

Paris, le 24 mars 2015

Décision du Défenseur des droits MLD-MSP-2015-040

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Vu le code de la sécurité sociale ;

Vu la loi n°2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013.

Saisi par une association d'une série de refus opposés par les caisses primaires d'assurance maladie (Cpam) aux demandes d'indemnisation du congé de paternité et d'accueil de l'enfant formulées par la compagne de la mère de l'enfant ;

Décide de recommander à la Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés (Cnamts) de procéder à la publication d'une lettre réseau rectificative, remplaçant la lettre réseau CNAMTS LR-DDGOS-38/2014 et précisant aux Cpam que les indemnités journalières de congé de paternité et d'accueil de l'enfant sont dues à compter du 1^{er} janvier 2013, sous réserve que l'assurée qui en sollicite le bénéfice remplisse les conditions fixées par les textes.

Le Défenseur des droits demande à la Cnamts de rendre compte des suites données aux recommandations ci-dessus dans un délai de trois mois à compter de la date de notification de la présente décision.

Jacques TOUBON

Recommandation sur le fondement de l'article 25 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011

L'attention du Défenseur des droits a été appelée par une association sur une série de refus opposés par des caisses primaires d'assurance maladie (Cpam), aux demandes d'indemnisation du congé de paternité et d'accueil de l'enfant formulées par la compagne de la mère de l'enfant.

L'association réclamante considère que les prestations litigieuses auraient dû être servies dès l'entrée en vigueur de la nouvelle rédaction de l'article L.331-8 du code de la sécurité sociale, le 1er janvier 2013.

Elle estime que les refus constatés revêtent un caractère discriminatoire en ce qu'ils sont fondés sur le sexe et l'orientation sexuelle des intéressées.

Cadre juridique du congé de paternité et d'accueil de l'enfant

La loi n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013 a élargi le congé de paternité en congé de paternité et d'accueil de l'enfant.

Antérieurement, le congé de paternité tel que prévu par la version de l'article L.331-8 du code de la sécurité sociale alors en vigueur, était strictement réservé au père assuré. Cette disposition avait pour conséquence de priver la compagne de la mère de la possibilité de bénéficier du congé de paternité et de voir ce congé indemnisé.

L'article L.331-8 du code de la sécurité sociale dispose dorénavant que « *lorsqu'il exerce son droit à congé prévu à l'article L. 1225-35 du code du travail (...), l'assuré reçoit, pendant une durée maximale de onze jours consécutifs et dans les mêmes conditions d'ouverture de droit, de liquidation et de service, l'indemnité journalière visée à l'article L. 331-3, sous réserve de cesser toute activité salariée ou assimilée.*

En cas de naissances multiples, la durée maximale fixée au précédent alinéa est égale à dix-huit jours consécutifs.

(...) Un décret fixe les modalités d'application du présent article ».

Le décret n°2008-32 du 9 janvier 2008 qui avait été pris en application de l'article L.331-8 dans sa version antérieure n'ayant pas besoin d'être modifié, il subsiste en l'état.

En revanche, un nouvel arrêté du 3 mai 2013 fixant la liste des pièces justificatives à fournir pour bénéficier de l'indemnisation du congé de paternité et d'accueil de l'enfant a cependant été adopté afin d'adapter ladite liste aux demandes d'indemnisation introduites par une personne qui n'est pas le père de l'enfant.

L'association joint à sa réclamation les éléments relatifs à la situation de quatre assurées qui ont saisi la Cpam de Y et du département Z pour obtenir l'indemnisation du congé de paternité et d'accueil de l'enfant.

Les refus d'indemnisation du congé de paternité et d'accueil de l'enfant opposés par la Cpam de Y sont principalement fondés sur le motif suivant : « *la réglementation française ne permet pas encore d'établir la reconnaissance ou l'adoption conjointe par deux personnes de même sexe* ».

