

Paris, le 3 mars 2017

Décision du Défenseur des droits n°2017-079

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 ;

Vu la circulaire Cnamts n°21/94 du 3 mars 1994 portant définition de certaines règles relatives à l'ouverture aux droits et au calcul des indemnités journalières en assurance maladie – maternité ;

Vu la circulaire Cnamts n°47/2002 du 8 mars 2002 relative à la concomitance d'une indemnisation Assedic et d'une activité salariée ;

Vu la circulaire DSS/2A/2013/163 du 16 avril 2013 relative au régime juridique applicable aux personnes exerçant une profession discontinuée pour l'accès aux prestations en espèce servies au titre de la maladie et de la maternité ;

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 (Cpam) de Y,

Décide de présenter les observations suivantes devant la Cour de cassation.

Jacques TOUBON

Observations devant la cour de cassation présentées dans le cadre de l'article 33 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011

Madame X a saisi le Défenseur des droits par courrier du 31 mars 2014, d'une réclamation relative au refus d'indemnisation de congé de maternité qui lui a été opposé par la caisse primaire d'assurance maladie (Cpam) de Y.

Exerçant une profession discontinue, elle estime être à la fois injustement privée du dispositif de maintien de droits bénéficiant aux chômeurs indemnisés, et victime d'une discrimination à raison de l'état de grossesse et de la maternité.

Cette réclamation, une fois de plus, vient attirer l'attention du Défenseur des droits sur l'inadaptation de certaines règles de la protection sociale, aux spécificités inhérentes à l'exercice d'une profession discontinue. Cette inadaptation préjudicie particulièrement aux femmes, en raison des incidences de la maternité.

Il est spécialement fait appel à la vigilance de la cour de cassation, sur la nécessité de garantir au public concerné des droits tels que les intéressés soient convenablement assurés contre les risques de la maternité, de la maladie et du chômage, sans que des pertes d'indemnisation puissent résulter du seul caractère discontinu de leur activité.

Cet impératif implique que les conditions d'ouverture des droits, sans qu'il soit question de favoriser les professions discontinues, tiennent compte des spécificités du rythme des activités exercées.

Faits

A compter du 11 juin 2002, Madame X a travaillé en qualité de rédactrice graphiste pour le compte d'une entreprise d'édition, laquelle l'a licenciée pour motif économique le 27 octobre 2007.

A compter de cette date, elle a été bénéficiaire de l'allocation d'aide de retour à l'emploi. L'organisme d'assurance chômage a notifié à Madame X une durée d'indemnisation de 700 jours, durée ainsi fixée au regard des droits acquis par l'exercice de l'activité à laquelle l'employeur avait mis fin au 27 octobre 2007.

En 2008 et 2009, elle a effectué, ponctuellement, des piges pour le compte de divers magazines (aux mois d'avril, mai, juin, septembre et décembre 2008, mars et mai 2009). Elle restait néanmoins bénéficiaire de l'allocation chômage, laquelle soit complétait le revenu tiré des piges, soit était versée dans son intégralité.

Au mois de décembre 2008, elle a déclaré sa grossesse auprès des services de la Cpam de Y. Il a été déterminé qu'elle se trouverait placée en congé de maternité du 23 juillet 2009 au 11 novembre 2009.

Madame X a par conséquent introduit une demande d'indemnités journalières de congé de maternité auprès de la même Cpam. Sa demande a été rejetée le 31 juillet 2009, au motif qu'elle ne remplissait pas les conditions d'ouverture de droits aux prestations en espèce de l'assurance maternité.

L'intéressée a saisi la commission de recours amiable (CRA) de la caisse qui, le 19 octobre 2010, a rejeté sa contestation.

Madame X a saisi le tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS) de Y, d'une contestation fondée sur la circulaire CNAMTS n°47/2002 du 8 mars 2002 ayant pour objet la concomitance d'une indemnisation ASSEDIC et d'une activité salariée. Outre le versement des indemnités journalières dont elle estimait devoir bénéficier, Madame X a sollicité l'indemnisation de son préjudice moral et financier.

Ces demandes ont été rejetées par jugement du 30 mars 2011, au motif que l'intéressée ne remplissait ni les conditions prévues aux articles R. 313-3 et R. 313-7 du code de la sécurité sociale, ni aux conditions particulières applicables aux journalistes pigistes fixées par l'arrêté d'équivalence du 21 juin 1968.

