

Paris, le 9 octobre 2020

Décision du Défenseur des droits n°2020-036

La Défenseure 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 des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Vu le code civil ;

Vu le code de la sécurité sociale ;

Vu le code du travail ;

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 ;

Saisie par Monsieur X, qui estime que le refus opposé par la caisse primaire d'assurance maladie (CPAM) de Y à la demande de congé de paternité et d'accueil de l'enfant qu'il a formulée à la suite de l'adoption de son fils né aux Etats-Unis, constitue une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et le sexe ;

Décide de recommander à la CPAM de Y d'ouvrir le droit au congé de paternité à Monsieur X ;
Demande à la CPAM de Y de rendre compte des suites données à cette recommandation dans un délai de deux mois à compter de la date de notification de la présente décision.

Claire HÉDON

Décision portant recommandation, en application de l'article 25 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits

1. Le Défenseur des droits a été saisi par Monsieur X.
2. Monsieur X estime que le refus d'attribution de congé de paternité et d'accueil de l'enfant opposé par la caisse primaire d'assurance maladie (CPAM) de Y à la suite de l'adoption de l'enfant A X né aux Etats-Unis le 13 décembre 2017 constitue une discrimination fondée sur son orientation sexuelle et son sexe.

Rappel des faits

3. Monsieur X et son époux Monsieur B X ont tous deux adopté l'enfant A X comme l'atteste le décret d'adoption délivré le 25 janvier 2018. L'acte de naissance établi par les autorités américaines le 18 décembre 2017 n'a, à ce jour, pas encore fait l'objet d'une transcription sur les registres d'état civil français.

4. Le congé de paternité et d'accueil de l'enfant et les indemnités journalières correspondantes ont été attribués à Monsieur B X. S'estimant lésé par l'absence de perception d'indemnités journalière pour la période du 18 au 28 décembre 2017 au titre du congé de paternité et d'accueil de l'enfant, Monsieur X a formulé auprès de la CPAM une demande de prise en charge au même titre que son époux.

5. Par courrier en date du 7 mars 2018, la CPAM a rejeté sa demande sur le fondement des dispositions des articles L. 331-8 du code de la sécurité sociale et L. 1225-35 du code du travail, considérant que le deuxième bénéficiaire potentiel d'un congé de paternité et d'accueil pour un même enfant, après le père, doit être soit le conjoint de la mère, soit la personne liée à elle par un PACS soit la personne vivant maritalement avec elle.

6. Le réclamant a, le 28 mars 2018, saisi la commission de recours amiable (CRA) contestant cette décision qu'il estime discriminatoire.

7. En parallèle, il a saisi le Défenseur des droits.

Instruction menée par le Défenseur des droits

8. Le 16 mai 2018, les services du Défenseur des droits ont interrogé la CPAM de Y, qui, par courrier du 10 juillet, adressé également au réclamant, a précisé notamment que le dossier de Monsieur X serait présenté devant la CRA lors de sa séance du 17 juillet 2018.

9. En outre, ce courrier signé par la conciliatrice indiquait que « *même si l'acte de naissance mentionne les deux membres du couple comme père de l'enfant, l'indemnisation pour deux congés paternité et d'accueil de l'enfant ne peut être réalisée en l'absence d'une mère* ». « *Le deuxième bénéficiaire, pour un enfant, après le père, doit être soit le conjoint de la mère, soit la personne liée à elle par un pacte civil de solidarité, soit la personne vivant maritalement avec elle* ».

10. Dans sa décision en date du 23 août 2018, la CRA a maintenu le refus du paiement des indemnités journalières du 18 au 28 décembre 2017 au titre du congé de paternité et d'accueil de l'enfant.

11. Elle a considéré que le « père biologique » de l'enfant, Monsieur B X, avait perçu les indemnités journalières et que le réclamant Monsieur X, « conjoint du père biologique », ne figurant pas sur la liste des bénéficiaires potentiels prévus par les textes (articles L. 331-8 du code de la sécurité sociale et L. 1225-35 du code du travail) ne pouvait pas prétendre au bénéfice de celles-ci.

12. Or, Monsieur B X, au même titre que son époux Monsieur X, est le père adoptif de l'enfant. Aucun élément tiré de l'acte d'état civil américain ne permet de distinguer le père biologique de l'autre parent.

13. Il convient de noter que le secrétariat de la commission a interrogé le service juridique de la caisse nationale d'assurance maladie (CNAM) afin d'appuyer sa position, laquelle a confirmé que le refus d'indemnités journalières à « *l'égard du conjoint, partenaire PACS ou concubin du père est juridiquement fondé* » et que « *seul le père biologique peut bénéficier du congé de paternité et d'accueil de l'enfant* ». En outre, elle a précisé que « *même si l'acte de naissance de l'enfant mentionne les deux membres du couple comme père de l'enfant* », les textes « *ne permettent pas de verser l'indemnité journalière pour deux congés de paternité et d'accueil de l'enfant en l'absence d'une mère* ».

