

Résumé et analyse

Proposition de citation :

PERRENOUD STEPHANIE, Extinction anticipée du droit à l'allocation de maternité d'une conseillère nationale. Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_469/2021, Newsletter rcassurances.ch mai 2022

**Art. 16d al. 3 LAPG ;
25 RAPG**



Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_469/2021 du 8 mars 2022

STEPHANIE PERRENOUD¹

I. Objet de l'arrêt

Dans l'arrêt 9C_469/2021 du 8 mars 2022 (destiné à la publication), le Tribunal fédéral a jugé que le fait, pour une conseillère nationale, de participer aux activités parlementaires entraîne l'extinction anticipée de son droit à l'allocation de maternité (art. 16d al. 3 LAPG², art. 25 RAPG³ ; c. 5). Il a également nié que le droit à l'allocation de maternité puisse renaître en cas de cessation ultérieure de l'activité lucrative qui avait été reprise avant l'échéance du congé de maternité selon l'art. 16d al. 1 LAPG (c. 6) et confirmé que la reprise anticipée d'une activité lucrative entraîne en principe également l'extinction du droit à l'allocation de maternité accordée en raison de l'exercice d'une autre activité lucrative (c. 7).

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

A. a exercé le mandat de conseillère nationale indemnisé par la Confédération depuis décembre 2011, ainsi qu'une activité indépendante dans le secteur privé à compter du mois de juillet 2012. Le 22 mars 2019, elle s'est annoncée auprès de la caisse de compensation du canton de Berne afin de solliciter l'octroi d'une allocation de maternité à la suite de la naissance de sa fille. La caisse lui a versé ladite allocation à partir de la date de la naissance en 2018 jusqu'au 30 mars 2019. Après que les services parlementaires de l'Assemblée fédérale l'ont informée, le 11 avril 2019, dans le cadre d'une demande téléphonique, que A. avait participé à une séance parlementaire en février 2019 et à d'autres séances presque tous les jours à partir du 4 mars 2019 (début de la session), la caisse de compensation a, par décision du 19 juillet 2019, confirmée sur opposition le 9 juillet 2020, nié le droit à l'allocation de

¹ Greffière auprès du Tribunal fédéral. La présente analyse reflète l'opinion de l'auteure et n'engage qu'elle-même.

² Loi fédérale sur les allocations pour perte de gain du 25 septembre 1952, RS 834.1.

³ Règlement sur les allocations pour perte de gain du 24 novembre 2004, RS 834.11.

maternité à compter du 4 mars 2019 et exigé le remboursement des indemnités journalières versées pour la période du 4 au 30 mars 2019.

Statuant le 14 juillet 2021 sur le recours formé par l'assurée contre la décision sur opposition, le Tribunal administratif du canton de Berne l'a rejeté.

A. a interjeté un recours en matière de droit public contre cet arrêt devant le Tribunal fédéral. Elle a conclu à son annulation et, principalement, au renvoi de la cause à la caisse de compensation pour qu'elle lui octroie l'allocation de maternité à partir du 4 mars 2019, respectivement du 31 mars 2019. Subsidiairement, l'assurée a demandé l'octroi direct de l'allocation de maternité correspondante. Par arrêt du 8 mars 2022 (9C_469/2021), le Tribunal fédéral a rejeté le recours.

B. Le droit

Le Tribunal fédéral a circonscrit l'objet du litige au point de savoir si les considérations de la juridiction cantonale, selon lesquelles le droit à l'allocation de maternité de A. avait pris fin le 4 mars 2019, avec pour conséquence que la caisse de compensation était fondée à exiger la restitution des indemnités journalières versées du 4 au 30 mars 2019, sont conformes au droit fédéral (c. 2). Il a rappelé, s'agissant du droit applicable, que selon la loi fédérale sur les allocations pour perte de gain (LAPG), les femmes ont droit à l'allocation de maternité pendant 14 semaines dès le jour de la naissance d'un enfant (art. 16c al. 1-2 et 16d al. 1 LAPG) et que le droit prend fin avant de manière anticipée si la mère reprend une activité lucrative ou si elle décède (art. 16d al. 3 LAPG), étant précisé que selon l'art. 25 RAPG, l'extinction du droit à l'allocation intervient le jour de la reprise d'une activité lucrative, quel que soit le taux d'occupation de la mère (c. 4.1).

Après avoir également exposé les règles d'interprétation de la loi (c. 4.2)⁴, le Tribunal fédéral a examiné, d'une part, si l'exercice d'un mandat au Conseil national doit être considéré comme une « activité lucrative » au sens de l'art. 16d al. 3 LAPG, ce qu'il a admis (c. 5), et, d'autre part, si le droit à l'allocation de maternité peut renaître en cas de cessation ultérieure de l'activité lucrative qui avait été reprise avant l'échéance des 14 semaines suivant la naissance, ce qu'il a nié (c. 6).

Pour admettre que le mandat de conseillère nationale est une activité lucrative dont la reprise provoque, de par la loi (cf. art. 16d al. 3 LAPG), l'extinction anticipée du droit à l'allocation de maternité (c. 5.4), le Tribunal fédéral a constaté que la Confédération verse une indemnité à cet effet (c. 5.2) et que, selon la pratique, les rétributions des membres du Parlement font partie du salaire déterminant pour le calcul des cotisations AVS au sens des art. 5 al. 2 LAVS⁵

⁴ Pour rappel, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas absolument clair ou si plusieurs interprétations sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégagant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires (interprétation historique), du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique) ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (interprétation systématique). Le Tribunal fédéral ne privilégie aucune méthode d'interprétation, mais s'inspire d'un pluralisme pragmatique pour rechercher le sens véritable de la norme ; il ne se fonde sur la compréhension littérale du texte que s'il en découle sans ambiguïté une solution matériellement juste (cf., p.ex. ATF 146 V 224, c. 4.5.1 ; ATF 144 V 313, c. 6.1 ; ATF 144 V 319, c. 4.6.2 ; ATF 142 V 466, c. 3.2 ; ATF 142 V 442, c. 5.1 ; ATF 141 V 221, c. 5.2.1 ; ATF 140 V 449, c. 4.2).

⁵ Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS), RS 831.10.

et 7 lit. i RAVS⁶ (c. 5.3). Par ailleurs, l'intéressée avait perçu une allocation de maternité pour son activité parlementaire, qui avait été fixée en tenant compte des indemnités versées dans ce cadre, si bien qu'il était logique que la reprise de cette activité mît fin au droit à l'allocation de maternité (c. 5.3.4).

Pour nier ensuite que le droit à l'allocation de maternité pût renaître au 31 mars 2019 (c. 6.3), soit au terme de la session parlementaire, le Tribunal fédéral a considéré que tant la lettre que le but de la loi indiquent clairement que le droit au congé et à l'allocation de maternité doit être exercé « en un seul tenant » (« *am Stück* » ; c. 6.2.1-6.2.2). Le simple fait que la mère, contrairement au père, ne puisse pas bénéficier de son congé sous la forme de journées (cf. art. 16k al. 4 LAPG), mais doive le prendre en une fois, ne permet pas de conclure à une discrimination à raison du sexe (c. 6.2.3).

