

*Date de dépôt : 25 mai 2022*

## Rapport du Conseil d'Etat

au Grand Conseil sur la prise en considération de l'initiative populaire cantonale constitutionnelle 184 « Pour un congé parental maintenant ! »

- |   |                 |
|---|-----------------|
| 1. Arrêté du Conseil d'Etat constatant l'aboutissement de l'initiative, publié dans la Feuille d'avis officielle le.....                                  | 28 janvier 2022 |
| 2. Arrêté du Conseil d'Etat au sujet de la validité de l'initiative, <b>au plus tard le</b> .....   | 28 mai 2022     |
| 3. Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil sur la prise en considération de l'initiative, <b>au plus tard le</b> .....                                 | 28 mai 2022     |
| 4. Décision du Grand Conseil sur la prise en considération de l'initiative et sur l'opposition éventuelle d'un contreprojet, <b>au plus tard le</b> ..... | 28 janvier 2023 |
| 5. En cas d'opposition d'un contreprojet, adoption par le Grand Conseil du contreprojet, <b>au plus tard le</b> .....                                     | 28 janvier 2024 |

Mesdames et  
Messieurs les Députés,

Le Conseil d'Etat a constaté l'aboutissement de l'initiative populaire cantonale constitutionnelle « Pour un congé parental maintenant ! » (ci-après : IN 184) par un arrêté du 26 janvier 2022, publié dans la Feuille d'avis officielle le 28 janvier 2022. De cette date courent une série de délais successifs définissant les étapes de la procédure en vue d'assurer le bon exercice des droits populaires.

Le premier des délais de procédure a trait au dépôt du présent rapport au Grand Conseil en vue de son traitement par la commission ad hoc, dépôt qui doit intervenir dans les 4 mois suivant la publication de la constatation de l'aboutissement de l'initiative, conformément à l'article 120A, alinéa 1, de la loi portant règlement du Grand Conseil de la République et canton de Genève, du 13 septembre 1985 (LRGC; rs/GE B 1 01).

En l'espèce, ce délai arrive à échéance le 28 mai 2022.

Par arrêté séparé de ce jour, le Conseil d'Etat a estimé que l'IN 184 respectait l'ensemble des conditions de validité d'une initiative populaire cantonale. Il l'a donc déclarée valide.

En ce qui concerne la prise en considération de l'initiative, le Conseil d'Etat abordera, dans le présent rapport, plus particulièrement les points suivants :

1. les dispositions constitutionnelles proposées par l'IN 184;
2. les éléments contextuels;
3. les implications de l'IN 184.

C'est sur cette base qu'il exprimera ensuite ses recommandations au Grand Conseil sur la suite à donner à cette initiative.

## **1. Les dispositions constitutionnelles proposées par l'IN 184**

L'IN 184 « Pour un congé parental maintenant ! » est une initiative qui prévoit de modifier l'article 205 de la Constitution de la République et canton de Genève, du 14 octobre 2012 (Cst-GE; rs/GE A 2 00), en vue de proposer un congé parental d'au moins 24 semaines en tout, à savoir en ajoutant 8 semaines au dispositif qui existe déjà. Concrètement, aux 16 semaines de congé maternité, l'initiative prévoit d'en ajouter 8 autres. Sur ces 8 semaines, 6 iraient obligatoirement à l'autre parent qui ne bénéficie pas de l'assurance-maternité et 2 semaines seraient négociables au sein du couple. Ce congé

parental s'appliquerait à tous les modèles familiaux, y compris les parents de même sexe, adoptifs ou d'accueil permanent.

A l'appui de l'IN 184, les initiants évoquent notamment les considérations suivantes :

- *En septembre 2020, les Genevoises et les Genevois ont plébiscité un congé paternité de 2 semaines; celui-ci ne permet pourtant pas un réel partage des tâches et des responsabilités lors de la venue d'un enfant.*
- *Actuellement les femmes renoncent encore trop souvent à une carrière professionnelle ou la mettent entre parenthèses.*
- *Afin de progresser vers une égalité entre parents et renforcer les liens avec leur enfant, il est temps d'instaurer dans le canton de Genève un véritable congé parental, destiné aux parents hétérosexuels, homosexuels, aux parents adoptifs ainsi qu'aux parents d'accueil permanent.*
- *Ce congé parental de 24 semaines (d'un minimum de 16 semaines en cas de maternité et de 8 semaines pour l'autre parent) sera financièrement supportable.*

Les initiants disent inscrire cette initiative dans une volonté de faciliter la conciliation entre la vie familiale et la vie professionnelle ainsi que de renforcer le lien parents-enfants.

Ainsi, l'IN 184 « Pour un congé parental maintenant ! » propose que la Constitution de la République et canton de Genève soit modifiée comme suit :

**« Art. 205 Famille (nouvelle teneur) »**

<sup>1</sup> *L'Etat met en œuvre une politique familiale. Il reconnaît le rôle social, éducatif et économique des familles.*

<sup>2</sup> *Il fixe les allocations familiales minimales.*

<sup>3</sup> *Il garantit, en complément de la législation fédérale, une assurance financée à part égale par les employeurs et employés de 16 semaines au moins en cas de maternité et de 8 semaines au moins pour l'autre parent. Sur demande commune des 2 bénéficiaires de l'assurance, l'Etat garantit la possibilité pour l'un des bénéficiaires de reporter 2 semaines de l'assurance en faveur de l'autre bénéficiaire.*

<sup>4</sup> *L'alinéa 3 s'applique par analogie en cas d'adoption ou d'accueil avec hébergement à caractère permanent. Le conjoint ou partenaire enregistré du parent adoptant ou accueillant bénéficie alors de l'assurance de l'autre parent. »*

## 2. Les éléments contextuels

L'IN 184 s'inscrit dans un cadre légal complexe, caractérisé tant par la multitude des domaines de droit concernés (droit constitutionnel, droit des assurances sociales, droit du travail, droit de la filiation et de protection de l'enfant) que par l'évolution récente du droit qui a notamment permis d'introduire de nouvelles prérogatives en faveur des personnes de même sexe (réforme du mariage civil pour tous qui entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2022) et de nouveaux congés au niveau fédéral (adoption et paternité), dont les adaptations avec le droit cantonal doivent encore être implémentées. Ainsi, dans certains champs d'application couverts par l'IN 184, l'articulation avec le droit en vigueur engendre des insécurités juridiques que le Conseil d'Etat a relevées dans son arrêté statuant sur la validité de l'IN 184 et qui seront brièvement rappelées dans le présent rapport.

### 2.1 Au niveau fédéral

#### 2.1.1 Allocation de maternité

Sur le plan fédéral, les dispositions relatives à l'allocation de maternité sont régies par la loi fédérale sur les allocations pour perte de gain, du 25 septembre 1952 (LAPG; RS 834.1). Elles sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2005 et figurent au chapitre IIIa, articles 16b à 16h LAPG. Cette allocation permet d'octroyer un revenu de substitution aux femmes qui ont accouché et qui ont de ce fait dû interrompre leur activité lucrative. Elle concerne :

- les femmes salariées;
- les indépendantes;
- les femmes qui travaillent contre rémunération en espèces dans une entreprise familiale;
- celles au bénéfice d'une indemnité journalière de l'assurance-chômage ou justifiant d'une période de cotisation suffisante au sens de la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, du 25 juin 1982 (LACI; RS 837.0);
- celles en incapacité de travail pour maladie, accident ou invalidité et touchant pour cette raison des indemnités d'une assurance sociale ou privée à condition que ces indemnités aient été calculées sur la base d'un salaire précédemment réalisé; et
- celles qui ont un contrat de travail valable, mais qui ne perçoivent ni salaire, ni indemnités journalières, parce que leur droit est épuisé.

Pour prétendre au versement de l'allocation de maternité fédérale, la femme doit remplir cumulativement les 3 conditions suivantes :

- avoir été soumise à l'assurance obligatoire au sens de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946 (LAVS; RS 831.10), pendant les 9 mois qui ont immédiatement précédé l'accouchement (ce délai d'assurance est réduit en cas d'accouchement avant terme);
- avoir exercé une activité lucrative durant au moins 5 mois durant cette période;
- à la date de l'accouchement, être salariée, exercer une activité indépendante ou travailler dans l'entreprise du mari contre un salaire en espèces.

L'allocation fédérale de maternité est versée durant 98 jours consécutifs maximum (soit 14 semaines), à partir du jour de l'accouchement. Versée sous la forme d'une indemnité journalière, l'allocation de maternité se monte à 80% du revenu moyen de l'activité réalisé avant l'accouchement, mais au plus à 196 francs par jour. Cette allocation de maternité est soumise aux cotisations à l'assurance-vieillesse (AVS), à l'assurance-invalidité (AI), aux allocations pour perte de gain (APG), voire à l'assurance-chômage (AC) (pour les salariées). S'agissant du financement, les prestations en cas de maternité sont financées par le biais de suppléments aux cotisations dues au titre de la LAVS ainsi que par les ressources tirées du fonds de compensation du régime des allocations pour perte de gain (art. 26 LAPG). A cet égard, sur le plan fédéral, la cotisation APG s'élève en 2022 à 0,5% du salaire brut (soit 0,25% part employeur et 0,25% part employée ou employé). Les personnes avec statut d'indépendant – quant à elles – versent une cotisation correspondant à 0,5% de leur revenu (un barème dégressif est appliqué si le revenu annuel est inférieur à 57 400 francs). Au niveau suisse, les allocations de maternité représentent une dépense de près de 870 millions de francs pour 86 180 bénéficiaires.<sup>1</sup>

Enfin, en vertu de l'article 16h LAPG, les cantons peuvent prévoir l'octroi d'une allocation de maternité plus élevée ou de plus longue durée ainsi que l'instauration d'une allocation pour adoption et prélever, pour le financement de ces prestations, des cotisations particulières.

---

<sup>1</sup> Office fédéral de la statistique (OFS), données 2020.

### ***2.1.2 Allocation de paternité***

Suite à l'acceptation par le peuple d'un congé paternité le 27 septembre 2020, la LAPG a été modifiée pour inclure les allocations perte de gain en cas de paternité. Entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2021, les nouvelles dispositions (chap. IIIb, art. 16i à 16m LAPG) prévoient que les pères exerçant une activité lucrative ont droit – au cours des 6 premiers mois suivant la naissance de leur enfant – à un congé de paternité de 2 semaines, pendant lesquelles ils touchent une allocation pour perte de gain sous forme d'allocation de paternité (APat).

Avant cette date, il n'existait pas de droit à un véritable congé paternité rémunéré. Les hommes qui devenaient pères n'avaient en effet droit qu'à un congé en tant que « congé usuel » au sens de l'article 329, alinéa 3, du Code des obligations (CO) ou d'un congé spécial d'une durée de 1 à 2 jours en général selon les conventions collectives de travail. A relever que certains employeurs ont, de leur propre gré, tout de même instauré un congé plus généreux pour les pères.

Les conditions pour bénéficier de cette allocation de paternité fédérale sont analogues à celles prévalant pour le congé maternité fédéral, à savoir que l'homme doit remplir cumulativement les 4 conditions suivantes :

- être le père légal de l'enfant au moment de la naissance ou le devenir au cours des 6 mois qui suivent;
- avoir été assuré obligatoirement auprès de l'AVS pendant les 9 mois qui ont précédé la naissance de l'enfant;
- avoir exercé une activité lucrative durant au moins 5 mois durant cette période;
- exercer une activité lucrative, en tant que salarié ou d'indépendant, au moment de la naissance de l'enfant ou travailler dans l'entreprise de son épouse contre un salaire en espèces.

En cas de chômage ou d'incapacité de travail du père, le droit à l'APat est ouvert aux mêmes conditions que l'allocation de maternité.

A l'instar de l'allocation de maternité, l'APat correspond à 80% du revenu moyen de l'activité lucrative obtenu avant la naissance de l'enfant, mais au maximum 196 francs par jour (soit 2 744 francs maximum). Le droit à cette allocation naît le jour de la naissance de l'enfant et il s'éteint au plus tard lorsque le père a touché 14 indemnités journalières, dans le délai-cadre de 6 mois après la naissance de l'enfant (le congé paternité pouvant être pris en bloc ou sous forme de jours isolés).

S'agissant du financement, le congé paternité de 2 semaines est financé par le régime des allocations pour perte de gain selon les modalités mentionnées supra, soit principalement par les cotisations des employés, des employeurs et des personnes exerçant une activité indépendante. Le coût du congé paternité est estimé par l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) à 230 millions de francs par an lors de son entrée en vigueur.

Enfin, il importe de relever que concernant l'assurance-paternité, le chapitre IIIb LAPG qui régit cette dernière n'est pas assorti d'une disposition similaire à l'article 16h LAPG pour la maternité ou l'article 16x LAPG pour l'adoption qui permettent expressément aux cantons de prévoir un régime plus favorable, soit l'octroi d'une allocation de paternité plus élevée ou de plus longue durée et de prélever, pour le financement de ces prestations, des cotisations particulières.

### **2.1.3 Allocation d'adoption**

Suite à l'initiative parlementaire 13.478 « *Introduire des allocations en cas d'adoption d'un enfant* », le projet de congé d'adoption payé de 2 semaines a été adopté par l'Assemblée fédérale, le 1<sup>er</sup> octobre 2021 (FF 2021 2323). Aucun référendum n'ayant été déposé dans le délai impartit (20 janvier 2022), le Conseil fédéral doit désormais fixer la date de l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions au niveau de la LAPG (chap. IIIId, art. 16t et suivants LAPG).

Concrètement, un congé de 2 semaines sera accordé aux personnes actives qui accueillent un enfant de moins de 4 ans dans le but de l'adopter. Les conditions d'octroi de l'allocation d'adoption sont analogues à celles de l'allocation de maternité et de paternité : les personnes qui en font la demande doivent être salariées ou avoir le statut d'indépendant à la date de l'accueil de l'enfant, elles doivent avoir été assurées à l'AVS durant les 9 mois qui précèdent l'accueil de l'enfant et avoir exercé une activité lucrative durant au moins 5 mois pendant cette période.

En cas d'adoption conjointe, les conditions précitées doivent être remplies par les 2 parents; il n'existe qu'un seul droit à l'allocation. Si les 2 parents se partagent le congé d'adoption, chacun des parents a droit à l'allocation pendant sa part du congé.

Aucun droit à une allocation n'est toutefois prévu pour les parents qui adoptent l'enfant de leur conjointe ou de leur conjoint, ou de leur partenaire.

Ce congé de 14 jours devra être pris dans l'année suivant l'accueil de l'enfant en vue de son adoption, sous forme de jours isolés ou de semaines. Comme pour l'allocation de maternité ou de paternité, cette allocation

d'adoption est financée grâce au régime des allocations pour perte de gain (APG) et prévoit une indemnité journalière identique, soit correspondant à 80% du revenu moyen de l'activité lucrative obtenu avant le début du droit à l'allocation, mais au maximum 196 francs par jour.

Enfin, en vertu de l'article 16x LAPG, le canton est autorisé à prévoir des prestations en matière d'adoption qui vont plus loin que la solution retenue par le droit fédéral (allocation d'adoption plus élevée ou de plus longue durée et possibilité de prélever des cotisations particulières pour les financer).

## **2.2 Au niveau cantonal**

Genève a été le premier canton à introduire une assurance-maternité cantonale. Entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2001, soit 4 ans avant l'entrée en vigueur des dispositions instaurant une allocation de maternité fédérale, la loi instituant une assurance en cas de maternité et d'adoption (LAMat; rs/GE J 5 07) a ensuite été adaptée en 2005, compte tenu de l'introduction desdites dispositions au niveau fédéral.

En effet, Genève a ainsi fait usage de la faculté prévue à l'article 16h LAPG susmentionné en instituant des prestations qui complètent celles prévues par la loi fédérale. Ainsi, l'assurance cantonale intervient :

- à la fin du versement des indemnités journalières fédérales (98 jours), en prolongeant le versement pendant 14 jours, de manière à ce que les femmes soumises à la loi genevoise bénéficient en tout de 112 indemnités journalières (correspondant à un congé de maternité de 16 semaines au lieu des 14 prévues par le droit fédéral);
- pour les femmes dont le gain assuré dépasse le maximum prévu par le droit fédéral, l'assurance-maternité complète le montant des 98 indemnités journalières de droit fédéral à concurrence du maximum prévu par le droit cantonal (alors que le plafond fixé par la LAPG s'élève à 88 200 francs par an en 2022, la LAMat prévoit un gain assuré maximal de 148 200 francs par an, soit 329,60 francs par jour, correspondant au montant maximal déterminant pour l'assurance-accidents obligatoire);
- si les indemnités versées sur la base du droit fédéral n'atteignent pas le minimum de 62 francs par jour, les prestations cantonales versent le complément;
- en cas d'adoption, l'assurance cantonale verse des indemnités journalières pendant une durée de 112 jours. Celles-ci sont d'un même montant que les indemnités en cas de maternité. A cet égard, il importe de préciser que l'allocation d'adoption peut être accordée à la mère ou au père adoptif (à choix), pour autant que les conditions soient remplies : l'enfant a moins

de 8 ans révolus, l'enfant n'est pas celui de la conjointe ou du conjoint, de la partenaire ou du partenaire enregistré ou de la personne avec laquelle elle ou il mène de fait une vie de couple (au sens de l'art. 264c, al. 1, du Code civil suisse, du 10 décembre 1907 – ci-après : CC), l'autorisation de placement (même provisoire) a été accordée et la personne qui demande l'allocation cesse effectivement le travail pendant le congé d'adoption. En 2021, 8 enfants ont été adoptés par des familles à Genève (dont 6 enfants âgés de moins de 6 ans). A noter que sur la base du nouveau droit fédéral évoqué supra en matière d'adoption, les adaptations nécessaires devront être entreprises au niveau de la LAMat, et ce en tenant compte du fait que, en vertu de l'article 16x LAPG, le canton est autorisé à prévoir des prestations en matière d'adoption qui vont plus loin que la solution retenue par le droit fédéral (allocation d'adoption plus élevée ou de plus longue durée et possibilité de prélever des cotisations particulières pour les financer). Dans ce cadre, il s'agira aussi de tenir compte du fait que, dès le 1<sup>er</sup> juillet 2022, l'adoption conjointe sera possible aux couples de personnes du même sexe.

