

Paris, le 5 septembre 2022

---

## Décision du Défenseur des droits n°2022-166

---

**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 Directive 92/85/CEE du Conseil du 19 octobre 1992 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail ;

Vu le code de la sécurité sociale ;

Vu la circulaire DSS/2A n° 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 ;

Vu la circulaire interministérielle n° DSS/2A/5B/2017/126 du 19 avril 2017 précisant certaines règles applicables aux prestations en espèces servies au titre de la maladie et de la maternité aux personnes exerçant une profession à caractère saisonnier ou discontinu ;

Saisie par Madame X d'une réclamation relative au calcul par la Caisse primaire d'assurance maladie (CPAM) de Y du montant des indemnités journalières qu'elle a perçues à l'occasion de son congé de maternité ;

Décide de présenter les observations suivantes devant le tribunal judiciaire de Z.

Claire HÉDON

---

## **Observations devant le tribunal judiciaire de Z présentées dans le cadre de l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011**

---

Madame X, à l'occasion de la naissance de son enfant survenue le 27 juillet 2020, a été placée en congé maternité du 10 juin au 13 octobre 2020.

En sa qualité de musicienne-concertiste, elle était professionnellement occupée, avant ce congé, à la fois par une activité salariée d'enseignement pour le compte de la mairie de C – professeure non titulaire au conservatoire de musique, 4 heures par semaine, en exécution d'un contrat à durée déterminée - et par une activité d'intermittente du spectacle.

Elle percevait donc un salaire versé par la mairie de C, au titre de son activité d'enseignement, et des salaires variables de divers employeurs, au titre de ses prestations artistiques.

Enfin, les jours non travaillés étaient indemnisés par Pôle Emploi, étant souligné que l'organisme d'assurance chômage retirait deux jours par mois des jours indemnisés, correspondant aux quatre heures hebdomadaires travaillées pour le compte de la mairie de C.

Lors de son congé maternité, la mairie de C a pratiqué un maintien de salaire et a effectué auprès de la CPAM les démarches pour être subrogée dans les droits de Madame X aux indemnités journalières (IJ) maternité.

Dans le cadre de ces démarches, l'employeur a indiqué que l'intéressée était une « salariée standard » - non une salariée exerçant une profession discontinue. C'est, semble-t-il, à partir de cette mention, erronée, que le montant des IJ maternité de la réclamante n'a pas été convenablement calculé.

Madame X a effectué de nombreuses démarches auprès de la CPAM, à la suite desquelles ses droits ont été partiellement régularisés.

Toutefois l'organisme, considérant lui avoir trop-versé au titre des IJ du mois de juin 2020, en raison de l'application d'un taux journalier erroné, a notifié à la réclamante un indu de 530,78 euros par courrier du 21 juillet 2020.

Restant en désaccord sur la manière dont avait été déterminé le « gain journalier de base » servant au calcul de l'IJ, et contestant l'indu, l'intéressée a saisi la commission de recours amiable (ci-après CRA), puis a adressé une réclamation au Défenseur des droits.

Par courrier en date du 22 juillet 2021, les services du Défenseur des droits, estimant que le montant des IJ n'avait pas été déterminé conformément à la réglementation applicable, ont sollicité de la CPAM de Y un réexamen de la situation de Madame X.

En réponse, par courrier du 9 août 2021, la CPAM a indiqué d'une part, que la requête avait été communiquée au service juridique chargé du traitement de la contestation, et d'autre part, qu'à l'issue de cette nouvelle étude, le dossier ferait l'objet d'un passage en CRA dont la décision serait notifiée à l'assurée.

Par courrier du 25 août 2021, la CPAM de Y a notifié à Madame X la décision de rejet de la CRA, en date du 19 août 2021.

L'assurée a contesté cette décision devant le tribunal judiciaire de Z.

Par courrier du 28 juillet 2022, les services du Défenseur des droits ont adressé à la CPAM de Y une note récapitulant les éléments de fait et de droit au regard desquels l'institution pourrait être amenée à considérer qu'il a été porté atteinte aux droits de Madame X.

En réponse, par courrier du 16 août 2022, la CPAM a fait connaître les raisons pour lesquelles elle estimait que la réglementation avait correctement été appliquée pour l'indemnisation du congé maternité de l'intéressée.

