



## EXTINCTION ANTICIPÉE DU DROIT A L'ALLOCATION DE MATERNITÉ D'UNE CONSEILLÈRE NATIONALE : LA SAGA CONTINUE.

Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 9C\_290/2024 du 3 octobre 2024

STEPHANIE PERRENOUD<sup>1</sup>

### I. Objet de l'arrêt

Dans l'arrêt 9C\_290/2024 du 3 octobre 2024 (destiné à la publication), le Tribunal fédéral a rejeté le recours formé par une conseillère nationale en relation avec l'extinction prématurée de son droit à l'allocation de maternité. Il a rappelé, en se référant à la jurisprudence publiée à l'ATF 139 V 250 consid. 4.6, ce qui ne doit pas être considéré comme une activité lucrative (partielle) entraînant l'extinction anticipée du droit à l'allocation de maternité au sens des art. 16d al. 3 LAPG<sup>2</sup> et 25 OAPG<sup>3</sup>, à savoir une activité accessoire marginale procurant un revenu annuel qui ne dépasse pas le salaire de minime importance selon l'art. 34d al. 1 RAVS<sup>4</sup> (actuellement : CHF 2'300.- ; consid. 4.3.2). Il a insisté sur le fait que dans l'ATF 139 V 250, il n'a pas fixé de « franchise » générale qui permettrait à chaque mère d'exercer une activité lucrative quelle qu'elle soit pendant la période de perception de l'allocation de maternité, sans perdre le droit à cette prestation, pour autant que le revenu ainsi obtenu n'excède pas le montant limite de CHF 2'300.- (consid. 4.3.2). En l'occurrence, il a nié que le mandat de conseillère nationale pût constituer une activité accessoire marginale compte tenu du revenu annuel retiré de cette activité (CHF 65'160.- ; cf. consid. 4.4, en relation avec le consid. 3.1).

---

<sup>1</sup> Professeure titulaire à l'Université de Neuchâtel, greffière au Tribunal fédéral. La présente analyse reflète l'opinion de l'auteure et n'engage qu'elle-même.

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

<sup>3</sup> Ordonnance sur les allocations pour perte de gain du 24 novembre 2004, RS 834.11.

<sup>4</sup> Règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947, RS 831.101.

## II. Résumé de l'arrêt

### A. Les faits

A. exerçait 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, lorsqu'elle s'est annoncée, le 22 mars 2019, auprès de la caisse de compensation du canton de Berne (ci-après : la caisse de compensation), afin de solliciter l'octroi d'une allocation de maternité à la suite de la naissance de sa fille. La caisse de compensation 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 de l'intéressée à l'allocation de 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. Cette décision a été confirmée par le Tribunal fédéral, par arrêt 9C\_469/2021 du 8 mars 2022 (ATF 148 V 253).

En mai 2021, l'assurée – qui exerçait toujours le mandat de conseillère nationale et travaillait en outre pour le compte de C. – s'est à nouveau annoncée auprès de la caisse de compensation pour percevoir une allocation de maternité, en relation avec la naissance de son second enfant. L'administration a versé l'allocation correspondante à partir de la date de la naissance jusqu'au 4 juillet 2021. Le 18 juillet 2022, les services parlementaires de l'Assemblée fédérale ont informé la caisse de compensation que l'assurée avait participé à des séances du Parlement les 28 avril et 9 juin 2021. La caisse en a conclu que le droit à l'allocation de maternité avait à nouveau pris fin de manière anticipée. En conséquence, elle a demandé la restitution des indemnités journalières versées pour la période du 28 avril au 4 juillet 2021, par décision du 30 août 2022, confirmée sur opposition le 15 novembre 2022.

Par arrêt du 15 avril 2024, le Tribunal administratif du canton de Berne a rejeté le recours formé par l'assurée contre la décision sur opposition.

A. a interjeté un recours en matière de droit public contre cet arrêt devant le Tribunal fédéral. Elle a conclu à son annulation, ainsi qu'à celle de la décision sur opposition. Subsidiairement, l'assurée a requis le renvoi de la cause à la juridiction cantonale pour nouvelle décision. Par arrêt du 3 octobre 2024 (9C\_290/2024), le Tribunal fédéral a rejeté le recours.

