

ÊTRE PARENT : QUELLES CONSÉQUENCES JURIDIQUES POUR LE TRAVAILLEUR ?

II. Les non salariés : les oubliés ?

Être parent : quel impact pour les fonctionnaires ?

par Isabelle DESBARATS,
Professeur, CDA, Université Toulouse Capitole

PLAN

I. La parentalité : un impact comparable sur la carrière des salariés et des fonctionnaires

A. Au moment de la naissance ou de l'adoption. De quelques évolutions relatives aux congés de maternité, paternité et d'adoption

B. Après la naissance ou l'adoption - Des mécanismes destinés à mieux concilier vies professionnelle et familiale

II. La parentalité : un impact différencié sur la retraite des salariés et des fonctionnaires

A. L'extinction d'un dispositif spécifique à la fonction publique : le départ à la retraite anticipé pour les parents de trois enfants

B. Les droits familiaux dans le secteur privé et dans la fonction publique : match nul ?

L'image est bien ancrée et perdue : le fonctionnaire est un « citoyen spécial », représentant l'État et donc soumis à des règles dérogatoires du droit commun. En effet, au motif que « toute fonction publique contient un ministère de service public ou un office qui n'est pas réductible à l'idée d'un simple travail », il est soumis à un statut dont le respect est présenté comme « un gage de protection de la démocratie » : l'idée phare est que, en protégeant les fonctionnaires « de l'arbitraire », ce statut évite « l'instrumentalisation de l'administration à des fins partisans par un pouvoir politique quelconque » (1).

Pourtant, le fait est là. Pour plusieurs raisons, l'époque est marquée par un irréductible processus de rapprochement des situations dans lesquelles se trouvent placés les fonctionnaires et les salariés. S'opère ainsi une profonde transformation de la fonction publique, parfois perçue comme une régression, et que traduit un triple phénomène. D'abord, une application parfois directe du droit du travail aux agents publics, comme c'est le cas pour le droit de grève. Ensuite, des interactions croissantes entre droits du travail et de la fonction publique, ainsi qu'on l'observe à propos des agents non titulaires de droit public, auxquels s'appliquent certaines règles de droit du travail qualifiées de principes généraux du droit. Enfin, un processus de « travaillisation » (2) du régime applicable aux agents publics, résultant de cette triple influence : l'importation de règles du droit du travail dans le champ du droit public (lutte contre les discriminations ...) ; l'alignement progressif de la situation des agents publics sur celle des salariés (exemple des retraites) ; l'ouverture du droit public à une logique de contractualisation.

Dans ce contexte, *quid* de l'impact de la parentalité sur la carrière des fonctionnaires et leur retraite ? Sont-ils, une fois encore, dans une situation de « privilégiés », ainsi qu'on le relève souvent, voire qu'on le leur reproche en raison de cette situation statutaire qui les mettrait à l'abri des aléas de la vie professionnelle ? Sont-ils, au contraire, les « oubliés » d'une réglementation qui, une fois n'est pas coutume, serait plus protectrice pour les salariés que pour eux ?

Comme on va le voir, c'est une approche nuancée qui s'impose, tant du point de vue de l'impact de

la parentalité sur la carrière du fonctionnaire que sur sa retraite, cette prudence se justifiant d'autant plus que la diversité est ici la règle. Une première raison tient au fait que, loin de constituer une catégorie homogène, les « fonctionnaires » sont soumis à des règles variables selon le volet dont ils relèvent : fonction publique d'État, hospitalière ou territoriale. La seconde est relative au fait que ces « fonctionnaires » sont loin d'être les seuls « travailleurs » de la fonction publique, puisque doivent être également ainsi qualifiés les « stagiaires », « auxiliaires » et autres « contrac-

(1) <https://www.carrieres-publiques.com/actualite-fonction-publique-rapprochement-du-statut-de-la-fonction-publique-sur-le-code-du-travail-quelles-garanties-d-356>.

(2) M. Touzeil-Divina, « Travaillisation » ou « privatisation » des fonctions publiques ?, AJFP 2010, n° 5, pp. 228.

tuels », qui sont, en principe, soumis au droit public (3), sauf lorsqu'ils sont agents de droit privé par détermination de la loi.

Le choix ayant été fait de centrer le regard sur la situation des fonctionnaires, en comparaison avec celle des salariés également parents (3 bis), un double constat s'impose alors : si l'impact de la parentalité semble comparable sur la carrière des salariés et des fonctionnaires (I), une conclusion différente s'impose, concernant ses effets sur la

retraite des uns et des autres (II). Cependant, il s'agit là de lignes de force susceptibles d'évoluer en raison des tendances lourdes qui imprègnent la matière : d'une part, la recherche d'équité entre les régimes de retraite, d'autre part – au sein de chaque régime – la lutte contre les discriminations fondées sur le sexe et la recherche d'une égalité réelle entre les femmes et les hommes, le tout sous la surveillance du juge communautaire et dans un contexte d'évolutions profondes du couple et de la famille (4).

I. La parentalité : un impact comparable sur la carrière des salariés et des fonctionnaires

S'interroger sur les effets de la parentalité sur la carrière des fonctionnaires conduit à distinguer deux périodes. La première est celle des congés pouvant être pris par la mère et/ou le père, au moment de la naissance : une question qui a suscité des mises au point (A). Quant à la seconde, elle est celle de la conciliation entre vies familiale et professionnelle, au soutien de laquelle plusieurs mécanismes sont mobilisés dans la fonction publique, semblables à ceux en vigueur dans le secteur privé (B).