La réclamante ayant interjeté appel de ce jugement, la cour d'appel de Y, par un arrêt du 24 mars 2016, l'a confirmé. Elle a jugé que les dispositions des articles L.311-5 et L.161-8 du code de la sécurité sociale relatifs au maintien des droits aux prestations de l'assurance maladie-maternité, ne permettaient pas d'accueillir la demande.

Instruction

Par courrier du 16 février 2015, les services du Défenseur des droits ont adressé à la Cnam de Y ainsi qu'à la Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés (Cnamts), une note récapitulative reprenant les éléments de fait et de droit conduisant à considérer que la situation dans laquelle se trouvait placée Madame X constituait une atteinte à ses droits d'usager d'un service public, et caractérisait une discrimination prohibée par la loi.

Les caisses mises en causes étaient invitées à présenter les éléments qu'elles estimaient utiles de porter à la connaissance du Défenseur des droits dans un délai d'un mois. Or, à ce jour, aucune réponse n'est parvenue à ses services.

Discussion

Madame X, lorsqu'a débuté sa grossesse, avait la qualité de chômeur indemnisé. Elle était par conséquent soumise aux dispositions spécifiques de l'article L. 311-5 du code de la sécurité sociale, relatives au maintien de droits et dans le cadre desquelles les conditions d'ouverture des droits aux prestations en espèces de l'assurance maladie et maternité, doivent s'apprécier à la date de la dernière cessation d'activité (Civ. 2^{ème}, 12 février 2015, pourvoi n°13-25591, publié).

Par suite, la discussion sur les conditions d'ouverture de droit aux prestations en espèces de l'assurance maternité telles que prévues par les articles R. 313-3 et R. 313-7 du Code de la sécurité sociale, n'a pas lieu d'être. Madame X, à raison de sa qualité de chômeur indemnisé, échappe tant aux conditions de droit commun instituées par le premier texte, qu'à celles, propres aux personnes exerçant des professions à caractère saisonnier ou discontinu, fixées par le second.

Pour la même raison la réclamante n'entre pas, non plus, dans le champ de l'arrêté du 21 juin 1968 relatif aux conditions d'attribution des prestations des assurances maladie, maternité, invalidité et décès et mode de calcul des indemnités journalières dues à certaines catégories d'assurés, applicables aux journalistes pigistes. Il faut toutefois noter que cet arrêté est considéré comme caduc par la Cnamts elle-même (circulaire n°21/94 du 3 mars 1994, p.4).

Les motifs des juges du fond fondés sur l'ensemble de ces dispositions, ne peuvent donc justifier le refus d'indemnisation du congé maternité.

Le refus d'attribution des prestations en espèces de l'assurance maternité encourt cependant la critique à deux égards. D'une part, il méconnaît les droits issus des dispositifs de droit interne de maintien de droits **(1)** et d'autre part, il crée une situation discriminatoire préjudiciant aux femmes exerçant une profession discontinuée **(2)**.

Il convient de rappeler, à titre liminaire, que la protection de la femme à raison de la maternité et des droits qui y sont attachés, est garantie tant par le droit international et communautaire que par le droit interne. Cette protection intervient sur le terrain du droit du travail comme sur celui de la protection sociale.

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 par là-même 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 adéquate pendant et à l'issue du congé de maternité.

Le premier texte mentionne la nécessité du versement de prestations en espèces, et précise qu'elles doivent être établies à un niveau tel que la femme puisse subvenir à son entretien et à celui de son enfant dans de bonnes conditions de santé et selon un niveau de vie convenable (article 6, points 1 à 6). La directive énonce quant à elle 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), avantages qu'elle garantit, par conséquent, en son article 11 auquel la CJUE a reconnu un effet direct (arrêt Gassmayr du 1^{er} juillet 2010).

1°) Les dispositifs de maintien de droits de la législation française

Le droit français de la protection sociale s'est fixé, entre autres objectifs, de garantir autant que possible une continuité des droits aux prestations offertes par le régime obligatoire de l'assurance maladie et maternité et ce, quand bien même l'assuré n'est plus actif ou encore, a perdu la qualité d'assuré.

C'est ainsi que pour, cette dernière hypothèse, l'article L. 161-8 CSS dispose – dans sa version applicable au litige, 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 (...)* ».

Cette disposition constitue le « cas général » du maintien de droits, dont la durée a été fixée à 12 mois (article R.161-3 du Code de la sécurité sociale), ce délai courant à compter du jour où les conditions pour relever du régime général ne sont plus remplies.

