

Paris, le 10 septembre 2021

Décision du Défenseur des droits n°2021-242

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 internationale des droits de l'enfant du 26 janvier 1980 ;

Vu la Convention de New-York du 20 novembre 1989 ;

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

Vu la Directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe ;

Vu le code civil ;

Vu le code de la sécurité sociale ;

Vu le code des relations du public avec l'administration ;

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 et son époux Monsieur Y, d'une réclamation relative au refus de la caisse d'allocations familiales de W de leur accorder le bénéfice de la prime à la naissance, prévue dans le cadre de la prestation d'accueil du jeune enfant, pour leur fils, né d'une gestation pour autrui aux États-Unis ;

Décide de présenter les observations suivantes devant le Tribunal Judiciaire de Z conformément à l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

Claire HÉDON

Observations devant le Tribunal judiciaire de Z au titre de l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011

Le 24 septembre 2020, les époux X-Y ont saisi la Défenseure des droits du refus opposé par la Caisse d'allocations familiales (CAF) et la commission de recours amiable (CRA) à leur demande visant à obtenir le bénéfice de la prime à la naissance prévue dans le cadre de la prestation d'accueil du jeune enfant, pour leur fils né d'une gestation pour autrui (GPA) aux États-Unis.

I- Faits et procédure

Les époux X-Y sont parents d'un petit garçon, né le 30 avril 2020, aux États-Unis, dans le cadre d'une GPA. Le couple a obtenu la transcription, par les services de l'état civil français, de l'acte de naissance de l'enfant les mentionnant comme étant tous les deux pères du bébé.

Les époux X-Y ont déposé un dossier, auprès de la CAF de W, sollicitant la prime à la naissance, comprise dans la prestation d'accueil du jeune enfant.

Sur leur espace personnel en ligne, les époux sont intervenus auprès de la CAF pour demander à plusieurs reprises des informations quant à leur dossier et évoquer leur situation particulière.

Par courrier en date du 27 juillet 2020, la CAF de W a refusé aux époux X-Y le bénéfice de la prime de naissance au motif que « *La mère porteuse ne réside pas en France et elle n'est pas votre conjointe. C'est pourquoi vous ne pouvez pas recevoir cette prestation* ».

Par courrier du 24 septembre 2020, la CAF de W a réitéré son refus d'accorder la prime à la naissance pour l'enfant X-Y au motif que « *Pour bénéficier de la prime à la naissance, un foyer allocataire doit remplir 2 conditions :*

- 1 condition liée à la grossesse
- 1 condition liée aux ressources du foyer.

Votre enfant étant né aux États-Unis par une GPA, la femme enceinte ne fait pas partie de votre foyer. La condition liée à la grossesse n'est par conséquent pas remplie ».

Considérant qu'ils avaient tous deux été reconnus pères de l'enfant par l'acte de naissance transcrit par les services de l'état civil français sur lequel ne figure aucune mention relative à la mère et qu'ils se trouvaient dans l'impossibilité de justifier du passage du premier examen prénatal obligatoire puisqu'ayant eu recours à une GPA, les époux X-Y ont donc saisi la CRA de la caisse par courrier en date du 16 octobre 2020, enregistré le 23 octobre 2020.

Lors de sa séance en date du 11 janvier 2021, la CRA a confirmé le refus de la caisse de procéder au versement de la prime à la naissance.

Dans sa décision en date du 11 janvier 2021, la CRA a rejeté le recours de la famille X-Y, au motif que : « *L'article L. 531-2 du code de la sécurité sociale prévoit que la prime à la naissance est attribuée au ménage ou à la personne ne dépassant pas un plafond fixé par décret qui varie en fonction du nombre d'enfants nés ou à naître et qui est majoré lorsque la charge du ou des enfants est assumée soit par un couple dont chaque membre dispose d'un revenu minimal, soit par une personne seule.*

En vertu de l'article L. 512-1, alinéa1, du code de la sécurité sociale, l'attribution des prestations familiales est subordonnée, sauf exception, à la résidence en France tant de l'allocataire que de l'enfant qui ouvre droit à leur bénéfice.

Selon l'article R. 531-1 du même code, pour l'ouverture des droits à la prime à la naissance prévue par l'article L. 531-2, la situation de famille est appréciée le premier jour du mois civil suivant le cinquième mois de la grossesse.

Enfin, selon l'article D. 531-1, II, alinéa I, du code de la sécurité sociale, la prime à la naissance est due et versée avant la fin du dernier jour du second mois civil suivant la naissance de l'enfant.