A. Au moment de la naissance ou de l'adoption. De quelques évolutions relatives aux congés de maternité, paternité et d'adoption

Deux évolutions à signaler : la première traduisant une volonté de mieux lutter contre les discriminations liées à la maternité (1.) ; la seconde, un souci de facilitation de l'exercice conjoint de la parentalité, sans référence au sexe des parents (2.).

1. De la lutte contre les discriminations liées à la maternité

À l'instar de la salariée, toute femme enceinte, agent public, bénéficie du congé de maternité – qu'elle soit fonctionnaire, stagiaire ou contractuelle – d'une durée égale à celle prévue par la législation

sur la Sécurité sociale (5). Ce congé est considéré comme une période d'activité pour tous les droits à avancements et retraite, les droits à congés annuels et à RTT. Pour l'agent stagiaire, son stage est prolongé de la durée du congé de maternité, la titularisation prenant effet à la fin de la durée statutaire. Quant à l'impact du congé sur la rémunération, il varie selon qu'est concernée une fonctionnaire ou une contractuelle, alors que, pour leur part, les salariées sont indemnisées sous conditions (6). S'agissant des fonctionnaires, le principe est que le traitement indiciaire et la nouvelle bonification indiciaire sont versés intégralement durant toute la durée du congé, avec, cependant, des applications variables selon les versants de la fonction publique (7). Pour sa part, l'agent contractuel conserve son traitement s'il justifie de 6 mois de services ou, à défaut, perçoit les indemnités journalières de la Sécurité sociale.

Cependant, en dépit de la clarté des principes, des agents en congé de maternité ont pu juger infondées des conséquences tirées de leurs absences, ce qui a amené le Défenseur des droits (8), puis le ministère des Solidarités et de la Santé (9) à rappeler les règles applicables en matière de notation, ainsi que l'interdiction de toute pratique discriminatoire liée au sexe, à la maternité et à la grossesse : ainsi a-t-il été souligné que « la réglementation ne permet pas, sous peine

(3) TC 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône-Alpes c/Conseil de prud'hommes de Lyon*, n° 03.000.

(3 bis) A noter que ne sera pas ici approfondie la question du supplément familial de traitement, qui est un complément de traitement versé aux agents publics français en raison de leurs charges de famille, et dont le maintien est controversé. (V. Les allocations familiales des fonctionnaires dans le viseur ?, *Liaisons sociales Quotidien - L'actualité*, N° 16698, Section Acteurs, débats, événements, 24 octobre 2014 ; Les solutions prônées par la Cour des comptes pour maîtriser la masse salariale de l'État, *Liaisons sociales Quotidien - L'actualité*, N° 16911, 11 septembre 2015).

(4) M-C Amauger-Lattes, « Vie professionnelle du salarié et parentalité : vers l'égalité réelle entre les femmes et les hommes ? », *Mélanges en l'honneur de Claire Neirinck*, 2015.

(5) V. <https://www.fonction-publique.gouv.fr/conge-de-maternite>.

(6) V. <https://www.ameli.fr/haute-garonne/assure/remboursements/indemnites-journalieres/conge-maternite>.

(7) Congés familiaux et temps partiel dans la fonction publique : incidences sur la rémunération et la retraite, DGAFP, 2017, p 7.

(8) D. MLD-2016-117 du 24 mai 2016 relative à une pratique de notation visant à geler la note chiffrée des agents absents.

(9) Note d'information DGOS du 6 juin 2017 relative aux droits des agents en situation de parentalité.

d'illégalité et de discrimination, de geler la notation ou de procéder à un abatement de la prime de service des agentes absences pour congé de maternité ». À noter qu'*a priori*, ce « rappel à l'ordre » ne semble concerner que les seuls droits des agents dans les établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux : un rappel d'autant plus justifié que « plus de 77 % des effectifs sont des femmes dont, souvent, les conditions de travail (...) impliquent un congé de maternité associé à un congé pathologique allongeant la durée de l'absence du fait de la grossesse à six mois ou plus » (10). En réalité, cette mise au point est destinée à tous les agents des trois fonctions publiques.

2. Une facilitation de l'exercice conjoint de la parentalité sans référence au sexe des parents

C'est pour favoriser l'exercice conjoint de la parentalité que la loi du 20 avril 2016 a apporté les précisions suivantes, concernant le congé de maternité, le congé pour adoption et le congé de paternité et d'accueil.

