Discrimination due à la contrainte d'annuler son mariage, après un changement de sexe, pour bénéficier d'une pension de retraite

(CJUE, grande Chambre, 26 juin 2018, aff. C-451/16, MB contre Secretary of State for Work and Pensions)

Hélène Payancé

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/rdctss/1567>

DOI : 10.4000/rdctss.1567

ISSN : 2262-9815

Éditeur

Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale

Édition imprimée

Date de publication : 1 juin 2019

Pagination : 118-122

ISSN : 2117-4350

Référence électronique

Hélène Payancé, « Discrimination due à la contrainte d'annuler son mariage, après un changement de sexe, pour bénéficier d'une pension de retraite », *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale* [En ligne], 2 | 2019, mis en ligne le 01 novembre 2021, consulté le 11 novembre 2021. URL : <http://journals.openedition.org/rdctss/1567> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/rdctss.1567>

Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale est mise à disposition selon les termes de la Licence Creative Commons Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International.

DISCRIMINATION DUE À LA CONTRAINTE D'ANNULER SON MARIAGE, APRÈS UN CHANGEMENT DE SEXE, POUR BÉNÉFICIER D'UNE PENSION DE RETRAITE

(CJUE, GRANDE CHAMBRE, 26 JUIN 2018, AFF. C-451/16,
MB CONTRE SECRETARY OF STATE FOR WORK AND PENSIONS)

La directive 79/7/CEE du Conseil, du 19 décembre 1978, relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, interdit toute discrimination fondée sur le sexe en matière de prestations sociales¹. Toutefois, cette directive prévoit une exception à cette interdiction en autorisant les États membres à exclure de son champ d'application la fixation de l'âge de la retraite pour l'octroi de pensions de retraite². Le Royaume-Uni a fait usage de cette dérogation en fixant l'âge de la retraite à 60 ans pour une femme née avant le 6 avril 1950 et à 65 ans celui d'un homme né avant le 6 décembre 1953³.

Dans l'affaire soumise à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), MB est une personne de sexe masculin qui est née en 1948 et s'est mariée avec une femme en 1974. Cette personne a commencé à vivre en tant que femme en 1991. Elle a eu recours à une opération chirurgicale de conversion sexuelle en 1995. Pour autant, MB ne dispose pas d'un certificat de reconnaissance définitif de son changement de sexe car la réglementation nationale en cause en vigueur à l'époque des faits soumettait l'octroi de ce certificat à l'annulation de son mariage⁴. Or, MB et son épouse souhaitent rester mariées. En 2008, ayant atteint l'âge de 60 ans, MB a demandé à bénéficier d'une pension de retraite de l'État. Cette demande a été rejetée par l'institution de sécurité sociale nationale au motif que, faute de certificat définitif de reconnaissance de son changement de sexe, MB ne pouvait pas être traitée en tant que femme pour les besoins de la détermination de son âge légal de départ à la retraite.

1 Article 4, paragraphe 1, de la directive 79/7/CEE.

2 Article 7, paragraphe 1, sous a) de cette même directive.

3 Articles 44 et 122 de la loi de 1992 relative aux cotisations et aux prestations de sécurité sociale (*Social Security Contributions and Benefits Act 1992*) et annexe 4, paragraphe 1, de la loi de 1995 sur les retraites (*Pensions Act 1995*).

4 Une union matrimoniale valide ne pouvait légalement exister qu'entre un homme et une femme selon la loi applicable à l'époque (*Matrimonial Causes Act 1973*). La loi de 2013 autorisant le mariage entre personnes de même sexe (*Marriage (Same Sex Couples) Act 2013*), qui est entrée en vigueur le 10 décembre 2014, n'était pas applicable au litige.

Les recours introduits devant le tribunal de première instance⁵, puis le tribunal supérieur⁶ et la Cour d'appel⁷ se soldent par des rejets.

