

L'intervention du Défenseur des droits en matière de protection sociale des femmes

Par Vanessa LECONTE,

Cheffe du pôle Protection sociale et solidarité du Défenseur des droits

Titulaire d'un troisième cycle juridique, Vanessa LECONTE a été nommée responsable du département réglementation nationale de la Caisse Nationale d'Assurance Vieillesse (CNAV) en 2001. Elle est détachée depuis 2014 au sein du Défenseur des droits en charge du pôle Protection sociale et solidarité.

Le Défenseur des droits est une autorité indépendante de rang constitutionnel, consacrée par la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011. Il est chargé de veiller au respect des droits et libertés dans les relations avec les autorités et services de l'État, de l'intérêt supérieur des droits de l'enfant et de veiller au respect de la déontologie par les personnes exerçant des activités de sécurité sur le territoire de la République. Il est enfin chargé de lutter contre les discriminations prohibées par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France.

L'institution compte 230 agents et 450 délégués bénévoles répartis sur l'ensemble du territoire. Sa saisine est gratuite.

Les compétences du Défenseur des droits se déclinent autour de deux missions, la protection des droits par le traitement des réclamations individuelles, et la promotion de l'égalité et de l'accès aux droits. À ce titre, l'institution concourt notamment à l'évolution du droit en formulant des avis sur les projets et propositions de loi qui relèvent de sa compétence, des propositions de réformes et en rédigeant des rapports thématiques.

La question de la non-discrimination à l'égard des femmes est au cœur de l'activité du Défenseur des droits. Il est en effet pour la France l'organisme chargé de promouvoir l'égalité de traitement prévu par les directives européennes en matière de lutte contre les discriminations, en particulier liées au sexe.

Les critères de discrimination interdits par la loi, que sont notamment la grossesse, le sexe et la situation de famille, constituent le troisième motif de saisine du Défenseur des droits en matière de discriminations, soit 13,6 % sur un total de 4 846 saisines en 2015. Les décisions de l'institution sur le sujet sont régulièrement portées à l'examen du Collège consacré à la lutte contre les discriminations, et font l'objet d'échanges avec les membres de la société civile, notamment, dans le cadre d'un comité d'entente « Égalité femmes-hommes ».



Malgré le renforcement récent des politiques publiques et la multiplication des actions menées, les inégalités et les discriminations qui touchent les femmes demeurent importantes. La mobilisation pour défendre les droits des femmes reste donc d'actualité.

Dans le champ de la protection sociale (qui constitue 40 % des motifs de réclamations reçues pas l'Institution), le Défenseur des droits agit pour rétablir les droits des femmes quand ceux-ci sont méconnus (I). Il apporte également son expertise en vue de promouvoir l'égalité femmes/hommes (II).

I- Agir pour rétablir les droits des femmes en matière de protection sociale

I-1/ Des interventions décisives dans le cadre de réclamations individuelles

Dans le cadre des réclamations dont il est saisi, le Défenseur des droits peut procéder à une médiation, une recommandation individuelle ou générale, une proposition de réforme ou des observations devant les tribunaux. Ses observations sont suivies à plus de 60 %. Lorsque le Défenseur des droits estime que la réclamation qui lui est soumise est susceptible de révéler une atteinte à un droit, ses médiations sont réussies à plus de 80 %.

En application de l'article 4 de la loi organique précitée, le Défenseur des droits est chargé de défendre les droits et libertés des usagers [...] des établissements publics et des organismes investis d'une mission de service public (tels les organismes de protection sociale).

C'est dans ce contexte que le Défenseur des droits a notamment eu à connaître des difficultés de femmes à bénéficier de leur droit à indemnités journalières (IJ) dans le cadre de leur congé de maternité.

a- Séjour à l'étranger et indemnités journalières maternité

Le Défenseur des droits a ainsi été saisi de plusieurs réclamations de femmes se voyant notifier des indus d'IJ maternité au motif que ces dernières ont séjourné à l'étranger auprès de leur famille pendant une partie de leur congé maternité postnatal.

Considérant que les caisses primaires d'assurance maladie (CPAM) concernées opéraient une lecture erronée de la législation applicable, le Défenseur des droits a décidé d'intervenir dans les réclamations qui lui ont été transmises.

Illustration (dossier n°12-008885)

Madame X, de nationalité française, a accouché de son troisième enfant le 1^{er} avril 2010.

