

Paris, le 9 février 2018

Décision du Défenseur des droits n° 2018-061

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 Y ;

Décide de présenter les observations suivantes devant le Tribunal des affaires de sécurité sociale de Z.

Jacques TOUBON

Observations devant le Tribunal des affaires de sécurité sociale de Z 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 Y (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, qui exerce une activité de danseuse, a le statut d'intermittente du spectacle.

Par une notification du 27 mai 2014, le Pôle Emploi W l'a informée d'une ouverture du droit au service de l'allocation de retour à l'emploi (ci-après ARE) pour une durée d'indemnisation de 243 jours calendaires.

L'ARE venait ainsi compléter, le cas échéant, les cachets perçus par Madame X en sa qualité d'intermittente du spectacle.

Le versement de l'ARE a pris fin au début du mois de février 2015 .

Entre temps, Madame X avait commencé une grossesse, dont la date de début a été fixée au 3 janvier 2015 .

Elle a dû cesser de travailler à compter du 8 août 2015, date à laquelle un arrêt de travail lui a été prescrit pour congé pathologique.

Elle a été en congé maternité du 22 août au 11 décembre 2015.

Le 7 décembre 2015, la Cnam de Y lui a notifié un refus d'indemnisation de son congé maternité.

La commission de recours amiable a confirmé ce refus dans une décision notifiée le 18 avril 2016, estimant que l'intéressée ne remplissait pas les conditions d'ouverture du droit aux indemnités journalières (IJ) de maternité.

Ce refus s'est fondé sur les dispositions de l'arrêté ministériel du 21 juin 1968, pourtant inapplicable, sans prise en compte des informations contraires diffusées sur le site AMELI, et sans examen de la situation de Madame X au regard des régimes de maintien de droits prévus par des dispositions légales du code de la sécurité sociale .

C'est dans ces conditions que Madame X a sollicité l'aide de l'institution, après avoir saisi le tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS) de Z d'un recours.

Par un courriel du 10 janvier 2018, les services du Défenseur des droits ont interrogé le service médiation de la Cnam de Y, afin de savoir si un changement de position pouvait être espéré de sa part à la suite d'une évolution récente de la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la portée du dispositif de maintien de droits bénéficiant au chômeur indemnisé.

Par un courriel du 17 janvier 2018, la CPAM a indiqué maintenir sa position de rejet de la demande d'indemnisation, aux motifs d'une part, que le nombre de cachets effectués sur les périodes de référence étaient insuffisants à ouvrir droit et d'autre part, que l'intéressée était bénéficiaire de l'ARE au début de sa grossesse comme intermittente du spectacle « et non en position de chômage total indemnisé ».

Le Défenseur des droits ne partageant pas l'analyse de la CPAM, il lui a adressé, le 19 janvier 2018, une note récapitulant les éléments de fait et de droit en vertu desquels il estime que le refus d'indemnisation du congé maternité de Madame X, caractérise à la fois une méconnaissance d'un droit d'un usager des services publics, et une discrimination indirecte fondée sur le sexe.

Analyse juridique :

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 d'une part, de certaines insuffisances des textes fixant les conditions d'ouverture du droit et d'autre part, de la défaillance de la caisse qui s'est abstenue d'examiner la possibilité d'une ouverture du droit sur le fondement des dispositifs de maintien de droits. Il en résulte 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, paraît conduire à une situation de discrimination en raison du sexe, interdite tant par le droit de l'Union Européenne que par la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (II).

Enfin le Défenseur des droits, ainsi qu'il l'a indiqué à plusieurs reprises à des organismes en charge de l'assurance maladie maternité, entend rappeler que les insuffisances du droit interne - lorsqu'elles conduisent à priver certaines travailleuses de la protection à laquelle elles ont droit lors de l'arrêt de leur travail en raison de leur maternité, et à leur faire ainsi subir une discrimination fondée sur le sexe - doivent être corrigées par un recours aux dispositions de la directive 92/85/CEE du 19 octobre 1992, directement opposables aux organismes chargés du service public de l'assurance maternité (III).

I°) Les insuffisances des textes du droit interne et l'examen incomplet des possibilités d'ouverture du droit à l'assurance maternité, sources d'une méconnaissance d'un droit d'un usager du service public de la sécurité sociale

Le dispositif du droit interne organisant les conditions alternatives d'ouverture du droit à l'assurance maladie maternité, tel qu'applicable à la situation de Madame X, souffre d'un vide juridique s'agissant de déterminer l'équivalence en cachets, du nombre d'heures de travail exigé par les textes réglementaires pour l'ouverture des droits (1°).

En outre, indépendamment de la question de l'appréciation des conditions d'ouverture du droit à l'indemnisation du congé maternité, Madame X a été privée du bénéfice d'un examen de ses droits au titre des dispositifs de maintien de droits (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. 2^{ème}, 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, n'y sont pas conformes.