La première précision concerne l'hypothèse du décès de la mère à l'accouchement ou pendant le congé postnatal : le père fonctionnaire bénéficie dorénavant d'un droit à congé avec traitement, pour la durée restant à courir entre la date du décès et la fin de la période d'indemnisation dont la mère aurait bénéficié. La deuxième porte sur le droit au congé pour adoption, qui est ouvert à l'un ou l'autre des parents adoptifs : désormais, ce congé peut être réparti entre les deux, avec possibilité de fractionnement entre eux. Enfin, deux clarifications sont apportées au congé de paternité et d'accueil, dont peuvent bénéficier les fonctionnaires ou agents contractuels dans toutes les fonctions publiques (11). D'abord, il est précisé que ce congé peut être fractionné en deux périodes, dont l'une au moins égale à 7 jours : une mesure de souplesse dont les salariés sont privés. Ensuite, il est indiqué que le congé peut être attribué soit au père de l'enfant, soit à la personne qui est mariée, pacsée ou vit maritalement avec la mère. Ainsi est opéré un alignement des règles applicables dans le secteur public sur celles en vigueur dans le secteur privé, telles qu'issues de la loi du 12 décembre 2012, qui a étendu le bénéfice du congé de paternité au conjoint de la mère, même s'il ne s'agit pas du père de l'enfant. À noter qu'à l'instar de ce qui est admis dans le secteur privé, le congé de paternité doit pouvoir bénéficier à la compagne fonctionnaire de la mère, les conjoints

de même sexe devant bénéficier des mêmes droits que les autres.

B. Après la naissance ou l'adoption – Des mécanismes destinés à mieux concilier vies professionnelle et familiale

C'est notamment dans le cas où un travailleur souhaite disposer de temps pour s'occuper d'un enfant malade ou handicapé que le législateur a mis en place des dispositifs particuliers permettant de mieux articuler vies professionnelle et familiale : il s'agit de dispositifs permettant de réduire ou de suspendre temporairement l'activité professionnelle et qui sont similaires pour la fonction publique et le secteur privé (2.). En outre, un autre mécanisme peut être évoqué, dont la portée est cependant plus large, puisque n'étant pas liée à l'état de santé de l'enfant : il s'agit du congé parental d'éducation (1.).

1. Le congé parental d'éducation dans les secteurs privé et public : similitudes et dissemblances.

Le principe est clair : qu'ils soient salariés, fonctionnaires ou agents non-titulaires des trois fonctions publiques, les pères et les mères ayant au moins un an d'ancienneté peuvent bénéficier d'un congé parental d'éducation, non rémunéré, à la naissance de l'enfant et jusqu'à ses trois ans.

Quant aux modalités de prise de ce congé, elles sont analogues dans le secteur privé et dans la fonction publique, comme en attestent ces deux règles. D'une part, le salarié comme l'agent peuvent opter pour un congé pris à temps complet ou à temps partiel : l'employeur – public ou privé – ne peut refuser le congé, même à temps partiel, mais la durée du travail et la répartition des horaires doivent être fixées en accord avec lui. D'autre part, le congé parental peut être pris par l'un des parents ou par les deux, successivement ou simultanément. Dans ce cas, le montant des deux allocations versées ne doit pas dépasser celui versé pour le cas d'une cessation totale d'activité (prestation partagée d'éducation de l'enfant).

En revanche, les démarches, ainsi que l'impact du congé varient selon le secteur dans lequel il est pris (12).

Une première différence tient au moment où l'employeur doit être informé du souhait du

(10) V. note d'information précitée.

(11) Le fonctionnaire et l'agent contractuel ayant au moins 6 mois d'ancienneté perçoivent l'intégralité de leurs traitements ; à défaut, les indemnités journalières de la Sécurité sociale.

(12) V. <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F517>.

travailleur de profiter d'un congé parental. En effet, alors que, dans le secteur privé, l'employeur doit être informé au moins un mois avant la fin du congé de maternité, le délai est de deux mois dans le secteur public.

Une deuxième différence tient à la durée du congé, qui est de 12 mois renouvelables deux fois pour les salariés alors que, pour les fonctionnaires, le congé est accordé par période de 6 mois renouvelables jusqu'aux 3 ans de l'enfant, avec des aménagements pour les agents contractuels.

Une troisième dissemblance concerne l'impact du congé sur la carrière. En effet, pour le salarié dont le contrat de travail est suspendu pendant le congé, la durée de celui-ci est prise en compte pour moitié pour le calcul de l'ancienneté, et le salarié conserve tous les bénéfices acquis précédemment. Pour sa part, le fonctionnaire conserve ses droits à avancement d'échelon en totalité la 1^{ère} année de congé, ces droits étant ensuite réduits de moitié les années suivantes. Ni les salariés, ni les fonctionnaires ne peuvent travailler pendant le congé parental, sauf à exercer une activité d'assistant(e) maternel(le).

Enfin, une dernière différence touche aux obligations pesant sur les bénéficiaires du congé et à leur situation au regard de l'emploi. En effet, dans le secteur privé, la fin du congé doit être adressée à l'employeur au moins un mois avant le terme et, à l'issue du congé, le salarié doit retrouver son précédent emploi ou, à défaut, un emploi similaire assorti d'une rémunération au moins équivalente. À son retour, il peut demander un entretien professionnel, qui est de droit. Pour sa part, le fonctionnaire doit adresser à son administration une lettre recommandée avec accusé de réception 2 mois avant la fin du congé parental et, avantage notable, il bénéficie d'un entretien au moins 6 semaines avant sa réintégration, afin de préparer les conditions de celle-ci.

2. Approche comparée des mécanismes spécifiques liés à l'état de santé d'un enfant

Dans le secteur public comme dans le secteur privé, deux mécanismes peuvent contribuer à mieux articuler vie professionnelle et vie familiale, lesquels – s'ils obéissent parfois à des conditions différentes – sont ressemblants : il s'agit des mesures d'aménagement des temps de travail et des congés.

a. Aménagement des temps de travail

Si, en tant qu'aidant familial, le salarié peut demander un aménagement de son temps de travail, *via* un passage à temps partiel ou à des horaires individualisés, les agents publics peuvent bénéficier d'autres mesures encore, telles que la mise en disponibilité ou des autorisations d'absence.