Du 29 janvier au 17 août 2010, elle a bénéficié du congé de maternité de 26 semaines, accordé aux mères de trois enfants. Lors de la période de repos postnatal, en juillet et août 2010, l'intéressée a séjourné en Tunisie afin de présenter l'enfant à sa belle-famille.

En septembre 2011, la CPAM lui a demandé de rembourser la somme de 2 001,46 € au titre des indemnités journalières de maternité servies du 3 juillet au 17 août 2010, en se prévalant de l'article L. 332-3 du code de la sécurité sociale (CSS).

L'examen de ce litige a révélé une difficulté sérieuse, tant dans l'application qui est faite du principe de territorialité qu'au regard du droit de la discrimination.

En premier lieu, l'interprétation faite par l'organisme de l'article L. 332-3 CSS, apparaissait inappropriée au cas d'espèce. En effet, il ressort du texte précité que : « sous réserve des conventions et des règlements internationaux et de l'article L. 766-1, lorsque les soins sont dispensés hors de France aux assurés et à leurs ayants droit, les prestations correspondantes des assurances maladie et maternité ne sont pas servies ».

Si le versement, voire le maintien d'indemnités journalières de maladie, peut être remis en cause lors d'un contrôle du médecin conseil, le service des prestations en espèces de maternité est, lui, déterminé, de façon préétablie et résulte exclusivement des articles L. 331-3 et L. 331-4 du CSS.

Ainsi, lors de son congé, la mère bénéficie, pour une période prédéfinie, d'un revenu de substitution, dont le droit lui est ouvert notamment en considération d'une durée minimale d'immatriculation et d'activité antérieure. L'assurée n'est, en revanche, soumise à aucun contrôle particulier. En effet, hormis les visites prénatales et celle de suivi postnatal, les affiliées ne sont pas soumises à une quelconque obligation de soins et disposent, comme elles l'entendent, de la période de repos mise à leur disposition.

En effet, au-delà de la période de récupération physiologique, le congé de maternité est destiné à permettre l'établissement du lien mère-enfant et, plus largement, à favoriser l'accueil du nouveau-né dans sa famille. En l'espèce, Madame X a donc pu légitimement envisager de présenter son fils à ses beaux-parents en Tunisie. Au demeurant, il apparaît que l'application stricte du principe de territorialité est sujette à caution, dès lors qu'aucun soin n'était plus prodigué à Madame X.

Par ailleurs, une telle application, indifférenciée, de l'article L. 332-3 CSS tant aux assurés se trouvant en congés de maladie qu'aux femmes lors de la période de maternité, pourrait être considérée comme ayant un caractère discriminatoire, de nature à léser certaines assurées, selon leurs origines et situations personnelles.

En effet, l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) prohibe toute discrimination dans le cadre des droits reconnus par la Convention.

L'article 1^{er} du Protocole n° 1 de la CEDH dispose 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 [...] ».

Le principe de non-discrimination concernant le bénéfice des prestations sociales a été dégagé par la jurisprudence de la Cour en combinant les deux dispositions précitées. Ainsi, les prestations sociales, notamment celles de nature contributive, constituent des droits patrimoniaux au sens de l'article 1^{er} du protocole n° 1.

Selon une jurisprudence constante de la CEDH, la discrimination consiste à traiter de manière différente des personnes placées dans des situations comparables. Or, il est manifeste qu'une affiliée du régime général des salariés, résidant et travaillant en France se trouve dans une situation comparable aux autres assurées, et que le revenu de substitution servi lui est manifestement nécessaire pour subvenir aux besoins de sa famille. En conséquence, seules des considérations impérieuses pourraient justifier une inégalité de traitement et son exclusion du bénéfice des indemnités journalières.

Or, il apparaît que le refus opposé au seul motif que l'intéressée a temporairement quitté le territoire national, de surcroît pour visiter ses beaux-parents d'origine étrangère, excède les limitations, raisonnables et objectives, nécessaires au contrôle du versement desdites prestations.

Par ailleurs, la Cour européenne a estimé qu'à défaut de reposer sur une « justification objective et raisonnable », pouvait être considérée comme discriminatoire « une politique ou une mesure générale qui avait des effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe de personnes, mêmes si elle ne visait pas spécifiquement ce groupe »¹.

En l'espèce, l'application du principe de territorialité, tel qu'énoncé à l'article L. 332-3 CSS, constitue une mesure apparemment neutre, qui porte préjudice, pourtant, en grande majorité, aux femmes dont l'origine, voire la situation de famille, manifeste un lien particulier avec un pays tiers. Son application peut, de surcroît et en l'espèce, caractériser une atteinte à la vie privée et familiale des assurées, dont le droit est également garanti par la CEDH.

