

Paris, le 21 octobre 2016

---

**Décision du Défenseur des droits n° MLD-MSP-2016-275**

---

**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 n°183 de l'OIT du 15 juin 2000 sur la protection de la maternité ;

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 progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale ;

Vu la Directive 92/85/CEE du Conseil du 19 octobre 1992 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail ;

Vu le code de la sécurité sociale ;

Vu la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ;

---

---

Saisi par Madame X, qui conteste le refus de versement des indemnités journalières de congé de maternité qui lui a été opposé par la caisse primaire d'assurance maladie de Z,

Décide de présenter les observations suivantes devant la Cour d'appel de Z.

Jacques TOUBON

---

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

---

Par courrier du 3 septembre 2016, reçu le 13 septembre, Madame X a saisi le Défenseur des droits d'une réclamation relative au refus d'indemnisation de son congé maternité, qui lui a été opposé par la Cnam de Z.

Elle estime que cette décision méconnaît ses droits d'usager des services publics, et crée à son encontre une situation discriminatoire à raison de l'état de grossesse et de la maternité.

### Faits

Madame X, qui exerce la profession de cadreuse pour le cinéma et la télévision, a le statut d'intermittente du spectacle.

Elle a débuté une grossesse, qui a été constatée le 19 avril 2010.

Madame X a sollicité l'indemnisation de son congé maternité, lequel a eu cours à compter du 8 décembre 2010 et jusqu'au 30 mars 2011.

Le 10 février 2011, la CPAM a rejeté cette demande, rejet qui a été confirmé par la commission de recours amiable aux termes d'une décision notifiée le 3 octobre 2011.

Entre-temps, l'assurée avait saisi le tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS) de Z, devant lequel elle a fait valoir, outre une erreur de calcul relative au montant des cotisations versées dans les six mois précédents son congé maternité, le caractère obsolète des dispositions de l'article R.313-3 du Code de la sécurité sociale instituant certaines conditions d'ouverture du droit à l'indemnisation de ce congé, ces dispositions n'ayant pas été mises en conformité avec la durée du temps de travail réduite à 35 heures hebdomadaires. L'assurée a soutenu que par conséquent, cette disposition méconnaissait l'article 11 de la directive n°92/85/CEE du 19 octobre 1992, garantissant à la salariée enceinte le maintien d'une rémunération et/ou le bénéfice d'une prestation adéquate. Madame X a sollicité qu'il soit fait une application directe de cette directive, et que la CPAM soit reconnue fautive pour n'avoir pas réclamé une modification de l'article R.313-3 précité.

Par un jugement en date du 5 avril 2013, le TASS a rejeté ces demandes.

Madame X a fait appel de ce jugement, l'affaire devant être examinée à l'audience du 28 octobre prochain devant la cour d'appel de Z.

### Instruction

Par courrier du 6 octobre 2016, les services du Défenseur des droits ont adressé à la Cnam de Z ainsi qu'à la Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés (Cnamts), une note récapitulative reprenant les éléments de fait et de droit susceptibles de conduire à la considération selon laquelle la situation dans laquelle se trouve placée Madame X porte atteinte aux droits d'un usager d'un service public, et constitue une discrimination prohibée par la loi.

Les caisses mises en cause étaient invitées à présenter les éléments qu'elles estimaient utiles de porter à la connaissance du Défenseur des droits dans un délai de quinze jours.

Par un courrier en date du 17 octobre 2016, le Directeur général de La Cnam de Z a répondu à cette note, en exposant les éléments qui le conduisaient à maintenir la position de refus d'ouverture du droit au versement des prestations en espèces.

### Discussion

La Cnam refuse d'allouer une indemnisation du congé maternité au motif que Madame X ne remplirait pas les conditions d'ouverture de ce droit.

Un tel refus paraît caractériser à la fois une méconnaissance d'un droit d'un usager des services publics, et une discrimination fondée sur le sexe.

