

Paris, le 19 septembre 2017

Décision du Défenseur des droits n° 2017-278

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 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 ;

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 ;

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 le Tribunal des affaires de sécurité sociale de Y.

Jacques TOUBON

Observations devant le Tribunal des affaires de sécurité sociale de Y dans le cadre de l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011

Le Défenseur des droits a été saisi par Madame X, d'une réclamation relative au refus d'indemnisation de son congé maternité que lui a opposé la caisse primaire d'assurance maladie de Z (ci-après la Cnam ou la caisse).

Elle estime que cette décision méconnaît ses droits d'usager du service public de la sécurité sociale, et crée à son encontre une situation discriminatoire à raison de l'état de grossesse et de la maternité.

Faits

Madame X exerce une activité de journaliste pigiste. Elle est salariée par plusieurs employeurs.

A compter du 4 juin 2013, à la suite d'un premier congé maternité, elle a bénéficié de l'assurance chômage.

Le 30 avril 2016, veille de son second congé prénatal, elle continuait de percevoir l'allocation de retour à l'emploi (ci-après ARE) en complément de ses revenus d'activité, allocation dont le montant journalier s'élevait alors à 29,21 euros bruts.

Ainsi a-t-elle perçu au titre de l'ARE, durant les trois mois précédant son congé maternité, respectivement les sommes de 659,41 euros en février 2016, 458,72 euros en mars 2016 et 86,01 euros en avril 2016.

Madame X s'est heurtée à un rejet de la part de la Cnam de Z, de sa demande d'indemnisation de son congé maternité, qui s'est déroulé du 1er mai au 23 août 2016.

Ce refus s'est fondé sur le motif suivant : « *Vous ne remplissez pas les conditions pour avoir droit à cette prestation. Vous trouverez, au verso, un récapitulatif des conditions d'attribution des indemnités journalières de maternité* ».

Mme X a saisi la commission de recours amiable (CRA) le 10 juin 2016. En l'absence de décision de celle-ci, elle a saisi le Tribunal des affaires de sécurité sociale de Y pour contester le refus d'indemnisation de son congé.

Par la suite, la CRA a confirmé ce refus dans une décision du 17 novembre 2016.

C'est dans ces conditions que Madame X a sollicité l'aide de l'institution.

Instruction

Par un courriel du 9 juin 2017, les services du Défenseur des droits ont sollicité de la caisse un réexamen en droit de la demande d'indemnisation du congé maternité, en lui apportant les éléments juridiques qui fondaient cette demande.

Par un courriel du 28 juin 2017, l'organisme a refusé d'accueillir cette demande, au motif en substance, qu'elle avait fait application des dispositions du droit interne.

Le 31 août 2017, le Défenseur des droits, a adressé à la Cnam une note récapitulative reprenant les éléments de fait et de droit le conduisant à considérer que l'absence

d'indemnisation du congé maternité portait atteinte aux droits d'un usager du service public de la sécurité sociale, et constituait une discrimination en raison du sexe.

En l'absence de réponse, le Défenseur des droits vient porter ses observations devant tribunal des affaires de sécurité sociale de Y qui examinera le litige lors de son audience du 3 octobre 2017.

Discussion

La caisse a refusé d'allouer une indemnisation du congé maternité au motif que Madame X ne remplissait pas les conditions de ce droit.

Cette décision caractérisant à la fois une méconnaissance d'un droit d'un usager des services publics, et une discrimination fondée sur le sexe, la caisse, pour pallier aux insuffisances des dispositions du droit interne, a été invitée à recourir aux normes d'origine supranationale l'autorisant à procéder à l'indemnisation litigieuse.

Faute par la caisse d'avoir déféré à cette invitation, il incombe au juge de la sécurité sociale de faire application de ces normes qui s'imposent à l'ordre juridique interne.

Il importe à titre liminaire, de rappeler l'exceptionnelle protection dont la maternité des travailleuses fait l'objet, tant en droit interne qu'en droit 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 2012, 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 des insuffisances qui entachent les dispositifs de droit interne, et entraînent ainsi une méconnaissance d'un droit d'un usager du service public de la sécurité sociale (I).

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 indirecte 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 (II).

Puisque la norme de droit interne, du fait de ses insuffisances, 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, et le cas échéant au juge de la sécurité sociale, de faire application de ses dispositions pour assurer cette protection (III).

1°) Les insuffisances des dispositifs de droit interne, sources d'une méconnaissance d'un droit d'un usager du service public de la sécurité sociale

Ces insuffisances résultent de ce que les conditions réglementaires de l'ouverture du droit à l'indemnisation, qui sont alternatives, n'ont pas été adaptées à la réduction du temps de travail pour les unes, et ne peuvent être appliquées aux salariées rémunérées à la pige sans référence à un taux horaire pour les autres (1°).