Le Tribunal fédéral a finalement confirmé que la reprise anticipée d'une activité lucrative peut déployer des effets sur le droit à l'allocation de maternité découlant de l'exercice d'une autre activité lucrative, puisqu'il a admis que la participation aux activités du Parlement à partir du 4 mars 2019 avait également entraîné l'extinction du droit de la recourante à l'allocation de maternité qui lui avait été octroyée pour son activité dans le secteur privé, quand bien même l'intéressée n'avait-elle pas repris cette activité-ci avant la fin de la période de versement de l'allocation de maternité de 14 semaines selon l'art. 16d al. 1 LAPG (c. 7).

III. Analyse

Qualifié de « *décevant* », d'« *incompréhensible* » et d'« *extrêmement problématique du point de vue des institutions politiques et choquant du point de vue de la politique d'égalité* » par l'association Alliance F⁷, l'arrêt que nous discutons ici soulève trois questions. D'abord, celle de savoir si l'exercice d'un mandat au Conseil national doit être considéré comme une « *activité lucrative* » au sens de la législation sur l'AVS et de l'art. 16d al. 3 LAPG (c. 5 ; *infra*, A.). Ensuite, celle relative à une éventuelle « *renaissance* » du droit à l'allocation de maternité en cas de cessation ultérieure de l'activité lucrative dont la reprise prématurée avait entraîné la fin du droit à l'allocation (c. 6 ; *infra*, B.). Finalement, celle de l'étendue des effets de la reprise anticipée d'une activité lucrative, soit la question de savoir si la reprise d'une activité lucrative avant le terme du congé de maternité selon l'art. 16d al. 1 LAPG ne devrait pas avoir des effets uniquement sur le droit à l'allocation de maternité découlant de l'exercice de cette activité-ci et non également sur le droit à l'allocation de maternité ouvert du fait de l'exercice d'une autre activité lucrative (c. 7 ; *infra*, C.).

A. Le mandat de parlementaire en tant qu'activité lucrative

En droit des assurances sociales, la notion d'« *activité lucrative* » (« *Erwerbstätigkeit* », « *attività lucrative* ») a été définie par la jurisprudence, comme l'a rappelé le Tribunal fédéral dans l'arrêt que nous commentons ici (c. 5.1). Cette notion, qui figure notamment

⁶ Règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS), RS 831.101.

⁷ ALLIANCE F, Droits politiques ou revenus, mais pas les deux : le Tribunal fédéral confirme la discrimination des femmes parlementaires en congé de maternité, Communiqué de presse du 4 avril 2022, consultable à l'adresse : <https://fr.alliancef.ch/droits-politiques-conge-maternite>.

aux art. 4 al. 1 LAVS, 6 RAVS, 3 LAI⁸ et 27 LAPG⁹, signifie « l'exercice d'une activité (personnelle) déterminée visant à l'obtention d'un revenu et destinée à accroître le rendement économique », sans égard au point de savoir si la personne concernée a subjectivement l'intention de gagner de l'argent pour elle-même¹⁰. L'existence de cette intention doit au contraire être établie sur la base des faits économiques concrets, l'élément caractéristique essentiel d'une activité lucrative résidant dans « la concrétisation planifiée d'une volonté correspondante sous la forme d'une prestation de travail », ce dernier élément devant également être établi à satisfaction de droit¹¹. Conformément à cette définition légale, il existe un lien direct entre l'activité professionnelle de l'assuré et l'afflux des prestations appréciables en argent qui en résulte¹².

Si l'on examine le mandat de conseillère nationale à l'aune de ces principes jurisprudentiels, force est d'admettre que les considérations du Tribunal fédéral ne prêtent pas le flanc à la critique. Tout d'abord, le fait que les dispositions relatives à l'allocation de maternité n'étaient pas encore en vigueur au moment où la jurisprudence selon laquelle la notion d'activité lucrative au sens de la législation sur l'AVS prévaut également dans d'autres branches des assurances sociales, notamment dans le régime des allocations pour perte de gain¹³, a été rendue, n'est pas déterminant. Comme l'a exposé le Tribunal fédéral (c. 5.1 et 5.2.4), il ressort en effet des travaux préparatoires que l'activité lucrative a été explicitement décrite dans le cadre de l'art. 16b LAPG en référence à la notion prévalant dans LAVS et aucune indication n'y figure, selon laquelle l'activité lucrative au sens de l'art. 16d LAPG serait plus restrictive que celle employée aux art. 4 al. 1 LAVS et 6 RAVS¹⁴.

Le fait que l'exercice d'une activité politique à l'Assemblée fédérale n'a en principe pas pour objectif principal de générer un revenu, mais d'exercer des droits et des devoirs politiques, ne suffit ensuite pas pour retenir qu'il ne s'agit pas d'une activité lucrative. Quoiqu'en dise la recourante, le point de savoir si la personne concernée a subjectivement l'intention de gagner de l'argent pour elle-même n'est en effet pas déterminant et il convient bien plutôt de se fonder sur les faits économiques concrets¹⁵. Or en l'espèce, le Tribunal fédéral a considéré que cette activité politique implique une prestation de travail complète qui est rémunérée

⁸ Loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (LAI), RS 831.20.

⁹ La notion d'activité lucrative au sens de la législation sur l'AVS (cf. art. 4 al. 1 LAVS et 6 RAVS) prévaut également dans d'autres branches des assurances sociales, notamment dans l'assurance-invalidité et le régime des allocations pour perte de gain, mais aussi dans l'assurance-chômage (art. 2 al. 1 lit. a et 3 al. 1 LACI), la prévoyance professionnelle (art. 2 et 3 LPP) et l'assurance-accidents obligatoire (art. 1 LAA et 1 OLAA). La notion d'activité lucrative a été introduite dans la LPGA indirectement, par le recours aux notions de « salarié » (art. 10 LPGA) et de « personnes exerçant une activité lucrative indépendante » (art. 12 LPGA). Cf. ATF 128 V 20, c. 3b.

¹⁰ TF 9C_423/2021 du 1^{er} avril 2022, c. 5.1. Cf. aussi, p. ex., TF 8C_458/2021 du 25 janvier 2022, c. 4.2.2 ; TF 9C_827/2016 du 31 juillet 2017, c. 5.2.1 ; ATF 143 V 177, c. 3.1 ; ATF 139 V 12, c. 4.3 ; ATF 128 V 20, c. 3b ; ATF 125 V 383, c. 2a et les références.

¹¹ TF 9C_423/2021 du 1^{er} avril 2022, c. 5.1. Cf. aussi les références citées à la note ci-dessus.

¹² Cf. ATF 143 V 177, c. 3.1 ; ATF 139 V 12, c. 4.3 : « Entsprechend dieser Legaldefinition besteht ein direkter Zusammenhang zwischen der Erwerbstätigkeit des Versicherten und dem daraus resultierenden Zufluss von geldwerten Leistungen ».

¹³ Cf. ATF 128 V 20, c. 3b.

¹⁴ Cf. Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national (CSSS-N) relatif à l'initiative parlementaire « Révision de la loi sur les allocations pour perte de gain. Extension du champ d'application aux mères exerçant une activité lucrative » du 3 octobre 2002, FF 2002 6998 (7020 et 7022).

¹⁵ Cf., p. ex., TF 9C_423/2021 du 1^{er} avril 2022, c. 5.1.

