

Le droit à une allocation d'exploitation en cas de maternité d'une avocate indépendante

Auteur : Marion Chautard

Date : 31 juillet 2020

[TF, 22.06.2020, 9C 737/2019*](#)

En vertu de la [LAPG](#), les travailleuses indépendantes n'ont pas droit à une allocation d'exploitation dans le cadre de l'allocation de maternité. Cette règle ne discrimine pas les mères vis-à-vis des personnes qui font du service (civil ou militaire) car les circonstances assurées sont fondamentalement différentes. La réglementation est toutefois appelée à changer suite à l'adoption, en décembre 2019, d'une motion parlementaire en ce sens.

Faits

Une avocate indépendante, inscrite à la caisse de compensation du canton de Zurich, devient maman d'une petite fille. Elle requiert une **allocation de maternité** ainsi qu'une **allocation d'exploitation** de CHF 67 par jour. Sa caisse de compensation lui accorde la première allocation requise à concurrence de CHF 19'208, soit le montant maximal (CHF 196 x 98) ; en revanche, elle refuse de lui verser une allocation d'exploitation. L'avocate recourt contre cette décision auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal zurichois.

Suite au rejet de ce premier recours, l'intéressée forme un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral. Ce dernier est appelé à déterminer si la travailleuse a **droit à une allocation d'exploitation en raison de sa maternité**, et si, comme le fait valoir la recourante, le refus de lui accorder cette allocation viole le principe de **l'égalité de traitement** au sens de l'[art. 8 al. 3 Cst.](#) et/ou l'interdiction de la discrimination en lien avec le droit à la vie privée et familiale ([art. 8 CEDH cum art. 14 CEDH](#)).

Droit

La [Loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service ou de maternité \(LAPG\)](#) vise à garantir une **compensation de revenu** adéquate durant le **service militaire** ou la **maternité**, étant précisé que dans les deux cas, la personne concernée a droit à une indemnité de base correspondant à **80% de son dernier salaire**.

L'[art. 8 al. 1 LAPG](#) prévoit le versement d'une **allocation d'exploitation** aux personnes qui accomplissent un service militaire ou civil et dirigent une entreprise en qualité de propriétaires ou d'associés d'une communauté de personnes ne possédant pas la personnalité morale. Cette somme vise à **compenser les charges et frais d'exploitation** qui continuent à courir nonobstant le fait que la personne ne travaille plus. Le Tribunal fédéral explique qu'en vertu de cette disposition, en relation avec l'[art. 16e al. 2 LAPG](#) relatif au montant de l'allocation de maternité, il n'existe **pas de droit à une allocation d'exploitation dans le cadre de l'allocation de maternité**. D'après le Tribunal fédéral, cela correspond à la volonté claire du législateur et s'en écarter irait au-delà d'une interprétation conforme de la Constitution.

Concernant le grief de **discrimination en raison du sexe** dans le cadre du **droit au respect de la vie privée et familiale** ([art. 8 CEDH cum art. 14 CEDH](#)), le Tribunal fédéral recherche tout d'abord l'existence de situations similaires dans lesquelles les personnes concernées seraient traitées différemment. À cet égard, il explique que le simple fait que l'indemnisation des **personnes qui**

font du service (principalement militaire) et celle des **mères** soient traitées dans la **même loi** ne signifie pas, en soi, qu'il s'agit de circonstances comparables. Il souligne que les prétentions en question découlent d'**états de fait assurés fondamentalement différents** (le service – principalement militaire – d'une part et la maternité d'autre part), seule la maternité entrant dans le champ d'application de l'[art. 8 CEDH](#). D'après le Tribunal fédéral, cette distinction ressort déjà des **normes de compétence séparées** dans la Constitution ([art. 59 al. 4](#), respectivement [art. 116 al. 3 Cst.](#)), normes qui sont par ailleurs **formulées différemment** : tandis que le législateur est tenu d'adopter des règles sur la **juste compensation pour la perte de revenu** en cas de service militaire ou de remplacement, en matière de maternité, il n'est question que de la mise en place d'une **assurance-maternité**, sans précision quant à son contenu exact.

Au terme d'une **interprétation historique** de la loi, le Tribunal fédéral retient qu'un « objectif unifié » (*einheitlicher Zweck*) des règles sur la compensation pour perte de gain ne ressort pas non plus des travaux préparatoires ayant précédé l'introduction de l'assurance-maternité. L'adoption des normes y relatives dans la LAPG est davantage due au fait qu'à l'époque, les allocations pour perte de gain produisaient un excédent, de sorte que le **financement** supplémentaire nécessaire à l'établissement d'une assurance maternité se comptait en pour milles plutôt qu'en pour cents du salaire, le passage par des structures préexistantes visant en outre à mettre en place cette assurance **rapidement**, avec un minimum de travail administratif.

