

Paris, le

Décision du Défenseur des droits n° MLD 2012-97

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

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

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 ;

Saisi par Monsieur J. du refus opposé à sa demande d'indemnisation du congé d'adoption par la Caisse primaire d'assurance maladie ;

Décide, en vue de régler la situation exposée dans la note récapitulative ci-jointe, de formuler les observations suivantes devant la Cour d'appel.

Le Défenseur des droits

Dominique Baudis

Observations devant la Cour d'appel dans le cadre de l'article 33 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011

Par courrier électronique du 5 août 2009, Monsieur J. a saisi la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité d'une réclamation relative à un refus d'indemnisation du congé d'adoption opposé par la caisse primaire d'assurance maladie (CPAM). Il allègue que ce refus est discriminatoire car fondé sur le sexe.

Depuis le 1^{er} mai 2011, conformément à l'article 44 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, « *les procédures ouvertes par [...] la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité [...] se poursuivent devant le Défenseur des droits* ».

M. J. et son épouse ont adopté deux enfants de 4 et 6 ans en Haïti en juillet 2009. Le couple y a séjourné du 25 juin au 2 juillet 2009, avant de rentrer à leur domicile avec les enfants. A cette fin, le réclamant a demandé le bénéfice du congé d'adoption de 10 semaines dès le 18 juin 2009.

Par courrier du 22 juin 2009, la CPAM a refusé l'indemnisation de ce congé, en motivant sa décision ainsi :

« L'indemnisation de repos est accordée à la femme assurée ; un assuré salarié ne peut accéder au congé d'adoption lorsque son épouse est sans droit aux prestations en espèces.

Cet article [L 331-7 du code de la sécurité sociale] vise expressément la mère adoptive comme bénéficiaire du congé d'adoption, le père ne pouvant l'être que si cette dernière renonce à son droit à indemnisation, ou en cas de partage du congé entre les deux conjoints assurés sociaux ouvrant droit aux prestations en espèces.

L'épouse sans profession ne peut renoncer à un droit à indemnisation qu'elle n'a pas.

Vous avez déclaré que votre épouse ne travaillait plus depuis 2007. De ce fait, elle ne peut pas prétendre à une indemnisation du congé d'adoption.

Au vu des informations que vous nous avez communiquées, je vous informe que vous ne pouvez pas bénéficier de ce congé. ».

Le réclamant a contesté ce refus devant la commission de recours amiable qui a pris une décision de rejet le 28 août 2009. Il a saisi le tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS).

Par délibération n°2010-276 du 29 novembre 2010, le Collège de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité a décidé de présenter des observations dans le cadre de ce litige. Il a considéré que la décision de refus du congé d'adoption opposé à M. J. est fondé sur une disposition discriminatoire, tant au regard du droit communautaire que du droit européen, en ce qu'elle réserve par principe l'indemnisation du congé à la mère, qui peut s'en dessaisir au profit du père lorsqu'il travaille également.

Il convient de signaler que par sa délibération n°2010-277 du 29 novembre 2010, la haute autorité a également recommandé aux ministres compétents d'engager une réflexion visant à la mise en conformité de la disposition litigieuse au droit européen et communautaire.

Faisant suite à cette délibération, par courrier en date du 31 mars 2011, le Directeur de la sécurité sociale indique partager totalement ce constat, puisque « *cette législation génère une rupture d'égalité entre les pères, selon que leur conjointe relève ou non d'un régime servant ou non des indemnités journalières et permettant ou non le renoncement ou le partage des indemnités pour adoption* ».

Suivant la recommandation formulée par le collège de la haute autorité, l'article 106 du projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2011 prévoyait de rétablir l'égalité entre pères et mères. Néanmoins, par décision du 16 décembre 2010, le conseil constitutionnel a censuré cette disposition, estimant qu'elle ne faisait qu'aménager le partage du congé d'adoption entre la mère et le père et qu'elle n'avait donc pas d'effet ou un effet trop indirect sur les dépenses de sécurité sociale. Par conséquent, cet article ne trouvait pas sa place dans une loi de financement de la sécurité sociale.

Les services de la direction de la sécurité sociale s'attachent donc à rechercher un vecteur législatif permettant de reprendre les modifications envisagées par l'article 106 précité.

Par décision en date du 27 septembre 2011, le TASS a estimé qu' « *ainsi que cela résulte de l'avis rendu par la HALDE, ce refus de la Caisse Primaire d'Assurance Maladie de l'Aube de prendre en*

charge les indemnités de Monsieur J., viole le principe communautaire d'égalité de traitement dans les régimes professionnels de sécurité sociale tel que prévu par la Directive¹ ci-dessus visée ».

Condamnée à verser à M. J. les indemnités afférentes à son congé d'adoption, la CPAM de l'Aube a interjeté appel de cette décision devant la Cour d'appel de Reims.