(« *eine umfassende Arbeitsleistung, die entschädigt wird* », c. 5.2.2). A cet égard, il a constaté (c. 5.2.1) que la loi fédérale sur les moyens alloués aux membres de l'Assemblée fédérale et sur les contributions allouées aux groupes du 18 mars 1988 (LMAP)¹⁶ prévoit que la Confédération verse aux membres de l'Assemblée fédérale (les députés) une indemnité au titre de l'exercice du mandat parlementaire, ainsi qu'une contribution destinée à couvrir les coûts qui résultent de leur activité parlementaire (art. 1 LMAP)¹⁷. L'indemnité versée n'est ainsi pas seulement une indemnisation des dépenses, mais bien un revenu, ce d'autant plus que le Conseil national est un parlement semi-professionnel, compte tenu du temps consacré aux mandats parlementaires (c. 5.2.2). L'avis selon lequel une activité parlementaire est une activité lucrative dont la reprise avant l'échéance du congé de maternité provoque l'extinction du droit à l'allocation de maternité est au demeurant partagé par le Conseil fédéral¹⁸, ainsi que par les Commissions des institutions politiques du Conseil des Etats (CIP-CE) et du Conseil national (CIP-CN)¹⁹.

Par ailleurs, selon la pratique, les rétributions des membres du Parlement font partie du salaire déterminant pour le calcul des cotisations AVS au sens des art. 5 al. 2 LAVS et 7 lit. i RAVS (c. 5.3). Conformément à cette dernière disposition, qui a été jugée conforme à la loi, le salaire déterminant pour le calcul des cotisations comprend notamment le revenu des membres d'autorités de la Confédération, des cantons et des communes (c. 5.3.2)²⁰. En l'absence d'une norme d'exemption comparable à l'art. 6 al. 2 lit. a RAVS²¹, il ne peut appartenir au juge d'exempter de l'obligation de cotiser la rémunération provenant d'une activité parlementaire, après que le Conseil fédéral l'a déclarée partie intégrante du salaire déterminant à l'art. 7 lit. i RAVS (c. 5.3.2). Dès lors que les conditions pour un changement de jurisprudence ne sont pas réalisées, il n'y a pas de raison de s'en écarter (c. 5.3.3)²².

¹⁶ Loi fédérale sur les moyens alloués aux membres de l'Assemblée fédérale et sur les contributions allouées aux groupes du 18 mars 1988 (LMAP), RS 171.21.

¹⁷ L'indemnité au titre de l'exercice du mandat parlementaire comprend une indemnité annuelle pour la préparation des travaux parlementaires (art. 2 LMAP), ainsi qu'une indemnité journalière pour chaque jour de travail où un député participe à une séance de son conseil, d'une commission ou d'une délégation, de son groupe parlementaire ou du comité de ce dernier, ainsi pour chaque jour où il accomplit une mission spéciale sur demande du président du conseil ou d'une commission (art. 3 al. 1 LMAP).

¹⁸ Cf. Avis du Conseil fédéral du 27 février 2019 relatif à l'interpellation « *Perte des allocations de maternité pour cause de participation à une séance parlementaire* » (I. 18.4390 ; Sibel Arslan) : « *L'activité parlementaire étant considérée comme une activité lucrative, sa reprise met généralement fin au droit à des allocations pour perte de gain en cas de maternité, pour autant que le revenu réalisé dépasse 2300 francs par année civile* ».

¹⁹ Cf. Communiqués de presse de la CIP-CE du 10 novembre 2020 et de la CIP-CN du 22 janvier 2021, consultables sur le site internet de l'Assemblée fédérale, à l'adresse <http://www.parlament.ch>.

²⁰ Cf. TF 9C_641/2017 du 16 octobre 2018, c. 5 ; TF H 274/03 du 2 août 2004, c. 3.

²¹ Selon cette disposition, ne sont pas comprises dans le revenu provenant d'une activité lucrative, la solde militaire, les indemnités de fonction dans la protection civile, les sommes d'argent de poche aux personnes astreintes au service civil, la solde allouée pour le service du feu selon l'art. 24, let. *f*^{bis} de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990 (LIFD, RS 642.11), de même que les indemnités analogues dans les cours pour moniteurs de jeunes tireurs.

²² Pour rappel, un changement de jurisprudence ne se justifie, en principe, que lorsque la nouvelle solution procède d'une meilleure compréhension de la *ratio legis*, repose sur des circonstances de fait modifiées ou répond à l'évolution des conceptions juridiques ; sinon, la pratique en cours doit être maintenue. Un changement doit par conséquent reposer sur des motifs sérieux et objectifs qui, dans l'intérêt de la sécurité du droit, doivent être d'autant plus importants que la pratique considérée comme erronée, ou désormais inadaptée aux circonstances, est ancienne. Concernant les conditions d'un changement de jurisprudence,

En l'espèce, dès lors que la parlementaire recourante a perçu une allocation de maternité pour son activité parlementaire, qui avait été fixée en tenant compte des indemnités versées dans ce cadre, le Tribunal fédéral a considéré qu'il était logique que la reprise de cette activité mît fin au droit à l'allocation de maternité (c. 5.3.4). A ce propos, on rappellera en effet que l'allocation de maternité est réservée aux femmes professionnellement actives (cf. art. 16b LAPG) et que cette prestation est calculée en se fondant sur le revenu moyen de l'activité lucrative obtenu avant le début du droit à l'allocation (cf. art. 16e al. 2 LAPG). On perçoit ici le lien direct qui existe entre l'activité parlementaire exercée par la recourante et les prestations appréciables en argent qui en résultent, lequel constitue un élément essentiel de la notion d'activité lucrative, selon la jurisprudence précédemment rappelée²³.

Le fait que la recourante ne puisse pas se faire représenter dans l'exercice de son mandat politique et donc, qu'elle ne puisse exercer son droit démocratique de participation que par une présence effective, ne suffit finalement pas, selon le Tribunal fédéral, pour admettre qu'il ne s'agit pas une activité lucrative, dont la reprise entraîne l'extinction du droit à l'allocation de maternité au sens de l'art. 16d al. 3 LAPG (c. 5.2.3).

Certes, compte tenu des particularités qui distinguent un mandat de parlementaire d'autres activités lucratives, la situation actuelle peut paraître insatisfaisante non seulement pour les mères concernées, mais également pour l'institution parlementaire et les électeurs. Cela étant, la reconnaissance du droit des femmes à l'allocation de maternité en cas de reprise d'une activité parlementaire avant l'échéance du congé de maternité de 14 semaines nécessite l'intervention du législateur, dès lors que tant la lettre que le but de la loi indiquent clairement que le droit à l'allocation de maternité cesse en cas de reprise anticipée d'une activité lucrative (notion qui englobe les activités parlementaires ; c. 5.4) et qu'il ne peut pas renaître à l'échéance de cette activité (*infra*, B.). L'Assemblée fédérale a d'ailleurs été saisie de la question, puisque plusieurs initiatives cantonales, qui requièrent que la LAPG soit modifiée afin que les femmes puissent exercer leurs mandats politiques à tous les niveaux législatifs pendant leur congé de maternité sans pour autant perdre leur droit à l'allocation de maternité, ont récemment été déposées²⁴. Dans ce contexte, conscientes qu'un mandat parlementaire est une activité lucrative, dont la reprise anticipée entraîne l'extinction du droit de la députée à l'allocation de maternité si elle participe, même ponctuellement, à des séances du Parlement pendant son congé de maternité, la CIP-CE et la CIP-CN considèrent que « *des dispositions du droit des assurances sociales ne devraient pas empêcher les élues*

cf., p. ex., TF 9C_338/2021 du 18 novembre 2021, c. 6.3.2 ; ATF 144 V 72, c. 5.3.2 ; ATF 142 V 112, c. 4.4 ; ATF 140 V 538, c. 4.5 et les arrêts cités.