Les dispositions en cause, de ces chefs, ne sont pas conformes à l'esprit du texte légal (article L.313-1 du Code de la sécurité sociale) pour l'application duquel elles ont été édictées.

Les insuffisances du droit interne résultent également de l'imprécision de la disposition légale instituant la poursuite du maintien de droit attaché à la qualité de chômeur indemnisé, pendant une période donnée, en cas de « reprise d'activité » (2°).

1°) Les conditions posées pour l'ouverture du droit à indemnisation.

L'article L.313-1 du Code de la sécurité sociale (CSS), prévoit que pour avoir droit (notamment) aux prestations en espèces des assurances maternité, « *l'assuré social doit justifier, au cours d'une période de référence, soit avoir cotisé sur la base d'un salaire au moins égal à un montant fixé par référence au salaire minimum de croissance, soit avoir effectué un nombre minimum d'heures de travail salarié ou assimilé* ».

Le législateur a ainsi entendu instituer deux cas d'ouverture de droits aux IJ maternité : - soit le versement d'un montant minimum de cotisations, déterminé par référence à ce que cotise une personne rémunérée au SMIC, - soit l'accomplissement d'un minimum d'heures de travail, salarié ou assimilé.

La jurisprudence a confirmé qu'il s'agissait de conditions alternatives (Civ. 2ème, 22 février 2007, Bull. n°56).

Les articles R.313-3 et R.313-7 du code de la sécurité sociale, pris pour l'application de ce texte, ne sont pas conformes à l'intention du législateur.

L'article R.313-3, qui concerne tous les assurés quelle que soit l'activité professionnelle exercée, dispose :

« 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 150 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'affiliation 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 affilié 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 ;

b) Soit qu'il a effectué au moins 600 heures de travail salarié ou assimilé au cours des douze mois civils ou des 365 jours précédant l'interruption de travail ».

L'article R.313-7, propre aux travailleurs discontinus, dispose pour sa part :

« Les assurés appartenant aux professions à caractère saisonnier ou discontinu et qui ne remplissent pas les conditions de montant de cotisations ou de durée de travail prévues aux articles R. 313-3 à R. 313-6 ont droit et ouvrent droit aux prestations mentionnées auxdits articles s'ils justifient :

a) Soit que le montant des cotisations dues au titre des assurances maladie, maternité, invalidité et décès assises sur les rémunérations qu'ils ont perçues au cours des douze mois civils 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 ;

b) Soit qu'ils ont effectué au moins 600 heures de travail salarié ou assimilé au cours de douze mois civils ou de 365 jours consécutifs.

Ces dispositions s'appliquent également aux assurés occupant des emplois entrant dans le champ des services à la personne définis à l'article L. 7231-1 du code du travail et rémunérés par chèque emploi-service universel conformément au 1° de l'article L. 1271-1 du même code ».

La condition d'ouverture du droit tenant au montant minimum de cotisations payées, telle que fixée par ces textes, ne satisfait pas à l'objectif de l'article L.313-1 dans la mesure où, étant restée indexée sur l'ancienne durée du travail (39 heures hebdomadaire/169 heures mensuelles), elle ne permet pas à une femme ayant travaillé à temps plein pendant la période de référence en étant rémunérée au SMIC, d'être indemnisée. Les seuils de 1 015 fois et 2 030 fois le SMIC horaire, qui correspondent pour les périodes de référence de 6 et de 12 mois, au salaire d'une personne rémunérée au SMIC sur la base de l'ancienne durée du travail, doivent être ramenés respectivement à 910 et 1820 fois ce montant, ces seuils correspondant à la rémunération mensuelle d'un salarié rémunéré au SMIC sur la base de 151,67 heures par mois.

De même, la condition alternative d'ouverture du droit, tenant à l'accomplissement d'un nombre minimum d'heures de travail salarié ou assimilé, exclut d'office les femmes rémunérées à la pige, pour laquelle aucune correspondance en heures n'existe, à l'instar de l'équivalence établie pour les intermittents rémunérés au cachet. En pratique, ce cas d'ouverture des droits leur est donc inaccessible alors pourtant, que sont expressément mentionnées les heures de travail salarié ou assimilé.

Les deux textes réglementaires ne sont pas conformes à la volonté du législateur, dès lors qu'ils ne permettent l'application d'aucune des conditions alternatives d'ouverture du droit aux IJ, aux personnes dont les rémunérations n'atteignent pas l'équivalent d'un SMIC calculé

sur l'ancienne durée du travail, et sont versées sous une forme (la « pige ») non indexée sur un taux horaire et pour laquelle aucune correspondance en heures n'a été instituée.