Un recours est alors introduit devant la Cour suprême du Royaume-Uni⁸. Saisie de l'affaire, cette dernière a demandé à la CJUE si la directive susvisée fait obstacle à ce que, outre le fait de devoir satisfaire à des critères d'ordre physique, social et psychologique pour faire reconnaître un changement de sexe, la loi nationale exige d'une personne ayant changé de sexe de ne pas être mariée à une personne de même sexe pour pouvoir prétendre au bénéfice de la pension de retraite de l'État à compter de l'âge légal de départ à la retraite des personnes de ce sexe acquis.

La CJUE, réunie en grande Chambre, a répondu à cette question dans une décision en date du 26 juin 2018.

À titre liminaire, la Cour souligne qu'elle n'est pas saisie en l'espèce de la question de savoir si, d'une manière générale, la reconnaissance juridique d'un changement de sexe peut être subordonnée à l'annulation d'un mariage conclu antérieurement audit changement de sexe. La question qui lui est soumise porte uniquement sur les conditions d'octroi de la pension de retraite de l'État en cause⁹. La Cour relève que, si le droit de l'Union ne porte pas atteinte à la compétence des États membres dans le domaine de l'état civil des personnes et de la reconnaissance juridique du changement de sexe d'une personne, les États membres sont tenus, dans l'exercice de cette compétence, de respecter le droit de l'Union.

La Cour rappelle que l'article 2, paragraphe 1, de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail dispose « aux fins de la présente directive, on entend par : a) "discrimination directe" : la situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable en raison de son sexe qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable ». Elle ajoute que cette notion doit être comprise de la même manière dans le contexte de la directive 79/7/CEE.

5 *First-tier tribunal.*

6 *Upper tribunal.*

7 *Court of Appeal.*

8 *Supreme Court of The United Kingdom.*

9 Le Gouvernement du Royaume-Uni ne peut donc pas se prévaloir utilement de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 16 juillet 2014 (CEDH, grande Chambre, 16 juillet 2014, *Hämäläinen contre Finlande*, requête n°37359/09). Dans cette affaire, la requérante finlandaise se plaignait de ne pas pouvoir obtenir la pleine reconnaissance de son nouveau sexe sans avoir à transformer son mariage en un partenariat enregistré, car la Finlande ne reconnaissait pas, à l'époque des faits, le mariage entre deux personnes du même sexe. La Cour a apprécié le caractère comparable ou non de la situation d'une personne ayant subi une opération de conversion sexuelle postérieurement à son mariage et de la situation d'une personne mariée n'ayant pas changé de sexe, au regard de l'objet de la législation nationale en cause qui portait sur la reconnaissance juridique du changement de sexe en matière d'état civil. En revanche, dans l'affaire soumise à la CJUE, la question porte sur le caractère comparable ou non de la situation des personnes concernées au regard d'une réglementation dont l'objet concerne spécifiquement l'accès à une pension de retraite de l'État.

La jurisprudence classique de la CJUE considère que cette dernière directive a, compte tenu de son objet et de la nature des droits qu'elle vise à protéger, également vocation à s'appliquer aux discriminations qui trouvent leur origine dans le changement de sexe de l'intéressé¹⁰.

En l'espèce, la Cour observe d'abord que la condition selon laquelle le mariage doit être annulé afin qu'une pension de retraite de l'État puisse être accordée à compter de l'âge légal de départ à la retraite des personnes du sexe concerné ne s'applique qu'aux personnes ayant changé de sexe. Ainsi, la réglementation nationale en cause accorde un traitement moins favorable à une personne ayant changé de sexe après s'être mariée qu'à une personne ayant conservé son sexe de naissance et étant mariée¹¹.