La Cnam du département Z considère pour sa part qu' « à compter du 24/05/2013, la personne qui, bien que n'étant pas le père de l'enfant est le conjoint, le partenaire PACS ou le concubin de la mère peut prétendre au congé paternité et accueil de l'enfant. Il peut concerner deux femmes dans la mesure où le PACS, la vie maritale et le mariage permettent de former un couple ». Ainsi, les demandes d'indemnités journalières de congé de paternité et d'accueil de l'enfant formulées auprès de cette caisse font l'objet de refus dès lors qu'elles ont été déposées avant le 24 mai 2013

Instruction

Par courriers en date du 3 avril 2014, les services du Défenseur des droits ont sollicité la position de la caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés (Cnamts) sur l'application du dispositif litigieux.

Par courrier du 26 mai 2014, la Cnamts estime que l'application de l'article L. 331-8 du code de la sécurité sociale au bénéfice de la conjointe de la mère de l'enfant, n'est possible qu'à compter de la publication de l'arrêté du 3 mai 2013, fixant la liste des pièces justificatives à fournir pour bénéficier de l'indemnisation du congé de paternité et d'accueil de l'enfant.

Ainsi, selon la caisse nationale, seules les demandes introduites à compter du 24 mai 2013, date d'entrée en vigueur de l'arrêté précité du 3 mai 2013, peuvent donner lieu à indemnisation.

Au regard des divergences de motivation mises en lumière par l'instruction conduite par les services du Défenseur des droits et afin de rappeler sa position aux caisses locales, la Cnamts a publié le 26 mai 2014, une lettre réseau CNAMTS LR-DDGOS-38/2014 (**pièce n°1**).

Par courrier en date du 23 décembre 2014, le Défenseur des droits a par conséquent informé la caisse des éléments au vu desquels il pourrait conclure à l'existence d'une discrimination et d'une atteinte aux droits des assurées concernées.

Au regard de ces éléments et après avis de la Direction de la sécurité sociale du Ministère des affaires sociales et de la santé, la Cnamts a indiqué, par courrier du 20 janvier 2015, inviter les Cnam à régulariser les dossiers concernés en diffusant une information à l'égard des services de la mission de conciliation et des directeurs de caisses locales.

L'information annoncée a été diffusée sur le site interne de l'assurance maladie. Cependant, la régularisation des dossiers concernés est présentée comme étant dérogatoire et la lettre réseau reprenant la position initiale de la Cnamts n'a pas été modifiée.

Analyse juridique

Par délibération n° 2007-203 du 3 septembre 2007, le Collège de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité avait constaté l'absence de prise en considération de la diversité de la composition des foyers dans lesquels les enfants sont élevés. Il avait par conséquent estimé utile de revoir le dispositif du congé de paternité et de lui substituer la notion de congé d'accueil de l'enfant, ouvert au partenaire du parent qui contribue à l'éducation de l'enfant.

La modification législative souhaitée par le Collège de la haute autorité est intervenue à l'article 94 la loi n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013. Cependant, cette modification reste privée d'effet, dans la mesure où des décisions de refus sont opposées par certaines caisses primaires d'assurance maladie

(Cpam) aux femmes qui sollicitent l'indemnisation du congé de paternité et d'accueil de l'enfant.

L'article L. 331-8 du code de la sécurité sociale, dans sa rédaction issue de l'article 94 de la loi du 17 décembre 2012 précitée dispose que « *lorsqu'il exerce son droit à congé prévu à l'article L. 1225-35 du code du travail et dans un délai fixé par décret, l'assuré reçoit, pendant une durée maximale de onze jours consécutifs et dans les mêmes conditions d'ouverture de droit, de liquidation et de service, l'indemnité journalière visée à l'article L. 331-3, sous réserve de cesser toute activité salariée ou assimilée.*

En cas de naissances multiples, la durée maximale fixée au précédent alinéa est égale à dix-huit jours consécutifs.

(...) Un décret fixe les modalités d'application du présent article ».

La Cnamts soutenait dans un premier temps que l'article L.331-8 dans sa nouvelle rédaction qui élargit le congé de paternité en congé de paternité et d'accueil de l'enfant, n'est applicable qu'à compter du 24 mai 2013, date d'entrée en vigueur de l'arrêté du 3 mai 2013 fixant la liste des pièces justificatives à fournir pour bénéficier de l'indemnisation du congé de paternité et d'accueil de l'enfant.

