

**Cour de cassation**

**chambre civile 2**

**Audience publique du 9 novembre 2017**

**N° de pourvoi: 16-20404**

ECLI:FR:CCASS:2017:C201442

Publié au bulletin

**Cassation**

**Mme Flise (président), président**

SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Odent et Poulet, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

LA COUR DE CASSATION, DEUXIÈME CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le moyen unique, pris en ses trois premières branches :

Vu les articles 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, 5 et 9 de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail ;

Attendu, selon ces textes, le premier tel qu'interprété par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, 17 juillet 2014, n° C-173/13, Léone), que sauf à pouvoir être justifié par des facteurs objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe, tels qu'un objectif légitime de politique sociale, et à être propre à garantir l'objectif invoqué et nécessaire à cet effet, ce qui exige qu'il réponde véritablement au souci d'atteindre ce dernier et qu'il soit mis en oeuvre de manière cohérente et systématique dans cette perspective, un régime professionnel de retraite ou de pension ne saurait comporter de discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe en particulier en ce qui concerne le champ d'application du régime et les conditions d'accès à celui-ci ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme X..., engagée par la commune de Thizy en qualité d'agent spécialisé des écoles maternelles stagiaire à compter du 28 avril 1986, puis titularisée à partir du 28 avril 1987, a obtenu son affiliation auprès de la Caisse nationale

de retraite des agents des collectivités locales (CNRACL) à compter du 1er novembre 2000 ; que le 28 novembre 2011, elle a sollicité la liquidation anticipée de sa retraite auprès de cette caisse, ainsi que son affiliation rétroactive, au lieu et place du régime général, pour la période du 28 avril 1987 au 1er novembre 2000 ; que sa demande ayant été rejetée, elle a saisi d'un recours une juridiction de sécurité sociale ;

Attendu que pour la débouter de sa demande, l'arrêt retient que le seuil légal minimum fixé par l'article 107 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 modifiée et par l'article 7 du décret n° 2003-1306 du 26 décembre 2003, dans sa rédaction applicable au litige, s'applique indistinctement aux fonctionnaires masculins et féminins qui se trouvent placés dans des conditions rigoureusement identiques ; que ce n'est donc pas le sexe de l'agent concerné qui est en l'espèce déterminant mais le nombre d'heures de travail réalisé et que s'il s'avère statistiquement que ce seuil affecte plus particulièrement les femmes amenées plus fréquemment à travailler à temps partiel, cela ne peut avoir pour effet de rendre le dispositif discriminatoire ; que ce régime spécial de retraite étant par ailleurs fondé sur un principe contributif, il est légitime d'en soumettre le bénéficiaire à la réalisation d'un nombre minimum d'heures de travail ; que la discrimination indirecte invoquée par Mme X... n'est donc pas constituée ; qu'enfin selon l'article 3 du décret n° 91-298 du 20 mars 1991, les emplois permanents à temps non complet sont créés par délibération de l'organe délibérant de la collectivité ou de l'établissement ; qu'il en résulte que la circonstance invoquée par l'appelante, selon laquelle les emplois à temps non complet seraient pourvus en majorité par des femmes, n'est pas le fait de la réglementation incriminée mais de l'application qui en est faite par les employeurs, en l'occurrence la commune de Thizy ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'en subordonnant à une durée de travail minimale, fixée pour la période litigieuse à 31h30 hebdomadaires par délibération du conseil d'administration de la CNRACL, l'affiliation au régime de retraite des fonctionnaires affiliés à la CNRACL du fonctionnaire territorial nommé dans un emploi à temps non complet et affecté aux activités scolaires et périscolaires des écoles communales, alors que celles-ci recourent à une proportion élevée d'emplois à temps réduit plus fréquemment occupés par des femmes, l'article 107 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 modifiée a institué une discrimination indirecte dans l'accès à un régime professionnel de retraite contraire, en l'absence de justification dans les conditions sus-énoncées, aux exigences du principe de non discrimination énoncé par le premier des textes susvisés, la cour d'appel a violé ceux-ci ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs du pourvoi :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 15 septembre 2015, entre les parties, par la cour d'appel de Lyon ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles ;

Condamne la Caisse des dépôts et consignations aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande de la Caisse des dépôts et

consignations et la condamne à payer la somme de 3 000 euros à Mme X... ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, deuxième chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du neuf novembre deux mille dix-sept.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat aux Conseils, pour Mme X...