S'agissant des conditions pour pouvoir prétendre aux prestations prévues par la LAMat, elles correspondent à celles posées par la LAPG. Toutefois, pour pouvoir bénéficier des prestations de l'assurance cantonale, les personnes concernées doivent en outre :

- avoir exercé pendant la période requise une activité lucrative dans le canton de Genève; et,
- à la date de l'accouchement ou du placement de l'enfant, être salariées dans le canton de Genève ou y exercer une activité indépendante, ou travailler contre rémunération en espèces dans une entreprise familiale dans le canton de Genève.

A la différence de l'allocation de maternité fédérale, les indemnités de l'assurance-maternité genevoise sont versées nettes de cotisations aux assurances sociales, à savoir qu'elles ne sont pas soumises aux cotisations AVS/AI/APG, voire AC. S'agissant du financement, l'assurance-maternité cantonale est financée par le biais d'un prélèvement de 0,086% du salaire AVS (0,043% à charge de la personne employeuse et 0,043% à charge de la personne employée). Les personnes exerçant une activité indépendante – quant à elles – versent une cotisation correspondant à 0,043% de leur revenu d'indépendant taxé fiscalement dans le canton de Genève. Les prestations versées en 2020 au titre de l'allocation de maternité cantonale représentent un montant de 27 millions de francs.

Dans le tableau ci-dessous, extrait du rapport de gestion 2020 du Fonds cantonal de compensation de l'assurance-maternité, les grandes différences entre le régime fédéral et cantonal sont mises en exergue, tout en relevant que les données relatives au congé de paternité fédéral (entré en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2021) et au congé d'adoption (dont l'entrée en vigueur est à fixer) n'y figurent pas encore :

Assurance-maternité complémentaire Canton de Genève		Assurance-maternité fédérale	
Indemnité journalière calculée sur la base du montant LAA (LAMat J 07 art. 10, al. 1 et 3). Max 80 %	CHF 148'200.–	Indemnité journalière calculée sur la base du montant APG (LAPG art. 16e, al. 1 et 2). Max 80 %	CHF 88'200.–
Montant minimum par jour	CHF 62.–	Montant minimum par jour	-
Montant maximum par jour	CHF 329.60	Montant maximum par jour	CHF 196.–
Durée du congé maternité	14 jours	Durée du congé maternité	98 jours
Durée du congé adoption	112 jours	Durée du congé adoption	-
Montant des allocations versées à Genève en 2020	27 mios	Montant des allocations versées en Suisse en 2020*	880 mios
Bénéficiaires du congé maternité 2020	5'612	Bénéficiaires du congé maternité en Suisse en 2020*	82'600
Bénéficiaires du congé adoption 2020	7	Bénéficiaires du congé adoption 2020	-

### 2.3 Impulsion pour un « véritable » congé parental fédéral

Avec plus de 60% de voix en faveur du congé de paternité fédéral, qui témoigne du souhait de la population de bénéficier d'une politique familiale moderne, plusieurs organismes continuent de soutenir l'introduction d'un véritable congé parental en Suisse qui permettrait une plus grande flexibilité dans la répartition des congés à la disposition des 2 parents.

A cet égard, la Commission fédérale de coordination pour les questions familiales (COFF) s'investit depuis de nombreuses années en faveur d'un tel congé considérant ses multiples effets positifs<sup>2</sup> :

- famille : responsabilités familiales mieux partagées entre les parents pour une meilleure égalité des chances entre hommes et femmes, soutien aux trajectoires professionnelles des parents, meilleure santé des enfants et des parents, meilleur développement de l'enfant, renforcement de la relation père-enfant, risque de pauvreté diminué lors de la retraite, notamment pour les parents divorcés;

<sup>2</sup> « Congé parental : un investissement nécessaire et rentable », Policy Brief 03, novembre 2020, COFF, page 2.

- entreprises : disponibilité de plus de main-d'œuvre qualifiée, meilleure productivité et fidélisation des employées et employés, meilleur retour sur la formation des employées et employés;
- économie et société : meilleur retour sur investissement dans la formation des femmes, natalité plus élevée, réduction des coûts de la santé, augmentation des recettes fiscales et de la prévoyance vieillesse, réduction des coûts sociaux, moins de places de crèches nécessaires pour les tout-petits, moins de déductions fiscales pour l'accueil extra-familial des enfants, égalité des chances dans la représentation des femmes au niveau des postes de cadres et en politique.

C'est ainsi qu'en 2010 et en 2018, suite à l'analyse des résultats de quelque 140 études scientifiques publiées entre-temps, la COFF a proposé un modèle de congé parental d'un minimum de 38 semaines : en complément des 14 semaines de congé de maternité, un congé parental d'une durée de 24 semaines serait ainsi introduit. Comme depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2021, les pères ont droit à 2 semaines de congé de paternité, la COFF propose de réserver au père 6 des 22 semaines restantes et de laisser les 2 parents se répartir librement les 16 semaines restantes.

En 2021, elle a en outre fait estimer l'ampleur des investissements qu'un tel modèle nécessiterait<sup>3</sup>. Aussi, en transposant le scénario le plus vraisemblable au modèle de la COFF, il est probable que les pères prendraient en moyenne environ 4 à 5 semaines de congé et les mères 15, en plus des semaines de congé de maternité et de paternité.

Ainsi, en se basant sur un congé rémunéré à 80% (comme ceux des congés de maternité et de paternité au plan fédéral), les coûts correspondant à ces semaines complémentaires se monteraient alors selon ces estimations à 1,3 milliard de francs par an, soit 15 000 francs par nouveau-né.

Face à la résistance fréquemment rencontrée à l'évocation de la mise en place d'un congé parental en Suisse liée aux coûts et au retour sur investissement, la COFF reprend la teneur d'une étude réalisée en 2010 sur mandat du Parlement européen qui démontre qu'une augmentation de 1% de l'activité professionnelle des femmes générerait déjà des recettes fiscales suffisantes pour financer un congé parental de 18 à 20 semaines.

Récemment, les autorités fédérales se sont à nouveau saisies de cette problématique, puisque le postulat 21.3961 « Modèles de congé parental.

---

<sup>3</sup> « Calcul des coûts d'un congé parental selon le modèle COFF 2018 », Bureau d'études de politique du travail et de politique sociale BASS, 11 mars 2021, Berne, page 14.

Analyse économique globale (coûts-bénéfices) », déposé le 23 juin 2021 par la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique CN (CSSS-CN), a été adopté par le Conseil national le 16 septembre 2021. A noter que cette décision intervient juste après que le Parlement a rejeté l'initiative parlementaire 20.472 visant à accorder un congé de 14 semaines aussi bien au père qu'à la mère.

Ainsi, considérant qu'il n'existe pas encore en Suisse d'étude économique qui compare le statu quo avec d'autres modèles et qui simule la solution qui serait la plus judicieuse sur le plan économique, ce postulat demande à ce que le Conseil fédéral soit chargé de procéder à une analyse qui porte, outre sur les coûts, sur une estimation des avantages à considérer, par exemple portant sur la modification escomptée des taux d'occupation des femmes et des hommes, les effets sur les recettes fiscales, les assurances sociales ou l'aide sociale ainsi que sur l'amortissement des frais de formation.

## ***2.4 Autres impulsions cantonales***

Plusieurs initiatives cantonales illustrent également l'évolution précitée en faveur d'un congé parental plus étendu, et permettant une plus grande flexibilité dans la répartition de celui-ci entre les parents, que les congés actuellement proposés sur le plan fédéral. Aussi, quelques initiatives sont succinctement décrites ci-dessous, sans se prononcer toutefois sur la sécurité juridique inhérente à leur fondement :

- Canton de Zurich : en date du 6 janvier 2020, l'initiative législative pour un congé parental « Elternzeit-Initiative » a été déposée et son aboutissement constaté par décision du 25 février 2020. Cette initiative prévoit pour chacun des parents un congé de 14 semaines selon les conditions prévues par la LAPG, et de 4 semaines supplémentaires en cas de domicile fiscal dans le canton de Zurich. Ce congé doit être accordé par l'employeur en tant que temps libre. Les personnes concernées toucheront des indemnités journalières calculées conformément à la LAPG. Ces prestations sont financées par des cotisations paritaires des personnes employées/employeuses, ainsi que le canton au cas où les cotisations sont insuffisantes pour couvrir les prestations. La caisse cantonale d'allocations familiales est chargée de prélever les cotisations et de verser les prestations<sup>4</sup>. Soumise au vote du peuple le 15 mai 2022, cette initiative a été refusée par 64,76% des voix.

---

<sup>4</sup> <https://elternzeit-initiative.ch/initiativtext/>

- canton du Tessin : en janvier 2021, le Grand Conseil tessinois s'est prononcé favorablement quant au principe de l'introduction d'un congé parental de 2 semaines. Ces 10 jours viendraient s'ajouter aux 14 semaines du congé de maternité ou aux 2 semaines du congé de paternité en vigueur au niveau national. La possibilité d'un tel congé et ses éventuelles modalités de mise en œuvre sont actuellement à l'étude;
- canton de Vaud : le 15 septembre 2021, le Conseil d'Etat du canton de Vaud a validé une initiative législative entièrement rédigée visant à instaurer un congé parental de 34 semaines<sup>5</sup>. Publiée dans la Feuille d'avis officielle le 14 janvier 2022, la récolte des signatures court désormais jusqu'au 16 mai 2022. Par la modification de la loi d'application de la loi fédérale sur les allocations familiales et sur des prestations cantonales en faveur de la famille, du 23 septembre 2008 (LVLAfam; rs/VD 836.01), cette initiative prévoit l'introduction d'une allocation de congé parental aux parents qui exercent ou non une activité lucrative. Le congé parental doit être accordé par l'employeur en tant que temps libre et les prestations de congé parental seront financées par une contribution de l'Etat (pour les personnes non actives) ainsi que par des cotisations à charge des personnes employeuses, des personnes salariées et des personnes exerçant une activité indépendante;
- canton de Berne : l'initiative pour un congé parental cantonal a été déposée en avril 2021<sup>6</sup>. Cette initiative prévoit un congé parental cantonal de 24 semaines pouvant être pris de la naissance de l'enfant jusqu'à son entrée au jardin d'enfants : chaque parent a un droit individuel de minimum 6 semaines, les 12 semaines restantes faisant l'objet d'une répartition libre entre les parents. Cette initiative n'a pas encore fait l'objet d'un vote par la population bernoise;
- canton de Neuchâtel : un projet de loi a été déposé au Grand Conseil en mars 2022 proposant un congé parental de 34 semaines<sup>7</sup>. Ce congé parental cantonal s'ajouterait au dispositif fédéral en place et ferait ainsi passer le congé de 14 à 16 semaines pour la mère et de 2 à 14 semaines pour le père ou l'autre parent. Resteraient encore 4 semaines à se répartir librement. Le projet s'adresse aux différentes formes de familles et inclut

---

<sup>5</sup> [https://congeparentalvaud.ch/wp-content/uploads/2022/01/Feuille\\_signatures\\_conge\\_parental\\_A4.pdf](https://congeparentalvaud.ch/wp-content/uploads/2022/01/Feuille_signatures_conge_parental_A4.pdf)

<sup>6</sup> [https://www.psbe.ch/fileadmin/user\\_upload/sp-be/sp-kanton-bern-de/pdf/Initiativen\\_\\_\\_Referenden/Elternzeit\\_Kanton\\_BE\\_online\\_A4\\_f.pdf](https://www.psbe.ch/fileadmin/user_upload/sp-be/sp-kanton-bern-de/pdf/Initiativen___Referenden/Elternzeit_Kanton_BE_online_A4_f.pdf)

<sup>7</sup> <https://www.ne.ch/autorites/GC/objets/Documents/ProjetsLoisDecrets/2022/22134.pdf>

les couples homosexuels ou qui adoptent. Son financement se ferait selon le mode tripartite Etat / communes, les personnes employées et employeuses (cotisations perçues par les caisses d'allocations familiales).

### **3. Les implications de l'IN 184**

#### ***3.1 Analyse descriptive de la proposition selon l'IN 184***

L'IN 184 propose de compléter le congé de maternité de 16 semaines au niveau cantonal (qui prévoit déjà 2 semaines de plus que le niveau fédéral ainsi que des montants minimaux et maximaux de prestations plus généreux) par un congé de 8 semaines au moins pour l'autre parent et de permettre également, dans ce cadre-là, aux bénéficiaires qui le souhaitent de procéder à un report de 2 semaines de l'assurance en faveur de l'autre bénéficiaire (art. 205, al. 3 Cst-GE, nouvelle teneur). Ainsi, l'autre parent qui ne bénéficie pas de l'assurance-maternité aura obligatoirement 6 semaines de congé à disposition, si ce parent décide de reporter 2 semaines en faveur de l'autre bénéficiaire. En tout, ce sont donc 24 semaines de congé au moins qui sont proposées en lieu et place actuellement des 16 semaines de congé maternité (au niveau cantonal) et des 2 semaines de congé de paternité (au niveau fédéral), qui ont été introduites le 1<sup>er</sup> janvier 2021.

Cette initiative propose aussi d'appliquer ce congé aux parents concernés par une adoption (pour rappel, la LAMat prévoit actuellement en cas d'adoption un congé de 16 semaines et une allocation destinée uniquement à la mère ou au père adoptif et, au niveau fédéral, un congé de 2 semaines dont la répartition est également à choix entre les parents) ainsi qu'aux parents proposant un accueil avec hébergement à caractère permanent (art. 205, al. 4 Cst-GE, nouveau).

Sur la base de ce qui précède, outre le prolongement de la durée globale du congé parental proposé, cette initiative introduit donc 3 nouveautés :

- une application des dispositions à tous les modèles familiaux : parents hétérosexuels, parents de même sexe, adoptifs ou d'accueil avec hébergement permanent;
- une flexibilité dans la répartition des congés octroyés, en permettant au couple de se déterminer sur l'utilisation de 2 semaines de congé, soit en rajoutant celles-ci au bénéficiaire du congé de maternité (ou d'adoption ou d'accueil) soit en laissant l'autre parent en disposer;
- un élargissement du périmètre des ayants droit aux parents qui accueillent des enfants pour un hébergement à caractère permanent.

Dans le cadre de l'examen de la validité de l'IN 184, les initiants ont été invités, par courrier du 4 mars 2022 (annexe 2), à se prononcer, d'une part, sur la possibilité d'instaurer un congé parental cantonal dans le cadre des rapports de travail de droit privé et, d'autre part, de préciser le mode de financement envisagé, en particulier si celui-ci s'effectuera, comme pour les allocations pour perte de gain, par le prélèvement de cotisations paritaires ou d'une autre manière, si les personnes exerçant une activité indépendante devront également y participer, et le cas échéant, sa compatibilité avec le principe de la généralité de l'impôt. Il leur a également été demandé de préciser la notion « d'accueil avec hébergement à caractère permanent » ainsi que, s'agissant de l'article 205, alinéa 4, du texte proposé par l'initiative, la manière dont ils envisageaient une application « par analogie » de l'alinéa 3, dès lors que l'éventualité d'une maternité n'est pas possible en cas d'accueil ou d'adoption.

Par courrier du 23 mars 2021 (corrigé 2022), les initiants ont relevé, s'agissant de la possibilité d'instaurer un congé parental cantonal dans les rapports de travail de droit privé, que l'initiative prévoit l'instauration d'un système sous la forme d'une assurance sociale visant à permettre le prélèvement de cotisations auprès des personnes employées et employeuses pour couvrir la survenance de coûts liés à une absence suite à un cas de parentalité, quand bien même l'ensemble des personnes visées ne bénéficieront pas forcément de cette assurance (selon le principe même de l'assurance sociale). Ils ajoutent qu'au demeurant, la formulation de l'initiative reprend la formulation actuelle de la constitution genevoise qui instaure simplement le principe d'une assurance, mais ne règle pas la question de l'octroi obligatoire d'un congé (annexe 4, point 2A, p. 2).

Dans ce même courrier, ils ont confirmé que l'IN 184 prévoit que l'assurance sera financée à part égale, autrement dit de manière paritaire, entre personnes employeuses et employées. Selon eux, cela permet d'inscrire dans la constitution genevoise que l'assurance ne doit pas être financée soit uniquement par les personnes employeuses, soit uniquement par les personnes employées du canton. Ils précisent encore que le texte de l'initiative permet ainsi de clarifier que ce n'est pas non plus au canton d'assumer le financement de l'assurance (annexe 4, point 2A, p. 3).

En outre, les initiants ont précisé que par « *accueil avec hébergement à caractère permanent* » sont visées les situations dans lesquelles un enfant séjourne la majorité de son temps chez ses parents d'accueil, à savoir s'il ne s'absente pas plus de 10 jours par mois (annexe 4, point 3, p. 9). Les initiants ont par ailleurs apporté les précisions suivantes en lien la notion de « *l'autre parent* » : celui-ci ne doit pas nécessairement être le parent biologique de

l'enfant, mais avoir un lien d'union avec le parent bénéficiant de la partie « maternité » de l'assurance parentale prévue à l'alinéa 3. Ainsi, dans le cas de parents adoptant ou accueillant (al. 4), la durée de l'allocation octroyée en cas d'assurance-maternité devrait bénéficier a priori en faveur du parent se portant principalement responsable d'accueillir l'enfant. L'autre parent devrait pouvoir bénéficier de l'assurance prévue pour le cas ordinaire dit de « paternité ». Concrètement, les initiants dressent le tableau récapitulatif suivant pour mieux discerner les cas visés par l'IN 184 (annexe 4, p. 10) :

<b>Situation familiale</b>	<b>Situation actuelle</b>	<b>Initiative pour un congé parental</b>
Couples mariés	Mère : 16 semaines Père : 2 semaines	Mère : 16 semaines Père : 8 semaines
Couples en concubinage	Mère : 16 semaines Père : 2 semaines	Mère : 16 semaines Père : 8 semaines
Couples pacésés (femmes)	Mère biologique : 16 semaines Autre parente : 0 semaine	Mère biologique : 16 semaines Autre parente : 8 semaines
Couples pacésés (hommes)	Père adoptif : 16 semaines Autre parent : 0 semaine	Père adoptif : 16 semaines Autre parent : 8 semaines
Parents adoptifs	Mère / père : 16 semaines Mère / père : 0 semaine	Mère / père : 16 semaines Mère / père : 8 semaines
Famille d'accueil	Parent-e : 0 semaine Autre parent-e : 0 semaine	Parent-e : 16 semaines Autre parent-e : 8 semaines

### **3.2 Analyse et appréciation de l'IN 184**

Les caractéristiques de l'initiative étant présentées ci-dessus, le Conseil d'Etat entend examiner ci-après, sous différents aspects, la pertinence, d'une part, et la faisabilité dans sa forme actuelle, d'autre part, de cette initiative.

