



**c o n s i d é r a n t e n f a i t**

A. X., née en 1972, mariée et domiciliée à \_\_\_\_\_ a exercé l'activité de secrétaire à temps partiel auprès de l'entreprise de terrassement Y., à \_\_\_\_\_, à partir du 20 octobre 2004.

Le 22 août 2007, alors qu'elle était enceinte, elle a résilié son contrat de travail pour le 31 octobre de la même année. Elle a accouché le 15 novembre suivant.

Le 11 janvier 2008, elle a déposé une demande d'allocations de maternité auprès de la Caisse interprofessionnelle AVS de la Fédération des Entreprises Romandes (ci-après: CIGA), à Bulle, laquelle lui a nié le droit par décision du 5 mai 2008, confirmée sur opposition le 25 juillet suivant, au motif qu'elle n'était pas au bénéfice d'un contrat de travail juridiquement valable au jour de l'accouchement.

B. Contre la décision sur opposition, X., représentée par Z. SA, à \_\_\_\_\_, interjette le 20 août 2008 un recours de droit administratif auprès de la Cour de céans. Concluant à l'allocation des prestations de maternité, elle fait valoir l'inégalité de traitement résidant entre une personne qui résilie par erreur son contrat de travail avant l'accouchement, en raison de la pénibilité de l'activité, par rapport à celle qui, sur la base d'un certificat médical, bénéficie d'indemnités d'assurance.

Dans ses observations du 7 octobre 2008, la CIGA conclut au rejet du recours tout en renvoyant à la décision querellée. Elle ajoute toutefois reconnaître que la disposition légale en cause est à même de favoriser l'incapacité de travail reconnue médicalement et qui, moyennant l'octroi d'indemnités journalières pour perte de gain en cas de maladie, garantit l'octroi de l'allocation de maternité et s'en remet à dire de justice afin de déterminer si tel est bien l'esprit du législateur.

Dans un second échange d'écritures, les parties maintiennent leur position.

Faisant suite à l'ordonnance de la Cour de céans du 7 juin 2011, la recourante déclare qu'elle n'a pas repris d'activité lucrative, qu'elle n'a touché aucune indemnité de l'assurance maladie en relation avec sa grossesse ni entrepris de démarches auprès de l'assurance-chômage, et produit son contrat de travail.

Aucun autre échange d'écritures n'est ordonné entre elles.

Il sera fait état des arguments, développés par ces dernières, à l'appui de leurs conclusions, dans les considérants de droit du présent arrêt, pour autant que cela soit utile à la solution du litige.

## e n d r o i t

1. Interjeté en temps utile et dans les formes légales requises auprès de la Cour de céans par une assurée directement touchée par la décision attaquée et dûment représentée, le recours est recevable.

2. a) Selon l'art. 16b al. 1 de la loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité (LAPG; RS 834.1), ont droit à l'allocation les femmes qui ont été assurées obligatoirement au sens de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS; RS 831.10) durant les neuf mois précédant l'accouchement (let. a); ont, au cours de cette période, exercé une activité lucrative durant cinq mois (let. b) et, à la date de l'accouchement (let. c), sont salariées au sens de l'art. 10 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA; RS 830.1) (ch. 1), exercent une activité indépendante au sens de l'art. 12 LPGA (ch. 2), ou travaillent dans l'entreprise de leur mari contre un salaire en espèces (ch. 3). L'alinéa 3 prévoit que le Conseil fédéral règle le droit à l'allocation des femmes qui, pour cause d'incapacité de travail ou de chômage, ne remplissent pas les conditions prévues à l'al. 1, let. a (let. a) ou ne sont pas considérées comme salariées ou indépendantes au moment de l'accouchement (let. b).

D'après l'art. 29 du règlement du 24 novembre 2004 sur les allocations pour perte de gain (RAPG; RS 834.11), la mère qui est au chômage au moment de l'accouchement ou qui, en raison d'une période de chômage, ne remplit pas la condition de la durée d'activité lucrative minimale prévue par l'art. 16b, al. 1, let. b, LAPG a droit à l'allocation si elle a perçu des indemnités de l'assurance-chômage jusqu'à l'accouchement (let. a), ou si elle remplissait la condition de la période de cotisation nécessaire prévue par la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI; RS 837.0) pour percevoir des indemnités au moment de l'accouchement (let. b).

