

Paris, le 24 juillet 2015

Décision du Défenseur des droits MSP-MLD-2015-130

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 la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

Vu la Directive 79/7/CEE du Conseil du 19 décembre 1978 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale ;

Vu le code de la sécurité sociale.

Saisi par Monsieur X du refus opposé à sa demande d'indemnisation du congé d'adoption, par la Caisse primaire d'assurance maladie (Cpam) de Y ;

Décide de présenter des observations devant la cour d'appel de Z dans le cadre du renvoi ordonné par la 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation par arrêt en date du 9 octobre 2014.

Le Défenseur des droits

Jacques TOUBON

Observations devant la Cour d'appel de Z dans le cadre de l'article 33 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011

Monsieur X a saisi la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, le 5 août 2009, d'une réclamation relative au refus de versement d'indemnités journalières de congé d'adoption opposé par la caisse primaire d'assurance maladie (Cpam) de Y. Il allègue que ce refus est discriminatoire car fondé sur le sexe.

Depuis le 1^{er} mai 2011, conformément à l'article 44 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, « *les procédures ouvertes par [...] la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité [...] se poursuivent devant le Défenseur des droits* ».

Faits

Monsieur X et son épouse ont adopté deux enfants de 4 et 6 ans en Haïti en juillet 2009. Le couple y a séjourné du 25 juin au 2 juillet 2009, avant de rentrer à leur domicile avec les enfants. A cette fin, le réclamant a demandé le bénéfice d'un congé d'adoption de 10 semaines dès le 18 juin 2009.

Par courrier du 22 juin 2009, la Cpam de Y a refusé d'indemniser ce congé, au motif que :

« L'indemnisation de repos est accordée à la femme assurée ; un assuré salarié ne peut accéder au congé d'adoption lorsque son épouse est sans droit aux prestations en espèces.

Cet article [L 331-7 du code de la sécurité sociale] vise expressément la mère adoptive comme bénéficiaire du congé d'adoption, le père ne pouvant l'être que si cette dernière renonce à son droit à indemnisation, ou en cas de partage du congé entre les deux conjoints assurés sociaux ouvrant droit aux prestations en espèces.

L'épouse sans profession ne peut renoncer à un droit à indemnisation qu'elle n'a pas. Vous avez déclaré que votre épouse ne travaillait plus depuis 2007. De ce fait, elle ne peut pas prétendre à une indemnisation du congé d'adoption.

Au vu des informations que vous nous avez communiquées, je vous informe que vous ne pouvez pas bénéficier de ce congé » (pièce n°1).

Procédures

Monsieur X a contesté le refus litigieux devant la commission de recours amiable qui par décision du 28 août 2009 (**pièce n°2**), a rejeté sa demande. L'intéressé a par conséquent saisi le tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS) de Y.

Par délibération n°2010-276 du 29 novembre 2010 (**pièce n°3**), le Collège de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité a décidé de présenter des observations dans le cadre de ce litige. Il a considéré que la décision de refus opposée à Monsieur X est fondée sur une disposition discriminatoire, tant au regard du droit communautaire que du droit européen, en ce qu'elle réserve par principe l'indemnisation du congé à la mère assurée, qui peut s'en dessaisir au profit du père lorsqu'il remplit également les conditions d'ouverture de droit aux prestations en espèce.

Il convient de signaler que par sa délibération n°2010-277 du 29 novembre 2010 (**pièce n°4**), la haute autorité a également recommandé aux ministres compétents d'engager une réflexion visant à la mise en conformité de la disposition litigieuse au droit européen et communautaire.

Faisant suite à cette délibération, par courrier en date du 31 mars 2011, le Directeur de la sécurité sociale indiquait partager ce constat, puisque « *cette législation génère une rupture d'égalité entre les pères, selon que leur conjointe relève ou non d'un régime servant ou non des indemnités journalières et permettant ou non le renoncement ou le partage des indemnités pour adoption* » (**pièce n°5**).

La modification des textes recommandée par le Collège de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité est finalement intervenue par le biais de l'article 18 de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (**pièce n°6**).

Par jugement en date du 27 septembre 2011, le TASS de Y a estimé qu' « *ainsi que cela résulte de l'avis rendu par la HALDE, ce refus de la Caisse Primaire d'Assurance Maladie de Y de prendre en charge les indemnités de Monsieur X, viole le principe communautaire d'égalité de traitement dans les régimes professionnels de sécurité sociale tel que prévu par la Directive¹ ci-dessus visée* » (**pièce n°7**).

Condamnée à verser à Monsieur X les indemnités afférentes à son congé d'adoption, la Cnam de Y a interjeté appel de cette décision devant la Cour d'appel de Reims², qui par un arrêt du 24 octobre 2012, a estimé qu'il convenait d'écarter le texte litigieux car il instaurait une discrimination à l'égard des pères adoptant et a condamné la caisse à verser à Monsieur X les indemnités journalières sollicitées (**pièce n°9**).

Saisie par l'organisme mis en cause, la Cour de cassation a, dans une décision rendue par la deuxième chambre civile, le 9 octobre 2014, cassé et annulé dans toutes ses dispositions l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Reims (**pièce n°11**).

S'agissant des motifs de l'annulation prononcée par la Cour de cassation³, celle-ci a estimé sur moyen relevé d'office, que les fondements retenus par la Cour d'appel pour justifier sa décision relevaient d'une fausse application des textes.

En effet, l'article L.931-3-2 du code de la sécurité sociale, qui dispose qu' « *Aucune différence en matière de cotisations et de prestations ne peut être fondée sur le sexe (...)* », n'étend ses effets qu'aux prestations des régimes de prévoyance collective et n'est donc pas applicable en l'espèce.

Par ailleurs, la Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 s'applique aux régimes professionnels et non aux régimes légaux de sécurité sociale.

L'affaire est pas conséquent renvoyée devant la cour d'appel de Z.

¹ Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail

² Le Défenseur des droits a présenté ses observations dans le cadre de l'instance en appel par décision n° MLD 2012-97 (**pièce n°8**)

³ Le Défenseur a présenté ses observations devant la Cour de cassation par décision n° MLD 2013-170 (**pièce n°10**)

Discussion

L'article L. 1225-37 du code du travail ouvre le congé d'adoption à chaque parent, sans distinction de sexe, dans les termes suivants :

« Le salarié à qui l'autorité administrative ou tout organisme désigné par voie réglementaire confie un enfant en vue de son adoption a le droit de bénéficier d'un congé d'adoption d'une durée de dix semaines au plus à dater de l'arrivée de l'enfant au foyer. Ce congé peut précéder de sept jours consécutifs, au plus, l'arrivée de l'enfant au foyer.

Le congé d'adoption est porté à :

1° Dix-huit semaines lorsque l'adoption porte à trois ou plus le nombre d'enfants dont le salarié ou le foyer assume la charge ;

2° Vingt-deux semaines en cas d'adoptions multiples. »

A la date de la demande de Monsieur X, l'article L 331-7 du code de la sécurité sociale réservait quant à lui, par principe, l'indemnisation de ce congé à la mère, en disposant que :

« L'indemnité journalière de repos est accordée à la femme assurée à qui un service départemental d'aide sociale à l'enfance, un organisme français autorisé pour l'adoption ou l'Agence française de l'adoption confie un enfant en vue de son adoption. Cette indemnité est également accordée à la personne assurée titulaire de l'agrément mentionné aux articles L. 225-2 à L. 225-7 et L. 225-18 ou L. 225-15 du code de l'action sociale et des familles lorsqu'elle adopte ou accueille un enfant en vue de son adoption par décision de l'autorité étrangère compétente, à condition que l'enfant ait été autorisé, à ce titre, à entrer sur le territoire français.

L'indemnité journalière de repos est due, pendant dix semaines au plus ou vingt-deux semaines au plus en cas d'adoptions multiples, à la condition que l'intéressée cesse tout travail salarié durant la période d'indemnisation. Celle-ci débute à compter de l'arrivée de l'enfant au foyer ou dans les sept jours qui précèdent la date prévue de cette arrivée.

La période d'indemnisation est portée à dix-huit semaines lorsque, du fait de l'adoption, l'assurée ou le ménage assume la charge de trois enfants au moins dans les conditions prévues aux premier et quatrième alinéas de l'article L. 521-2.

Toutefois, lorsque les deux conjoints assurés sociaux travaillent, l'indemnité journalière de repos est accordée, dans les conditions prévues aux alinéas précédents, à la mère ou au père adoptif ; l'un des conjoints doit alors avoir renoncé à son droit.

La période d'indemnisation prévue au présent article peut faire l'objet d'une répartition entre la mère et le père adoptifs lorsque l'un et l'autre ont vocation à bénéficier de l'indemnité journalière de repos. Dans ce cas, la période d'indemnisation est augmentée de onze jours ou de dix-huit jours en cas d'adoptions multiples et ne peut être fractionnée en plus de deux parties, dont la plus courte est au moins égale à onze jours. »

Au cours de l'instruction menée par la Halde, la Cnam a justifié l'exclusion des pères en s'appuyant sur des instructions du 4 février 2008 émanant de la caisse Nationale d'Assurance Maladie des Travailleurs Salariés : *« un assuré salarié ne peut accéder au congé d'adoption lorsque son épouse est sans droit aux prestations en espèces. L'article L 331-7 du code de la Sécurité Sociale vise expressément la mère adoptive comme bénéficiaire du congé d'adoption. Le père ne pouvant l'être que si cette dernière renonce à son droit à indemnisation ou en cas de partage du congé entre les deux conjoints assurés sociaux ouvrant droit aux prestations en espèces. Or, dans ce cas précis, l'épouse sans profession ne peut renoncer à un droit à indemnisation qu'elle n'a pas » (pièce n°12).*

C'est donc en procédant à l'application des textes en vigueur que la Cnam a opposé un refus à la demande d'indemnisation du congé d'adoption formulée par Monsieur X.

Il n'en demeure pas moins qu'à situation comparable les hommes assurés sociaux mariés subissent une différence de traitement par rapport aux femmes assurées sociales mariées.

Le droit au congé d'adoption est ouvert indistinctement au père ou à la mère, mais son indemnisation est réservée à la mère, qui peut s'en dessaisir au profit du père. Ainsi, le conjoint d'une femme qui ne remplit pas les conditions d'ouverture de droit peut bénéficier d'un congé d'adoption mais à ses frais, sans indemnisation alors même qu'il est assuré social. A l'inverse, la femme salariée dont le conjoint n'ouvre pas droit aux prestations bénéficie en toute hypothèse de l'indemnisation du congé.

Cette réserve constitue un frein indéniable à l'exercice du droit au congé d'adoption par les pères et engendrait une différence de traitement à raison du sexe.

C'est ainsi que Monsieur X, qui souhaitait prendre un congé de dix semaines pour l'accueil de ses enfants, ne s'est arrêté que onze jours au titre de ses congés payés, suite au refus de la Cnam de Y d'indemniser le congé d'adoption.

Il n'est pas contesté que l'article L. 931-3-2 du code de la sécurité sociale n'est pas applicable en l'espèce, comme l'a relevé la Cour de cassation dans son arrêt du 9 octobre 2014 précité.

Cependant, la situation des pères adoptant qui se voient refusé l'indemnisation du congé d'adoption au motif que leur épouse ne remplit pas les conditions de perception des prestations en espèce demeure discriminatoire.

En effet, comme le rappelle la Cour de cassation dans son arrêt du 9 octobre 2014 précité, 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 s'applique aux régimes professionnels et non aux régimes légaux de sécurité sociale.

Pour rappel, l'article 9 e) cette directive énonce que « *sont à classer au nombre des dispositions contraires au principe de l'égalité de traitement celles qui se fondent sur le sexe, soit directement, soit indirectement pour (...) fixer des conditions différentes d'octroi des prestations ou réserver celles-ci aux travailleurs de l'un des deux sexes.* ».

Le droit à congé est visé par ce texte et l'instauration d'un droit à congé d'adoption sans distinction de sexe sans pour autant ouvrir l'indemnisation à l'ensemble des hommes assurés reviendrait à réduire l'effectivité du droit au congé les concernant.

S'agissant de l'indemnisation du congé, il s'agit cependant bien d'une disposition concernant non pas un régime professionnel mais un régime légal de sécurité sociale.

Elle est ainsi soumise aux prescriptions de la Directive 79/7/CEE du Conseil, du 19 décembre 1978, relative à la mise en œuvre progressive du principe d'égalité entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale.

La différence de traitement à raison du sexe dans l'exercice des droits liés à la parentalité opérée par l'article L.331-7 précité, a nécessairement des conséquences négatives sur le partage de l'éducation des enfants au sein du couple et sur l'accès des femmes au marché du travail. En effet, dès lors que ce congé est détaché de la nécessité de protéger la femme

en raison de sa condition biologique du fait de la grossesse et de l'accouchement, mais a pour objet l'attention et les soins portés à l'enfant, une telle différence de traitement à raison du sexe ne saurait être justifiée.

Dans leur jurisprudence, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne ont toutes deux rejeté la conception traditionnelle des rôles parentaux.

L'égalité entre les hommes et les femmes est un principe fondamental de l'Union européenne. Les articles 21 et 23 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne interdisent toute discrimination fondée sur le sexe et disposent que l'égalité entre les hommes et les femmes doit être assurée dans tous les domaines.