En considération de l'ensemble de ces éléments, il apparaissait que le refus opposé au seul motif que l'intéressée avait temporairement quitté le territoire national excédait les limitations, raisonnables et objectives, nécessaires au contrôle du versement desdites prestations.

Le Défenseur des droits a dès lors demandé à l'organisme de reconsidérer favorablement la situation de Madame X et de lui accorder une remise totale de l'indu notifié.

1 Notamment GC ORSUS et autres contre Croatie, 16 mars 2010.

En parallèle de cette intervention, le Défenseur des droits a également fait part de sa position à la Direction de la sécurité sociale qui, dans un courrier en date du 10 février 2016, a partagé son analyse en précisant que « *les obligations de contrôles relatives aux indemnités journalières maladie (...) n'ont pas vocation à s'appliquer s'agissant d'un congé maternité* ».

En conséquence, elle a estimé que le principe de territorialité de l'assurance maladie n'avait pas vocation à s'appliquer à un congé maternité et que l'assurée devait conserver le bénéfice de ses indemnités journalières maternité pour la période concernée par son séjour à l'étranger.

Suite à l'intervention du Défenseur des droits, Madame X a obtenu le rétablissement de ses droits à IJ maternité.

Pour autant, il est important de noter que la situation n'est pas réglée, certaines CPAM maintenant leur position de refus de paiement des IJ maternité dans de telles hypothèses. Le Défenseur des droits, dans ce contexte, continue d'intervenir dans les litiges individuels qui lui sont soumis et devrait prochainement prendre une décision afin que ces difficultés prennent fin.

b - Congé parental d'éducation et indemnités journalières maternité

Les réclamations reçues par le Défenseur des droits lui ont également permis d'identifier que les situations d'articulation entre IJ maternité et congé parental d'éducation étaient mal appréhendées par les organismes de sécurité sociale.

Le Défenseur des droits a ainsi été saisi suite à des refus de versement d'IJ au titre de la maternité faisant suite à un congé parental d'éducation (dossiers n°14-008903 et 14-004373).

En effet, alors que les assurées concernées bénéficiaient de ce congé à la suite d'une première naissance, ces dernières ont été de nouveau enceintes.

Elles ont aussitôt informé leurs employeurs qu'elles mettaient fin au congé parental d'éducation en vue de bénéficier des dispositions relatives au congé maternité, ce dernier étant censé débiter dès six semaines avant la date présumée de l'accouchement. Leurs employeurs respectifs ont accepté cette modification du terme du congé parental.

Dans le même temps, les assurées ont déclaré leur grossesse à la CPAM afin de percevoir les prestations en espèces liées à la maternité. Toutefois, les assurées se sont heurtées à un refus de versement d'IJ pour les motifs suivants :

- ▼ certaines CPAM rejetaient la demande d'indemnités journalières considérant que l'assurée aurait dû reprendre son activité, au moins un jour, à l'issue de son congé parental d'éducation avant de basculer en congé maternité ;
- ▼ certaines CPAM rejetaient quant à elles la demande d'indemnités journalières considérant que l'assurée ne pouvait mettre fin à son congé parental en dehors des cas limitativement prévus à l'article L. 1225-52 du code du travail (CT).



Il est apparu au Défenseur des droits que les caisses s'étaient appuyées sur une instruction diffusée par la caisse nationale d'assurance maladie (CNAMTS - Le Didacticiel - Infos CPE du 6 mai 2013).

Or, celle-ci semblait reposer sur une lecture erronée des textes, et avait pour conséquence, de nier le droit supérieur de toute femme à bénéficier de ses droits à congé maternité.

En effet, en premier lieu, l'argument selon lequel la salariée ne peut pas écarter son congé parental d'éducation contrevient aux dispositions du code du travail relatives au dit dispositif et prévues aux articles L. 1225-47 et suivants, et en particulier, à l'article L. 1225-52.

Ce dernier prévoit limitativement les situations dans lesquelles la salariée peut reprendre son activité initiale avant le terme du congé parental d'éducation, sans que son employeur puisse lui opposer un refus : « *En cas de décès de l'enfant ou de diminution importante des ressources du foyer* ». L'employeur qui refuserait le retour de la salariée, dans ces deux situations, engagerait sa responsabilité. Il convient d'insister sur le fait que cet article ne vise que les cas de reprise anticipée du travail par la salariée que l'employeur ne peut refuser.