#### **3.2.1 Opportunité**

Comme relevé précédemment, il importe de souligner que cette initiative s'inscrit pleinement dans un mouvement visant à faire progresser le droit de la famille, en élargissant un certain nombre de prérogatives en faveur de toutes les personnes concernées par une parentalité. Cette initiative, à l'instar d'autres initiatives cantonales, vient proposer un modèle qui irait plus loin que les prestations proposées au niveau fédéral, bien que celles-ci aient fait l'objet d'une évolution positive ces 2 dernières années en introduisant un

congé de paternité, un congé d'adoption et des reconnaissances spécifiques aux personnes dans le cadre de la réforme du mariage civil pour tous, dont les articulations avec le droit cantonal doivent encore être en partie examinées.

En outre, à l'instar des arguments mis en exergue dans le cadre de la mise en œuvre des différents modèles de congé parental au niveau international, cette initiative a le mérite de rappeler les avantages généralement attendus par un tel congé parental, dont notamment : d'une part, pour les parents, une meilleure conciliation entre la vie professionnelle et la vie familiale, une répartition des tâches plus égalitaire entre les parents, un développement bénéfique pour l'enfant, et d'autre part, pour les personnes employeuses, une meilleure continuité de l'emploi pour les femmes à moyen terme, un retour sur investissement des formations entreprises avant la naissance de l'enfant, une productivité économique globale augmentée et une contribution dans le cadre de la lutte contre la pénurie de main-d'œuvre.

Enfin, il est utile de se rappeler que Genève a souvent été précurseur d'avancées sociétales au niveau de notre pays, notamment en instaurant l'assurance-maternité 4 ans avant celle aménagée au niveau fédéral. Cette initiative a donc également le mérite d'interpeller sur l'impulsion souhaitée par le canton en matière de progression du droit de la famille.

### **3.2.2 Insécurités juridiques constatées**

Dans son arrêté statuant sur la validité de l'IN 184, le Conseil d'Etat a relevé d'emblée les différentes insécurités juridiques que présente cette initiative (cf. chapitre H2 dudit arrêté).

En premier lieu, le Conseil d'Etat a relevé les insécurités juridiques entourant la faculté d'un canton d'imposer un congé dans les relations de travail de droit privé permettant aux travailleuses et aux travailleurs de se libérer valablement de l'obligation de travailler. Le Conseil d'Etat a toutefois conclu qu'il était possible de considérer que les mesures consacrées par les propositions de modifications de la Cst-GE, à savoir la création d'un congé parental, peuvent s'insérer dans la législation protectrice de droit public que les cantons demeurent en principe autorisés à adopter, en dépit des dispositions de droit civil fédéral relatives au travail.

A noter que s'il apparaît, *in fine*, que les cantons ne disposaient pas d'une compétence en matière de congé obligatoire, la mise sur pied d'une assurance parentale aurait pour conséquence que les personnes salariées ne pourraient bénéficier d'un tel congé que sur la base de l'accord de leur employeur. Il existerait ainsi un fort risque d'inégalités entre parents en fonction des décisions qui seraient prises par les différents employeurs concernés.

Ensuite, il a relevé qu'au regard des dispositions constitutionnelles, il demeure une insécurité juridique quant à la compétence pour les cantons d'instaurer une assurance parentale permettant de verser un revenu de substitution en raison d'un cas de parentalité.

Enfin, le Conseil d'Etat a également constaté une insécurité juridique quant au financement de cette assurance par des cotisations paritaires, vu la position exprimée par l'Office fédéral de la justice dans son courrier du 10 mars 2022 (cf. annexe 3).

*In fine* et si la loi d'application de l'initiative devait confier des tâches aux caisses de compensation, en application de l'article 63, alinéa 4 LAVS, il appartiendra à l'autorité fédérale d'autoriser les caisses de compensation à encaisser les cotisations paritaires destinées à financer les allocations parentales et à verser ces prestations.

Cela étant, le Conseil d'Etat en a néanmoins conclu, en application du principe *in dubio pro populo*, qu'une interprétation conforme au droit supérieur n'était pas exclue et a validé l'initiative.

### **3.2.3 Un régime cantonal distinct**

Dans la mesure où la LAPG ne contient aucune réglementation en matière d'allocations parentales, le canton ne peut, à l'instar de l'article 16h LAPG pour l'assurance-maternité, se baser sur une disposition fédérale lui permettant d'instaurer « en complément du droit fédéral » dans la LAMat (laquelle se fonde explicitement sur l'article 16h LAPG) une allocation parentale, ni prélever des cotisations particulières au sens de la LAPG pour assurer son financement.

Partant, une telle prestation devrait être aménagée en dehors de la LAPG (soit sans pouvoir recourir aux cotisations du régime APG) et selon un régime cantonal distinct. Comme déjà relevé ci-dessus, il conviendra d'examiner attentivement le mode de financement susceptible d'entrer en ligne de compte.

Dès lors, contrairement à ce qu'envisagent les initiants dans leur courrier du 23 mars 2022 (pp. 5 et 6), la nouvelle prestation ne pourra vraisemblablement pas s'insérer telle quelle dans la LAMat.

### **3.2.4 Des questions de coordination avec d'autres régimes d'assurances fédérales**

La mise en œuvre du congé parental, tel que proposé par l'IN 184, soulèvera des questions de coordination avec le droit fédéral de la sécurité sociale, notamment en lien avec la loi fédérale sur l'assurance-accidents, du

20 mars 1981 (LAA; RS 832.20), et la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, du 25 juin 1982 (LPP; RS 831.40).

Ainsi, selon l'article 3, alinéa 2 LAA, l'assurance-accidents cesse de produire des effets à la fin du 31<sup>e</sup> jour qui suit le jour où prend fin le droit au demi-salaire au moins. Afin de maintenir la couverture de l'assurance-accidents pendant des périodes où la personne salariée touche un revenu de substitution sous forme d'indemnités d'assurances, l'article 7, alinéa 1, lettre b, de l'ordonnance fédérale sur l'assurance-accidents, du 20 décembre 1982 (OLAA; RS 832.202) précise les indemnités qui sont réputées salaire, au sens de l'article 3, alinéa 2 LAA. Il s'agit des indemnités suivantes :

*« les indemnités journalières de l'assurance-accidents obligatoire, de l'assurance militaire, de l'assurance-invalidité (AI) et celles des caisses-maladie et des assurances-maladie et accidents privées, qui sont versées en lieu et place du salaire, les allocations au titre de la loi du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain, de même que les allocations d'une assurance-maternité cantonale; »*

Dès lors, il s'agira de vérifier si la notion « allocations d'une assurance-maternité cantonale » au sens de l'article 7, alinéa 1, lettre b OLAA s'appliquera aux allocations parentales proposées par l'IN 184. A défaut, les personnes qui seront au bénéfice de ces allocations depuis plus de 30 jours ne seront plus couvertes par l'assurance-accidents obligatoire.

En matière de prévoyance professionnelle, l'article 8, alinéa 3 LPP permet de maintenir le salaire coordonné dans les hypothèses suivantes :

*« Si le salaire annuel diminue temporairement par suite de maladie, d'accident, de chômage, de maternité, de paternité ou d'autres circonstances semblables, le salaire coordonné est maintenu au moins pour la durée de l'obligation légale de l'employeur de verser le salaire selon l'art. 324a du code des obligations (CO), du congé de maternité au sens de l'art. 329f CO, du congé de paternité au sens de l'art. 329g CO ou du congé de prise en charge au sens de l'art. 329i CO. La personne assurée peut toutefois demander la réduction du salaire coordonné. »*

Il conviendrait de déterminer si et dans quelle mesure le congé parental prévu par l'IN 184 pourrait être assimilé à la catégorie « autres circonstances semblables » permettant de maintenir le salaire coordonné.

### 3.2.5 Périmètre des ayants droit en ce qui concerne « l'autre parent »

Comme mentionné supra, l'IN 184 vise à instaurer, en complément de la législation fédérale, une assurance parentale destinée aux 2 parents, quels que soient les modèles familiaux concernés : parents hétérosexuels, homosexuels, adoptifs et parents d'accueil avec hébergement à caractère permanent.

#### a. Lien de filiation

A ce propos, il sied en premier lieu de relever que les dispositions fédérales et cantonales en vigueur en matière d'allocations de maternité, de paternité ou d'adoption subordonnent le droit à de telles prestations à l'existence d'un lien de filiation avec l'enfant.

Ainsi, selon le droit en vigueur, le lien de filiation à l'égard de la mère résulte de la naissance qu'elle donne à l'enfant (art. 252, al. 1 CC). Le lien de filiation à l'égard du père est établi par son mariage avec la mère, par reconnaissance ou par jugement (art. 252, al. 2 CC). Dès l'entrée en vigueur des modifications du CC résultant de la réforme « Mariage civil pour tous » le 1<sup>er</sup> juillet 2022, dans les cas de couples de femmes mariées, le lien de filiation avec l'autre parent résultera du fait que l'enfant est né pendant le mariage avec la mère biologique et si l'enfant a été conçu au moyen d'un don de sperme conformément à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée, du 18 décembre 1998 (LPMA; RS 810.11), (art. 255a, al. 1 CC, entrant en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2022).

Un lien de filiation est également établi en cas d'adoption, étant précisé que les couples mariés peuvent adopter un enfant conjointement. Avec l'entrée en vigueur de la réforme « Mariage civil pour tous », l'adoption conjointe sera aussi possible pour les couples de personnes du même sexe.

S'agissant de la notion de « l'autre parent », les initiants expliquent dans leur courrier du 23 mars 2022 que :

*« L'autre parent, pour autant qu'il s'agisse du conjoint ou du partenaire enregistré, doit pouvoir bénéficier de l'assurance prévue pour le cas ordinaire, dit de « paternité », soit huit semaines. Il faut ici préciser que l'autre parent ne doit pas nécessairement être le parent biologique de l'enfant, mais avoir un lien d'union avec le parent bénéficiant de la partie « maternité » de l'assurance parentale prévue à l'al. 3, ce qui explique le vocabulaire « d'autre parent » utilisé dans le texte de l'initiative plutôt que « en cas de paternité ». »*

Force est de constater cependant que les initiants envisagent un champ d'application de la nouvelle assurance parentale incluant aussi des constellations où il n'y a, pour l'heure, pas de lien de filiation entre l'enfant et l'autre parent. Il s'agit des situations suivantes :

<b>Situation familiale</b>	<b>Situation actuelle</b>	<b>Initiative pour un congé parental</b>
Couples pacsés (femmes)	Mère biologique : 16 semaines  Autre parente : 0 semaine	Mère biologique : 16 semaines  Autre parente : 8 semaines
Couples pacsés (hommes)	Père adoptif : 16 semaines  Autre parent: 0 semaine	Père adoptif : 16 semaines  Autre parent : 8 semaines

Dans ces situations, un lien de filiation avec l'autre parent ne peut résulter que d'une adoption conjointe par 2 femmes ou 2 hommes qui sont mariés, ce qui sera possible dès le 1<sup>er</sup> juillet 2022 (sous réserve de l'hypothèse évoquée plus haut d'un couple marié de femmes ayant un enfant par don de sperme).

L'IN 184 souhaiterait donc aussi faire bénéficier d'un congé parental les personnes qui assument de fait une fonction parentale.

Une assurance sociale se caractérise notamment par le fait qu'elle couvre un risque social. La prise en compte de la parentalité de fait impliquera de reconnaître celle-ci comme étant un risque social, à savoir une éventualité qui concerne toute la population résidente ou travaillant, ou des parties importantes de celle-ci, et qui, lorsqu'elle se produit, a des conséquences sur la condition économique des personnes concernées. A noter que la reconnaissance des risques sociaux n'est pas figée, elle dépend de l'évolution des mentalités.<sup>8</sup>

Par ailleurs, dans l'hypothèse où une personne qui assume de fait une fonction parentale pourrait bénéficier d'un congé parental, il pourrait arriver que 3 personnes puissent théoriquement prétendre à un congé parental pour le même enfant (par exemple dans un couple pacsé de 2 femmes : la mère biologique, l'autre parent (partenaire de la mère exerçant de fait une fonction parentale) et le père biologique s'il est connu. Le cas échéant, le législateur devra régler ces questions de concours au niveau de la loi.

---

<sup>8</sup> Cf. Ueli Kieser / Marco Reichmuth « Bundesgesetz über die Familienzulagen », Praxiskommentar, Dike Verlag AG, 2010, page 4, n° 8. (A noter que les risques sociaux « traditionnels » sont ceux ancrés dans la convention OIT n° 102 concernant la norme minimum de la sécurité sociale, entrée en vigueur pour la Suisse le 18 octobre 1978. Cette convention définit 9 risques (éventualités) qui sont : soins médicaux; indemnités de maladie; maternité; accidents du travail et maladies professionnelles; vieillesse; décès du soutien de famille (survivant); invalidité; chômage; charges familiales.

b. Articulation entre le nouveau régime cantonal et le droit fédéral

Selon le texte de l'initiative, l'assurance cantonale intervient en complément de la législation fédérale. Il conviendra dès lors d'examiner si pour bénéficier des prestations cantonales, la personne devra ou non bénéficier des prestations fédérales.

Dès lors, au niveau de la mise en œuvre, il conviendra de veiller à l'articulation entre le nouveau régime cantonal et le droit fédéral, en particulier dans les constellations où l'un des parents ne remplit pas les conditions du droit fédéral. Par exemple lorsque le père, faute d'avoir exercé une activité de 5 mois durant les 9 mois qui précèdent la naissance, n'a pas droit aux allocations de paternité. Il s'agira de déterminer si ce père pourra prétendre au congé parental, ou si, en l'absence de droit du père, il faudra considérer que 2 semaines pourraient être reportées sur la mère (16 + 2). Le législateur devra prendre en considération ces aspects lorsqu'il fixera les conditions du droit aux allocations parentales.

***3.2.6 Parents proposant un accueil avec hébergement à caractère permanent***

L'initiative propose également d'étendre le cercle des ayants droit aux parents proposant un accueil avec hébergement à caractère permanent.

Les initiants visent ici les situations d'accueil de longue durée durant lesquelles l'enfant séjourne la majorité de son temps chez ses parents d'accueil (cf. annexe 4, pp. 7-8). Ils se réfèrent dans ce cadre au règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements médico-sociaux, du 24 février 1999 (RPAC; rs/GE B 5 05.01), qui précise que le caractère permanent s'entend dès lors que, pour un enfant de moins de 8 ans, ce dernier ne s'absente pas plus de 10 jours par mois. Les initiants indiquent toutefois renvoyer au Grand Conseil la compétence de fixer les critères précis pour qualifier la permanence de l'accueil. Ils précisent encore que les critères permettant d'octroyer aux parents d'accueil les prestations de l'assurance-parentalité, telle que prévue par leur initiative, devraient s'inspirer de ceux applicables dans la LAMat s'agissant de l'adoption, soit être limitée aux enfants jusqu'à 8 ans et nécessiter la cessation du travail durant la période d'allocation.

A cet égard, le Conseil d'Etat relève que le CC règle les modalités de surveillance (art. 316, al. 1) ainsi que la rémunération (art. 294, al. 1) lors du placement d'enfants auprès de parents nourriciers. Les cantons ont tout de même la compétence d'implémenter des mesures supplémentaires dans des

domaines spécifiques, comme la formation et le conseil des parents, en vertu de l'ordonnance fédérale sur le placement d'enfants (art. 3, al. 2, lettre a), du 19 octobre 1977 (OPE; RS 211.222.338). Au niveau cantonal, ce domaine est mis en œuvre par les articles 32 et suivants de la loi sur l'enfance et la jeunesse, du 1<sup>er</sup> mars 2018 (LEJ; rs/GE J 6 01), les articles 39 et suivants du règlement d'application de la loi sur l'enfance et la jeunesse, du 9 juin 2021 (REJ; rs/GE J 6 01.01), ainsi que le règlement fixant les indemnités pour les familles d'accueil avec hébergement, du 11 mai 2016 (RIFAH; rs/GE J 6 25.04).

En outre, il n'est pas certain que le placement d'enfants hors foyer familial constitue un risque social pouvant être appréhendé par une assurance sociale. Il pourrait aussi être considéré comme discutable de faire payer des cotisations à une large partie de la population (personnes employeuses et salariées), alors que le cercle des personnes bénéficiaires est très limité. Ainsi, en 2021, 21 enfants dont 4 enfants âgés de moins de 4 ans et 17 enfants dans la tranche d'âge 4-8 ans étaient placés dans des familles d'accueil avec hébergement de longue durée dans le canton de Genève. Dès lors, une autre piste qui pourrait être poursuivie consisterait à augmenter la rémunération des parents d'accueil prévue par le RIFAH si les montants actuels sont jugés insuffisants.

### ***3.2.7 Incidences financières de l'IN 184***

Compte tenu des incertitudes mentionnées notamment sur le cercle des ayants droit, il est difficile d'établir une estimation précise des coûts potentiels liés à la mise en œuvre d'un congé parental impliquant 8 semaines supplémentaires. Il est toutefois possible de se référer aux estimations de la Confédération à propos d'un éventuel congé parental de 16 semaines. Ce congé aurait nécessité une hausse des cotisations d'environ 0,3%. Pour la proposition cantonale portant sur 8 semaines, l'impact serait d'environ 0,15%, soit potentiellement 0,075% à charge des personnes employeuses et 0,075% à charge des personnes salariées. La masse salariale soumise à cotisation étant d'environ 34 milliards de francs, cela représenterait un coût supplémentaire d'au moins 50 millions de francs.

