

*Le Défenseur des droits*  
*Mission lutte contre les discriminations et promotion de l'égalité*

**Décision n°LCD-2011-41**

Le Défenseur des droits :

Vu la Constitution du 4 octobre 1958 et son préambule ;

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

Vu la Convention européenne de sauvegarde des droit de l'homme et des libertés fondamentales et le premier protocole additionnel à la Convention ;

Vu la directive du Conseil 92/85/CEE 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 (10<sup>ème</sup> directive particulière au sens de l'article 16 paragraphe 1 de la directive 89/391/CEE) ;

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 ;

Vu le code de sécurité sociale et notamment son article L.311-5;

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

Saisi par Madame . , relevant du statut des intermittents du spectacle, qui estime avoir été placée dans une situation discriminatoire du fait de l'absence de versement de l'indemnité journalière de congé de maternité durant ce congé et des conséquences sur ses droits à l'assurance chômage, le Défenseur des droit présente les observations suivantes.

*Le Défenseur des droits*

*Dominique BAUDIS*

**le cadre de l'article 33 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011**

Madame [redacted], réalisatrice, chef monteuse et metteur en scène a saisi la haute autorité par courrier du 7 juin 2010. Elle considère que le traitement de sa situation par la CPAM de [redacted] et Pôle emploi revêt un caractère discriminatoire à raison de sa grossesse.

Depuis le 1<sup>er</sup> 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* ».

Madame [redacted] relève du statut des intermittents du spectacle. Dans le cadre de ses diverses activités professionnelles, elle combine deux modes de rémunération : elle est rémunérée à l'heure ou au cachet.

Le début de sa grossesse a été constaté le 7 novembre 2008 et elle a donné naissance à son deuxième enfant le 6 août 2009. Elle a été placée en congé de maternité du 8 juillet 2009 au 15 octobre 2009. Avant cette période la réclamante percevait l'allocation d'aide au retour à l'emploi (ARE) versée par Pôle emploi.

Le 20 juin 2009, pensant pouvoir bénéficier d'une prise en charge au titre de la sécurité sociale, la réclamante a adressé à la CPAM l'ensemble des documents nécessaires à l'examen de sa demande d'indemnité journalière de congé de maternité.

Or, par une décision en date du 23 juillet 2009, la CPAM a refusé le versement de l'indemnité journalière de congé maternité à la réclamante au motif qu'elle ne remplissait pas les conditions requises par l'article R.313-1 du code de la sécurité sociale. Ce texte fixe les conditions de droit commun de prise en charge du congé de maternité par la CPAM.

Par courrier en date du 21 septembre 2009, la réclamante a saisi la Commission de recours amiable d'une contestation du refus de versement des indemnités journalières de congé de maternité qui lui a été opposé par la CPAM.

En l'absence de réponse de la Commission à l'issue du délai d'un mois imparti, la réclamante a saisi le Tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS) de [redacted], le 20 décembre 2009, afin de solliciter l'application de l'article L. 311-5 du code de la sécurité sociale à sa situation.

C'est finalement par une décision notifiée à la réclamante le 2 novembre 2010 que la Commission de recours amiable a maintenu le refus de versement des prestations sollicitées.

La date de l'audience au cours de laquelle le recours de la réclamante sera examiné par le TASS a été fixée au 28 septembre 2011.

La haute autorité a adressé un courrier de notification des charges, le 28 mars 2011, à la CPAM de Paris.

Par un courrier en date du 21 avril 2011, la CPAM répond que « *les caractéristiques de l'emploi de Madame [redacted] ont été scrupuleusement prises en compte par la Caisse*

Primaire de (...) ». La situation de la réclamante aurait été analysée tant au regard des dispositions de l'article R.313-3 du code de la sécurité sociale, fixant les conditions de droit commun d'indemnisation du congé de maternité, qu'au regard des dispositions de l'article R.313-7 applicable aux personnes exerçant des professions à caractère saisonnier ou discontinu. Il n'est en revanche pas fait mention de l'article L311-5, qui pourrait permettre l'indemnisation de la réclamante.