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, est a priori fermée à une personne exerçant une profession discontinue puisqu'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. A fortiori en est-il ainsi pour les femmes qui, travaillant au forfait selon un rythme discontinu, ne sont pas en mesure d'atteindre un niveau de cotisations fixé par référence à l'accomplissement d'un travail de 39 heures hebdomadaires payé au SMIC. 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 manifestement, les femmes rémunérées selon un forfait (pige, cachet...) si aucune correspondance n'est établie entre ce forfait et les heures de travail exigées. 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.

Le Défenseur des droits au vu de ces constats, a préconisé 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 d'établir, lorsqu'elle n'existe pas, une équivalence entre le travail décompté en heures, et le travail rémunéré selon un forfait.

Cette dernière difficulté, s'agissant des cachets, a aujourd'hui disparu puisque l'arrêté du 4 mai 2017 du ministre des affaires sociales, *précisant les conditions d'ouverture de droit des prestations maladie, maternité, invalidité, décès pour les artistes et musiciens du spectacle rémunérés au cachet* (JORF n° 0107 du 6 mai 2017, texte n° 35), a fixé des équivalences entre le nombre d'heures de travail exigé par les textes réglementaires sur les différentes périodes de référence, et le nombre de cachets correspondants (par ex. aux 150 heures de travail exigées sur une période de trois mois, équivalent 9 cachets).

Ce texte ne précisant pas toutefois à quel nombre d'heures correspond chaque cachet, il laisse sans solution la situation de l'intermittent rémunéré pour une partie en cachets, et pour l'autre en salaire par référence à un salaire horaire.

La circulaire interministérielle N° DSS/2A/5B/2017/126 du 19 avril 2017 *précisant certaines règles applicables aux prestations en espèces servies au titre de la maladie et de la maternité aux personnes exerçant une profession à caractère saisonnier ou discontinu*, règle cette difficulté en énonçant que dans l'hypothèse d'un cumul de rémunérations au cachet et de droit commun, chaque cachet est pris en compte pour 16 heures de travail.

Ce faisant, elle a repris une disposition contenue dans la circulaire interministérielle 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*.

Les dispositions adoptées en 2017 ne sont pas applicables à la situation, antérieure à leur entrée en vigueur, de Madame X. L'appréciation de son droit aux IJ maternité au regard des conditions d'ouverture des articles R.313-3 et R.313-7 CSS, se heurte à un vide juridique.

La Cnam l'a comblé en appliquant, à tort, les dispositions de l'arrêté ministériel du 21 juin 1968 relatif aux conditions d'attribution des prestations des assurances maladie, maternité, invalidité et décès, et au mode de calcul des indemnités journalières dues à certaines catégories d'assurés. Ce texte a régi pendant plusieurs années les conditions d'ouverture de droit propres à certains assurés (cotisants sur vignettes, VRP et autres agents assimilés, travailleurs à domicile et écrivains non-salariés, journalistes rémunérés à la pige), notamment en établissant des équivalences entre le nombre d'heures exigé par le texte réglementaire et le nombre de prestations forfaitaires correspondantes des professionnels concernés.

La Cour de cassation a jugé dans un arrêt publié, faisant office de doctrine officielle, que cet arrêté ne pouvait plus recevoir application depuis l'entrée en vigueur du décret n° 85-1353 du 17 décembre 1985 (Civ.2ème, 20 décembre 2012, pourvoi n° 11-26676 ; Bull. II n° 207).

La cour régulatrice a censuré l'arrêt d'une cour d'appel qui avait fait application des équivalences prévues par cet arrêté, au motif que « *l'article 97, § 2, du décret n° 45-0179 du 29 décembre 1945 modifié qui renvoyait à un arrêté ministériel la fixation des équivalences en heures de travail du montant des cotisations versées en ce qui concerne les assurés dont les conditions de travail ne permettaient pas la production de pièces justificatives précisant la durée du travail, a été abrogé par le décret n° 85-1353 du 17 décembre 1985, ce dont il résulte que l'arrêté ministériel du 21 juin 1968 modifié ne peut plus recevoir application (...)* ».

Le vide juridique qui en résulte pour l'appréciation des droits des personnes exerçant des professions discontinues non rémunérées à l'heure, prive celles-ci de l'accès à l'assurance maladie maternité puisque les conditions de cet accès, inadaptées à leur situation, ne peuvent être examinées.

2°) L'absence d'examen des droits au regard des dispositifs de maintien de droits.

Malgré la demande en ce sens formée par Madame X, la Cnam de Y s'est abstenue d'examiner ses droits au regard du dispositif de maintien de droits institué par l'article L.311-5 du code de la sécurité sociale au profit du chômeur indemnisé.

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 »*).

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 droits 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. »

Le Défenseur des droits a constaté que la disposition législative prévoyant la poursuite du maintien de droits en cas de reprise d'activité, portait préjudice aux assurés exerçant une profession discontinuée, dès lors que l'accomplissement de quelques (voire une) « missions » ponctuelles - piges, cachets ... pouvait leur faire perdre le maintien de droits sans que la nouvelle activité ait été suffisante pour reconstituer « des droits équivalents ». La disposition législative, dans cette hypothèse, conduit à un résultat contraire à l'objectif poursuivi d'encouragement des reprises d'activité, activité qui fonde le 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 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.