²³ Cf. ATF 143 V 177, c. 3.1 ; ATF 139 V 12, c. 4.3.

²⁴ Cf. Initiative cantonale « *Exercer un mandat politique en cas de maternité. Modification de la législation fédérale* » (lv. ct. 19.311 ; Zoug) du 4 septembre 2019 ; Initiative cantonale « *Participation aux séances parlementaires pendant le congé de maternité* » (lv. ct. 20.313 ; Bâle-Campagne) du 4 juin 2020 ; Initiative cantonale « *Femmes politiques en congé maternité* » (lv. ct. 20.323 ; Lucerne) du 8 juillet 2020 ; Initiative cantonale « *Exercice du mandat parlementaire pendant le congé de maternité* » (lv. ct. 21.311 ; Bâle-Ville) du 27 avril 2021. Ces initiatives cantonales avaient déjà été précédées par une interpellation « *Perte des allocations de maternité pour cause de participation à une séance parlementaire* » (I. 18.4390 ; Sibel Arslan) déposée le 14 décembre 2018 et classée le 18 décembre 2020. La CIP-CE et la CIP-CN ont décidé de donner suite aux initiatives cantonales 19.311, 20.313 et 20.323 en date des 9 novembre 2020 et 22 janvier 2021. L'initiative cantonale 21.311 n'a pour l'heure pas encore été traitée.

d'exercer leur mandat de représentantes du peuple »²⁵. Cet avis est partagé par Alliance F, qui estime, au travers de la voix de la recourante qui est coprésidente de son comité de direction, que l'arrêt 9C_469/2021 est « *hautement contestable* » car il « *empêche les mères d'assumer leur mandat populaire* » en les obligeant à « *choisir entre leurs droits politiques et la compensation salariale* », ce qui n'est pas compatible avec l'idée du système helvétique de milice ²⁶. Il s'agirait donc, pour le législateur, de proposer une modification de l'art. 16d al. 3 LAPG, sous la forme, par exemple, de l'ajout d'une seconde phrase, à teneur de laquelle la participation à des séances parlementaires n'entraîne pas l'extinction anticipée du droit à l'allocation de maternité.

L'introduction d'une réglementation spéciale pour les fonctions politiques n'est toutefois, de notre point de vue, pas la solution à préconiser. Elle serait en effet difficilement compatible avec la légitimité démocratique, car elle permettrait aux femmes parlementaires de s'arroger le « droit » d'obtenir pour elles-mêmes, par le biais d'une modification de la loi, des avantages qu'elles ne veulent pas accorder – ou à tout le moins qu'elles n'ont pas accordés – à d'autres femmes professionnellement actives. La participation à une séance parlementaire n'entraînerait ainsi pas l'extinction du droit à l'allocation de maternité, contrairement, notamment, à la participation à un conseil d'administration ou à l'exercice d'une activité accessoire dans l'entreprise familiale, d'où un résultat problématique également sous l'angle de l'égalité de traitement entre femmes durant la maternité ²⁷. Dans la mesure où actuellement les conditions du droit à l'allocation de maternité sont identiques pour toutes les assurées²⁸, le pouvoir législatif devrait veiller à ne pas modifier cet état de fait en favorisant certaines catégories de femmes, en particulier des femmes qui le composent. Il reste donc à espérer que le législateur sera conscient de cette nécessité et qu'il ne sacrifiera pas l'égalité, au profit d'autres intérêts, comme il l'a du reste fait récemment lorsqu'il a ouvert le mariage aux couples de même sexe²⁹. En assimilant le conjoint survivant d'un couple homosexuel, selon son sexe, à un veuf ou à une veuve, le législateur a en effet réintroduit une inégalité entre les sexes dans les conditions du droit à la rente de conjoint survivant, qu'il avait pourtant supprimée quinze ans plus tôt lorsqu'il avait assimilé la partenaire enregistrée survivante à un

²⁵ Cf. Communiqués de presse de la CIP-CE du 10 novembre 2020 et de la CIP-CN du 22 janvier 2021, consultables sur le site internet de l'Assemblée fédérale, à l'adresse <http://www.parlament.ch>.

²⁶ ALLIANCE F, Droits politiques ou revenus, mais pas les deux : le Tribunal fédéral confirme la discrimination des femmes parlementaires en congé de maternité, Communiqué de presse du 4 avril 2022, consultable à l'adresse : <https://fr.alliancef.ch/droits-politiques-conge-maternite>.

²⁷ A cet égard, dans son avis du 27 février 2019 relatif à l'interpellation « *Perte des allocations de maternité pour cause de participation à une séance parlementaire* » (I. 18.4390 ; Sibel Arslan), le Conseil fédéral avait déjà rendu le législateur attentif à cette problématique, puisqu'il avait indiqué qu'« *[u]ne telle réglementation introduirait toutefois une inégalité de traitement entre les mères parlementaires et les autres mères exerçant une activité lucrative* ».

²⁸ Cf. Avis du Conseil fédéral du 27 février 2019 relatif à l'interpellation « *Perte des allocations de maternité pour cause de participation à une séance parlementaire* » (I. 18.4390 ; Sibel Arslan) : « *Du point de vue du Conseil fédéral, il n'y a aucune inégalité de traitement dans l'octroi de l'allocation de maternité en vertu du droit en vigueur. Toutes les assurées y ont droit aux mêmes conditions, également les parlementaires des cantons et des communes. De même, pour toutes les mères concernées, la reprise d'une activité lucrative avant le terme du congé de maternité met fin au droit à l'allocation de maternité, sauf si le salaire réalisé n'excède pas 2300 francs par année civile* ».

²⁹ Modification du Code civil suisse (Mariage pour tous) du 18 décembre 2020, RO 2021 747.

veuf (cf. art. 13a al. 2 LPGA³⁰)³¹. Une solution préférable consisterait, selon nous, à définir les activités dont la reprise avant l'échéance du congé de maternité de 14 semaines ne devrait pas entraîner l'extinction du droit à l'allocation de maternité³², sur le modèle de la solution retenue par le Tribunal fédéral s'agissant des activités accessoires marginales (activités procurant un salaire annuel inférieur au salaire de minime importance selon l'art. 34d al. 1 RAVS ; *infra*, C.)³³, tout en tenant compte aussi des cas de surindemnisation susceptibles de se présenter³⁴. D'autres exceptions existent par ailleurs déjà, puisque la fréquentation des cours de formation théorique (pour les apprenties, p. ex.) et la poursuite des mesures du marché du travail de l'assurance-chômage ne doivent pas être considérées, selon l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS), comme une reprise de l'activité lucrative et ne provoquent dès lors pas la fin du droit à l'allocation de maternité³⁵.