La Cour de justice de l'Union européenne⁴ considère ainsi, concernant l'exercice de droits parentaux qu'une différence de traitement au profit des femmes ne peut être justifiée qu'au regard de la protection de leur condition biologique ou si elle constitue une action positive en leur faveur.

Ainsi, bien que le visa de la directive 2006/54/CE n'ait pas été pertinent, il n'en demeure pas moins que l'exclusion des pères de l'indemnisation du congé d'adoption reste contraire aux normes européennes garantissant l'égalité entre hommes et femmes.

Concernant la situation de Monsieur X, la Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés (Cnamts) reconnaît, dans son courrier du 18 octobre 2010, que le congé d'adoption a été conçu sur le modèle du congé maternité, qu'une souplesse au profit du père adoptif a été introduite, « *la mère adoptive n'ayant pas besoin du même repos physique nécessité après un accouchement* ». Elle ajoute, « *nos services sont, cependant, conscients que le père adoptif dont le conjoint est femme au foyer, ne peut bénéficier de l'indemnisation d'aucun congé de la part de la sécurité sociale ni même d'un congé équivalent au congé de paternité, au titre de l'adoption de son enfant* ». Cependant, elle ne reconnaît pas explicitement le caractère discriminatoire de l'article L 331-7 précité (**pièce n°13**).

Dans un arrêt du 14 novembre 2013⁵, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que les Etats parties à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales doivent s'abstenir de prendre des mesures susceptibles d'entraver le développement de liens entre les parents adoptifs et leurs enfants et l'intégration de ces derniers dans leur famille d'adoption. Aussi, dès lors qu'un Etat décide de créer un régime de congé parental ou de maternité, il doit le faire d'une manière compatible avec l'article 14.

Le traitement différencié dont la requérante faisait l'objet dans cette affaire était fondé sur sa qualité de mère adoptive. Le rejet de sa demande de congé maternité rémunéré découlait d'une interprétation formaliste de la législation nationale par les autorités internes. Bien que la loi litigieuse ait été modifiée par la suite, la Cour a considéré que cette situation était constitutive d'une violation des articles 8 et 14 de la Convention.

Le raisonnement ainsi développé par la Cour européenne trouve à s'appliquer en l'espèce. En effet, comme le soulignait la Cnamts, en application de l'article L. 331-7 du code de la sécurité sociale, les pères adoptant n'ouvrent pas droit au congé d'adoption indemnisé mais ne bénéficient pas non plus d'un congé équivalent au congé de paternité.

⁴ CJUE, 30 septembre 2010, C-104/09, Pedro Manuel Roca Alvarez c. Sesa Strat Espana ETT SA.

⁵ CEDH, 14 novembre 2013, Topcic-Rosenberg c. Croatie, 19391/11.

Cette différence de traitement opérée par les textes de droit interne entre les pères biologiques, qui ouvrent droit en toute hypothèse à l'indemnisation du congé de paternité, et les pères adoptant, qui ne perçoivent aucune prestation si leur conjointe n'est pas assurée sociale, doit être regardée comme constitutive d'une violation des article 8 et 14 de la Convention.

La Cour européenne des droits de l'homme a également réfuté⁶ l'argument tiré du schéma traditionnel de répartition des rôles entre hommes et femmes au sein d'une famille, en particulier pour l'éducation des enfants, concernant l'exclusion des pères militaires du bénéfice d'un congé parental de trois ans pouvant être cependant accordé aux femmes militaires. La Cour a considéré que cette différence de traitement constitue une discrimination à raison du sexe contraire à la combinaison des articles 8 et 14 de la Convention.

Par ailleurs, le refus opposé à Monsieur X de l'indemniser du congé d'adoption au motif que son épouse n'y a pas droit met en échec l'exercice de ce congé. Comme pour le congé parental, le droit à congé d'adoption entre dans le champ du droit au respect de la vie privée et familiale, garanti par l'article 8 de la Convention. Dès lors, une attribution différenciée de ce droit à raison du sexe peut également constituer une discrimination au sens l'article 14 de la Convention.

Par conséquent, alors même qu'elle a procédé à l'application de la législation en vigueur, la Cjam fondée sa sur une disposition discriminatoire, tant au regard du européen, que du droit l'Union européenne.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter et souhaite soumettre à l'appréciation de la formation de jugement.

Jacques TOUBON

⁶ CEDH, 7 octobre 2010, Konstantin Markin c. Russie, 30078/06, (uniquement en anglais).