Cet article ne prévoit nullement que la fin du congé parental d'éducation ne puisse être modifiée que dans deux hypothèses, contrairement à ce qui était indiqué dans l'instruction de la CNAMTS.

De cette analyse, il apparaît que le terme du congé parental d'éducation peut être modifié et anticipé sur la base d'éléments légitimes, dès lors que la salariée a obtenu l'accord de son employeur.

En second lieu, les organismes d'assurance maladie sont tenus de tirer les conséquences de la modification des dates du congé parental et de fixer, en conséquence, le début du congé de maternité six semaines avant la date prévue pour l'accouchement, tel que prévu à l'article L. 1225-17 CT, et ce, sans que de nouvelles exigences soient posées.

Le Défenseur des droits a rappelé en effet que le dispositif du congé parental d'éducation était un dispositif contractuel. À l'occasion de la naissance d'un enfant, les salariées ont la possibilité de solliciter l'octroi d'un congé parental d'éducation, conformément à l'article L. 1225-47 CT. Les modalités de ce congé sont fixées, d'un commun accord, entre l'employeur et la salariée. Cela concerne ainsi la détermination des dates de début et de fin de celui-ci.

Eu égard au caractère impératif des dispositions de l'article L. 1225-17 CT liées au droit au congé maternité, l'employeur ne peut s'opposer à la demande d'une

salariée qui sollicite la fin de son congé parental d'éducation en vue de bénéficier de son congé maternité.

Il est à noter que cette supériorité du congé maternité est reconnue par le droit communautaire.

Elle s'illustre notamment, à travers l'article 33 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la Directive n° 92/85 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.

Ce principe trouve aussi écho dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'union européenne (CJUE).

En effet, la CJUE a consacré le droit de toute salariée se trouvant enceinte en cours de son congé parental d'éducation à obtenir l'interruption de ce dernier pour pouvoir bénéficier d'un congé maternité et des prestations sociales qui s'y attachent². Plus récemment, la CJUE a rappelé que les employeurs ne pouvaient pas davantage refuser à une salariée enceinte le droit d'interrompre son congé parental d'éducation pour bénéficier d'un congé maternité³.

En considération de ces éléments, rien ne s'opposait donc à ce qu'une salariée sollicite une modification du terme de son congé parental d'éducation en vue de bénéficier des dispositions spécifiques liées à sa nouvelle grossesse.

Concernant le droit à des indemnités de maternité, l'article L. 1225-17 CT reconnaît le droit à toute salariée de bénéficier d'un congé maternité, qui commence six semaines avant la date présumée de l'accouchement.

L'articulation des dispositifs du congé parental d'éducation et du congé maternité est prévue à l'article L. 161-9 alinéa 2 CSS qui précise qu'« *en cas de non-reprise du travail à l'issue du congé parental d'éducation, en raison [...] d'une nouvelle maternité, les personnes retrouvent leurs droits aux prestations en nature et en espèces du régime antérieur au congé parental d'éducation dont elles relevaient* ».

Par conséquent, si une assurée ne reprend pas son travail à l'issue du congé parental en raison d'une nouvelle grossesse, les droits à prestations en espèces sont ouverts sur la base des droits antérieurs au congé parental. Ainsi l'assurée peut basculer dans le dispositif de l'indemnisation de la maternité aussitôt son congé parental d'éducation terminé.

Une position contraire contreviendrait aux dispositions déjà évoquées relatives au caractère impératif du congé maternité et priverait les assurées de l'accès à ce droit inhérent à leur état. Or, dans les espèces ici étudiées, il ressort que l'argumentaire juridique tel qu'issu des instructions nationales, et relayé par les CPAM, n'était pas conforme à l'esprit des textes régissant le congé parental et le congé maternité.

2 CJUE arrêt du 20 septembre 2007 affaire C-116-06.

3 CJUE arrêt du 13 février 2014 affaires C-512-11 et C-513-11.



En réponse à l'argumentaire développé par le Défenseur des droits, les organismes ont réexaminé leur position et ouvert droit aux indemnités journalières aux assurées dès la date de fin de leur congé parental. L'instruction de la CNAMTS a par ailleurs été modifiée en réglant les situations pour l'avenir (Instruction du 20 mars 2015).

I-2/ Le dossier particulier des « Maternitentes »

En 2010, la HALDE a été saisie par le collectif « les Maternitentes », regroupant des artistes, ouvrières et techniciennes du spectacle (intermittentes), de 33 réclamations relatives à l'impact de leur congé de maternité sur l'accès aux mécanismes de protection sociale.