S'agissant du *temps partiel*, s'il est ouvert sur autorisation aux fonctionnaires et aux agents contractuels ayant au moins un an d'ancienneté, ceux-ci peuvent également obtenir un service à temps partiel de droit pour élever un enfant jusqu'à son 3^e anniversaire (13) : un droit ouvert, y compris dans les couples de même sexe au nom de l'interdiction des discriminations des agents en situation de parentalité. Outre le droit de demander des *aménagements d'horaires*, qui peuvent être accordés sous réserve des nécessités de service (14), le fonctionnaire peut également demander une *mise en disponibilité pour élever un enfant de moins de huit ans*, qui doit lui être accordée de droit (15). Enfin, distinctes des congés annuels, des *autorisations spéciales d'absence du service* peuvent être demandées par les fonctionnaires et agents non titulaires à l'occasion de certains événements familiaux (maladie ou décès du conjoint, des parents ou des enfants), leur durée et leur rémunération variant selon les administrations. Les agents publics peuvent également bénéficier d'autorisations d'absence rémunérées pour soigner un enfant malade ou en assurer la garde si l'accueil habituel de l'enfant n'est pas possible, sous réserve que celui-ci soit âgé de 16 ans au plus ou qu'il soit handicapé (16).

b. Congés

Les fonctionnaires sont-ils moins bien lotis que les salariés, au regard des congés susceptibles d'être pris pour concilier vie professionnelle et vie familiale ? Une réponse négative s'impose, comme le montrent ces trois illustrations (17).

La première a trait au *congé de présence parentale*, non rémunéré (18), durant lequel le bénéficiaire cesse son activité professionnelle pour rester auprès d'un enfant malade : loin d'être spécifique au secteur public ou privé, celui-ci est ouvert tant aux salariés qu'aux fonctionnaires et agents de la fonction publique (19), sans condition d'ancienneté, y compris dans les couples de même sexe. En va-t-il diffé-

(13) V. <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F486>.

(14) V. <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F74>.

(15) V. <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F544>.

(16) V. www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F489.

(17) Sur l'ensemble, v. Congés familiaux et temps partiel dans la fonction publique, préc.

(18) Cependant, l'agent peut percevoir l'allocation journalière de présence parentale versée par la Caf, sous conditions.

(19) V. <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F565>.

remment, s'agissant du *congé de solidarité familiale*, également non rémunéré (20), qui permet à ses bénéficiaires de s'absenter pour assister un proche souffrant d'une pathologie grave et incurable ? Là encore, une réponse négative prévaut, puisque ce congé est ouvert aux fonctionnaires (21) et agents de la fonction publique comme aux salariés, sans condition d'ancienneté (22). Enfin, qu'en est-il du *don de jours de repos* à un parent d'enfant gravement malade, instauré en 2014, et qui donne la possibilité à un salarié, en accord avec son employeur, de renoncer anonymement et sans contrepartie à tout ou partie de ses jours de repos non pris, au bénéfice d'un

autre salarié qui assume la charge d'un enfant atteint d'une affection rendant indispensable une présence soutenue (23) ? Ici encore, un parallèle peut être établi entre salariés et agents publics, puisque, jusque-là réservé aux premiers, le dispositif vient d'être étendu aux seconds (24).

À ce stade, le constat s'impose : c'est un impact similaire que produit le fait d'être parent sur la carrière des salariés et des fonctionnaires, puisque tous ont accès à des dispositifs comparables lors de l'arrivée d'un enfant. Mais le constat est-il le même, s'agissant des effets de la parentalité sur la retraite des parents ? Une conclusion plus nuancée s'impose (24 bis).

II. La parentalité : un impact différencié sur la retraite des salariés et des fonctionnaires

Est-il plus avantageux d'avoir des enfants lorsqu'on est fonctionnaire ou bien salarié(e) ? Quels sont les effets de la parentalité sur la retraite des fonctionnaires ?

Comme on l'a souligné, « *les droits familiaux liés à la retraite sont un sujet (...) (qui) renvoie à différentes thématiques : c'est un sujet de niveau des pensions, mais aussi d'écart de pensions entre les hommes et les femmes et de déroulement de carrière différent entre eux. C'est également une problématique qui se situe au carrefour de la politique familiale et du système de retraite, les droits familiaux étant en partie « des avantages différés » de la politique familiale (Lanquetin, 2011), (qui) visent à compenser, dans le système de retraite, des situations liées à la présence d'enfants, qu'elles concernent la carrière professionnelle (les interruptions d'activité) ou bien qu'elles soient de nature économique en lien avec « le coût » de l'enfant* » (25). Plus précisément, le Conseil d'orientation des retraites (COR) distingue cinq catégories de droits familiaux dans les régimes de la fonction publique, certains « *communs avec ceux du régime général, (...), d'autres sans équivalent (...)* » : « *la bonification qui augmente la durée de liquidation et la durée*

d'assurance (enfants nés avant le 1^{er} janvier 2004) ; la validation à titre gratuit de périodes d'interruption ou de réduction d'activité, qui augmente la durée de liquidation et la durée d'assurance (enfants nés après le 1^{er} janvier 2004) ; la majoration de la durée d'assurance, qui a pour effet de réduire la décote ou d'accéder à la surcote, mais qui n'augmente pas la durée de liquidation (enfants nés après le 1^{er} janvier 2004) ; la majoration du montant de la pension ; le droit à un départ anticipé en retraite » (26).

