaction du code des Pensions, qui leur a été offert dans leur rémunération de l'époque. Les articles L12 et L24 doivent leur être appliqués

conformément à l'ancien code tel qu'explicité par la jurisprudence Griesmar et Moufflin. Ils doivent conserver les droits déjà acquis et continuer à être rémunérés aux conditions antérieures à la loi, et donc en bénéficiaire pour les années travaillées depuis la loi de 2003.

A défaut, ils doivent être indemnisés et dans ce cas, on ne voit pas bien l'intérêt pour l'Etat de vouloir leur appliquer la nouvelle loi, car la suppression des avantages acquis, si elle entraîne une réduction des mensualités de retraite, l'oblige par contre à un versement immédiat en capital. A titre d'exemple, le Service des Pensions me refusant la bonification pour enfants et les annuités acquises durant l'instance au TA, m'accorde 71,50 % de ma rémunération au lieu de 80 %, s'il a raison, il me doit une indemnité égale à $25\,822,42 / 71,5 \times 80 - 25\,822,42 = 3\,069,80$ € par an. Cette somme, capitalisée selon le barème des rentes viagères pour un bénéficiaire de 54 ans, équivaut à un capital de $3\,069,8 \times 23,783 = 73\,009,05$ €.