Les réclamantes estiment que les conditions d'indemnisation du congé de maternité fixées par le code de la sécurité sociale ne tiennent pas compte des particularités de leur statut professionnel. En outre, l'absence d'indemnisation du congé maternité emporte des conséquences sur l'ouverture postérieure de droits à l'assurance chômage.

Par décision n° MLD-2012-39 du 13 mars 2012, le Défenseur des droits a considéré que la situation dans laquelle sont placées les intermittentes du spectacle durant et à l'issue de leur congé de maternité constitue une discrimination fondée sur l'état de grossesse tant au regard du droit interne que du droit communautaire, européen et international.

En conséquence, le Défenseur des droits a recommandé :

- ▼ à la Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés (CNAMTS) :
 - d'une part, d'engager une réflexion permettant une meilleure prise en compte des spécificités des activités des intermittentes du spectacle pour l'ouverture des droits à l'indemnisation du congé de maternité telle qu'elle est prévue à l'article R. 313-7 CSS ;
 - d'autre part, de rappeler aux CPAM qu'il doit être fait application des dispositions des articles L. 161-8 et L. 311-5 CSS (relatives au maintien de droit), lorsque ces salariées ne réunissent pas les conditions prévues à l'article R. 313-7 CSS.
- ▼ à l'UNEDIC, d'assurer la prise en compte du congé de maternité, en toute hypothèse, lors de l'ouverture des droits à l'allocation d'aide au retour à l'emploi et dans le calcul du salaire de référence à l'issue du congé maternité ;
- ▼ au Ministre du travail, de l'emploi et de la santé, d'engager une réflexion en lien avec les partenaires sociaux afin d'assurer l'indemnisation du congé de maternité des intermittentes du spectacle et le maintien de leurs droits à l'allocation d'aide au retour à l'emploi à l'issue du congé de maternité.

Concernant l'indemnisation du congé de maternité, les recommandations formulées à l'attention de la CNAMTS ont donné lieu à la publication d'une circulaire N° DSS/2A/2013/163 du 16 avril 2013 émanant du Ministère des affaires sociales

et de la santé 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. Cependant, il est constaté que des réclamations relatives au refus d'indemnisation du congé de maternité opposé à des intermittentes du spectacle ont continué à être adressées au Défenseur des droits après la publication de cette circulaire.

En outre, la recommandation invitant l'organisme à engager une réflexion permettant une meilleure prise en compte des spécificités des activités des intermittentes du spectacle pour l'ouverture des droits à l'indemnisation du congé de maternité telle qu'elle est prévue à l'article R. 313-7 CSS n'a pas été suivie d'effet.

S'agissant des conséquences du congé de maternité sur les droits postérieurs aux allocations chômage, par courrier en date du 20 juin 2012, l'UNEDIC a indiqué avoir transmis la recommandation du Défenseur des droits aux partenaires sociaux, seuls compétents pour décider d'entreprendre une négociation et de modifier, le cas échéant, la réglementation d'assurance chômage.

Pour autant, la convention d'assurance chômage en date du 14 mai 2014, applicable à compter du 1^{er} juillet 2014, n'a pas modifié les règles de prise en compte du congé de maternité dans le cadre du calcul des droits aux allocations chômage.

Enfin, s'agissant de la recommandation adressée au Ministre du travail, de l'emploi et de la santé, à ce jour, force est de constater que le Défenseur des droits n'a pas été informé des suites qui lui ont été réservées.

Dans ce contexte, un courrier a été adressé le 30 juillet 2014 à Monsieur Jean-Patrick GILLE, dans le cadre de sa mission de médiation dans le conflit des intermittents du spectacle, afin de l'alerter concernant cette situation. Les Ministres concernés et l'UNEDIC ont à nouveau été sollicités à cette même date sans que ces nouvelles interventions soient suivies d'effet.

Pour autant, le Défenseur des droits poursuit son action s'agissant d'un sujet qui mérite toute son attention.

II- Une expertise à l'appui de la promotion de l'égalité femmes/hommes

L'institution déploie également une action de promotion de l'égalité femmes-hommes et de l'accès aux droits à travers la réalisation d'études, l'élaboration d'outils, la sensibilisation des potentielles victimes et auteurs de discrimination et enfin, à travers la rédaction d'avis, de propositions de réforme et de rapports.

Il a notamment décidé d'agir en proposant des évolutions textuelles permettant de réduire les inégalités en matière de retraite, que ce soit sur le champ du parcours professionnel ou sur celui de la législation retraite elle-même.