Par ailleurs, un dispositif spécifique a été mis en place pour les chômeurs indemnisés, à l'article L. 311-5 du Code de la sécurité sociale.

Ce texte, dans sa version applicable au litige, dispose en son premier paragraphe que :

« toute personne percevant l'une des allocations mentionnées à l'article L. 5123-2 ou aux articles L. 1233-65 à L. 1233-69 et L. 1235-16 ou au 8° de l'article L. 1233-68 du code du travail ou l'un des revenus de remplacement mentionnés à l'article L. 5421-2 du même code conserve la qualité d'assuré et bénéficie du maintien de ses droits aux prestations du régime obligatoire d'assurance maladie, maternité, invalidité et décès dont elle relevait antérieurement. Elle continue à en bénéficier, en cas de reprise d'une activité insuffisante pour justifier des conditions d'ouverture du droit à prestation fixées à l'article L. 313-1, pendant une durée déterminée par décret en Conseil d'Etat.

(...) ».

Cette durée a été fixée à trois mois (article R.311-1 du code de la sécurité sociale issu du décret 2006-1416 du 20 novembre 2006).

La dernière disposition du paragraphe, relative à une reprise d'activité, est issue de l'article 34 de la loi n°2005-1579 du 19 décembre 2005 (LFSS pour 2006).

L'exposé des motifs de cette disposition, dont l'examen permet de déterminer l'objectif poursuivi sans la moindre ambiguïté, indique :

« les chômeurs indemnisés par l'assurance chômage ou le régime de solidarité bénéficient, pendant toute la durée de leur indemnisation, du maintien des droits, notamment, aux indemnités journalières pour maladie et maternité qu'ils ont acquis auprès du régime de sécurité sociale auquel ils étaient affiliés avant leur prise en charge par l'assurance chômage ou le régime de solidarité.

« En cas de reprise d'activité, ils perdent immédiatement les droits qui leur étaient garantis pendant la période de chômage et doivent reconstituer leurs droits à indemnités journalières au titre de leur nouvelle activité. Dès lors, ils peuvent ainsi être privés d'indemnisation maladie ou maternité en cas d'arrêt de travail survenant avant une reprise suffisante pour reconstituer ces droits.

« La mesure proposée vise à favoriser le retour à l'emploi des chômeurs en leur permettant de conserver leur droit à indemnité journalière pendant le temps nécessaire à l'acquisition de droits équivalents au titre de leur nouvelle activité. »

Il s'agit donc d'une disposition instituée en faveur des assurés, destinée à assurer une continuité entre les droits tirés du maintien de droits bénéficiant aux chômeurs, issus de l'activité ayant précédé la période de chômage, et ceux en cours d'acquisition grâce à la reprise d'une activité.

Car, ainsi que la Cnam de Y l'admet elle-même dans son mémoire en défense, la durée de trois mois prévue par l'article R.311-1, est celle qui est nécessaire pour acquérir des droits nouveaux au titre de la nouvelle activité (mémoire en défense p. 4, antépénultième alinéa).

En effet, pour les assurés qui n'exercent pas une profession discontinuée, un travail de 150 heures accompli sur une période de trois mois, suffit à reconstituer les droits.

Tel n'est pas nécessairement le cas pour les professions discontinuées, la reprise d'activité pouvant être limitée à des missions/piges ponctuelles dont le cumul ne permet d'atteindre ce quota d'heures en trois mois.

L'article R.313-7 du code de la sécurité sociale, qui pose des conditions spécifiques d'ouverture de droits pour ces professions - hors contexte d'un maintien de droits intervenu en application de l'article L.311-5 - n'est d'aucun secours dans la situation présente puisque les conditions posées s'apprécient sur une durée de douze mois.

Ainsi on le voit bien, le rédacteur de l'article L.311-5 premier alinéa *in fine*, comme celui de l'article R.311-1, manifestement, ont omis l'effet que ces textes pourraient produire à l'égard des assurés exerçant une profession discontinuée, pour lesquels la reprise d'activité ne suffit pas nécessairement à la reconstitution de « droits équivalents » dans le délai de trois mois fixé par décret.

