

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3732/2009

ATAS/533/2010

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 3

du 14 mai 2010

En la cause

Madame R_____, domiciliée à THÔNEX

recourante

contre

CAISSE INTERPROFESSIONNELLE AVS DE LA FEDERATION
DES ENTREPRISES ROMANDES FER CIAM 106.1, sise rue de
St-Jean 98, case postale 5278, 1211 GENÈVE 11

intimée

**Siégeant : Karine STECK, Présidente; Maria GOMEZ et Evelyne BOUCHAARA, Ju-
ges assesseurs**

EN FAIT

1. Madame R_____ exerce la profession d'expert-comptable indépendante depuis le 1^{er} septembre 2007. Auparavant, elle était employée.
2. Le 10 janvier 2008, l'assurée a informé la CAISSE INTERPROFESSIONNELLE AVS DE LA FEDERATION DES ENTREPRISES ROMANDES FER CIAM 106.1 (ci-après : la caisse) qu'elle était enceinte et que le terme de la grossesse était prévu le 28 mars 2008. Dans son courrier, l'intéressée sollicitait par ailleurs diverses informations relatives au calcul de ses cotisations et de ses allocations de maternité.
3. La caisse lui a répondu par courrier du 21 janvier 2008 que les cotisations sociales seraient fixées sur la base du revenu estimé par l'intéressée pour la période de septembre à décembre 2007 (12'000 fr.) annualisé, soit 36'000 fr. et que les allocations de maternité seraient calculées sur cette base. La caisse a encore précisé que si le revenu réel de l'assurée en 2008 se révélait supérieur à ce montant, l'assurée aurait la faculté de demander, sur présentation de son compte de pertes et profits, une adaptation des allocations de maternité.
4. La caisse a rendu en date du 4 avril 2008 une décision définitive au terme de laquelle elle a calculé, sur la base d'un revenu déterminant ascendant à 13'046 fr., le montant des cotisations AVS/AI/APG/AF/AMat dues par l'assurée pour l'activité déployée du 1^{er} septembre au 31 décembre 2007.
5. Suite à la naissance de sa fille, RA_____, le 8 mars 2008, l'assurée a requis de la caisse le versement des allocations de maternité (formulaire de demande du 3 avril 2008).
6. Le 14 avril 2008, la caisse l'a informée qu'elle avait fixé à 80 fr. le montant de l'allocation journalière due à l'intéressée du 8 mars au 13 juin (régime fédéral) et du 14 au 26 juin 2008 (régime cantonal). Pour ce faire, la caisse s'était fondée sur un revenu déterminant de 36'000 fr.
7. En date du 2 avril 2009, l'assurée a demandé à la caisse l'adaptation de ses allocations de maternité au motif que son revenu effectif pour l'année 2008 s'était élevé à 30'162 fr. pour sept mois d'activité (avant et après accouchement), ce qui représentait un montant de 51'706 fr. après annualisation, soit un chiffre supérieur à celui retenu par la caisse. A l'appui de sa demande, l'assurée a produit ses comptes annuels 2008, ainsi qu'un certificat de son gynécologue attestant qu'elle avait accouché le 8 mars 2008 et allaité son enfant jusqu'au 10 août de la même année.
8. Le 6 avril 2009, la caisse a répondu à l'assurée que les cotisations AVS/AI/APG/AF/AMat devaient être calculées sur la base du revenu effectivement

acquis pendant l'année 2008, tel qu'il ressortait des comptes de pertes et profits, c'est-à-dire 30'162 fr. Elle a ajouté, s'agissant des allocations de maternité, qu'elle ne demanderait pas la restitution des allocations versées en trop.

9. A la demande de l'assurée, la caisse, en date du 2 juin 2009, a rendu une décision formelle en ce sens.

En substance, la caisse a rappelé que les allocations de maternité avaient été calculées sur la base d'un revenu annuel de 36'000 fr. correspondant à l'estimation du revenu annuel 2008, elle-même basée sur le revenu réalisé de septembre à décembre 2007 puis annualisé.

La caisse a relevé que le revenu effectivement réalisé en 2008 (30'162 fr.) s'était finalement révélé inférieur car il n'y avait pas lieu d'annualiser le revenu tiré d'une période d'activité de 7 mois.

10. L'assurée ayant formé opposition à cette décision, la caisse en a rendu une seconde en date du 18 septembre 2009, aux termes de laquelle elle a accepté d'augmenter le montant de l'allocation journalière de maternité à 86 fr. 40.

La caisse a souligné que c'est le revenu obtenu avant l'accouchement qui est pertinent et non celui réalisé postérieurement. Elle a cependant constaté, s'agissant du revenu réalisé en 2007, qu'il s'était élevé à 13'046 fr. et correspondait donc à un revenu moyen quotidien de 108 fr., soit un montant plus élevé que celui qu'elle avait retenu pour calculer le montant des allocations (36'000 fr./an, soit 100 fr./jour), raison pour laquelle la caisse a accepté d'adapter ces dernières.