## **4. Conclusion**

Depuis l'entrée en vigueur de l'allocation de maternité au plan fédéral, intervenue le 1<sup>er</sup> juillet 2005, plusieurs révisions partielles de la LAPG se sont succédé, portant chacune sur des aspects différents de la protection de la famille. Démontrant la nécessité d'instituer de nouveaux types de congé familial, tels que le congé de paternité, le congé d'adoption et le congé pour

prendre soin de membres de sa famille, ces révisions sont le signe d'un droit en constante mutation.

Le Conseil d'Etat reconnaît la nécessité de contribuer à améliorer les possibilités offertes aux parents qui travaillent de mieux concilier leur vie professionnelle, leur vie privée et leur vie de famille (ou leurs responsabilités professionnelles et familiales) grâce à des dispositions en matière de congés, ainsi qu'à œuvrer à l'égalité entre hommes et femmes.

Aussi, nonobstant les insécurités juridiques relevées dans l'arrêté de validité ainsi que dans le présent rapport, notamment les difficultés liées à l'articulation avec le droit en vigueur en cas de mise en œuvre, il importe de souligner l'opportunité que représente cette initiative en matière de progrès social pour les familles, et en particulier pour les enfants. Partant, le Conseil d'Etat vous invite, Mesdames et Messieurs les Députés, à accepter l'IN 184.

#### AU NOM DU CONSEIL D'ÉTAT

La chancelière :  
Michèle RIGHETTI

Le président :  
Serge DAL BUSCO

#### Annexes :

- 1) *Courrier de la Chancellerie d'Etat à l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS), du 4 mars 2022*
- 2) *Courrier de la Chancellerie d'Etat au Comité d'initiative, du 4 mars 2022*
- 3) *Courrier de l'Office fédéral de la Justice (OFJ), du 10 mars 2022, avec des annexes*
- 4) *Courrier du Comité d'initiative, du 23 mars 2021 (corrigé 2022)*



REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE  
Chancellerie d'Etat  
**La Chancelière d'Etat**

CHA  
Case postale 3964  
1211 Genève 3

N/réf. : MRI/

**Recommandé**

Office fédéral des assurances sociales  
(OFAS)  
Monsieur Stéphane ROSSINI  
Directeur  
Effingerstrasse 20  
3003 Berne

Genève, le 4 mars 2022

**Concerne : initiative populaire cantonale « Pour un congé parental maintenant ! »  
(IN 184)**

Monsieur le Directeur,

Le Conseil d'Etat de la République et canton de Genève examine actuellement la validité de l'initiative populaire cantonale « Pour un congé parental maintenant ! » (IN 184).

Celle-ci prévoit des modifications à la constitution cantonale genevoise (RS/GE A 2 00 ; Cst-GE) par la modification de son article 205 (Famille). L'initiative a pour but d'instaurer, en complément de la législation fédérale, un congé parental – destiné aux parents hétérosexuels, homosexuels, aux parents adoptifs ainsi qu'aux parents d'accueil permanent – de 24 semaines, soit un minimum de 16 semaines en cas de maternité et de 8 semaines pour l'autre parent.

Vous trouverez, en annexe, un extrait de la Feuille d'avis officielle de notre canton, du 16 août 2021, informant du lancement de cette initiative.

Dans le cadre de l'examen de la validité de l'initiative, en particulier à l'aune de la conformité au droit fédéral et au principe de la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons, le Conseil d'Etat souhaiterait recueillir vos observations.

Il désirerait en particulier connaître votre position sur la possibilité pour un canton d'instaurer un congé parental, ainsi que sur l'introduction d'une allocation parentale par le biais d'une assurance parentale, telle que proposée par l'IN 184, financée moyennant des cotisations paritaires cantonales, prélevées sur les salaires. Il souhaiterait en outre connaître votre position concernant la conformité au droit supérieur de l'octroi d'un congé parental, tel que proposé, aux parents d'accueil avec hébergement à caractère permanent n'ayant pas de lien de filiation avec l'enfant.

Compte tenu du délai constitutionnel pour statuer sur la validité, des délais internes à respecter pour l'adoption de l'arrêté et du fait que vos observations devront encore être transmises au comité d'initiative dans le cadre de son droit d'être entendu, une réponse de votre part d'ici au **4 avril 2022** serait idéale.

Je vous prie de croire, Monsieur le Directeur, à l'expression de ma parfaite considération.

  
Michèle Righetti

Annexe : mentionnée



REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE  
Chancellerie d'Etat  
**La Chancelière d'Etat**

CHA  
Case postale 3964  
1211 Genève 3

### **Recommandé**

Comité d'initiative  
c/o Madame Manuelle PERNOUD  
NUSSBAUM  
Chemin de Machéry 50  
1292 Chambésy

N<sup>o</sup>réf. : MRI

Anticipé par courrier électronique :  
[manuelle.pernoud@bluewin.ch](mailto:manuelle.pernoud@bluewin.ch)

Genève, le 4 mars 2022.

**Concerne : examen de la validité de l'initiative législative cantonale « Pour un congé parental maintenant ! » (IN 184)**

Mesdames et Messieurs les membres du comité d'initiative,

Le Conseil d'Etat examine actuellement la validité de l'initiative populaire cantonale « Pour un congé parental maintenant ! » (IN 184) que vous avez déposée.

Celle-ci porte sur la modification de l'article 205 de la constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 (Cst-GE ; A 2 00).

Le Conseil d'Etat souhaiterait recueillir vos observations sur cette initiative, en particulier à l'aune de la conformité au droit fédéral et au principe de la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons.

1. Il s'interroge en premier lieu sur la possibilité d'instaurer un congé parental cantonal dans le cadre des rapports de travail de droit privé.
2. Le Conseil d'Etat vous serait en outre reconnaissant, dans l'hypothèse d'une compétence cantonale, de bien vouloir préciser le mode de financement envisagé, en particulier si celui-ci s'effectuera, comme pour les allocations pour perte de gain, par le prélèvement de cotisations paritaires ou d'une autre manière, si les indépendants devront également y participer, et le cas échéant, sa compatibilité avec le principe de la généralité de l'impôt.

Il relève à cet égard que le chapitre IIIb de la loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité du 25 septembre 1952 (LAPG; 834.1), relatif à l'allocation de paternité, n'est pas assorti d'une disposition similaire à l'art. 16h LAPG. Celle-ci permet en effet aux cantons de prévoir l'octroi d'une allocation de maternité plus élevée ou de plus longue durée ainsi que l'instauration d'une allocation d'adoption et de prélever, pour le financement de ces prestations, des cotisations paritaires.

3. En outre, le Conseil d'Etat vous invite à apporter des précisions s'agissant de la notion "*accueil avec hébergement à caractère permanent*" dont il est fait mention à l'art. 205 al. 4 de l'initiative, dès lors que ces termes ne figurent à priori pas dans la loi, ainsi que sur la compétence législative du canton en la matière, la réglementation relative au placement

d'enfants étant édictée par la Confédération (art. 316 al. 2 CC; Ordonnance sur le placement d'enfants, du 19 octobre 1977 (OPE; RS 211.222.338)).

4. Enfin, le Conseil d'Etat vous prie de bien vouloir préciser, s'agissant de l'art. 205 al. 4 de l'initiative, de quelle manière vous envisagez une application par analogie de l'alinéa 3, dès lors que l'éventualité d'une "maternité" au sens de l'alinéa 3 n'est pas possible en cas d'adoption ou d'accueil. Il vous prie également de bien vouloir préciser l'articulation entre les deux phrases de l'alinéa 4.

Le Conseil d'Etat vous serait reconnaissant de bien vouloir lui transmettre votre prise de position ainsi que toutes les autres observations que vous jugerez utiles d'ici au **4 avril 2022**. Votre réponse peut être anticipée par courrier électronique (cha-daj-direction@etat.ge.ch), le courrier postal pouvant parvenir plus tard.

Je vous prie de croire, Mesdames et Messieurs les membres du comité d'initiative, à l'expression de ma parfaite considération.



Michèle Righetti



Schweizerische Eidgenossenschaft  
Confédération suisse  
Confederazione Svizzera  
Confederaziun svizra

Département fédéral de justice et police DFJP  
Office fédéral de la justice OFJ  
Domaine de direction Droit public

P.P. CH-3003 Berne

OFJ,

POST CH AG

Chancellerie d'Etat  
Rue de l'Hôtel-de-Ville 2  
1204 Genève

CHA	AIGLE	9000 75-2022	
V-CH			
E.	<input type="checkbox"/>	AR	<input type="checkbox"/>
15 MAR. 2022			
Pour info			
Pour traitement <b>DAJ</b>			
PLCH	<input type="checkbox"/>	Note	<input type="checkbox"/>
En parler <input type="checkbox"/>			

Numéro du dossier : 211.9-782/1  
Votre référence : MRI  
Notre référence : SCHC  
Berne, le 10 mars 2022

### Initiative populaire cantonale « Pour un congé parental maintenant ! » (IN 184)

Madame la Chancelière d'Etat,

Nous nous référons à votre lettre du 4 mars 2022 à l'attention du directeur de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) et nous vous informons que l'OFAS nous l'a transmise pour que nous y répondions.

L'Office fédéral de la justice (OFJ) ne procède en principe pas à un examen préalable des projets de modifications des constitutions cantonales. L'octroi de la garantie fédérale est du ressort de l'Assemblée fédérale et non du Conseil fédéral ou de l'OFJ. Pour ces raisons, nous nous limiterons aux observations suivantes :

De l'avis de l'OFJ, le législateur cantonal a en tous cas la compétence d'introduire, pour les travailleurs au bénéfice d'un contrat de travail de droit public, un congé parental cantonal ou un congé de paternité cantonal plus étendu que ce qui est prévu par le droit fédéral, pour autant que le financement ne soit pas prévu par les allocations pour perte de gain APG ou par un supplément cantonal aux cotisations APG<sup>1</sup>.

L'introduction d'un congé parental ou de paternité cantonal pour les travailleurs au bénéfice d'un contrat de travail de droit privé est plus délicate. Elle ne doit pas empiéter sur les compétences du législateur fédéral en matière de droit civil. Toutefois, il ne nous paraît pas exclu que les cantons disposent d'une marge de manœuvre pour introduire un congé parental ou de paternité qui ne contrevienne pas au droit fédéral, s'ils poursuivent un but d'intérêt public que le droit fédéral n'a pas réglé de manière exhaustive comme il l'a fait pour la protection

<sup>1</sup> Cf. JAAC 2005, 69.74, ch. 2.1.

Office fédéral de la justice OFJ  
Susanne Kuster, dr en droit, MPA Unibe  
Bundesrain 20  
3003 Berne  
Tél. +41 58 462 46 84  
Susanne.Kuster@bj.admin.ch  
www.ofj.admin.ch



Numéro du dossier : 211.9-782/1

des travailleurs. Un tel intérêt public cantonal pourrait être par exemple la protection de l'enfant ou l'égalité entre femmes et hommes. Pour le financement d'un tel congé cantonal, les restrictions susmentionnées s'appliquent, c'est-à-dire qu'il n'est pas possible de prévoir un financement par les APG, par un supplément cantonal aux cotisations APG ou par un financement paritaire entre les employeurs et les employés.

Nous vous prions d'agréer, Madame la Chancelière d'Etat, l'assurance de notre haute considération.

Office fédéral de la justice OFJ



Susanne Kuster  
Directrice suppléante

Annexes :

- Avis de droit de l'OFJ du 13 février 2004; Compétence législative des cantons en matière d'assurance-maternité, en particulier au regard du nouvel art. 16h LAPG; JAAC 2005, 69.74;
- 20.320 Initiative déposée par le canton du Jura. Les cantons doivent avoir la possibilité de légiférer sur le droit et la durée d'un congé parental ou d'un congé paternité; Procès-verbaux du 20 septembre 2021 du débat au Conseil des Etats (BO 2021 E 888) et du 16 décembre 2021 au Conseil national (BO 2021 N 2666).

Copie à l'Office fédéral des assurances sociales OFAS, Effingerstrasse 20, 3003 Berne.

## VPB 69.74

Avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 13 février 2004

---

**Gesetzgebungskompetenz der Kantone im Bereich der Mutterschaftsversicherung, insbesondere im Hinblick auf den neuen Art. 16h EOG.**

**1. Die Bundesverfassung sieht in Art. 116 Abs. 3 und 4 BV eine konkurrierende Kompetenz des Bundes im Bereich der Mutterschaftsversicherung vor. Sie schreibt dem Bundesgesetzgeber nicht vor, eine Versicherung nach dem Universalitätsprinzip zu schaffen (Ziff. 1.1.1 und 1.1.2).**

**2. Der Bundesgesetzgeber hat seine Kompetenz teilweise wahrgenommen, indem er eine Mutterschaftsversicherung nach dem System des Erwerbsersatzes (EO) eingeführt hat. Damit hat er die Materie nicht erschöpfend geregelt. Die Kantone bleiben demnach in jenen Bereichen zuständig, in welchen der Bundesgesetzgeber nicht tätig geworden ist (Ziff. 1.2.1).**

**3. Für jenen Bereich, in welchem der Bundesgesetzgeber tätig geworden ist, verbleibt den Kantonen nur dann eine Gesetzgebungskompetenz, wenn der Bundesgesetzgeber sie ihnen zurückübertragen hat (Ziff. 1.2.2).**

**4. Wo der Bundesgesetzgeber nicht legiferiert hat, können die Kantone Mutterschaftsleistungen zu Bedingungen vorsehen, welche sie selber festlegen, welche sie aber aus eigenen Mitteln finanzieren müssen und wofür sie nicht auf die Beiträge aus der Erwerbsersatzordnung zurückgreifen dürfen (Ziff. 2.1).**

**5. In den abschliessend aufgezählten Bereichen von Art. 16h EOG (zurückübertragene Kompetenzen) können die Kantone zusätzliche Leistungen vorsehen und diese durch besondere Beiträge nach dem System der EO finanzieren (Ziff. 2.2).**

---

**Compétence législative des cantons en matière d'assurance-maternité, en particulier au regard du nouvel art. 16h LAPG.**

**1. La Constitution fédérale prévoit, à l'art. 116 al. 3 et 4 Cst., une compétence fédérale concurrente en matière d'assurance-maternité. Elle n'impose pas au législateur fédéral d'instituer une assurance selon le principe de l'universalité (ch. 1.1.1 et 1.1.2).**

**2. Le législateur fédéral, en adoptant une assurance-maternité dans le cadre du système des allocations pour perte de gain (APG), a fait un usage partiel de sa compétence. Ce faisant, il n'entendait pas épuiser la matière. Les cantons restent donc compétents dans les domaines où le législateur fédéral n'a pas entendu légiférer (ch. 1.2.1).**

**3. Dans le domaine où le législateur fédéral a légiféré, les cantons n'ont de compétences législatives que dans la mesure où la loi fédérale leur en rétrocède (ch. 1.2.2).**

**4. Là où le législateur fédéral n'a pas légiféré, les cantons peuvent prévoir des prestations de maternité aux conditions qu'ils fixent eux-mêmes, mais en les finançant par leurs propres ressources et sans recourir aux cotisations du régime APG (ch. 2.1).**

**5. Dans les domaines énumérés exhaustivement à l'art. 16h LAPG (compétences rétrocédées), les cantons peuvent prévoir des prestations supplémentaires et les financer par des cotisations particulières, du type de celles des APG (ch. 2.2).**

---

**Competenza legislativa dei Cantoni in materia di assicurazione maternità, in particolare riguardo al nuovo art. 16h LIPG.**

**1. La Costituzione federale prevede, all'art. 116 cpv. 3 e 4 Cost., una competenza federale concorrente in materia di assicurazione maternità. Ciò non obbliga il legislatore federale ad istituire un'assicurazione secondo il principio dell'universalità (n. 1.1.1 e 1.1.2).**

**2. Il legislatore federale, adottando un'assicurazione maternità nel quadro del sistema delle indennità per perdita di guadagno (IPG), ha fatto un uso particolare della sua competenza. Non ha però regolato in modo esaustivo la materia. I Cantoni restano quindi competenti negli ambiti in cui il legislatore federale non ha voluto legiferare (n. 1.2.1).**

**3. Nel campo in cui il legislatore federale ha legiferato, i Cantoni hanno competenze legislative solo nella misura in cui la legge federale restituisce loro tali competenze (n. 1.2.2).**

**4. Laddove il legislatore federale non ha legiferato, i Cantoni possono prevedere prestazioni per la maternità alle condizioni che essi stessi fissano, ma finanziandole attraverso le loro proprie risorse e senza ricorrere ai contributi del regime IPG (n. 2.1).**

**5. Negli ambiti elencati in modo esaustivo all'art. 16h LIPG (competenze restituite), i Cantoni possono prevedere prestazioni supplementari e finanziarle attraverso contributi particolari, del tipo di quelli dell'IPG (n. 2.2).**

## 1. La compétence fédérale en matière d'assurance-maternité

### 1.1 Le partage constitutionnel

**1.1.1** L'art. 116 al. 3 1<sup>ère</sup> phrase de la Constitution fédérale du 18 avril 1999[96] dispose que la Confédération institue une assurance-maternité. L'al. 4 de cette même disposition précise encore que le législateur peut déclarer l'assurance-maternité obligatoire de manière *générale* ou pour *certaines catégories* de personnes. La Constitution n'impose donc pas l'obligation d'instituer une assurance selon le principe de l'universalité (personnes avec et sans activité lucrative), mais autorise aussi une assurance sectorielle, limitée à une ou plusieurs catégories de personnes, déterminées, par exemple, en fonction de la situation professionnelle ou économique. Ainsi a-t-on pensé à des catégories telles que les salariés, les indépendants et les non-actifs[97].

