

Paris, le 12 juin 2019

Décision du Défenseur des droits n°2019-106

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 européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Vu la Convention internationale relative aux droits de l'enfant ;

Vu le code de la sécurité sociale ;

Vu le code du travail,

Après consultation du collège compétent en matière de défense et de promotion des droits de l'enfant.

Saisi par Madame X, d'une réclamation relative au refus opposé par la caisse primaire d'assurance maladie (CPAM) Y de verser les indemnités journalières qu'elle a sollicitées au titre du congé d'adoption dont elle a bénéficié à l'occasion du recueil par *kafala* de l'enfant A ;

Décide de présenter les observations suivantes devant le pôle social du tribunal de grande instance de Z.

Jacques TOUBON

Observations devant le pôle social du tribunal de grande instance de Z présentées en application 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 opposé par la caisse primaire d'assurance maladie (CPAM) Y de verser les prestations en espèce qu'elle a sollicitées au titre du congé d'adoption dont elle a bénéficié à l'occasion du recueil par *kafala* de l'enfant A.

Rappel des faits

Madame X a accueilli à son foyer, le 4 janvier 2016, l'enfant abandonnée A, née le 30 août 2015 à Mostaganem (Algérie), qui lui a été confiée par jugement de *kafala* prononcé par le tribunal de Mostaganem le 3 décembre 2015.

Avant d'engager ces démarches, Madame X s'est rapprochée du conseil départemental Y afin que soit réalisée une enquête sociale, conformément aux exigences de la procédure algérienne relative à la *kafala*.

Le rapport rédigé dans ce cadre, daté du 14 octobre 2013, conclut que « *le temps de l'évaluation sociale a permis d'apprécier son engagement* » et qu'« *elle propose les conditions affectives, morales et matérielles nécessaires à l'accueil d'un enfant* »

Dès le 5 janvier 2016, Madame X a engagé des démarches auprès de la CPAM Y afin, d'une part, de solliciter l'affiliation de l'enfant à l'assurance maladie en qualité d'ayant-droit et, d'autre part, de formuler une demande de versement des indemnités journalières de congé d'adoption.

L'employeur de Madame X, a donné son accord à la demande de congé d'adoption de l'intéressée, pour la période du 8 janvier au 18 mars 2016.

Par courrier du 15 mars 2018, soit trois jours avant la fin de son congé d'adoption, Madame X a été informée du rejet de sa demande d'indemnisation au motif que « *le jugement de kafala n'ouvre pas droit au congé d'adoption* ».

Ce refus est intervenu après de nombreux échanges entre la réclamante et la caisse, au cours desquels les services de la CPAM auraient assuré à Madame X qu'aucun élément ne faisait *a priori* obstacle au versement des prestations qu'elle sollicitait.

Le 3 mai 2016, Madame X a saisi la commission de recours amiable (CRA) de la CPAM par l'intermédiaire de son conseil. La CRA n'ayant pas statué dans le délai prescrit, Madame X a considéré sa demande comme rejetée et a saisi le tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS) de Z par courrier du 27 juillet 2016.

Lors de sa réunion du 28 septembre 2016, la CRA a confirmé explicitement la décision de rejet de la caisse. Madame X a par conséquent maintenu son recours auprès du TASS, transféré au pôle social du tribunal de grande instance de Z.

C'est dans ces conditions que l'intéressée a sollicité l'intervention du Défenseur des droits.

Instruction

Par courrier du 14 février 2019, le Défenseur des droits a adressé à la CPAM Y, une note récapitulant les éléments de fait et de droit sur lesquels il fonde son analyse et l'a invitée à formuler toute observation qu'elle jugerait utile de porter à sa connaissance.

Par courrier en réponse du 14 mars 2019, la directrice de la caisse a indiqué maintenir sa position, considérant qu'en l'état du droit et des éléments fournis par Madame X, il ne lui semblait pas possible de faire droit à la demande de cette dernière.

Analyse juridique

L'article L.1225-37 du code du travail prévoit que :

« Le salarié à qui l'autorité administrative ou tout organisme désigné par voie réglementaire confie un enfant en vue de son adoption a le droit de bénéficier d'un congé d'adoption d'une durée de dix semaines au plus à dater de l'arrivée de l'enfant au foyer. Ce congé peut précéder de sept jours consécutifs, au plus, l'arrivée de l'enfant au foyer ».