B. Le droit à l'allocation de maternité : un droit qui ne peut pas renaître

Selon l'art. 16d al. 3 LAPG, le droit à l'allocation de maternité prend fin de manière anticipée si la mère reprend une activité lucrative ou si elle décède. Force est de constater, à la suite du Tribunal fédéral (c. 6.2.1), que la lettre de cette disposition est claire et qu'une interprétation historique, téléologique ou systématique de la norme en cause ne permet pas de parvenir à un résultat autre que celui selon lequel le droit à l'allocation de maternité suppose un arrêt complet de travail et ne peut pas être exercé partiellement, en plusieurs fois, en ce sens que le solde des allocations pourrait être reporté à une date ultérieure. En effet, il n'y a pas d'indication dans les travaux préparatoires qui laisserait penser que cette solution ne reflète pas la volonté du législateur³⁶. Le fait que la mère ne puisse et ne doive pas poursuivre son activité professionnelle ressort également du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé : le congé de maternité doit en effet permettre à la mère non seulement « *de se reposer des fatigues de la grossesse et de l'accouchement* », mais aussi « *de disposer du temps nécessaire pour s'occuper intensément de son nouveau-né durant les premiers mois* »³⁷, et de réaliser également des

³⁰ Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA), RS 830.1.

³¹ Sur cette problématique, cf. spécifiquement PERRENOUD Stéphanie, Mariage pour toutes et tous et prestations de survivants : quand l'égalité entre conjoints de même sexe et de sexe différent se fait au détriment de l'égalité entre les sexes, SZS/RSAS, n° 4-2021, pp. 203-208.

³² A cet égard, le Conseil fédéral considère qu'une telle solution n'est pas compatible avec le but du régime des allocations pour perte de gain. Cf. Avis du Conseil fédéral du 27 février 2019 relatif à l'interpellation « *Perte des allocations de maternité pour cause de participation à une séance parlementaire* » (I. 18.4390 ; Sibel Arslan) : une réglementation qui supprimerait totalement l'effet juridique de la fin du droit à l'allocation de maternité en cas de reprise d'une activité lucrative serait « *en contradiction avec le but du régime des allocations pour perte de gain, puisqu'à la reprise d'une activité lucrative, il n'y aurait précisément plus de perte de gain qui doit être compensée* ».

³³ ATF 139 V 250, c. 4.6.

³⁴ Sur ce point, cf. Avis du Conseil fédéral du 27 février 2019 relatif à l'interpellation « *Perte des allocations de maternité pour cause de participation à une séance parlementaire* » (I. 18.4390 ; Sibel Arslan).

³⁵ OFAS, Circulaire sur les allocations de maternité et de paternité (CAMaPat), valable à partir du 1^{er} janvier 2021, état au 1^{er} janvier 2022, n° 1052.

³⁶ Cf. FF 2002 6998 (7022) : « *Une reprise de l'activité lucrative met toujours fin au droit, même si la reprise du travail n'est que partielle. Une telle solution entend notamment encourager la mère à épuiser totalement son droit aux allocations de maternité* ».

³⁷ FF 2002 6998 (7021). Cf. aussi, plus récemment, l'avis du Conseil fédéral du 27 février 2019 relatif à l'interpellation « *Perte des allocations de maternité pour cause de participation à une séance parlementaire* » (I. 18.4390 ; Sibel Arslan) déposée le 14 décembre 2018 et classée le 18 décembre 2020 : l'art. 16d al. 3 LAPG,

objectifs importants en matière de politique familiale, sociale et d'égalité³⁸. Sous l'angle finalement de la relation de l'art. 16d al. 3 LAPG avec d'autres dispositions légales, une interruption du travail n'est pas seulement nécessaire, mais prescrite par l'art. 35a al. 3 LTr³⁹, et les conséquences économiques de celle-ci doivent être couvertes par une assurance sociale, comme il en va en cas d'interruption de l'activité lucrative à la suite d'un accident ou en raison d'un service militaire (c. 6.2.1). Interpréter l'art. 16d al. 3 LAPG en ce sens que le droit à l'allocation de maternité ne devrait pas être pris « *en un seul tenant* » et pourrait donc renaître lorsque la mère cesse d'exercer l'activité professionnelle reprise prématurément durant le congé de maternité (soit, en l'occurrence, lorsque la recourante a mis fin à son activité au Parlement au 31 mars 2019) serait en outre contraire au libellé de l'art. 16c al. 2 LAPG, selon lequel l'allocation de maternité est versée « *durant 98 jours consécutifs, à partir du jour où elle a été octroyée* » (c. 6.2.2). On ajoutera également que, par le passé, le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de se prononcer sur la conformité au droit fédéral de l'art. 25 RAPG, qui précise que le droit à l'allocation s'éteint le jour où la mère reprend une activité lucrative, « *quel que soit son taux d'occupation* ». Après avoir considéré qu'en adoptant l'art. 16d LAPG, le législateur entendait non seulement encourager la mère à bénéficier de l'entier de son droit aux allocations de maternité mais aussi éviter que des indemnités journalières puissent continuer à être perçues en sus du revenu d'une activité professionnelle, le Tribunal fédéral avait jugé que la disposition réglementaire concrétisait la volonté exprimée par le législateur et était ainsi conforme au droit fédéral⁴⁰ (*infra*, C.).

Dès lors que l'interprétation de l'art. 16d al. 3 LAPG dans le sens voulu par la recourante serait contraire au texte clair et à la volonté claire du législateur, elle dépasse le cadre d'une interprétation conforme à la Constitution et doit être rejetée (c. 6.2.2, en relation avec le c. 4.2). A cet égard, la recourante ne peut rien non plus tirer en sa faveur du droit fondamental à l'égalité entre les sexes (art. 8 al. 3 Cst.⁴¹). Certes, contrairement au droit des mères à l'allocation de maternité, qui n'est pas fractionnable et doit être exercé en un seul tenant, celui des pères a été aménagé de manière plus flexible, puisque le congé de paternité peut être pris sous la forme de semaines ou de journées (art. 16k al. 3-4 LAPG), si bien que seules les femmes parlementaires sont en définitive contraintes de faire le choix entre renoncer à l'exercice de leur mandat populaire ou perdre la totalité de l'allocation de maternité restante. Cela étant, l'allocation de maternité et l'allocation de paternité ont été conçues de manière différente non seulement sur ce point, mais également s'agissant de leur but et des autres

qui prévoit que « *si la mère reprend une activité lucrative au cours de son congé de maternité de quatorze semaines, le droit s'éteint [...] reflète le but de l'assurance pour perte de gain, qui est de compenser les pertes de gain durant le congé de maternité* ».

³⁸ Cf. Avis du Conseil fédéral du 6 novembre 2002 relatif au Rapport de la CSSS-N relatif à l'initiative parlementaire « *Révision de la loi sur les allocations pour perte de gain. Extension du champ d'application aux mères exerçant une activité lucrative* » du 3 octobre 2002, FF 2003 1032 (1034) : « *La protection de la maternité constitue une tâche à laquelle l'Etat ne saurait se soustraire. Elle procède d'un impératif de politique familiale, d'un postulat de politique sociale et du principe fondamental de l'égalité entre femmes et hommes. Il importe d'accorder à la mère une période de repos après l'accouchement, lui permettant de récupérer, de s'occuper du nouveau-né et de développer la relation mère-enfant sans être accablée par des soucis financiers. Après l'accouchement, la mère ne peut ni ne doit être contrainte de reprendre immédiatement une activité lucrative* ».