En vertu de l'art. 30 al. 1 RAPG, la mère qui est en incapacité de travail au moment de l'accouchement ou qui, en raison d'une période d'incapacité de travail, ne remplit pas la condition de la durée d'activité minimale prévue par l'art. 16b, al. 1, let. b, LAPG a droit à l'allocation si, jusqu'à l'accouchement, elle a perçu des indemnités pour perte de gain en cas de maladie ou d'accident d'une assurance sociale ou privée (let. a), ou des indemnités journalières de l'assurance-invalidité (let. b). L'alinéa 2 prévoit que la mère qui ne remplit pas les conditions de l'alinéa 1 a droit à l'allocation si elle bénéficiait d'un rapport de travail encore valable au moment de l'accouchement et qu'elle avait précédemment épuisé son droit au salaire.

b) Selon la jurisprudence, l'art. 16b LAPG subordonne le droit à l'allocation aux trois conditions cumulatives suivantes, à savoir la condition d'assurance, qui doit être remplie pendant les neuf mois précédant l'accouchement, au cours de laquelle la femme doit avoir exercé une activité lucrative durant 5 mois – pour les salariées, il faut considérer qu'il y a activité lucrative lorsque des rapports de travail sont en cours, peu importe qu'il y ait une période de vacances, ou que l'intéressée soit en arrêt de travail ou en droit d'être dispensée de travailler (art. 35 de la loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce [LTr; RS 822.11]) – et qu'à la date de l'accouchement, la femme doit être salariée, indépendante ou travailler dans l'entreprise de son mari contre un salaire en espèces (ATF 133 V 73 consid. 3, 136 V 239 consid. 2).

Comme cela ressort du texte de l'art. 16b al. 1, let. c, ch. 1 et 2 LAPG, la mère doit pouvoir être considérée, au moment de l'accouchement, comme exerçant une activité lucrative (dépendante ou indépendante). Le texte légal n'exige évidemment pas que l'intéressée exerce effectivement son activité jusqu'à la date de l'accouchement. Il ne requiert pas davantage qu'elle réalise un revenu immédiatement avant cette date. Par ailleurs, il n'est pas indispensable qu'elle reprenne une activité après la naissance. Ce qui est décisif, bien plutôt, c'est le statut professionnel de la femme au moment où elle accouche. Les femmes salariées doivent être partie à un rapport de travail – ou d'apprentissage – de droit privé ou de droit public à la date déterminante (ATF 133 V 73 consid. 4.1).

En déléguant au Conseil fédéral, à l'art. 16b al. 3 let. b LAPG, la compétence de régler le droit à l'allocation des femmes qui ne sont pas réputées salariées ou indépendantes au moment de l'accouchement (pour cause d'incapacité de travail ou de chômage), le législateur a eu en vue la perte du statut de salariée ou d'indépendante. Le texte légal fait en effet référence aux femmes qui, pour cause d'incapacité de travail ou de chômage "ne sont pas considérées comme salariées ou indépendantes au moment de l'accouchement". Cette délégation repose sur l'idée qu'il serait choquant, dans certains cas, d'exclure une femme du cercle des ayants droit du seul fait qu'elle n'exerçait aucune activité lucrative au moment de l'accouchement. C'est dans cette optique que le législateur a chargé le Conseil fédéral de prévoir des exceptions, tout en relevant que celles-ci ne sauraient être admises qu'en faveur de femmes réputées n'exercer aucune activité à ce moment, parce qu'elles seraient au chômage ou en arrêt de travail pour des raisons inhérentes à leur état de santé; les intéressées doivent cependant bénéficier d'un revenu de substitution. Ces exceptions valent tout spécialement pour les femmes qui perdent leur emploi avant ou pendant la grossesse, par exemple en cas de démission, en raison de la fin d'un contrat de durée déterminée, d'un licenciement pendant le temps d'essai ou encore d'un licenciement pour juste motif (ATF 133 V 73 consid. 4.3; FF 2002 7020).