Discussion

L'article L 1225-37 du code du travail ouvre le congé d'adoption à chaque parent, sans distinction de sexe, dans les termes suivants : « *Le salarié à qui l'autorité administrative ou tout organisme désigné par voie réglementaire confie un enfant en vue de son adoption a le droit de bénéficier d'un congé d'adoption d'une durée de dix semaines au plus à dater de l'arrivée de l'enfant au foyer. Ce congé peut précéder de sept jours consécutifs, au plus, l'arrivée de l'enfant au foyer.*

Le congé d'adoption est porté à :

1° Dix-huit semaines lorsque l'adoption porte à trois ou plus le nombre d'enfants dont le salarié ou le foyer assume la charge ;

2° Vingt-deux semaines en cas d'adoptions multiples . »

L'article L 331-7 du code de la sécurité sociale réserve, quant à lui, par principe l'indemnisation de ce congé à la mère, en disposant que « *l'indemnité journalière de repos est accordée à la femme assurée à qui un service départemental d'aide sociale à l'enfance, un organisme français autorisé pour l'adoption ou l'Agence française de l'adoption confie un enfant en vue de son adoption. Cette indemnité est également accordée à la personne assurée titulaire de l'agrément mentionné aux articles L. 225-2 à L. 225-7 et L. 225-18 ou L. 225-15 du code de l'action sociale et des familles lorsqu'elle adopte ou accueille un enfant en vue de son adoption par décision de l'autorité étrangère compétente, à condition que l'enfant ait été autorisé, à ce titre, à entrer sur le territoire français.*

L'indemnité journalière de repos est due, pendant dix semaines au plus ou vingt-deux semaines au plus en cas d'adoptions multiples, à la condition que l'intéressée cesse tout travail salarié durant la période d'indemnisation. Celle-ci débute à compter de l'arrivée de l'enfant au foyer ou dans les sept jours qui précèdent la date prévue de cette arrivée.

La période d'indemnisation est portée à dix-huit semaines lorsque, du fait de l'adoption, l'assurée ou le ménage assume la charge de trois enfants au moins dans les conditions prévues aux premier et quatrième alinéas de l'article L. 521-2.

Toutefois, lorsque les deux conjoints assurés sociaux travaillent, l'indemnité journalière de repos est accordée, dans les conditions prévues aux alinéas précédents, à la mère ou au père adoptif ; l'un des conjoints doit alors avoir renoncé à son droit.

La période d'indemnisation prévue au présent article peut faire l'objet d'une répartition entre la mère et le père adoptifs lorsque l'un et l'autre ont vocation à bénéficier de l'indemnité journalière de repos. Dans ce cas, la période d'indemnisation est augmentée de onze jours ou de dix-huit jours en cas d'adoptions multiples et ne peut être fractionnée en plus de deux parties, dont la plus courte est au moins égale à onze jours. »

La CPAM justifie l'exclusion des pères en s'appuyant sur des instructions du 4 février 2008 émanant de la caisse Nationale d'Assurance Maladie des Travailleurs Salariés : « *un assuré salarié ne peut accéder au congé d'adoption lorsque son épouse est sans droit aux prestations en espèces. L'article L 331-7 du code de la Sécurité Sociale vise expressément la mère adoptive comme bénéficiaire du congé d'adoption. Le père ne pouvant l'être que si cette dernière renonce à son droit à indemnisation ou en cas de partage du congé entre les deux conjoints assurés sociaux ouvrant droit aux prestations en espèces. Or, dans ce cas précis, l'épouse sans profession ne peut renoncer à un droit à indemnisation qu'elle n'a pas. ».*

Il n'en demeure pas moins qu'à situation comparable les hommes mariés subissent une différence de traitement par rapport aux femmes mariées.

Ainsi, le droit au congé d'adoption est ouvert indistinctement au père ou à la mère, mais le droit à indemnisation est réservé à la mère, qui peut s'en dessaisir au profit du père. Cette réserve constitue un frein indéniable à l'exercice du droit au congé d'adoption par les pères et constitue une différence de traitement à raison du sexe. En effet, le conjoint d'une femme sans emploi peut bénéficier d'un congé d'adoption mais à ses frais sans indemnisation alors même qu'il est assuré social, alors que la femme salariée dont le conjoint est sans emploi bénéficie en toute hypothèse de l'indemnisation du congé.

C'est ainsi que M. J., qui souhaitait prendre un congé de dix semaines pour l'accueil de ses enfants, ne s'est arrêté que onze jours au titre de ses congés payés, suite au refus de la CPAM d'indemniser le congé d'adoption.

¹ Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail

L'article 9 e) de la directive 2006/54/CE du parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail énonce que « *sont à classer au nombre des dispositions contraires au principe de l'égalité de traitement celles qui se fondent sur le sexe, soit directement, soit indirectement pour (...) fixer des conditions différentes d'octroi des prestations ou réserver celles-ci aux travailleurs de l'un des deux sexes.* »².