Il importe, à titre liminaire, de rappeler l'exceptionnelle protection dont la maternité des travailleuses fait l'objet, tant en droit interne qu'international.

Les dispositions d'ordre public de l'article L.1225-29 du Code du travail font interdiction à tout employeur « *d'employer la salariée pendant une période de huit semaines au total avant et après son accouchement* ».

La cessation d'activité s'impose à l'employeur comme à la salariée à l'occasion de sa maternité.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne mentionne en son article 33, qu'« *afin de pouvoir concilier vie familiale et vie professionnelle (...) toute personne a le droit à un congé de maternité payé* ».

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, énonce que le principe de l'égalité de traitement implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement soit indirectement, tout en précisant que ce principe ne fait pas obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme en raison de la maternité.

La Convention n°183 de l'OIT du 15 juin 2000, ainsi que la directive 92/85/CEE du 19 octobre 1992, posent le principe du droit à une prestation en espèces adéquate pendant et à l'issue du congé de maternité.

En l'espèce Madame X est privée de cette prestation en raison d'une erreur entachant le dispositif de droit interne, que l'on pourrait qualifier de matérielle (1).

L'absence d'indemnisation de l'arrêt de travail, arrêt qui s'est imposé à Madame X en raison de sa maternité, conduit à une situation de discrimination en raison du sexe, interdite tant par le droit de l'Union Européenne que par la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (2).

Puisque la norme de droit interne, du fait de l'erreur matérielle dont elle est entachée, prive certaines travailleuses de la protection à laquelle elles ont droit lors de l'arrêt de leur travail en raison de leur maternité, et leur fait ainsi subir une discrimination fondée sur le sexe, il appartient à l'organisme de sécurité sociale auquel la directive 92/85/CEE du 19 octobre 1992 est opposable, de faire application de ses dispositions pour assurer cette protection. A défaut le juge national, auquel les dispositions de la directive s'imposent, est tenu

d'interpréter la norme de droit interne en conformité avec l'objectif de protection recherché (3).

1°) Un dispositif de droit interne inapplicable en l'état

En vertu de l'article R.313-1 du Code de la sécurité sociale, les conditions d'ouverture des droits aux prestations en nature et en espèce de l'assurance maternité, sont appréciées au début du 9ème mois avant la date présumée de l'accouchement, ou à la date du début du repos prénatal.

L'article R. 313-3 du même code, dans sa rédaction applicable en l'espèce, dispose pour sa part :

*« 1° Pour avoir droit aux indemnités journalières de l'assurance maladie pendant les six premiers mois d'interruption de travail, aux allocations journalières de maternité et aux indemnités journalières de l'assurance maternité, l'assuré social doit justifier aux dates de référence prévues aux 2° et 3° de l'article R. 313-1 :*

*« a) Soit que le montant des cotisations dues au titre des assurances maladie, maternité, invalidité et décès assises sur les rémunérations qu'il a perçues pendant les six mois civils précédents est au moins égale au montant des mêmes cotisations dues pour un salaire égal à 1 015 fois la valeur du salaire minimum de croissance au premier jour de la période de référence ;*

*« b) Soit avoir effectué au moins 200 heures de travail salarié ou assimilé au cours des trois mois civils ou des quatre-vingt-dix jours précédents.*

*« L'assuré doit en outre justifier de dix mois d'immatriculation à la date présumée de l'accouchement pour bénéficier des indemnités journalières de l'assurance maternité.*

*« 2° Lorsque l'arrêt de travail se prolonge sans interruption au-delà du sixième mois, l'assuré social, pour avoir droit aux indemnités journalières après le sixième mois d'incapacité de travail, doit avoir été immatriculé depuis douze mois au moins à la date de référence prévue au 2° de l'article R. 313-1.*