Par ailleurs, la CPAM de ... indique que « les CPAM sont soumises à la stricte application des dispositions légales. Les assurées en cause ne peuvent arguer une quelconque discrimination à leur encontre, puisque c'est justement pour tenir compte des spécificités de leur profession qu'ont été instaurées des conditions dérogatoires et assouplies à leur profit ». Selon elle, « il n'apparaît pas que les professions intermittentes soient l'objet de mesures discriminatoires étant observé qu'au contraire, des conditions particulières plus favorables leur sont appliquées. L'absence de ressources résultant de droits insuffisants aux prestations de l'assurance maternité ne peut en conséquence être reprochée à l'assurance maladie maternité ».

Concernant le droit applicable, l'ouverture des droits aux prestations versées par la CPAM dans le cadre du congé de maternité est régie par les articles R.313-3 et R.313-7 du Code de la sécurité sociale.

L'article R.313-3 prévoit les conditions de droit commun permettant à toute salariée de bénéficier de l'indemnisation du congé de maternité : elle doit justifier à la date présumée de conception ou à la date de début du congé de maternité :

- soit d'un montant de cotisations au moins égal à celui dû pour un salaire au moins égal à 1015 fois le SMIC horaire au cours des 6 mois précédent le début de la période de référence ;
- soit avoir effectué au moins 200 heures de travail durant les 3 mois précédant le début de la période de référence.

En l'espèce, il apparaît que le dossier de la réclamante a dans un premier temps été analysé au regard de ces dispositions. La réclamante ne remplissant pas les conditions précitées, la CPAM a opposé un refus à sa demande d'indemnisation du congé de maternité.

L'article R.313-7 du code de la sécurité sociale prévoit quant à lui un dispositif plus adapté aux spécificités des activités des personnes exerçant des professions à caractère saisonnier ou discontinu, telles que les intermittentes du spectacle. Les intéressées doivent justifier à la date de référence :

- d'un montant de cotisations au moins égal à celui dû pour un salaire au moins égal à 2030 fois le SMIC horaire, au cours des 12 mois précédent le début de la période de référence ;
- ou
- d'avoir effectué au moins 800 heures de travail durant les 12 mois précédant le début de la période de référence.

La réclamante soutient que ces conditions plus favorables ne lui ont pas été appliquées. Or, selon la CPAM, il a bien été fait application de cette disposition lors de l'examen de sa demande. Il ressort des éléments fournis par les deux parties au cours de l'enquête que la réclamante ne remplissait les conditions fixées par l'article précité pour percevoir l'indemnité journalière de congé de maternité, ni au début du 9<sup>ème</sup> mois précédent la date présumée de l'accouchement, ni à la date du début du repos prénatal.

Toutefois, la CPAM de ... n'a pas fait application de l'article L.311-5 du code de la sécurité sociale, qui aurait permis à Madame ( ... ) d'obtenir des prestations.

Cet article prévoit qu'en cas de perception d'un revenu de remplacement tel que l'allocation chômage, les travailleurs en recherche d'emploi conservent leur qualité d'assuré social et donc leurs droits aux prestations de l'assurance maladie et maternité, qui doivent être appréciés à la date de fin du dernier contrat de travail. Il en va de même en cas de reprise d'activité insuffisante pour justifier des conditions d'ouverture des droits.

Ainsi, la question qui se pose est celle de savoir si en n'examinant pas les droits de Mme ... au regard de l'article L311-5, la CPAM a commis une discrimination à l'égard d'une salariée en état de grossesse.

La protection de la femme à raison de la maternité et des droits qui y sont attachés sont garantis tant par le droit international et communautaire que par le droit interne.

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

Ce texte prévoit en effet que « *les dispositions concernant le congé maternité seraient sans effet utile si elles n'étaient pas accompagnées du maintien des droits liés au contrat de travail et/ou du bénéfice d'une prestation adéquate* » (considérant n° 17).

S'agissant de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), la Cour considère que les prestations sociales constituent un droit patrimonial au sens de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole 1 de la Convention (Gaygusuz 16 septembre 1996), et qu'une discrimination fondée sur l'état de grossesse est interdite (article 14).

Enfin, 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, 1°).