Or, en vertu de l'article 1er du code civil, « *les lois et, lorsqu'ils sont publiés au Journal officiel de la République française, les actes administratifs entrent en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut, le lendemain de leur publication. Toutefois, l'entrée en vigueur de celles de leurs dispositions dont l'exécution nécessite des mesures d'application est reportée à la date d'entrée en vigueur de ces mesures (...)* ».

Par décision n°86-223 DC, le Conseil constitutionnel a considéré que « *dans les domaines de sa compétence, il est du pouvoir du législateur de fixer les conditions de mise en vigueur des règles qu'il édicte* ».

Il en découle, que si l'entrée en vigueur d'un texte législatif est conditionnée par l'adoption de mesures réglementaires, il revient au législateur de le préciser et d'assortir de limites la possibilité de différer l'entrée en vigueur laissée à l'appréciation du pouvoir réglementaire.

En l'espèce, l'article 94 de la loi du 17 décembre 2012 précitée ne prévoit pas d'application différé de la modification législative qu'elle introduit et ne conditionne pas l'ouverture du droit au congé de paternité et d'accueil de l'enfant au bénéfice de la compagne de la mère de l'enfant à l'adoption par le pouvoir réglementaire de mesures d'application.

En effet, si le dernier alinéa de l'article L. 331-8 du code de la sécurité sociale dispose qu'« *un décret fixe les modalités d'application du présent article* », ce renvoi à des mesures d'application est issu des rédactions antérieures du texte. En outre, il est communément admis que le maintien d'une telle mention ne constitue pas nécessairement une remise en cause des mesures réglementaires prises antérieurement à la modification législative.

Aussi, à titre de comparaison, si les mesures réglementaires ont été modifiées par décret n° 2013-905 du 9 octobre 2013 s'agissant du congé de paternité et d'accueil de l'enfant des non-salariés des professions agricoles, c'est en raison de la référence directe au lien de filiation qu'opérait les articles D. 732-27 et D. 732-29 du code rural et de la pêche maritime dans leur rédaction antérieure. Par cette référence, les textes d'application contredisaient l'esprit et la lettre de l'article L. 331-8 du code de la sécurité sociale tel que modifié par l'article 94 de la loi du 17 décembre 2012.

Cependant, l'adoption d'un nouveau décret d'application n'étant pas prescrit par la loi du 17 décembre 2012 précitée, la Caisse centrale de la mutualité sociale agricole a précisé dans une lettre à toutes les caisses n°DDPS-2013-105 qu' « à défaut de précision des textes, cette mesure entre en vigueur le 1er janvier 2013 ».

S'agissant des assurés affiliés au régime général, la modification des textes d'application auxquels renvoie l'article L. 331-8 n'était pas nécessaire à l'application du nouveau texte car ils n'entrent pas en contradiction avec l'esprit de l'article 94 de la loi du 17 décembre 2012.

Ainsi, le maintien dans l'ordonnancement juridique des articles D. 331-3 et D. 331-4 du code de la sécurité sociale ne fait pas obstacle à l'applicabilité immédiate de l'article L. 331-8 du code de la sécurité sociale dans sa nouvelle rédaction.

Au surplus, la circonstance qu'une loi renvoie à des dispositions d'application qui n'auraient pas encore été prises ne fait pas obstacle à l'entrée en vigueur de cette loi si elle est suffisamment précise pour être immédiatement applicable. Cette solution, s'applique a fortiori lorsque la loi ne renvoie pas à des dispositions d'application, comme c'est le cas en l'espèce.

Dans son courrier en date du 20 janvier 2015, la Cnamts considère qu'il est « *juridiquement inconcevable de verser une prestation sur la simple base d'une demande, là où la loi renvoie à un décret, qui renvoie lui-même à un arrêté fixant les pièces justificatives nécessaires pour le père de l'enfant* ».

A ce titre, s'il est compréhensible, qu'en raison des difficultés de gestion qu'implique l'absence de liste adaptée de pièces justificatives à fournir, le versement des indemnités journalières puisse être différé, l'absence d'adoption de l'arrêté fixant la liste desdites pièces, non prescrit par la loi, ne peut avoir pour effet de décaler la date d'entrée en vigueur de la disposition législative litigieuse sans contredire le principe d'application immédiate de la loi nouvelle tel qu'il résulte de l'article 1er du code civil.