*« Il doit justifier en outre :*

*« a) Soit que le montant des cotisations dues au titre des assurances maladie, maternité, invalidité et décès assises sur les rémunérations qu'il a perçues pendant les douze mois civils précédant l'interruption de travail est au moins égal au montant des mêmes cotisations dues pour un salaire égal à 2 030 fois la valeur du salaire minimum de croissance au 1er janvier qui précède immédiatement le début de cette période, dont 1 015 fois au moins la valeur du salaire minimum de croissance au cours des six premiers mois ;*

*« b) Soit qu'il a effectué au moins 800 heures de travail salarié ou assimilé au cours des douze mois civils ou des 365 jours précédant l'interruption de travail, dont 200 heures au moins au cours des trois premiers mois ».*

Ainsi pour avoir droit aux prestations en espèces de l'assurance maternité pendant les six premiers mois d'arrêt, la salariée, outre la justification de dix mois d'immatriculation à la date présumée de l'accouchement, doit soit avoir accompli un minimum de 200 heures de travail pendant les trois mois civils ou les quatre-vingt-dix jours précédents la date de début de grossesse ou celle du début du repos prénatal [art. R.313-3, 1°), b)], soit avoir travaillé pendant les six mois précédents l'une ou l'autre de ces dates, moyennant une rémunération au moins égale au montant du SMIC [art. R.313-3, 1°), a)].

Le nombre de « 1015 » mentionné dans cette disposition, correspond pour une personne rémunérée au SMIC, à l'exécution durant une période de six mois, d'un travail à temps plein sous l'empire de l'ancienne réglementation du temps de travail, alors fixée à 39 heures par semaine, soit 169 heures mensuelles.

L'article R.313-3, 1°), a) - qui a pour objet d'ouvrir droit aux indemnités journalières de maternité à toute femme justifiant avoir travaillé six mois à temps plein durant l'une des deux périodes de référence possibles, doit, pour être applicable, mentionner un nombre d'heures correspondant aux heures accomplies durant six mois d'un travail à plein temps selon la nouvelle durée légale du temps de travail, soit 35 heures hebdomadaires, 151,67 heures mensuelles.

Ainsi, eu égard à l'objectif de la condition posée à l'article R.313-3, 1°), a), l'exigence doit se porter sur un montant de cotisations dues pour un salaire égal à (151,67 heures mensuelles durant six mois : 910 heures) 910 fois la valeur du SMIC horaire.

De nombreuses dispositions du code de la sécurité sociale, impactées par la réduction du temps de travail instituée par les lois Aubry, ont fait l'objet d'une modification pour être adaptées à la nouvelle durée légale du travail.

Manifestement, le texte de l'article R.313-3 1°), a), tout comme celui de l'article R.313-1, 2°) a) applicable pour les congés supérieurs à six mois, ont été « omis ».

Leur application aux salariées rémunérées au SMIC, est incompatible avec le respect de la nouvelle durée légale du travail.

Le Défenseur des droits va préconiser que le ministère des affaires sociales procède à la modification de ces textes, quant au salaire de référence servant d'assiette au montant de cotisations exigé, afin que les cas d'ouverture de droit qu'ils ont pour objet d'instituer soient effectifs, et que les salariées rémunérées au SMIC à l'instar de Madame X, voient leur droit à l'indemnisation de l'arrêt de travail pour maternité respecté.

2°) *Le refus d'indemniser le congé maternité de Madame X conduit à la création d'une situation de discrimination en raison du sexe.*

L'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne dispose qu'«est interdite toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, ... ».

L'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme prohibe toute discrimination dans le cadre des droits reconnus par la Convention.

L'article 1er du protocole n°1 de la CEDH dispose 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* ».

Le principe de non-discrimination dans l'attribution des prestations sociales a été dégagé par la Cour européenne des droits de l'homme, en combinant les deux dispositions précitées. Les prestations sociales qui constituent des droits patrimoniaux au sens de l'article 1er du Protocole 1 de la Convention, doivent être allouées sans discrimination au sens de l'article 14 (arrêt Gaygusuz c Autriche du 16 septembre 1996).

