

Le congé de paternité ne peut bénéficier à la compagne pacsée avec la mère

Maryse Badel, Maître de conférences à l'Université Montesquieu Bordeaux IV (COMPTRASEC)

En 2004, Elodie L. demande à la CPAM de Nantes un congé de paternité pour l'enfant naturel de sa partenaire pacsée homosexuelle. La Caisse le lui refuse, comme la Commission de recours amiable (9 nov. 2004) et le Tribunal des affaires de sécurité sociale de Nantes (20 mars 2006) tour à tour saisis, au motif qu'elle n'est pas le père de l'enfant. Elodie L. interjette appel. Elle soutient que les textes (c. trav., art. L. 122-25-4 et CSS, art. L. 331-8) qui réservent le congé de paternité au père de l'enfant d'une personne de sexe féminin sont contraires à l'égalité des citoyens devant la loi, et qu'ils violent le principe de non discrimination entre les sexes posé par la Convention européenne des droits de l'homme et le droit communautaire. A titre subsidiaire, elle sollicite l'avis de la Cour de cassation sur la possibilité pour la compagne de la mère de bénéficier du congé de paternité, malgré l'absence de lien de filiation établi entre elle et l'enfant, quand le père, inconnu et anonyme, ne peut revendiquer le droit au congé. En défense, la CPAM de Nantes soutient qu'en l'état actuel de la législation, la conjointe pacsée ne peut bénéficier de ce congé et conteste toute discrimination de sa part. La Cour d'appel de Rennes confirme le jugement du TASS. Elle considère que les termes des textes, clairs et dénués d'ambiguïté quant à la qualité du bénéficiaire du congé, réservent au seul père de l'enfant, donc à une personne de sexe masculin rattachée à l'enfant par un lien de filiation juridiquement établi. Ne saurait en conséquence en bénéficier la compagne de la mère, pas plus que son simple compagnon. Elle ajoute que ces dispositions ne sont pas discriminatoires dans la mesure où les CAF peuvent accorder des prestations aux couples homosexuels sur le fondement d'autres textes. Enfin, elle écarte la demande d'avis à la Cour de cassation, les textes applicables ne présentant pas de difficulté sérieuse.


L'affaire intervient dans un contexte de revendication d'homoparentalité ou de coparentalité par les couples homosexuels, ces néologismes désignant la situation où un parent s'assume comme homosexuel et élève au moins un enfant. Le phénomène, qui concerne 40 000 à 100 000 foyers selon les sources, interroge sur l'adaptation du droit à une réalité sociologique nouvelle, aujourd'hui source de contentieux. La demande d'Elodie L. est à cet égard symptomatique des revendications des associations de parents homosexuels. Ces dernières estiment en substance que famille et parentalité peuvent aussi se fonder sur les prises d'engagement et de responsabilité à l'égard de l'enfant, ce qui permet de dépasser la définition biologique ou juridique de la filiation pour la saisir sous un angle social et économique. Cette approche est largement absente de notre droit positif, même si la référence à la charge de l'enfant, utilisée pour certaines prestations sociales, en est une expression marginale.

Le congé de paternité dont le bénéfice était demandé a été créé au seul bénéfice du père. Depuis 2002, il donne lieu au versement d'une indemnité journalière payée par la CPAM pendant une période maximale de 11 jours (18 en cas de naissances multiples) et doit être pris en principe dans les quatre mois de la naissance de l'enfant. Le code du travail ajoute que le père souhaitant en bénéficier doit avertir son employeur au moins un mois avant la date à laquelle il veut prendre son congé et dire à quelle date il entend y mettre fin. L'arrêt rapporté est sans surprise car les dispositions légales ne permettent pas à la CPAM d'attribuer la prestation à la compagne de la mère. Tant l'article L. 122-25-4 du c. trav. (et non du CSS comme indiqué dans l'arrêt) que l'article L. 331-8 du CSS désignent explicitement le « père ». Partant, elles réservent la prestation à un bénéficiaire masculin ayant un lien de filiation établi avec l'enfant pour lequel le congé est demandé. Il va de soi que la femme pacsée avec la mère, improprement appelée « conjointe » par l'appelante et la CPAM, ne satisfait aucune de ces exigences. Du reste, le compagnon de la mère qui ne serait pas juridiquement le père de l'enfant ne pourrait pas davantage prétendre au congé.