³⁹ Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (LTr), RS 822.11. L'art. 35a al. 3 LTr s'applique également aux parlementaires fédérales (cf. art. 3 al. 3 LMAP).

⁴⁰ ATF 139 V 250, c. 4.1-4.5.

⁴¹ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.), RS 101.

paramètres du droit, notamment de la durée de versement de l'allocation (14 semaines pour l'allocation de maternité contre 2 semaines pour l'allocation de paternité), de sorte que la situation de la mère n'est pas comparable à celle du père, comme l'a expliqué le Tribunal fédéral dans l'arrêt que nous commentons (c. 6.2.3)⁴². On rappellera également que le Tribunal fédéral a déjà jugé, s'agissant du point de savoir si le fait qu'une allocation d'exploitation ne peut pas être versée en sus de l'allocation de maternité (alors qu'elle peut l'être en cas de perception d'une allocation en cas de service) contrevient au principe de l'égalité entre les sexes, que dans la mesure où l'assurance-maternité est liée à la maternité biologique (accouchement, convalescence *post partum* et allaitement) et non pas à la parentalité sociale et aux tâches d'assistance qui en découlent, elle est destinée à compenser les conséquences économiques d'un événement qui ne peut concerner que les femmes, si bien que celles-ci ne peuvent pas se prévaloir d'une discrimination juridique fondée sur le sexe si une autre assurance sociale prévoit éventuellement un mode d'indemnisation différent⁴³. Au demeurant, si le Tribunal fédéral était en l'espèce parvenu à la conclusion que l'art. 16d al. 3 LAPG contrevient au principe de l'égalité entre les sexes (art. 8 al. 3 LAPG), il n'aurait pas pu renoncer à l'appliquer⁴⁴. Conformément au principe de l'immunité des lois fédérales (art. 190 Cst.), bien que le Tribunal fédéral soit habilité à en contrôler la constitutionnalité, il est en principe obligé d'appliquer celles-ci lorsqu'il constate une violation de la Constitution, et ne peut qu'inviter le législateur à modifier la disposition en cause⁴⁵. Il ne peut procéder à une interprétation conforme à la Constitution d'une loi fédérale que si les méthodes ordinaires d'interprétation laissent subsister un doute sur son sens⁴⁶, ce qui n'est pas le cas en l'espèce (cf. c. 6.2.2). L'interprétation conforme à la Constitution trouve ainsi ses limites lorsque le texte et le sens de la disposition légale sont absolument clairs⁴⁷. Ce n'est en effet que si le texte légal d'une disposition n'est pas clair et dans la mesure où il existe des motifs sérieux de penser que ce texte ne correspond pas en tous points au sens véritable de la disposition visée et conduit à des résultats que le législateur ne peut avoir voulus et qui heurtent le sentiment de la justice ou le principe de l'égalité de traitement, que le juge peut s'en écarter dans le cadre de l'examen ultérieur d'un cas d'application concret⁴⁸.

⁴² TF 9C_469/2021 du 8 mars 2021, c. 6.2.3 : « *Nichtsdestotrotz ist hier eine nicht vergleichbare Situation gegeben, hat der Gesetzgeber den Anspruch der Mutter im Vergleich zu jenem des Vaters doch insgesamt als viel umfassender und mit dem Ziel ausgestattet, der Mutter die nötige Zeit einzuräumen, sich in den ersten Monaten (am Stück) intensiv um ihr Neugeborenes kümmern zu können* ».

⁴³ Cf. ATF 146 V 378, c. 4.3.

⁴⁴ Pour un exemple, s'agissant des privilèges dont bénéficient les veuves par rapport aux veufs dans les conditions d'octroi de la rente de conjoint survivant, cf. TF 9C_119/2018 du 4 avril 2018, c. 4.1 ; TF 9C_871/2017 du 15 janvier 2018, c. 5.2.1 : Bien qu'il soit admis de longue date que la réglementation prévue aux art. 23 et 24 LAVS est contraire au principe de l'égalité entre hommes et femmes (art. 8 Cst.) et qu'elle devrait être adaptée et harmonisée, il appartient au législateur, et non pas au juge, d'apporter les correctifs nécessaires. Ces derniers ne sauraient par conséquent être introduits dans le cadre de l'examen ultérieur d'un cas d'application concret, dans la mesure où l'art. 190 Cst. oblige le Tribunal fédéral à appliquer lesdites dispositions légales, même si elles sont anticonstitutionnelles. Cf. aussi, concernant l'âge différencié de la retraite des femmes et des hommes (art. 21 LAVS et 13 LPP), ATF 121 V 229, c. 1-2.

⁴⁵ Cf., p. ex., ATF 141 II 338, c. 3.1 ; ATF 140 I 353, c. 4.1 ; ATF 137 I 128, c. 4.3.1 ; ATF 136 II 120, c. 3.5.1 ; ATF 136 I 49, c. 3.1 ; ATF 129 II 249, c. 5.4.

⁴⁶ Cf., p. ex., ATF 141 II 338, c. 3.1 ; ATF 137 I 128, c. 4.3.1 et les arrêts cités.

⁴⁷ Cf., notamment, ATF 142 V 442, c. 5.1 ; ATF 141 II 338, c. 3.1 ; ATF 140 V 449, c. 4.2 et les arrêts cités.

⁴⁸ Ainsi, l'art. 190 Cst. ne fait pas obstacle à une interprétation qui irait à l'encontre du texte d'une disposition légale lorsque des motifs sérieux permettent d'admettre qu'il ne reproduit pas son vrai sens ; de tels motifs

C'est sans davantage de succès que la recourante s'est encore prévaluée des art. 4 al. 1 et 6 al. 1 de la Convention n° 183 de l'Organisation internationale du travail (OIT) sur la protection de la maternité⁴⁹, qui garantissent le droit à un congé de maternité d'une durée de 14 semaines au moins, assorti du versement de prestations en espèces. Après avoir laissé ouverte la question de savoir si ces dispositions étaient ou non applicables, le Tribunal fédéral a en effet constaté que la caisse de compensation avait en l'occurrence reconnu le droit de l'intéressée à une allocation de maternité qui, conformément à l'art. 16c al. 2 LAPG, devait être versée durant 98 jours consécutifs, ce qui correspond donc à des prestations en espèces versées durant un congé de maternité de 14 semaines, comme le prévoit la Convention n° 183 de l'OIT. Le fait qu'une indemnité n'a finalement pas été versée pendant 98 jours à la recourante n'est ainsi pas dû à l'absence de base légale ou au non-respect de la Convention n° 183 de l'OIT par l'instance précédente, mais à la reprise anticipée par l'intéressée d'une activité lucrative (fonction politique) au sens de l'art. 16d al. 3 LAPG (c. 6.2.4).

