

Paris, le 19 décembre 2019

Décision du Défenseur des droits n°2019-311

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 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 l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 ;

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 opposé par la caisse primaire d'assurance maladie de Y ;

Décide de présenter les observations suivantes devant la cour d'appel de Z.

Jacques TOUBON

Observations devant la cour d'appel 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 Cpm 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.

À 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 Cpm de Y, 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 Z 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 saisi le Défenseur des droits.

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 a formulé des observations devant le tribunal des affaires de sécurité sociale de Z.

Celui-ci, par un jugement en date du 3 novembre 2017, a rejeté le recours de Madame X.

Cette dernière a fait appel, et le litige se présente à présent devant la cour d'appel de Z.

Analyse juridique

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

Le juge de première instance, pour rejeter le recours de l'assurée, a estimé :

- qu'elle ne satisfaisait pas aux conditions d'ouverture des droits édictées par les articles R. 313-3 et R. 313-7 du code de la sécurité sociale (ci-après CSS), ce qu'elle ne contestait pas ;
- que la décision de la caisse ne reposait pas sur l'état de grossesse ou le sexe de l'assurée, mais sur l'absence d'ouverture du droit, de sorte qu'elle n'était pas discriminatoire ;
- que les conditions d'ouverture du droit, qui tiennent déjà compte de la situation particulière des emplois à caractère saisonnier ou discontinu, sont objectivement justifiées par le respect du principe contributif qui préside au versement d'une prestation de sécurité sociale.

Le premier juge a précisé n'être tenu de répondre, parmi les moyens soulevés par le Défenseur des droits, qu'à celui qui était également invoqué par l'assurée, en l'occurrence le caractère discriminatoire de la décision contestée.

Par conséquent, il n'a examiné ni les insuffisances du droit interne – en ses dispositions énonçant les conditions d'ouverture du droit - dénoncées par le Défenseur des droits, ni la possibilité, préconisée par celui-ci, d'une ouverture du droit au congé maternité au titre du maintien de droits bénéficiant au chômeur indemnisé.

Cette portée du maintien de droit au profit du chômeur indemnisé, a été consacrée par la cour de cassation dans les jours suivants le prononcé du jugement rejetant la demande de Madame X. L'arrêt, dont l'examen sera détaillé dans des développements ultérieurs, a été rendu à l'égard d'une journaliste pigiste, privée de l'indemnisation de son congé maternité dans des conditions identiques à celles connues par Madame X (Civ. 2^{ème}, 9 novembre 2017, N° de pourvoi :16-19926).

Cette jurisprudence vient confirmer que le refus d'indemnisation du congé maternité de Madame X opposé par la CPAM, porte atteinte à un droit d'usager du service public de la sécurité sociale (I°). Qui plus est, les conditions réglementaires d'ouverture du droit à l'indemnisation de l'arrêt de travail s'imposant en raison d'une maternité, conduisent 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°). Enfin, le refus d'indemnisation critiqué méconnaît l'objectif assigné à l'Etat français par 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 (III°).

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.

I) L'ouverture du droit à indemnisation du congé maternité dans le cadre du dispositif de maintien de droits, faute d'adaptation des conditions d'ouverture du droit à la situation des journalistes pigistes

Les insuffisances des dispositions instituant les conditions d'ouverture du droit au congé maternité, à l'égard de certaines professions discontinues (1°), peuvent être compensées par le dispositif de maintien de droit prévu par l'article L.311-5 du code de la sécurité sociale (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 alternatifs 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 (Civ. 2ème, 22 février 2007, pourvoi n° 05-16026 Bull. n°56).

Les articles R.313-3 et R.313-7 du CSS, 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.

« (...) ».

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.

« (...) ».

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. Le seuil de 1 015 fois le SMIC horaire, qui correspond pour la période de référence de 6 mois, au salaire d'une personne rémunérée au SMIC sur la base de l'ancienne durée du travail, devrait être ramené à 910 fois ce montant, ce seuil 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 textes réglementaires ne sont donc pas conformes à la volonté du législateur, dès lors qu'ils excluent des conditions alternatives d'ouverture du droit aux IJ, la personne dont la rémunération n'atteint pas l'équivalent d'un SMIC calculé sur l'ancienne durée du travail, et est versée 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 - manquent 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.

L'impossibilité d'accéder à ce cas d'ouverture du droit est d'autant plus injuste, que si l'on établit 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, les articles R.313-3 et R.313-7 du CSS 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 d'un minimum de cotisations versées ou d'un minimum d'heures de travail accomplies.

Le Défenseur des droits, au vu de cette situation, 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, de prévoir l'établissement d'une équivalence entre le travail décompté et rémunéré en heures, et le travail rémunéré au forfait.

En réponse la Ministre des Solidarités et de la Santé, reconnaissant ainsi un problème d'accès aux prestations du régime obligatoire d'assurance maladie maternité invalidité décès, s'est engagée à l'adoption d'un nouveau texte afin de faciliter l'ouverture des droits au profit de personnes percevant une rémunération forfaitaire sans référence horaire.

Dans l'attente d'un tel texte, le droit au congé maternité est susceptible d'être ouvert, le cas échéant, à la personne bénéficiaire d'un maintien de droits en qualité de chômeur indemnisé.

2°) Le dispositif de maintien de droits bénéficiant au chômeur indemnisé

L'article L.311-5 du CSS, qui institue le maintien de droits au profit du chômeur indemnisé, doit conduire à l'indemnisation du congé maternité de Madame X 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 volonté du législateur, 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.