En vertu de ces dispositions, Madame X a bénéficié d'un congé d'adoption accordé par son employeur du 8 janvier au 18 mars 2016.

L'indemnisation de ce congé est régie par les dispositions de l'article L.331-7 du code de la sécurité sociale (CSS). Dans sa version applicable à la date de la demande de Madame X, cet article disposait que :

« L'indemnité journalière de repos est accordée à l'assuré à qui un service départemental d'aide sociale à l'enfance, un organisme français autorisé pour l'adoption ou l'Agence française de l'adoption confie un enfant en vue de son adoption. Cette indemnité est également accordée à la personne assurée titulaire de l'agrément mentionné aux articles L. 225-2 à L. 225-7 et L. 225-18 ou L. 225-15 du code de l'action sociale et des familles lorsqu'elle adopte ou accueille un enfant en vue de son adoption par décision de l'autorité étrangère compétente, à condition que l'enfant ait été autorisé, à ce titre, à entrer sur le territoire français ».

La *kafala* ou recueil légal d'un enfant abandonné ou orphelin est une mesure de protection de l'enfant, reconnue par les conventions internationales, qui existe dans certains pays de droit musulman interdisant l'adoption. La *kafala* permet de transférer l'autorité parentale aux personnes recueillant l'enfant mais ne crée pas de lien de filiation, au contraire de l'adoption.

En l'espèce, la CPAM considère qu'il n'y a pas lieu d'appliquer l'article L.331-7 du CSS, l'enfant A n'ayant été ni adoptée, ni recueillie en vue d'une adoption. L'organisme a ainsi retenu une interprétation stricte des dispositions précitées.

Or, il appartenait à la caisse d'examiner la situation de Madame X au regard de l'ensemble des outils juridiques internationaux opposables dont cette dernière peut se prévaloir et de constater que l'application restrictive des dispositions en cause n'est pas conforme au principe

de non-discrimination à raison de la nationalité, tel qu'il résulte de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (CEDH), et constitue une atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant recueilli.

Sur ce sujet, la jurisprudence est embryonnaire. La cour d'appel de Paris a considéré, dans un arrêt du 5 novembre 2015, que le refus d'indemnisation du congé d'adoption opposé à la suite d'un recueil par *kafala*, n'était pas constitutif d'une discrimination et ne portait pas atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant¹.

La Cour de cassation ne s'est toutefois pas, quant à elle, encore prononcée sur la conformité des dispositions litigieuses du code de la sécurité sociale aux dispositions supra-législatives. L'existence de cet arrêt de la cour d'appel de Paris ne saurait donc avoir pour effet d'écarter la discussion juridique qui s'impose en l'espèce au regard des textes européens et internationaux applicables.

La cour d'appel de Paris rappelait à l'occasion de sa décision précitée que l'indemnité litigieuse est réservée aux parents ayant adopté un enfant ou l'accueillant à leur foyer en vue d'une adoption future. Or en l'espèce, Madame X a manifesté son intention d'adopter l'enfant A et a accompli les premières démarches en ce sens.

Enfin, avant de parvenir à cette position, la cour d'appel reprenait le moyen développé par la caisse selon lequel :

« Les assurés sociaux sont clairement informés de l'impossibilité de percevoir les indemnités journalières du congé d'adoption lorsque l'enfant est recueilli dans le cadre d'une kafala ».

En l'espèce, il semble que la CPAM Y ait manqué à son devoir d'information à l'égard de la réclamante.

Sur les manquements de la caisse à son devoir d'information

L'article R.122-2 du CSS dispose que :

« Avec le concours des organismes de sécurité sociale, le ministre chargé de la sécurité sociale prend toutes mesures utiles afin d'assurer l'information générale des assurés sociaux (...) »

De cette disposition, découle un devoir général d'information incombant à tout organisme de sécurité sociale et dont l'étendue a été précisée par la jurisprudence judiciaire.