### B. Le droit

Le Tribunal fédéral a d'abord rappelé que selon la loi, le droit à l'allocation de maternité s'éteint (en principe) le 98<sup>e</sup> jour à partir du jour<sup>5</sup> où il a été octroyé et qu'il s'éteint de manière anticipée si la mère reprend une activité lucrative ou si elle décède (art. 16d al. 1 et 3 LAPG ;

---

<sup>5</sup> Une prolongation du droit à l'allocation de maternité (d'une durée de 56 jours au plus) est possible en cas d'hospitalisation du nouveau-né, moyennant le respect des conditions posées à l'art. 16c al. 3 LAPG (cf. aussi art. 24 OAPG). En pareille hypothèse, le droit à l'allocation de maternité s'éteint à la fin de la prolongation (art. 16d al. 2 LAPG).

consid. 2.1). Si le droit de la mère à l'allocation s'éteint le jour de la reprise d'une activité lucrative, quel que soit son taux d'occupation (art. 25 OAPG), il subsiste toutefois lorsqu'elle ne reprend pas une activité lucrative principale, mais seulement une activité accessoire marginale qui ne peut pas être qualifiée d'activité lucrative partielle au sens de l'art. 16d al. 3 (à savoir une activité procurant un revenu qui ne dépasse pas le salaire de minime importance selon l'art. 34d al. 1 RAVS ; consid. 2.2 ; cf. aussi ATF 139 V 250 consid. 4.6). Le Tribunal fédéral a également exposé qu'à la suite de l'ATF 148 V 253, dans lequel il a jugé que le mandat de conseillère nationale est une activité lucrative au sens de l'art. 16d al. 3 LAPG<sup>6</sup>, cette disposition a été complétée afin d'introduire une dérogation en faveur des élues d'un organe législatif. Depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2024, l'art. 16d al. 3 LAPG prévoit en effet que le droit à l'allocation de maternité ne s'éteint pas de manière anticipée si la mère participe, en tant que députée, à des séances d'un parlement ou d'une commission parlementaire au niveau fédéral, cantonal ou communal pour lesquelles une suppléance n'est pas prévue<sup>7</sup>. En l'absence d'une disposition transitoire correspondante, cette dérogation n'est cependant pas applicable dans le cas d'espèce, dans la mesure où elle est entrée en vigueur postérieurement à l'état de fait déterminant (à savoir la période de perception de l'allocation de maternité jusqu'au 4 juillet 2021 ; consid. 2.1).

A l'appui de son recours, l'assurée reprochait à la juridiction cantonale d'avoir admis que son droit à l'allocation de maternité avait pris fin de manière prématurée le 28 avril 2021, avec pour conséquence qu'elle avait confirmé son obligation de rembourser les prestations indûment perçues à partir de cette date, en application de l'art. 25 al. 1 LPG<sup>8</sup> (cf. consid. 3.2, en relation avec le consid. 3.1). La recourante alléguait en substance que l'on ne peut parler de la reprise d'une activité lucrative entraînant l'extinction anticipée du droit à l'allocation de maternité (au sens des art. 16d al. 3 LAPG et 25 OAPG), que si la mère réalise un revenu supérieur à CHF 2'300.- pendant le congé de maternité de 14 semaines, c'est-à-dire durant la période de perception de l'allocation pour perte de gain (« *während des Mutterschaftsurlaubs* » ; consid. 3.2 et 4.3.1). Or tel n'était pas le cas en l'espèce, puisqu'il n'était pas contesté qu'elle avait réalisé un revenu inférieur à la limite de CHF 2'300.-, en exerçant ponctuellement son mandat de conseillère nationale pendant les 14 semaines suivant la naissance de son enfant. De son point de vue, elle avait donc droit à l'indemnité correspondante pour l'entier de la durée de versement (de 98 jours à compter de l'accouchement selon l'art. 16c al. 1-2 LAPG ; consid. 3.2).

Le Tribunal fédéral a rejeté le recours de l'assurée (consid. 4.4). Il a jugé que le fait qu'elle ait (éventuellement) pu percevoir un revenu inférieur à CHF 2'300.- durant la période de versement de l'allocation de maternité n'était pas déterminant (consid. 4.4). Il a considéré que l'argumentation de l'intéressée à ce propos (cf. consid. 3.2 et 4.3.1) était en contradiction manifeste avec le texte clair et sans équivoque des art. 16c al. 2 et 16d al. 3 LAPG, ainsi que 25 OAPG, qui prévoient que le droit à l'allocation de maternité prend fin de manière anticipée

---

<sup>6</sup> Pour un commentaire de cet arrêt, cf., p. ex., PERRENOUD STÉPHANIE, 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.