Il en résulte de fait pour Madame X, salariée rémunérée à la pige, une nécessité de justifier, pour l'ouverture d'un droit aux IJ maternité, d'un montant de salaire bien supérieur à celui exigé d'une salariée rémunérée à l'heure.

L'application des textes conduit en effet aux situations suivantes, en ce qui concerne son cas particulier.

Sans taux horaire auquel se référer, l'intéressée, pour ouvrir un droit à indemnisation, doit avoir cotisé :

- soit sur un salaire au moins égal à 1015 fois la valeur du SMIC horaire - 9,67 euros bruts au 1er janvier 2016 - au cours des 6 mois civils précédant la date du début de grossesse ou du congé prénatal : soit 9.815,05 euros brut.

- soit sur un salaire au moins égal à 2030 fois le montant du SMIC horaire au cours de l'année précédant la date de début de grossesse ou du congé prénatal : soit 19.630,10 euros brut.

Les salaires bruts de Madame X s'élèvent à 9.019,68 euros sur la période des six mois avant la grossesse - manquent 795,37 euros bruts - et à 18.799,56 euros bruts sur la période des 12 mois avant le début du congé prénatal - manque 830,54 euros brut.

Les deux autres périodes de référence - 12 mois avant la grossesse ou 6 mois avant le congé maternité - ne lui permettent pas non plus d'ouvrir droit.

La règle alternative d'ouverture du droit, tenant à l'accomplissement d'au moins 150 heures de travail salarié ou assimilé au cours des 3 mois civils précédant la date du début de grossesse ou du congé prénatal, n'est pas accessible en l'absence de mention d'un taux horaire lors de la rémunération de piges.

En outre en établissant un rapport entre la rémunération perçue par Madame X durant les trois mois précédant sa grossesse, et le SMIC perçu pour 150 heures de travail, on constate que l'intéressée a atteint un montant de salaire, et donc de cotisations versées, largement supérieur :

150 h au SMIC horaire = 1.450,50 euros brut sur trois mois ;

Trois mois avant la grossesse, de juin 2015 à août 2015, l'assurée a perçu 4.275,60 euros brut, montant correspondant à 444 heures de travail accomplies et rémunérées au SMIC horaire.

De la même manière sur la période des trois mois précédant le début du congé prénatal - février à avril 2016, Madame X a perçu 2983,46 euros bruts, montant équivalant à 310 heures de travail rémunérées au SMIC horaire.

Ainsi en pratique, il n'est guère contestable que les articles R.313-3 et R.313-7 du code de la sécurité sociale ne permettent pas, bien que cela constitue leur objet, l'application de l'article L.313-1 du même code selon lequel pour avoir droit aux prestations en espèces des assurances maternité, « l'assuré social doit justifier, au cours d'une période de référence, soit avoir cotisé sur la base d'un salaire au moins égal à un montant fixé par référence au salaire minimum de croissance, soit avoir effectué un nombre minimum d'heures de travail salarié ou assimilé ».

Le Défenseur des droits au vu de ces éléments, va préconiser aux pouvoirs publics d'une part, de modifier ces textes afin qu'ils soient adaptés à l'actuelle durée du travail et d'autre part, d'engager une réflexion en vue de l'établissement d'une équivalence entre le travail décompté en heures, et le travail à la pige.

2°) Le dispositif de maintien de droit

Par ailleurs, l'article L.311-5 du code de la sécurité sociale qui institue le maintien de droits au profit du chômeur indemnisé, aurait dû conduire à l'indemnisation du congé maternité dès lors que celle-ci ne pouvait être accordée en vertu des articles R.313-3 et R.313-7 précités.

Ce texte dispose en son premier alinéa :

« 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 en espèces 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 à compter de la reprise d'activité (article R.311-1 du CSS), par référence implicitement, au cas d'ouverture de droit sur 90 jours prévu à l'article R. 313-3 b) (« avoir effectué au moins 150 heures de travail salarié ou assimilé au cours des trois mois civils ou des quatre-vingt-dix jours précédents »).

Madame X devrait être indemnisée de son congé maternité par application de ce maintien de droits, dès lors qu'elle avait la qualité de chômeur indemnisé tant lorsqu'elle a débuté sa grossesse (septembre 2015) qu'à la date de début de son congé maternité (1er mai 2016), et que les piges effectuées parallèlement ne lui ont pas permis de se reconstituer des droits dans les conditions fixées par les articles R.313-3 et R.313-7 CSS.