L'article 1<sup>er</sup> de la loi précitée dispose 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.* »

Les conditions d'indemnisations fixées par les textes étant les mêmes en cas de congé de maternité et de congé maladie, c'est en creux que la situation dans laquelle sont placées les intermittentes enceintes apparaît particulièrement désavantageuse par rapport à celle des hommes mais également des femmes malades.

Au cours de l'enquête, la CPAM ( ) n'a invoqué aucun but légitime permettant de justifier l'absence d'application de l'article L.311-5 du code de la sécurité sociale aux intermittentes enceintes.

Aussi, le seul fait de ne pas examiner l'ensemble des dispositions du code de la sécurité sociale et notamment l'article L.311-5 permettant à une salariée enceinte d'obtenir un revenu de remplacement constitue une discrimination à raison de la grossesse au regard de la protection particulière dont elle bénéficie en vertu des textes précités.

En l'espèce, aucun des éléments du dossier ne montre que la CPAM de ( ) aurait procédé à l'examen de la situation de Mme ( ) au regard des dispositions de l'article L.311-5 du code de la sécurité sociale. La Caisse n'en fait mention ni dans ses décisions, ni devant le Défenseur des droits. Or en ne procédant pas à cet examen, Mme ( ) a été privée d'un examen approfondi de sa situation ce qui constitue une discrimination à son encontre.

Or, comme le rappelle le TASS de ( ) dans un jugement en date du 18 mars 2011, « *ce n'est pas à l'assuré de rappeler à la CPAM les dispositions légales applicables à sa situation. L'assuré n'a pas (...) à "solliciter le bénéfice de l'article L.311-5". La CPAM doit examiner d'office si cette disposition n'a pas lieu de s'appliquer au regard de la demande d'indemnités journalières* ».

Selon le tribunal, ne pas avoir procédé à cet examen d'office est constitutif d'une faute de la part de la CPAM, d'autant que le Médiateur de la République lui a rappelé, dès septembre 2009, l'applicabilité de cette disposition aux intermittentes du spectacle.

Au surplus, et même s'il n'appartient pas au Défenseur des droits, dans le cadre des observations qu'il formule de se substituer à la Caisse, il apparaît que si cette dernière s'était livrée à l'examen de la situation de Mme ( ) au regard de l'article L311-5, l'intéressée aurait pu prétendre à l'indemnisation de son congé de maternité.

En effet, à la date à laquelle la grossesse de la réclamante a été constatée, le 7 novembre 2008, celle-ci était demandeur d'emploi et indemnisée au titre de l'ARE. Sa situation entrait donc dans le champ de l'article L.311-5 précité, qui permet une étude des droits aux indemnités journalières de congé de maternité sur une période de référence antérieure.

Le dernier contrat de la réclamante avant la date présumée de sa grossesse a pris fin le 15 juillet 2008. A compter de cette date, la réclamante a été indemnisée par Pôle emploi au titre de l'ARE et ce, jusqu'à la déclaration de sa grossesse.

Au 15 juillet 2008, la réclamante remplissait les conditions fixées par l'article R.313-3 du code de la sécurité sociale, qui exige 200 heures de travail au cours des 3 mois précédents l'interruption de travail.

En effet, dans les 3 mois précédents l'interruption de travail, soit du 15 avril 2008 au 15 juillet 2008, la réclamante aurait comptabilisé 304 heures de travail.

Elle remplissait également les conditions de l'article R.313-7 du code de la sécurité sociale, qui exige 800h de travail au cours des 12 mois précédents la date de référence, puisqu'elle comptabiliserait 952 heures sur la période allant du 14 juillet 2007 au 15 juillet 2008.

A la fin de son dernier contrat de travail, la réclamante remplissait donc les conditions de perception de l'indemnité journalière de congé de maternité.

En application de l'article L.311-5 du Code de la sécurité sociale, ses droits auraient dû être maintenus de manière à permettre l'indemnisation de son congé de maternité puisqu'elle a perçu l'allocation chômage, revenu de remplacement visé par l'article précité, entre la date d'interruption de travail et la date présumée de sa grossesse.