<sup>7</sup> Modification de la LAPG du 29 septembre 2023 (Allocation de maternité pour les députées), RO 2024 151. Cf. aussi Avis du Conseil fédéral du 24 mai 2023, FF 2023 1357 ; Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil des États du 30 mars 2023, FF 2023 934.

<sup>8</sup> Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000, RS 830.1.

lorsque la mère reprend une activité lucrative (consid. 4.3.2). Il n’y avait pas de raison de s’en écarter. Les Juges fédéraux ont exposé à ce propos que du point de vue de la protection de la maternité et de l’égalité, il n’y avait pas de raison que la période d’exercice d’une activité lucrative demeurant « sans conséquence » pendant la phase de maternité de 14 semaines (« *“folgenlosen” Erwerbstätigkeit während der 14-wöchigen Mutterschaftsphase* ») soit d’autant plus longue que le revenu journalier moyen de la mère serait faible (consid. 4.3.2)<sup>9</sup>. Le Tribunal fédéral a par ailleurs considéré que la recourante ne pouvait rien déduire non plus en sa faveur de la jurisprudence publiée à l’ATF 139 V 250 (qu’elle ne remettait pas en cause), dès lors que dans cet arrêt, il n’avait pas fixé de « franchise » générale qui permettrait à chaque mère d’exercer une activité lucrative quelle qu’elle soit pendant la période de perception de l’allocation de maternité, sans perdre le droit à cette prestation, pour autant que le revenu ainsi obtenu ne dépasse pas le montant limite de CHF 2’300.- (« *keinen generellen “Freibetrag” für eine Erwerbstätigkeit während des Bezugs von Mutterschaftsentschädigung* » ; consid. 4.3.2). Il avait bien plutôt défini ce qui n’est pas considéré comme une activité lucrative (partielle) au sens des art. 16d al. 3 LAPG et 25 OAPG, à savoir une activité accessoire marginale procurant un revenu annuel qui ne dépasse pas le salaire de minime importance selon l’art. 34d al. 1 RAVS (cf. ATF 139 V 250 consid. 4.6). Dans l’arrêt précité, l’activité reprise par la mère avant l’échéance du droit à l’allocation de maternité était une activité accessoire marginale au sens de l’art. 34d RAVS, puisque la mère en avait retiré un revenu annuel de CHF 2’059.- avant l’accouchement (consid. 4.3.2 ; cf. aussi ATF 139 V 250, état de fait let. A et consid. 4.6 *in fine*). En l’occurrence, en revanche, il ressortait des constatations de la juridiction de première instance, non contestées par les parties, que l’assurée avait participé à des séances du Parlement le 28 avril ainsi que les 9 et 23 juin 2021 et qu’elle avait retiré de son activité au Conseil national un revenu de CHF 65’160.- au cours des douze mois précédant l’accouchement (soit un revenu de CHF 5’430.- par mois en moyenne), ce qui était supérieur au salaire de minime importance selon l’art. 34d al. 1 RAVS (consid. 3.1, 4.2 et 4.4). En conséquence, le Tribunal fédéral a considéré que l’activité de conseillère nationale de l’assurée ne pouvait pas être qualifiée d’activité accessoire marginale (consid. 4.4).

### III. Analyse

Bien que l’arrêt que nous discutons ici soit destiné à la publication, sa portée doit être relativisée. En effet, le Tribunal fédéral ne modifie pas la notion d’activité lucrative qui ne constitue pas une activité lucrative partielle au sens de l’art. 16d al. 3 LAPG. Il ne fait qu’apporter une précision à la jurisprudence publiée à l’ATF 139 V 250, en ce sens que le revenu de minime importance (au sens de l’art. 34d al. 1 RAVS, à savoir actuellement CHF 2’300.-) qui permet de définir l’activité accessoire marginale dont la reprise n’entraîne pas l’extinction prématurée du droit à l’allocation de maternité au sens des art. 16d al. 3 LAPG