En effet l'intention du législateur, lorsqu'il a prévu de poursuivre le maintien de droits du chômeur indemnisé en cas de reprise d'activité pendant une durée fixée par décret (trois mois), était de permettre la reconstitution de droits selon les conditions fixées par l'article L.313-1, avant la perte du maintien de droits attaché à la qualité de chômeur indemnisé. L'objectif est de favoriser les reprises d'activité en empêchant qu'elles entraînent une perte de couverture sociale.

Les motifs de l'article 34 de la loi n°2005-1579 du 19 décembre 2005 (LFSS pour 2006), qui a introduit cette poursuite du maintien de droit en cas de reprise d'activité, sont à cet égard sans ambiguïté :

« 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. »

La philosophie de la disposition introduite dans la loi de financement de la sécurité sociale pour 2006, très clairement, est de faire en sorte qu'une reprise d'activité ne porte pas atteinte aux droits sociaux tirés de la qualité de chômeur indemnisé, en assurant leur maintien jusqu'à la constitution de droits équivalents « via » la nouvelle activité.

Le Défenseur des droits a constaté que le dispositif législatif et réglementaire prévoyant la poursuite du maintien de droits en cas de reprise d'activité, portait préjudice aux assurés exerçant une profession discontinue, dès lors que l'accomplissement de quelques (voire une) « missions » ponctuelles - piges, cachets pour les intermittents du spectacle..., pouvait leur faire perdre le maintien de droits sans que la nouvelle activité ait été suffisante, pendant le délai réglementaire fixé à trois mois, pour reconstituer « des droits équivalents ». La disposition législative, dans cette hypothèse, conduit à un résultat contraire à l'objectif visé d'encouragement d'une reprise d'activité, activité qui faut-il le rappeler, est indispensable au fonctionnement du mécanisme contributif sur lequel repose notre sécurité sociale.

Par conséquent, en exécution du pouvoir qu'il tient de l'article 32 de la loi n° 2011-333 du 29 mars 2011 (« *Le Défenseur des droits peut recommander de procéder aux modifications législatives ou réglementaires qui lui apparaissent utiles* »), le Défenseur des droits a récemment adressé une proposition de réforme aux pouvoirs publics, visant à ce que les dispositifs de maintien de droits se poursuivent, dans la limite de leur durée « normale » (durée de l'indemnisation pour l'article L.311-5, et durée d'un an à compter de la perte de la qualité d'assuré pour l'article L.161-8), nonobstant une reprise d'activité professionnelle, jusqu'à ce que cette activité ait permis à l'assuré la reconstitution de ses droits aux prestations du régime obligatoire de l'assurance maladie, maternité, invalidité décès.

Au demeurant, la Direction de la sécurité sociale comme la Cnamts, aux termes des directives édictées pour l'application des textes relatifs aux maintiens des droits (article L.311-5 et L.161-8 du CSS), considèrent, elles aussi qu'une reprise d'activité insuffisante pour reconstituer des droits, ne doit pas mettre 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 ».

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 ne lui avaient pas permis de reconstituer des droits à l'assurance maternité équivalents à ceux nés de la précédente activité ayant ouvert le droit au chômage, Madame X devait rester bénéficiaire du maintien de droit attaché au service de l'allocation de retour à l'emploi (ARE).

Décider le contraire conduit à soumettre Madame X, en raison de l'accomplissement de piges alors qu'elle avait encore des droits ouverts à l'assurance chômage, 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 qui anime les dispositifs mis en place.

Il n'est pas acceptable qu'une assurée ayant le statut de chômeur indemnisé, soit pénalisée à l'occasion de sa 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.

En l'espèce, les articles R.313-3 et R.313-7 ne permettant pas à Mme X l'acquisition d'un droit aux IJ grâce aux piges effectuées pendant les périodes de référence, l'indemnisation de son congé maternité devrait intervenir, à tout le moins, au titre du maintien de droits attaché à sa qualité de chômeur indemnisé.

Les insuffisances des dispositions du droit interne, dont l'application « à la lettre » conduit à l'absence d'indemnisation du congé maternité de Madame X, en méconnaissance de son droit d'usager du service public de la sécurité sociale, semblent en outre contribuer à la création d'une situation discriminatoire. Cette situation peut et doit être évitée, par un recours à des dispositions du droit de l'Union européenne d'application directe.

II – Le refus d'indemniser le congé maternité de Madame crée une situation de discrimination indirecte en raison du sexe.

Le refus d'indemnisation du congé maternité qui est opposé à Mme X paraît caractériser une discrimination indirecte en raison du sexe, ou en raison de la grossesse/de la maternité, tombant sous le coup des interdictions édictées tant par la loi n°2008- 496 du 27 mai 2008, que par le droit de l'Union européenne et par les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme.

