

## Délibération n° 2010-277 du 29 novembre 2010

Délibération relative à un refus d'une CPAM d'indemniser un congé d'adoption à un père, discriminatoire car fondé sur le sexe.

### ***Prestations sociales – sexe***

*La HALDE a été saisie d'un refus d'une CPAM d'indemniser un père au titre du congé d'adoption. La CPAM fonde sa décision sur l'article L 331-7 du code de la sécurité sociale qui réserve ce droit aux mères, tout en leur permettant de le céder au père ou de le partager. Le Collège de la haute autorité constate que ce texte instaure une différence de traitement à raison du sexe, discriminatoire au sens de l'article 9e) de la directive 2006/54/CE, ainsi que de la combinaison des articles 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Il décide de recommander aux ministres compétents d'engager une réflexion visant à mettre fin à cette différence de traitement.*

Le Collège :

Vu la Constitution du 4 octobre 1958, et notamment l'alinéa 10 du préambule 1946 ;

Vu la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales du 4 novembre 1950 ;

Vu la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 ;

Vu la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité ;

Vu le décret n° 2005-215 du 4 mars 2005 relatif à la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité.

Sur proposition du Vice-Président :

Par courrier électronique du 5 août 2009, Monsieur J a saisi la haute autorité d'une réclamation relative au refus opposé la caisse primaire d'assurance maladie (CPAM) de X, d'indemniser le congé d'adoption. Il allègue que ce refus est discriminatoire car fondé sur le sexe.

Monsieur J 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 du congé d'adoption de 10 semaines, prévu par l'article L 1225-37 du code du travail, à compter du 18 juin 2009.

Par courrier du 22 juin 2009, la CPAM de X 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. 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. 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.* »

Dès lors, Monsieur J, qui souhaitait prendre un congé de dix semaines pour l'accueil de ses enfants, a pris seulement onze jours de congés payés.

Une instruction a été menée auprès de la CPAM de X qui y a donné suite. Au vu des éléments recueillis, un courrier de notification des charges présentant les conclusions de la direction des affaires juridiques de la Halde a été adressé à la CPAM de X, à la Caisse nationale d'assurance (...) et à la Direction de la sécurité sociale, les invitant à présenter leurs observations avant que le Collège ne délibère sur le dossier. Seules, la CPAM de X et la Caisse nationale ont répondu par courriers respectifs des 15 et 18 octobre 2010.

L'article L 1225-37 du code du travail ouvre le congé d'adoption à chaque parent, sans distinction de sexe : « *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. (...)* »

L'article L 331-7 du code de la sécurité sociale réserve par principe l'indemnisation de ce congé à la mère : « *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. (...)*

*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.* »

La CPAM de l'aube précise que « *dans la lettre ministérielle du 13 février 1985 de Madame le Ministre [...] à Monsieur le Président du Conseil d'administration de la Caisse Nationale d'Assurance [...], il est stipulé que le congé d'adoption peut être accordé à un père célibataire dès lors que les conditions d'ouverture de droit se trouvent réunies* ». Il n'en

demeure pas moins qu'à situation comparable les hommes mariés subissent une différence de traitement par rapport aux femmes mariées.

La CPAM justifie l'exclusion des pères en s'appuyant sur des instructions données par la caisse Nationale d'Assurance (...), le 4 février 2008 : *« 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. »*.

Ainsi, le droit au congé d'adoption est ouvert indistinctement au père ou à la mère, mais le droit à indemnisation est réservé à la mère, qui peut s'en dessaisir au profit du père. Cette réserve constitue un frein indéniable à l'exercice du droit au congé d'adoption par les pères et constitue une différence de traitement à raison du sexe. En effet, le conjoint d'une femme sans emploi peut bénéficier d'un congé d'adoption mais à ses frais sans indemnisation alors même qu'il est assuré social. Cependant la femme salariée dont le conjoint est sans emploi bénéficie en toute hypothèse de l'indemnisation du congé.

C'est ainsi que Monsieur J, 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 CPAM de X d'indemniser le congé d'adoption.

Or, l'article 9 e) 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 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. »*.