La condition d'un revenu de substitution au moment de l'accouchement n'est pas posée par la loi, pour laquelle l'élément décisif réside dans le statut professionnel de la mère. Au moyen de la délégation de l'art. 16b al. 3 LAPG, le législateur a voulu étendre le cercle des personnes protégées par rapport aux conditions posées à l'art. 16b al. 1 LAPG et non le limiter. En dépit des conditions en apparence plus strictes posées par l'art. 30 al. 1 de l'ordonnance, cette disposition doit s'interpréter conformément à la loi. Dans son commentaire sur les modifications du RAPG, le Conseil fédéral a exposé ce qui suit à propos de l'art. 30 RAPG (mères en incapacité de travail): "La délégation de compétence conférée au Conseil fédéral ne vaut pas seulement pour les mères au chômage, mais également pour celles qui sont en incapacité de travail pour des motifs de santé. Par conséquent, il est prévu que ces dernières puissent prétendre à l'allocation de maternité si, ayant dû renoncer à l'exercice de leur activité lucrative pour cause de maladie ou d'accident, elles bénéficient au moment de l'accouchement d'une indemnité journalière de l'AI ou d'indemnités pour perte de gain en cas de maladie ou d'accident d'une assurance sociale ou privée, indépendamment de la continuation d'un rapport de travail. Peuvent en outre également prétendre à l'allocation les mères en incapacité de travail pour cause de maladie ou d'accident qui n'ont pas droit à une indemnité journalière mais bénéficieraient encore d'un rapport de travail valable lors de l'accouchement tout en ayant épuisé leur droit à la poursuite du versement du salaire à ce moment." Sur la base de ces explications, il apparaît que le Conseil fédéral a voulu régler des situations où la mère a été contrainte de renoncer à son activité lucrative pour une des causes mentionnées. Il a

eu principalement en vue les salariées qui ont perdu leur emploi à la suite d'une incapacité de travail. Il a prévu une exception à la condition du revenu de substitution pour les femmes qui ont épuisé leur droit au salaire mais qui bénéficient d'un rapport de travail au moment de l'accouchement (ATF 133 V 73 consid. 4.4).

Par ailleurs, le Conseil fédéral déclare dans ce commentaire : "[qu'il] serait choquant d'exclure une femme du cercle des ayants droit du seul fait qu'elle est chômeuse, tant il est vrai que le résultat d'une telle « exclusion » ne serait guère enviable. Le législateur a donc chargé le Conseil fédéral de régler les conditions auxquelles une mère au chômage peut prétendre à l'allocation de maternité. L'art. 29 ouvre le droit à l'allocation de maternité non seulement aux mères qui touchent une indemnité de chômage lors de l'accouchement, mais également à celles qui n'étaient pas au bénéfice d'une telle indemnité lors de l'accouchement, mais en remplissaient les conditions d'octroi y relatives. Cette réglementation vise à empêcher que la mère sans travail doive nécessairement requérir des prestations de l'assurance-chômage pour pouvoir bénéficier de l'allocation de maternité lors même qu'elle ne souhaiterait pas solliciter l'octroi d'une telle prestation. Dans les deux cas de figure, il n'est toutefois question que des mères au chômage qui touchent ou pourraient toucher des prestations de l'assurance-chômage fédérale, et non des femmes qui perçoivent des indemnités journalières des secours aux chômeurs ou des prestations de l'aide sociale. Ce sont les caisses de chômage qui détermineront si les conditions légales pour bénéficier des indemnités de chômage sont réalisées. En collaboration avec le secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après: seco), l'OFAS mettra au point une procédure d'annonce simple et rationnelle entre les caisses de chômage et les caisses de compensation." (<http://www.bsv.admin.ch/themen/eo/00054/index.html?lang=fr>).