I-1/ Agir sur le parcours professionnel afin de réduire les inégalités en matière de retraite

Le Conseil d'orientation des retraites (COR) a constaté dans son rapport publié en 2008, des écarts significatifs entre les femmes et les hommes en matière de retraite. En 2004 par exemple, les femmes retraitées de 60 ans et plus percevaient une retraite en moyenne équivalente à 62 % de celle perçue par les hommes.

Les femmes parties à la retraite ont validé en moyenne 20 trimestres de moins que les hommes malgré les majorations de durée d'assurance pour enfant ; seules 44 % d'entre elles ont une carrière complète contre 86 % des hommes. Enfin, les femmes partent à la retraite en moyenne plus tardivement que les hommes, respectivement 61,5 ans contre 60,1 ans pour la génération 1938.

Ces fortes disparités résultent pour beaucoup des inégalités professionnelles et des discriminations que les femmes subissent en amont tout au long de leur carrière. Ainsi, le taux d'emploi des femmes s'établit en 2008 à 60,3 % pour 69,4 % pour les hommes. 30,2 % des femmes occupent un emploi à temps partiel pour 5,7 % des hommes. Seules 17,4 % des femmes occupent des postes d'encadrement dans les entreprises du secteur privé alors qu'elles représentent 47 % de l'ensemble de la population active.

Enfin, s'ajoutent à ces écarts les conséquences pour les femmes de la maternité sur leur déroulement de carrière et leur rémunération ainsi que les impacts de la répartition des responsabilités en matière de garde d'enfants (selon l'INSEE les femmes assument 80 % du noyau dur des tâches domestiques) et de garde des personnes dépendantes.

Agir sur l'égalité professionnelle entre femmes et hommes, c'est donc agir sur les droits des femmes à la retraite.

Le Défenseur des droits, depuis sa création en 2011, a formulé un certain nombre de recommandations et propositions de réformes dans le domaine de l'égalité femmes/hommes. Certaines d'entre elles sont ici reprises de manière synthétique.

Recommandations du Défenseur des droits dans le domaine législatif

Dans la continuité des travaux de la HALDE, le Défenseur des droits a eu à traiter de nombreux dossiers dans le domaine de l'emploi, faisant état de difficultés vécues par des femmes en lien avec leur grossesse et leur maternité.

La loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes est notamment le fruit de recommandations précédemment portées par le Défenseur des droits :

- ▼ la protection des collaboratrices libérales contre la rupture du contrat pendant

- la grossesse et au retour de congé de maternité, qui a facilité l'accès et l'effectivité des recours (Réf. : décision MLD 2015-264 du 25 novembre 2015) ;
- ▼ la relative précision des obligations des partenaires sociaux concernant la révision des classifications professionnelles, qui a donné lieu à une mobilisation des partenaires sociaux sous l'égide du Conseil supérieur de l'égalité professionnelle,
 - ▼ la mise en œuvre d'un rapport sur une harmonisation des conditions d'ouverture et d'indemnisation des droits aux différents types de congés existants, ainsi que sur la portabilité de ces droits et le cadre de leur mise en œuvre⁴.

Concernant la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, le Défenseur des droits a proposé d'inscrire expressément dans le texte l'interdiction faite à l'employeur d'adopter des mesures préparatoires au licenciement pendant la période de protection postnatale. Cette proposition a été suivie d'effet puisque la période d'interdiction du licenciement pour les mères revenant de congé maternité a été allongée de quatre à dix semaines. Cette disposition permet à la France de rendre explicites les modalités de protection des femmes enceintes et des femmes ayant accouché contre les discriminations, de codifier la jurisprudence française et européenne et de respecter ses engagements internationaux en matière de lutte contre les discriminations à l'égard des femmes⁵.

Recommandations concernant la suppression du rapport de situation comparée dans loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi

En mai 2015, dans un courrier au Ministre de l'emploi sur les dispositions du projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi, le Défenseur des droits avait demandé que soit revu l'article 13 du projet de loi qui lui paraissait aller à l'encontre de l'objectif d'effectivité du principe d'égalité entre les femmes et les hommes. Cet article supprimait le rapport de situation comparée (RSC), outil crucial pour mesurer les évolutions de l'égalité réelle entre femmes et hommes dans l'entreprise, et le remplaçait par une simple information en comité d'entreprise à partir d'une base de données unique aux contours flous. Le Défenseur a depuis noté certaines améliorations du dispositif mais demeure vigilant s'agissant de la mise en œuvre de la loi⁶.