14. Le réclamant n'a pas formé de recours contentieux.

15. Par courriers en date du 26 juillet 2019, les services du Défenseur des droits ont adressé à la Direction de la CPAM de Y, ainsi qu'à la Direction de la CNAM, une note récapitulant les éléments de fait et de droit au regard desquels il apparaissait que le refus d'attribution du congé de paternité et d'accueil de l'enfant à Monsieur X était susceptible de constituer une discrimination fondée sur le sexe et l'orientation sexuelle.

16. Ces courriers, dont les accusés de réception (le 2 août 2019 pour la CPAM et le 31 juillet pour la CNAM) sont parvenus aux services du Défenseur des droits, sont restés sans réponse.

Analyse juridique

A. Sur le dispositif du congé de paternité et d'accueil de l'enfant

17. L'article L. 1225-35 du Code du travail dispose :

« Après la naissance de l'enfant et dans un délai déterminé par décret, le père salarié ainsi que, le cas échéant, le conjoint salarié de la mère ou la personne salariée liée à elle par un pacte civil de solidarité ou vivant maritalement avec elle bénéficient d'un congé de paternité et d'accueil de l'enfant et d'accueil de l'enfant de onze jours consécutifs ou de dix-huit jours consécutifs en cas de naissances multiples [...]. »

18. L'article L. 331-8 du code de la sécurité sociale prévoit que :

« Lorsqu'il exerce son droit à congé prévu à l'article L. 1225-35 du code du travail et dans un délai fixé par décret, l'assuré reçoit, pendant une durée maximale de onze jours consécutifs

et dans les mêmes conditions d'ouverture de droit, de liquidation et de service, l'indemnité journalière visée à l'article L. 331-3, sous réserve de cesser toute activité salariée ou assimilée [...]. ».

19. Ainsi, les textes précités prévoient l'attribution de 11 jours consécutifs au titre du congé de paternité et d'accueil de l'enfant au père de l'enfant.

20. En outre, l'article L.1225-35 du code du travail ouvre explicitement le droit au congé paternité :

- au conjoint salarié de la mère ;
- à la personne salariée liée à la mère par un pacte civil de solidarité ;
- à la personne vivant maritalement avec la mère de l'enfant.

Compte tenu de l'ouverture du congé de paternité et d'accueil de l'enfant à ces différents bénéficiaires, sans que le lien de filiation avec l'enfant ou le sexe du conjoint de la mère soit un critère d'ouverture, il convient de s'interroger sur le caractère discriminatoire du refus opposé au conjoint du père.

B. Sur le caractère discriminatoire de l'article L.1225-35 du code du travail qui ne prévoit pas le bénéfice du congé au conjoint du père salarié

21. L'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales indique 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* ».

22. La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) considère que les prestations sociales relèvent de la qualification de « biens » au sens de ce texte (arrêt Gaygusuz/c Autriche du 16 septembre 1996, requête n° 17371/90).

23. Parmi ces prestations sociales figurent les prestations en espèce de l'assurance maladie. Si l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel « *ne comporte pas un droit acquis à acquérir des biens* », la cour juge que « *dès lors qu'un État décide de créer un régime de prestation ou de pension, il doit le faire d'une manière compatible avec l'article 14 de la Convention* » (CEDH, 12 avril 2006, STEC et autres c/ RU, n°6572/01 et 65900/01).

24. L'article 14 de la convention européenne précitée énonce que « *la jouissance des droits et libertés reconnus par la présente convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ».

25. Ainsi, les conditions d'ouverture du droit à prestations maladie doivent être déterminées sans discrimination au sens de l'article 14 précité.

26. En droit interne, les dispositions de 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 prévoient aux articles 1 et 2 : « *Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son sexe [...], de son orientation sexuelle [...], une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable* », notamment en matière de fournitures de biens et services, dans le champ de la protection sociale.

27. Il convient de rappeler que c'est précisément pour remédier à la discrimination touchant les couples de mères que les dispositions de l'article L. 1225-35 du code du travail précité ont été modifiées par la loi n°2012-1404 du 17 déc. 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013 afin qu'il bénéficie également au « conjoint salarié de la mère ou la personne salariée liée à elle par un pacte civil de solidarité ou vivant maritalement avec elle ». Le congé de paternité initial a, en outre, été renommé « congé de paternité et d'accueil de l'enfant », après l'arrêt du 11 mars 2010 (pourvoi n° 09-65.853), dans lequel la Cour de cassation avait considéré que le bénéfice du congé de paternité était ouvert, à raison de l'existence d'un lien de filiation juridique, au père de l'enfant, et que les textes excluaient ainsi toute discrimination selon le sexe ou l'orientation sexuelle, et ne portaient pas atteinte au droit à une vie familiale, la modification précitée dissociant précisément lien de filiation et congé lié à la naissance de l'enfant.

28. L'assurée avait, en l'espèce, demandé à la CPAM de Nantes le bénéfice des indemnités journalières dues au titre du congé de paternité à l'occasion de la naissance de l'enfant de sa compagne avec laquelle elle avait conclu un pacte civil de solidarité. Le droit au congé de paternité de la partenaire homosexuelle de la mère d'un enfant n'étant pas ouvert, sa demande avait été rejetée.

29. Elle a, par la suite, formé un recours devant la CEDH.

30. Celle-ci, a, dans son arrêt n°46386/10 du 12 décembre 2017, considéré que la requérante, qui a accueilli l'enfant auquel sa partenaire de longue date avait donné naissance, était dans une situation comparable à celle d'un père biologique au sein d'un couple hétérosexuel, qu'elle avait « subi un traitement différent, dans la mesure où, contrairement à celui-ci, elle n'a pas pu bénéficier d'un congé de paternité en l'état des textes en vigueur à l'époque ».

31. La Cour a rappelé qu'une différence de traitement est discriminatoire si elle 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 un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

32. En l'espèce, la Cour a estimé que l'institution du congé de paternité visait à renforcer les pères dans leur responsabilité éducative à l'égard de leurs enfants par un investissement précoce auprès de ceux-ci et à faire évoluer le partage des tâches domestiques entre hommes et femmes. La Cour a considéré qu'il s'agissait là d'un but légitime.

33. Elle a relevé, par ailleurs, que cette différence de traitement n'était fondée ni sur le sexe, ni sur l'orientation sexuelle, puisque, dans le cadre d'un couple hétérosexuel, le compagnon ou partenaire de la mère qui n'est pas le père biologique de l'enfant ne pouvait davantage bénéficier du congé de paternité et d'accueil de l'enfant.

34. C'est dans ces conditions que la Cour a estimé que le moyen employé – l'institution d'un congé de onze jours rémunéré – était proportionné au but visé et considéré au surplus que l'exigence consistant à faire dépendre le bénéfice de ce congé à l'établissement d'un lien de filiation avec l'enfant pouvait, à l'époque considérée, s'inscrire dans la marge d'appréciation reconnue à l'État en la matière.

35. Enfin, la Cour a relevé qu'en vertu des modifications du texte, introduites par la loi du 17 décembre 2012, le ou la partenaire de la mère qui n'est pas le parent biologique de l'enfant pouvait désormais bénéficier d'un congé d'accueil de l'enfant identique au congé de paternité et d'accueil de l'enfant.

36. Ainsi, à la lumière de cet arrêt, il peut être valablement soutenu que la CEDH a considéré que la version initiale du texte n'engendrait pas de différence de traitement fondée ni sur le sexe, ni sur l'orientation sexuelle, puisque, dans le cadre d'un couple hétérosexuel, le compagnon ou partenaire de la mère qui n'était pas le père biologique de l'enfant ne pouvait pas davantage bénéficier du congé de paternité.

37. Les dispositions actuellement en vigueur de l'article L.1225-35 du Code du travail ouvrent, cependant, désormais droit au congé de paternité et d'accueil de l'enfant au compagnon ou partenaire de la mère qui n'est pas le père biologique de l'enfant dans le cadre d'un couple hétérosexuel et à la compagne ou épouse de la mère dans le cadre d'un couple homosexuel.

38. Dans ces conditions, l'exclusion du dispositif du mari du père ou de la personne salariée liée à lui par un pacte civil de solidarité ou vivant maritalement avec lui paraît de nature à constituer une différence de traitement fondée sur le sexe ainsi que sur l'orientation sexuelle.

39. Le texte en cause a, ainsi, fait l'objet d'une première modification législative incomplète sans, vraisemblablement, qu'un but n'ait été à cette occasion spécialement recherché pas davantage qu'une volonté d'établir un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et un but ainsi inexistant.

40. Au surplus, l'exclusion de cet avantage s'avère en contradiction avec le but visé par le législateur au moment de la création du dispositif du « congé de paternité » devenu par la suite « congé de paternité et d'accueil de l'enfant » qui visait à renforcer les pères dans leur responsabilité éducative à l'égard de leurs enfants.

41. Constitue, en conséquence, une discrimination directe fondée sur le sexe et l'orientation sexuelle au sens des dispositions de cette loi, la circonstance de réserver l'attribution du deuxième congé de paternité et d'accueil de l'enfant à la femme ou l'homme liés à la mère et d'exclure directement de cet avantage l'homme qui vit maritalement, est pacsé ou est l'époux du père.

42. Il convient d'ajouter à cet égard que l'article L. 1225-35 du code du travail permet le bénéfice du congé de paternité et d'accueil de l'enfant aux couples de même sexe féminin à l'exclusion des couples de même sexe masculins. La différence de traitement instituée, par ledit texte, en fonction du sexe auquel appartiennent les deux membres du couple homosexuel, est ici également caractérisée.

43. Au regard de l'ensemble de ces éléments, la Défenseure des droits considère que l'absence d'attribution du congé de paternité et d'accueil de l'enfant à Monsieur X constitue une discrimination fondée sur le sexe et l'orientation sexuelle.

En conséquence, la Défenseure des droits :

- Décide de recommander à la CPAM de Y d'ouvrir le droit au congé de paternité à Monsieur X ;
- Demande à la CPAM de Y de rendre compte des suites données à cette recommandation dans un délai de deux mois à compter de la date de notification de la présente décision.

Claire HÉDON