Au demeurant, la Direction de la sécurité sociale comme la CNAM, aux termes des directives édictées pour l'application des textes relatifs aux maintiens des droits (articles 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 dont bénéficie un assuré (Cf. : 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*, p.4 ; circulaire Cnamts n°47/2002 du 8 mars 2002 ayant pour objet « *la concomitance d'une indemnisation Assedic et d'une activité salariée* » ; 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*).

C'est en ce sens également qu'a tranché la cour de cassation, dans un arrêt du 9 novembre 2017 dont la solution tient lieu de doctrine officielle de la cour, dès lors qu'il a fait l'objet d'une publication au bulletin des arrêts de la cour de cassation (pourvoi n°16-19926).

À l'occasion de la contestation d'un refus d'attribution des prestations en espèces de l'assurance maternité, opposé à une femme ayant une activité de journaliste pigiste, la cour de cassation a énoncé que selon l'article L.311-5 du CSS, « *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 [second texte visé par l'arrêt : article R.311-1 CSS]; 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 ».*

Elle a considéré, dans l'espèce concernée, que la cour d'appel ne pouvait juger que l'intéressée, à la date présumée de début de sa grossesse, avait perdu le bénéfice du maintien de droit attaché à sa qualité de chômeur indemnisé, du fait d'une reprise de son activité de pigiste, dès lors que cette activité était insuffisante pour justifier des conditions d'ouverture du droit à prestations fixées à l'article L. 313-1 du CSS, peu important qu'un délai de trois mois se soit écoulé depuis le début de cette reprise d'activité.

De manière identique en l'espèce, il convient de considérer que Madame X doit être indemnisée de son congé maternité en vertu du dispositif de maintien de droits institué par l'article L.311-5 CSS, 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 (1^{er} mai 2016), et que les piges effectuées parallèlement ont été insuffisantes pour lui ouvrir les droits aux prestations d'assurance maladie, maternité, invalidité et décès.

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

Qui plus est, le refus d'indemnisation du congé maternité qui est opposé à Mme X sur le fondement des articles R.313-3 et R.313-7 du CSS, 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 de l'exercice 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).

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, il a été constaté que les articles R.313-3 et R.313-7 CSS avaient 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.

Le tribunal des affaires de sécurité sociale, pour juger que l'application de ces textes ne conduisait pas à une discrimination à l'encontre de Madame X, a relevé que le refus d'indemnisation était fondé sur l'absence d'ouverture du droit, et non sur la maternité de l'assurée, et que ce refus était objectivement justifié par le caractère contributif de l'assurance sociale considérée (jugement p. 10 *in fine*).

Ce faisant, le juge a écarté l'existence d'une discrimination directe, qui n'est pas celle invoquée. De surcroît, le caractère contributif du régime de l'assurance maternité, s'il constitue une justification objective de la condition d'ouverture de droit tenant à un montant minimum de cotisations versées, ne fait pas obstacle à ce que des aménagements spécifiques – par ex. par l'établissement d'équivalences horaires pour les prestations rémunérées au forfait - soient institués pour les assurées dont l'activité professionnelle nécessite une modalité particulière de décompte des cotisations versées. A défaut de tels aménagements, les textes réglementaires ne sont pas « *proportionnés* », au sens de la jurisprudence européenne, à l'objectif poursuivi de respect du caractère contributif de l'assurance maternité.

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, affectent plus particulièrement les femmes en raison de la maternité.

III - Le refus d'indemniser le congé maternité de Madame X méconnaît l'un des objectifs de la directive 92/85/CEE du Conseil du 19 octobre 1992

Enfin, le refus d'indemnisation opposé à Madame X, méconnaît l'objectif imposé à l'État français par la directive 92/85/CEE du 19 octobre 1992, visant à garantir durant le congé maternité, un maintien de la rémunération ou le service d'une prestation adéquate.

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 Zootechnica 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'État 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, prévoit en son article 11, 2°) l'obligation pour les États de garantir, pendant le congé maternité, le maintien des droits liés au contrat de travail, et le maintien de la rémunération ou le service d'une prestation adéquate.

Cet article 11, en ses points 1 à 3, satisfait aux critères de précision et d'inconditionnalité permettant aux justiciables de s'en prévaloir ; il 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 »* (CJUE, arrêt Gassmayr du 1^{er} juillet 2010, Affaire C-1894/08, points 46 et 53).

Les dispositions dont l'effet direct est ainsi reconnu sont opposables non seulement aux États membres, mais également à leurs émanations, notamment à *« (...) 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.

Le tribunal des affaires de sécurité sociale, pour juger que les textes réglementaires définissant les conditions d'accès aux prestations de l'assurance maternité, étaient conformes à l'objectif assigné par la Directive n° 92/85/CEE du 19 octobre 1992, a relevé que son article 11, 4°) autorisait les États membres à soumettre le droit au maintien d'une rémunération ou à une prestation adéquate durant le congé maternité, à la circonstance que la travailleuse concernée remplisse les conditions d'ouverture du droit à ces avantages prévues par les législations nationales.

Cette faculté ouverte aux États membres, ne les autorise pas, cependant, 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 le point 2 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 telle est bien la situation à laquelle conduisent les articles R.313-3 et R. 313-7 du CSS, à l'égard des travailleuses exerçant la profession de journaliste pigiste.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter et souhaite soumettre à l'appréciation de la Cour d'appel de Z.

Jacques TOUBON