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR confirmé la décision de la CNRACL en date du 1er février 2013 et d'AVOIR débouté en conséquence Mme Sylvie X... de sa demande d'affiliation au régime de retraite des agents des collectivités locales pour la période du 28 avril 1987 au 31 octobre 2000 et de sa demande au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

AUX MOTIFS QUE au fond ; sur l'existence d'une discrimination indirecte ; qu'une discrimination indirecte en raison du sexe est constituée lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'un sexe donné par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif soient appropriés et nécessaires ; que l'article 107 de la loi du 26 janvier 1984 énonce que « le fonctionnaire nommé dans un emploi à temps non complet doit être affilié à la Caisse nationale de retraite des agents des collectivités locales, s'il consacre à son service un nombre minimal d'heures de travail fixé par délibération de cette caisse. Ce nombre ne peut être inférieur à la moitié de la durée légale au travail des fonctionnaires territoriaux à temps complet » ; que l'article 7 du décret n° 2003-1306 du 26 décembre 2003, dans sa version applicable au cas d'espèce, précise que " Le droit à pension est acquis: 1° Aux fonctionnaires après quinze années accomplies de services civils et militaires effectifs " : que le seuil légal minimum précité correspond à la durée minimal du temps partiel visé à l'article 60 de cette même loi (qui ne peut être inférieur à un service à mi-temps) et s'applique indistinctement aux fonctionnaires masculins et féminins qui se trouvent placés dans des conditions rigoureusement identiques ; que ce n'est donc pas le sexe de l'agent concerné qui est en l'espèce déterminant mais le nombre d'heures de travail réalisé et s'il s'avère statistiquement que ce seuil affecte plus particulièrement les femmes amenées plus fréquemment à travailler à temps partiel, cela ne peut avoir pour effet de rendre le dispositif discriminatoire; ce régime spécial de retraite étant par ailleurs fondé sur un principe contributif, il est de surcroît parfaitement légitime d'en soumettre le bénéfice à la réalisation d'un nombre minimum d'heures de travail ; que la discrimination indirecte invoquée par Mme Sylvie X... n'est donc pas constituée ; qu'il convient enfin de souligner que, selon l'article 3 du décret n° 091-298 du 20 mars 1991, les emplois permanents à temps non complet sont créés par délibération de l'organe délibérant de la collectivité ou de l'établissement; il en résulte que la circonstance invoquée par l'appelante, selon laquelle les emplois à temps non complet seraient pourvus en majorité par des femmes,

n'est pas le fait de la réglementation incriminée mais de l'application qui en est faite par les employeurs, en l'occurrence la commune de Thizy ...