Ensuite, la Cour analyse si la situation d'une personne ayant changé de sexe après s'être mariée et celle d'une personne mariée ayant conservé son sexe de naissance sont comparables. Elle rappelle que le test de comparabilité ne requiert pas que les situations soient identiques, mais similaires¹². Le caractère comparable des situations doit être apprécié non pas de manière globale et abstraite, mais de manière spécifique et concrète au regard de l'ensemble des éléments qui les caractérisent. L'analyse doit être réalisée à la lumière notamment de l'objet et du but de la réglementation nationale qui institue la distinction en cause, et, le cas échéant, des principes et objectifs du domaine dont relève cette réglementation nationale¹³. En l'espèce, la Cour note que le régime légal de pension de retraite au Royaume-Uni vise à assurer une protection contre le risque vieillesse en conférant aux personnes une pension en fonction des contributions versées au cours de leur carrière professionnelle, indépendamment de leur situation matrimoniale. La juridiction en conclut que, au vu de cet objet et de ces conditions d'octroi, la situation d'une personne ayant changé de sexe après s'être mariée et celle d'une personne mariée ayant conservé son sexe de naissance sont comparables¹⁴. Le but de la condition d'annulation du mariage, afin d'éviter le mariage entre personnes de même sexe, est étranger au régime de la pension de retraite. Ce but n'affecte pas le caractère comparable de la situation des deux catégories de personnes susvisées au regard de l'objet et des conditions d'octroi de la pension¹⁵.

10 Déjà en ce sens, voir CJCE, 1^{ère} Chambre, 27 avril 2006, aff. C-423/04, *Sarah Margaret Richards contre Secretary of State for Work and Pensions*. Dans cette affaire, la Cour reconnaît l'inégalité de traitement des personnes transsexuelles du fait de l'impossibilité de se voir reconnaître, aux fins de l'application de la législation sur la retraite, le nouveau genre sexuel acquis par une opération chirurgicale.

11 Points 36 et 37.

12 Déjà en ce sens, voir CJUE, grande Chambre, 10 mai 2011, aff. C-147/08, *Jürgen Römer contre Freie und Hansestadt Hamburg* (point 42) et CJUE, 1^{ère} Chambre, 19 juillet 2017, aff. C-143/16, *Abercrombie & Fitch Italia Srl contre Antonino Bordonaro* (point 25).

13 Déjà en ce sens, voir CJCE, grande Chambre, 16 décembre 2008, aff. C-127/07, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres contre Premier ministre, Ministre de l'écologie et du développement durable et Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie* (points 25 et 26) ; CJUE, grande Chambre, 16 juillet 2015, aff. C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD contre Komisia za zashtita ot diskriminatsia* (points 89 et 90) et CJUE, 2^{ème} Chambre, 9 mars 2017, aff. C-406/15, *Petya Milkova contre Izpialniten direktor na Agentsiata za privatizatsia i sledprivatizatsionen kontrol* (points 56 et 57).

14 Point 44.

15 Point 46.

Enfin, la Cour considère qu'il en résulte une différence de traitement ne relevant pas des cas de dérogation admis par le droit de l'Union¹⁶. Partant, la réglementation britannique est constitutive d'une discrimination directe fondée sur le sexe et, dès lors, est interdite par la directive 79/7/CEE du Conseil.

Cet arrêt rendu par la grande Chambre de la CJUE mérite d'être salué car il illustre la qualification de « discrimination fondée sur le sexe » pour des personnes transidentitaires ou transgenres¹⁷ particulièrement concernées par ces problématiques. Selon la Cour, les « personnes ayant vécu pendant une période significative en tant que personnes d'un autre sexe que celui de leur naissance et ayant subi une opération de conversion sexuelle doivent être considérées comme ayant changé de sexe »¹⁸. La notion de « période significative » mérite certainement d'être précisée en droit de l'Union européenne. Il en est de même de la notion de « conversion sexuelle » qui peut être interprétée de différentes façons sur un plan scientifique et juridique. En l'espèce, la référence au fait de « [subir] une opération » de conversion peut laisser penser que cela implique que la personne ait subi une opération médicale. Or, toutes les personnes transgenres ne souhaitent pas suivre l'ensemble des procédures médicales visant à changer de sexe. Certaines de ces personnes préféreraient suivre un processus de réassignation sociale consistant en une simple modification de l'état civil. À ce sujet, il convient de rappeler que le Conseil de l'Europe, dans sa résolution 1728 « Discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre » de 2010, a demandé aux États membres de garantir aux transsexuels et aux transgenres un droit à des papiers d'identité adaptés, « sans obligation préalable de subir une stérilisation ou d'autres procédures médicales, comme une opération de conversion sexuelle ou une thérapie hormonale ».

