

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 26 août 2009

Présidence de M. JOMINI, juge unique
Greffier : M. Addor

Cause pendante entre :

A.E. _____, à La Sage (VS), recourante, représentée par Me Irène
Wettstein Martin, avocate à Vevey,

et

CAISSE AVS DE LA FEDERATION PATRONALE VAUDOISE, à Lausanne,
intimée.

Art. 11 al. 1 et 16e al. 2 LAPG; 5 al. 2 et 31 al. 2 RAPG

E n f a i t :

A. A.E._____, engagée depuis le 1^{er} septembre 2004 en qualité de professeur de piano par l'association D._____, ([...]), à [...], a demandé (sur une formule signée également par son employeur) une allocation de maternité, après la naissance le 27 juin 2008 de son fils B.E._____.

La Caisse AVS de la Fédération patronale vaudoise (ci-après : la Caisse AVS) a rendu sa décision le 25 septembre 2008. Elle a reconnu le droit de l'intéressée à une allocation de maternité pour la période du 27 juin au 2 octobre 2008, calculée sur la base d'un revenu journalier moyen de 47 fr.

A.E._____ a formé opposition en faisant valoir en substance que le calcul du droit à l'allocation aurait dû être effectué sur la base d'un revenu journalier moyen de 65 fr. 02, ce calcul tenant compte du fait qu'elle était une salariée payée à l'heure. Or, pour l'opposante, la Caisse AVS a considéré à tort qu'elle percevait un salaire mensuel.

Par une décision du 17 novembre 2008, la Caisse AVS a rejeté l'opposition et confirmé sa décision du 25 septembre 2008. Elle a précisé qu'elle avait statué sur la base des renseignements figurant sur la demande d'allocation. Dans la partie B de la formule ("à remplir par l'employeur"), il était indiqué sous la rubrique "b) salaire mensuel" le montant de 1'397 fr. 15. Il était encore mentionné que l'employeur verserait le salaire durant le congé de maternité, à 100 %.

B. Par un acte du 18 décembre 2008, A.E._____ a recouru au Tribunal des assurances contre la décision sur opposition. Elle conclut à son annulation et au renvoi de l'affaire à la Caisse AVS pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Elle fait derechef valoir qu'elle est employée à l'heure par l'association D._____, et que les Directives de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) concernant le régime des

allocations pour perte de gain pour les personnes faisant du service et en cas de maternité (ci-après : DAPG) prévoient une formule spéciale pour le calcul du revenu déterminant des personnes salariées payées à l'heure (ch. 5020 DAPG); dans son cas, le revenu journalier moyen ainsi calculé se monterait à 70 fr. 76. Elle signale que sur la formule de demande d'allocation (partie B, lettre a), à la rubrique "Salaire à l'heure sans atteinte à la santé", il est indiqué : "dernier salaire horaire pour 8.5 heures de travail par semaine : 53 fr. 60 (piano) / 66 fr. 85 (solfège)". Elle se réfère également à son contrat de travail (du 2 novembre 2005), qui prévoit notamment ce qui suit :

- elle est chargée de donner des cours de piano de cycle I, piano jazz et solfège cycle I (art. 1 ch. 2);
- pour le poste de professeur de piano cycle I et piano jazz, l'employée recevra un salaire brut de 51 fr. par heure de 60 minutes, plus 8.34 % de vacances payées (art. 2 ch. 1);
- pour le poste de professeur de solfège cycle I, l'employée recevra un salaire brut de 61 fr. 20 par heure de 60 minutes, plus 8.34 % de vacances payées (art. 2 ch. 2);
- le nombre d'heures d'enseignement est fixé au début de chaque semestre, l'employeur ne les garantit cependant pas (art. 2 ch. 3);
- lorsque l'employée est empêchée de donner ses cours pour des causes telles que maladie, accident, naissance, mariage, décès d'un proche parent ou déménagement, elle est tenue de remplacer ses cours (art. 3 ch. 1).

Dans sa réponse au recours, la Caisse AVS a proposé que l'employeur soit interpellé.

Dans une lettre du 26 février 2009 au Tribunal cantonal, la directrice de l'association D. _____ a donné les indications suivantes :

"1. Le salaire de nos professeurs est recalculé à chaque début de semestre, sur une base horaire, comme suit : le nombre d'heures de cours donnés pendant une semaine est multiplié par 17 (nombre de semaines travaillées pendant un semestre), ce qui nous donne le total d'heures à payer pour un semestre. Le salaire total du

semestre est calculé sur cette base, il est divisé par six, ce qui permet de mensualiser les salaires et verser ainsi un montant régulier chaque mois.