Le Conseil fédéral poursuit dans son commentaire relatif à l'art. 16b al. 3 LAPG que cette disposition ne lui permet, en cas de chômage, de s'écarter des règles générales de l'aliéna 1 que si, lors de l'accouchement, l'intéressée percevait effectivement une allocation de chômage. Tel devrait bien entendu être la règle. Des exceptions devraient toutefois pouvoir être stipulées lorsqu'au moment de l'accouchement ou dans les 14 semaines qui suivent, une femme remplit ou remplirait les conditions du droit aux allocations de chômage, ou si la cessation du travail était due à des problèmes de santé. De la sorte, on s'assure que le Conseil fédéral peut, au niveau de l'ordonnance, prévoir que l'allocation de maternité ne soit pas seulement destinée aux femmes qui, au moment de l'accouchement, percevaient une allocation de chômage et, par conséquent, un revenu de substitution. Un tel droit devrait également être accordé lorsqu'aucune allocation de chômage n'est versée si, au moment de l'accouchement, la possibilité existe, dans un délai-cadre donné, d'obtenir une telle prestation, indépendamment du fait qu'elle soit perçue immédiatement avant l'accouchement ou si, dans la période précédant ou suivant immédiatement l'accouchement, les conditions d'une période de cotisation suffisante au sens de la LACI sont remplies, ou s'il existe des motifs ayant justifié une exemption du paiement des cotisations. En effet, il sied d'éviter, dans le sens d'une délimitation et d'une coordination conséquentes entre la LACI et la LAPG, que des assurées ne soient appelées à présenter une demande d'allocation de chômage afin de préserver leur droit à des allocations de l'assurance-maternité. L'exigence d'une telle demande pourrait – vu la rigueur du système des délais-cadres – prêter à contestation les droits éventuels des intéressées en cas de chômage ultérieur. Enfin, le principe de l'égalité de traitement exige la mise en œuvre d'une telle réglementation, faute de quoi la catégorie des personnes assurées libérées du paiement des cotisations subirait une inégalité de

traitement selon qu'une demande d'allocations de chômage aura été déposée ou non au moment de l'accouchement (FF 2003 1041 ss).

Selon la Circulaire sur l'allocation de maternité (CAMat), valable à partir du 1<sup>er</sup> juillet 2005, les femmes qui remplissent les conditions d'assurance mais qui, au moment de l'accouchement sont sans emploi sans toutefois être en incapacité de travail, ont droit à l'allocation à condition de bénéficier d'une indemnité journalière de l'assurance chômage. Il faut toutefois qu'elles aient droit à cette indemnité jusqu'au jour de l'accouchement. Dans l'hypothèse où la femme fait valoir qu'elle était au chômage au moment de l'accouchement mais qu'elle ne percevait aucune indemnité journalière de l'AC, il appartient à la caisse de compensation de déterminer si elle remplirait les conditions pour obtenir des prestations de l'assurance-chômage au cas où elle en aurait fait la demande. Ces conditions sont réalisées si, au moment de l'accouchement, un délai cadre a été ouvert à la mère conformément à l'art. 9 LACI, peu importe que des indemnités de chômage aient été versées immédiatement avant l'accouchement. Une mère peut aussi remplir les conditions d'octroi si, dans la période précédant ou suivant immédiatement l'accouchement, elle peut attester d'une durée de cotisation suffisante au sens de la LACI. La caisse de compensation doit, dans ce but, obtenir de l'assurance-chômage toutes les informations nécessaires. Les demandes y relatives doivent être adressées au seco, à la direction du travail. Le seco détermine [...] si les conditions du droit à une indemnité de chômage sont réalisées et communique sa décision à la caisse de compensation.

Finalement, il n'existe aucune obligation de s'annoncer à l'office du travail pour être considéré comme sans emploi. Toutefois, l'ancien Tribunal fédéral des assurances précise dans une affaire où une femme enceinte avait pris un congé non payé d'un an et demi avant d'accoucher que celle qui n'exerce plus d'activité lucrative durant une longue période, sans s'être annoncée auprès de l'assurance-chômage, ne se trouve pas sans emploi à cause du chômage mais pour d'autres raisons, par exemple familiales (ATF 136 V 239 consid. 2.1 et 2.4).

3. En l'espèce, est litigieuse la question de savoir si la recourante est en droit de percevoir des allocations de maternité, plus précisément si elle peut être considérée comme salariée à la date de l'accouchement, condition nécessaire à l'octroi de telles prestations.