La Cour d'appel de Rennes, sous l'empire de l'ancien texte communautaire³, a jugé le 9 décembre 2009 que: « *Refuser le bénéfice du congé d'adoption au père adoptif, seul assuré au régime général, au motif qu'il ne saurait y prétendre au motif que sa conjointe ne pourrait renoncer au même droit faute d'être assurée du régime général ou d'un régime attaché aurait pour effet de priver le père salarié, assuré au régime général, du droit effectif de pouvoir bénéficier du congé prévu par l'article L 122-6 susvisé du code du travail puisque ce congé, indépendant de la qualité de père ou de mère et que ne pourrait refuser son employeur, ne serait indemnisé.*

En outre ce refus violerait le principe communautaire d'égalité de traitement dans les régimes professionnels de sécurité sociale tel que prévu par la directive CE 96/97 du 20 décembre 1996 modifiant la directive 86/378/CEE dont l'article 6-e considère comme contraire à ce principe une condition d'octroi de prestation réservée à un travailleur de l'un des deux sexes puisque la mère assurée au régime général pourrait en tout état de cause bénéficier du congé d'adoption quelque soit le régime d'assurance de son conjoint alors que dans la situation symétrique le père ne pourrait y prétendre, étant observé que cette discrimination, à la différence du congé maternité, ne peut être justifiée par la nécessité de protéger la femme en raison de sa condition biologique du fait de la grossesse et de la maternité. ».

Par conséquent, l'exclusion des pères dont l'épouse n'exerce pas d'activité salariée du bénéfice de l'indemnisation du congé d'adoption résultant de l'article L 331-7 du code de la sécurité sociale constitue une discrimination à raison du sexe au sens de l'article 9 e) de la directive 2006/54/CE.

Une telle différence de traitement à raison du sexe dans l'exercice des droits liés à la parentalité a nécessairement des conséquences négatives sur le partage de l'éducation des enfants au sein du couple et sur l'accès des femmes au marché du travail. En effet, dès lors que ce congé est détaché de la nécessité de protéger la femme en raison de sa condition biologique du fait de la grossesse et de l'accouchement, mais a pour objet l'attention et les soins portés à l'enfant, une telle différence de traitement à raison du sexe ne saurait être justifiée. Dans leur jurisprudence récente, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne ont toutes deux rejeté la conception traditionnelle des rôles parentaux.

La Cour de justice de l'Union européenne⁴ considère ainsi, concernant l'exercice de droits parentaux qu'une différence de traitement au profit des femmes ne peut être justifiée qu'au regard de la protection de leur condition biologique ou si elle constitue une action positive en faveur de l'emploi des femmes.

La Cour européenne des droits de l'homme a également réfuté⁵ l'argument tiré du schéma traditionnel de répartition des rôles entre hommes et femmes au sein d'une famille, en particulier pour l'éducation des enfants, concernant l'exclusion des pères militaires du bénéfice d'un congé parental de trois ans pouvant être cependant accordé aux femmes militaires. La Cour a considéré que cette différence de traitement constitue une discrimination à raison du sexe contraire à la combinaison des articles 8 et 14 de la Convention.

Concernant la situation de Monsieur J., la caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs maladie reconnaît, dans son courrier du 18 octobre 2010, que le congé d'adoption a été conçu sur le modèle du congé maternité, qu'une souplesse au profit du père adoptif a été introduite, « *la mère adoptive n'ayant pas besoin du même repos physique nécessité après un accouchement* ». Elle ajoute, « *nos services sont, cependant, conscients que le père adoptif dont le conjoint est femme au foyer, ne peut bénéficier de l'indemnisation d'aucun congé de la part de la sécurité sociale ni même d'un congé équivalent au congé de paternité, au titre de l'adoption de son enfant.* ». Cependant, elle ne reconnaît pas explicitement le caractère discriminatoire de l'article L 331-7 précité.

² Cette interdiction était précédemment posée par l'article e) de la directive 86/378/CEE du Conseil du 24 juillet 1986 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale. Cette directive a été abrogée à compter du 15 août 2009 par l'article 34 de la directive de refonte n° 2006/54/CE. La décision de rejet opposée par la commission des recours amiables étant postérieure au 15 août 2009, c'est donc la directive 2006/54/CE qui est applicable à l'espèce.

³ CA Rennes, 9 décembre 2009, n° 08/06822.

⁴ CJUE, 30 septembre 2010, C-104/09, Pedro Manuel Roca Alvarez c. Sesa Strat Espana ETT SA.

⁵ CEDH, 7 octobre 2010, Konstantin Markin c. Russie, 30078/06, (uniquement en anglais).

En outre, le refus opposé à M. J. de l'indemniser du congé d'adoption au motif que son épouse n'y a pas droit met en échec l'exercice de ce congé. Comme pour le congé parental, ce droit à congé entre dans le champ du droit au respect de la vie privée et familiale, garanti par l'article 8 de la Convention. Dès lors, une attribution différenciée de ce droit à raison du sexe peut également constituer une discrimination au sens l'article 14 de la Convention.

Par conséquent, la décision de la CPAM est fondée sur une disposition discriminatoire, tant au regard du droit communautaire, que du droit européen.