En droit interne, l'article 2 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 dispose que « *toute discrimination directe ou indirecte est interdite en raison de la grossesse ou de la maternité, y compris du congé de maternité. Ce principe ne fait pas obstacle aux mesures prises en faveur des femmes pour ces mêmes motifs* » notamment en matière de protection sociale (article 2, 3°).

L'article 1er de cette loi précise que « *Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés*»

La CEDH, pour caractériser une discrimination indirecte, a affirmé qu'« *une différence de traitement peut aussi consister en l'effet préjudiciable disproportionné d'une politique ou d'une mesure qui, bien que formulée de manière neutre, a un effet discriminatoire sur un groupe* » (D.H. et autres c. République tchèque, n° 57325/00, § 184, 13 novembre 2007 ; Opuz c. Turquie, n° 33401/02, § 183, 9 juin 2009; Zarb Adami c. Malte, n° 17209/02, § 80, 20 juin 2006).

Aux termes de l'article 2, paragraphe 2, de la directive 97/80/CE du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, « *une discrimination indirecte existe lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit approprié(e) et nécessaire et ne puisse être justifié(e) par des facteurs objectifs indépendants du sexe des intéressés.*»

Selon la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés Européennes (CJCE), aujourd'hui de l'Union Européenne (CJUE), rendue en matière d'emploi, le fait qu'une situation défavorable soit liée à l'état de grossesse caractérise, de plein droit, une discrimination fondée sur le sexe (arrêt du 8 novembre 1990, C-177/88, Dekker c. Stichting Vormings centrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus, Recueil 1990, p. I-3941 ; arrêt du 14 juillet 1994, C-32/93, Webb c. EMO Air Cargo (UK) Ltd, Recueil 1994, p. I-3567).

De manière générale, une mesure qui a des effets désavantageux sur un public déterminé, constitué majoritairement de femmes, constitue une discrimination en raison du sexe (arrêt de la CJCE du 23 octobre 2003 dans les affaires jointes C-4/02 et V-5/02, Hilde Schönheit c. Stadt Frankfurt am Main et Silvia Becker c. Land Hessen : le fait que des pensions de vieillesse d'employés à temps partiel soient calculées sur la base d'un taux différent de celui appliqué aux employés à temps plein, sans que cette différence de taux fût justifiée par une durée de travail réduite, constitue une discrimination fondée sur le sexe dès lors que les employés à temps partiel, pour une large majorité, sont des femmes).

Une distinction est discriminatoire au sens de l'article 14 de la convention européenne des droits de l'homme, si la différence de traitement subie "*manque de justification objective et raisonnable*", c'est à-dire si elle ne poursuit pas un "*but légitime*" ou s'il n'y a pas de "*rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé*".

En l'espèce, il est acquis que l'application de l'article R.313-1°) a), tel qu'il est aujourd'hui rédigé, a pour effet de priver les femmes ayant travaillé à temps plein en étant rémunérées au SMIC, de l'indemnisation de l'arrêt de travail qui s'impose à elles en raison de leur maternité.

Il n'existe aucune justification objective et raisonnable à cette privation, étant précisé que celle-ci entraîne, et se double donc, de la perte de droits au titre de l'assurance chômage (Cf. la décision du Défenseur des droits n°MLD 2012-39 du 13 mars 2012, relative notamment à la conséquence de l'absence d'indemnisation du congé maternité des salariées intermittentes, sur leurs droits en matière d'assurance chômage).

La discrimination indirecte au préjudice des femmes enceintes rémunérées au SMIC semble donc caractérisée. Elle est contraire aux normes internationales qui, en vertu de la hiérarchie des normes, commandent d'écarter les dispositions du droit interne conduisant à une telle situation.

Le juge français, en tant que juge national d'un Etat adhérent à la CEDH, est « *le juge naturel de la protection des droits fondamentaux, le « juge primaire » de la Convention. Il interprète et applique le droit interne à sa lumière. S'il y a lieu, il écarte, au nom du principe de la hiérarchie des normes, la loi nationale qui n'est pas compatible avec les exigences de la Convention* » (Yves Robineau, Président de section au Conseil d'État, Intervention à la Cour Suprême d'Azerbaïdjan du 24 octobre 2014 : « L'application par la France des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme »).