C'est le cas pour Madame X. Ainsi qu'il ressort des constatations du TASS (jugement p. 9), celle-ci a connu la situation suivante avant la date du début de grossesse fixée au 3 décembre 2008 :

« - Juin 2008 : Pigiste à Z rémunérée au forfait pige : 700 euros

« - Juillet et août 2008 : bénéficiaire de l'Aide au retour à l'emploi versé par le Pôle Emploi

« - Septembre 2008 : pigiste à Z : rémunérée au forfait pige : 1.260 euros

« - Octobre et novembre 2008 : bénéficiaire de l'Aide au Retour à l'Emploi »

La réclamante, bénéficiaire de l'ARE au début de sa grossesse, doit demeurer soumise au régime du maintien de droits applicable au chômeur indemnisé, sa reprise d'activité telle que constatée par le tribunal, ne relevant pas de l'article L. 311-5 al.1^{er} *in fine* dès lors qu'elle n'a pas suffi à reconstituer des droits aux indemnités journalières de maternité équivalents à ceux acquis auprès du régime de sécurité sociale auquel elle était affiliée avant sa prise en charge par l'assurance chômage.

Juger le contraire, comme l'a fait la cour d'appel de Y, revient à faire produire au texte l'effet inverse de celui souhaité par le législateur.

Cette solution qui plus est, conduit à appliquer à l'assuré qui reprend une activité, certes ponctuelle puisque « discontinuée », un régime moins favorable que celui applicable à l'assuré qui demeure sans activité, et reste ainsi à l'abri de la perte du maintien du droit aux indemnités journalières attaché à la qualité de chômeur indemnisé.

Si l'on suit jusqu'au bout le raisonnement de la cour d'appel, l'accomplissement d'une seule mission sur une journée, voire une demi-journée, suffit à faire perdre le bénéfice du maintien de droits passé un délai de trois mois C'est précisément ce que le texte a entendu combattre, pour favoriser le retour à l'emploi.

L'application à la lettre de l'article L. 311-5 alinéa 1^{er} *in fine* à l'endroit des professions discontinuées, a un effet pervers puisqu'elle fait produire à la reprise d'activité l'effet que précisément, le texte cherche à neutraliser.

Il s'en déduit, à l'évidence, que l'exécution de missions ponctuelles, la rédaction de piges, ne correspondent pas à la « reprise d'activité » visée par le texte.

La Direction de la sécurité sociale comme la Cnamts, aux termes des directives édictées pour l'application des textes, considèrent qu'une reprise d'activité insuffisante pour reconstituer des droits, ne met pas en échec le dispositif de maintien de droits.

A ce titre, la circulaire Cnamts n°21/94 du 3 mars 1994 portant définition de certaines règles relatives à l'ouverture aux droits et au calcul des indemnités journalières en assurance maladie-maternité, indique (p.4) :

« Conformément au principe de subsidiarité du dispositif de maintien de droit (2ème alinéa de l'art. L.161-8 du code de la sécurité sociale), une reprise de travail interrompt une situation de maintien de droit antérieure.

Toutefois, ainsi que l'a précisé le Ministère, une personne qui reprend une activité ne peut pas voir son droit réduit par rapport à la situation qui aurait été la sienne en l'absence de reprise de travail.

En d'autres termes, lorsqu'une incapacité interrompt une activité insuffisante pour ouvrir droit aux prestations en espèces, celles-ci pourront être attribuées si, en l'absence de reprise de travail, l'intéressé aurait pu en bénéficier au titre du maintien de droit (art. L.161-8 ou art. L.311-5, 3ème alinéa du Code de la sécurité sociale) ».

La circulaire Cnamts n°47/2002 du 8 mars 2002 ayant pour objet « la concomitance d'une indemnisation Assedic et d'une activité salariée », va dans le même sens : « (...) lorsque le chômeur indemnisé reprend une activité salariée, il convient d'examiner les conditions d'ouverture de droit et de calculer l'indemnité journalière sur la base des salaires les plus avantageux pour l'assuré : ou bien c'est la situation antérieure à la rupture du contrat de travail ayant entraîné l'indemnisation chômage qui sera prise en compte, ou bien ce seront les conséquences de la reprise d'activité salariée qui seront les plus avantageuses pour l'assuré ».