11. Par écriture du 15 octobre 2009, l'assurée a interjeté recours auprès du Tribunal de céans en concluant (implicitement) à l'annulation des décisions de la caisse et à l'octroi d'une allocation de maternité fixée sur la base d'un revenu annuel déterminant de 51'706 fr.

En résumé, la recourante soutient que selon les dispositions légales applicables, l'allocation de maternité doit être ajustée sur demande lorsque le revenu réalisé durant l'année au cours de laquelle est intervenu l'accouchement est supérieur à celui obtenu l'année précédant l'événement assuré.

Elle fait par ailleurs grief à la caisse d'appliquer la loi de façon contraire à l'égalité de traitement.

12. Invitée à se déterminer, l'intimée, dans sa réponse du 11 novembre 2009, a conclu au rejet du recours.

Elle soutient que rien ne justifie une annualisation du revenu d'indépendant l'année de l'accouchement et qu'il n'y a là aucune inégalité de traitement entre les assurées accouchant en début ou en fin d'année.

13. Copie de cette écriture a été transmise à la recourante. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56V al. 2 let. f de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ ; E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'art. 19 de la loi cantonale sur l'assurance maternité du 14 décembre 2000 (LAMat), en vigueur jusqu'au 30 juin 2005. Malgré l'abrogation de cette dernière lors de l'entrée en vigueur, le 1^{er} juillet 2005, de la loi instituant une assurance en cas de maternité et d'adoption du 21 avril 2005 (LAMat), le Tribunal de céans demeure compétent, tout comme il l'est, en vertu de l'art. 56V al. 1 let. a LOJ, pour connaître des contestations relatives à la loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité (LAPG ; RS 834.1). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.
2. Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 à 60 LPGA).
3. Est litigieux en l'espèce le montant de l'allocation de maternité due à la recourante suite à la naissance de sa fille le 8 mars 2008, et plus particulièrement le revenu de référence servant de base au calcul de cette allocation.
4. Le 1^{er} juillet 2005 sont entrés en vigueur les nouveaux articles 16b-h de la LAPG. Avec l'entrée en vigueur desdites normes, le règlement fédéral y relatif (règlement du 24 novembre 2004 sur les allocations pour perte de gain [RAPG]; RS 834.11) a été soumis à une révision complète, également entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2005. Les articles 23 à 35 règlent désormais le droit à l'indemnité journalière en cas de maternité.
5. a) Selon l'art. 16b al. 1 LAPG, a droit à l'allocation la femme qui :
 - a. a été assurée obligatoirement au sens de la LAVS durant les neuf mois précédant l'accouchement ;
 - b. a, au cours de cette période, exercé une activité lucrative durant cinq mois, et
 - c. à la date de l'accouchement :
 1. est salariée au sens de l'art. 10 LPGA,
 2. exerce une activité indépendante au sens de l'art. 12 LPGA, ou
 3. travaille dans l'entreprise du son mari contre un salaire en espèces.

Le droit à l'allocation prend naissance le jour de l'accouchement (art. 16c al. 1 LAPG) et s'éteint normalement 98 jours après (art. 16d LAPG). Selon l'art. 16e al. 1 LAPG, l'allocation de maternité est versée sous la forme d'une in-

demnité journalière correspondant à 80% du revenu moyen perçu avant le début du droit à l'indemnité. Pour la détermination de ce revenu, il y a lieu d'appliquer par analogie l'art. 11 al. 1 (al. 2).

Selon cette dernière disposition, est déterminant pour la fixation du revenu moyen réalisé avant l'entrée en service celui sur la base duquel sont calculées les cotisations dues selon la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS ; RS 831.10). Le Conseil fédéral édicte les dispositions relatives au calcul de l'allocation et fait établir par l'Office fédéral des assurances sociales (ci-après : OFAS) des tables dont l'usage est obligatoire et les montants arrondis (al. 1).

b) Selon l'art. 31 al. 1 RAPG, l'allocation en cas de maternité des femmes salariées est calculée sur la base du dernier salaire déterminant acquis avant l'accouchement, converti en salaire journalier moyen. Ne sont pas pris en considération dans la détermination de ce gain les jours pour lesquels la mère n'a pas perçu de salaire ou dont le salaire a été diminué en raison de maladie, accident, période de chômage, période de service au sens de l'art. 1a LAPG ou d'autres motifs n'impliquant aucune faute de sa part.

En ce qui concerne les femmes poursuivant une activité indépendante, il y a lieu de faire application par analogie de l'art. 7 al. 1 RAPG (art. 32 RAPG), aux termes duquel l'allocation est calculée d'après le revenu, converti en revenu moyen, qui a servi de base à la dernière décision de cotisations à l'AVS rendue avant l'entrée en service. L'allocation peut être ajustée par la suite, sur demande, si une nouvelle décision de cotisation est prise pour l'année pendant laquelle le service a été accompli.

c) La procédure de calcul de l'allocation de maternité a été réglée par l'OFAS dans la circulaire sur l'allocation de maternité en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2005, dont le chiffre 1084 rappelle le principe prévu à l'art. 16e LAPG, valable tant pour les femmes indépendantes que pour les salariées, selon lequel l'allocation se monte au 80% du revenu déterminant réalisé par la mère immédiatement avant l'accouchement.