Aussi, en l'espèce, appartient-il à la cour d'appel de Z d'écarter l'application littérale de l'article R. 313-3 1°) a) du code de la sécurité sociale, au motif qu'elle est incompatible - dans la rédaction actuelle du texte - avec l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 1er du premier protocole additionnel à cette convention (pour un exemple de disposition du code de la sécurité sociale dont l'application est écartée par le juge français en raison de son incompatibilité avec la Convention : Civ. 2ème, 28 mai 2009, pourvoi 08-13939, Bulletin 2009, II, n° 135).

3°) Une application directe de la directive 92/85/CEE du 19 octobre 1992 permet l'attribution d'indemnités journalières de maternité dans l'attente d'une mise en conformité de l'article R.313-3 du Code de la sécurité sociale à la durée légale du travail

Une directive communautaire peut avoir un effet direct et créer des droits au profit des particuliers (arrêt CJCE du 4 décembre 1974, Van Duyn, affaire 41-74). Les justiciables sont en droit d'en invoquer les dispositions précises et inconditionnelles dès lors que le droit interne n'en a pas – ou mal - assuré la transposition (arrêts CJCE, Ratti, du 5 avril 1979, affaire 148/78 ; du 19 janvier 1982, Becker, 8/81 ; du 17 septembre 1996, Cooperativa Agricola Zootechnica S. Antonio e.a, C-246/94 à C-249/94, ainsi que du 17 juillet 2008, Flughafen Köln/Bonn, C-226/07).

En droit interne, les juridictions nationales ont reconnu le caractère constitutionnel de l'obligation de transposition des directives en vertu de l'article 88-1 de la Constitution (CC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* ; CE, ass, 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique*).

Le Conseil d'Etat, dans un arrêt *Madame Perreux* rendu le 30 octobre 2009, a énoncé les principes suivants : « *tout justiciable peut (...) demander l'annulation des dispositions réglementaires qui seraient contraires aux objectifs définis par les directives et, pour contester une décision administrative, faire valoir, par voie d'action ou par voie d'exception, qu'après l'expiration des délais impartis, les autorités nationales ne peuvent ni laisser subsister des dispositions réglementaires, ni continuer de faire application des règles, écrites ou non écrites, de droit national qui ne seraient pas compatibles avec les objectifs définis par les directives ; qu'en outre, tout justiciable peut se prévaloir, à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif non réglementaire, des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive, lorsque l'État n'a pas pris, dans les délais impartis par celle-ci, les mesures de transposition nécessaires* ».

La directive 92/85/CEE du Conseil du 19 octobre 1992 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, énonce aux termes de ses considérations :

*« considérant que les mesures d'organisation du travail visant la protection de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes, n'auraient pas d'effet utile si elles n'étaient pas assorties du maintien des droits liés au contrat de travail, y compris le maintien d'une rémunération et/ou le bénéfice d'une prestation adéquate;*

*« considérant, par ailleurs, que les dispositions concernant le congé de maternité seraient également sans effet utile si elles n'étaient pas accompagnées du maintien des droits liés au contrat de travail et du maintien d'une rémunération et/ou du bénéfice d'une prestation adéquate;*

*« considérant que la notion de prestation adéquate en cas de congé de maternité doit être considérée comme un point technique de référence en vue de fixer le niveau de protection minimale et ne devrait en aucun cas être interprétée comme impliquant une analogie de la grossesse à la maladie,*

*« (...) » (considérants 16 à 18).*

L'article 11 de la directive dispose :

*« Droits liés au contrat de travail*

*« En vue de garantir aux travailleuses, au sens de l'article 2, l'exercice des droits de protection de leur sécurité et de leur santé reconnus dans le présent article, il est prévu que:*