Il ressort du dossier que la recourante a résilié ses rapports de travail le 22 août 2007 avec effet au 31 octobre suivant par courrier recommandé. Le fait qu'une prolongation ait été par la suite convenue avec son employeur afin d'obtenir dites allocations ne permet pas d'invalider cette résiliation. Cette situation constituerait un abus de droit non protégé par la loi. De même, l'attestation de la Fondation institution supplétive LPP selon laquelle la date de sortie est fixée au 30 novembre 2007 n'est pas de nature à prouver la continuation des rapports de travail postérieure au 31 octobre 2007, dès lors que, comme le relève à juste titre la CIGA, aucun élément de salaire tels qu'heures supplémentaires non prises et 13<sup>ème</sup> salaire calculé au prorata pour le mois de novembre 2007 n'a été accordé pour le mois en question. Il est dès lors patent que la recourante n'avait plus le statut de salariée lors de l'accouchement. Celle-ci le reconnaît du reste elle-même.

Toutefois, dans un tel cas, et en application de l'art. 16 al. 3 let. b LAPG, le Conseil fédéral règle le droit à l'allocation des femmes qui, pour cause d'incapacité de travail ou de chômage, ne sont pas considérées comme salariées au moment de l'accouchement.

Ainsi, l'art. 30 RAPG prévoit le droit à l'allocation lorsqu'une femme est en incapacité de travail au moment de l'accouchement et qu'elle perçoit à ce titre des indemnités pour perte de gain en cas de maladie d'une assurance sociale ou privée ou si, ne remplissant pas ces conditions, elle bénéficiait d'un rapport de travail encore valable au moment de l'accouchement, quand bien même son droit au salaire serait épuisé.

A cet égard, la recourante déclare avoir résilié le contrat en raison de sa fatigue. Elle ne produit cependant aucun certificat médical attestant un tel état et ses éventuelles conséquences sur sa capacité de travail; elle reconnaît en outre ne pas avoir touché d'indemnités de l'assurance-maladie en relation avec sa grossesse. Dès lors que la condition de l'incapacité de travail n'est pas réalisée, de même que celle de la validité d'un rapport de travail au moment de l'accouchement, comme vu précédemment, le droit aux allocations de maternité ne lui est pas ouvert en vertu de cet article.

Il y a encore lieu d'examiner si des prestations peuvent lui être octroyées par le biais de l'art. 29 RAPG, lequel prévoit notamment que la mère a droit à l'allocation si elle remplissait la condition de la période de cotisation nécessaire prévue par la LACI pour percevoir des indemnités au moment de l'accouchement.

La recourante s'est retrouvée sans emploi, dès lors qu'elle a résilié son contrat avant le terme de sa grossesse. Dès lors qu'elle ne s'est pas inscrite au chômage et que cette formalité n'est pas obligatoire pour obtenir des allocations de maternité, il convient de vérifier si la condition de la période de cotisation est remplie. Le dossier, lacunaire sur ce point, ne permet cependant pas de statuer sur la question. Par ailleurs, compte tenu de la procédure mise en place entre la caisse de compensation et le seco, il y a lieu de renvoyer la cause à la CIGA, à charge pour elle de soumettre le cas à dite autorité afin de déterminer si la recourante aurait pu prétendre à des indemnités de chômage au moment de l'accouchement, ouvrant ainsi le droit aux allocations de maternité, et de rendre une nouvelle décision.

Sur le vu de ce qui précède, le recours doit être partiellement admis, la décision attaquée annulée et la cause renvoyée à l'autorité intimée pour instruction et nouvelle décision.

4. Dès lors que la recourante obtient partiellement gain de cause, il convient d'examiner si des dépens peuvent lui être octroyés, quand bien même ceux-ci n'ont pas été requis.

Le droit aux dépens dans la procédure devant le tribunal cantonal des assurances est réglé par l'art. 61 let. g LPGA, lequel dispose que le recourant qui obtient gain de cause a droit au remboursement de ses frais et dépens dans la mesure fixée par le tribunal; leur montant est déterminé sans égard à la valeur litigieuse d'après l'importance et la complexité du litige.