Il ressort de l'examen des décisions juridictionnelles rendues en la matière que ce devoir s'impose *a fortiori* face à une demande explicite d'information formulée par l'assuré et que le manquement peut être caractérisé par la délivrance d'informations erronées ou incomplètes².

La Cour de cassation considère que tout manquement au devoir d'information incombant aux organismes de sécurité sociale est de nature à engager la responsabilité de la caisse à l'égard

¹ CA Paris, 5 novembre 2015, n°11/12981

² CA Paris, 7 nov. 1994 : RJS 4/1995, n° 417

de l'assuré lésé³ et peut ainsi conduire, outre l'allocation de dommages et intérêts, à l'annulation de la décision de litigieuse⁴.

En l'espèce, Madame X indique avoir entamé ses démarches auprès de la CPAM dès le lendemain de l'entrée en France de l'enfant recueilli, le 5 janvier 2016. Après avoir été informée verbalement de la possibilité de prétendre à l'indemnisation de son congé d'adoption, elle a formalisé sa demande le 11 janvier 2016, l'accompagnant de l'ensemble des documents requis, dont l'attestation de placement de l'enfant établie par les autorités algériennes.

Ainsi, avant le 15 mars 2016, date de la notification du refus qu'elle conteste, aucune information n'a été communiquée à l'intéressée quant à l'exclusion de la *kafala* du bénéfice de cette prestation. Au contraire, la réclamante indique qu'il lui aurait été verbalement confirmé qu'elle y ouvrirait droit.

Dans son courrier du 14 mars 2019 en réponse au Défenseur des droits, la CPAM indique que l'assurée n'a jamais eu de confirmation écrite de son droit au congé d'adoption. Elle précise qu'un courrier-type visant à recueillir les pièces nécessaires à l'examen de sa demande a été adressé à Madame X le 9 février 2016.

Il ressort des pièces produites par l'intéressée que le 23 février 2016, ce même courrier-type a une nouvelle fois été adressé à la réclamante, car l'attestation sur l'honneur portant renonciation du conjoint au congé d'adoption était manquante au dossier. Madame X indique qu'à cette date, elle avait d'ores et déjà transmis l'ensemble des autres pièces requises dans le cadre de l'examen de sa demande. La caisse ne pouvait donc ignorer que la demande de l'intéressée intervenait à la suite d'un recueil par *kafala*.

Dans son courrier du 14 mars 2019 précité, la caisse indique par ailleurs que : « *Le site Ameli consultable par les assurés précise de manière très claire sur la page relative à l'adoption, que le recueil d'enfant par kafala ne donne pas lieu à congé adoption* ».

Cependant, la page du site *Ameli.fr* consacrée aux conditions du congé d'adoption résulte d'une mise à jour du 28 septembre 2018. Aucun élément ne permet donc d'établir que les mentions relatives à l'exclusion de la *kafala* y figuraient antérieurement et que la réclamante pouvait, en janvier 2016, avoir accès à ces informations par ce biais.

Madame X précise dans le cadre de sa réclamation que si elle avait été informée de l'absence d'indemnisation de son congé d'adoption avant la fin de celui-ci, elle y aurait renoncé ou l'aurait écourté.

Le refus tardif opposé par la CPAM à sa demande, alors que la période de congé accordée par son employeur avait déjà été accomplie, a conduit l'intéressée à devoir rembourser ce dernier du salaire qui avait été maintenu au cours de cette période.

La CPAM, en tardant à informer Madame X de l'impossibilité de percevoir les indemnités journalières de congé d'adoption dans le cadre d'une *kafala*, semble donc avoir manqué à son

³ Cass. civ. 2ème, 25 mai 2004, n° 02-30.997 et 16 octobre 2008, n° 07-18.493

⁴ Cass. soc., 12 octobre 2000, pourvoi n° 98-15.831

obligation d'information. Au regard du préjudice subi par l'intéressée, la faute de la CPAM paraît de nature à engager sa responsabilité.

Sur la conformité de l'article L.331-7 du CSS aux dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme

L'article 14 de la CEDH prohibe toute différence de traitement fondée sur la nationalité et prévoit que :

« la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur [...], l'origine nationale ou sociale, [...] ou toute autre situation ».