*« 1) dans les cas (...);*

*« 2) dans le cas visé à l'article 8 (congé maternité), doivent être assurés:*

*« a) les droits liés au contrat de travail des travailleuses au sens de l'article 2, autres que ceux visés au point b);*

*« b) le maintien d'une rémunération et/ou le bénéfice d'une prestation adéquate des travailleuses au sens de l'article 2;*

*« 3) la prestation visée au point 2 b) est jugée adéquate lorsqu'elle assure des revenus au moins équivalents à ceux que recevrait la travailleuse concernée dans le cas d'une interruption de ses activités pour des raisons liées à son état de santé, dans la limite d'un plafond éventuel déterminé par les législations nationales;*

*« (...) ».*

Dans un arrêt Gassmayr du 1er juillet 2010 (Affaire C-194/08), la CJUE a estimé que l'article 11 de la directive 92/85/CEE, en ses points 1 à 3, satisfaisait aux critères de précision et d'inconditionnalité permettant aux justiciables de s'en prévaloir, dès lors qu'il mettait à la charge des États membres, dans des termes non équivoques, une obligation de résultat précise consistant notamment à assurer, pendant le congé de maternité visé à l'article 8, les droits liés au contrat de travail des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes ainsi que le maintien d'une rémunération et/ou le bénéfice d'une prestation adéquate (point 46).

Elle en a déduit que : « l'article 11, points 1 à 3, de la directive 92/85 a un effet direct et engendre, au profit des particuliers, des droits que ceux-ci peuvent faire valoir à l'encontre d'un État membre qui n'a pas transposé cette directive en droit national ou qui l'a transposée de manière incorrecte, droits que les juridictions nationales sont tenues de sauvegarder » (point 53).

Les dispositions dont l'effet direct est ainsi reconnu sont opposables non seulement aux Etats membres, mais également à leurs « émanations », parmi lesquelles figurent les organismes chargés d'un service d'intérêt public, disposant à cet effet de prérogatives exorbitantes du droit commun (arrêt du 4 décembre 1997, C-253/96 à C-258/96, Rec. p. I-6907 ; voir, pour un exemple, arrêt du 5 février 2004, Riesen Internationale Transporte, C-157/02).

Tel est le cas, en France, des organismes chargés du service public de la sécurité sociale, sous la tutelle d'un ministère.

Ainsi en l'espèce, il incombait à la CPAM de Z, organisme participant à la mission de service public de la sécurité sociale, d'assurer l'effectivité du droit au bénéfice d'une prestation adéquate durant le congé maternité, en interprétant le dispositif « imparfait » du droit interne [article R.313-3 1°) a)] à la lumière de l'article 11 de la directive.

Ce texte commande d'adapter à l'actuelle durée légale du travail, le nombre par lequel la valeur du SMIC horaire doit être multiplié pour définir la valeur du salaire minimum sur lequel doivent avoir été assises les cotisations dues au titre des rémunérations perçues par la salariée durant les six mois précédents l'une des deux dates de référence.

Faute par l'organisme d'avoir ainsi adapté le texte au profit de madame X, c'est au juge de la sécurité sociale, devant lequel le litige est porté, d'y procéder.

En effet la jurisprudence communautaire, précisant l'office du juge national à l'égard des dispositions d'une directive, a institué un principe d'interprétation conforme. L'obligation des Etats membres découlant d'une directive, d'atteindre le résultat prévu par celle-ci, ainsi que leur devoir de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution de cette obligation, s'imposent à toutes les autorités des Etats membres y compris, dans le cadre de leurs compétences, les autorités juridictionnelles. Il s'ensuit qu'en appliquant le droit interne, la juridiction nationale est tenue d'interpréter son droit national à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par celle-ci (arrêt CJCE du 10 avril 1984, point 26, Von Colson et Kamann, C-14/83; confirmé par arrêts du 13 novembre 1990, Marleasing, C-106/89, Rec. p. I-4135, point 8 ; du 18 décembre 1997, Inter-Environnement Wallonie, C-129/96 Rec. p. I-7411, point 40 ; du 25 février 1999, Carbonari e.a., C.131/97, Rec. p. I-1103, point 48 ; du 5 octobre 2004, Pfeiffer, C- 397/01 a C- 403/01).