---

<sup>9</sup> Admettre que la reprise d’une activité lucrative n’entraîne pas l’extinction du droit à l’allocation de maternité, pour autant que cette activité procure un revenu n’excédant pas CHF 2’300.- pendant la période de perception de cette prestation, permettrait à une mère ayant droit à l’allocation maximale de CHF 220.- par jour (correspondant à un revenu journalier moyen de CHF 275.-, respectivement à un revenu annuel de CHF 99’000.- ; cf. art. 16e al. 2 et 16f al. 1 LAPG) de travailler 8,36 jours durant son congé de maternité sans perdre son droit à l’allocation de maternité (cf. consid. 4.3.1 et 4.3.2). Pour une mère ayant droit à une allocation de CHF 110.- par jour (correspondant à un revenu journalier moyen de CHF 137.50, respectivement à un revenu annuel de CHF 49’500.-), la période d’exercice d’une activité lucrative demeurant sans incidence sur le droit à l’allocation de maternité serait doublée.

et 25 OAPG, est un revenu annuel et non pas un revenu perçu seulement pendant la période de versement de l'allocation de maternité de 14 semaines qui suit la naissance de l'enfant (consid. 4.3.2). Si l'arrêt 9C\_290/2024 rendu le 3 octobre 2024 précise un principe que le Tribunal fédéral avait pourtant posé sans équivoque, selon nous, dans l'ATF 139 V 250 (*infra*, A.), il soulève toutefois la question de savoir si la reprise anticipée d'une activité accessoire marginale provoque l'extinction du droit à l'allocation de maternité dont elle a constitué le fondement (*infra*, B).

#### **A. La notion d'activité accessoire marginale qui ne constitue pas une activité lucrative partielle au sens de l'art. 16d al. 3 LAPG**

L'argumentation développée dans le recours ayant donné lieu à l'arrêt 9C\_290/2024 du 3 octobre 2024, selon laquelle la notion d'activité accessoire marginale qui ne constitue pas une activité lucrative partielle au sens de l'art. 16d al. 3 LAPG est une activité qui procure un revenu n'excédant pas CHF 2'300.- durant la période de perception de l'allocation de maternité, surprend au regard tant de l'ATF 139 V 250 que de l'ATF 148 V 253. Une interprétation de la notion d'activité accessoire marginale dans le sens voulu par la recourante ne peut en effet pas être déduite de ces arrêts. Elle est également difficilement compatible avec le but de l'allocation de maternité, qui consiste à compenser la perte de gain durant les semaines qui suivent la naissance d'un enfant.

Dans l'ATF 139 V 250, le Tribunal fédéral a posé le principe selon lequel le salaire de minime importance de l'art. 34d al. 1 RAVS peut être considéré comme un critère objectif permettant de fixer la limite (actuellement : CHF 2'300.- par année civile) au-delà de laquelle une activité accessoire marginale reprise prématurément par la mère constitue une activité lucrative partielle au sens de l'art. 16d al. 3 LAPG (consid. 4.6). Selon le texte clair de l'art. 34d al. 1 RAVS, le salaire de minime importance est un salaire « par année civile » (ATF 139 V 250, regeste et consid. 4.6). Le Tribunal fédéral s'était ainsi référé de manière explicite et sans ambiguïté au montant limite de CHF 2'300.- par année civile du salaire de minime importance selon l'art. 34d al. 1 RAVS pour définir la notion d'activité accessoire marginale qui ne doit pas être considérée comme une activité lucrative partielle au sens de l'art. 16d al. 3 LAPG et qui n'entraîne pas l'extinction prématurée du droit à l'allocation de maternité allouée du fait d'une activité lucrative principale qui n'a pas été reprise (ATF 139 V 250, regeste et consid. 4.6).

Par ailleurs, au consid. 7 de l'ATF 148 V 253 que le Tribunal fédéral avait rendu après avoir été saisi par la recourante à la suite de la naissance de son premier enfant en 2018, il avait déjà confirmé le principe posé dans l'ATF 139 V 250, selon lequel une activité accessoire marginale est une activité qui procure un revenu annuel qui ne dépasse pas CHF 2'300.-. Il avait alors jugé qu'une parlementaire perd son droit à l'allocation de maternité, y compris en ce qui concerne ses autres activités lucratives, si elle reprend son mandat politique de manière anticipée et si le revenu annuel obtenu est supérieur à CHF 2'300.- (art. 34d al. 1 RAVS). Ici aussi, le Tribunal fédéral s'était donc expressément référé au « *revenu annuel* » (« *jährliche Einkommen* ») et non pas au revenu obtenu durant la période de perception de l'allocation de maternité (cf. le regeste et le consid. 7 de l'ATF 148 V 253).