En France, la Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, entrée en vigueur le 1^{er} avril 2017¹⁹, a créé un cadre légal dédié à la modification de la mention du sexe à l'état civil en introduisant dans le Code civil une nouvelle section consacrée à cet effet²⁰. L'article 61-5 de ce Code dispose que « toute personne majeure ou mineure émancipée qui démontre par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue peut en obtenir la modification. Les principaux faits, dont la preuve peut être rapportée par tous moyens, peuvent être : 1° Qu'elle se présente publiquement comme appartenant au sexe revendiqué ; 2° Qu'elle est connue sous le sexe revendiqué de son entourage familial, amical ou professionnel ; 3° Qu'elle a obtenu le changement de son prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué »²¹. L'alinéa 3 de

16 Sur ce point, voir CJCE, 1^{ère} Chambre, 21 juillet 2005, aff. C-207/04, *Paolo Vergani contre Agenzia della Entrate, Ufficio di Arona* (points 34 et 35) et CJUE, 2^{ème} chambre, 3 septembre 2014, aff. C-318/13, X (points 34 et 35).

17 Les personnes transidentitaires ou transgenres ont une identité ou une expression du genre différente de celle du sexe assigné à leur naissance (homme, femme, les deux ou aucun des deux). Cela ne doit pas être confondu avec l'orientation sexuelle (hétérosexuelle, homosexuelle, bisexuelle, asexuelle, altersexuelle, pansexuelle).

18 Point 35.

19 Ce dispositif a été complété par le décret n° 2017-450 du 29 mars 2017 relatif aux procédures de changement de prénom et de modification de la mention du sexe à l'état civil.

20 Article 61-5 à 61-8 du Code civil.

21 À la différence de la France, certains pays ont déjà « déjudiciarisé » la démarche visant à faire reconnaître le changement de sexe. Ainsi, en Irlande, une simple déclaration en mairie suffit.

l'article 61-6 du même Code précise que « le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande » de modification de la mention du sexe à l'état civil²². Certains États vont plus loin que la France²³ en dépassant la binarité sexuelle. À titre d'exemple, l'Allemagne délivre des certificats de naissance sans mention du sexe depuis 2013 lorsque celui-ci ne peut pas être clairement déterminé²⁴. À n'en pas douter, l'avenir juridique et judiciaire sera de nouveau marqué par des questions relatives à l'identité des personnes.

22 Cette loi met ainsi un terme à la jurisprudence française hostile à la prise en compte de la réassignation sociale. V. notamment, Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2012, n° 10-26947 et n° 11-22490. Dans un attendu de principe, la Cour de cassation avait énoncé que « pour justifier une demande de rectification de la mention du sexe figurant dans l'acte de naissance, la personne doit établir, au regard de ce qui est communément admis par la communauté scientifique, la réalité du syndrome transsexuel dont elle est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence ». Si cet attendu semblait assez neutre dans sa formulation, la rigueur des conditions apparaissait dans ses applications.

23 La Cour de cassation considère que l'indication obligatoire du sexe (féminin ou masculin) dans les actes de l'état civil « est nécessaire à l'organisation sociale et juridique, dont elle constitue un élément fondateur ». « La reconnaissance par le juge d'un « sexe neutre » aurait des répercussions profondes sur les règles du droit français construites à partir de la binarité des sexes » (Cass. civ. 1^{ère}, 4 mai 2017, n° 16-17189).

24 Parlement allemand, *Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften*, 7 mai 2013, article 1, alinéa 6.