Inégalités salariales

De façon générale, le Défenseur a pu constater que les entreprises qui s'acquittent de leurs obligations en matière de rattrapage des inégalités salariales sont rares.

En la matière, le Défenseur des droits a réuni un groupe de travail interdisciplinaire qui a produit un « *Guide pour une évaluation non discriminante des emplois à prédominance féminine* » à destination des partenaires sociaux et experts en ressources humaines. Il y propose une méthodologie pour remettre à plat les méthodes et les critères d'évaluation utilisés et revaloriser les emplois à prédominance féminine. Cette méthode se fonde sur le principe inscrit en droit

4 Avis n° 14-07 du 2 juin 2014, relatif au projet de loi n° 71 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

5 Avis n° 16-05 du 24 février 2016 et Courrier du 18 avril 2016 à la Ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelles et du dialogue social.

6 Courrier du 11 mai 2015 au Ministre du travail.



français et dans les normes internationales « un salaire égal pour un travail de valeur égale » (cf. art. 3221-2 CT) et pointe les risques de discrimination indirecte au sein des classifications existantes.

La loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes exige des organisations de branche qu'elles remettent à la Commission nationale de la négociation collective et au Conseil supérieur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes un « *rapport sur la révision des catégories professionnelles et des classifications, portant sur l'analyse des négociations réalisées et sur les bonnes pratiques* » (art. 5).

Le Défenseur des droits estime que l'absence de toute obligation de périodicité fragilise la portée de ce dispositif. Au final, force est de constater que l'évaluation des classifications progresse difficilement et que les biais sexistes perdurent donc, participant ainsi au maintien des inégalités salariales qui frappent les femmes en France.

Recommandations en matière de discriminations dans l'emploi liées à la grossesse, à la maternité et la parentalité

Le 7^e baromètre annuel du Défenseur des droits/OIT sur la perception des discriminations dans l'emploi par les salariés et agents publics (janvier 2014) a relevé que plus du tiers des actifs déclare que le fait d'avoir des enfants contribue à ralentir, voire à stopper la carrière d'une femme. En outre, 8 % des réclamations reçues en matière de discriminations par le Défenseur des droits concernent des difficultés rencontrées par les salariées en raison de leur état de grossesse ou de leur maternité : licenciements ou ruptures conventionnelles immédiatement imposées à l'issue du congé maternité, occupation pérennisée du poste de la salariée par son remplaçant au cours de son congé, suppression injustifiée de son poste à la faveur d'une réorganisation, rétrogradation, isolement et harcèlement, sont autant de situations inacceptables que la société ne peut laisser prospérer.

Le Défenseur des droits considère également qu'une réelle égalité professionnelle avec les hommes en termes d'évolution de carrière ne pourra être atteinte que par une extension des droits afférents à la parentalité des femmes et des hommes. L'égalité professionnelle ne pourra être remplie que par la consécration d'un droit étendu et obligatoire au congé de paternité pour créer les conditions d'un impact partagé de la parentalité sur l'emploi et pour assurer un meilleur partage des tâches parentales, encore majoritairement assurées par les femmes⁷.

I-2/ Agir sur la législation retraite

S'il n'est pas du seul ressort du système des retraites de corriger toutes les inégalités, il lui revient de ne pas les aggraver et de garantir l'égalité entre les

7 Avis du Défenseur des droits n° 16-05 du 24 février 2016.

femmes et les hommes. Pour cela, le système de retraite doit prendre en compte, s'agissant des femmes, les paramètres majeurs qui les pénalisent.

Par décision du 5 juillet 2010, la HALDE s'était saisie d'office de la question des inégalités de genre en matière de retraite. Elle avait souhaité que soient examinées certaines propositions, sous l'égide de l'expertise et du chiffrage du Conseil d'orientation des retraites. Certaines de ces propositions sont toujours d'actualité.

Droits sociaux des salariés à temps partiel

80 % des salariés et agents à temps partiel sont des femmes. Le temps partiel implique un salaire partiel puis une retraite partielle. Dans le sillage de la délibération du 13 septembre 2010 de la HALDE, le Défenseur des droits soutient le principe d'une « surcotisation » des temps partiels, avec la possibilité pour les personnes concernées de cotiser sur la base d'un temps complet, avec la participation de l'employeur⁸.