Dans ce contexte, et alors que l'on se trouve dans un processus de rapprochement des régimes de retraite – voire de leur unification (27) – il est vrai que l'un des dispositifs emblématiques des différences entre régimes est en voie d'extinction : il s'agit de la possibilité de départ anticipé à la retraite pour les parents de trois enfants (A). Cependant, des dissimilitudes demeurent concernant les autres dispositifs communs aux salariés et aux fonctionnaires, dont on peut se demander si elles tournent toujours à l'avantage des seconds (B).

(20) Cependant, une allocation journalière d'accompagnement d'une personne en fin de vie peut être versée par l'assurance-maladie, sous conditions.

(21) V. <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F17949>.

(22) Art. L. 3142-6 à L. 3142-15, C. trav. ; art. L. 161-9-3 CSS ; art. D. 3142-2 à D. 3142-5, C. trav.

(23) Art. L. 1225-65-1 et L. 1225-65-2, C. trav.

(24) D. n° 2015-580 du 28 mai 2015 permettant à un agent public civil le don de jours de repos à un autre agent public parent d'un enfant gravement malade.

(24 bis) V. Comparaison des retraites du secteur public et du secteur privé : des résultats contrastés, Liaisons sociales Quotidien - L'actualité, N° 17283, 10 mars 2017.

(25) I. Bridenne, Les droits familiaux dans la fonction publique : évolutions législatives et droits acquis par les retraités de la CNRACL, Questions Retraite et solidarités, Les cahiers, 2015, n° 03, p. 3.

(26) Les droits familiaux dans la fonction publique : réglementation et évolutions récentes, COR, 2011.

(27) L'objectif du président de la République serait de « *de passer des 37 régimes de retraite actuels à un régime simplifié et lisible* » (<http://www.lemonde.fr>).

A. L'extinction d'un dispositif spécifique à la fonction publique : le départ à la retraite anticipé pour les parents de trois enfants

C'est dans un objectif de renforcement de l'équité du système de retraites et de rapprochement des règles applicables aux fonctionnaires et aux salariés que la loi du 9 novembre 2010 a décidé de fermer le dispositif permettant aux fonctionnaires et aux militaires, parents de trois enfants vivants, de partir à la retraite, sans condition d'âge, sous réserve de remplir les conditions suivantes : justifier de 15 ans de services effectifs et avoir interrompu (28), pour chaque enfant, l'activité pendant une durée d'au moins deux mois consécutifs, dans le cadre d'un congé de maternité, de paternité ou d'adoption ou d'un congé parental, d'un congé de présence parentale ou d'une disponibilité pour élever un enfant de moins de 8 ans. Plus encore, cette suppression se justifiait par les nombreuses critiques adressées au dispositif, qui « ne répondait plus aux objectifs natalistes (initiaux) ; (avait) un impact négatif sur l'emploi des femmes, aboutissant de surcroît à limiter (...) le montant de leur pension de retraite ; (et qui, enfin) s'avérait coûteux pour les finances publiques (...). Il était, par ailleurs, inéquitable (...), les parents (...) se voyant appliquer les règles de durée d'assurance et de décote en vigueur l'année où ils remplissaient les conditions (requis) et non pas celles applicables à leur génération » (29).

Aucune spécificité de la fonction publique ne pouvant justifier son maintien, ce dispositif a donc été fermé progressivement, afin de respecter les droits acquis et pour ne pas bouleverser les projets personnels des fonctionnaires concernés. Voilà pourquoi la possibilité de départ anticipé demeure ouverte pour ceux qui remplissaient les conditions requises au 1^{er} janvier 2012. À noter cependant que, dans ce cas, ces parents se voient appliquer, par souci d'équité, les mêmes règles que celles applicables aux agents de leur génération : leur pension est donc calculée selon les règles de droit commun, notamment avec décote éventuelle.

À ce stade – et puisque ce régime spécifique à la fonction publique est en cours d'extinction – est-ce à dire qu'aucune différence ne subsiste plus entre les régimes ? Une réponse négative s'impose, car perdue un autre dispositif, sans équivalent dans le secteur

privé : le droit à départ anticipé pour les fonctionnaires parents d'un enfant âgé de plus d'un an atteint d'une invalidité au moins égale à 80 %. Plus précisément, si les fonctionnaires, parents d'enfants handicapés, peuvent bénéficier, comme les salariés (30), d'une majoration d'assurance vieillesse, seuls les premiers peuvent, en outre, prétendre à une retraite anticipée si les conditions en sont remplies (31).

B. Les droits familiaux dans le secteur privé et dans la fonction publique : match nul ?

Alors que la dimension familiale est très présente dans les différents régimes de retraite, les avantages octroyés aux assurés ayant élevé au moins un enfant sont-ils plus avantageux pour les parents agents publics ou bien salariés ? La question se pose à propos de deux dispositifs ressemblants que l'on retrouve dans le régime général et le régime des fonctionnaires : les mécanismes de bonification et de majoration de durée d'assurance accordées au titre des enfants (1.) et la majoration du montant de la pension (2.).