Depuis l'arrêt *Gaygusuz contre Autriche* du 16 septembre 1996, la Cour européenne des droits de l'Homme a étendu l'applicabilité de l'article 14 de la CEDH aux prestations sociales en considérant qu'elles constituent un droit patrimonial au sens de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel de la CEDH, interdisant ainsi toute discrimination fondée sur un critère prohibé dans le champ des prestations sociales.

L'article 8 garantissant le droit de mener une vie familiale normale étend ce principe de non-discrimination au domaine des prestations de sécurité sociale. La CEDH a ainsi considéré, s'agissant du congé parental, que celui-ci et l'allocation qui l'accompagne favorisent la vie familiale et entrent par conséquent dans le champ d'application de l'article 8. Cette solution paraît de nature à s'appliquer à l'ensemble des congés liés à l'accueil et à l'éducation d'un enfant, au nombre desquels le congé d'adoption.

L'article L.331-7 du CSS subordonne le droit aux prestations qu'il prévoit à l'adoption de l'enfant ou à son accueil en vue de l'adoption.

La stricte interprétation de ces dispositions, en apparence neutre, place les personnes ayant recueilli un enfant dans le cadre de la *kafala* dans une situation particulièrement désavantageuse puisqu'elles se trouvent exclues du bénéfice de l'indemnisation du congé d'adoption.

Or, l'article 370-3 du code civil introduit par la loi n° 2001-111 du 6 février 2001 pose l'interdiction de prononcer l'adoption d'un mineur étranger si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France.

La personne accueillant un enfant algérien, recueilli par *kafala*, se trouve ainsi nécessairement écartée du bénéfice des indemnités journalières de congé d'adoption en cas d'application stricte des dispositions de l'article L.331-7 du CSS.

Dans l'arrêt *Harroudj contre France* rendu par la Cour européenne des droits de l'Homme le 4 octobre 2012, relatif à l'impossibilité d'adopter un enfant étranger lorsque la loi nationale de ce dernier interdit l'adoption, la Cour a constaté :

« Qu'il ressort du droit comparé qu'aucun État n'assimile la kafala à une adoption mais que, en droit français et dans d'autres États, celle-ci a des effets comparables à ceux d'une tutelle, d'une curatelle ou d'un placement en vue d'une adoption ».

En l'espèce, il semble utile de préciser que Madame X a entamé les démarches requises pour permettre à l'enfant A d'accéder à la nationalité française dans le but de pouvoir l'adopter. Ainsi, dans le cas précis de l'intéressée, la *kafala* paraît effectivement devoir être regardée comme un placement en vue d'une adoption.

Or, dans la mesure où la *kafala* produit les mêmes effets qu'un placement en vue d'adoption pour la Cour EDH, le fait de ne pas attribuer les indemnités journalières de congé d'adoption, en cas de recueil de ce type, crée une différence de traitement constitutive d'une discrimination fondée sur la nationalité.

Il est vrai que cette discrimination n'est en l'espèce pas fondée sur une caractéristique propre à Madame X mais sur la nationalité de l'enfant recueilli.

Toutefois, la notion de victime, dont la définition découle de l'interprétation par la Cour européenne de l'article 34 de la CEDH, vise non seulement la ou les victimes directes de la violation alléguée, mais également toute victime indirecte à qui cette violation aurait causé un préjudice ou qui aurait un intérêt valable à obtenir qu'il y soit mis fin. La Cour a par ailleurs consacré l'interdiction de la discrimination dite « par ricochet », qui désigne une discrimination à raison des caractéristiques présentes chez autrui.

La qualification de discrimination ne peut être écartée que si la différence de traitement constatée repose sur une justification légitime et raisonnable, c'est-à-dire si elle poursuit un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

Le droit aux indemnités journalières de congé d'adoption a pour finalité principale de pouvoir cesser son activité professionnelle afin d'assurer l'accueil d'un enfant à son foyer. En l'espèce, Madame X a cessé son activité avec l'accord de son employeur afin d'accueillir l'enfant A, dont elle assume la charge effective et permanente depuis son entrée en France.