Cela étant, dans l'arrêt 9C\_290/2024 du 3 octobre 2024, le Tribunal fédéral a dû « préciser » sa jurisprudence antérieure, qui était pourtant claire. Au vu des arguments avancés par la conseillère nationale, il a dû expliquer que dans l'ATF 139 V 250, il n'avait pas fixé de

« franchise » générale qui permettrait à chaque mère d'exercer une activité lucrative quelle qu'elle soit pendant la période de versement de l'allocation de maternité, sans perdre le droit à cette prestation, pour autant que le revenu ainsi obtenu n'excède pas le montant limite de CHF 2'300.- (consid. 4.3.2). En d'autres termes, le revenu éventuellement perçu par la mère pendant la période de perception de l'allocation de maternité ne joue pas de rôle pour déterminer si une activité est ou non une activité accessoire marginale ; ce qui importe, c'est que l'activité procure un revenu annuel qui n'excède pas le salaire de minime importance selon l'art. 34d LAVS (consid. 4.4).

L'argumentation de la recourante (selon laquelle seul l'exercice d'une activité qui procure un revenu supérieur à CHF 2'300.- durant la période de perception de l'allocation de maternité entraîne l'extinction du droit à cette prestation) est par ailleurs en contradiction avec le but de l'allocation de maternité, qui consiste à 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* »<sup>10</sup>. En effet, à suivre la conseillère nationale, une mère qui exerçait une activité lui procurant un revenu de CHF 650.- par mois avant son accouchement serait en effet autorisée à travailler durant l'entier de son congé de maternité de 14 semaines (CHF 650.- / 4 × 14 = CHF 2'275.-), tout en percevant, en sus, l'allocation de maternité due pour cette activité. La recourante méconnaît ainsi que l'art. 35a al. 3 LTr<sup>11</sup> interdit l'occupation des accouchées durant les huit semaines qui suivent l'accouchement ou, à tout le moins, semble faire peu cas de cette interdiction légale. Elle oublie également que l'allocation de maternité est une allocation pour perte de gain, c'est-à-dire un revenu de substitution, avec pour conséquence que cette prestation n'a pas vocation à être versée pour des jours où la mère percevrait son salaire et ne subirait donc pas de perte de gain. L'allocation de maternité doit suppléer le salaire perdu, non pas procurer à la mère un double revenu<sup>12</sup>. En effet, comme l'a rappelé le Tribunal fédéral tant dans l'ATF 139 V 250 (consid. 4.4-4.5), que dans l'ATF 148 V 253 (consid. 6.2.1), 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<sup>13</sup>.

En tout état de cause, une interprétation de la notion d'activité accessoire marginale dans le sens voulu par la recourante nécessiterait une modification de la loi. Son point de vue selon lequel une mère peut percevoir un revenu allant jusqu'à CHF 2'300.- durant son congé de maternité sans perdre son droit à l'allocation du même nom, est en effet en contradiction manifeste avec le texte clair des art. 16c al. 2 et 16d al. 3 LAPG, ainsi que 25 OAPG, qui prévoient que le droit à l'allocation de maternité prend fin de manière anticipée lorsque la

---

<sup>10</sup> Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national 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 (7021).

<sup>11</sup> Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964, RS 822.11.

<sup>12</sup> Cf., p. ex., 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, 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* ».

<sup>13</sup> Cf. aussi FF 2002 6998 (7021).