Ainsi, la Cour d'appel de Rennes, sous l'empire de l'ancien texte communautaire, a jugé le 9 décembre 2009 (req. n° 08/06822), que : *« Refuser le bénéfice du congé d'adoption au père adoptif, seul assuré au régime général, au motif qu'il ne saurait y prétendre au motif que sa conjointe ne pourrait renoncer au même droit faute d'être assurée du régime général ou d'un régime attaché aurait pour effet de priver le père salarié, assuré au régime général, du droit effectif de pouvoir bénéficier du congé prévu par l'article L 122-6 susvisé du code du travail puisque ce congé, indépendant de la qualité de père ou de mère et que ne pourrait refuser son employeur, ne serait indemnisé.*

*En outre ce refus violerait le principe communautaire d'égalité de traitement dans les régimes professionnels de sécurité sociale tel que prévu par la directive CE 96/97 du 20 décembre 1996 modifiant la directive 86/378/CEE dont l'article 6-e considère comme contraire à ce principe une condition d'octroi de prestation réservée à un travailleur de l'un des deux sexes puisque la mère assurée au régime général pourrait en tout état de cause bénéficier du congé d'adoption quelque soit le régime d'assurance de son conjoint alors que dans la situation symétrique le père ne pourrait y prétendre, étant observé que cette discrimination, à la différence du congé maternité, ne peut être justifiée par la nécessité de protéger la femme en raison de sa condition biologique du fait de la grossesse et de la maternité. »*.

Par conséquent, l'exclusion des pères dont l'épouse n'exerce pas d'activité salariée du bénéfice de l'indemnisation du congé d'adoption résultant de l'article L 331-7 du code de la sécurité sociale constitue une discrimination à raison du sexe au sens de l'article 9 e) de la directive 2006/54/CE.

Une telle différence de traitement à raison du sexe dans l'exercice des droits liés à la parentalité 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 récente, 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.

Dans un arrêt du 30 septembre 2010 (*C-104/09, Pedro Manuel Roca Alvarez c. Sesa Strat Espana ETT SA*), la Cour de justice de l'Union européenne s'est prononcée sur la question de savoir si « *une loi nationale qui octroie exclusivement aux mères qui travaillent en tant que salariées le droit à un congé d'allaitement payé, sous la forme d'une réduction de la journée de travail (...) jusqu'à ce que l'enfant atteigne l'âge de neuf mois, et qui, par contre, n'accorde pas ce droit aux pères salariés porte atteinte au principe de l'égalité de traitement interdisant toute discrimination fondée sur le sexe, qui est reconnu par l'article 13 CE, par la directive 76/207* ».

La Cour relève que la mesure en question, alors qu'elle est désormais détachée de la protection de la condition biologique de la femme, « *réserve, en principe, le droit au congé en cause au principal aux mères des enfants, le père d'un enfant ne pouvant bénéficier de ce congé qu'à la condition que les deux parents aient le statut de travailleur salarié. Il s'ensuit que les mères qui ont le statut de travailleur salarié peuvent toujours bénéficier du congé dit d'allaitement alors que les pères qui ont le statut de travailleur salarié ne peuvent en bénéficier que si la mère de leur enfant possède aussi ce statut. Ainsi, la qualité de parent n'est pas suffisante pour permettre aux hommes ayant le statut de travailleur salarié de bénéficier du congé alors qu'elle l'est pour les femmes ayant un statut identique. Or, les situations d'un travailleur masculin et d'un travailleur féminin, respectivement père et mère d'enfants en bas âge, sont comparables au regard de la nécessité dans laquelle ceux-ci peuvent se trouver d'avoir à réduire leur temps de travail journalier afin de s'occuper de cet enfant.* »

La Cour en conclut que ces mesures constituent une différence de traitement à raison du sexe au sens du droit communautaire. Elle ajoute que le fait de réserver cette mesure aux seules femmes ne saurait constituer une action positive en faveur de l'emploi des femmes au sens du droit communautaire : « *le fait de considérer que la seule mère ayant le statut de travailleur salarié serait titulaire du droit de bénéficier du congé en cause au principal alors que le père ayant le même statut ne pourrait que jouir de ce droit sans en être le titulaire est plutôt de nature à perpétuer une distribution traditionnelle des rôles entre hommes et femmes en maintenant les hommes dans un rôle subsidiaire à celui des femmes en ce qui concerne leur fonction parentale* » et à écarter les femmes de l'emploi.

La Cour considère donc, 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 faveur de l'emploi des femmes.

La Cour européenne des droits de l'homme a également réfuté, dans un arrêt du 7 octobre 2010 (*Konstantin Markin c. Russie*, 30078/06), 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. La Cour a ainsi opéré un revirement de la jurisprudence *Petrovic c. Autriche* (1998) qui reconnaissait aux Etats une liberté pour limiter aux seules mères le droit à un congé parental.

La caisse nationale d'assurance maladie 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.

En outre, le refus opposé à Monsieur J 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, ce droit à congé 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, la décision de la CPAM 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, qui peut s'en dessaisir au profit du père lorsqu'il travaille également.

Le Collège :

Recommande, dans un délai de quatre mois, au ministre compétents d'engager une réflexion visant à la modification des dispositions de l'article 331-7 du code de la sécurité sociale, afin qu'elles soient conformes au droit communautaire et au droit européen.

***Le Vice-Président***

***Eric MOLINIE***