**1.1.2** Quant à sa nature, la compétence donnée à l'art. 116 al. 3 Cst. n'est pas exclusive, mais *concurrente*. Il résulte du caractère concurrent de la compétence fédérale et de l'art. 3 Cst. que les cantons peuvent légiférer dans le domaine *aussi longtemps que* et *dans la mesure où* la Confédération ne l'a pas fait. Mais, pour établir le partage concret entre compétences fédérales et compétences cantonales, il faut analyser l'usage que le *législateur fédéral* a fait de la compétence constitutionnelle et considérer, par conséquent, la *loi fédérale* qui la met en œuvre[98].

### 1.2 Le partage selon la LAPG

**1.2.1** La révision du 3 octobre 2003[99] de la loi sur les allocations pour perte de gain du 25 septembre 1952[100] rend obligatoire l'affiliation à un régime d'indemnités journalières des personnes *exerçant une activité lucrative*, que celle-ci soit dépendante (salariée) ou indépendante (cf. art. 16b LAPG). Faisant usage de la possibilité que lui offrait l'al. 4 de l'art 116 Cst., le législateur fédéral a donc opté pour un régime sectoriel et professionnel (cf. ch. 1.1.1). Mais rien dans les travaux préparatoires ne conduit à admettre qu'en faisant ce choix, le législateur fédéral entendait épuiser l'ensemble de la compétence que lui donne l'art. 116 Cst. et, corrélativement, priver les cantons de toute compétence législative en ce domaine. Au contraire, on perçoit, à différents stades des délibérations parlementaires, des déclarations générales attestant la volonté de respecter le droit des cantons de prévoir d'autres régimes. Ainsi, dans une réponse à un membre de la commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national (CSSS-N), le représentant de l'administration fédérale déclarait: «[...] Prima vista gehen wir davon aus, dass wir keine ausschliessliche Bundeskompetenz haben, so dass es den Kantonen möglich wäre, eine günstigere gesetzliche Ordnung neben der Bundesregelung beizubehalten. Man könnte sich allerdings fragen, ob zur Klärung im Gesetz festzuhalten sei, dass es um keine ausschliessliche Bundeskompetenz gehe und dass weiter gehende private oder öffentliche Regelungen nicht tangiert seien.»[101] D'autres déclarations allant dans un sens proche, tout en restant

très globales, ont ponctué les travaux parlementaires et montrent que le législateur fédéral se souciait de ménager les régimes cantonaux existants[102]. Cela nous conduit à admettre qu'en instituant le régime fédéral d'allocations pour perte de gain en cas de maternité, le législateur fédéral a voulu n'utiliser qu'une partie de la compétence que lui donne l'art. 116 al. 3 Cst., et laisser aux cantons une compétence législative pour instituer ou maintenir des régimes complémentaires de protection de la maternité. Cette manière de faire ressemble d'ailleurs fort à ce qui a été fait en matière d'allocations familiales, où la Confédération s'est bornée à légiférer pour la seule catégorie de personnes occupées dans le secteur agricole (travailleurs agricoles, paysans de montagne et petits paysans de plaine, pêcheurs professionnels), laissant aux cantons le soin de légiférer en matière d'allocations familiales pour les autres secteurs[103].

1.2.2 Le législateur fédéral n'a légiféré et, par conséquent, occupé le terrain que pour la catégorie des *personnes exerçant une activité lucrative*. Pour cette catégorie de personnes, les cantons n'ont donc de compétence législative que si la loi leur en rétrocède une partie (compétences déléguées)[104]. Or c'est ce que fait l'art. 16h LAPG[105]. En vertu de cette disposition, les cantons sont habilités à compléter les prestations fédérales dans trois domaines énumérés exhaustivement (allocation plus élevée, allocatio<sup>n</sup> plus longue, allocation d'adoption) et à financer ces prestations plus généreuses par des «cotisations particulières» (en allemand, «besondere Beiträge»). Il est important de voir que cette disposition contient deux idées qui sont liées l'une à l'autre, ce qui est déterminant pour une bonne compréhension du texte: l'art. 16h LAPG permet aux cantons non seulement d'instaurer un régime d'allocations plus généreux dans les trois domaines cités exhaustivement, mais encore de le financer par des cotisations qui pourraient être prélevées auprès des mêmes cotisants (assurés à l'assurance-vieillesse et survivants [AVS] et employeurs) et fixées paritairement pour les salariés et les employeurs[106]. Toute la portée normative de l'art. 16h LAPG tient dans cette double idée. Il faut relever ici que les travaux préparatoires ne livrent aucune explication à propos de cette notion de «cotisations particulières»[107]. Mais rien ne laisse supposer qu'il s'agirait d'un genre de cotisations structurellement différentes de celles perçues dans le cadre des allocations pour perte de gain (APG). On peut, dès lors, admettre que l'art. 16h LAPG autorise, dans les domaines énumérés, un financement calqué sur le modèle des APG, qui pourrait prendre la forme de «suppléments cantonaux» aux cotisations du régime APG, y compris les cotisations d'employeurs. Ces cotisations seraient «particulières» en ce qu'elles seraient fondées sur le droit cantonal et présentées, dans les bordereaux, comme distinctes des cotisations fédérales. Pour le reste, ce seraient des cotisations du type APG.

Préciser cette question du mode de financement était absolument nécessaire si le législateur fédéral voulait autoriser les cantons à compléter, tout en restant dans le cadre des APG, les prestations fédérales. En revanche, hors du cadre des APG, le législateur fédéral n'avait pas à se préoccuper de régler la question

de la faculté des cantons d'instituer des régimes de protection de la maternité pour d'autres catégories de personnes et de leur mode de financement. Une disposition en ce sens n'aurait eu qu'une valeur déclaratoire[108].

## 2. Conséquences concrètes pour les cantons

### 2.1 Compétences là où le législateur fédéral n'a pas légiféré

Au vu de ce qui précède, les cantons ont conservé des compétences dans le domaine de la protection de la maternité de deux manières: d'une part, là où le législateur fédéral n'a pas légiféré, et, d'autre part, là où il a légiféré, mais a rétrocedé une partie des compétences aux cantons.

Là où le législateur fédéral n'a pas légiféré, le domaine est resté, conformément au principe de l'art. 3 Cst., dans la compétence législative des cantons, qui peuvent prévoir diverses prestations de maternité, aux conditions qu'ils fixent eux-mêmes, mais en les finançant par leurs propres ressources, sans pouvoir recourir aux cotisations du régime APG.

En particulier, on pense ici à l'instauration d'un régime d'allocations pour les personnes qui n'exercent pas d'activité lucrative. Le législateur fédéral de 2003 les a exclues du régime fédéral parce que leur inclusion dans la défunte loi fédérale, du 18 décembre 1998, sur l'assurance-maternité[109] passait pour avoir été l'une des raisons de son échec dans le référendum de juin 1999. Si maintenant un législateur *cantonal* considère qu'il y a là une lacune sociale insoutenable, il peut légiférer pour la combler lui-même. Il doit cependant le faire dans le respect des principes constitutionnels, parmi lesquels celui de l'égalité, qui est important notamment en matière de financement[110]. Il pourrait, par exemple, prévoir un financement de type fiscal, c'est-à-dire à travers un supplément à l'impôt direct cantonal, voire simplement à travers le budget général du canton. Il pourrait aussi prévoir un financement en prélevant des cotisations auprès des seuls assurés. Il pourrait encore combiner les modes précités. En revanche, il ne pourrait financer cette prestation cantonale par des suppléments aux cotisations APG. Il ne pourrait pas davantage utiliser, pour la financer, des ressources prélevées, dans une mesure même proportionnelle au nombre d'habitants ou aux cotisants du canton concerné, sur le fonds des APG, ce fonds étant alimenté par les assurés de toute la Suisse et devant donc rester à la disposition de l'ensemble de la population[111].

### 2.2 Compétences là où le législateur fédéral a légiféré (art. 16h LAPG).

Là où il a légiféré, le législateur fédéral a expressément autorisé les cantons à prévoir des prestations de maternité plus élevées ou de plus longue durée, voire des prestations pour un *autre* cas de «maternité» (voire de «paternité»), qui est l'adoption, et à financer ces prestations supplémentaires par des cotisations particulières. Si l'on reprend les trois sortes de prestations énumérées à l'art. 16h LAPG, on peut penser aux possibilités suivantes:

*Prestations de maternité plus élevées.* La loi fédérale prévoit une indemnité journalière égale à 80% du revenu moyen de l'activité lucrative (art. 16e al. 2 LAPG), avec un maximum de 172 francs par jour (art. 16f al. 1 LAPG). Une loi cantonale pourrait aller plus loin, par exemple à 90% du revenu (...).

*Prestations de maternité de plus longue durée.* La loi prévoit une indemnité journalière pendant 98 jours, c'est-à-dire quatorze semaines (art. 16d LAPG). Ici également, une loi cantonale pourrait aller plus loin, par exemple à 112 jours, c'est-à-dire seize semaines, comme il en a été question lors de l'élaboration de la loi fédérale. Peut-être même plus loin encore, tout en tenant compte, pour les personnes salariées, des obligations qui leur incombent en raison de leur rapport de travail.

*Prestations en cas d'adoption.* La loi fédérale n'en prévoit pas, mais elle autorise les cantons à en introduire. Une loi cantonale pourrait user de cette autorisation, déterminer le bénéficiaire (l'homme ou la femme qui adopte), l'âge maximum de la personne adoptée, le montant et la durée de l'allocation.

[96] Cst., RS 101.

[97] Pascal Mahon, Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Zurich, Bâle, Genève 2003, Art. 116, n° 15; Luzius Mader, Die schweizerische Bundesverfassung, Zurich, Bâle, Genève, Lachen 2002, Art. 116, n°s 11 et 12. Voir aussi le rapport, du 3 octobre 2002, de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national «Révision de la loi sur les allocations pour perte de gain - Extension du champ d'application aux mères exerçant une activité lucrative», cité, ci-après, rapport du 3 octobre 2002, FF 2002 6998 et ss, 7033.

[98] Andreas Auer, Giorgio Malinverni, Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse, Berne 2000, vol. I, n°s 941 et ss, en particulier n°s 946, 980 et 990; JAAC 65.92 p. 1035.

[99] Cf. FF 2003 6051 et ss. Les nouvelles dispositions doivent entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2005.

[100] LAPG, RS 834.1.

[101] Séance du 26 juin 2002 de la CSSS-N, procès-verbal (PV), p. 18. La commission décida alors qu'il suffisait de préciser la chose dans le rapport, ce qui, pourtant, n'a pas été fait en des termes aussi généraux, qui replacent la problématique dans la perspective des différents types de compétences constitutionnelles et de leurs conséquences pour les cantons.

[102] Rapport du 3 octobre 2002, p. 6999; avis du Conseil fédéral du 6 novembre 2002, FF 2003 1032 et ss, 1036; intervention de la cheffe du Département fédéral de l'intérieur à la séance du 14 novembre 2002 de la CSSS-N, PV, p. 3.

[103] Pascal Mahon (note 2), Art. 116, n° 9.

[104] Andreas Auer, Giorgio Malinverni, Michel Hottelier (note 3), n°s 993 et ss.

[105] Cet article a la teneur suivante: Art. 16h Rapport avec les réglementations cantonales. En complément au chap. IIIa, les cantons peuvent prévoir l'octroi d'une allocation de maternité plus élevée ou de plus longue durée et l'instauration d'une allocation d'adoption et prélever, pour le financement de ces prestations, des cotisations particulières.

[106] Dans son rapport du 3 octobre 2002, la CSSS-N commente en ces termes cette disposition: «Même après l'entrée en vigueur d'une assurance-maternité au plan fédéral, les cantons doivent garder la possibilité d'introduire une assurance-maternité prévoyant l'octroi de prestations plus généreuses que

les APG. Ils doivent également avoir la possibilité, à cet effet, de financer leur assurance-maternité complémentaire par le prélèvement de cotisations particulières»; FF 2002 7024.

[107] Une norme comparable figure à l'art. 24 al. 1 let. a de la loi fédérale du 20 juin 1952 sur les allocations familiales dans l'agriculture (LFA, RS 836.1). Cette disposition, introduite dans la LFA en 1962, parle de «contributions spéciales», mais l'allemand disait déjà, comme fait la loi du 3 octobre 2003, «besondere Beiträge». Or il ressort du message explicatif de la révision de la LFA de 1962 que cette disposition devait lever toute ambiguïté notamment quant à la faculté des cantons de financer les prestations complémentaires accordées aux travailleurs agricoles en prélevant des cotisations supplémentaires aussi auprès des employeurs de l'agriculture; cf. FF 1961 II 457, 485.

[108] Voir une analyse comparable à propos des compétences cantonales en matière d'allocations familiales, dans le rapport, du 20 novembre 1998, de la CSSS-N «Prestations familiales (Fankhauser)», FF 1999 2942 et ss, 2952, ad art. 2.

[109] LAMat, FF 1998 4973.

[110] Cf. l'arrêt, du 4 juillet 2003, de la II<sup>e</sup> Cour de droit public du Tribunal fédéral, Fédération des syndicats patronaux et consorts c / Grand Conseil de la République et canton de Genève (2P.329/2001), qui dénonce le caractère inconstitutionnel (violation des art. 8 et 127 Cst.) du financement du nouveau régime des allocations familiales dans le canton de Genève, Pratique juridique actuelle (PJA/AJP) 2004, p. 97.

[111] Cf. la réponse du Conseil fédéral à l'interpellation Roth-Bernasconi (99.3253) Assurance-maternité pour les cantons latins, BO 1999 N 2260 s.

---

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdrukschriften  
Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées  
Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali

## VPB 69.74 - Avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 13 février 2004

In	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
Dans	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
In	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
Jahr	2005
Année	
Anno	
Band	69
Volume	
Volume	
Seite	---
Page	
Pagina	
Ref. No	150 007 063

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert.  
Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale.  
Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.


**AMTLICHES BULLETIN – BULLETIN OFFICIEL**

Ständerat • Herbstsession 2021 • Fünfte Sitzung • 20.09.21 • 15h15 • 20.320  
 Conseil des Etats • Session d'automne 2021 • Cinquième séance • 20.09.21 • 15h15 • 20.320



20.320

**Standesinitiative Jura.  
 Bestimmungen zum Recht  
 auf Eltern- oder Vaterschaftsurlaub  
 und zu dessen Dauer.  
 Allfällige Erlassung durch die Kantone**

**Initiative déposée  
 par le canton du Jura.  
 Les cantons doivent avoir la possibilité  
 de légiférer sur le droit et la durée  
 d'un congé parental  
 ou d'un congé paternité**

*Vorprüfung – Examen préalable*

CHRONOLOGIE

STÄNDERAT/CONSEIL DES ETATS 20.09.21 (VORPRÜFUNG - EXAMEN PRÉALABLE)  
 NATIONALRAT/CONSEIL NATIONAL 16.12.21 (VORPRÜFUNG - EXAMEN PRÉALABLE)

*Antrag der Mehrheit*

Der Initiative keine Folge geben

*Antrag der Minderheit*

(Baume-Schneider, Carobbio Guscetti, Gapany, Graf Maya, Herzog Eva)

Der Initiative Folge geben

*Proposition de la majorité*

Ne pas donner suite à l'initiative

*Proposition de la minorité*

(Baume-Schneider, Carobbio Guscetti, Gapany, Graf Maya, Herzog Eva)

Donner suite à l'initiative

**Präsident** (Kuprecht Alex, Präsident): Es liegt ein schriftlicher Bericht der Kommission vor.

**Würth** Benedikt (M-E, SG), für die Kommission: Auf Bundesebene ist im OR der Vaterschaftsurlaub von zwei Wochen eingeführt worden. Die Finanzierung ist im Erwerbsersatzgesetz geregelt. Daneben gibt es den Mutterschaftsurlaub von mindestens vierzehn Wochen. Mit seiner Standesinitiative fordert das Parlament des Kantons Jura die eidgenössischen Räte auf, gesetzgeberisch tätig zu werden, um den Kantonen die Möglichkeit zu geben, weitergehende Bestimmungen zum Recht auf Eltern- oder Vaterschaftsurlaub zu erlassen, und ihnen so die Kompetenz einzuräumen, einen solchen Urlaub einzuführen sowie dessen Dauer und Modalitäten festzulegen. Die Standesinitiative wurde am 26. Juni 2020 eingereicht und befindet sich in der ersten Phase. Zuerst ist die Frage zu beantworten, ob es sich vorliegend um Privatrecht oder um öffentliches Recht handelt. Diese Frage ist nicht trivial. Die Kantone haben gemäss dem Bundesgerichtsentscheid in Sachen Zulässigkeit eines Minimallohns im Kanton Neuenburg die Möglichkeit, im kantonalen öffentlichen Recht tätig zu werden, was dann auch für private Rechtsverhältnisse im jeweiligen Kanton Gültigkeit hat. Gemäss Bundesgericht ist ein Minimallohn zulässig, weil es um sozialpolitische Massnahmen geht; die Kantone sind bekanntlich für die Sozialhilfe zuständig.


**AMTLICHES BULLETIN – BULLETIN OFFICIEL**

 Ständerat • Herbstsession 2021 • Fünfte Sitzung • 20.09.21 • 15h15 • 20.320  
 Conseil des Etats • Session d'automne 2021 • Cinquième séance • 20.09.21 • 15h15 • 20.320


Die Frage ist, ob ein kantonaler Erlass für einen weitergehenden Eltern- und Vaterschaftsurlaub von dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung gedeckt wäre. Es müsste also ein öffentliches Interesse, das vom Bund nicht abschliessend geregelt ist, geltend gemacht werden. Wenn die Zulässigkeit kantonaler öffentlich-rechtlicher Normen verneint wird, dann handelt es sich vorliegend um Privatrecht, dann spielt das Prinzip der Einheit des Bundeszivilrechts.