2. Nous confirmons l'exactitude des montants indiqués sur le questionnaire de demande d'allocation maternité.

3. Le 100 % du salaire de Mme A.E. _____ a été payé pendant la durée du congé maternité. Une déduction lui a cependant été faite sur son salaire du mois d'août, déduction qui concernait des cours qu'elle n'avait pas donnés aux élèves durant le semestre, et qui ont dû être remboursés aux parents. Nous précisons également qu'un congé payé supplémentaire d'un mois lui a été accordé, pour lui permettre de continuer à allaiter son enfant".

Dans un complément à sa réponse - après avoir pris connaissance de ce qui précède, - la Caisse AVS a conclu au rejet du recours. En substance, elle fait valoir que bien que le contrat de travail fasse état d'une rémunération horaire, le salaire est dans la pratique mensualisé.

Les deux parties se sont encore déterminées, sans modifier leurs conclusions.

E n d r o i t :

1. Les dispositions de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA, RS 830.1) s'appliquent au régime des allocations pour perte de gain (art. 1 LAPG, [loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité, RS 834.1]). Les décisions sur opposition sont sujettes à recours auprès du tribunal des assurances compétent (art. 58 LPGA; voir cependant l'art. 24 al. 1 LAPG). Le recours doit être déposé dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA). En l'espèce, le recours, interjeté en temps utile devant le tribunal compétent, est donc recevable.

La loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD, RSV 173.36), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009 et qui s'applique aux recours et contestations par voie d'action dans le

domaine des assurances sociales (art. 2 al. 1 let. c LPA-VD), est immédiatement applicable dans la présente cause (voir la disposition transitoire de l'art. 117 al. 1 LPA-VD). La cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, qui succède au Tribunal des assurances, est compétente pour statuer (art. 93 al. 1 let. a LPA-VD). La cause ressortit cependant à la compétence du juge instructeur statuant en tant que juge unique, dès lors que la valeur litigieuse n'atteint pas 30'000 fr. (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD).

2. La recourante se plaint d'une violation des prescriptions fédérales sur le calcul de l'allocation à laquelle elle a droit en vertu de la décision de la Caisse AVS du 25 septembre 2008.

a) La LAPG définit, à ses art. 16b ss, les conditions du droit à l'allocation de maternité, qui est versée sous la forme d'indemnités journalières (art. 16e al. 1 LAPG). A propos du montant et du calcul de l'allocation – seule question litigieuse en l'espèce –, l'art. 16e al. 2 LAPG dispose ce qui suit :

"L'indemnité journalière est égale à 80 % du revenu moyen de l'activité lucrative obtenu avant le début du droit à l'allocation. Pour déterminer le montant de ce revenu, l'art. 11, al. 1, est applicable par analogie."

L'art. 11 al. 1 LAPG, qui s'appliquait à l'origine uniquement aux allocations pour perte de gain en cas de service, prévoit que le revenu moyen est le revenu déterminant pour le calcul des cotisations AVS, et il charge le Conseil fédéral d'édicter des dispositions relatives au calcul de l'allocation.

Le Conseil fédéral a adopté le 24 novembre 2004 le règlement sur les allocations pour perte de gain (RAPG, RS 834.11). Le calcul de l'allocation due à la mère salariée (cf. art. 16e LAPG) est réglé à l'art. 31 RAPG, qui prévoit à son al. 1 que cette allocation est calculée sur la base du dernier salaire déterminant acquis avant l'accouchement et converti en gain journalier moyen. L'art. 31 al. 2 RAPG dispose qu'au surplus, les art. 5 et 6 RAPG s'appliquent par analogie.

Selon son titre, l'art. 5 RAPG concerne la "détermination du gain journalier moyen acquis avant le service pour les salariés ayant un revenu régulier" (tandis que l'art. 6 RAPG vise les salariés ayant un revenu irrégulier). L'art. 5 al. 2 RAPG précise, dans les termes suivants, comment est déterminé ce gain journalier moyen :

- "a. pour les salariés payés à l'heure, le dernier salaire horaire perçu avant le service est multiplié par le nombre d'heures de travail effectuées durant la dernière semaine de travail normal précédant le service et ce produit est divisé par sept;
- b. pour les salariés payés au mois, le dernier salaire mensuel perçu avant le service est divisé par 30;
- c. pour les salariés rémunérés d'une autre façon, le salaire perçu durant les quatre dernières semaines précédant le service est divisé par 28."

Lorsque la contestation porte sur le calcul de l'allocation de maternité due à une salariée ayant un revenu régulier, cet art. 5 al. 2 RAPG s'applique sans autre, sous la seule réserve que ce n'est pas le salaire ou le travail "avant le service" qui est déterminant, mais bien celui "avant l'accouchement". C'est dans ce sens qu'il faut comprendre l'art. 31 al. 2 RAPG en tant qu'il renvoie à l'art. 5 RAPG "par analogie".