1. Bonification de la durée des services et majoration de durée d'assurance des droits liés aux enfants.

Comme on va le voir, c'est sous l'influence du droit communautaire que les mécanismes de bonification de durée des services attribuée au titre des enfants ont été modifiés dans le régime des fonctionnaires, étant rappelé que – si la *durée des services* pris en compte pour le calcul du taux de la pension et pour la durée d'assurance requise correspond à ceux accomplis en tant que fonctionnaire (32) – les *bonifications* se définissent comme des trimestres supplémentaires, qui augmentent gratuitement la durée de liquidation et la durée d'assurance. Quant à la *durée d'assurance tous régimes*, il s'agit du total de la durée des services et bonifications pris en compte dans le calcul de la pension civile ou militaire, ainsi que de la durée d'assurance dans les autres régimes de retraite de base obligatoires : cette durée d'assurance, qui reflète l'activité professionnelle exercée par le fonctionnaire, tant dans le secteur public que privé, joue pour une éventuelle décote ou surcote.

Or, il s'avère que c'est donc sous la pression européenne que les droits familiaux instaurés dans

(28) Ou réduit l'activité de 50 % pendant au moins 4 mois, de 60 % pendant au moins 5 mois, de 70 % pendant au moins 7 mois.

(29) Les droits familiaux dans la fonction publique : réglementation et évolutions récentes, étude préc.

(30) Art. L. 351-4-1, CSS.

(31) Art. 24 et 37 CPCMR (FPE); D. n° 2003-1306 du 26 déc. 2003 relatif au régime de retraite des fonctionnaires affiliés à la CNRACL (FPT et FPH).

(32) V. <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F13736>.

le régime des fonctionnaires ont été modifiés, de telle sorte que – initialement créés pour favoriser la natalité et améliorer les pensions des femmes, comme dans le régime général – ils ont désormais pour raison d'être de compenser un préjudice de carrière. Rappelons, en effet, que, si les femmes fonctionnaires bénéficiaient d'une bonification d'un an par enfant, ce dispositif a été jugé contraire au principe d'égalité entre hommes et femmes en matière de rémunération par le juge communautaire (33). Voilà pourquoi la France a dû réviser le dispositif, les règles applicables depuis 2003 distinguant désormais le cas des enfants nés ou adoptés avant le 1^{er} janvier 2004 de celui des enfants nés ou adoptés après cette date, avec un même objectif dans les deux situations : celui de mettre en place des mesures « correctrices », visant à compenser les préjudices de carrière liés aux interruptions ou réductions d'activité provoquées par l'arrivée d'enfants (34).

Pour les enfants nés avant le 1^{er} janvier 2004 : maintien de la bonification de durée de services de 4 trimestres par enfant et extension aux hommes fonctionnaires

Pour ces enfants, les hommes et les femmes fonctionnaires bénéficient d'une bonification de leur durée de services d'un an par enfant, à condition qu'ils aient, pour chacun d'eux, interrompu ou réduit leur activité dans les conditions suivantes.

L'interruption d'activité doit être d'une durée au moins égale à deux mois et être intervenue dans le cadre de l'un de ces dispositifs : congés de maternité, d'adoption, parental, de présence parentale, disponibilité pour élever un enfant de moins de 8 ans. Quant à la condition alternative de réduction d'activité, elle a été introduite en 2010 dans un objectif d'égalité de traitement hommes/femmes et pour permettre, plus précisément, aux hommes de pouvoir bénéficier plus aisément du dispositif, la condition d'interruption de l'activité réservant, dans les faits, l'attribution de la bonification aux seules femmes, remplissant mécaniquement cette exigence dans le cadre du congé maternité. Pour être prise en compte, cette réduction d'activité doit être équivalente à une période de quatre mois d'interruption pour une quotité de travail de 50 %, de 5 mois pour une quotité de 60 % et de 7 mois pour une quotité de 70 %.

Quel enseignement ? On voit ainsi que – si la bonification d'un an par enfant est maintenue – elle est

cependant étendue aux hommes dans les mêmes conditions qu'aux femmes (35), dans le but de « compenser les incidences, préjudiciables à la carrière professionnelle des parents liées à l'arrivée au foyer d'un enfant » (36), étant rappelé que cette bonification est alors prise en compte dans la durée de liquidation et la durée d'assurance tous régimes.

Pour les enfants nés après le 1^{er} janvier 2004 : majoration de durée d'assurance pour accouchement et validation gratuite de périodes d'interruption.

Première mesure visant les seules femmes fonctionnaires : un remplacement de la bonification de 4 trimestres par une majoration de durée d'assurance de 2 trimestres (37), sous réserve d'un accouchement postérieur au recrutement. Cette majoration est uniquement prise en compte dans la durée d'assurance retenue pour la décote et la surcote.

Seconde mesure complémentaire, visant indistinctement les hommes et les femmes fonctionnaires : un dispositif de compensation des interruptions ou réduction d'activité, *via* la validation à titre gratuit de certaines périodes. Celles-ci correspondent au temps partiel de droit pour élever un enfant, au congé parental, au congé de présence parentale, à la disponibilité pour élever un enfant de moins de huit ans. Ces périodes sont validées gratuitement dans la limite de 3 ans par enfant et prises en compte dans la durée de services, la durée de liquidation, ainsi que dans la durée d'assurance tous régimes.