Dans le même esprit encore, la circulaire n° DSS/2A/2013/163 du 16 avril 2013 relative au régime juridique applicable aux personnes exerçant une profession discontinuée pour l'accès aux prestations en espèces servies au titre de la maladie et de la maternité, énonce :

« Lorsque le chômeur indemnisé reprend une activité insuffisante pour s'ouvrir des droits, durant la période pendant laquelle il conserve le bénéfice de ses prestations (3 mois), pour le calcul de l'IJ, il convient de comparer les droits issus des deux statuts (chômeurs indemnisés ou salariés) et de retenir la solution la plus favorable à l'assuré en calculant l'IJ sur la base des salaires les plus avantageux : soit les salaires perçus avant la rupture du contrat de travail, soit les salaires issus de la nouvelle activité ».

Elle précise en outre, s'agissant des articles L. 161-8 et L. 311-5 du code de la sécurité sociale, que « durant la période de maintien de droit, en cas de maladie ou de maternité, les conditions d'ouverture de droit sont appréciées à la date d'effet de la rupture du contrat de travail ou à la date de versement de la dernière IJ si le licenciement est intervenu au cours d'une période d'indemnisation par l'assurance maladie ou maternité. Lorsqu'à ces dates de fin de contrat ou de fin d'IJ, les conditions d'ouverture de droit ne sont pas remplies, les conditions d'ouverture de droit pour indemniser un congé maternité qui débute durant la période de maintien de droit sont examinées à la date de début de grossesse lorsque celle-ci est intervenue avant la date de fin de contrat ou de fin d'IJ ».

Il ressort de l'ensemble de ces éléments que dès lors que les piges effectuées alors qu'elle était bénéficiaire de droits à l'assurance chômage - issus de son activité salariée continue accomplie pendant cinq ans - ne lui avaient pas permis de reconstituer des droits à l'assurance maternité équivalents à ceux nés de cette précédente activité salariée, Madame X devait rester bénéficiaire du maintien de droit attaché au service de l'allocation de retour à l'emploi (ARE).

Enfin, il faut souligner que l'application que la cour d'appel a faite de l'article L. 311-5 alinéa 1^{er} du Code de la sécurité sociale, conduit à soumettre Madame X, en raison de l'exécution de quelques piges, à un traitement moins favorable que celui réservé à la personne qui se serait abstenue de toute activité, non seulement lors de la période d'indemnisation par l'assurance chômage mais également à l'expiration de celle-ci, pendant la période de maintien de droits de 12 mois prévue par l'article L.161-8 du même Code.

L'articulation des dispositifs de maintien de droits est en effet prévue d'une manière telle que soit assurée l'effectivité de l'objectif de continuité des droits. La directive n° n°21/94 du 3 mars 1994 de la Cnamts, point 52, distingue trois temps de protection du chômeur :

« - *Maintien de la couverture antérieure pendant la période de prise en charge ASSEDIC (avec exercice du droit aux indemnités journalières le cas échéant), quel que soit le délai écoulé entre la cessation d'activité et l'indemnisation ASSEDIC,*
- *Maintien identique pendant 12 mois à l'issue de la période d'indemnisation chômage,*
- *Puis droit aux prestations en nature illimité si recherche d'emploi. »*

Il est patent que le sort qui a été réservé à la demande d'indemnisation du congé de maternité de Madame X, va à l'encontre de l'esprit des dispositifs mis en place.

Il n'est pas acceptable qu'une assurée ayant le statut de chômeur indemnisé, soit pénalisée dans le cadre de l'indemnisation maladie-maternité, parce qu'elle a repris une activité professionnelle insuffisante pour constituer des droits équivalents à ceux qu'elle avait acquis de l'activité ayant généré le droit à l'assurance chômage.

Le Défenseur des droits, à la lumière de l'exposé des motifs de l'article 34 de la loi n°2005-1579 du 19 décembre 2005 (LFSS pour 2006), codifié à l'article L.311-5 premier alinéa *in fine* du code de la sécurité sociale, considère que cette disposition doit être modifiée pour permettre aux assurés exerçant une profession discontinue de bénéficier - dans la limite de la durée de l'indemnisation du chômage à laquelle ils ont droit - du maintien de droits attaché à leur statut de chômeur indemnisé, ce nonobstant la reprise de leur activité discontinue, jusqu'à ce que celle-ci permette la reconstitution de droits équivalents à ceux qu'ils avaient acquis auprès du régime de sécurité sociale auquel ils étaient affiliés avant leur prise en charge par l'assurance chômage.

Dans l'attente de cette modification, que le Défenseur des droits entend recommander aux pouvoirs publics par décision séparée, la dernière phrase du premier alinéa de l'article L.311-5 doit être interprétée comme ne s'appliquant pas à l'accomplissement de tâches/missions ponctuelles par des personnes exerçant une activité discontinue, ces événements ne constituant pas la reprise d'activité visée par le législateur.