Le RAPG ne donne pas de définition plus précise des notions de "salarié payé à l'heure" et de "salarié payé au mois". Les directives (DAPG), qui reprennent ou paraphrasent les dispositions de la LAPG et du RAPG avec quelques indications complémentaires, ne proposent pas non plus une définition de ces notions (cf. ch. 5015 ss DAPG).

b) Le droit fédéral prévoit que les allocations sont en principe versées à la personne protégée (ayant droit), mais le droit aux allocations est transféré à l'employeur dans la mesure où celui-ci continue de verser un salaire à la personne protégée (art. 17 al. 1 let. b LAPG, art. 19 al. 2 LAPG; cf. Mahon, in Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 2^e éd., 2007, APG, n. 40 p. 1931). Ce transfert du droit, effectif dans le cas particulier, n'influence cependant pas le mode de calcul.

Il s'agit donc de déterminer si la recourante est, comme elle le prétend, une salariée payée à l'heure, ou si elle est au contraire une salariée payée au mois, ce qui a été retenu dans la décision attaquée.

Dans les deux cas (à l'heure [art. 5 al. 2 let. a RAPG] ou au mois [art. 5 al. 2 let. b RAPG]), il s'agit d'un salaire au temps. Dans le régime du contrat de travail, les parties sont libres, pour un salaire au temps, de fixer la rémunération sur une base horaire, journalière, hebdomadaire, mensuelle ou annuelle (cf. Wyler, Droit du travail, 2^e éd. p. 159). En l'espèce, le contrat de travail prévoit expressément la rémunération sous la forme d'un salaire brut par période d'enseignement d'une heure. Les élèves de l'association D._____, qui sont normalement des enfants, sont inscrits pour un enseignement donné par semestres (correspondant aux semestres de l'année scolaire), sous la forme de cours d'instrument ou de solfège, d'une durée d'une heure au plus, dispensés régulièrement; le paiement des écolages, par les élèves ou leurs parents, doit en règle générale intervenir au début du semestre (cf. règlement de l'association D._____, sur [www.\[...\]](#)). Pour ce type de travail, une rémunération du professeur sur une base horaire - correspondant aux leçons données, qui dépendent du nombre d'élèves inscrits à son cours pour le semestre - n'est pas insolite.

Sur la formule de demande d'allocation, l'employeur a donné deux indications : il a mentionné aussi bien le salaire horaire (let. a) que le salaire mensuel (let. b). Il ressort clairement des explications de l'association D._____ que cette dernière indication est le résultat d'un calcul qui est effectué en vue du paiement des salaires ("mensualisation" des salaires horaires pour l'enseignement durant un semestre, afin de garantir un versement régulier, au rythme mensuel). Ces modalités de paiement ne signifient pas que la base horaire de la rémunération, convenue dans le contrat de travail, aurait été transformée en base mensuelle.

En l'espèce, pour l'application des dispositions pertinentes du droit fédéral, c'est bien la base horaire de la rémunération qui est

déterminante. La recourante doit être considérée comme une salariée payée à l'heure, au sens de l'art. 5 al. 2 let. a RAPG, par renvoi de l'art. 31 al. 2 RAPG.

En appliquant les règles de calcul prévues pour les salariés payés au mois, la Caisse AVS a donc violé le droit fédéral. Le recours, bien fondé, doit donc être admis.

c) Il s'ensuit que la décision attaquée doit être annulée et que l'affaire doit être renvoyée à la Caisse AVS pour nouvelle décision au sens des considérants. Dès lors que le droit à l'allocation de maternité n'est pas litigieux, il appartiendra uniquement à cet organisme de calculer à nouveau le montant dû. Il n'incombe pas à la Cour de céans de procéder à ces calculs et de réformer la décision attaquée; du reste, la recourante n'a pas pris de conclusions dans ce sens.

3. La procédure est gratuite (cf. art. 61 let. a LPGA, applicable en vertu de l'art. 1 LAPG). La recourante, assistée par un avocat, a droit à des dépens, fixés d'après l'importance et la complexité du litige et mis à la charge de la Caisse AVS (art. 55 LPA-VD, art. 61 let. g LPGA).

**Par ces motifs,
le juge unique
prononce :**

I. Le recours est admis.

II. La décision sur opposition rendue le 17 novembre 2008 par la Caisse AVS de la Fédération Patronale Vaudoise est annulée et

l'affaire est renvoyée à cette Caisse pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

III. Il n'est pas perçu de frais judiciaires.

IV. Une indemnité de 1'200 fr. (mille deux cents francs), à payer à la recourante A.E. _____ à titre de dépens, est mise à la charge de la Caisse AVS de la Fédération Patronale Vaudoise.

Le juge unique :

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- Me Irène Wettstein Martin (pour A.E. _____)
- Caisse AVS de la Fédération Patronale Vaudoise
- Office fédéral des assurances sociales

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral, RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Le greffier :