mère reprend une activité lucrative, comme l'a rappelé le Tribunal fédéral au consid. 4.3.2 de l'arrêt 9C\_290/2024. Ces dispositions reflètent la volonté du législateur, selon laquelle la reprise d'une activité lucrative, même partielle, doit entraîner l'extinction du droit à l'allocation de maternité<sup>14</sup>. En tant que membre de l'Assemblée fédérale, la recourante initiera peut-être des démarches afin de modifier la loi. L'avenir le dira. A ce propos, après que le Tribunal fédéral avait débouté la députée en question une première fois en 2022, en jugeant que le mandat parlementaire d'une conseillère nationale constitue une activité lucrative au sens de l'art. 16d al. 3 LAPG, dont la reprise de manière anticipée entraîne l'extinction du droit à l'allocation de maternité (ATF 148 V 253 consid. 5), le législateur avait modifié la loi, en introduisant une dérogation en faveur des mères parlementaires, qui est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2024 (cf. art. 16d al. 3 LAPG)<sup>15</sup>. Depuis lors, si la participation à une séance parlementaire n'entraîne plus l'extinction du droit à l'allocation de maternité, tel n'est en revanche pas le cas de la participation à un conseil d'administration ou de l'exercice d'une activité accessoire dans l'entreprise familiale, par exemple. Les mères parlementaires se sont ainsi octroyé un avantage qu'elles n'ont pas accordé aux autres mères professionnellement actives. Il reste à espérer que si le pouvoir législatif se saisit de la question ayant donné lieu à l'arrêt que nous discutons ici, il l'abordera dans le respect de l'égalité de traitement et en gardant aussi à l'esprit la nécessité de préserver les acquis sociaux<sup>16</sup>. A cet égard, l'assurance-maternité, en tant qu'assurance couvrant la perte de revenu après l'accouchement, n'a vu le jour, en Suisse, qu'au début du XXI<sup>e</sup> siècle, après de nombreuses tentatives infructueuses<sup>17</sup>. Il s'est agi d'un combat de longue haleine. Il s'agirait alors, pour l'Assemblée fédérale, de veiller à ne pas amoindrir la protection garantie par cette institution depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2005 (cf. art. 16b-h LAPG)<sup>18</sup>. Une solution intéressante pourrait consister à fixer un taux d'occupation en-deçà duquel une activité reprise prématurément demeurerait sans incidence sur le droit à l'allocation de maternité (modification de l'art. 16d al. 3 LAPG, en ce sens que lorsque l'activité lucrative reprise par la mère n'excède pas 20 %, le droit à l'allocation de maternité ne s'éteint pas, p. ex.)<sup>19</sup>.

## **B. La question de l'incidence (ou non) de la reprise anticipée d'une activité accessoire marginale sur le droit à l'allocation de maternité dont elle a constitué le fondement**

Si le Tribunal fédéral considère que la reprise d'une activité procurant un revenu annuel supérieur à CHF 2'300.- entraîne l'extinction anticipée du droit à l'allocation de maternité (au sens des art. 16d al. 3 et 25 OAPG), y compris en ce qui concerne les (éventuelles) autres

---

<sup>14</sup> Cf. aussi FF 2002 6998 (7022).

<sup>15</sup> RO 2024 151.

<sup>16</sup> Pour un aperçu de solutions qui pourraient mener à davantage de flexibilité dans la perception de l'allocation de maternité, cf. PETER-SPIESS MARIE-HÉLÈNE, L'extinction anticipée du droit à l'allocation de maternité suite à la reprise d'une activité lucrative, LawInside, 22 novembre 2024 (<https://lawinside.ch/1505/>). Cf. aussi, déjà, PERRENOUD, Extinction anticipée du droit à l'allocation de maternité d'une conseillère nationale (note 6), pp. 7-8, 11-12 et 14.

<sup>17</sup> Au sujet de l'histoire de la protection de la maternité en Suisse, cf. PERRENOUD STÉPHANIE, La protection de la maternité – Étude de droit suisse, international et européen, Berne 2015, pp. 295-487.

<sup>18</sup> Modification de la LAPG du 3 octobre 2003, RO 2005 1429.

<sup>19</sup> Fixer le taux d'activité maximal autorisé à 20 % permettrait d'éviter des situations de surindemnisation, dès lors que le montant de l'allocation de maternité ne correspond 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). Une telle solution présenterait également l'avantage de ne pas opérer de distinction entre les femmes qui cumulent plusieurs activités et celles qui en exercent une seule.

activités lucratives exercées par la mère (cf. ATF 148 V 253 consid. 7), et que la reprise d'une activité accessoire marginale (soit une activité procurant un revenu annuel qui n'excède pas CHF 2'300.- ; *supra*, A.) ne met pas fin au droit à l'allocation de maternité découlant de l'exercice d'une activité principale qui n'a pas été reprise de manière prématurée (ATF 139 V 250 consid. 4.6), il semble en revanche indécis quant à l'incidence de la reprise anticipée d'une activité accessoire marginale sur le droit à l'allocation de maternité dont elle a constitué le fondement. C'est à tout le moins ce qui semble transparaître à la lecture du consid. 2.2 de l'arrêt 9C\_290/2024 du 3 octobre 2024, en relation avec l'ATF 139 V 250.