Selon cette même jurisprudence, doivent être considérées comme relevant du champ d'application d'une directive, non seulement les dispositions nationales dont l'objectif exprès est de la transposer, mais également, à compter de la date d'entrée en vigueur de cette directive, les dispositions nationales préexistantes, susceptibles d'assurer la conformité du droit national à celle-ci.

Ainsi « les juridictions nationales sont tenues, dans toute la mesure du possible, d'interpréter le droit interne, à partir de l'expiration du délai de transposition (de la directive), aux fins d'atteindre les résultats poursuivis par cette dernière » (CJCE, arrêt du 4 juillet 2006, Adeneler, C-212/04).

La Cour d'appel de Z a déjà eu l'occasion de statuer en ayant recours expressément, à ce principe d'interprétation du droit national conformément aux objectifs d'une directive (par ex. arrêt du 14 mai 2009, RG 09/03660).

\*

Dans ses conclusions d'intimée, la Cnam de Z fait valoir que la Directive n°92/85/CEE du 19 octobre 1992, en son article 11, 4°), autorise les États membres à soumettre le droit au maintien d'une rémunération ou à une prestation adéquate durant le congé maternité, à la condition que la travailleuse concernée remplisse les conditions d'ouverture du droit à ces avantages prévues par les législations nationales.

Cette faculté donnée aux États membres de prévoir des conditions d'ouverture des droits, ne les autorise pas à fixer des conditions qui, en pratique, ferment tout accès à la prestation et tiennent ainsi en échec l'obligation de résultat instituée par les points 1 à 3 de l'article 11, d'assurer pendant le congé de maternité de la travailleuse, le maintien d'une rémunération et/ou le bénéfice d'une prestation adéquate.

Or c'est bien le résultat auquel conduit la disposition contestée de l'article R.313-3 du code de la sécurité sociale, dès lors qu'elle exige un montant de cotisations inaccessible à une femme ayant travaillé 35 heures par semaine pendant la durée requise, en étant rémunérée au SMIC.

La Cnam soutient également, aux termes des mêmes conclusions, que la décision de refus d'indemnités journalières de maternité est conforme à l'article 11, 3°) de la Directive du 19 octobre 1992, selon lequel la prestation servie durant le congé maternité « *est jugée adéquate lorsqu'elle assure des revenus au moins équivalents à ceux que recevrait la travailleuse concernée dans le cas d'une interruption de ses activités pour des raisons liées à son état de santé (...)* ». En effet selon la caisse, la législation française prévoit les mêmes conditions d'ouverture des droits et le même mode de calcul des indemnités journalières en cas de maladie ou maternité.

Cet argument est inopérant, à un double titre.

D'une part ce n'est pas le niveau de la prestation qui pose problème en l'espèce, mais l'un des cas d'ouverture du droit à cette prestation. Les dispositions de l'article 11,3°), qui ont pour objet de garantir un certain niveau de la prestation maternité, sont donc sans incidence sur le litige.

D'autre part, et surtout, la circonstance que les assurances maladie et maternité sont soumises aux mêmes conditions d'ouverture de droit, démontre que les erreurs dont sont entachés les articles R.313-3 1°), a) et R.313-1, 2°) a) du CSS, désavantagent et discriminent, lorsqu'ils sont rémunérés au SMIC, non seulement les travailleuses en raison de leur maternité, mais également les travailleurs quel que soit leur sexe, en raison de leur état de santé.

Le Défenseur des droits ne manquera pas d'attirer l'attention de la Ministre des affaires sociales sur cette double discrimination, dans la recommandation de réforme qu'il compte lui adresser.

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

Jacques TOUBON