Il y a lieu de constater que si l'article R. 531-1 du code de la sécurité sociale dispose que, pour l'ouverture des droits à la prime à la naissance, la situation de la famille est appréciée le premier jour du mois civil suivant le cinquième mois de la grossesse, ce texte ne tend qu'à préciser la date à laquelle est appréciée la condition de ressources du ménage permettant d'ouvrir les droits à la prime à la naissance à la condition que la mère de l'enfant réside en France au premier jour du mois civil suivant le cinquième mois de la grossesse.

La condition de résidence de l'allocataire en France ne s'applique qu'à la date de versement effectif de la prime de naissance, soit avant la fin du dernier jour du second mois civil suivant la naissance de l'enfant.

Dans le présent cas d'espèce, la Commission constate que l'allocataire n'est pas en mesure de produire un certificat médical mentionnant la date présumée de début de grossesse.

Dès lors la Caisse ne peut procéder à la vérification de la condition de ressources pour l'ouverture du droit à la prime à naissance ».

Cette décision de la CRA offre une nouvelle explication au refus opposé au couple dont il ressort que la caisse n'a pas été en mesure de vérifier la condition de ressources permettant l'ouverture du droit à la prime à la naissance. En effet, la caisse reproche aux époux de ne pas avoir produit un certificat mentionnant la date présumée de début de grossesse.

Les époux X-Y ont saisi le Tribunal judiciaire afin de contester la décision de la commission.

Lors de l'audience du 18 mars 2021, devant le Tribunal judiciaire de Z, l'affaire a fait l'objet d'un renvoi fixé au 16 septembre 2021.

C'est dans ces conditions que les époux X-Y ont saisi les services du Défenseur des droits.

Dans le cadre de l'instruction du dossier, le Défenseur des droits a sollicité les observations de la Caf par courrier en date du 29 juillet 2021.

Par courriel de réponse du 10 août 2021, l'organisme a indiqué : « *Nous ne pouvons pas à notre niveau déroger des instructions de la Caisse Nationale d'Allocations Familiales (CNAF), qui nous impose dans son instruction technique N° 46 du 07/04/2021 l'application suivante des textes :*

"L'accueil d'un enfant issu d'une gestation pour autrui (GPA) permet de considérer que la condition de charge est remplie, en considérant que l'enfant est « recueilli », avec une ouverture du droit à compter du mois suivant son arrivée en France.

La circonstance que la GPA soit interdite en France n'interfère pas dans la réglementation des prestations familiales sous l'angle desquelles la condition de charge d'enfant est bien remplie.

Sous réserve que l'ensemble des conditions pour l'enfant soit rempli, la situation de fait prime et l'enfant doit être considéré à charge de l'allocataire.

A ce titre, l'allocataire peut ouvrir droit aux prestations familiales au titre de cet enfant, notamment les droits à l'allocation de base, à la Prepare et au Cmg de la Paje.

*Seules deux prestations ne seront pas versées pour l'enfant accueilli dans ces circonstances :
- la prime à la naissance de la prestation d'accueil du jeune enfant (Paje) car le bénéfice de cette prestation suppose que l'un des membres du couple soit enceinte, condition non remplie par les personnes qui accueillent un enfant issu d'une GPA ;
- la prime à l'adoption de la Paje car la situation ne peut être regardée comme une procédure d'adoption au sens de l'article L. 512-4 du code de la sécurité sociale". »*

La caisse a également indiqué être dans l'attente de la décision du tribunal saisi par les époux X-Y.

Compte tenu des éléments communiqués, le Défenseur des droits a décidé de présenter des observations devant le Tribunal judiciaire de Z, appelé à examiner le litige lors de son audience du 16 septembre 2021.

II- Analyse juridique

A. Sur l'obligation de motivation des décisions

Au préalable, le Défenseur des droits entend rappeler l'obligation imposée aux organismes sociaux de motiver en fait et en droit les décisions de rejet qu'ils notifient aux assurés, bénéficiaires et allocataires qui s'adressent à eux pour réclamer la mise en œuvre d'un droit ou d'un avantage qui leur est accordé par la loi.

En effet, il résulte de l'article R. 142-1-A du code de la sécurité sociale que « *I. — Sous réserve des dispositions particulières prévues par la section II du présent chapitre et des autres dispositions législatives ou réglementaires applicables, la motivation des décisions prises par les autorités administratives et les organismes de sécurité sociale, ainsi que les recours préalables mentionnés à l'article L. 142-4 du présent code, sont régis par les dispositions du code des relations du public avec l'administration. Ces décisions sont notifiées aux intéressés par tout moyen conférant date certaine à la notification.* ».

L'article L. 211-5 du code des relations du public avec l'administration dispose que « *La motivation exigée par le présent chapitre doit être écrite et comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision.* ».

L'article L. 211-7 précise encore que « *Les organismes de sécurité sociale et Pôle emploi doivent faire connaître les motifs des décisions individuelles par lesquelles ils refusent un avantage dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir. L'obligation de motivation s'étend aux décisions par lesquelles les organismes et institutions mentionnés à l'alinéa précédent refusent l'attribution d'aides ou de subventions dans le cadre de leur action sanitaire et sociale.* ».

En l'espèce, il apparaît que les courriers des 27 juillet et 24 septembre 2020, adressés par la CAF aux époux X-Y pour rejeter leur demande de prestation, constituent des décisions soumises à obligation de motivation en vertu des dispositions précitées.

Or, si ces courriers comportent bien mention des délais et voies de recours susceptibles d'être mises en œuvre pour contester la décision de rejet, force est de constater que le refus opposé par la caisse ne comporte aucun fondement textuel et se borne à préciser que la prestation

est refusée au motif notamment que « *la mère porteuse ne réside pas en France* », « *la femme enceinte ne fait pas partie de votre foyer* » et n'est pas la « *conjointe* » de l'allocataire.

Il apparaît ainsi que la motivation des décisions de rejet de la prime à la naissance opposées aux réclamants ne correspond pas aux exigences applicables en l'espèce et ne leur permet pas de connaître l'analyse en droit et en fait de la caisse. Cette motivation insuffisante est susceptible de constituer une entrave à l'exercice du droit au recours des intéressés qui ne sont pas en mesure de préparer effectivement et efficacement leur défense.

Sur le fond, la réclamation formulée par les époux X-Y invite à examiner, d'une part, la conformité des textes en vigueur aux exigences inhérentes à l'intérêt supérieur de l'enfant, issues notamment de la convention internationale des droits de l'enfant et, d'autre part, l'existence d'une discrimination liée directement à la mise en œuvre de ces textes.

B. Sur la conformité des articles L. 531-1, L. 533-1 et R. 532-1 du code de la sécurité sociale à l'intérêt supérieur de l'enfant

Au terme d'un revirement de jurisprudence remarqué, la Cour de cassation¹ a considéré qu'en présence d'une action aux fins de transcription de l'acte de naissance étranger de l'enfant, qui n'est pas une action en reconnaissance ou en établissement de la filiation, ni la circonstance que l'enfant soit né à l'issue d'une convention de gestation pour autrui ni celle que cet acte désigne le père biologique de l'enfant et un deuxième homme comme père, ne constituent des obstacles à la transcription de l'acte sur les registres de l'état civil, lorsque celui-ci est probant au sens de l'article 47 du code civil².

Cette décision, rompant clairement avec la jurisprudence antérieure, a été dictée, dans ces arrêts du 18 décembre 2019, notamment comme le rappelle la haute juridiction par les termes de l'article 3, § 1, de la Convention de New-York du 20 novembre 1989. En effet, ce texte

¹ Civ. 1^{re}, 18 déc. 2019, n° 18-12.327 et n° 18-11.815.

² De la même façon, la circulaire n° CIV/02/13 - NOR JUSC 1301528 C du 25 janvier 2013 de la Garde des sceaux, ministre de la justice, adressée aux procureurs généraux, aux procureurs de la République et aux greffiers en chef des tribunaux d'instance, permet la délivrance de certificats de nationalité française aux enfants nés à l'étranger de Français « *lorsqu'il apparaît, avec suffisamment de vraisemblance, qu'il a été fait recours à une convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui ; qu'elle demande à ses destinataires de veiller à ce qu'il soit fait droit aux demandes de certificat, sous réserve que les autres conditions rappelées par la circulaire du 5 mai 1995 relative à la délivrance des certificats de nationalité française soient remplies, dès lors que le lien de filiation avec un Français résulte d'un acte d'état-civil étranger probant au regard de l'article 47 du code civil ; qu'elle précise que le seul soupçon du recours à une telle convention conclue à l'étranger ne peut suffire à opposer un refus aux demandes de certificats de nationalité française dès lors que les actes d'état-civil local attestant du lien de filiation avec un Français, légalisés ou apostillés sauf dispositions conventionnelles contraires, sont probants au sens de l'article 47* ». Saisi d'un recours en excès de pouvoir contre cette circulaire, le Conseil d'Etat a jugé : « *considérant que la seule circonstance que la naissance d'un enfant à l'étranger ait pour origine un contrat qui est entaché de nullité au regard de l'ordre public français ne peut, sans porter une atteinte disproportionnée à ce qu'implique, en termes de nationalité, le droit de l'enfant au respect de sa vie privée, garanti par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conduire à priver cet enfant de la nationalité française à laquelle il a droit, en vertu de l'article 18 du code civil et sous le contrôle de l'autorité judiciaire, lorsque sa filiation avec un Français est établie ; que, par suite, en ce qu'elle expose que le seul soupçon de recours à une convention portant sur la procréation ou la gestation pour autrui conclue à l'étranger ne peut suffire à opposer un refus aux demandes de certificats de nationalité française dès lors que les actes d'état-civil local attestant du lien de filiation avec un Français, légalisés ou apostillés sauf dispositions conventionnelles contraires, peuvent être, sous le contrôle de l'autorité judiciaire, regardés comme probants, au sens de l'article 47, la circulaire attaquée n'est entachée d'aucun excès de pouvoir ; (...)* » (décision n° 367324, 366989, 366710, 365779, 367317, 368861, 12 décembre 2014).

dispose 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* ».

Ainsi, la haute juridiction, tout en rappelant que les conventions de gestation pour autrui sont interdites en France³, a étendu la jurisprudence déjà amorcée dans un arrêt du 4 octobre 2019⁴ permettant la transcription d'un acte d'état civil établissant une filiation d'un enfant né d'une GPA entre un père biologique et son épouse⁵.

Sans remettre en cause l'interdiction de la gestation pour autrui en France, la reconnaissance de la valeur probante des actes de naissance étrangers, qui peuvent reconnaître comme parents deux hommes ou deux femmes, non biologiquement liés à l'enfant, désormais consacrée en droit français, paraît impliquer l'adaptation de certaines règles de la sécurité sociale relatives aux prestations familiales, en l'espèce, la prime à la naissance.

Cette adaptation apparaît d'abord justifiée par le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant né d'une gestation pour autrui qui ne peut à la fois voir son acte de naissance reconnu probant en droit français par le biais de sa transcription et, par ailleurs, ne pas bénéficier, par l'intermédiaire de ses parents, des aides financières destinées à l'accueillir et l'élever.

A cet égard, l'article 3-1 de la convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) du 26 janvier 1980 implique pour les États parties que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans toute prise de décision le concernant.

En effet, il dispose 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* ».

Selon cette obligation internationalement reconnue, le Comité des droits de l'enfant a rappelé que : « *Chaque institution ou organe législatif, administratif ou judiciaire est tenu de se conformer au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant en se demandant systématiquement comment les droits et les intérêts de l'enfant seront affectés par ses décisions et ses actes – par exemple, par une loi ou une politique proposée ou déjà en vigueur, une mesure administrative ou une décision judiciaire, y compris celles qui n'intéressent pas directement les enfants mais peuvent avoir des répercussions sur eux*» (Défense des Enfants International (DEI) c. Pays-Bas, réclamation n° 47/2008, décision sur le bien-fondé du 20 octobre 2009, § 29).

Depuis le 18 mai 2005, la Cour de cassation reconnaît l'applicabilité directe de l'article 3-1 relatif à l'intérêt supérieur de l'enfant. Les juridictions de l'ordre judiciaire ont d'ailleurs eu l'occasion d'écarter l'application d'une disposition législative en se fondant sur l'intérêt supérieur de l'enfant, telle que la Cour d'appel de Paris, saisie sur un texte législatif qui écartait le bénéfice de prestations familiales pour des enfants entrés illégalement sur le territoire français.

³ Prohibées par les articles 16-7 et 16-9 du code civil.

⁴ Arrêt n° 648 du 4 octobre 2019 (10-19.053) -Cour de cassation - Assemblée plénière.

⁵ Revue critique de droit international privé 2020 p.267, « L'art d'être inconstant - Regards sur les récents développements de la jurisprudence en matière de gestation pour autrui », Sylvain Bollée, Bernard Haftel. Les auteurs vont jusqu'à soutenir qu'« Il faut au contraire considérer que le lien de filiation à l'égard des parents d'intention, créé par l'effet du droit étranger, est désormais purement et simplement reconnu par l'ordre juridique français. »

Le juge d'appel a estimé que cette exclusion portait une atteinte disproportionnée à l'intérêt supérieur de l'enfant et a donc reconnu leur droit à percevoir ces allocations.

Ainsi, l'intérêt de l'enfant constitue une référence normative sur laquelle le juge peut s'appuyer pour fonder son interprétation d'un texte, pour éventuellement en écarter l'application ou bien encore pour interpréter une catégorie juridique.

L'article 3-2 de la CIDE prévoit que : « *Les États parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui, et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées* ».

Détaillant ses recommandations dans les articles suivants, la CIDE précise à l'article 18-1 que : « *Les États parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement. [...] Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant* ».

De même, la CIDE rappelle la place de l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'attribution des prestations familiales en indiquant à l'article 26-1 et 26-2 que : « *Les États parties reconnaissent à tout enfant le droit de bénéficier de la sécurité sociale, [...] Les prestations doivent, lorsqu'il y a lieu, être accordées compte tenu des ressources et de la situation de l'enfant et des personnes responsables de son entretien, ainsi que de toute autre considération applicable à la demande de prestation faite par l'enfant ou en son nom* ».

Enfin dans son article 27, la CIDE prévoit que : « *[...] C'est aux parents ou autres personnes ayant la charge de l'enfant qu'incombe au premier chef la responsabilité d'assurer, dans les limites de leurs possibilités et de leurs moyens financiers, les conditions de vie nécessaires au développement de l'enfant. [...] Les États parties adoptent les mesures appropriées, compte tenu des conditions nationales et dans la mesure de leurs moyens, pour aider les parents et autres personnes ayant la charge de l'enfant à mettre en œuvre ce droit et offrent, en cas de besoin, une assistance matérielle et des programmes d'appui, notamment en ce qui concerne l'alimentation, le vêtement et le logement* ».

C'est dans le droit fil de ces dispositions que s'inscrit la mise en œuvre de la prime à la naissance dans le cadre de la prestation d'accueil du jeune enfant en ce que celle-ci permet aux parents bénéficiaires de disposer d'une aide matérielle destinée à leur permettre de faire face aux dépenses essentielles inhérentes à l'arrivée d'un nourrisson au foyer familial.

Il est donc de l'intérêt supérieur de l'enfant, que les parents qui sollicitent le versement de la prime à la naissance puissent bénéficier de cette prestation quel que soit le mode de parentalité, y compris lorsqu'il n'est pas prévu par les textes.

C. Sur la discrimination à l'égard des parents d'enfants nés de GPA

Il convient également d'examiner la conformité des textes régissant l'octroi de la prime à la naissance aux règles européennes et internes constituant le droit de la non-discrimination.

1/ Sur la conformité des textes régissant la prime à la naissance à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et à 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

Il résulte de l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH) que « *la jouissance des droits et libertés reconnus dans 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* ».

L'article 1er du protocole additionnel prévoit, quant à lui, 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* ».

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

Dès lors, le droit à la prime à la naissance constitue un droit protégé par le droit de propriété garanti par l'article 1^{er} du protocole additionnel.

En vertu de la jurisprudence européenne, 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.

La jurisprudence de la CEDH est par ailleurs venue préciser les contours de ce que constitue, désormais, une discrimination indirecte.

Ainsi, la CEDH considère 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*⁶ ».

En droit de l'Union, 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 précise « *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* ».

La discrimination indirecte a pour particularité de n'être repérable, par nature, que par une analyse *a posteriori* des effets d'une mesure, d'une disposition, d'une pratique, sur les différents groupes. En effet, la mesure, disposition ou pratique étant neutre « en apparence », le motif réel est « voilé ».

En droit interne, 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 dispose en son article 1 que : « *Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement (...) de son sexe, de sa situation de famille, (...) de son état de santé (...) 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* ».

⁶ CEDH, *D.H. et autres c. République tchèque*, 13 novembre 2007, Requête n° 57325/00, § 184 ; CEDH, *Opuz c. Turquie*, 9 juin 2009, Requête n° 33401/02, § 183 ; CEDH, *Zarb Adami c. Malte*, 20 juin 2006, Requête n° 17209/02, § 80.

L'alinéa 2 de ce texte 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* ».

L'article 2, alinéa 3, ajoute que : « *toute discrimination directe ou indirecte fondée sur un motif mentionné à l'article 1er est interdite en matière de protection sociale, de santé, d'avantages sociaux, d'éducation, d'accès aux biens et services ou de fourniture de biens et services. Ce principe ne fait pas obstacle à ce que des différences soient faites selon l'un des motifs mentionnés au premier alinéa du présent 3° lorsqu'elles sont justifiées par un but légitime et que les moyens de parvenir à ce but sont nécessaires et appropriés* ».

A l'instar du droit européen et communautaire, le droit interne considère que la discrimination indirecte se comprend comme la mise en œuvre d'une mesure ou d'une pratique qui ne repose pas de manière directe et manifeste sur un motif discriminatoire interdit, mais dont les effets vont produire un désavantage particulier pour des personnes.

A la lumière de ces principes, il convient d'examiner la législation nationale relative à la prime à la naissance en vérifiant si les conditions d'octroi de cette prestation, pourtant prévue pour l'accueil de tout jeune enfant, sont susceptibles d'exclure un certain nombre de personnes en raison de critères particuliers. En apparence neutres, ces dispositions pourraient, en effet, être discriminatoires si elles causaient un désavantage particulier à un certain groupe de personnes en raison notamment de leur situation de famille, de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur état de santé.

Pour ce faire, il convient au préalable de rappeler les conditions d'octroi de la prime à la naissance dans le cadre de la prestation d'accueil du jeune enfant.

La combinaison des articles L. 531-1 et 2 et L. 533-1 du code de la sécurité sociale posent plusieurs conditions tenant à l'enfant, au bénéficiaire ainsi qu'à ses ressources pour pouvoir percevoir la prime à la naissance.

En effet, l'article L. 531-1 du code de la sécurité sociale dispose qu'« *ouvrent droit à la prestation d'accueil du jeune enfant l'enfant à naître et l'enfant né dont l'âge est inférieur à un âge limite.*

Cette prestation comprend :

1° Une prime à la naissance ou à l'adoption, versée dans les conditions définies à l'article L. 531-2 (...).

La personne ou le ménage qui ne répond pas à la condition de ressources pour percevoir la prime à la naissance ou à l'adoption mentionnée au 1° et l'allocation de base mentionnée au 2° peut toutefois percevoir la prestation et le complément prévus aux 3° et 4°. (...). ».

L'article L. 531-2 pose, quant à lui, une condition de ressources.

Concernant les ressources, l'article R. 532-1 précise que « *Pour l'ouverture du droit à la prime et à l'allocation prévues aux articles L. 531-2 et L. 531-3, la condition de ressources est appréciée pour chaque période de douze mois débutant le 1er janvier, en fonction des revenus de l'année civile de référence tels que définis aux articles R. 532-3 à R. 532-8.*

Toutefois, en cas de modification de la situation de famille en cours de période de paiement, cette condition est appréciée au premier jour du mois civil au cours duquel est intervenue la modification s'il y a diminution du nombre des enfants à charge, au premier jour du mois civil suivant si ce nombre a augmenté ».

Parallèlement, l'article R. 531-1 du même code ajoute que « *Pour l'attribution de la prime à la naissance ou à l'adoption prévue à l'article L. 531-2 et de l'allocation de base mentionnée à l'article L. 531-3, les ressources annuelles du ménage ou de la personne s'apprécient dans les conditions prévues à l'article R. 532-1. [...]*

Pour l'ouverture des droits à la prime à la naissance, la situation de la famille est appréciée le premier jour du mois civil suivant le cinquième mois de la grossesse ou le premier jour du mois civil suivant le cinquième mois prévu de la grossesse dans les situations mentionnées aux 1° et 2° de l'article L. 531-2 ».

L'article L. 533-1 du code de la sécurité sociale subordonne, quant à lui, le versement de la prime à la naissance à la justification de la passation du premier examen prénatal médical obligatoire de la mère prévu en application de l'article L. 2122-1 du code de la santé publique.

L'article D. 532-1 du même code précise à cet égard qu'« *Une déclaration de grossesse doit être adressée par l'allocataire dans les quatorze premières semaines de la grossesse à l'organisme d'assurance maladie ainsi qu'à l'organisme débiteur de prestations familiales de rattachement de l'intéressé.*

La déclaration de grossesse est attestée par le document médical prévu à cet effet constatant la passation du premier examen prénatal, dont le modèle type est fixé par arrêté du ministre chargé de la sécurité sociale. »

En conséquence, il résulte des dispositions du code de la sécurité sociale applicables en la matière que la perception de la prime à la naissance est manifestement liée à la grossesse.

En outre, un lien direct est établi entre la déclaration de grossesse et « l'allocataire », puisqu'il appartient à ce dernier de produire un justificatif du premier examen prénatal médical obligatoire, étape préalable à l'examen de sa situation de famille à l'échéance fixée par les dispositions de l'article R. 531-1.

Il en résulte que le code de la sécurité sociale établit un lien direct entre la situation de famille de l'allocataire, la grossesse et l'examen par la caisse des conditions d'ouverture du droit à cette prime.

Or, dans la mesure où la situation de famille suppose un état de grossesse, cela revient à exclure les personnes qui ne peuvent pas être enceintes, comme c'est le cas pour les personnes ayant eu recours à la GPA.

De telles dispositions – qui conduisent les caisses à procéder au versement de cette prime sans prendre en compte la charge réelle de l'enfant mais uniquement l'état de grossesse – apparaissent contraire aux raisons ayant présidé à la création de cette prestation, laquelle n'a pas d'autre but actuellement que de préparer l'arrivée d'un enfant et d'aider les parents à financer les dépenses liées à la naissance de celui-ci, ainsi que cela est rappelé sur le site internet de la CAF et dans les diverses publications institutionnelles.

Pour rappel, depuis les années 1920, diverses communes octroyaient des primes aux femmes ayant accouché d'un enfant viable⁷. Pour mémoire, c'est le code de la famille institué par un

⁷ La protection sociale sous le régime de Vichy de Philippe-Jean Hesse et Jean-Pierre Le Crom Presses universitaires de Rennes, 2001.

décret-loi du 29 juillet 1939 qui a consacré la prime à la natalité⁸. Ce code de la famille avait dès lors pour but clairement affiché dans l'entre-deux guerres d'encourager les naissances⁹.

L'exigence du certificat de grossesse a été institutionnalisée par ce code. En effet, la prime était payée en deux termes, six mois avant la naissance, six mois après la naissance, en principe à la mère sur présentation du livret de famille qui alors attestait de la date du mariage et de la légitimité de l'enfant, ainsi que sur présentation du certificat de grossesse pour le versement du premier terme de la prime, puis du certificat de vie à six mois pour le deuxième terme. Si la mère était consentante ou empêchée, la somme était versée au mari, ou au tuteur, ou à la personne en charge de l'enfant. Quoi qu'il en soit, cette prime était attribuée dans l'intérêt de l'enfant et pour cela la prime était incessible et insaisissable. Si une famille ne présentait pas les garanties suffisantes d'un emploi de la somme dans l'intérêt de l'enfant, cette dernière était versée à un établissement de bienfaisance ou à une personne qualifiée, le tuteur (tutrice) aux allocations familiales.

Il faut, dès lors, rappeler que le but de ce certificat de grossesse était d'établir une filiation. Les parents devaient établir que l'enfant était français et né sur le sol français. Le législateur ne connaissait pas alors d'autres moyens d'établir cette filiation que par le biais du certificat attestant de la grossesse de la mère dans le cadre du mariage.

Aujourd'hui une telle exigence ne paraît plus justifiée. Si le législateur contemporain poursuit toujours le même but, à savoir fournir une aide matérielle à l'arrivée de l'enfant, néanmoins, l'exigence de ce certificat de grossesse qui perdure depuis des décennies, apparaît contraire à l'objectif poursuivi en ce qu'elle aboutit à la privation de certains parents de l'octroi de cette prime. Dès lors, dans la mesure où la filiation ne s'établit plus uniquement par le biais de la grossesse et dans la droite ligne des arrêts de la cour de cassation de 2019, c'est par le prisme de la filiation établie par les officiers d'état civil, et sans qu'il y ait lieu de la remettre en cause, que cette prime devrait être considérée.

En apparence neutres, les textes relatifs à l'octroi de la prime à la naissance dans le cadre de la prestation d'accueil du jeune enfant apparaissent, dès lors, contraires tant au droit européen qu'au droit interne de la non-discrimination en ce qu'ils sont susceptibles d'écarter de leur champ d'application les personnes ne pouvant développer une grossesse en raison de leur sexe, de leur état de santé ou de leur orientation sexuelle, amenés à se tourner vers un mode d'accès à la parentalité non prévu par les textes, telle la GPA, et aboutissent donc à une situation de famille qui ne correspond pas aux exigences édictées par les dispositions régissant l'octroi de la prime à la naissance.

2/ L'application des textes par la CAF et la CRA génératrice d'une discrimination

En l'espèce, il convient de s'interroger sur les raisons mises en avant par la caisse puis la CRA pour refuser aux époux X-Y l'octroi de la prime à la naissance qu'ils avaient sollicitée et leur conformité aux textes précités relatifs au droit de la non-discrimination.

La CAF a indiqué aux époux X-Y qu'ils ne pouvaient obtenir la prestation sollicitée au motif, d'une part, que la mère porteuse ne pouvait être considérée comme la conjointe de M. X et, d'autre part, qu'elle ne résidait pas en France et ne faisait pas partie de son foyer. Dans le prolongement de cette justification, la CRA a, quant à elle, indiqué que la condition inhérente à la vérification des ressources n'était pas remplie, faute pour les époux de produire un certificat médical de grossesse mentionnant la date présumée du début de celle-ci.

⁸ Décret-loi du 29 juillet 1939 relatif à la famille et à la natalité française.

⁹ Commission des Affaires sociales du Sénat - Rapport n° 73 - Tome II - 1997-1998 - financement sécurité sociale – Famille - partie III. l'avenir : donner un nouveau souffle à la politique familiale.

En outre, dans la réponse apportée par la CAF de W dans son courriel en date du 10 août 2021, consécutif à la demande d'observations sollicitée par les services du Défenseur des droits, l'organisme justifie son refus par l'application de l'instruction technique N° 46 du 07/04/2021 émanant de la Caisse Nationale d'Allocations Familiales (CNAF), qui imposerait de considérer que l'enfant né d'une GPA doit être regardé comme : « *étant recueilli avec une ouverture du droit à compter du mois suivant son arrivée en France* ». Il est à noter de la CAF de W ne fournit pas l'instruction technique en entier mais en cite un extrait.

Outre le fait que cette instruction technique, dont la date est postérieure à la décision CRA de rejet de la demande de prime de naissance des intéressés, nie la filiation établie par les autorités françaises de l'état civil en considérant l'enfant comme « *recueilli* » par le couple ainsi que la portée des arrêts de la Cour de cassation de 2019, cette instruction met encore en avant l'état de grossesse pour justifier le refus de la prime de naissance.

En effet, cette instruction de la CNAF, purement interne au réseau des CAF, poursuit en indiquant que : « *La circonstance que la GPA soit interdite en France n'interfère pas dans la réglementation des prestations familiales sous l'angle desquelles la condition de charge d'enfant est bien remplie.*

Sous réserve que l'ensemble des conditions pour l'enfant soit rempli, la situation de fait prime et l'enfant doit être considéré à charge de l'allocataire.

A ce titre, l'allocataire peut ouvrir droit aux prestations familiales au titre de cet enfant, notamment les droits à l'allocation de base, à la Prepare et au Cmg de la Paje.

Seules deux prestations ne seront pas versées pour l'enfant accueilli dans ces circonstances:
- *la prime à la naissance de la prestation d'accueil du jeune enfant (Paje) car le bénéfice de cette prestation suppose que l'un des membres du couple soit enceinte, condition non remplie par les personnes qui accueillent un enfant issu d'une GPA ;*
- *la prime à l'adoption de la Paje car la situation ne peut être regardée comme une procédure d'adoption au sens de l'article L. 512-4 du code de la sécurité sociale".*

Qu'il s'agisse des justifications de la caisse, de la CRA ou encore de l'instruction technique évoqué émanant de la CNAF, force est de constater que le rejet de l'octroi de la prime à la naissance est en lien avec l'état de grossesse et, particulièrement dans la décision initiale de la caisse et dans la décision CRA, celui de la mère porteuse à laquelle les époux X-Y ont eu recours.

Sous couvert d'une appréciation et d'une application strictes des textes en vigueur au moment des faits, lesquels font effectivement référence à un état de grossesse qui ne pouvait être présenté par les réclamants, la mère porteuse a été, en réalité et par le biais d'une fiction, considérée comme l'allocataire théorique de la prestation dont le bénéfice a été sollicité par les époux X-Y. C'est, en effet, à l'égard de la mère porteuse que la CAF puis la CRA, ont souhaité vérifier que les conditions tenant aux justificatifs médicaux à produire, aux ressources et à la résidence, étaient remplies.

Or cette fiction ne pouvait conduire qu'à écarter la demande, la mère porteuse n'étant pas considérée comme le parent de l'enfant. C'est d'ailleurs le sens de la transcription établie en l'espèce par les services de l'état civil français, de l'acte de naissance de l'enfant délivré par les autorités américaines, qui mentionne seulement les époux X-Y comme étant tous les deux pères du bébé, à l'exclusion de toute mention relative à la mère.

Il en résulte que l'application des dispositions du code de la sécurité sociale à la situation des époux X-Y, a conduit ces derniers à faire l'objet d'une discrimination indirecte fondée sur la situation de famille, le sexe et l'orientation sexuelle.

Au vu de ces éléments, la Défenseure des droits considère que le refus de versement de la prime de naissance à la famille X-Y, porte atteinte à l'intérêt supérieur de leur enfant et constitue une discrimination fondée sur les critères de la situation de famille, du sexe et de l'orientation sexuelle.

Telles sont les observations que la Défenseure des droits entend soumettre à l'appréciation du Tribunal.

Claire HÉDON