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, nous avons vu que les dispositions du droit interne, en raison de leur insuffisance ou inadaptation selon les cas, ont pour effet de priver des femmes exerçant une profession discontinue et percevant une rémunération à la tâche, sans taux horaire, 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 exerçant une profession discontinue semble donc caractérisée : les règles apparemment neutres d'accès à l'assurance maladie maternité invalidité, ou de maintien des droits en période de chômage indemnisé, affectent plus particulièrement les femmes en raison de la maternité.

Cette discrimination est contraire aux règles internationales qui, en vertu de la hiérarchie des normes, commandent d'écarter les dispositions du droit interne conduisant à une telle situation.

III) L'application de la directive 92/85/CEE du 19 octobre 1992

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 des textes de droit interne.

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 Zootecnica 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, le caractère constitutionnel de l'obligation de transposition des directives a été reconnu 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 considère que : *« 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 »* (arrêt Madame Perreux du 30 octobre 2009).

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) (...) [garantie des droits liés au contrat de travail pour les femmes enceintes et allaitantes, dans les hypothèses des aménagements de poste rendus nécessaires, de l'interdiction à certaines expositions et des aménagements du travail de nuit]

« 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 ;

« (...) ».

L'article 11 de la directive 92/85/CEE, en ses points 1 et 3, satisfait aux critères de précision et d'inconditionnalité permettant aux justiciables de s'en prévaloir, dès lors qu'il met 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 (CJUE, arrêt Gassmayr du 1er juillet 2010, Affaire C-194/08, point 46).

Par suite, « 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 États membres, mais également à leurs émanations. « Figure au nombre des entités qui peuvent se voir opposer les dispositions d'une directive susceptibles d'avoir des effets directs un organisme qui, quelle que soit sa forme juridique, a été chargé en vertu d'un acte de l'autorité publique d'accomplir, sous le contrôle de cette dernière, un service d'intérêt public et qui dispose, à cet effet, de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre particuliers » (arrêts Foster e.a., C-188/89, Rec. p. I-3313, points 19 et 20, et du 14 septembre 2000, Collino et Chiappero, C-343/98, Rec. p. I-6659, point 23 ; dans le même sens : arrêt du 4 décembre 1997, point 46, C-253/96 à C-258/96, Rec. p. I-6907 ; arrêt du 5 février 2004, Rieser Internationale Transporte, C-157/02).

Tel est le cas, en France, des organismes chargés du service public des régimes obligatoires de 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 les dispositifs « imparfaits » du droit interne à la lumière de l'article 11 de la directive.

Si, comme il a été indiqué dans la note de la Cpam en date du 27 juin 2017, les organismes de sécurité sociale sont tenus d'appliquer les textes du droit interne, cette obligation cesse lorsque les textes méconnaissent des normes qui leur sont supérieures, notamment comme c'est le cas en l'espèce, les dispositions d'une directive qui, étant d'application directe, s'imposent à elles.

En outre, si 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 n'autorise pas à fixer des conditions qui, en pratique, rendent l'accès à la prestation tellement difficile qu'elles tiennent 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 conduisent les dispositions du droit interne à l'égard des travailleuses exerçant la profession de journaliste pigiste.

En vertu de l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe, et des garanties instituées par la directive précitée en faveur de la femme enceinte, il convient :

- 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 la période de référence,

- ou de considérer que l'accomplissement de piges par un chômeur indemnisé, qui ne lui permet pas d'ouvrir des droits en application des articles R.313-3 et R.313-7 du CSS, dans le délai de trois mois fixé par l'article R.311-1 du CSS, ne constitue pas une reprise d'activité au sens de l'article L.311-5 CSS, susceptible de faire cesser le maintien de droit attaché à sa qualité de chômeur indemnisé.

IV) L'office du juge

Faute par la Cpm de Z d'avoir ainsi interprété les dispositifs du droit interne afin de les rendre conformes aux dispositions d'origine supranationale dont les assurés sont en droit de se prévaloir, c'est au juge de la sécurité sociale, devant lequel le litige est porté, d'y procéder.

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).

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).

Les juridictions françaises sont ainsi appelées à statuer en ayant recours à ce principe d'interprétation du droit national conformément aux objectifs d'une directive (Cf. pour un exemple de recours exprès à ce principe : cour d'appel de Paris, arrêt du 14 mai 2009, RG 09/03660).

Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter et souhaite soumettre à l'appréciation du tribunal des affaires de sécurité sociale de Y.

Jacques TOUBON