

Paris, le 9 mars 2023

Décision du Défenseur des droits n°2023-052

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

Vu le code de la sécurité sociale ;

Saisie par Monsieur X d'une réclamation relative au refus de la caisse primaire d'assurance maladie (Cpam) de Y d'indemniser son congé maladie, qu'il estime constitutif d'une atteinte à son droit d'usager du service public de la sécurité sociale ;

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

Le Défenseur des droits a été saisi par Monsieur X, d'une réclamation relative au refus de la caisse primaire d'assurance maladie (Cpam) de Y d'indemniser son congé maladie, au motif qu'il ne remplirait pas les conditions d'ouverture de ce droit.

Présentation des faits et instruction de la réclamation

Monsieur X exerçait une activité de musicien intermittent du spectacle – accordéoniste – lorsque, le 13 janvier 2022, il a été placé en arrêt maladie pour subir une opération de l'épaule interdisant tout exercice de son activité durant plusieurs mois. L'arrêt prescrit couvrait la période du 13 janvier au 11 octobre 2022.

Par courrier du 10 juin 2022, et alors que l'intéressé était en arrêt depuis plusieurs mois, la Cpam l'a informé qu'il n'avait pas droit à l'indemnisation de son congé maladie, car il n'en remplissait pas les conditions d'attribution.

Le 10 juillet 2022, Monsieur X a contesté ce rejet devant la commission de recours amiable de la Cpam de W.

Par décision du 21 octobre 2022, notifiée le 25 octobre, cette commission a maintenu le refus d'indemnisation, aux motifs, d'une part, que l'assuré, sur les différentes périodes de référence susceptibles d'être prises en considération, ne remplissait pas les conditions et, d'autre part, que le maintien de droits institué à l'article L. 311-5 du code de la sécurité sociale en faveur des chômeurs indemnisés, n'était pas applicable aux intermittents du spectacle.

Le 20 décembre 2022, Monsieur X a saisi le tribunal judiciaire de Z – Pôle social - pour contester cette décision, lequel examinera l'affaire lors de son audience du 17 mars 2023.

Il a également saisi, parallèlement, le Défenseur des droits.

Le 23 décembre 2022, avant toute intervention du Défenseur des droits, Monsieur X a constaté, sur son compte AMELI, que l'indemnisation des six premiers mois de son arrêt maladie était reportée selon les modalités suivantes : 14,80 euros d'indemnité journalière (IJ) pendant 178 jours, soit 2 634,40 euros.

Le montant de l'IJ paraissant erroné - Monsieur X estimant avoir droit à une somme de 47,43 euros à ce titre - il en a contesté le montant avec l'appui du collectif MATERMITTENTES, structure aidant les intermittents à accéder à leurs droits sociaux.

Cette contestation a été entendue et, le 29 décembre 2022, le réclamant a été informé que la somme de 8 442,54 euros allait être mise en paiement pour l'indemnisation de son congé maladie, dans la limite toutefois d'une période de six mois.

La procédure contentieuse a été maintenue, l'assuré estimant ne pas avoir bénéficié intégralement de ses droits à l'indemnisation de son arrêt maladie, et souhaitant obtenir réparation du préjudice subi en raison de l'absence de perception de tout revenu de remplacement, pendant plusieurs mois, faute par la caisse de Y de lui avoir versé en temps utile les IJ auxquelles il pouvait prétendre.

Par courrier et courriel du 16 février 2023, les services du Défenseur des droits ont adressé à la Cnam de Y une note récapitulant les éléments de fait et de droit en considération desquels ils pourraient être amenés à considérer que le refus d'indemnisation du congé maladie de Monsieur X, pour la période excédant la durée de six mois, portait atteinte à son droit de bénéficier de l'assurance maladie, et plus généralement à celui de tout citoyen empêché de travailler en raison d'une maladie de bénéficier de moyens convenables d'existence.

La caisse a été informée, dans ce cadre, que la Défenseure des droits pourrait être amenée à formuler des observations devant le tribunal judiciaire saisi du litige.

Constatant que la Cnam de W était seule mise en cause dans le cadre de la procédure judiciaire, « pour le compte de la Cnam de Y », et ne sachant si cette dernière lui avait communiqué la note récapitulative des services du Défenseur des droits, celle-ci a été adressée à son service contentieux par courriel du 2 mars 2023.

Analyse juridique

L'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 garantit à tous la protection de la santé, et institue au profit de toute personne qui en raison de son état physique ou mental, se trouve dans l'incapacité de travailler, le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence.