D'après une ancienne jurisprudence, laquelle demeure applicable sous l'empire de la LPGA, est contraire au droit fédéral une disposition cantonale selon laquelle une indemnité de dépens ne peut être allouée à la partie représentée qu'à la demande de celle-ci. En effet, selon la pratique suivie en vertu de l'art. 85 al. 2 let. f aLAVS, le recourant qui obtient gain de cause dans un procès cantonal a en règle générale droit

d'office au remboursement de ses frais et dépens, c'est-à-dire sans qu'il doive en faire la demande, si la représentation a été assurée par un avocat ou éventuellement par un autre représentant particulièrement qualifié pour la question juridique considérée, et lorsqu'il n'y a pas lieu d'admettre que cette intervention a été gratuite (ATF 118 V 139/RCC 1992 p. 432; Tribunal fédéral, arrêts non publiés T. [8C\_629/2007] du 03.11.08 consid. 5.2.1 et A. [I 1059/06] du 20.12.2007).

Ainsi, les dépens constituent une indemnisation, soumise à des règles particulières, du préjudice causé à une partie en raison des frais que lui occasionne la procédure et que l'allocation de cette indemnité est un droit de la partie et non une simple faculté de l'autorité. La partie qui succombe en supporte en principe le paiement à la partie adverse, lesquels peuvent être réduits si cette dernière n'obtient que partiellement gain de cause. Le droit de procédure fribourgeois a du reste repris en substance ces principes généraux (Tribunal fédéral, arrêt non publié [B 14/02] du 18.06.2002 consid. 3a et b).

La jurisprudence prévoit aussi qu'un gain de cause partiel ne suffit pas à lui seul pour réduire les dépens alloués dans la mesure où un travail identique aurait été nécessaire pour obtenir entièrement gain de cause (Tribunal fédéral, arrêts non publiés A. [9C\_466/2007] du 25.01.2008 et W. [8C\_471/2007] du 01.02.2008; ATF 117 V 401).

Sur le vu de ce qui précède, il convient d'octroyer des dépens à la recourante. Toutefois, nonobstant le fait qu'elle n'obtienne pas entièrement gain de cause, les allocations de maternité ne lui étant pas octroyées mais la cause renvoyée à l'autorité intimée pour instruction, il n'en demeure pas moins que le travail nécessaire est le même que si elle avait obtenu gain de cause total, le renvoi étant justifié par le fait que l'autorité intimée a omis d'examiner une condition essentielle touchant à l'octroi de telles allocations. Aussi, et compte tenu de la difficulté et de l'importance relative de l'affaire ainsi que des brèves écritures déposées par la recourante, ne comportant du reste aucune recherche juridique, il se justifie de fixer l'équitable indemnité de partie à laquelle elle a droit à 500 francs, débours et éventuelle TVA compris, et de la mettre intégralement à la charge de l'autorité intimée.

Enfin et conformément au principe de la gratuité valant en la matière, il n'est pas perçu de frais de justice.

### **l a C o u r a r r ê t e :**

I. Le recours est partiellement admis et la décision sur opposition annulée.

Partant, la cause est renvoyée à l'autorité intimée pour instruction au sens des considérants et nouvelle décision.

II. Il n'est pas perçu de frais de justice.

III. Une équitable indemnité de partie fixée à 500 francs, débours et éventuelle TVA compris, est allouée à la recourante et mise intégralement à la charge de l'autorité intimée.



Un recours en matière de droit public peut être déposé auprès du Tribunal fédéral contre le présent jugement dans un délai de 30 jours dès sa notification. Ce délai ne peut pas être prolongé. Le mémoire de recours sera adressé, en trois exemplaires, au Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne. Il doit indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve et être signé. Les motifs doivent exposer succinctement en quoi le jugement attaqué viole le droit. Les moyens de preuve en possession du (de la) recourant(e) doivent être joints au mémoire de même qu'une copie du jugement, avec l'enveloppe qui le contenait. La procédure devant le Tribunal fédéral n'est en principe pas gratuite.

6.510.5