Elle a fait valoir, en substance, que les modalités de calcul invoquées par l'assurée cumulaient à tort l'ensemble des rémunérations (salaires et cachets), contenaient des erreurs sur les montants des cachets pris en compte – seule la rémunération servant de base à la cotisation assurance maladie maternité devant l'être - incluait des congés spectacle non pris pendant la période de référence, et procédaient à des déductions de jours d'indemnisation par Pôle emploi non applicables aux salaires mensualisés.

Le tribunal judiciaire de Z examinera cette affaire lors de son audience du 26 septembre prochain.

### **Analyse juridique**

En préalable, il faut rappeler que la directive 92/85/CEE du Conseil du 19 octobre 1992, prévoit 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 (article 11, 2°).

Une « prestation adéquate » semble devoir s'entendre comme un avantage garantissant une absence de préjudice financier à la femme contrainte de cesser son activité professionnelle, en raison d'une maternité.

\*

En l'espèce, pour l'indemnisation du congé maternité litigieux, la CPAM paraît commettre diverses erreurs, à la fois dans le cadre de la détermination des rémunérations à retenir et dans celui des jours à prendre en considération pour obtenir le gain journalier de base servant au calcul de l'IJ.

Il convient de préciser au préalable que le principe du calcul distinct des IJ servies à l'assurée, selon qu'elles sont issues de l'activité d'enseignante ou de celle d'intermittente du spectacle, ne pose pas de problème en lui-même.

Il est de même du montant des IJ liées à l'activité salariée de l'assurée, servies dans le cadre de la subrogation.

Seuls les droits issus de l'activité d'intermittente, font l'objet d'une appréciation divergente

En droit, les règles auxquelles il convient de se référer sont issues du code de la sécurité sociale (CSS). Leur interprétation est mise en œuvre à la lumière de circulaires de la Direction de la sécurité sociale.

L'article L. 331-3 du CSS institue le principe du versement d'une indemnité journalière de repos, pendant un certain délai, à la femme qui doit cesser de travailler en raison d'une maternité.

L'article R. 331-5 du CSS prévoit, quant au calcul de cette indemnité :

« L'indemnité journalière prévue à l'article L. 331-3 est égale au gain journalier de base. Elle est allouée même si l'enfant n'est pas né vivant.

« Pour le calcul de l'indemnité journalière de repos, le gain journalier de base est déterminé selon les règles prévues aux articles R. 323-4 et R. 323-8. Toutefois, pour l'application de ces dispositions, le salaire pris en compte est le salaire servant de base, lors de chaque paie, au calcul de la cotisation due pour les risques maladie, maternité, invalidité et décès dans la limite du plafond mentionné à l'article L. 241-3 en vigueur le dernier jour du mois civil précédant celui de l'interruption de travail. Ce salaire est diminué par application d'un taux forfaitaire représentatif de la part salariale des cotisations et contributions d'origine légale ou conventionnelle rendues obligatoires par la loi ; ce taux forfaitaire est fixé par arrêté du ministre chargé de la sécurité sociale.

« (...) ».

Le taux forfaitaire applicable au salaire brut pris en compte, a été fixé à 21% par arrêté du 28 mars 2013.

L'article R. 323-4 du CSS précise que « Le gain journalier servant de base au calcul de l'indemnité journalière prévue à l'article L. 323-4 est déterminé comme suit :

« (...) »

« 5° 1/365 du montant du salaire ou du gain des douze mois civils antérieurs à la date de l'interruption de travail, lorsque le travail n'est pas continu ou présente un caractère saisonnier.

« (...) ». ».

Il résulte de l'article R. 323-8 du CSS que lorsque l'assurée n'a pu travailler de façon complète pendant toute la période de référence, en raison notamment d'une mise au chômage partiel ou total, il y a lieu de déterminer le salaire ou le gain journalier de base comme si l'assurée avait travaillé intégralement sur l'ensemble de cette période. Il s'agit, à partir du salaire perçu sur la période de référence pour une durée de travail intermittente, de reconstituer fictivement celui qui aurait été perçu, sur la même période, pour une durée de travail continue.

À cet effet, la circulaire DSS/2A n° 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, prévoit qu'il est « nécessaire de demander à l'employeur ou aux employeurs successifs le salaire reconstitué de l'assuré sur la période de référence complète. ».

Cette même circulaire précise toutefois qu'« En cas d'impossibilité pour le ou les employeurs de fournir ce salaire reconstitué, par mesure de commodité, le gain journalier de base peut être obtenu en divisant les salaires de la période de référence par le nombre de jours ouvrables ou non auxquels correspondent les salaires soumis à cotisations ».

Pour les intermittents, la détermination du gain journalier de base s'effectue alors de la façon suivante :

(Salaire brut sur la période de référence de 12 mois – 21 %) / (365 jours – le nombre de jours chômés).

Cette règle a été reprise par la circulaire interministérielle n° DSS/2A/5B/2017/126 du 19 avril 2017 précisant certaines règles applicables aux prestations en espèces servies au titre de la maladie et de la maternité aux personnes exerçant une profession à caractère saisonnier ou discontinu (page 8 « reconstitution du gain journalier de base », point 2 concernant « certaines situations de période de référence incomplète », tel le chômage partiel ou total).

Par ailleurs, il a été considéré par la Direction de la sécurité sociale que les jours de chômage partiel devaient être considérés comme des jours de chômage indemnisés par Pôle emploi pour la détermination du gain journalier de base : « *Pour le calcul des IJ, toutes les périodes d'activité partielle ou de chômage de la période de référence doivent être neutralisés en retirant du diviseur le nombre de jours correspondant, comme précisé également à l'article R. 323-8 du code de la sécurité sociale* » (Cf. réponse de la DSS à la CGT Spectacle et au Collectif Maternités par courriel du 21 mai 2021 : pj).

Il reste, enfin, à préciser, que les indemnités servies aux intermittents par la caisse des congés payés du spectacle, soumises à cotisations, sont prises en compte pour déterminer le salaire brut.

Selon la circulaire, précitée, du 19 avril 2017, « *pour le calcul mais aussi pour l'ouverture du droit aux indemnités journalières, les congés payés par la caisse des congés spectacles doivent être pris en compte au moment où ils sont versés. L'attestation remise par ladite caisse permet à l'intéressé de justifier de ses droits. (...). Les IJ des salariés exerçant une profession discontinue sont dès lors calculées sur la base de l'ensemble des salaires des douze mois civils antérieurs à l'interruption de travail et des congés pris sur cette période.* » (Cf. : circulaire du 19 avril 2017, Partie III - Assiette de calcul de l'indemnité journalière maladie et maternité, Point 1. : Salaire à prendre en compte pour le calcul de l'indemnité journalière maladie et maternité).

En l'espèce, le montant des IJ maternité servies à madame X, au titre de son activité d'intermittente devait donc être calculé sur la base des rémunérations constituées par les cachets perçus et les (indemnités de) congés pris sur la période de référence, soit du mois de juin 2019 au mois de mai 2020.

Les évaluations des rémunérations à prendre en compte, faites respectivement par l'assurée et par la CPAM, divergent sur trois points : l'identification de la rémunération soumise à la cotisation maladie maternité, l'application du plafond de la sécurité sociale, et le nombre de congés spectacle sur la période de référence.

La CPAM soutient que Madame X dans son recours, ne retient pas, comme rémunération à prendre en compte, la base de la cotisation maladie.

Certaines erreurs ont peut-être en effet été commises sur ce point.

Après vérification, l'assurée, en se référant aux montants bruts abattus, c'est-à-dire à la ligne maladie/maternité des bulletins de paie de ses cachets, parvient à un montant global de 1877,35 euros, là où la CPAM a fixé celui de 1855,35 euros.

La différence subsistant entre les deux montants tient à l'application par la CPAM, au cachet versé par l'employeur en février 2020, d'un plafond journalier par référence au plafond mensuel de la sécurité sociale prévu par l'article R 331-5 du code de la sécurité sociale.

Ce plafond mensuel ne doit cependant pas être proratisé, et appliqué à une période de travail journalière. C'est en ce sens qu'a statué le pôle social du tribunal de grande instance de Lille dans un jugement du 22 octobre 2019. Le tribunal a estimé que la pratique d'un plafond journalier mise en œuvre par la CPAM, ne reposait sur aucun texte légal ou réglementaire, ni encore sur la circulaire interministérielle du 19 avril 2017.

C'est donc sans fondement valable que la CPAM a plafonné à 378 euros, le cachet de 400 euros reçu en février 2020 de l'employeur.

Enfin, la caisse paraît exclure à tort du « salaire de référence », certaines indemnités de congé spectacle pourtant versées sur la période de référence.

Sur cette période, Madame X a perçu trois versements de congé spectacle (37,68 euros le 23 octobre 2019, 464,24 euros le 17 avril 2020, et 32 euros le 14 mai 2020), pour un total de 533,92 euros, qu'il convient d'ajouter au montant des cachets pour obtenir le salaire de référence : 1877,35 + 533,92 : 2411,27 euros.

La CPAM exclut le congé d'octobre 2019, au motif qu'il est inclus et pris en compte dans la fiche de paie de l'employeur. Toutefois, la mention du congé spectacle sur les feuilles de paie de cet employeur correspond à la cotisation qu'il verse à la caisse des congés spectacle pour les congés payés de son salarié ; cela ne signifie pas que la salariée a reçu son indemnité de congé dans le cadre de cette paie.

Elle exclut également à tort les deux congés de 2020, au motif que « *l'attestation de paiement délivrée par la caisse des congés spectacle est établie une fois par an pour la période allant du 1<sup>er</sup> avril au 31 mars de l'année suivante (hors période de référence)* ». Cette circonstance est sans incidence sur le droit de l'assurée à la prise en compte dans son salaire de référence, des indemnités de congés spectacle perçues pendant la période de référence, ce dont Madame X justifie avec la production d'attestations de paiement de la caisse des congés spectacle pour chacun des trois congés (attestations en pj).

Ainsi il apparaît que le montant global des « rémunérations » (cachets + congés spectacle) à prendre en compte s'élève à 2.411,27 euros.

\*

Pour déterminer le gain journalier de base (GJB), le montant de ces rémunérations, après application de l'abattement forfaitaire de 21%, doit ensuite être divisé « **par le nombre de jours ouvrables ou non auxquels correspondent les salaires soumis à cotisations** », autrement dit par le nombre de jours travaillés en qualité d'intermittente.

La circulaire du 19 avril 2017 donne l'exemple suivant, pour illustrer le calcul à mettre en œuvre en vue de la reconstitution du gain journalier de base en maladie et maternité, dans l'hypothèse où la période de référence n'est pas entièrement travaillée :

« *Exemple n° 4 : un salarié perçoit un salaire brut mensuel de 2 000 €. Ce salarié est en arrêt maladie à compter du 1er juillet. La période de référence comprend donc les mois d'avril, mai et juin. Si cette période a été entièrement travaillée, le gain journalier s'établit à 65,75 € calculé comme suit :*

- salaire de référence : 6 000 € (2 000 € x 3);
- gain journalier : 65,75 € (6 000 € x 1/91,25).

*Si ce salarié a été en arrêt maladie du 1er au 15 avril, ramenant ainsi le salaire brut du mois considéré de 2 000 € à 1 000 €, le salaire du mois d'avril peut être rétabli conformément aux dispositions de l'article R. 323-8. Dans cette hypothèse, le salaire du mois d'avril sera porté à 2 000 €. Dès lors, le salaire servant de base au calcul de l'indemnité journalière est identique à celui qui aurait été pris en compte si l'assuré avait travaillé pendant toute la période de référence :*

- salaire de référence : 6 000 € (2 000 € x 3);
- gain journalier : 65,75 € (6 000 € x 1/91,25).

L'autre solution possible dans ce cas de figure permet de déterminer le gain journalier de la période de référence comme suit :

- salaire de référence : 5 000 € (1 000 € + 2 000 € + 2 000 €);

– gain journalier : 65,79 € correspondant au salaire de la période de référence (5 000 €) divisé par le nombre de jours ouvrables ayant donné lieu à un salaire soumis à cotisations, soit 76 jours répartis comme suit : 15 jours en avril (du 16 au 30 avril), 31 jours en mai et 30 jours en juin.

Les deux modes de calcul donnent donc lieu à des résultats comparables (0,04 € de différence dans l'exemple ci-dessus développé). ».

En l'espèce, le calcul des IJ, issues de l'activité d'intermittente, aurait dû être déterminé comme suit :

(salaires - abattement de 21%) / (365 jours – jours d'indemnisation pôle emploi et jours de chômage partiel et jours travaillés comme enseignante).

Il faut en effet que figure au diviseur, le nombre de jours travaillés en qualité d'intermittente.