C'est dans ce cadre que s'inscrit le dispositif de l'assurance maladie, lequel permet à l'assuré empêché de travailler en raison d'un problème de santé, de disposer d'un revenu de substitution par le service d'indemnités journalières (IJ).

Le Conseil constitutionnel a récemment rappelé la force de l'exigence constitutionnelle d'une assurance maladie et de l'indemnisation effective de l'assuré dont l'incapacité médicale de travailler est constatée, pour censurer la disposition de l'article 101 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2023, régissant les conditions dans lesquelles un arrêt de travail prescrit à l'occasion d'une téléconsultation, pouvait donner lieu au versement d'indemnités journalières. Il a en effet déclaré contraires à la Constitution, les dispositions prévoyant que lorsqu'un tel arrêt de travail est prescrit, l'assuré ne bénéficierait pas du versement d'indemnités journalières si son incapacité physique n'a pas été constatée par son médecin traitant, ou un médecin l'ayant déjà reçu en consultation depuis moins d'un an (Décision n° 2022-845 DC du 20 décembre 2022, § 67 à §75).

En vertu du caractère contributif de l'assurance maladie, le service des prestations en espèces est subordonné à des conditions d'ouverture de droit permettant d'en réserver le bénéfice aux assurés ayant apporté un minimum de contribution au régime.

En cas d'arrêt maladie d'une personne intermittente du spectacle, le service d'IJ est subordonné à la réalisation de conditions alternatives prévues par le droit commun - article R. 313-3 du code de la sécurité sociale (CSS)-, par des règles propres aux personnes exerçant une profession discontinue (article R. 313-7 du CSS) ou par des dispositions spécifiques aux intermittents (Circulaire interministérielle no 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*).

Lorsque l'arrêt maladie d'un intermittent se prolonge sur une durée supérieure à six mois, son indemnisation nécessite la réalisation de l'une des conditions suivantes, en plus de la justification d'au moins douze mois d'immatriculation au jour de l'arrêt initial :

- versement au cours des douze mois civils précédant l'arrêt de travail d'un montant de cotisations égal à celles assises sur 2030 fois le SMIC ;

- ou accomplissement d'au moins 600 heures de travail au cours des douze mois civils ou des 365 jours précédant l'arrêt de travail ;
- ou versement de cotisations sur neuf cachets au cours du trimestre civil précédant l'interruption de travail pour maladie ;
- ou enfin versement de cotisations sur trente-six cachets au cours des quatre trimestres civils précédant l'interruption de travail.

Ces conditions ont vocation à s'appliquer dans un contexte au sein duquel le marché du travail ne subit pas de restriction d'accès à l'emploi.

Telle n'a pas été la situation des personnes intermittentes du spectacle, durant la période de crise sanitaire provoquée par l'épidémie de la Covid-19.

La fermeture des lieux de spectacle a eu pour effet de priver ces personnes de tout accès à l'emploi, et par voie de conséquence, de toute possibilité d'effectuer des heures de travail ou d'accomplir des cachets générateurs de cotisations au régime d'assurances sociales.

Lorsque les pouvoirs publics ont ordonné la fermeture des lieux de spectacle, les intermittents ont été mis dans une impossibilité absolue d'exercer leur activité et, par conséquent, de contribuer à l'assurance maladie pour préserver leur droit aux prestations en espèces.

Le rapport existant en temps normal, entre les seuils de cotisations ou de temps de travail exigés pour l'ouverture du droit, et la durée de la période de référence, a ainsi été sensiblement déséquilibré par le contexte professionnel inédit connu par les intermittents du spectacle.

Par suite, l'application à leur égard de ces mêmes conditions, sur une période de référence comportant une période de fermeture des lieux de spectacle, a rendu l'accès aux prestations en espèces bien plus restrictif qu'il ne doit l'être dans l'esprit des textes.

Dans le cas de Monsieur X, la période de référence - sur laquelle s'apprécie les conditions d'ouverture du droit à l'indemnisation de son congé maladie d'une durée supérieure à six mois - se situe durant l'année 2021.

Or, les lieux culturels ont été fermés jusqu'au 19 mai 2021, date à compter de laquelle ils ont rouvert - à l'exception des salles et festivals où le public est debout - avec des contraintes tenant à la fixation d'un couvre-feu à 21 heures puis 23 heures, de jauge d'occupation des salles, et de justification d'un pass sanitaire.

Ces conditions restrictives ont dissuadé certains lieux culturels de rouvrir, ou festivals de se tenir, faute pour les structures ou organisateurs, de disposer des moyens humains ou matériels permettant d'y répondre.