En septembre 2007, ces dispositions ont conduit la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) à prôner l'abandon du congé de paternité au profit d'un congé d'accueil du jeune enfant ouvert au partenaire contribuant à son éducation. Elle a relevé à cette occasion les disparités de traitement existant entre les CAF, qui donnent les mêmes droits aux couples homosexuels et hétérosexuels, et les CPAM qui restreignent le droit au père. La comparaison s'explique notamment par le fait que le congé de paternité est un dispositif hybride. Bien que rattaché à l'assurance maternité, ce qui est justifié par sa nature de revenu de remplacement, il est financé comme une prestation familiale, les indemnités gérées par les CPAM étant mises à la charge financière de la branche famille. Or, il est vrai que les prestations familiales versées pour compenser la charge de l'enfant sont attribuées quelle que soit la composition du foyer de l'enfant, homosexuelle, hétérosexuelle ou monoparentale. Elles ne sont pas dues au père ou à la mère, mais à la « personne physique qui assume la charge effective et permanente de l'enfant » (CSS, art. L. 513-1), ou même au « ménage » (CSS, art. L. 522-1, L. 531-1, L. 531-6) ou au « couple » (CSS, art. L. 531-5, I, b). Par ailleurs, pour plusieurs risques de sécurité sociale, la qualité d'ayant droit est désormais accessible au compagnon (ou compagne) homosexuel. Pour les risques professionnels, le concubin et le partenaire pacsé homosexuels sont ayants droit depuis 2001 (CSS, art. L. 434-8), le concubinage et le PACS pouvant exister entre personnes de même sexe (c. civ., art. 515-8 et 515-1). Pour les risques maladie, maternité et décès, des droits dérivés sont attribués au partenaire homosexuel s'il « vit avec » l'assuré social ou en cas de PACS depuis 1993 et 1999 (CSS, art. L. 161-14, L. 331-1 et L. 361-4).

Cette ouverture du droit de la sécurité sociale ne saurait cependant être extrapolée. Elle n'est significative ni de la consécration de la famille homosexuelle, ni de la reconnaissance de l'homoparentalité. En effet, quand le droit des prestations familiales considère le couple homosexuel, c'est pour évaluer les ressources du foyer dans lequel vit l'enfant et se prononcer sur les droits de l'allocataire, qu'il soit ou non le parent. Il est donc cohérent que l'orientation sexuelle n'intervienne pas. Quant au droit du risque professionnel et quant aux assurances sociales, ils attribuent les droits dérivés en raison du lien interpersonnel. Ils cherchent à donner une réponse pragmatique aux configurations nouvelles des risques, s'expliquent par l'instrumentalisation du concept d'ayant droit à des fins de généralisation, et ne consacrent aucunement la famille homosexuelle. C'est pourquoi si, en interprétant ces évolutions à la lumière de l'article L. 111-1 du CSS qui vise « les travailleurs et leur famille », on pourrait être tenté par l'extrapolation, il faut s'en garder.

D'ailleurs, au-delà de la lettre des textes en cause, c'est aussi leur esprit qui est respecté, le congé de paternité étant l'expression d'une conception hétérosexuelle du couple parental. Selon ses promoteurs, il devait favoriser la redistribution des rôles entre père et mère, accroître la participation des pères à la vie familiale et augmenter le taux de recours des hommes aux congés parentaux. De même, pour le Gouvernement (Observations du Gouvernement, Décision n° 2001-453 DC, 18 déc. 2001), ce congé, prestation de politique familiale, devait permettre l'épanouissement, dès la naissance, des liens entre les pères et leurs enfants. La volonté de réserver le congé au père avait enfin été réaffirmée en 2006 lors de la discussion du PLFSS. Un amendement voté en commission, prévoyant de rebaptiser le congé de paternité en «congé d'accueil d'enfant» pour permettre au partenaire homosexuel de prendre un congé de naissance, avait alors été déclaré irrecevable par la commission des Finances en application de l'article 40 de la Constitution, au motif que les parlementaires ne peuvent déposer des amendements ayant «pour conséquence soit une diminution des ressources publiques, soit la création ou l'aggravation d'une charge publique».

Cette conception devrait aussi être de mise pour le congé d'adoption, comparable dans ses finalités au congé de paternité (CSS, art. L. 331-7). En effet, même si la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales avait rejeté l'amendement de Bernard Accoyer excluant expressément du bénéfice du congé d'adoption les partenaires pacsés de même sexe (Ass. Nat., Compte rendu n° 7, 17 oct. 2001), le texte qui le régit vise uniquement les « conjoints assurés sociaux » et la « mère ou le père adoptif ». Pour l'heure du reste, la Cour de cassation refuse à la compagne de la mère biologique l'adoption simple de son enfant (Civ. 1re, 20 févr. 2007, RTD civ. 2007. 325, obs. Hauser  ; Civ. 1re, 19 déc. 2007, Dr. fam.