AB 2021 S 889 / BO 2021 E 889

Will man den Kantonen die Möglichkeit eröffnen, einen Eltern- oder Vaterschaftsurlaub zu schaffen, muss der Bundesgesetzgeber eine explizite Ermächtigung für kantonale Regelungen schaffen. Mit anderen Worten: Ergibt sich keine Änderung des geltenden Rechts und kommt ein solcher Fall vor Bundesgericht, wird das Gericht zuerst beurteilen müssen, ob es sich um öffentliches Recht, Artikel 6 ZGB, oder um Bundeszivilrecht, Artikel 5 ZGB, handelt. Trifft Letzteres zu, ist zu klären, ob es eine Ermächtigung im Bundesrecht gibt oder nicht. Die Standesinitiative will, dass diese Frage nun vom Gesetzgeber eindeutig geklärt wird. In der Sache ist die Mehrheit Ihrer Kommission der Auffassung, dass der Standesinitiative Jura aus folgenden Gründen nicht zugestimmt werden sollte:

1. Aus gutem Grund sind fragmentierte kantonale Lösungen in diesem Bereich unzumutbar. Wir leben im Binnenmarkt Schweiz. Viele Unternehmen sind kantonsübergreifend tätig. Es kann nicht vermittelt werden, wieso in der einen Betriebsstätte bei einer derart wichtigen sozialpolitischen Frage diese Ordnung gelten sollte und an einem anderen Ort eine andere. Der Bundesgesetzgeber ist im Übrigen just in diesem Bereich erst kürzlich tätig gewesen, indem er einen über die Erwerbsersatzordnung entschädigten Vaterschaftsurlaub eingeführt hat.
  2. Der Arbeitnehmerschutz ist im Bundesrecht abschliessend geregelt. Es sind explizit Ausnahmen zugunsten der Kantone vorgesehen, zum Beispiel zusätzliche kantonale Feiertage, jedoch nicht im Bereich des Vaterschafts- und Elternurlaubs. Diese geltende Ordnung ist für die Mehrheit der Kommission zweckmässig.
  3. Es trifft zu, dass das geltende Recht eine gewisse Unsicherheit offenbart. Schlussendlich ist es dem Kanton Jura aber unbenommen, seine Kompetenz auszutesten und nötigenfalls die Kompetenzfrage durch das Bundesgericht entscheiden zu lassen. Diesfalls müsste der Kanton zusätzliche Urlaube auch selbst finanzieren, einerseits, weil es inhaltlich naheliegender ist, und andererseits, weil im Erwerbsersatzgesetz für eine Finanzierung durch den Bund keine Grundlage vorhanden ist.
- Aufgrund dieser Überlegungen beantragt Ihnen eine Mehrheit der Kommission, der Standesinitiative Jura keine Folge zu geben.

**Baume-Schneider** Elisabeth (S, JU): Le Parlement jurassien a en effet accepté en janvier 2020 une motion interne par 42 voix contre 14, ce qui lui permet de faire usage de son droit d'initiative.

A l'instar de la majorité du législatif jurassien, les deux députés, MM. Macquat et Dobler, qui ont été auditionnés par la Commission de la science, de l'éducation et de la culture, nous invitent à édicter de nouvelles bases légales qui donnent la possibilité aux cantons qui le souhaitent de légiférer sur un congé parental ou paternité. Concernant le congé paternité, celui-ci devrait donc dépasser les deux semaines de congé prévues actuellement. Indépendamment de la volonté politique de prolonger ou non le congé paternité, la question est, à ce stade, d'ordre purement juridique. La requête et la proposition du canton du Jura visent à préciser la marge de manoeuvre à disposition des cantons concernant cet objet.

Comme cela a été dit – et je me permets de le rappeler –, en ce qui concerne la durée du congé maternité, l'article 16h de la loi fédérale sur les allocations pour perte de gain précise que "les cantons peuvent prévoir l'octroi d'une allocation de maternité plus élevée ou de plus longue durée et l'instauration d'une allocation d'adoption et prélever, pour le financement de ces prestations, des cotisations particulières." Le problème que les auteurs de l'initiative souhaitent résoudre, c'est que justement il n'en va pas de même pour le congé paternité.

La note de l'Office fédéral de la justice précise que le législateur cantonal – ou communal, d'ailleurs – a la compétence d'introduire, pour les travailleurs et travailleuses au bénéfice d'un contrat de travail de droit public, un congé parental cantonal ou communal, ou un congé paternité plus étendu que ce qui est prévu par le droit fédéral, pour autant – et c'est important – que le financement ne soit pas prévu par les allocations pour perte de gain. La note précise: "L'introduction d'un congé parental ou de paternité cantonal pour les travailleurs au bénéfice d'un contrat de travail de droit privé est plus délicate. Elle ne doit pas empiéter sur les compétences du législateur fédéral en matière de droit civil." Quelques lignes plus bas, il est indiqué: "Il ne nous paraît pas exclu que les cantons disposent d'une marge de manoeuvre pour introduire un congé parental ou de paternité qui ne contrevienne pas au droit fédéral [...] s'ils poursuivent un but d'intérêt public que le droit fédéral n'a pas

**AMTliches BULLETIN – BULLETIN OFFICIEL**

Ständerat • Herbstsession 2021 • Fünfte Sitzung • 20.09.21 • 15h15 • 20.320  
Conseil des Etats • Session d'automne 2021 • Cinquième séance • 20.09.21 • 15h15 • 20.320



réglé de manière exhaustive. Un tel intérêt public cantonal pourrait être par exemple la protection de l'enfant ou l'égalité entre femmes et hommes." En matière de sécurité juridique, on peut faire mieux.

En effet, il n'est pas exclu que le droit fédéral laisse une marge de manoeuvre, mais les lois qui seraient adoptées par les cantons pourraient être attaquées devant les tribunaux. Afin de pallier cette insécurité juridique, une base légale dans le droit fédéral donnerait aux cantons la marge de manoeuvre dont ils souhaitent disposer. Dans le cas contraire, on pourrait se retrouver avec des lois cantonales contestées qui pourraient demeurer en suspens pendant plusieurs années dans l'attente des décisions des tribunaux. La note conclut encore en mentionnant: "Si le tribunal fédéral admettait des recours contre de telles lois, une base légale au niveau fédéral devrait être adoptée afin que les cantons soient compétents pour légiférer dans ce domaine."

Je ne prétends aucunement à l'exhaustivité, mais actuellement plusieurs projets sont en cours, et ce dans différents cantons. Le Grand Conseil tessinois a voté un congé parental de deux semaines en janvier 2021. Ces dix jours peuvent s'ajouter soit aux quatorze semaines du congé maternité, soit aux deux semaines du congé paternité en vigueur au niveau national. Cela dépend de quelle manière on le perçoit, mais le Tessin devient peut-être un canton pionnier, même s'il prend toutefois un risque en matière de sécurité juridique. Une initiative parlementaire concernant un congé paternité de dix-huit semaines est en traitement à Genève. Dans le canton de Berne, une initiative populaire cantonale pour un congé parental a été déposée en avril de cette année à la chancellerie bernoise.

En résumé, par son initiative, le canton du Jura ne demande aucun financement. C'est suffisamment rare pour que je le mentionne à propos de mon canton. Il demande aussi une sécurité juridique en cas de décision politique qui viserait à prolonger le congé paternité ou à introduire un congé parental. Cela a été dit, de nombreuses administrations publiques ont déjà des législations plus généreuses. Pour les personnes qui redouteraient des différences entre les cantons, force est de constater que d'ores et déjà de nombreux employeurs, notamment dans les assurances ou les grandes entreprises, octroient un congé paternité qui peut largement dépasser le modèle fédéral de deux semaines.

En conclusion, avant d'attendre que le Tribunal fédéral considère que les impératifs d'égalité des sexes ou encore de la protection de l'enfance sont du ressort de la Confédération et devraient être concrétisés dans les rapports de droit privé, et considérant l'évolution de la place sociale du père auprès du nouveau-né ou encore les questions de conciliation entre vie familiale et vie professionnelle, il est raisonnable de donner suite à l'initiative du canton du Jura. En effet, si un canton considère la nécessité sociale d'étendre le congé paternité, la Confédération devrait lever l'incertitude qui pèse sur l'admissibilité de cette décision cantonale et prendre en compte dans sa législation les sensibilités des différents cantons.

En vertu du fédéralisme, et nous sommes la Chambre des cantons, il est cohérent de laisser les cantons libres d'utiliser la faculté que le droit fédéral leur laisserait si l'initiative déposée par le canton du Jura était acceptée. Vous l'aurez compris, la minorité de la commission vous invite à donner suite à l'initiative déposée par le canton du Jura.

**Abstimmung – Vote**

Für Folgegeben ... 13 Stimmen

Dagegen ... 25 Stimmen

(1 Enthaltung)

AB 2021 S 890 / BO 2021 E 890




**AMTLICHES BULLETIN – BULLETIN OFFICIEL**

Nationalrat • Wintersession 2021 • Vierzehnte Sitzung • 16.12.21 • 08h00 • 20.320  
 Conseil national • Session d'hiver 2021 • Quatorzième séance • 16.12.21 • 08h00 • 20.320



20.320

**Standesinitiative Jura.  
 Bestimmungen zum Recht  
 auf Eltern- oder Vaterschaftsurlaub  
 und zu dessen Dauer.  
 Allfällige Erlassung durch die Kantone**

**Initiative déposée  
 par le canton du Jura.  
 Les cantons doivent avoir la possibilité  
 de légiférer sur le droit et la durée  
 d'un congé parental  
 ou d'un congé paternité**

*Vorprüfung – Examen préalable*

## CHRONOLOGIE

STÄNDERAT/CONSEIL DES ETATS 20.09.21 (VORPRÜFUNG - EXAMEN PRÉALABLE)

NATIONALRAT/CONSEIL NATIONAL 16.12.21 (VORPRÜFUNG - EXAMEN PRÉALABLE)

*Antrag der Mehrheit*  
 Der Initiative keine Folge geben

*Antrag der Minderheit*  
 (Fivaz Fabien, Amoos, Atici, Brenzikofer, Dandrès, Piller Carrard, Python, Schneider Meret, Storni)  
 Der Initiative Folge geben

*Proposition de la majorité*  
 Ne pas donner suite à l'initiative

*Proposition de la minorité*  
 (Fivaz Fabien, Amoos, Atici, Brenzikofer, Dandrès, Piller Carrard, Python, Schneider Meret, Storni)  
 Donner suite à l'initiative

**Präsidentin** (Kälin Irène, Präsidentin): Sie haben einen schriftlichen Bericht der Kommission erhalten.

**de Montmollin** Simone (RL, GE), pour la commission: Le canton du Jura a fait parvenir aux Chambres fédérales une initiative demandant d'édicter de nouvelles bases légales afin de donner aux cantons la compétence d'introduire, s'ils le souhaitent, des congés de type parental ou paternité plus généreux que celui adopté au niveau fédéral. Cette initiative a été déposée le 26 juin 2020, soit trois mois avant la votation sur le congé paternité qui, depuis, a été adopté par la population à plus de 60 pour cent et qui est entré en vigueur le 1er janvier de cette année.

C'est dans ce contexte que la Commission de la science, de l'éducation et de la culture s'est penchée sur cette initiative lors de sa séance du 14 octobre 2021 et qu'elle a pris acte de la décision du Conseil des Etats de ne pas lui donner suite par 25 voix contre 13.

Un débat approfondi et exhaustif sur la question a été mené à l'occasion des travaux sur le congé paternité. Après avoir confirmé les bases juridiques et la marge de manoeuvre à la disposition des cantons, c'est par 15 voix contre 10 que notre commission a suivi la décision du Conseil des Etats et vous recommande de ne pas donner suite à cette initiative.



## AMTLICHES BULLETIN – BULLETIN OFFICIEL

Nationalrat • Wintersession 2021 • Vierzehnte Sitzung • 16.12.21 • 08h00 • 20.320  
 Conseil national • Session d'hiver 2021 • Quatorzième séance • 16.12.21 • 08h00 • 20.320



La majorité constate que le droit en vigueur permet déjà une certaine flexibilité. Il existe une marge de manœuvre pour les cantons qui souhaitent introduire un congé parental ou un congé paternité plus généreux, pour autant qu'ils n'empiètent pas sur le domaine réglé exhaustivement par le droit fédéral, à savoir le droit civil ou le droit du travail. En matière de droit privé, les compétences fédérales sont exclusives, il n'existe donc pas de compétence cantonale. Au niveau du droit public, les compétences fédérales sont également exclusives, mais des réserves explicites existent en faveur des

AB 2021 N 2667 / BO 2021 N 2667

cantons qui peuvent les exercer s'ils le souhaitent. C'est le cas pour la loi fédérale sur l'égalité entre hommes et femmes, qui n'est pas exhaustive. Cela signifie que les cantons, s'ils veulent un congé paternité ou parental cantonal supplémentaire, peuvent le faire, mais sans contrevenir au droit fédéral. Ils doivent en conséquence le financer de manière autonome.

Ce financement peut se faire de différentes manières. L'Office fédéral de la justice avait fourni un rapport en 2004 déjà dans lequel il expliquait que le financement pouvait être de type fiscal, au travers du budget général du canton, ou que celui-ci pouvait prévoir le prélèvement de cotisations spécifiques auprès des assurés. Une certaine insécurité juridique demeure toutefois, car de telles dispositions cantonales sont sujettes à recours.

En revanche, les cantons ne peuvent pas prélever des suppléments sur les cotisations aux allocations pour perte de gain ou prévoir des prélèvements dans le fonds des allocations pour perte de gain, même des prélèvements proportionnels au nombre d'habitants ou de cotisants du canton concerné, car "ce fonds étant alimenté par les assurés de toute la Suisse, il doit rester à la disposition de l'ensemble de la population".

Si des prélèvements supplémentaires sur les allocations pour perte de gain ont été rendus possibles pour le congé maternité, cela n'a pas été souhaité pour le congé paternité. Il ne s'agit pas ici d'un oubli, et plusieurs propositions dans ce sens avaient été faites durant les travaux sur le congé paternité, mais elles ont toutes été rejetées afin d'élaborer un projet qui puisse réunir une majorité au sein du Parlement et de la population.

En conséquence, la majorité de la commission est d'avis qu'il n'est pas opportun de revenir maintenant sur les principes qui ont conduit à l'adoption du congé paternité par le peuple il y a de cela tout juste un an. Ce que le Parlement avait décidé en septembre 2019 reste actuel: introduire un congé paternité supportable pour toutes les entreprises et acceptable pour une majorité de la population. Ainsi, la majorité de la commission ne se prononce-t-elle pas sur l'opportunité ou non d'un congé parental ou de paternité plus long, mais sur la volonté de respecter un vote populaire encore très récent.

Il est à relever également que différents objets parlementaires sont encore pendants et notamment un postulat de la Commission de la sécurité sociale et de la santé public de notre conseil, qui a été adopté par le conseil, et qui charge le Conseil fédéral de réaliser une analyse coût-bénéfice des différents modèles de congé parental. Ce sujet reviendra donc à l'ordre du jour.

C'est pour ces raisons que votre commission vous invite à ne pas donner suite à cette initiative déposée par le canton du Jura, quand bien même une minorité y est favorable.

**Gutjahr Diana (V, TG)**, für die Kommission: Gestützt auf Artikel 160 Absatz 1 der Bundesverfassung und Artikel 84 Buchstabe o der Verfassung des Kantons Jura fordert die Ständesinitiative Jura das Parlament auf, gesetzgeberisch tätig zu werden. Man solle den Kantonen die Kompetenz einräumen, Bestimmungen zum Recht auf Eltern- und Vaterschaftsurlaub zu erlassen und ihnen so die Möglichkeit geben, einen solchen Urlaub einzuführen sowie die Dauer und die Modalitäten festzulegen.

Die Kommissionsmehrheit ist der Ansicht, dieser Initiative sei keine Folge zu geben. Weshalb? Seit dem 1. Januar 2021 haben alle erwerbstätigen Väter das Recht auf einen zweiwöchigen Vaterschaftsurlaub. Die Kommissionsmehrheit ist der Ansicht, dass es so kurz nach der Annahme des über die Erwerbersatzordnung finanzierten Vaterschaftsurlaubs in der Volksabstimmung nicht angebracht sei, bereits Änderungen an diesem System vorzunehmen.

Des Weiteren haben verschiedene Branchen über allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge bereits heute ein Instrument, um Elternzeit allgemeinverbindlich einzuführen. Arbeitgeber und Arbeitnehmer regeln seit Jahrzehnten unternehmens- und branchenspezifisch die Arbeitsbedingungen in ihren Unternehmen, in ihren Branchen oder in ihrem Wirtschaftssektor. Dort sollten diese Themen auch bleiben. Die erzielten Kompromisse sind massgeschneidert, pragmatisch und berücksichtigen bei Bedarf die individuellen Bedürfnisse der Vertragsparteien.

Zudem wäre das für Unternehmen auch äusserst kompliziert und administrativ sehr aufwendig. Das gilt insbesondere für all jene Betriebe, die solche Vorgaben in verschiedenen Kantonen zu erfüllen hätten. Auch das Betriebsklima würde massiv darunter leiden.


**AMTLICHES BULLETIN – BULLETIN OFFICIEL**

Nationalrat • Wintersession 2021 • Vierzehnte Sitzung • 16.12.21 • 08h00 • 20.320  
 Conseil national • Session d'hiver 2021 • Quatorzième séance • 16.12.21 • 08h00 • 20.320



Föderale Regelungen sind grundsätzlich zu unterstützen, jedoch nicht bei arbeitsrechtlichen Bestimmungen. Somit sind weitere gesetzliche Regelungen, die offensichtlich zu einem kantonalen Flickenteppich führen, abzulehnen. Die Mehrheit war zudem der Meinung, dass andere Aspekte der Familienpolitik vorrangig entwickelt werden sollten, die längerfristig Einfluss auf die Vereinbarkeit von Beruf und Familie haben werden, anstatt die Basis zu legen, um den Mutterschafts- oder auch den Vaterschaftsurlaub auszubauen.