C'est en ce sens également qu'il a formulé des observations devant la Cour de cassation, dans le cadre d'un litige relatif au refus d'indemnisation de congé maternité opposé à une femme journaliste rémunérée à la pige.

La Cour de cassation, rejoignant la position exprimée par le Défenseur des droits, a énoncé dans un arrêt publié en date du 9 novembre 2017 (pourvoi n° 16-19926), au visa des articles L. 311-5 et R. 311-1 du code de la sécurité sociale, que :

« toute personne percevant un revenu de remplacement au titre de l'assurance chômage 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 au moment de la cessation d'activité du fait de chômage lorsque, en cas de reprise d'activité, elle ne justifie pas des conditions d'ouverture du droit à prestation fixées par l'article L. 313-1 du code de la sécurité sociale au terme du délai prévu par le second ; que la reprise d'une activité à temps réduit assortie du maintien du revenu de remplacement ne prive pas l'assuré du maintien de ses droits lorsque les revenus tirés de cette activité ne sont pas suffisants pour lui ouvrir les droits aux prestations d'assurance maladie, maternité, invalidité et décès ».

Aussi, dès lors qu'il avait été constaté dans cette affaire, que tout en conservant le bénéfice de l'allocation de retour à l'emploi, l'intéressée exerçait une activité réduite insuffisante à lui ouvrir les droits aux prestations d'assurance maladie, maternité, invalidité et décès, celle-ci devait continuer de bénéficier du maintien de droits prévu par l'article L.311-5 CSS.

De la même manière en l'espèce, dès lors que Madame X à la date du début de sa grossesse, était toujours bénéficiaire de l'allocation de retour à l'emploi et exerçait une activité réduite insuffisante (en l'état du vide juridique sus-évoqué) pour ouvrir droit aux prestations de l'assurance maternité, il y avait lieu de considérer qu'elle était toujours bénéficiaire du maintien de droits prévu par l'article L.311-5 CSS à la date du début de sa grossesse.

Il faut souligner, en outre, qu'à supposer même que Madame X ait épuisé son droit à l'allocation de retour à l'emploi à la date du début de sa grossesse, elle aurait alors été, à compter de la date de cet épuisement, bénéficiaire du maintien de droits prévu pour une durée de douze mois s'agissant des prestations en espèces de l'assurance maternité, par l'article L.161-8 CSS au profit des 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.

Dans ces conditions, le défaut d'examen des droits de Madame X au regard des dispositifs de maintien de droits prévus par la loi, paraissent méconnaître ses droits d'usager du service public de la sécurité sociale.

II – Le refus d'indemniser le congé maternité de Madame X conduit à la création d'une situation de discrimination 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 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, 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, les insuffisances ou inadaptations des dispositions du droit interne, en l'état du droit applicable à la situation de Madame X, ont pour effet de priver des femmes exerçant une profession discontinue 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.

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, ou le défaut de mise en œuvre du dispositif de maintien des droits, 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 lorsque les textes de droit interne ne permettent pas d'atteindre l'objectif fixé de maintien d'une rémunération au profit des femmes en congé maternité.

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 incombe à la CPAM de Y, 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 du droit interne à la lumière de l'article 11 de la directive.

A ce titre, il apparaît de bon droit :

- de faire application de l'article L.311-5 du code de la sécurité sociale tel qu'interprété par la doctrine officielle de la Cour de cassation, et d'assurer l'indemnisation du congé maternité de Madame X en vertu du dispositif de maintien de droits bénéficiant au chômeur indemnisé;
- ou de considérer qu'en l'absence de texte en vigueur à l'époque de la grossesse de Madame X, permettant d'apprécier les conditions d'ouverture du droit au moyen d'une équivalence établie entre le nombre d'heures de travail exigé par les textes réglementaires et le nombre de cachets correspondants, il convient de se référer à la disposition de la circulaire DSS/2A/2013/163 du 16 avril 2013 selon laquelle « *en cas de cumul sur la période de référence entre des rémunérations aux cachets et des rémunérations de droit commun, chaque cachet est pris en compte pour 16 heures de travail* », et d'en faire une application par extension, à l'hypothèse dans laquelle l'intermittent a exclusivement été rémunéré au cachet durant la période de référence.

Cette solution d'équivalence, au demeurant, est celle que Madame X a trouvé inscrite sur le site en ligne de l'assurance maladie maternité (Ameli.fr), lorsqu'elle a voulu s'informer sur ses droits : « *Vous êtes intermittentes du spectacle ? Pour avoir droit aux indemnités journalières pendant votre congé maternité, vous devez remplir les conditions d'ouverture de droits applicables aux salariées. Votre indemnité journalière est calculée de la même façon. A noter si vous êtes rémunérée au cachet : un cachet équivaut à 16 heures de travail .*

*

Faute par la Cnam de Y 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 Z.

Jacques TOUBON