L'attestation de Pôle emploi mentionne 321 jours indemnisés sur la période de référence.

Le bulletin de paie de l'employeur fait état, sur la période du 15 au 25 avril 2020, de 3 cachets annulés et de la mise en chômage partiel de Madame X.

Selon l'équivalence horaire prévue par la circulaire du 19 avril 2017, un cachet équivaut à 16 heures de travail ce qui correspond, selon la CPAM de Y, à deux jours de travail.

Conformément à la position, évoquée plus haut, de la Direction de la sécurité sociale, il convient pour obtenir les « *jours correspondants* » au salaire de référence – constituant le diviseur de la formule de calcul – de neutraliser les jours de chômage partiel intervenus en avril 2020 : 3 cachets de 16 heures, soit 6 jours.

Enfin, les jours travaillés, sur la période de référence, pour le compte de la mairie de C, doivent également être soustraits puisqu'ils ne correspondent pas aux rémunérations (cachets) constituant le salaire de référence.

Le contrat de travail d'enseignante de Madame X stipulant une durée de travail en heures – 4 heures hebdomadaires – non en jours, la CPAM, pour déterminer le nombre de jours travaillés comme enseignante, peut se référer à l'équivalence en jours retenue par Pôle emploi pour déterminer ses droits à l'assurance chômage, soit 2 jours par mois. Il convient donc de décompter, sur la période de référence de 12 mois, les 24 jours dédiés à l'activité d'enseignement.

Le nombre de jours correspondant au salaire de référence de l'activité d'intermittente, devant figurer au diviseur de la formule, s'établit comme donc suit : 365 jours – (321 jours indemnisés par Pôle emploi + 6 jours de chômage partiel + 24 jours dédiés à l'activité d'enseignement) : 14 jours consacrés à l'activité d'intermittente.

Il est utile de préciser, s'agissant de la déduction des jours travaillés comme enseignante, que cette nécessité est née, selon l'assurée, du maintien de salaire qui a été pratiqué par la mairie de C dans le cadre du dispositif de subrogation. Elle indique en effet n'avoir rencontré aucune difficulté sur ce point lors de son premier congé maternité, dans le cadre duquel – alors qu'elle exerçait le même cumul d'activités professionnelles – le mécanisme de subrogation de l'employeur n'avait pas été mis en œuvre.

À cette époque, il n'y avait pas eu de calcul distinct des IJ : celles-ci avaient été calculées en considération d'un gain journalier de base déterminé sur la base du montant de l'ensemble des rémunérations perçues durant la période de référence (salaires d'enseignante + cachet

d'intermittente), divisé par le nombre de jours travaillés comme enseignante et comme intermittente.

Dans le cadre du congé maternité litigieux, la mise en œuvre de la subrogation par la mairie de C, conduit à un calcul distinct des IJ servies à l'assurée, selon qu'elles sont issues de l'activité d'enseignante ou de celle d'intermittente du spectacle.

\*

En considération de ces éléments, il apparaît que le montant de l'IJ d'intermittente à laquelle Madame X pouvait prétendre, devait être déterminé comme suit :

Salaire de référence (2411,27 euros de cachets et indemnités de congé spectacle) après abattement forfaitaire de 21% : 1904,90 euros.

Salaire de référence « abattu » / nombre de jours de travail correspondant à ce salaire :  
1904,90 /14 : 136,06 euros.

Ce montant doit être réduit au plafond de l'indemnité journalière de la sécurité sociale, fixé à 89,03 euros.

Ce plafond concernant les IJ tirées de l'ensemble des activités exercées (enseignement et intermittente), il convient d'en soustraire le montant de l'IJ « d'enseignante » reçue dans le cadre de la subrogation de salaire, soit 12,05 euros.

Ainsi, l'IJ qui aurait dû être versée à Madame X au titre de son activité d'intermittente, s'élève au montant de 76,98 euros (89,03 - 12,05), au lieu de celui de 36,64 euros retenu par la CPAM.

Au regard de ces éléments, la Défenseure des droits considère que cette réduction sensible de l'indemnisation de l'assurée au titre de la cessation son activité d'intermittente du spectacle, affecte son droit au service d'une prestation adéquate pendant le congé maternité, garanti par le droit de l'Union Européenne.

Telles sont les observations que la Défenseure des droits entend soumettre à l'appréciation du tribunal judiciaire de Z.

Claire HÉDON