Ce n'est qu'à compter du mois d'août 2021 que les activités culturelles ont pu reprendre de manière quasi-normale, dans un contexte toutefois compliqué en raison « d'embouteillages » dans la programmation des productions eu égard aux annulations intervenues durant un an et demi.

À partir du 8 décembre 2021 toutefois, les activités de danse ont été interdites dans les restaurants et débits de boissons. Cette mesure a eu des répercussions sur l'activité du réclamant, dont les prestations d'accordéoniste interviennent régulièrement au soutien d'activités de danse.

Dans ces conditions, Monsieur X a été mis dans l'impossibilité matérielle d'accomplir un nombre de cachets suffisants pour avoir droit à l'indemnisation de son congé maladie au-delà d'une durée de six mois.

L'impact de la crise sanitaire sur l'activité d'accordéoniste de Monsieur X est au demeurant manifeste, si l'on se réfère à l'évolution de ses salaires bruts annuels, telle que constatée par la commission de recours amiable :

- 2018 : 12.101,11 euros
- 2019 : 14.153,99 euros
- 2020 : 2.417 euros
- 2021 : 4.559,77 euros.

Au regard des restrictions exceptionnelles et impératives apportées pendant la crise sanitaire, à l'activité professionnelle des intermittents du spectacle, la garantie de protection sociale instituée par le Préambule de la Constitution, ainsi que l'esprit et l'équilibre visés par les textes instituant la contribution des actifs au régime d'assurance maladie, paraissent justifier l'adaptation à la situation des intermittents concernés par ces restrictions, des conditions d'accès aux prestations en espèces de l'assurance maladie.

Les pouvoirs publics, conscients de cette situation, ont pris des mesures pour permettre aux intermittents d'accéder aux prestations de l'assurance maladie maternité, bien qu'ils n'en remplissent pas les conditions.

La ministre de la culture, interrogée sur la situation des intermittents par une parlementaire - et plus particulièrement sur celle d'un assuré atteint d'un cancer, privé d'indemnisation après six mois d'arrêt maladie - a fait savoir dans une réponse publiée au *Journal officiel* du 6 décembre 2022 :

« Faute d'activité professionnelle suffisante en 2020 et 2021, certains intermittents du spectacle ont rencontré des difficultés pour atteindre les seuils fixés permettant l'ouverture de droits aux prestations en espèces de l'assurance maladie et maternité. Pour assurer la protection de chacune et chacun pendant la durée de la crise sanitaire, des mesures exceptionnelles ont, dans un premier temps, été mises en œuvre afin que les intermittents du spectacle conservent pendant cette période leurs droits aux indemnités maladie et maternité. Ainsi, comme annoncé par le Premier ministre le 11 mars 2021 et détaillé par les ministères chargés du travail et de la culture, lors du conseil national des professions du spectacle du 11 mai 2021, l'assurance maladie a automatiquement prolongé le maintien de droit en cas de reprise d'activité insuffisante et qui aurait expiré depuis le 1er mars 2020 pour les arrêts délivrés entre le 1^{er} avril 2021 et le 31 août 2021 aux intermittents. Par ailleurs, sur demande de l'assuré et de manière rétroactive pour les arrêts délivrés entre le 1er juin 2020 et le 31 mars 2021, le maintien de droit qui aurait expiré au 1er juin 2020 a été prolongé, uniquement pour la maternité et les arrêts maladie de plus d'un mois. Dans un deuxième temps, et de manière pérenne, le décret n° 2021-1496 du 17 novembre 2021 a allongé la durée de maintien de droits de trois mois à douze mois en cas de reprise d'une activité professionnelle insuffisante pour se créer des droits aux indemnités journalières. Ces dispositions s'appliquent à tous les salariés pour les arrêts délivrés à compter du 19 novembre 2021. Elles visent en particulier ceux qui exercent des activités donnant lieu à la répétition de contrats à durée déterminée, comme les intermittents du spectacle. Ces règles s'appliquent en outre, pour les arrêts de travail de courte durée, comme pour ceux de plus de six mois disposant de conditions d'ouvertures de droits spécifiques (...) ».

Ces mesures ne permettent pas de résoudre la situation d'un assuré, tel que Monsieur X, lorsque l'arrêt maladie a débuté au sortir de la crise sanitaire, dont on peut estimer la durée – en terme de blocage et de perturbation des activités culturelles et de spectacle – à presque deux années.

L'assuré, de fait, a été mis dans l'impossibilité, pendant cette période de deux ans, de pouvoir réunir 36 cachets sur douze mois.