Eine Kommissionsminderheit ist jedoch der Auffassung, dass die Kantone die Möglichkeit haben sollten, weitergehende Lösungen einzuführen, sofern es ihre politische, aber auch finanzielle Situation erlaubt; dies umso mehr, als beim Mutterschaftsurlaub bereits ein entsprechender Handlungsspielraum besteht. Da es den Kantonen heute freisteht, den Mutterschaftsurlaub grosszügiger zu gestalten, entstehe hiermit jetzt eine gewisse Ungleichbehandlung.

Abschliessend noch etwas zur Finanzierung: Diese ist im Erwerbsersatzgesetz für den Mutterschaftsurlaub und den Vaterschaftsurlaub geregelt. Beim Mutterschaftsurlaub regelt eine explizite Bestimmung, dass die Kantone auf drei Arten etwas Grosszügigeres beschliessen und dafür Beiträge erheben können. Beim Vaterschaftsurlaub gibt es diese Bestimmung bewusst nicht. Sie ging bei der Debatte um den Vaterschaftsurlaub nicht vergessen. Vielmehr wurden Anträge vom Parlament bewusst abgelehnt. Dies bedeutet, dass die Kantone, wenn sie einen zusätzlichen kantonalen Vaterschafts- oder Elternurlaub vorsehen würden, diesen autonom finanzieren müssten. Somit kann dieses Argument nicht ins Feld geführt werden.

Der Ständerat gab der Initiative in der Herbstsession 2021 mit 25 zu 13 Stimmen bei 1 Enthaltung keine Folge. Unsere Kommission hat die Standesinitiative mit 15 zu 10 Stimmen abgelehnt. Wir bitten Sie, der Mehrheit zu folgen und der Initiative keine Folge zu geben.

**Fivaz Fabien (G, NE):** La minorité que je défends vous propose de donner suite à l'initiative déposée par le canton du Jura. Son objectif est de permettre aux cantons qui le souhaitent d'aller au-delà des prescriptions fédérales pour le congé paternité ou de créer un congé parental. Les cantons devraient alors trouver le moyen de financer ce congé sans toucher au système des allocations pour perte de gain.

Cette possibilité existe pour le congé maternité. C'est le cas par exemple dans le canton de Genève qui l'utilise et qui a un congé de seize semaines. Pour le congé paternité adopté par le peuple il y a une année, la discussion a eu lieu ici même lors des débats sur le contre-projet. Une minorité proposait ainsi de modifier la loi sur les allocations pour perte de gain en ajoutant un alinéa qui précisait: "Les cantons peuvent prévoir l'octroi d'une allocation de paternité plus élevée ou de plus longue durée et prélever pour le financement de cette prestation des cotisations particulières."

Malheureusement, le Parlement a rejeté cette proposition. La question de savoir si les cantons, malgré le refus de cette proposition, ont la possibilité d'aller au-delà des règles fédérales, en particulier concernant la mise en place d'un congé parental, est ouverte et complexe. Les cantons n'ont pas de marge de manoeuvre lorsqu'il s'agit d'appliquer le droit du travail en droit privé. Il faut donc une autre raison, par exemple sociale ou économique, pour créer des règles en termes de relation entre les employés et les employeurs. Comme Neuchâtelois, je le sais bien, l'introduction d'un salaire minimum neuchâtelois est légal et peut être appliqué.

Une initiative a été déposée ces jours-ci dans le canton de Genève pour 24 semaines de congé parental. Celui-ci doit être financé par une hausse des cotisations paritaires

AB 2021 N 2668 / BO 2021 N 2668

employé/employeur. En cas d'acceptation par le peuple, cette question finira peut-être au Tribunal fédéral en cas de recours. Le Tribunal fédéral devra alors trancher pour savoir si le dispositif est légal en vertu du droit fédéral.

Je vous propose de ne pas aller aussi loin et de trancher cette question ici, au Parlement plutôt qu'au tribunal, en donnant suite à l'initiative jurassienne et en octroyant une marge de manoeuvre aux cantons. Chaque canton, ainsi, en fonction de sa situation politique, financière, pourra proposer ou non un congé paternité plus long que celui qui est proposé par le Confédération ou un congé parental. Il devra le financer lui-même, par exemple par une hausse des cotisations, parce qu'il ne pourra pas compter sur les allocations pour perte de gain.

Je vous remercie de soutenir ma proposition de minorité.

**Präsidentin (Kälin Irène, Präsidentin):** Die Kommission beantragt, der Standesinitiative keine Folge zu geben. Eine Minderheit Fivaz Fabien beantragt, der Standesinitiative Folge zu geben.



**AMTLICHES BULLETIN – BULLETIN OFFICIEL**

Nationalrat • Wintersession 2021 • Vierzehnte Sitzung • 16.12.21 • 08h00 • 20.320  
Conseil national • Session d'hiver 2021 • Quatorzième séance • 16.12.21 • 08h00 • 20.320

*Abstimmung – Vote*

(namentlich – nominatif; 20.320/24391)

Für Folgegeben ... 81 Stimmen

Dagegen ... 104 Stimmen

(0 Enthaltungen)



Aurélien Barakat  
22 Quai du Cheval-Blanc  
1227 Les Acacias  
[barakat.aurelien@gmail.com](mailto:barakat.aurelien@gmail.com)

Par courrier recommandé et par courriel  
à l'adresse [cha-daj-direction@etat.ge.ch](mailto:cha-daj-direction@etat.ge.ch)

République et canton de Genève  
Chancellerie d'Etat  
Case postale 3864  
1211 Genève 3

A l'att. de Madame la  
Chancelière Michèle Righetti

Genève, le 23 mars 2021

**Concerne :** Examen de la validité de l'initiative cantonale « Pour un congé parental maintenant » (IN 184)  
V/Réf. : MRI/  
Détermination sur les aspects juridiques soulevés par l'initiative

Mesdames et Messieurs de la Chancellerie d'Etat,  
Madame la Chancelière,

La présente fait suite à votre courrier du 4 mars dernier concernant le sujet visé en marge ainsi qu'à la prise de position de l'Office fédéral de la Justice (l'**OFJ**) du 15 mars 2022.

Vous trouverez ci-après notre prise de position sur les différents éléments soulevés dans votre courrier ainsi que, dans une moindre mesure, ceux soulevés par l'**OFJ**.

### **1. L'introduction d'un congé parental cantonal dans le cadre de rapports de travail régis par le droit fédéral**

Sur ce premier point, nous attirons votre attention sur le fait qu'un congé parental, au niveau cantonal, doit être clairement distingué sur deux aspects distincts : (i) la création du droit au congé et l'obligation de verser un salaire à l'employé et (ii) le financement d'un congé parental.

Ceci a été expressément et longuement détaillé dans le Rapport du Conseil fédéral du 30 octobre 2013 en réponse au postulat Fetz du 6 juin 2011 qui fait un état des lieux de différents modèles de congé paternité et parental (**Rapport Fetz**)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Rapport Fetz ((11.3492), p. 31. Une copie est annexée à la présente prise de position.

En vertu de l'art. 122 al. 1 Cst.<sup>2</sup>, la Confédération est compétente pour légiférer en matière de droit privé, ce qui inclut bien entendu les rapports de travail principalement couverts par le CO<sup>3</sup> et la LTr<sup>4</sup>.

Partant, la compétence exclusive dans ce domaine appartient à la Confédération, autrement dit au Parlement fédéral. Une exception à ce qui précède pourrait à notre avis résulter d'un intérêt public supérieur permettant aux cantons de légiférer en matière de droit du travail, à l'instar de ce qui vaut pour le salaire minimum récemment introduit à Genève<sup>5</sup>.

Comme vous pourrez le constater à la lecture du texte de notre initiative populaire, cette dernière n'institue aucune obligation affectant les rapports de droit du travail entre employés et employeurs mais ne vise que le second volet du congé parental tel qu'exposé auparavant, à savoir le financement du congé parental.

Par conséquent, notre initiative n'impacte pas la compétence fédérale s'agissant de régler les rapports de travail entre employés et employeurs. Nous n'avons, par conséquent, pas examiné plus en avant si d'éventuels principes fondamentaux comme l'égalité entre hommes et femmes (tel que soulevé par l'OFJ) permettent néanmoins aux cantons de légiférer sur l'obligation pouvant être faite aux employeurs d'octroyer un congé parental, dès lors que ceci ne concerne pas notre initiative.

Nous revenons ci-après sur la compétence cantonale en matière de financement du congé parental. Dès lors, ce point rejoint votre deuxième question.

## **2. La compétence cantonale en matière d'instauration d'un régime de financement d'un congé parental et sa mise en œuvre dans le cadre de l'initiative**

### **A. Le texte d'initiative et le principe du financement**

Le texte d'initiative – qui a vocation à s'inscrire dans la Constitution – ne prévoit pas les modalités exactes de la méthode de prélèvement, mais pose la règle suivante s'agissant du principe général et du mécanisme quant au financement : « *une assurance financée à part égale par les employeurs et employés de seize semaines au moins en cas de maternité et de huit semaines au moins pour l'autre parent* ».

Premièrement, il faut relever que le texte d'initiative prévoit l'instauration d'un système sous la forme d'une assurance sociale visant à permettre le prélèvement de cotisations auprès des employeurs et employeurs pour couvrir la survenance des coûts liés à une absence suite à un cas de parentalité, quand bien même l'ensemble des personnes visées ne bénéficieront pas forcément de cette assurance (selon le principe même de l'assurance sociale).

Au demeurant, il faut rappeler que cette formulation reprend la formulation actuelle de la Constitution genevoise<sup>6</sup> qui instaure simplement le principe d'une assurance mais ne règle pas la question de l'octroi obligatoire d'un congé.

---

<sup>2</sup> RS 101.

<sup>3</sup> RS 220.

<sup>4</sup> RS 822.11.

<sup>5</sup> Arrêt du Tribunal fédéral (2C\_774/2014) du 21 juillet 2017, consid. 7.1 ss.

<sup>6</sup> RS/GE A 2 00.

Deuxièmement, le texte de l'initiative prévoit que l'assurance sera financée à part égale, autrement dit de manière paritaire, entre employeurs et employés. Ceci permet d'inscrire dans la Constitution genevoise que l'assurance ne doit pas être financée uniquement par les employeurs ou employés du canton. De plus, le texte de l'initiative permet de clarifier que ce n'est pas non plus au canton d'assumer le financement de l'assurance.

#### B. La compétence cantonale d'instaurer un système de financement d'un congé parental

S'agissant de la compétence cantonale ou fédérale relative à l'introduction d'un système de financement pour l'octroi d'un congé parental, force est premièrement de constater que la Constitution fédérale ne traite pas expressément de ce point.

Le texte de la Constitution à l'art. 116 al. 3, dont l'élaboration remonte aux années 1950 à la suite de la motion populaire « Pour la Famille »<sup>7</sup>, est rédigé comme suit : *Elle [la Confédération] institue une assurance-maternité. Elle peut également soumettre à l'obligation de cotiser les personnes qui ne peuvent bénéficier des prestations d'assurance.*

Il est clair que s'agissant du financement d'une assurance maternité, la Confédération a fait usage de sa compétence non pas exclusive mais concurrente<sup>8</sup> en introduisant les art. 16b à 16h LAPG<sup>9</sup>. Dans la mesure où la Confédération a fait usage de sa compétence, les cantons devraient ainsi perdre la leur dans ce domaine. Néanmoins, le législateur fédéral a spécifiquement réservé le droit aux cantons de prélever des cotisations supplémentaires pour financer une allocation maternité plus élevée ou de plus longue durée, renonçant ainsi expressément à sa compétence exclusive et fixant seulement un seuil minimal de financement pour une durée minimale elle aussi.

S'agissant de l'instauration d'une assurance permettant de financer un congé, non pas maternité, mais parental, il n'est pas évident que le Constituant a légiféré sur la question de la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons. Le texte clair de la loi n'indique rien à ce sujet car il se limite aux cas de maternité.

Il y a lieu de relever que le Tribunal fédéral a par ailleurs explicitement laissé cette question ouverte dans son arrêt publié du 15 septembre 2014<sup>10</sup>. Il s'est néanmoins montré sceptique sur le fait que le législateur fédéral a véritablement souhaité régler au niveau fédéral la question du congé parental ou paternité, tant le Parlement fédéral s'est prononcé à de nombreuses reprises contre l'introduction d'un tel congé au niveau fédéral et sur le fait que ceci relevait *in fine* de sa compétence. Cet avis du Tribunal fédéral est par ailleurs confirmé par de récentes prises de position du Parlement fédéral dans le cadre de l'initiative jurassienne « *Les cantons doivent avoir la possibilité de légiférer sur le droit et la durée d'un congé parental ou d'un congé paternité* »<sup>11</sup> (qui concernait cependant plus la possibilité d'imposer un congé au niveau des

<sup>7</sup> Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 10 octobre 1944 relatif à la motion populaire « Pour la Famille » (*Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 10. Oktober 1944 über das Volksbegehren "Für die Familie"*, BBl 1944 I 865, 1022 f. Ziff. III/2).

<sup>8</sup> Avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 13 février 2004, in JAAC 2005 n°74 p. 865, ch. 1.1.2.

<sup>9</sup> RS 834.1.

<sup>10</sup> ATF 140 I 305, consid. 7.2.

<sup>11</sup> Initiative 20.320 déposée par le canton du Jura le 26.06.2020 qui a fait l'objet de deux rapports de la Commission de la science, de l'éducation et de la culture du Conseil national les 14 octobre 2021 et 24 juin 2021.

rapports du droit du travail plutôt que le financement de ce dernier mais démontre clairement le fait que le législateur fédéral ne souhaite pas légiférer sur ce domaine).

Dans le cadre du Rapport Fetz, le Conseil fédéral a reconnu qu'à la lecture de la Constitution fédérale, la Confédération n'était pas explicitement compétente pour instaurer une assurance afin de financer un congé paternité ou de parentalité<sup>12</sup>.

Il part ainsi du principe qu'il faut procéder à une interprétation large de la notion « *d'assurance maternité* » pour conclure que le Constituant a également implicitement donné la possibilité (mais non l'obligation) au législateur fédéral d'instaurer une assurance pour un congé paternité<sup>13</sup>.

Dans ce même rapport et se posant alors la question de la compétence des cantons à ce sujet, le Conseil fédéral a très clairement pris position sur le fait que les cantons restaient néanmoins libres d'instaurer un système de financement cantonal, notamment par le biais de prélèvement de cotisations paritaires, pour financer un congé parental : « *À priori, il n'y a pas d'obstacle constitutionnel au financement d'un congé de paternité ou d'un congé parental par le biais de cotisations paritaires instituées par une réglementation cantonale* ».

Cet avis du Conseil fédéral avait par ailleurs déjà été mentionné dans le cadre de sa réponse à l'interpellation de l'actuel Conseiller d'Etat Antonio Hodgers du 19 décembre 2007, anciennement conseiller national<sup>14</sup>.

La position du Conseil fédéral sur ce point doit, à notre sens, bien entendu être suivie sur la base des considérations juridiques suivantes.

Premièrement, force est de constater, à l'instar de ce qu'à sous-entendu le Tribunal fédéral, que la Constitution fédérale n'attribue pas de compétence exclusive à la Confédération en matière d'instauration d'une assurance paternité ou parental. Par application des art. 3 et 42 de la Constitution fédérale garantissant la séparation des compétences entre la Confédération et les cantons, ces derniers restent ainsi bien entendu également compétents dans un domaine qui n'a pas été attribué exclusivement à la Confédération.

Ceci explique également l'absence d'équivalent à l'art. 16h LAPG dans le cadre des dispositions qui traitent de l'assurance paternité (art. 16i à 16m LPAG), dès lors que la Confédération – faute de compétence exclusive en matière d'assurance pour paternité ou la parentalité – n'a pas eu besoin d'autoriser les cantons à mettre en place une assurance plus élevée ou plus longue, ces derniers étant déjà compétents en la matière.

Deuxièmement et subsidiairement, il faut constater que seule une interprétation particulièrement large de la notion « *d'assurance maternité* » au sens de l'art. 116 al. 3 de la Constitution fédérale permet de créer une compétence en faveur du législateur fédéral lui permettant d'instaurer une assurance visant à assurer le financement d'un congé paternité ou parental. Le Rapport Fetz évoque un lien de connexité aussi étroit entre la maternité et la paternité qu'entre la maternité et l'adoption<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Rapport Fetz, pp. 33-34.

<sup>13</sup> Rapport Fetz, pp. 33-34.

<sup>14</sup> Interpellation 07.3809 d'Antonio Hodgers du 19 décembre 2007 « Financer un congé-paternité. Possibilité pour les cantons » et avis du Conseil fédéral du 27 février 2008.

<sup>15</sup> Rapport Fetz, p. 33.

Dans ce contexte, l'art. 16h LAPG prévoit que « *En complément au chap. IIIa, les cantons peuvent prévoir l'octroi d'une allocation de maternité plus élevée ou de plus longue durée et l'instauration d'une allocation d'adoption et prélever, pour le financement de ces prestations, des cotisations particulières* ». Une interprétation cohérente du droit fédéral doit aboutir au constat suivant : le législateur fédéral – pour autant qu'il eût été exclusivement compétent – aurait également implicitement permis aux cantons de mettre en place une assurance paternité ou parentalité plus élevée ou d'une durée plus longue, dès lors que ces assurances sont en connexité étroite avec l'assurance maternité, ce qui justifie la compétence de base de la Confédération. On ne peut en effet pas donner deux interprétations différentes à la notion d'assurance maternité dans le cadre de l'analyse des articles 116 de la Constitution fédérale et 16h LAPG, dès lors qu'elles se rejoignent pleinement.

Sur la base de ce qui précède et à l'instar de l'avis du Conseil fédéral dans le Rapport Fetz, nous considérons qu'il ne fait aucun doute que le Canton de Genève est compétent pour instaurer une assurance visant à financer un congé parental et que, ce faisant, il respectera le droit fédéral inscrit tant dans la Constitution fédérale que la loi fédérale sur les allocations pour perte de gain.