De notre point de vue, dans l'ATF 139 V 250, le Tribunal fédéral a tranché (implicitement à tout le moins) la question de savoir si la reprise d'une activité accessoire marginale doit entraîner la fin du droit à l'allocation de maternité dont elle a constitué le fondement, en y répondant par l'affirmative. Cette solution découle des faits à la base de l'ATF 139 V 250, de l'objet du litige devant le Tribunal fédéral et du rejet du recours formé contre l'arrêt cantonal<sup>20</sup>. En l'occurrence, il s'agissait d'une employée qui avait donné naissance à un enfant le 27 septembre 2009, alors qu'elle exerçait, en sus de son activité principale en qualité d'enseignante (à un taux d'occupation supérieur à 96 %), une activité accessoire dans le commerce exploité par son partenaire (soit une activité exercée à raison de 6 heures et 36 minutes par mois en moyenne, dont l'intéressée avait retiré un revenu annuel de CHF 2'059.- avant l'accouchement ; cf. ATF 139 V 250, état de fait let. A et consid. 4.6 *in fine* ; cf. aussi l'arrêt 9C\_290/2024 du 3 octobre 2024 consid. 4.3.2). Dans la mesure où l'assurée avait repris prématurément son activité accessoire le 30 octobre 2009, la caisse de compensation compétente avait nié tout droit à l'allocation de maternité à compter de cette date (décision du 28 juin 2010, confirmée sur opposition le 28 septembre 2010 ; cf. ATF 139 V 250, état de fait let. A et consid. 4.6 *in fine*). Saisie d'un recours de l'assurée, qui concluait à l'octroi d'allocations de maternité pendant toute la durée de versement (à savoir du 27 septembre 2009 au 2 janvier 2010), la juridiction cantonale compétente l'avait partiellement admis ; elle avait constaté que pour son activité principale d'enseignante, l'assurée avait droit aux allocations de maternité jusqu'au 2 janvier 2010 y compris (annulation de la décision sur opposition du 28 septembre 2010 « *dans la mesure où elle refuse, à l'assurée, des allocations de maternité en rapport avec le travail d'enseignante dès le 30 octobre 2009* » et confirmation pour le surplus ; cf. ATF 139 V 250, état de fait let. B, ainsi que le dispositif de l'arrêt cantonal). En bref, les premiers juges avaient considéré que l'assurée avait repris son activité accessoire le 30 octobre 2009 (de manière ponctuelle, à raison de 5 heures en octobre et 12 heures en décembre 2009), de sorte que son droit aux allocations de maternité pour cette activité (soit une allocation de CHF 5.60 par jour) avait pris fin à ce moment-là ; en revanche, dans la mesure où elle n'avait pas repris du tout son travail principal avant la fin du congé de maternité et où l'activité accessoire, dont elle avait retiré un salaire de minime importance au sens de la législation sur l'AVS, ne l'avait pas empêchée de s'occuper principalement et pour la plupart du temps de son bébé, le droit aux allocations de maternité pour l'activité lucrative principale (soit une allocation de CHF 183.20 par jour) n'avait pas pu prendre fin avant le terme légal (cf. ATF 139 V 250, consid. 2). L'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) avait interjeté un recours en matière de droit public contre cet arrêt devant le Tribunal fédéral en concluant à son annulation et à la confirmation de la

---

<sup>20</sup> A savoir, un arrêt rendu le 20 septembre 2012 par la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal du canton de Fribourg (605 2010-331).

décision sur opposition du 28 septembre 2010 dans son intégralité (cf. ATF 139 V 250, état de fait let. C). Après avoir circonscrit le litige au point de savoir si l'assurée avait droit aux allocations de maternité pour son activité principale d'enseignante jusqu'au 2 janvier 2010, singulièrement si le droit à toute allocation de maternité avait pris fin le 30 octobre 2009 avec la reprise de l'activité lucrative accessoire marginale dans le commerce de son partenaire (ATF 139 V 250 consid. 4), le Tribunal fédéral avait jugé que tel que formulé, l'art. 16d LAPG n'excluait 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 LAPG (ATF 139 V 250 consid. 4.6). Il avait ainsi implicitement admis, selon nous, qu'une activité accessoire marginale reprise prématurément entraîne uniquement l'extinction du droit à l'allocation de maternité dont elle a constitué le fondement. L'OFAS entendait en effet obtenir une réponse à la question de savoir si le droit à toute allocation de maternité avait pris fin le 30 octobre 2009 avec la reprise de l'activité lucrative accessoire marginale (ATF 139 V 250 consid. 4) et le Tribunal fédéral a rejeté son recours, sans revenir sur l'extinction prématurée du droit à l'allocation de maternité découlant de l'activité accessoire marginale, qui avait été confirmée dans le dispositif de l'arrêt entrepris devant lui (ATF 139 V 250 consid. 4.6).