Il résulte de l'ensemble de ces éléments que l'article L. 331-8 du code de la sécurité sociale, dans sa rédaction issue de l'article 94 de la loi n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013, est applicable à toute demande d'indemnisation introduite à compter du 1er janvier 2013, date d'entrée en vigueur de la loi précitée.

Par ailleurs, il est constaté que cette difficulté concerne principalement les femmes, compagnes de la mère de l'enfant, le dispositif de congé de paternité continuant à s'appliquer comme antérieurement à la modification du texte lorsque la demande d'indemnité journalière est formulée par un homme, père de l'enfant.

La continuité du service des prestations aux pères atteste de ce que l'absence d'édiction d'un nouveau décret visant expressément le congé de paternité et d'accueil de l'enfant ne constitue pas un obstacle juridique au service des prestations correspondantes.

La Cnamts estime que sa position, « *non fondée sur le sexe, puisqu'elle concernait toutes les personnes qui ne sont pas le père de l'enfant mais qui sont le conjoint de la mère, son partenaire de Pacs ou qui vivent maritalement avec elle, quel que soit leur sexe, était fondée sur l'absence de texte d'application fixant la liste des pièces justificatives à l'ensemble de ces nouveaux bénéficiaires* ».

Or, la position retenue par la Cnamts, a pour effet d'exclure, en toute hypothèse, les femmes du dispositif d'indemnisation du congé de paternité et d'accueil de l'enfant.

De ce fait, elle constitue une discrimination indirecte fondée sur le sexe et l'orientation sexuelle au sens de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, combiné à l'article 1 du premier protocole additionnel à la convention.

En effet, l'article 1er du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales 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* ».

La Cour européenne des droits de l'homme considère que les prestations sociales constituent un droit patrimonial au sens de l'article 1er du Protocole 1 de la Convention (décision *Gaygusuz c/ Autriche*, 16 septembre 1996).

En outre, l'indemnité journalière servie dans le cadre du congé de paternité et d'accueil de l'enfant entre également dans le champ de l'article 8 de la Convention, qui garantit le droit au respect de la vie privée et familiale.

L'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales énonce que « *La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, (...) ou toute autre situation* ».

La Cour européenne des droits de l'homme a reconnu que l'orientation sexuelle constitue un critère de discrimination prohibé, notamment dans ses décisions *P.B et J.S c/ Autriche* du 22 juillet 2010 et *Mata Estevez c/ Espagne* du 10 mai 2001, concernant des prestations de protection sociale.

Ainsi, la situation dans laquelle se trouvent placées les femmes qui se sont vu refuser le bénéfice de l'indemnisation du congé de paternité et d'accueil de l'enfant entre dans le champ d'application de l'article 14 combiné à l'article 8 ainsi qu'à l'article 1er du premier protocole additionnel de la CEDH.

Il résulte de l'ensemble de ces éléments que la position de la Cnamts, excluant du bénéfice des indemnités journalières de congé de paternité et d'accueil de l'enfant, les femmes ayant été en congé avant le 24 mai 2013, est constitutive d'une atteinte aux droits des assurées concernées et d'une discrimination fondée sur le sexe et l'orientation sexuelle.

Les suites apportées par la Cnamts aux sollicitations du Défenseur des droits, consistant à publier une information via le site interne des organismes d'assurance maladie, qui présente la régularisation de la situation des assurés concernés comme une dérogation, ne paraissent pas totalement satisfaisantes.

En effet, il convient d'une part de souligner que la lettre réseau LR DDOS/38/2014 du 26 mai 2014, qui formalise la position litigieuse initialement soutenue par la Cnamts n'a pas été modifiée.

D'autre part, le versement des prestations litigieuses aux compagnes de la mère d'enfant, remplissant les autres conditions requises par les textes entre le 1^{er} janvier 2013 et le 23 mai 2013 ne constitue pas une dérogation mais résulte de la stricte application des textes en vigueur.

Ainsi, seule l'adoption d'une nouvelle lettre réseau, permettant de s'assurer de la régularisation certaine et effective de la situation des assurées concernées, serait de nature à apporter une solution définitive à l'atteinte aux droits des assurées et à la discrimination constatée.

Jacques TOUBON