Or, le Défenseur des droits constate que cette possibilité ouverte par l'article L. 241.3.1 CSS reste en pratique peu répandue du fait de l'impact financier du mécanisme et du fréquent refus opposé par les employeurs. Gouvernement et partenaires sociaux doivent engager une réflexion afin de rendre cette possibilité effective.

Prise en compte des 100 meilleurs trimestres et non des 25 meilleures années pour le calcul de la pension

À l'occasion des débats relatifs à l'adoption de la loi n° 2014-40 du 20 janvier 2014 garantissant l'avenir et l'équité du système de retraites, le Défenseur des droits avait recommandé que soient pris en compte les 100 meilleurs trimestres dans le calcul des droits à la retraite, et non les 25 meilleures années afin d'améliorer la protection sociale des femmes, qui bénéficient aujourd'hui de retraites bien inférieures à celles des hommes⁹.

L'importance du temps partiel subi par les femmes et des contrats à durée déterminée, expliquent la faiblesse de la rémunération qu'elles peuvent faire valoir sur une année complète. La prise en compte pour la détermination du montant de la pension du meilleur trimestre permettrait de ne pas aggraver au moment de la retraite, les effets de la précarité qu'elles ont déjà connus tout au long de leur activité.

Les droits conjugaux et familiaux

En France, les écarts entre les femmes et les hommes en matière de retraite seraient plus importants si on ne prenait en compte que les droits propres et non les droits dérivés, tels que les pensions de réversion, qui représentent 15 % du montant de leurs pensions.

8 Courrier daté du 27 septembre 2013 à la Ministre des Affaires Sociales et de la Santé, dans le cadre du débat sur le projet de loi « Retraite ». La proposition a également été évoquée lors d'une audition devant la Délégation aux droits des femmes du Sénat le 10 octobre 2013.

9 Courrier du 27 septembre 2013 à la Ministre des Affaires sociales et de la Santé dans le cadre des débats relatifs à la loi garantissant l'avenir et la justice du système de retraites et Audition par la Délégation aux droits des femmes du Sénat du 10 octobre 2013.



Des actions compensatrices pourraient donc être envisagées :

- ▼ Ouvrir le droit au versement de la pension de réversion au partenaire pacsé survivant. Avec le développement des unions par Pacs dont 95 % concernent des couples hétérosexuels, et au regard de la diminution des unions par mariage, si les pensions de réversion restent subordonnées à une condition exclusive de mariage, les écarts entre les femmes et les hommes risquent de se creuser.
- ▼ Maintenir à 65 ans l'âge de départ à la retraite à taux plein pour les personnes ayant pris un congé parental ou pour soins apportés à un enfant ou un parent malade.

Le Défenseur des droits souhaite que soient mieux prises en compte, au moment du départ à la retraite, les interruptions d'activité liées aux responsabilités en tant qu'enfant et/ou parent qui pèsent, dans les faits, davantage sur les femmes.

L'article 20 de la loi portant réforme des retraites du 9 novembre 2010 a instauré des dispositifs dérogatoires au report de l'âge du taux plein. Il a ainsi prévu la possibilité de bénéficier d'une retraite à taux plein à l'âge de 65 ans pour les assurés ayant interrompu leur activité professionnelle en raison de leur qualité d'aidant familial. Mais cette disposition, ne concerne qu'un champ restreint de bénéficiaires (pas de prise en compte des aidants familiaux à temps partiel notamment).

Dans ce contexte, le Défenseur des droits réaffirme la nécessité d'une réflexion approfondie concernant une meilleure prise en compte de ces interruptions d'activité.

Conclusion

En tant que garant des droits et libertés, le Défenseur des droits constitue un acteur à part entière de la mobilisation nécessaire à la protection et à la promotion des droits des femmes.

Des réflexions nouvelles émergent déjà, telles :

- ▼ l'impact de la non-prise en compte de l'assurance vieillesse des parents au foyer (AVPF) dans l'ouverture du droit à retraite anticipée carrière longue des femmes ;
- ▼ la reconnaissance du rôle des aidants familiaux (qui sont majoritairement des femmes), et la nécessité de leur réserver un véritable statut social afin notamment d'éviter que le système actuel ne pèse de façon disproportionnée sur ces derniers que ce soit en matière de carrière ou de droits sociaux.

En protection sociale, ses interventions lors du traitement des réclamations individuelles ou dans le cadre de son activité « réforme » représentent une part importante de son activité quotidienne et de proximité.

Le Défenseur des droits demeure dès lors actif et attentif sur ce sujet majeur dans un contexte social particulièrement difficile.