En définitive, en l'état actuel du droit, la mère qui reprend l'exercice d'une activité lucrative, même à temps partiel ou temporairement, pour une brève période, avant l'échéance du congé de maternité de 14 semaines, perd le droit aux indemnités journalières pour la période restante du congé⁵⁰. L'arrêt que nous discutons invite ainsi le législateur à se saisir de la question de savoir si l'extinction définitive du droit à l'allocation de maternité en cas de reprise (temporaire) d'une activité professionnelle avant l'échéance de ce droit, constitue une solution appropriée. S'il considère que tel n'est pas le cas, nous ne pouvons que l'encourager à étendre son examen aux possibilités qui permettraient également d'introduire davantage de souplesse quant à l'exercice du droit à l'allocation de maternité (reprise d'une activité lucrative à 50 % dès la 9^e semaine suivant l'accouchement accompagnée d'un allongement proportionnel de la durée de versement de l'allocation, p. ex.). Bien que le Tribunal fédéral considère que les différences de traitement entre les hommes et les femmes résultant des congés et allocations de maternité et de paternité ne soient pas constitutives d'inégalités de traitement formelles entre les sexes contrairement à l'art. 8 al. 3 Cst. (c. 6.2.3)⁵¹, la reconnaissance du droit des mères à un congé de maternité pouvant être pris sous la forme de journées ou de semaines séparées offrirait aux parents davantage de latitude quant à la répartition des tâches entre eux et permettrait d'améliorer la situation sous l'angle de l'égalité matérielle ou égalité de fait entre les sexes. Le fait que la reprise d'une activité lucrative durant le congé de maternité entraîne l'extinction du droit à l'allocation de maternité contraint en effet les femmes à prendre leur congé de maternité en une seule fois, ce qui a pour conséquence qu'elles s'occupent principalement des affaires familiales dans les semaines qui suivent la naissance de l'enfant, d'où une perpétuation des stéréotypes de genre, que les Etats sont pourtant tenus d'éliminer en vertu de l'art. 5 CEDEF⁵². A cet égard, s'agissant de la durée

peuvent résulter des travaux préparatoires, du fondement et du but de la prescription en cause, ainsi que de sa relation avec d'autres dispositions. Si tel est le cas, le juge peut alors s'écarter du texte de la disposition et l'interpréter selon son sens véritable, surtout si celui-ci apparaît plus conforme à la Constitution que son texte. Cf., p. ex., ATF 139 I 257, c. 4.2 ; ATF 138 II 557, c. 7.1.

⁴⁹ Convention n° 183 sur la protection de la maternité, conclue à Genève le 15 juin 2000, approuvée par l'Assemblée fédérale le 14 décembre 2012 et entrée en vigueur pour la Suisse le 4 juin 2015, RS 0.822.728.3.

⁵⁰ Cf., déjà, PERRENOUD STÉPHANIE, La protection de la maternité – Etude de droit suisse, international et européen, Berne 2015, pp. 1110-1111 et 1161-1164.

⁵¹ Cf. aussi ATF 146 V 378, c. 4.3.

⁵² Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes conclue le 18 décembre 1979 par l'Assemblée générale des Nations Unies, approuvée par l'Assemblée fédérale

différente des congés de maternité et de paternité, le Conseil fédéral concède que la situation n'est pas optimale et que la durée du congé de paternité de deux semaines « *pose la question de l'inégalité entre femmes et hommes, notamment quant à la répartition des tâches familiales durant les premiers mois de l'enfant et à l'absence de possibilité pour les hommes de prendre un congé de paternité plus long* »⁵³. Nul doute que l'introduction d'un congé parental, en ce qu'il s'agit d'une mesure qui permettrait une meilleure répartition des tâches entre les parents, serait susceptible de modifier les schémas et modèles de comportement socio-culturel de l'homme et de la femme en encourageant une indifférenciation des rôles sociaux de père et de mère. Le législateur suisse semble toutefois réticent à de pareils changements puisqu'il n'a, pour l'heure, pas encore décidé d'introduire un tel congé. On perçoit ici le fossé qui sépare la Suisse de l'Union européenne, qui enjoint aux Etats membres d'octroyer un droit individuel à un congé parental de quatre mois aux travailleurs, hommes ou femmes, en raison de la naissance ou de l'adoption d'un enfant, de manière à leur permettre de prendre soin de cet enfant jusqu'à ce qu'il atteigne un âge déterminé pouvant aller jusqu'à huit ans (D. 2010/18/UE⁵⁴, puis D. 2019/1158/UE). Le retard de la Suisse en la matière ne paraît du reste pas sur le point d'être comblé rapidement, dès lors que le Parlement a encore récemment réaffirmé son refus d'introduire un congé parental⁵⁵.

C. Les effets de la reprise d'une activité lucrative sur le droit à l'allocation de maternité découlant de l'exercice d'une autre activité lucrative

Pour parvenir à la conclusion selon laquelle la participation aux activités du Parlement, à partir du 4 mars 2019, avait également entraîné l'extinction du droit de la requérante à l'allocation de maternité qui lui avait été octroyée pour son activité exercée dans le secteur privé, quand bien même l'intéressée n'avait-elle pas repris cette activité-ci avant la fin de la période de versement de l'allocation de maternité de 14 semaines selon l'art. 16d al. 1 LAPG (c. 7.2), le

le 4 octobre 1996 et entrée en vigueur pour la Suisse le 26 avril 1997, A/RES/34/180, RS 0.108. Selon l'art. 5 CEDEF, les Etats sont tenus de prendre des mesures afin de modifier les schémas et modèles de comportement socio-culturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes (art. 5 lit. a CEDEF). Ils doivent également faire en sorte que l'éducation familiale contribue à faire comprendre que la maternité est une fonction sociale et à faire reconnaître la responsabilité commune de l'homme et de la femme dans le soin d'élever leurs enfants et d'assurer leur développement, étant entendu que l'intérêt des enfants est la condition primordiale dans tous les cas (art. 5 lit. b CEDEF).

⁵³ Rapport du Conseil fédéral « *Inégalités directes entre femmes et hommes en droit fédéral* » du 10 décembre 2021, donnant suite au postulat 19.4092 Caroni du 19 septembre 2019, p. 15.

⁵⁴ La Directive 2010/18/UE du Conseil du 8 mars 2010 portant application de l'accord-cadre révisé sur le congé parental conclu par BUSINESSEUROPE, l'UEAPME, le CEEP et la CES et abrogeant la Directive 96/34/CE (JO L 68 du 18 mars 2010, pp. 13-20) enjoint aux Etats membres d'octroyer un congé parental de quatre mois aux travailleurs en raison de la naissance ou de l'adoption d'un enfant, dont un mois au moins non transférable entre les parents. Cette Directive sera abrogée le 2 août 2022 et remplacée par la Directive 2019/1158/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et des aidants (JO L 188 du 12 juillet 2019, pp. 79-93), qui prévoit que deux des quatre mois du congé parental ne seront désormais plus transférables d'un parent à l'autre et que le congé devra être assorti d'une rémunération ou allocation (art. 5 et 8 §§ 1 et 3 D. 2019/1158/UE).

⁵⁵ Cf., p. ex., Initiative parlementaire « *Congé parental de deux fois quatorze semaines. Mêmes chances sur le marché du travail pour les deux parents* » (Iv. pa. 20.472 ; Kathrin Bertschy), déposée le 25 septembre 2020 et à laquelle le Conseil national a refusé de donner suite le 28 septembre 2021 ; Motion « *Instaurer un congé parental souple et moderne* » (Mo. 19.3738 ; Philipp Müller), déposée le 20 juin 2019 et rejetée par le Conseil des Etats le 12 septembre 2019.