En tout état de cause, et contrairement à ce que soutient la CPAM de \_\_\_\_\_, l'article R.311-1 du code de la sécurité sociale ne saurait priver l'assurée d'un droit acquis et d'une possibilité de maintien de droits qui s'imposerait même si elle n'avait pas été indemnisée au titre de l'assurance chômage avant son congé de maternité.

En effet, si Madame \_\_\_\_\_ ne s'était ni inscrite au chômage, ni remise à travailler, elle aurait tout de même conservé ses droits au titre de l'article L.161-8 du code de la sécurité sociale qui dispose que *« Les personnes qui cessent de remplir les conditions pour relever, soit en qualité d'assuré, soit en qualité d'ayant droit, du régime général ou des régimes qui lui sont rattachés, bénéficient, à compter de la date à laquelle ces conditions ne sont plus remplies, du maintien de leur droit aux prestations des assurances maladie, maternité, invalidité et décès pendant des périodes qui peuvent être différentes selon qu'il s'agit de prestations en nature ou de prestations en espèces »*.

C'est donc en méconnaissance des dispositions précitées que la CPAM de \_\_\_\_\_, a refusé d'indemniser le congé de maternité de la réclamante.

Par ailleurs, du fait de l'absence d'examen de la demande de la réclamante au regard de l'article L.311-5 du code de la sécurité sociale et l'absence d'indemnisation de son congé de maternité qui en découlerait, Madame \_\_\_\_\_ s'est trouvée pénalisée lors de sa demande de réouverture de droits à l'ARE auprès du Pôle emploi, à l'issue de son congé de maternité.

Ayant déclaré son congé de maternité, la réclamante ne pouvait plus percevoir d'allocation chômage, puisque durant cette période, la salariée est réputée ne plus être à la recherche d'un emploi et prise en charge par la CPAM. Elle s'est ainsi retrouvée sans revenu durant sa grossesse.

A l'issue de son congé de maternité, le 8 novembre 2009, la réclamante a sollicité une réouverture de droits à l'allocation d'aide au retour à l'emploi (ARE) auprès de Pôle emploi. Dans un premier temps, elle a pu percevoir un reliquat de droits antérieurs à son congé de maternité.

Ses droits étant épuisés, la réclamante a sollicité une nouvelle ouverture de droits à l'ARE. Lors de l'examen de sa demande, le congé maternité non indemnisé de la réclamante n'a pas été pris en compte dans le calcul des heures ouvrant droit à la perception de l'ARE.

Les droits aux prestations de l'assurance chômage des intermittentes du spectacle sont régis par les annexes 8 et 10 au règlement général de l'assurance chômage.

L'article 3 § 3 des annexes 8 et 10 prévoit que, sont retenues à raison de 5 heures de travail par jour, les périodes de maternité visées à l'article L. 331-3 du code de la sécurité sociale

lequel fait référence à l'indemnisation du congé maternité. Il en résulte que si le congé n'a pas été indemnisé, il n'est pas pris en compte pour l'ouverture des droits à l'assurance chômage.

Dès lors, en cas de congé de maternité non indemnisé, la période de référence est amputée de la période de ce congé, ce qui aboutit dans certains cas à placer les salariées dans l'impossibilité d'obtenir une réouverture de leurs droits à l'allocation chômage. Ainsi, alors qu'elles n'ont bénéficié d'aucun revenu de la part de la CPAM pendant leur congé de maternité, elles n'ont pas davantage de revenu de la part de Pôle emploi, alors qu'étant en congé de maternité, elles n'ont pas pu exercer une activité professionnelle qui leur aurait permis d'acquérir de nouveaux droits.

C'est en raison de l'absence d'indemnisation de son congé de maternité par la CPAM que Madame C n'a pu percevoir l'ARE. Le préjudice résultant de l'absence totale de revenu de remplacement pendant et à l'issue de son congé de maternité est donc en lien direct avec la méconnaissance de l'article L.311-5 du code de la sécurité sociale par la CPAM.

Le Défenseur des droits en conclut que la situation dans laquelle a été placée Madame C durant et à l'issue de son congé de maternité constitue une discrimination fondée sur l'état de grossesse tant au regard du droit international et communautaire que du droit interne.