Il apparaît, en revanche, que l'intéressé remplissait les conditions d'indemnisation d'un congé maladie supérieur à six mois, à la date du début de la crise sanitaire (relevé des 46 cachets réalisés par Monsieur X entre les mois de mars 2019 et février 2020, établi par le « Guichet unique du spectacle occasionnel »/GUSO).

Il en résulte, en définitive, que Monsieur X aurait été mieux protégé s'il était resté dans le statut de chômeur indemnisé à partir du mois de mars 2020 et durant toute la crise sanitaire, car il aurait alors pu, en application de l'article L. 311-5 du code de la sécurité sociale, conserver le maintien de droits bénéficiant au chômeur indemnisé par Pôle Emploi.

Dans cette configuration, la reprise d'activité est source de perte de droits sociaux pour la personne bénéficiant du statut de chômeur indemnisé, ce qui apparaît contraire à la volonté du législateur, telle qu'elle a été exprimée dans l'exposé des motifs de la disposition prévoyant la poursuite du maintien de droits pendant 3 mois – aujourd'hui 12 mois – en cas de reprise d'activité par le chômeur (article 34 de la loi n°2005-1579 du 19 décembre 2005, de financement de la sécurité sociale pour 2006) :

« 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. »

Il s'agit donc d'une disposition instituée en faveur des assurés, destinée à assurer une continuité entre les droits tirés du maintien de droits bénéficiant aux chômeurs, issus de l'activité ayant précédé la période de chômage, et ceux en cours d'acquisition grâce à la reprise d'une activité.

C'est dans ce même esprit du texte que la Cour de cassation, dans un arrêt du 9 novembre 2017 (pourvoi n°16-19926, publié au bulletin des arrêts de la Cour de cassation), a énoncé :

« Vu les articles L. 311-5 et R. 311-1 du code de la sécurité sociale ;

« Attendu, selon le premier de ces textes, que 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 ; 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 ;

« Attendu que pour rejeter le recours de Mme Y..., l'arrêt relève qu'elle a bénéficié des dispositions de l'article L. 311-5 à compter du 27 octobre 2007, date à laquelle lui ont été versées des indemnités de chômage ; qu'elle a repris une activité en avril 2008 et, à ce titre, été rémunérée en qualité de pigiste ; que cette activité étant insuffisante pour justifier des conditions d'ouverture du droit à prestations fixées à l'article L. 313-1, elle a continué à bénéficier du maintien de ses droits pendant une période de trois mois soit jusqu'au 30 juin 2008 ; que la date présumée de début de grossesse étant le 3 décembre 2008, Mme Y... ne bénéficiait plus à cette date du maintien de ses droits prévu par ce texte ;

« Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que, tout en conservant le bénéfice de l'allocation de retour à l'emploi, Mme Y... exerçait une activité réduite insuffisante à lui ouvrir les droits aux prestations d'assurance maladie, maternité, invalidité et décès, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; ».

Cette solution jurisprudentielle, dans la droite ligne de la volonté du législateur, signifie qu'un chômeur indemnisé bénéficiaire d'un maintien de ses droits aux prestations en espèces de l'assurance maladie, ne peut en perdre le bénéfice en raison d'une reprise d'activité professionnelle.

C'est, pourtant, ce qui s'est produit dans la situation de Monsieur X, eu égard au contexte très spécifique de la crise sanitaire dont la durée est supérieure à celle, pourtant allongée à douze mois, du « maintien de droits en cas de reprise d'activité insuffisante à recréer des droits » : les quelques reprises d'activité que l'assuré a connues entre mars 2020 et décembre 2021, lui ont fait perdre le droit aux prestations en espèces de l'assurance maladie, qu'il tenait de sa qualité de chômeur indemnisé.

Au regard de ces éléments, la Défenseure des droits, estime qu'en application de la jurisprudence précitée, les reprises ponctuelles d'activité accomplies par Monsieur X entre les mois de mars 2020 et décembre 2021, ne le privent pas du maintien de ses droits dès lors que les revenus tirés de cette activité/les cachets réalisés, ne sont pas suffisants pour lui ouvrir des droits aux prestations d'assurance maladie semblables à ceux qui lui étaient ouverts en mars 2020.

Ainsi, c'est en considération de la situation de Monsieur X au mois de mars 2020, durant lequel ont été prises les premières mesures interdisant ou restreignant l'exercice de son activité professionnelle d'intermittent, que doit être appréciée la réalisation des conditions d'ouverture du droit à l'indemnisation d'un congé maladie d'une durée supérieure à six mois.

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

Claire HÉDON