La finalité poursuivie par le congé d'adoption est identique, qu'il s'agisse d'une adoption, d'un placement en vue d'une adoption ou d'un recueil légal. Aucun objectif légitime n'apparaît donc de nature à justifier l'absence de versement des prestations en espèce afférentes à ce congé pour les personnes ayant recueilli un mineur étranger dont la loi personnelle prohibe l'adoption.

En outre, la Cour européenne des droits de l'Homme a précisé dans l'arrêt *Gaygusuz contre Autriche* cité plus haut, que seules des considérations très fortes ou des raisons impérieuses pourraient l'amener à estimer compatible avec la CEDH une différence de traitement fondée sur la nationalité.

Ainsi, la différence de traitement constatée, dans le cadre du versement des indemnités journalières de congé d'adoption, selon que l'enfant ait été adopté, placé en vue d'adoption ou recueilli par *kafala*, est constitutive d'une discrimination indirecte fondée sur sa nationalité.

Une application restrictive de l'article L.331-7 du CSS paraît donc devoir être écartée en raison de sa non-conformité aux articles 8 et 14 de la CEDH.

Par ailleurs, compte tenu de l'objet du congé d'adoption et des prestations en espèce versées dans ce cadre, les effets de l'exclusion de la *kafala* apparaissent disproportionnés au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Sur la conformité des articles L.331-7 du CSS à l'intérêt supérieur de l'enfant

L'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) du 26 janvier 1990, d'application directe, stipule que :

« Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

Les indemnités journalières de congé d'adoption ont pour objet de compenser la perte de rémunération occasionnée par un arrêt de travail justifié par l'accueil d'un enfant. Il est donc dans l'intérêt supérieur de l'enfant, qu'il ait été adopté ou recueilli par *kafala*, que le parent ou le *kafil*, qui s'est engagé à assurer son entretien et son éducation, puisse bénéficier de cette prestation afin d'assurer les conditions matérielles de son accueil lors de son arrivée au foyer.

Poursuivant un raisonnement comparable, le Conseil d'État s'est prononcé favorablement sur le bénéfice du regroupement familial pour un enfant recueilli par une décision de *kafala*, dans un arrêt en date du 24 mars 2004 :

« Considérant que si les dispositions combinées de l'article 15 et de l'article 29 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 prévoient que l'enfant pouvant bénéficier du regroupement familial est l'enfant légitime ou naturel ayant une filiation légalement établie ainsi que l'enfant adopté, il appartient à l'autorité administrative de s'assurer [...] qu'une décision refusant le bénéfice du regroupement familial demandé pour un enfant n'appartenant pas à l'une des catégories ainsi mentionnées ne porte pas une atteinte excessive aux droits des intéressés au respect de leur vie privée et familiale et ne méconnaît pas les stipulations de l'article 3-1 de la convention relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990 selon lesquelles "dans toutes les décisions qui concernent les enfants... l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale" » (CE, 24 mars 2004, n° 249369).

Le juge administratif s'est ainsi fondé sur l'intérêt supérieur de l'enfant et le respect de la vie privée et familiale pour permettre le regroupement familial et ainsi conférer à la *kafala* les mêmes effets que la filiation ou l'adoption.

En se prononçant ainsi, le juge administratif a rendu possible la perception des prestations familiales au bénéfice de l'enfant recueilli dans ce cadre, dont le *kafil* assure la charge effective et permanente.

Cette conception élargie de la famille paraît devoir être retenue, de la même manière, pour le bénéfice des indemnités journalières de congé d'adoption au profit des personnes recueillant un enfant par décision de *kafala*.

L'absence d'indemnisation du congé d'adoption est en effet de nature à dissuader certains accueillants, pour des raisons financières, de solliciter ce congé auprès de l'employeur.

Le refus de versement des indemnités journalières, en ce qu'il est de nature à mettre en échec l'exercice du congé d'adoption, pourtant nécessaire à la création d'un lien entre le *kafil* et l'enfant recueilli, porte atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Il résulte de l'ensemble de ces éléments que la situation dans laquelle se trouve placée Madame X constitue une discrimination fondée sur la nationalité de l'enfant recueillie, une atteinte à l'intérêt supérieur de cette dernière et, compte tenu des manquements de la CPAM à son devoir d'information, une atteinte aux droits de la réclamante en qualité d'usager d'un service public.

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

Jacques TOUBON