Le Tribunal fédéral ajoute que l'assurance-maternité est liée aux **circonstances biologiques de la maternité** (accouchement suivi d'une période de repos et d'allaitement) et non pas à la parentalité sociale et aux tâches d'assistance qui en découlent, de sorte qu'elle se distingue par exemple d'un congé parental. Il précise qu'une **discrimination en raison du sexe n'est pas pertinente**, dans la mesure où le « **risque** » assuré ne peut se réaliser que chez les femmes. En l'absence d'états de fait comparables, l'[art. 14 CEDH](#), en lien avec l'[art. 8 CEDH](#), ne peut trouver application et il ne peut être question d'une discrimination illicite en raison du sexe.

Finalement, le Tribunal fédéral, renvoyant au principe de la **force dérogatoire du droit fédéral** ([art. 190 Cst.](#)), explique qu'il ne peut se prononcer sur la compatibilité de la réglementation litigieuse avec l'[art. 8 al. 3 Cst.](#) Il rappelle enfin qu'il revient au **législateur** d'adopter les règles applicables en matière d'assurance collective et que lui-même **n'a pas à se prononcer sur l'opportunité politique** d'une conception différenciée des allocations pour perte de gain.

Partant, le Tribunal fédéral rejette le recours.

Note

L'arrêt résumé ci-dessus nous paraît critiquable à plusieurs égards. D'une part, le Tribunal fédéral s'écarte de l'opinion, défendue par une partie de la doctrine, selon laquelle la **réglementation actuelle** en matière d'allocations pour perte de gain n'est **pas conforme au principe d'égalité entre les sexes** (Stéphanie Perrenoud, *La protection de la maternité*, 2015, p. 1173 ; Annekatrin Wortha, *Schutz und Förderung der Familie*, 2016, n° 619). Selon les autrices susmentionnées, pour respecter ce principe, l'allocation de maternité devrait comprendre non seulement une allocation d'exploitation pour les travailleuses indépendantes, mais également les **allocations pour enfant** dont bénéficient les personnes qui font du service en vertu des [art. 6](#) et [13 LAPG](#). En effet, il paraît étonnant que les mères, qui ont, par définition, un ou plusieurs enfants à charge, ne perçoivent pas ces montants supplémentaires, alors que les personnes faisant du service (la plupart du temps des hommes) y ont droit, de sorte qu'ils peuvent toucher, *in fine*, des **sommes plus importantes**, à hauteur de CHF 245 contre CHF 196 par jour (cf. [art. 16](#) et [16a al. 1 LAPG](#), respectivement [art. 16f al. 1 LAPG](#)).

D'autre part, le raisonnement du Tribunal fédéral nous semble être en contradiction avec celui

qu'il avait suivi dans son [ATF 145 II 153](#) (résumé *in* [Lawinside.ch/752/](#)) concernant l'interdiction de la discrimination en raison de l'orientation sexuelle. En effet, dans l'arrêt précité, le Tribunal fédéral avait retenu qu'il existait une **discrimination « à raison du sexe »** lorsqu'un traitement différent reposait sur un **critère ne pouvant être rempli que par un homme, respectivement que par une femme** – ce qui est le cas, en l'occurrence, de la maternité. Cet arrêt concernait certes l'[art. 3 LEg](#) et non les droits fondamentaux comme en l'espèce. Cela étant, suivre des raisonnements diamétralement opposés sous l'angle de l'[art. 3 LEg](#) et sous celui des droits fondamentaux ne nous paraît pas justifié, la [LEg](#) visant précisément à concrétiser l'interdiction de la discrimination selon l'[art. 8 Cst.](#) (en particulier l'interdiction de la discrimination salariale de l'[art. 8 al. 3 Cst.](#)).

L'on peut cependant se réjouir de l'adoption, en décembre 2019, de deux **motions parlementaires** intitulées « Allocation d'exploitation dans le cadre de l'allocation de maternité de travailleuses indépendantes ». Ainsi, comme le relève le Tribunal fédéral, **le Conseil d'État sera chargé d'établir une base légale garantissant aux travailleuses indépendantes le droit à des allocations d'exploitation en cas de maternité**, de manière analogue à ce que prévoit déjà l'[art. 8 LAPG](#) pour les personnes qui font du service ([motion n° 19.4110 de la conseillère nationale Marti](#) ; [motion n° 19.4270 de la conseillère des Etats Maury Pasquier, reprise par la conseillère des Etats Baume-Schneider](#)).