Le maintien de droits attaché au statut de chômeur indemnisé reste alors en vigueur et, conformément à la jurisprudence, les conditions d'ouverture des droits aux prestations en espèces de l'assurance maladie et maternité s'apprécient à la date de la dernière cessation d'activité (Civ. 2ème, 12 février 2015 précité), en l'occurrence celle ayant donné lieu à l'ouverture du droit à l'assurance chômage.

2°) L'interdiction d'une réglementation conduisant à une discrimination indirecte

La perte du bénéfice du maintien de droits en raison d'une reprise d'activité insuffisante pour reconstituer des droits, crée une situation discriminatoire au détriment des femmes exerçant une profession discontinuée.

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 1^{er} 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 1^{er} 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, 1°).

L'article 1^{er} 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 dans l'affaire C-177/88, Dekker c. Stichting Vormings centrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus, Recueil 1990, p.

I-3941 ; arrêt du 14 juillet 1994 dans l'affaire 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, 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 que la cour d'appel a faite de l'article L.311-5, alinéa 1^{er} *in fine* du Code de la sécurité sociale, a pour effet de priver Mme X et plus généralement, les femmes exerçant une profession discontinuée, du service des indemnités journalières de maternité auquel le dispositif de maintien de droits les rend éligibles.

Il n'existe aucune justification objective et raisonnable de priver ce public protégé – les femmes enceintes exerçant une profession discontinuée – du service d'un revenu de remplacement étant précisé que ces personnes, pendant la durée du congé maternité, ne bénéficient pas de l'assurance chômage puisqu'elles sont alors dans « l'incapacité » de travailler.

La discrimination indirecte au préjudice de ces femmes semble caractérisée.

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 »). La cour de cassation à diverses reprises, a déjà eu l'occasion d'écarter l'application d'une disposition du code de la sécurité sociale en raison de son incompatibilité 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 (par ex. : Civ. 2ème, 28 mai 2009, pourvoi 08-13939, Bulletin 2009, II, n° 135).

Qui plus est, il appartient au juge français d'assurer l'effectivité de l'article 11 de la Directive 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, qui prévoit notamment durant le congé maternité « *le maintien d'une rémunération et/ou le bénéfice d'une prestation adéquate des travailleuses (...)* », disposition dont la CJUE a jugé qu'elle répondait aux conditions lui permettant d'avoir un effet direct, et d'être invoquée par les justiciables (arrêt Gassmayr du 1^{er} juillet 2010, affaire C-194/08).

La jurisprudence communautaire, précisant l'office du juge national à l'égard des dispositions d'une directive, a institué un principe d'interprétation conforme selon lequel 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. 1-4135, 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. 1-1103, point 48 ; du 5 octobre 2004, Pfeiffer, C- 397/01 a C- 403/01).

*

L'article L.311-5, alinéa 1^{er} *in fine*, selon lequel la personne bénéficiaire de l'allocation chômage « *continue à en (le maintien de droit) bénéficier, en cas de reprise d'une activité insuffisante pour justifier des conditions d'ouverture du droit à prestation fixées à l'article L. 313-1, pendant une durée déterminée par décret en Conseil d'Etat* », doit être écarté, car :

- les tâches ou missions ponctuelles accomplies par les personnes exerçant une profession discontinuée ne constituent pas la reprise d'activité visée,
- l'application de ce texte aux femmes exerçant une profession discontinuée ne permet pas d'atteindre l'objectif que la Directive 92/85/CEE du 19 octobre 1992 a assigné aux Etats membres,
- l'application de ce texte aux femmes exerçant une profession discontinuée est incompatible 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.

Madame X devait demeurer soumise au régime du maintien de droits de l'article L.311-5 alinéa 1^{er}, dans la limite de l'épuisement de ses droits à l'assurance chômage.

C'est à la condition, seulement, que la reprise de son activité discontinuée lui ait permis la reconstitution de droits aux assurances maladie et maternité, que l'intéressée pouvait quitter le régime du maintien de droits avant cet épuisement.

Il apparaît donc que le refus de délivrer à Madame X les prestations en espèce de l'assurance maternité, porte atteinte à un droit d'un usager du service public, et consacre une discrimination indirecte fondée sur le sexe.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits souhaite soumettre à l'appréciation de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation.

Jacques TOUBON