Nonobstant ce qui précède, au consid. 2.2 de l'arrêt 9C\_290/2024 du 3 octobre 2024, alors qu'il rappelle les dispositions légales et principes jurisprudentiels applicables à la solution du litige (art. 16d al. 3 LAPG, art. 25 OAPG et ATF 139 V 250), le Tribunal fédéral semble se prononcer en faveur de l'absence d'incidence de la reprise d'une activité accessoire marginale non seulement sur le droit à l'allocation de maternité versée du fait d'une activité principale qui n'a pas été reprise, mais aussi sur celui à l'allocation de maternité dont l'activité accessoire marginale qui a été reprise prématurément a constitué le fondement. Il y indique en effet que le droit à l'allocation de maternité subsiste si l'assurée ne reprend pas une activité lucrative principale, mais seulement une activité accessoire marginale qui ne peut être qualifiée d'activité lucrative partielle au sens de l'art. 16d al. 3 LAPG (« *Indessen besteht der Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung weiterhin, wenn nicht eine Haupterwerbstätigkeit, sondern lediglich eine marginale Nebenerwerbstätigkeit, die nicht als Teilerwerbstätigkeit im Sinne von Art. 16d Abs. 3 Teilsatz 1 EOG qualifiziert werden kann, vorzeitig [wieder] aufgenommen wird* »). Dans l'arrêt que nous discutons ici, le Tribunal fédéral n'avait cependant pas à répondre à cette question, dès lors que le mandat de conseillère nationale de la recourante ne constituait pas une activité accessoire marginale (compte tenu du revenu annuel de CHF 65'160.- retiré de cette activité ; cf. consid. 3.1 et 4.4).

Quoi qu'il en soit, il convient de notre point de vue d'admettre que la reprise d'une activité accessoire marginale ne peut demeurer sans incidence que sur le droit à l'allocation de maternité versée pour une activité principale qui n'a pas été reprise. En l'état actuel du droit, une activité lucrative reprise prématurément doit en revanche nécessairement entraîner 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 (*supra*, A.). En effet, admettre qu'une activité accessoire marginale reprise de manière anticipée ne provoque pas la fin du droit à l'allocation de maternité dont elle a constitué le fondement reviendrait à autoriser les mères qui exercent une telle activité à travailler durant tout ou partie de la période de perception de l'allocation de maternité, d'où l'octroi d'une allocation pour perte de gain en l'absence de toute perte de gain, et donc, un

usage de l'allocation non conforme à son but, qui est précisément de compenser une perte de gain. Or cela ne correspond pas à la volonté exprimée par le législateur. A cet égard, il ressort des travaux préparatoires ayant mené à l'introduction de l'allocation de maternité que l'octroi de cette prestation à une mère ayant déjà repris son activité lucrative apparaissait comme une solution « inéquitable », comme l'avait du reste rappelé le Tribunal fédéral au consid. 4.4 de l'ATF 139 V 250. À la lecture des délibérations parlementaires, on constate effectivement que l'allocation de maternité a été conçue pour être versée en raison de la maternité, qui « *prive [les femmes] de l'exercice de leur emploi* »<sup>21</sup>, et que c'est bien « *une absence au travail, [...] une perte de gain qui doit être couverte par notre régime des allocations pour perte de gain* »<sup>22</sup>. La jurisprudence selon l'ATF 139 V 250 (consid. 4.6) doit dès lors être comprise en ce sens que le salaire de minime importance de l'art. 34d al. 1 RAVS peut être considéré comme un critère objectif permettant de fixer la limite au-delà de laquelle une activité accessoire marginale reprise prématurément par la mère constitue une activité lucrative partielle au sens de l'art. 16d al. 3 LAPG, dont la reprise n'a pas d'incidence sur le droit à l'allocation de maternité versée pour une activité qui n'a pas été reprise.

---

<sup>21</sup> BO CE 2003, p. 532 (intervention Cottier).

<sup>22</sup> BO CE 2003, p. 538 (intervention Brunner). Cf. aussi le consid. 3d de l'arrêt fribourgeois du 20 septembre 2012 ayant donné lieu à l'ATF 139 V 250 (note 19) : « *En résumé et selon la volonté exprimée du législateur, c'est donc l'absence au travail après l'accouchement pour s'occuper intensément – sans soucis financiers – de son enfant nouveau-né qui ouvre le droit aux allocations de maternité pendant 14 semaines* ».