1° - ALORS QU'une discrimination indirecte en raison du sexe est constituée dans le cas où une disposition ou un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'un sexe donné par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif soient appropriés et nécessaires ; qu'une telle discrimination est caractérisée lorsque la mesure affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe ; que selon l'article 107 alinéa 1 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 « Le fonctionnaire nommé dans un emploi à temps non complet doit être affilié à la Caisse nationale de retraite des agents des collectivités locales, s'il consacre à son service un nombre minimal d'heures de travail fixé par délibération de cette caisse. Ce nombre ne peut être inférieur à la moitié de la durée légale du travail des fonctionnaires territoriaux à temps complet » ; que le nombre minimal d'heures de travail nécessaire à l'affiliation à cette caisse a été fixé à 31, 5 heures hebdomadaires par délibération du 11 janvier 1983 du conseil d'administration de la CNRACL, pour la période du 1er novembre 1982 au 1er janvier 2002, puis à 28 heures hebdomadaires par délibération du 3 octobre 2001 du conseil d'administration de la CNRACL, pour la période postérieure au 1er janvier 2002 ; que l'article 7 ancien du décret n°2003-1306 du 26 décembre 2003 prévoit par ailleurs que « le droit à pension est acquis : 1° aux fonctionnaires après quinze années accomplies de service civils et militaires effectifs. » ; qu'en l'espèce, Mme X... faisait valoir dans ses écritures que ces dispositions, qui exigent des fonctionnaires à temps non complet d'effectuer un nombre minimal d'heures de travail pour pouvoir être affilié à la CNRACL, constituaient une discrimination indirecte à raison du sexe dès lors que, bien que formulées de façon neutre, son application désavantageait en fait un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes, puisqu'il était statistiquement prouvé que les agents employés temps partiel étaient très majoritairement des femmes (81, 62%) et que 79, 72% de ces femmes étaient employées pour une durée hebdomadaire de travail inférieure au seuil d'affiliation ; que ces règles discriminatoires qui avaient conduit la CNRACL à lui refuser son affiliation sur une certaine période et partant, la possibilité de totaliser les quinze années nécessaires pour l'ouverture de son droit à pension anticipée, devaient être écartées ; que la cour d'appel a expressément constaté qu'il était avéré statistiquement que ce seuil (d'heures de travail minimal pour être affiliés à la CNRACL) affectait « plus particulièrement les femmes amenées plus fréquemment à travailler à temps partiel » ; qu'en jugeant que cela ne rendait pas ce dispositif discriminatoire au prétexte inopérant que ce seuil s'appliquait indistinctement aux fonctionnaires masculins et féminins et que ce n'était pas le sexe de l'agent qui était déterminant mais le nombre d'heures de travail réalisé, la cour d'appel a violé l'article 157 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ex. article 141 du traité CE) et l'article 4 de la directive 79/7/CEE du conseil du 19 décembre 1978 relative à la mise en oeuvre progressive du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale.

2° - ALORS QU' une discrimination indirecte en raison du sexe est constituée dans le cas où une disposition ou un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'un sexe donné par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif soient appropriés et nécessaires ; qu'une telle discrimination est caractérisée lorsque la

mesure affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe ; que le seul caractère contributif du régime spécial de retraite de la CNRACL ne suffit pas à démontrer que le seuil minimal d'heures de travail exigé pour qu'un fonctionnaire à temps non complet soit affilié à ce régime, qui affecte plus particulièrement les femmes travaillant à temps partiel, est objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a expressément constaté qu'il était avéré statistiquement que le seuil d'heures de travail exigé des fonctionnaires à temps non complet pour être affiliés à la CNRACL affectait « plus particulièrement les femmes amenées plus fréquemment à travailler à temps partiel » ; qu'en jugeant que cela ne rendait pas ce dispositif discriminatoire au prétexte général que ce régime spécial de retraite était fondé sur un principe contributif de sorte qu'il était parfaitement légitime d'en soumettre le bénéfice à la réalisation d'un nombre minimum d'heures de travail, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 157 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ex. article 141 du traité CE) et de l'article 4 de la directive 79/7/CEE du conseil du 19 décembre 1978 relative à la mise en oeuvre progressive du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale

3° - ALORS QU' une discrimination indirecte en raison du sexe est constituée dans le cas où une disposition ou un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'un sexe donné par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif soient appropriés et nécessaires ; qu'une telle discrimination est caractérisée lorsque la mesure affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a expressément constaté qu'il était avéré statistiquement que le seuil d'heures de travail exigé des fonctionnaires à temps non complet pour être affilié à la CNRACL affectait « plus particulièrement les femmes amenées plus fréquemment à travailler à temps partiel » ; qu'en écartant toute discrimination indirecte en raison du sexe au prétexte inopérant que les emplois permanents à temps non complet sont créés par délibération de l'organe délibérant de la collectivité ou de l'établissement de sorte que la circonstance que les emplois à temps complets soient pourvus en majorité par des femmes n'était pas le fait de la réglementation incriminée mais de l'application qui en était faite par l'employeur, en l'occurrence la commune de Thizy, la cour d'appel a violé l'article 157 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne(ex. article 141 du traité CE) et l'article 4 de la directive 79/7/CEE du conseil du 19 décembre 1978 relative à la mise en oeuvre progressive du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale ...