Enfin, nous tenons à rappeler au Conseil d'Etat que selon la jurisprudence claire du Tribunal fédéral, une initiative populaire ne peut être invalidée que lorsqu'elle est explicitement contraire à la Constitution fédérale ou peut être interprétée comme telle<sup>16</sup>. En l'espèce, force de constater que face au silence du Constituant et l'absence de renvoi de compétence exclusive à la Confédération, l'instauration d'une assurance cantonale visant à financer des allocations en cas de parentalité ne peut en aucun cas être considérée comme manifestement contraire aux règles du droit fédéral ou de la Constitution fédérale.

### C. Les modalités de mise en œuvre du système de financement de l'assurance

Comme évoqué plus haut, l'initiative instaure le principe d'une assurance devant être financée de manière paritaire mais ne règle pas les modalités précises de la mise en œuvre de cette initiative. La mise en œuvre est ainsi du ressort du Grand Conseil, dès lors qu'on ne saurait utiliser la Constitution cantonale comme un instrument de mise en œuvre d'un projet législatif, lequel est du ressort du Grand Conseil.

Dans l'esprit des initiants, la manière la plus simple et directe de mettre en œuvre l'initiative s'agissant de l'instauration du système de financement serait d'apporter quelques modifications à la Loi instituant une assurance en cas de maternité et d'adoption afin d'y inclure l'octroi d'une assurance plus généralement en cas de parentalité au sens large (elle deviendrait ainsi la Loi instituant une assurance en cas de parentalité).

Très schématiquement, les initiants imaginent que les articles suivants seraient modifiés afin de faciliter la mise en œuvre de l'initiative sur la base du système déjà existant à Genève :

Article	Intitulé	Remarques
Ch. I	Dispositions générales	
1	Objet	Ajout de l'allocation en cas de parentalité (soit l'allocation paternité) ou d'accueil avec hébergement à caractère permanent

<sup>16</sup> Arrêt du Tribunal fédéral (8C\_789/2020) du 4 novembre 2021, consid. 2.2.

2	Droit applicable	Pas de modification particulière
3	Personnes assujetties et tenues de cotiser	Pas de modification particulière
4	Bénéficiaires	Pas de modification particulière
Ch. II	Allocation maternité	Devient allocation de parentalité
5	Conditions, durée du droit et montant maximal	<p>Ajout d'un al. 1 bis qui instaure le droit pour l'autre parent à une allocation de 56 jours</p> <p>Ajout d'un al. 2 bis qui prévoit que les bénéficiaires peuvent utiliser les allocations prévues par le droit cantonal dans un délai de 360 jours et peuvent être prises en demi-journées.</p> <p>Ajout d'un al. 2 ter, possibilité pour les parents bénéficiaires d'octroyer à l'autre parent au maximum 14 jours d'assurance en renonçant au même nombre de jour les concernant.</p>
6	Primauté (...)	Pas de modification particulière
Ch. III	Allocation d'adoption	Devient allocation en cas d'adoption ou d'accueil avec hébergement à caractère permanent
7	Conditions de l'allocation d'adoption	Complété pour inclure les situations d'accueil avec hébergement à caractère permanent. La loi inclut le principe que le congé s'applique au parent adoptant et son partenaire ou conjoint. De plus, en cas d'accueil ou d'adoption conjointe, l'un des parents doit être désigné comme celui bénéficiant « par analogie » du congé parental.
		Nouvel art. 7a ou 9a qui instaure les mêmes règles applicables à l'adoption pour les situations d'accueil (renvoi par analogie aux articles 7 à 9). Le Grand Conseil (ou sur délégation, le Conseil d'Etat) devra définir les conditions à remplir pour qu'un accueil avec hébergement à caractère permanent puisse être considéré comme suffisamment proche d'une adoption pour justifier l'octroi d'un congé parental.
8	Durée du droit et montant maximal	<p>Ajout des références à l'accueil.</p> <p>Ajout d'un al. 1 bis qui prévoit que le conjoint ou le partenaire enregistré (sous réserve d'une abrogation de ce statut suite aux dernières votations) du parent adoptant bénéficie d'une allocation durant 56 jours.</p> <p>Ajout d'un al. 2 bis qui prévoit les bénéficiaires peuvent utiliser les allocations prévues par le droit cantonal dans un délai de 360 jours et peuvent être prises en demi-journées.</p> <p>Ajout d'un al. 2 ter, possibilité pour les bénéficiaires d'octroyer à l'autre bénéficiaire au maximum 14 jours d'assurance en renonçant au même nombre de jour les concernant.</p>
9	Primauté	Pas de modification particulière
Ch. IV à VIII		Pas de modification particulière

Dans cette proposition, la précision de la cotisation paritaire ne s'appliquerait bien entendu qu'aux relations de travail entre employés et employeurs. Les (i) indépendants, (ii) personnes qui paient des cotisations AVS dans le canton de Genève en tant que salariées d'un employeur qui n'est pas tenu de cotiser à cette assurance ou enfin (iii) les employeurs tenus de verser des cotisations selon la LAVS<sup>17</sup> qui ont un établissement stable dans le canton de Genève seraient tenus de verser seulement la cotisation supplémentaire visant à financer l'assurance instituant un congé en cas de parentalité.

Finalement sur ce point, pour les initiants, le canton de Genève peut librement prélever des cotisations (paritaires lorsque cela est possible) sur la base des cotisations AVS, à l'instar de ce qu'il fait actuellement pour financer l'assurance maternité genevoise, contrairement à l'avis de l'OFJ qui méconnaît l'absence de compétence exclusive de la Confédération dans ce domaine et ne justifie pas sur quelle base un prélèvement complémentaire d'APG serait problématique alors qu'un prélèvement ordinaire ne le serait pas.

En revanche, le Grand Conseil resterait libre de procéder à une autre forme de prélèvement qu'il devrait mettre à la charge des employeurs et employés (lorsqu'il ne s'agit pas d'indépendants, groupe de personnes que le Grand Conseil pourrait décider d'exclure du cercle des bénéficiaires). Ce dernier pourrait ainsi fixer d'autres critères s'agissant du prélèvement de l'assurance, comme un montant fixe de prélèvement sur la base du salaire ou du produit de l'activité lucrative indépendante. Pour les initiants, le bénéfice de l'assurance devrait néanmoins se limiter aux assurés qui exercent une activité lucrative et afin de respecter le principe de la généralité comme présenté ci-après. Le bénéfice de l'assurance devrait, dans l'esprit des initiants, par ailleurs, être réservé aux personnes qui exercent une activité lucrative et cotisent à ce titre.

Une mise en œuvre dans le respect du droit fédéral pourra ainsi dans les tous cas être garantie, quand bien même les initiants partent du principe qu'une réforme de la LAMat<sup>18</sup> sera la plus simple et, de surplus, parfaitement compatible avec le droit fédéral.

S'agissant spécifiquement de la question de la comptabilité avec le principe de la généralité de l'impôt, force est de constater que cette situation existe déjà à Genève.

À titre préliminaire, rappelons la définition négative du principe tel que mentionné par le Tribunal fédéral dans son arrêt précité : « *En effet, en l'absence d'un lien suffisant entre les contribuables et le but de la contribution, le principe de la généralité de l'impôt interdit d'exiger de certains citoyens (les employeurs, notamment) qu'ils contribuent à la couverture de frais en faveur d'autres citoyens avec lesquels ils n'ont aucune relation particulière. Ce précepte exclut la création de privilèges, tous les assujettis devant, en principe, s'agissant de la couverture des dépenses générales, être soumis à la même réglementation* »<sup>19</sup>.

Le canton de Genève prélève déjà une cotisation cantonale supplémentaire auprès des personnes qui doivent payer des cotisations AVS en vue de financer une assurance maternité. Le fait que cette possibilité soit prévue à l'art. 16h LAPG n'influe pas sur sa conformité au principe de la généralité de l'impôt, qui n'a jamais été remis en question à ce jour. Ceci se comprend puisque l'arrivée d'un enfant impacte les deux parents dans le cadre de leur rapport avec leurs em-

<sup>17</sup> RS 831.10.

<sup>18</sup> RS/GE J 5 07.

<sup>19</sup> Arrêt du Tribunal fédéral (2P.329/2001) du 4 juillet 2003, consid. 4.3.

ployeurs de manière relativement évidente (respectivement la capacité des indépendants d'exercer leur activité lucrative à la suite de la naissance d'un enfant). Or, les cotisants et leurs employeurs sont indiscutablement liés par des liens étroits, contrairement à ce qui était le cas pour certains bénéficiaires spécifiques de l'allocation familiale dans l'arrêt du Tribunal fédéral précité<sup>20</sup>.

S'agissant de l'instauration d'un congé parental en lien avec le principe de généralité, le Conseil fédéral a explicitement renvoyé le législateur genevois à la jurisprudence du Tribunal fédéral exposée ci-dessus : « 2. *Le financement d'une assurance-paternité par le biais de prélèvement de cotisations paritaires selon une réglementation cantonale n'est pas exclu. Le Tribunal fédéral s'est déjà penché sur la question du financement des allocations familiales du canton de Genève (arrêt du 4 juillet 2003 2P.329/2001). Il avait notamment jugé que le financement des allocations familiales cantonales pouvait être mis à la charge des employeurs, indépendants et salariés d'un employeur exempté de l'AVS, à condition que le principe de la généralité de l'impôt soit respecté, ce qui suppose l'existence d'une relation professionnelle entre le cercle de bénéficiaires et les contribuables. Ces principes peuvent également guider le choix du financement d'une allocation-paternité* »<sup>21</sup>.

Ce faisant, il a précisé à juste titre que l'instauration d'une cotisation visant l'accueil d'un enfant pour des parents dans une relation de travail devrait respecter le principe de la généralité de l'impôt, pour autant que les bénéficiaires soient des personnes qui exercent une activité lucrative. Dans l'esprit des initiants, seuls les parents (au sens large) qui exercent une activité lucrative devraient ainsi pouvoir bénéficier des allocations.

Par conséquent, le principe de généralité de l'impôt sera respecté en cas d'instauration de prélèvements employeurs et employés, notamment sur une base AVS, à l'instar de ce qui vaut déjà pour l'assurance maternité cantonale actuellement en vigueur dans le canton de Genève.

### 3. L'accueil avec hébergement à caractère permanent

Les initiants ont constaté qu'avec l'évolution de la société les cas d'adoption se font de plus en plus rares, alors que le nombre d'enfants qui ont besoin de famille d'accueil dans lesquels ils seront amenés à rester de nombreuses années, parfois jusqu'à l'âge adulte, est de plus en plus important. Dans ce domaine, le nombre d'enfants en attente de placement est considérable et si l'instauration d'une assurance visant à financer un congé parental pour les parents accueillants ne réglerait pas ce problème, elle permettrait néanmoins de favoriser l'initiative de parents accueillants.

Pour les initiants, l'accueil d'un enfant incluant son hébergement est assimilable à un cas de parentalité à l'instar d'un cas d'adoption en ce qu'il doit permettre aux parents accueillants de faire connaissance avec l'enfant et de tisser des premiers liens importants avec ce dernier. La situation est tout à fait assimilable à celle du besoin de parents adoptants, lesquels peuvent bénéficier d'une assurance d'adoption à Genève. Les initiants veulent ainsi étendre le régime actuel applicable aux seules adoptions.

<sup>20</sup> Arrêt du Tribunal fédéral (2P.329/2001) du 4 juillet 2003, consid. 5.2.

<sup>21</sup> Interpellation 07.3809 d'Antonio Hodgers du 19 décembre 2007 « Financer un congé-paternité. Possibilité pour les cantons » et avis du Conseil fédéral du 27 février 2008.

En revanche, il est évident l'accueil d'un enfant durant une période de quelques mois ne peut être assimilé à un cas d'adoption et ne peut, partant, pas donner droit à bénéficier d'une assurance visant à financer les absences au travail liées à une situation de parentalité.

Par accueil avec hébergement à caractère permanent, les initiants visent les situations d'accueil de longue durée durant lesquelles l'enfant séjourne la majorité de son temps chez ses parents d'accueil. Le canton de Genève a par ailleurs mis en place un tel congé pour ses employés dans le cadre du Règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux<sup>22</sup>. Il fixe comme critère à l'art. 34C, l'accueil d'un enfant de moins de 8 ans, pour autant que ce dernier ne s'absente pas plus de 10 jours par mois.

Dans l'esprit des initiants, il revient au Grand Conseil de fixer les critères permettant de considérer qu'une situation d'accueil avec hébergement est suffisamment analogue à une situation d'adoption pour justifier l'octroi des allocations de l'assurance parentalité aux parents accueillant cet enfant. Les critères devraient s'inspirer de ceux applicables dans la LAMat s'agissant de l'adoption, soit être limitée aux enfants jusqu'à 8 ans et nécessiter la cessation du travail durant la période d'allocation. De plus, il incombera au Grand Conseil – après consultation des milieux spécialisés comme le Service de protection des mineurs – de fixer des seuils pour arrêter le critère de la durée et l'intensité suffisante de l'accueil pour que ce dernier puisse être qualifié de permanent (i.e. assimilable à un cas d'adoption et justifiant ainsi le besoin d'allocation suite à la cessation d'activité pour accueillir l'enfant).

S'agissant enfin de l'Ordonnance fédérale sur le placement d'enfants<sup>23</sup> et des prescriptions cantonales spécifiques, nous rappelons simplement que l'assurance instaurée dans le cadre de l'initiative déposée ne vient pas se substituer aux règles fédérales et cantonales en la matière. Elle vise une problématique différente, à savoir la survenance d'un cas de parentalité et la problématique de la cessation d'activité, et ainsi l'obtention d'un revenu, dans le cadre de l'accueil d'un nouvel enfant (que ce soit par naissance naturelle ou dans certains cas d'adoption ou d'accueil). Dans ce contexte, elle permet aux parents (biologiques, adoptants ou accueillants) de bénéficier d'allocation durant la période d'accueil de l'enfant. L'assurance visée dans l'initiative vise ainsi un but différent du cadre légal mis en place par le Conseil fédéral dans son ordonnance, lequel règle les conditions générales d'accueil d'un enfant et les prestations dont peuvent bénéficier les parents accueillants à ce titre (lesquelles varient en fonction de la nature de l'accueil).

#### **4. La mise en œuvre du renvoi de l'art. 205 al. 3 à l'art. 205 al. 4 du projet d'initiative par l'expression « par analogie »**

Nous nous permettons ici premièrement de renvoyer à notre tableau page 6 concernant un projet de mise en œuvre envisagée par une modification de la LAMat s'agissant de la coordination entre les deux alinéas.

Comme le prévoit le texte de l'initiative, les parents adoptants (respectivement accueillants) pourront dans certains cas également bénéficier de l'assurance visant à financer le congé parental : « <sup>4</sup> *L'alinéa précédent s'applique par analogie en cas d'adoption ou d'accueil avec hébergement à caractère permanent. Le conjoint ou partenaire enregistré du parent adoptant ou accueillant bénéficie alors de l'assurance de l'autre parent.* »

<sup>22</sup> RS/GE B 5 05.01.

<sup>23</sup> RS 211.222.338.

Comme actuellement prévu par la LAMat, l'un des parents adoptants ou accueillants bénéficie de l'assurance visant à financer le congé maternité, respectivement d'adoption (étant précisé qu'il ne s'agit bien entendu pas d'un cas de maternité). Dans le cadre de l'initiative, les deux parents doivent, en revanche, pouvoir bénéficier de l'assurance qui finance un cas parental.

L'un des parents sera considéré comme le parent adoptant ou accueillant et bénéficiera à ce titre de la durée de l'allocation octroyée en cas d'assurance maternité, soit seize semaines (à l'instar de ce qui vaut actuellement en matière d'adoption, cf. l'art. 7 al. 2 LAMat, selon lequel seul l'un des parents en cas d'adoption conjointe peut bénéficier du congé). Ce choix devra pouvoir être exercé d'entente entre les parents adoptants ou accueillants, a priori en faveur du parent se portant principalement responsable d'accueillir l'enfant. C'est en ce sens que le renvoi par analogie au cas de maternité doit être compris dans le cadre du texte l'initiative à l'art. 205 al. 4.

L'autre parent, pour autant qu'il s'agisse du conjoint ou du partenaire enregistré, doit pouvoir bénéficier de l'assurance prévue pour le cas ordinaire dit de « paternité », soit huit semaines. Il faut ici préciser que l'autre parent ne doit pas nécessairement être le parent biologique de l'enfant, mais avoir un lien d'union avec le parent bénéficiant de la partie « maternité » de l'assurance parentale prévue à l'al. 3, ce qui explique le vocabulaire « d'autre parent » utilisé dans le texte de l'initiative plutôt que « en cas de paternité ».

Afin de faciliter la compréhension des cas étant visés par l'initiative, les initiants ont préparé un bref tableau récapitulatif permettant peut-être de mieux discerner les cas dans lesquels l'application par analogie devrait être justifiée :

Situation familiale	Situation actuelle	Initiative pour un congé parental*
Couples mariés	- Mère : 16 semaines - Père : 2 semaines	- Mère : 16 semaines - Père : 8 semaines
Couples en concubinage	- Mère : 16 semaines - Père : 2 semaines	- Mère : 16 semaines - Père : 8 semaines
Couples pacésés (femmes)	- Mère biologique : 16 semaines - Autre parente : 0	- Mère biologique : 16 semaines - Autre parente : 8 semaines
Couples pacésés (hommes)	- Père adoptif : 16 semaines - Autre parent : 0 semaine	- Père adoptif : 16 semaines - Autre parent : 8 semaines
Parents adoptifs	- Mère / père : 16 semaines - Mère / père : 0 semaine	- Mère / père : 16 semaines - Mère / père : 8 semaines

Situation familiale	Situation actuelle	Initiative pour un congé parental*
Famille d'accueil	- Parent·e : 0 semaine - Autre parent·e : 0 semaine	- Parent·e : 16 semaines - Autre parent·e : 8 semaines

\* \* \*

Nous nous tenons bien évidemment à votre entière disposition pour toute question ou complément d'information dont vous pourriez avoir besoin.

En vous remerciant par avance de la suite que vous donnerez à la présente, nous vous prions de croire, Mesdames et Messieurs de la Chancellerie d'Etat, Madame la Chancelière, en l'assurance de notre respectueuse considération.



Aurélien Barakat, co-initiant

Annexe : ment.