2008, n° 28, p. 32), même si elle semble envisager la délégation partielle des droits d'autorité parentale entre concubins ou partenaires homosexuels (Civ. 1re, 24 févr. 2006, RDSS 2006. 578, note C. Neirinck ; X. Labbé, L'enfant du couple de lesbiennes, D. 2007, Point de vue 2882 ☞). Toutefois, la jurisprudence nouvelle de la Cour européenne des droits de l'Homme qui a condamné la France sur le fondement du principe de non-discrimination pour avoir refusé à une célibataire homosexuelle le droit d'adopter un enfant en raison de son orientation sexuelle devrait inviter à reconsidérer cette approche (CEDH 22 janv. 2008, RJPF févr. 2008, p. 23 ; LPA 7 févr. 2008, p. 9 ; V. aussi *supra*, les obs. de C. Neirinck). En effet, si l'arrêt ne reconnaît pas le couple de parents homosexuels, il permet de l'envisager, le refus d'adoption ne pouvant plus se fonder sur l'orientation sexuelle. De même, le droit communautaire, tant dans l'article 13, § 1 du Traité CE que dans l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, interdit toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Dans ce contexte, on peut se demander si les textes qui fondent la solution rapportée ne risquent pas de n'être qu'éphémères, faute de pouvoir résister à la confrontation au droit supra-national.

CA Rennes, 30 janvier 2008, *Elodie L. c/ CPAM de Nantes*

(...) L'article L.122-25-4 du code de la sécurité sociale dispose: « Après la naissance de son enfant et dans un délai fixé par décret, le père salarié bénéficie d'un congé de paternité de onze jours consécutifs ou de dix huit jours consécutifs en cas de naissance multiples entraînant la suspension de son contrat de travail. Le salarié qui souhaite bénéficier du congé de paternité doit avertir son employeur au moins un mois avant la date à laquelle il entend prendre son congé, en précisant la date à laquelle il entend prendre son congé, en précisant la date à laquelle il entend mettre fin à la suspension de son contrat de travail. A l'issue de ce congé, le salarié retrouve son précédent emploi ou un emploi similaire, assorti d'une rémunération au moins équivalente ». L'article L. 331-8 du code de la sécurité sociale précise : « Après la naissance de son enfant et dans un délai fixé par décret, le père assuré reçoit, pendant une durée maximale de onze jours consécutifs et dans les mêmes conditions d'ouverture de droit, de liquidation et de service, l'indemnité journalière visée à l'article L. 331-3, sous réserve de cesser toute activité salariée ou assimilée. En cas de naissances multiples, la durée maximale fixée au précédent alinéa est égale à dix huit jours consécutifs. L'indemnité journalière n'est pas cumulable avec l'indemnisation des congés maladie et d'accident du travail, ni avec l'indemnisation par l'assurance chômage ou le régime de solidarité. Un décret fixe les modalités d'application du présent article ».

Comme l'a jugé, à bon droit, le Tribunal des affaires de sécurité sociale de Nantes, les termes employés par ces textes sont clairs et dénués d'ambiguïté, quant à la qualité du bénéficiaire du congé qui ne saurait être le compagnon ou la compagne de la mère, mais le seul père de l'enfant, donc une personne du sexe masculin rattachée à l'enfant par un lien de filiation juridiquement établi. Ces textes ne sauraient, par ailleurs, être considérés comme discriminatoires, au motif que les Caisses d'allocations familiales accorderaient des allocations familiales aux couples homosexuels ayant des enfants, ceci sur le fondement de textes différents. Il n'est donc pas utile à l'appréciation du présent litige d'ordonner l'audition des responsables de la CAF.

De même, la Cour estime que le cas d'espèce qui est, aux dires de la représentante de la Caisse primaire d'assurance maladie de Nantes, interrogée oralement et contradictoirement par la Cour à l'audience de plaidoirie, le seul à être actuellement soumis à une juridiction du contentieux général de la sécurité sociale, ne nécessite pas de recourir à la procédure et à demande d'avis à la Cour de cassation prévus par l'article L. 151-1 du code de l'organisation judiciaire, l'interprétation des articles L. 122-25-4 et L. 331-8 du code de la sécurité sociale ne présentant pas, de surcroît, de difficulté sérieuse.

En conséquence, la Cour, ne pourra que débouter Mme Lucas de ses demandes et confirmer le jugement déféré dans toutes ses dispositions.

Mots clés :

TRAVAIL * Congé * Congé de paternité * Homosexuel * Pacte civil de solidarité *

Discrimination

Revue de droit sanitaire et social © Editions Dalloz 2010