ET AUX MOTIFS QUE sur les heures travaillées par Mme Sylvie X...: que selon les dispositions précitées du décret du 20 mars 1991, relatif aux emplois à temps non complet, la durée hebdomadaire de service est fixée par délibération de l'employeur que le fonctionnaire, à la différence du salarié se trouve dans une situation statutaire ; que son affiliation au régime spécial s'effectue en fonction du nombre d'heures fixé par délibération de l'employeur et les heures effectuées au-delà du temps de service fixé par cette délibération ne sont pas accomplies par l'agent en qualité de fonctionnaire, mais au titre d'une activité contractuelle distincte; qu'elles ne sont pas de nature à entraîner son affiliation au Régime spécial de Retraite des Agents des Collectivités Locales et sont sans influence sur les droits acquis à ce titre ; que Mme Sylvie X... ayant été nommée en qualité d'agent spécialisé des Ecoles Maternelles à temps non complet à raison de 20 heures par

semaine par arrêtés des 25 avril 1986 et 13 mai 1987, puis à raison de 31,5 h par arrêté du 25 octobre 2000, à effet du 1er novembre 2000, c'est à bon droit que la CNRACL n'a procédé qu'à compter de cette date à son affiliation ; que le recours de Mme Sylvie X... a, en conséquence, été justement rejeté par cet organisme le 1 er février 2013.

4° - ALORS QUE selon l'article 107 alinéa 1 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 « Le fonctionnaire nommé dans un emploi à temps non complet doit être affilié à la Caisse nationale de retraite des agents des collectivités locales, s'il consacre à son service un nombre minimal d'heures de travail fixé par délibération de cette caisse » ; que ce nombre minimal d'heures de travail a été fixé à 31, 5 heures hebdomadaires par délibération du 11 janvier 1983 du conseil d'administration de la CNRACL, applicable sur la période du 1er novembre 1982 au 1er janvier 2002 ; que l'article 3 du décret n°91-298 du 20 mars 1991 prévoit que « les emplois permanents à temps non complet sont créés par délibération de l'organe délibérant de la collectivité ou de l'établissement. Cette délibération fixe la durée hebdomadaire de service afférente à l'emploi en fraction de temps complet exprimée en heures » ; que la durée hebdomadaire de service, qui sert de base à la définition des emplois à temps non complet, ne peut être que la durée effective de service accompli par semaine par les intéressés, et non la durée de service fixée par délibération de l'employeur; qu'en l'espèce Mme X... faisait valoir en que son droit à affiliation à la CNRACL devait être apprécié au regard de sa durée effective et réelle de service accomplie pour le compte de la commune de Thizy sur la période de 1987 à 2000, durée largement supérieure à celle figurant dans les arrêtés de nomination de ladite commune ; qu'en jugeant que l'affiliation au régime spécial de la CNRACL ne pouvait s'effectuer qu'en fonction du nombre d'heures fixé par délibération de l'employeur et que les heures effectuées au-delà du temps de service fixé par cette délibération ne pouvait entraîner son affiliation, la cour d'appel a violé les articles précités.

5° - ALORS QU' il est possible de cumuler le temps de service accompli pour une collectivité en qualité de contractuel d'une part, et en qualité de fonctionnaire titulaire d'autre part, pour déterminer si le seuil minimal horaire exigé pour l'affiliation au CNRACL est atteint ; qu'en l'espèce Mme X... faisait valoir dans ses écritures que sur la période de 1987 à 2000, en sus des 20 heures hebdomadaires effectuées en qualité d'agent titulaire pour la commune de Thizy, elle avait effectué des heures complémentaires pour cette même commune dans le cadre de contrats verbaux successifs de sorte qu'en cumulant ces deux activités distinctes accomplies en qualité de titulaire et de contractuel, elle avait atteint le seuil de 31,5 heures hebdomadaire exigé pour l'affiliation à la CNRACL ; qu'en jugeant que les heures effectuées au-delà du temps de service de 20 heures fixé par délibération de la commune de Thizy, qui n'étaient pas accomplies par l'agent en qualité de fonctionnaire mais au titre d'une activité contractuelle distincte, ne pouvaient entraîner son affiliation au régime spécial de retraite de la CNRACL, la cour d'appel a violé les articles 107 alinéa 1 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 et l'article 3 du décret n°91-298 du 20 mars 1991.

**Publication :**

**Décision attaquée :** Cour d'appel de Lyon , du 15 septembre 2015