Ici encore, quel enseignement ? Certes, dans le régime général comme dans les régimes de la fonction publique, des droits liés à la naissance des enfants sont attribués au nom des mêmes objectifs natalistes et d'amélioration des niveaux de pensions. Pour autant, les leviers diffèrent. En effet, – alors que, dans les régimes alignés, l'arrivée d'enfants se traduit par l'acquisition de trimestres supplémentaires, selon des conditions qui ont évolué dans un objectif d'égalité des sexes (38) – l'attribution de droits familiaux se fait différemment pour les fonctionnaires titulaires, notamment pour les enfants nés après 2004. Dans ce cas, elle s'articule entre, d'une part, la majoration de 2 trimestres par enfant, comptant uniquement pour la durée d'assurance et qui n'est versée qu'aux femmes fonctionnaires sous conditions et, d'autre part, la validation gratuite de certaines périodes, bénéficiant indistinctement aux

(33) CJCE, 29 nov. 2001, aff C-366/99, *Griesmarc/République française*.

(34) Les droits familiaux dans la fonction publique : réglementation et évolutions récentes, étude préc.

(35) Art L.12 b) CPCMR.

(36) Les droits familiaux dans la fonction publique, étude préc.

(37) Art L. 12bis CPCMR.

(38) V. <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F16336>.

femmes et aux hommes : une combinaison traduisant une politique, tout à la fois, de « rabot » et d'égalité de traitement entre hommes et femmes, pères et mères.

2. Majoration de pension des parents d'au moins trois enfants

Si une réponse nuancée s'impose, s'agissant de savoir si les droits familiaux instaurés au bénéfice des salariés et des fonctionnaires sont plus ou moins avantageux pour les uns et/ou les autres, la même conclusion prévaut-elle, concernant les « avantages complémentaires », permettant aux parents d'au moins trois enfants de bénéficier d'une majoration de leur pension ? Ici, c'est une réponse sans ambiguïté qui s'impose *a priori* : la raison en est que, si un tel dispositif existe dans tous les régimes de retraite, les modalités de calcul de la majoration sont plus avantageuses pour les fonctionnaires que pour les salariés.

En effet, dans le régime général, la majoration de pension de tout salarié ayant eu au moins 3 enfants est égale à 10 % du montant de la pension, si les conditions en sont remplies. Quant aux règles applicables dans la fonction publique, elles sont les suivantes. Tout agent public doit pouvoir justifier, au moment de la liquidation de ses droits, qu'il a élevé au moins 3 enfants, pendant au moins 9 ans, soit avant leur 16^{ème} anniversaire, soit avant l'âge auquel ils ont cessé d'être à charge pour les prestations familiales. Dès lors, le montant de la pension est majoré de 10 % pour les trois premiers enfants, comme dans le régime général, et d'une majoration supplémentaire de 5 % par enfant au-delà du troisième. Une limite, cependant : le montant de la pension majorée ne peut excéder celui du dernier traitement indiciaire brut pris en compte pour le calcul de la pension, les montants de la pension et de la majoration étant réduits à due proportion en cas de dépassement. Et une précision : le père et la mère des enfants peuvent tous deux bénéficier d'une telle majoration, dès lors qu'ils sont tous deux fonctionnaires.

À ce stade, nul doute que les règles applicables aux retraités fonctionnaires paraissent plus favorables que celles dont bénéficient les ressortissants du régime général. Pour autant, ces majorations de retraite supplémentaires ne constituent-elles pas un « cadeau empoisonné » pour leurs bénéficiaires ? Certes, il est vrai que, depuis le 1^{er} janvier 2014, toutes les majorations familiales versées par tous les régimes de retraite obligatoires, les caisses complémentaires et le régime de la fonction publique

sont imposables, alors qu'elles étaient jusque-là exonérées d'impôt. Mais cette mesure ne s'avère-t-elle pas « *plus douloureuse pour les anciens agents de la fonction publique, qui bénéficient de majorations plus élevées* » ? Sans doute, « *il est difficile de mesurer les conséquences de la fiscalisation des majorations pour enfants sur le montant des impôts des retraités fonctionnaires tant les situations sont personnelles. En revanche, ce qui est sûr, c'est que certains vont en payer davantage. La hausse des revenus à déclarer sera ainsi particulièrement importante dans le cas d'un couple de fonctionnaires qui fait une déclaration commune et qui va, de ce fait, devoir intégrer les deux majorations à la fois. Les conséquences ne seront pas négligeables non plus pour les conjoints survivants, qui devront non seulement déclarer la majoration de leur pension, mais aussi celle appliquée sur la pension de réversion qu'ils perçoivent depuis le décès de leur époux ou épouse* » (39).

En conclusion, les parents fonctionnaires se trouvent-ils, comparativement aux salariés, dans une situation désavantageuse au regard des effets de leur parentalité sur leur carrière et/ou sur leur retraite ?

À l'évidence, tel n'est pas le cas, comme le confirme la suspicion suscitée par certains avantages familiaux dont ils bénéficient, notamment la majoration de pension pour famille nombreuse, à laquelle plusieurs griefs sont adressés. Effectivement, sans parler du fait qu'il s'agit d'un dispositif coûteux, on lui reproche d'être non seulement inégalitaire entre pensionnés du public et du privé, mais également d'accroître les inégalités entre les hommes et les femmes : la raison en est qu'il s'agit là d'une majoration proportionnelle à la pension, alors qu'une femme perçoit, en moyenne, une pension très inférieure à celle des hommes. D'ailleurs, plus encore que l'égalité entre salariés et fonctionnaires, c'est cette question de l'égalité entre retraités hommes et femmes qui se trouve au cœur de l'actualité communautaire. Plus précisément se pose la question de savoir si certains avantages accordés aux fonctionnaires – tels ceux attribués aux agents ayant interrompu leur carrière pendant 2 mois pour élever leur enfant (40) – peuvent être analysés comme une discrimination indirecte à l'égard des hommes : telle est la problématique qu'un fonctionnaire/homme a formulée au motif que, grâce au congé maternité, les femmes pouvaient bénéficier systématiquement de ces avantages, contrairement aux hommes ne pouvant s'en prévaloir qu'à condition d'avoir pris un congé parental. Or, tant s'en faut que les juges communautaire et national arrivent aux

(39) V. <https://www.prefon-retraite.fr>.

(40) Bonification au titre des enfants nés ou adoptés avant le 1^{er} janv. 2004 et retraite anticipée pour les parents de trois enfants.

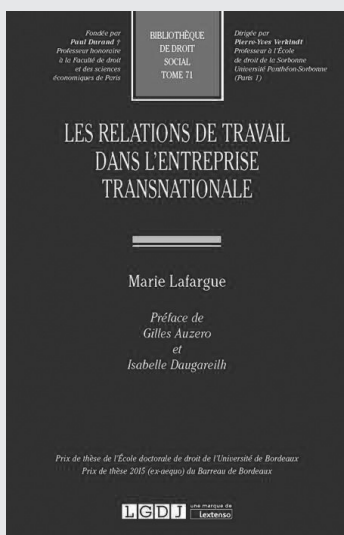
mêmes conclusions. Pour la CJUE, de tels dispositifs, qui bénéficient dans les faits à un nombre beaucoup plus important de femmes que d'hommes, génèrent une discrimination indirecte en matière de rémunération entre travailleurs féminins et masculins, « *sauf à pouvoir être justifiés par un objectif légitime de politique sociale et à être propres à garantir l'objectif invoqué et nécessaires à cet effet* », ce que n'attestent pas les justifications françaises avancées (41). Or, tel est au contraire le cas pour le Conseil d'État, qui estime ainsi que les avantages litigieux ne sont pas des discriminations indirectes prohibées, puisque

justifiés par un objectif de compensation des retards et préjudices de carrière dont les femmes ont, de fait, été victimes par le passé. Certes, l'analyse présente ceci d'opportun qu'elle aboutit à la validation du dispositif, alors que sa « *disparition aurait pu accroître encore les inégalités, en pénalisant les femmes, mères de famille* ». Cependant, « *en maintenant de fait l'ancien système, ne valide-t-on pas l'idée que la maternité, contrairement à la paternité, emporte présomption irréfragable d'éducation des enfants* » (42) ?

Isabelle Desbarats

(41) CJUE, 17 juill. 2014, aff. C-173/13.

(42) S. Laulom, « L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes », Sem. Soc. Lamy, n° 1702, 14 déc. 2015.



Editeur L.G.D.J
Coll. Thèses
ISBN 978-2-275-05792-7
Septembre 2017
600 pages – 58 euros

LES RELATIONS DE TRAVAIL DANS L'ENTREPRISE TRANSNATIONALE

Par Marie Lafargue

Prix de thèse de l'École doctorale de droit de l'Université de Bordeaux

Prix de thèse 2015 (ex-aequo) du Barreau de Bordeaux

Dénuée de personnalité morale, l'entreprise transnationale n'est saisie que partiellement par les droits internes. En dehors du droit supranational qui n'en assure qu'une régulation partielle, les relations de travail dans l'entreprise transnationale restent largement appréhendées par les droits nationaux et les paradigmes du droit du travail n'ont guère évolué pour s'ajuster à leur singularité. Ainsi, ni les catégories juridiques traditionnelles du droit du travail ni les règles juridiques, largement ancrées sur le territoire, ne sont adaptées.

L'insuffisance du cadre d'analyse actuel oblige alors à dépasser le double cloisonnement des systèmes juridiques et des personnes morales qui constituent les principaux obstacles à une régulation satisfaisante des rapports de travail dans l'entreprise transnationale.

Il s'agit donc de conceptualiser un principe d'ajustement du droit à ces relations de travail, lequel révèle l'identité du transnational : la transnationalité est une expression du pluralisme juridique.

L'adaptation du droit implique, d'une part, le passage vers une nouvelle organisation des acteurs de la gouvernance mondiale, dont fait partie l'entreprise transnationale, et des rapports qu'ils entretiennent. Elle suppose, d'autre part, qu'au-delà de la normativité étatique, un droit global, « post-moderne » et pluraliste voit le jour. Ainsi, c'est au prix de ces évolutions que l'on parviendra à une régulation adaptée des relations de travail dans l'entreprise transnationale ainsi qu'à l'émergence d'un droit social de la mondialisation.