Tribunal fédéral s'est référé à un arrêt qu'il avait rendu le 30 avril 2013. Dans cet arrêt (ATF 139 V 250), il avait admis la conformité au droit fédéral de l'art. 25 RAPG, selon lequel le droit de la mère à l'allocation s'éteint le jour où celle-ci reprend une activité lucrative, « *quel que soit son taux d'occupation* », et donc, qu'« *une activité lucrative même partielle reprise prématurément par la mère est une activité lucrative au sens de l'art. 16d [...] LAPG, dont la reprise prématurée entraîne l'extinction du droit à l'allocation de maternité* »⁵⁶. Le Tribunal fédéral avait cependant réservé une exception à ce principe. Il avait en effet admis que l'art. 16d LAPG « *n'exclut pas que le droit à l'allocation de maternité persiste dans le cas où une activité lucrative principale n'a pas été reprise et où une activité accessoire marginale a été reprise prématurément sans qu'elle puisse être qualifiée d'activité lucrative partielle au sens de l'art. 16d seconde phrase LAPG* », précisant à cet égard que le salaire de minime importance au sens de l'art. 34d al. 1 RAVS (sur lequel des cotisations AVS ne sont perçues qu'à la demande de la personne assurée) peut être considéré comme un critère objectif permettant de fixer la limite (soit CHF 2'300.- par année civile depuis le 1^{er} janvier 2011⁵⁷) au-delà de laquelle une activité accessoire marginale reprise prématurément par la mère constitue une activité lucrative partielle au sens de l'art. 16d LAPG, entraînant la perte du droit à l'allocation de maternité⁵⁸. En l'occurrence, il s'agissait d'une employée, qui travaillait en qualité d'enseignante à un taux d'occupation supérieur à 96 % et qui exerçait, en sus, une activité accessoire dans le commerce exploité par son partenaire (à raison de 6 heures et 36 minutes par mois). Dans la mesure où l'intéressée n'avait repris prématurément que son activité accessoire et où celle-ci lui procurait un revenu inférieur au salaire de minime importance au sens de l'art. 34d al. 1 RAVS, le Tribunal fédéral avait jugé que la reprise de cette activité – qualifiée d'activité accessoire marginale – ne devait pas entraîner l'extinction du droit à l'allocation de maternité découlant de l'activité principale d'enseignante (soit une allocation de CHF 183.20 par jour), mais uniquement celle du droit à l'allocation afférent à l'activité accessoire (soit une allocation de CHF 5.60 par jour)⁵⁹. Le principe est donc celui selon lequel la reprise anticipée d'une activité lucrative ne peut provoquer l'extinction du droit à l'allocation de maternité découlant de l'exercice d'une autre activité professionnelle (qui elle n'a pas été reprise avant l'échéance du congé de maternité de 14 semaines), qu'à la condition qu'il ne s'agisse pas d'une activité accessoire marginale ; une activité lucrative reprise prématurément entraîne en revanche nécessairement la fin du droit à l'allocation de maternité dont elle a constitué le fondement, sans égard au point de savoir si ladite activité répond à la définition de l'activité accessoire marginale donnée par le Tribunal fédéral.

Dans l'arrêt 9C_469/2021, le Tribunal fédéral a confirmé ce principe. Il a en l'espèce considéré que dans la mesure où il était établi que l'activité parlementaire de la recourante ne pouvait pas être qualifiée d'activité accessoire marginale – dès lors que l'intéressée en retirait un revenu supérieur à CHF 2'300.- par année –, sa reprise avant la fin du congé de maternité de 14 semaines devait entraîner l'extinction de l'ensemble du droit à l'allocation de maternité, indépendamment d'une éventuelle reprise anticipée de l'activité exercée dans le secteur privé (« [...] *dass mit der Wiederaufnahme des politischen Amtes, und somit unabhängig von der*

⁵⁶ ATF 139 V 250, c. 4.5.

⁵⁷ Modification du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS) du 24 septembre 2010, RO 2010 4573.

⁵⁸ ATF 139 V 250, c. 4.6.

⁵⁹ ATF 139 V 250, c. 4.6.

allfälligen Rückkehr in die selbstständige Tätigkeit, der gesamte Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung endet », c. 7.1).

Etant donné que le législateur a voulu que la reprise, même partielle, d'une activité lucrative accessoire avant l'échéance du congé de maternité provoque l'extinction du droit à l'allocation de maternité⁶⁰, il lui appartient de modifier ce principe s'il l'estime nécessaire. Dans ce cas, il pourrait alors décider que la reprise prématurée d'une activité lucrative ne doit avoir des effets que sur le droit à l'allocation de maternité découlant de cette activité-ci (adjonction d'une seconde phrase à l'art. 16d al. 3 LAPG, selon laquelle, en cas de reprise d'une activité lucrative par la mère, seul prend fin le droit à l'allocation octroyé du fait de ce rapport de travail). La suspension du versement de l'allocation de maternité pendant les jours durant lesquels la mère a exercé une activité lucrative et la compensation ultérieure de ceux-ci pourrait également constituer une solution (adjonction d'une seconde phrase à l'art. 16d al. 3 LAPG, selon laquelle, en cas de reprise d'une activité lucrative par la mère, le droit à l'allocation de maternité est suspendu ; il recommence à courir lorsque la mère cesse son activité). La perte du droit à l'allocation de maternité uniquement pour les jours du congé de maternité durant lesquels la mère a exercé une activité lucrative pourrait aussi être envisagée. Une autre option consisterait à fixer un taux d'occupation en-deçà duquel une activité reprise prématurément demeurerait sans incidence sur le droit à l'allocation de maternité (adjonction d'une seconde phrase à l'art. 16d al. 3 LAPG, selon laquelle, lorsque l'activité lucrative reprise par la mère n'excède pas 20 %⁶¹, le droit à l'allocation de maternité ne s'éteint pas, p. ex.). Cette solution permettrait en particulier aux mères de participer à un conseil d'administration ou à des séances parlementaires pour aller exercer leur droit de vote, de donner une conférence, mais également d'accomplir certaines tâches dans le cadre d'une activité exercée dans l'entreprise familiale ou en qualité d'indépendante, sans crainte de perdre leur droit à l'allocation de maternité. Le législateur pourrait également opter pour le maintien du principe selon lequel la reprise anticipée d'une activité accessoire ne peut provoquer l'extinction du droit à l'allocation de maternité découlant d'une autre activité professionnelle (qui elle n'a pas été reprise avant l'échéance du congé de maternité de 14 semaines), qu'à la condition qu'elle ne soit pas marginale, tout en relevant le plafond (actuellement CHF 2'300.- par année, en référence à l'art. 34d al. 1 RAVS) à partir duquel une activité ne peut plus être qualifiée de marginale. Des solutions moins radicales que l'extinction du droit à l'allocation de maternité existent. Il reste donc à espérer que le législateur se saisira de la question, comme l'y invite l'arrêt 9C_469/2021, et qu'il adoptera une solution générale, destinée à l'ensemble des femmes exerçant une activité lucrative et non uniquement aux parlementaires.

⁶⁰ Cf. ATF 139 V 250, c. 4.5-4.6.

⁶¹ A cet égard, nous proposons un taux de 20 %, étant donné que le montant de l'allocation de maternité ne correspond non pas à 100 %, mais à 80 % du revenu moyen de l'activité lucrative obtenu avant le début du droit à l'allocation (cf. art. 16e al. 2 LAPG).