En ce qui concerne la travailleuse salariée, le chiffre 1088 réitère le principe ci-dessus évoqué, précisant que le revenu au sens de l'art. 5 LAVS est déterminant.

Pour la travailleuse de condition indépendante, il est par contre précisé que le revenu déterminant est celui, converti en gain journalier moyen, qui a été retenu pour fixer la dernière contribution AVS avant l'accouchement (ch. 1089).

Dans sa version en vigueur à compter du 1^{er} janvier 2010, en principe non applicable eu égard au principe selon lequel sont déterminantes les règles de droit en vigueur au moment où les faits décisifs se sont produits (ATF 129 V 4 consid. 1.2), le

chiffre 1089 de la circulaire dispose également que si la dernière décision de cotisation personnelle AVS avant l'accouchement remonte à plus d'une année entière, il faut se référer au revenu annuel précédant l'année de l'accouchement, le revenu en question étant alors celui qui a servi à fixer les acomptes de cotisation (soit le revenu estimé). Sur demande de la mère, il est également possible de se référer au revenu réalisé durant l'année de l'accouchement, auquel cas seul le revenu réalisé avant l'accouchement sera pris en compte. Celui doit être attesté, par exemple, par un bilan comptable pour la période concernée. Enfin, pour déterminer le revenu journalier moyen, le revenu annuel est divisé par 360. Si le revenu est réalisé pendant moins d'une année, la conversion en revenu journalier moyen se fait sur la base de la période d'activité effective.

Ces adaptations de la circulaire font suite à un arrêt rendu par le Tribunal fédéral en date du 26 juillet 2007 et publié aux ATF 133 V 431 (cf. en particulier consid. 6), dans lequel notre Haute Cour avait considéré que l'interprétation des normes légales ne permettait pas de tenir compte du revenu réalisé après l'accouchement dans le cas de la mère de condition indépendante, à l'instar de ce qui prévaut pour la mère salariée. Dans la mesure où les modifications du chiffre 1089 de la circulaire de l'OFAS en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2010 consistent en une codification de la jurisprudence antérieure, elles seront prises en considération dans l'examen du présent recours.

6. En l'espèce, l'intimée s'est basée sur le revenu réalisé durant l'année (2008) précédant l'événement assuré, tel que fixé par décision de cotisation du 4 avril 2008. La recourante, elle, requiert que soit pris en considération le revenu réalisé sur l'ensemble de l'année 2009, annualisé.

Il ressort de l'ensemble des dispositions énumérées ci-dessus, et en particulier de la jurisprudence (ATF susmentionné repris dans la nouvelle version de la circulaire de l'OFAS), que, pour des raisons d'égalité de traitement principalement, lorsqu'est pris en compte (sur demande) le revenu perçu par la mère de condition indépendante l'année durant laquelle a eu lieu l'événement assuré, seul peut entrer en considération le revenu réalisé avant l'accouchement, à l'exclusion de celui réalisé après celui-ci, respectivement après la période de congé maternité. Ledit revenu doit être annualisé.

In casu, c'est donc le revenu acquis entre le 1^{er} janvier et le 7 mars 2008 qui entre en considération. La recourante a produit ses comptes de pertes et profit, de même que son bilan. Il n'est toutefois pas possible de déterminer avec précision quel a été le revenu réalisé en 2008 avant l'accouchement, lesdits comptes ne permettant pas de distinguer les périodes. En l'état du dossier, le Tribunal ne peut donc pas fixer le revenu déterminant, ni, par voie de conséquence, se prononcer sur le montant de l'allocation de maternité à laquelle peut prétendre l'intéressée.

Le dossier sera donc retourné à l'intimée, à charge pour cette dernière de déterminer, en collaboration avec la recourante, le revenu acquis entre le 1^{er} janvier et le 7 mars 2008. Une fois annualisé, ce montant devra être comparé au gain réalisé en 2007 et, s'il lui est supérieur - ce qui est hautement vraisemblable eu égard au résultat des comptes annuels de l'intéressée -, l'allocation de maternité devra être ajustée.

7. En raison du renvoi inscrit à l'art. 10 LAMat (voir aussi l'art. 2), les principes ci-dessus exposés valent également pour les allocations versées en vertu de cette assurance du 99^{ème} au 112^{ème} jour (cf. art. 5 al. 1 et 2 LAMat).
8. Il suit de ce qui précède que le recours est partiellement admis.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement.
3. Annule les décisions de l'intimée des 2 juin et 18 septembre 2009.
4. Renvoie la cause à l'intimée pour instruction complémentaire et nouvelle décision au sens des considérants.
5. Dit que la procédure est gratuite.
6. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF ; RS 173.110) ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La présidente

Yaël BENZ

Karine STECK

La secrétaire-juriste : Laurence SCHMID PIQUEREZ

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe le