Secrétariat du Grand Conseil

PL 8204-A
PL 8206-A
PL 8293-A
M 1325-A

Date de dépôt: 27 novembre 2000
Messagerie

Rapport

de la Commission des affaires sociales chargée d'étudier :

a) PL 8204-A **Projet de loi de Mmes et MM. Esther Alder, Charles Beer, Marie-Paule Blanchard-Queloz, Loly Bolay, Anne Briol, Christian Brunier, Fabienne Bugnon, Alain Charbonnier, Bernard Clerc, Jacqueline Cogne, Pierre-Alain Cristin, Anita Cuénod, Alain Etienne, Jeannine de Haller, Erica Deuber Ziegler, René Ecuyer, Laurence Fehlmann Rielle, Christian Ferrazino, Magdalena Filipowski, Luc Gilly, Gilles Godinat, Mireille Gossauer-Zurcher, Christian Grobet, Marianne Grobet-Wellner, Cécile Guendouz, Dominique Hausser, David Hiler, Pierre Meyll, Louiza Mottaz, Danielle Oppliger, Rémy Pagani, Jean-Pierre Restellini, Albert Rodrik, Christine Sayegh, Françoise Schenk-Gottret, Myriam Sormanni-Lonfat, Jean Spielmann, Pierre Vanek, Alberto Velasco et Salika Wenger sur l'assurance-maternité**

b) PL 8206-A **Projet de loi de Mmes et MM. Nelly Guichard, Jean-Marc Odier, Michel Halpérin, Janine Hagmann, Janine Berberat, Micheline Spoerri, Jean Rémy Roulet, Roger Beer, Bernard Lescaze, Bénédict Fontanet, Michel Parrat, Luc Barthassat, Philippe Glatz, Pierre Marti, Pierre-Louis Portier, Claude Blanc, Hubert Dethurens, Henri Duvillard, Catherine Passaplan, Stéphanie Ruegsegger, Louis Serex, Pierre-Pascal Visseur et Marie-**

Françoise de Tassigny pour une assurance-maternité à Genève

c) PL 8293-A **Projet de loi du Conseil d'Etat sur l'assurance-maternité (J 5 07)**

d) M 1325-A **Proposition de motion de Mmes et MM. Nelly Guichard, Claude Blanc, Philippe Glatz, Stéphanie Ruegsegger, Hubert Dethurens, Catherine Passaplan, Bénédict Fontanet, Pierre-Louis Portier, Michel Parrat, Pierre Marti, Henry Duvillard et Luc Barthassat pour une assurance-maternité à Genève**

Rapporteure : Mme Fabienne Bugnon

Mesdames et
Messieurs les députés,

Sous la présidence de notre collègue Pierre Marti, la Commission des affaires sociales s'est réunie à 11 reprises, soit les 30 mai, 6, 13 et 20 juin, 5, 12 et 19 septembre, 3, 10, 24 et 31 octobre 2000 pour traiter les projets de lois 8204, 8206, 8293 et la motion 1325.

M. le conseiller d'Etat Guy Olivier Segond a assisté activement à toutes les séances.

La commission a également bénéficié du soutien juridique de Mme Michèle Righetti, conseillère juridique du DASS, ainsi que de l'appui régulier de MM. Michel Gönczy, directeur de l'Action sociale, et Paul-Olivier Vallotton, directeur de cabinet.

Mme Pauline Schaefer a assuré avec la précision et la rigueur qu'on lui connaît la très bonne tenue des procès-verbaux.

Préambule

La Constitution suisse, dans son art. 34 quinquies, alinéa 4, dit ceci : « La Confédération instituera, par la voie législative, l'assurance-maternité. Elle pourra déclarer l'affiliation obligatoire en général ou pour certains groupes de la population et astreindre à verser des contributions même des personnes

non qualifiées pour bénéficier des prestations de l'assurance. Elle peut faire dépendre ses prestations financières d'une participation équitable des cantons. »

Cette disposition date de 1945 !

La Constitution fédérale révisée du 18 avril 1999 comprend une disposition plus claire et contraignante à l'art. 116, alinéas 3 et 4.

Art. 116 Cst. Als. 3 et 4

al. 3 Elle institue une assurance-maternité. Elle peut également soumettre à l'obligation de cotiser les personnes qui ne peuvent bénéficier des prestations d'assurance.

al. 4. Elle peut déclarer l'affiliation à une caisse de compensation familiale et l'assurance-maternité obligatoires de manière générale ou pour certaines catégories de personnes et faire dépendre ses prestations d'une juste contribution des cantons.

Manifestement, la volonté d'instituer une assurance-maternité ne date pas d'aujourd'hui.

Cette volonté aurait dû trouver sa concrétisation dans les faits par la mise en vigueur de la LaMat fédérale approuvée le 18 décembre 1998 par le Conseil national (116 pour, 58 contre et 9 abstentions) et le Conseil des Etats par 25 voix contre 10.

Malheureusement attaquée par référendum par « le Comité suisse contre l'étatisation de la maternité », la LaMat devait échouer devant le peuple suisse ce sinistre dimanche 13 juin 1999.

Cette situation est d'autant plus regrettable que la Suisse s'est engagée à accorder une protection spéciale aux mères avant et après la naissance de l'enfant en ratifiant le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, en vigueur pour notre pays depuis le 18 septembre 1992.

Une lueur d'espoir devait toutefois rassurer les genevoises puisque les citoyennes et citoyens de notre canton se prononçaient à 74,3% en faveur de l'assurance-maternité lors de la votation fédérale du 13 juin 1999.

Fort de ce constat et malgré l'immense déception provoquée par le vote négatif, un groupe de travail, constitué par des femmes militantes, syndicalistes, juristes et représentantes des milieux politiques, donna naissance au « Comité genevois pour une véritable assurance-maternité ».

L'échec cuisant en votation populaire ne permettant pas d'espérer la création d'une assurance-maternité fédérale dans les années à venir et

l'accueil favorable réservé par la population genevoise lors des votations fédérales amenaient tout naturellement la réflexion à se porter sur la création d'une assurance-maternité cantonale. D'autant que dans sa réponse à une interpellation de la conseillère nationale Maria-Roth Bernasconi, le Conseil fédéral répondait positivement à la question de savoir si les cantons avaient une compétence dans ce domaine.

Il aura fallu 9 mois (!) pour rédiger et déposer devant le Grand Conseil un projet de loi visant à instituer une assurance-maternité cantonale. Le bel élan de solidarité de l'après 13 juin 1999 ne se retrouva pourtant pas, puisqu'en cours de rédaction, les représentantes politiques de l'Entente quittaient le navire pour déposer un projet de loi similaire, mais moins généreux, s'inspirant plutôt des propositions contenues dans la LaMat fédérale, alors que l'Alternative déposait un projet plus conforme à ce qui se pratique dans les différentes conventions collectives en vigueur dans notre canton.

De son côté, le Parti démocrate-chrétien avait déposé un mois plus tôt une motion demandant au Conseil d'Etat d'étudier la faisabilité d'une assurance-maternité cantonale.

C'est lors de ses séances de mai 2000 que le Grand Conseil, après un débat animé, décida d'envoyer pour étude l'ensemble des projets à la Commission des affaires sociales.

Travaux de la commission

Dans un premier temps, la commission devait décider de travailler sur la base du projet de loi 8204 déposé par l'Alternative, le projet de l'Entente 8206 reprenant dans l'ensemble la même systématique, il serait étudié à titre d'amendement.

L'essentiel du travail de la commission résidait dans l'application juridique de l'assurance-maternité cantonale.

Les différences entre les deux projets relevant principalement de la durée du congé maternité, du financement et de la gestion de cette nouvelle assurance, il s'agissait bien évidemment de décisions purement politiques.

L'institution d'une assurance-maternité cantonale n'était en effet contestée par personne, comme le vote unanime du Grand Conseil en préconsultation l'avait confirmé.

Il apparut donc immédiatement comme indispensable de solliciter un avis de droit.

Après avoir évoqué le professeur Greber, spécialiste de droit social – mais extrêmement occupé -, le choix de la commission s'est porté sur le professeur Jean-Louis Duc, spécialiste des assurances sociales et enseignant à l'Université de Fribourg. Celui-ci a aimablement accepté de rédiger un avis de droit d'ici au 30 juin 2000. Ce qui devait permettre aux commissaires de débuter sérieusement les travaux à la rentrée parlementaire.

Afin, toutefois, de ne pas perdre de temps, chacun s'accordant pour désirer que les travaux soient accomplis dans un délai relativement court, mais au plus tard pour la fin de l'année 2000 afin que la loi puisse entrer en vigueur en juillet 2001 déjà, la commission décida de procéder à certaines auditions.

C'est ainsi que lors de sa séance du 6 juin 2000, la commission procéda à l'audition de la Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) et du Comité genevois pour une véritable assurance-maternité.

Lors de celle du 13 juin, elle entendit la conférence des Caisses d'allocations familiales genevoises (CCAFG) et l'Union des associations patronales genevoises (UAPG), ainsi que l'Association des juristes progressistes.

Le 20 juin enfin, la commission procéda à l'audition des représentants du Conseil économique et social.

Auditions

La plupart des auditions seront brièvement relatées, puisqu'elles ont fait l'objet d'un document écrit que vous trouverez annexé à ce rapport.

Audition de la CGAS (Annexe 1)

Mmes Valérie Buchs et Sylvie Cristina Reichlin, membres du comité, MM. Claude Reymond (secrétaire) et Georges Tissot (vice-président).

D'emblée les représentants de la CGAS affirment leur soutien au projet de loi 8204 dont la systématique leur paraît plus cohérente. Ils remettent à la commission une note de synthèse de leur position à laquelle est annexée une information de l'Office cantonal de l'inspection et des relations du travail (OCIRT) relative à la couverture en matière d'assurance-maternité

Le contenu de l'audition étant un reflet fidèle du document qui se trouve à l'annexe 1, la rapporteure vous prie de vous y référer.

Audition du Comité pour une véritable assurance-maternité.

Mmes Maria Casares, Christine Hislaire et Erika Sutter-Pleines, membres.

Le comité a été créé en mai 1993 aux fins de promouvoir une assurance-maternité au niveau fédéral.

Le comité genevois est intervenu dans les différentes procédures de consultation. A la suite de l'échec de la LaMat, le comité s'est immédiatement mis à plancher sur un projet cantonal, s'appuyant en particulier sur la réponse du Conseil fédéral à l'interpellation de Mme Roth-Bernasconi (voir annexe 11).

La substance des travaux du comité étant entièrement reprise par le projet de loi 8204 déposé par les représentants de l'Alternative, les membres du Comité genevois pour une véritable assurance-maternité ont réaffirmé leur soutien plein et total audit projet et leur refus d'entrer en matière sur le projet 8206, considéré par elles comme un « retour en arrière ».

Elles ont insisté sur l'importance d'instaurer un congé de seize semaines et de prévoir un délai de carence de 3 mois afin de ne pas prétériter les femmes en premier emploi ou les immigrées travaillant à Genève depuis une courte durée.

S'agissant du financement, les membres du comité genevois s'alignent sur la position de la CGAS, à savoir un taux de cotisation unique géré par les caisses de compensation AVS.

Audition conjointe de la CCAFG et de l'UAPG (annexes 2 et 3).

MM. Abbé-Decarroux, Barde, Biderpost, Matthey et Marti.

Les deux associations ont été entendues ensemble, à leur demande, leur point de vue étant similaire.

Le contenu de cette audition se trouve dans les documents de synthèse remis aux commissaires lors de la séance (annexes 2 et 3).

En substance, les intervenants sont plus favorables au projet de loi 8206 déposé par l'Entente ; ils sont notamment défavorables au fait que l'assurance-maternité soit gérée par les caisses de compensation AVS, estimant que cela créerait un surplus de travail malvenu pour ces caisses, alors que les caisses d'allocations familiales seraient plus efficaces s'agissant d'une assurance cantonale.

Ils insistent également sur l'importance de prévoir une assurance cantonale compatible avec une assurance-maternité fédérale qui pourrait malgré tout voir le jour dans les prochaines années.

Audition de l'Association des juristes progressistes.

Mmes Mascotto et Van Howe

L'Association des juristes progressistes ayant été interpellée par le Comité genevois pour une véritable assurance-maternité, elle s'est très largement associée aux travaux dont le projet de loi 8204 déposé par l'Alternative est l'aboutissement.

Satisfaites par le dépôt des deux projets de lois qui confirment l'intérêt manifesté par le Parlement cantonal pour l'institution d'une véritable assurance-maternité, les deux avocates se sont plus particulièrement attachées à relever les différences entre les deux projets.

A la demande de la rapporteure et par souci d'équité avec les autres personnes auditionnées, les juristes progressistes ont déposé un document de synthèse (annexe 4) auquel je vous prie de vous référer.

Audition du Conseil économique et social.

Mmes Battaglini, collaboratrice scientifique, et Von Arx Vernon, présidente de la Commission Famille et organisation des temps.

Mme Von Arx Vernon n'a fait que saluer la commission, l'audition coïncidant avec la tenue d'une séance de commission du Conseil municipal qu'elle devait présider.

Mme Battaglini s'appuie, pour son audition, sur le contenu du rapport N° 13 du CES intitulé « Famille et organisation des temps ». Ce rapport a été remis aux commissaires lors d'une précédente séance. S'agissant d'un document assez volumineux, il ne peut être joint au présent rapport, mais peut-être obtenu auprès du secrétariat du Conseil économique et social.

Mme Battaglini remet néanmoins aux membres de la commission une note intitulée « Assurance-maternité, organisation des temps et égalité entre hommes et femmes » contenant quelques éléments du rapport susmentionné (annexe 5).

L'assurance-maternité n'est qu'un élément de la réflexion approfondie du CES sur l'organisation de la famille; la recherche de l'égalité parentale - notamment par l'obtention d'un congé parental - étant l'un des éléments importants n'ayant encore trouvé aucune concrétisation dans les faits dans notre pays.

S’agissant des deux projets sur l’assurance-maternité, Mme Battaglini rappelle qu’il n’est pas dans le cahier des charges du CES de se prononcer sur des projets de lois du Grand Conseil. Il peut en revanche se prononcer sur des problématiques qui lui seraient confiées par le CE, ce qui n’est pas le cas pour l’assurance-maternité.

Vote d'entrée en matière

A l'issue de ces diverses auditions, de nombreuses questions ayant été soulevées, notamment au sujet de la primauté du droit fédéral, du mode de financement et de la gestion de l'assurance-maternité, la commission décide de procéder à un tour de table des positions des différents groupes politiques ainsi qu'au vote d'entrée en matière sur les deux projets.

Les représentants des différents partis ayant rappelé leurs divergences, maintenues intégralement à l'issue des auditions, ceux-ci se sont déclarés positifs au vote d'entrée en matière sur les deux projets afin que le travail de commission puisse se dérouler de la manière la plus constructive possible.

Ainsi le vote d'entrée en matière sur le projet de loi 8204 a été accepté à l'unanimité : (3 AdG, 2 DC, 2 R, 2 S, 3 L, 2 Ve).

De la même manière, l'entrée en matière sur le projet de loi 8206 a également été accepté à l'unanimité : (3 AdG, 2 DC, 2 R, 2 S, 3 L, 2 Ve).

Les travaux ont été ensuite suspendus durant les vacances estivales et dans l'attente de l'avis de droit demandé au professeur Duc.

Rentrée parlementaire

Quelle ne fut pas la surprise des députés de ne pas recevoir l'avis de droit demandé au cours de l'été, mais de le trouver à la rentrée parlementaire, sous la forme d'un exposé des motifs d'un projet de loi du Conseil d'Etat visant à créer une assurance-maternité cantonale !

Les membres de la commission apprécièrent assez peu cette appropriation du Conseil d'Etat et le firent savoir haut et fort, notamment par le biais d'un courrier à l'attention du président du Grand Conseil et des autres députés.

Le Conseil d'Etat, et en particulier le président du DASS, peu ému par la réaction des commissaires, appuya encore le dépôt de ce projet par une conférence de presse à laquelle il oublia de convier ne serait-ce que le président de la Commission des affaires sociales.

Cette affaire plongea la commission dans un certain malaise et du coup il fut plutôt question de paternité du projet que d'assurance-maternité.

Fort heureusement, tant le conseiller d'Etat que les députés souhaitant que les travaux puissent être poursuivis rapidement et sereinement, la commission décida que ce nouveau projet, comme celui de l'Entente, serait étudié comme amendement au projet de loi 8204.

Très vite pourtant, il fallut admettre que cette procédure était lourde et compliquée, car si la philosophie des projets était la même, la disposition des articles était fondamentalement différente.

Il fallait reconnaître que la systématique adoptée par le projet du Conseil d'Etat était plus adéquate et que l'avis de droit du professeur Duc transformé en exposé des motifs permettait de répondre à plusieurs questions soulevées lors de la première lecture.

La philosophie générale du projet de loi du Conseil d'Etat se rapproche beaucoup du projet déposé par l'Alternative, tant en ce qui concerne la durée du congé (16 semaines) que le financement de l'assurance-maternité (Caisses AVS). Voir note explicative de M. Segond (annexe 6).

La commission décida donc de procéder à la 2e lecture de la loi sur la base du projet du Conseil d'Etat en mettant en lumière les différences importantes entre les trois projets.

Différences <u>majeures</u> entre les trois projets

Les différences notables peuvent être résumées ainsi :

L'objet de la loi ainsi que les personnes bénéficiaires et celles tenues de cotiser sont ***communes aux trois projets de loi.***

Durée du congé maternité : ***identique pour les projets de lois 8204 et 8293, soit 16 semaines.***

14 semaines pour le projet de loi 8206.

Congé d'adoption : ***âge limite de l'enfant au moment de l'adoption, identique pour les projets de lois 8204 et 8293, soit moins de 8 ans révolus.***

Moins de 5 ans pour le projet de loi 8206.

Prestations en cas d'adoption, 16 semaines pour l'un ou l'autre des parents pour le projet de loi 8293, ramenées à 8 semaines pour le projet de loi 8204.

7 semaines pour le projet de loi 8206 et réservées uniquement à la mère.

Calcul de l'allocation de maternité ou d'adoption : ***identique dans les trois projets de lois, soit 80 % du gain assuré.***

Délai de carence : ***les personnes bénéficiaires de l'assurance-maternité doivent avoir été assujetties à l'assurance au titre de salariées depuis un an au moins pour les projets de lois 8206 et 8293.***

Délai ramené à trois mois au moins pour le projet de loi 8204.

Financement : ***les projets de lois 8204 et 8293 se réfèrent intégralement au système retenu par l'AVS.***

Le projet de loi 8293 fait référence au taux fixé par les AF.

Organisation : ***pour les projets de lois 8204 et 8293, l'assurance-maternité est gérée par les organes institués par la LAVS.***

Pour le projet de loi 8206, par les caisses cantonales d'allocations familiales.

Paiement des prestations : ***identique pour les projets de lois 8204 et 8293, non prévu dans le projet de loi 8206 (réservé par la loi d'application).***

Procédures, voies de droit et dispositions pénales : ***application de la législation sur l'AVS pour les projets de lois 8204 et 8293.***

Application de la législation sur la LAF pour le projet de loi 8206.

Frais initiaux : ***à la charge du canton pour les trois projets de lois.***

Prêt de 20 millions de l'Etat pour assurer le démarrage de l'assurance-maternité pour le projet de loi 8293.

Pour rappel :

Le projet de loi 8204 a été déposé par les Socialistes, l'Alliance de gauche et les Verts (l'Alternative).

Le projet de loi 8206 par les Radicaux, les Démocrates-chrétiens et les Libéraux (l'Entente.)

Le projet de loi 8293 par le Conseil d'Etat.

Deuxième consultation des personnes auditionnées.

Afin d'être totalement transparente, notamment à l'égard des différentes personnes auditionnées au sujet des projets de lois 8304 et 8306, la commission a chargé les services du DASS de bien vouloir procéder à une consultation auprès des milieux intéressés au sujet du projet de loi déposé par le Conseil d'Etat (PL 8293).

Malgré le délai relativement court, l'ensemble des personnes consultées ont répondu, les réponses sont annexées au présent rapport, à savoir :

– Fédération des syndicats patronaux - secrétariat général (annexe 7) ;
– la Communauté genevoise d'action syndicale CGAS (annexe 8) ;
– Union des associations patronales genevoises - UAPG (annexe 9) ;
– la Conférences des caisses d'allocations familiales genevoises (annexe 10) ;
– le Comité genevois pour une véritable assurance-maternité (annexe 11).

Comme on peut le constater à la lecture de ces documents, les positions des différentes associations restent concordantes avec le contenu des auditions précédentes. Le projet du Conseil d'Etat reprenant pour l'essentiel les propositions du projet de l'Alternative, le Comité genevois pour une véritable assurance-maternité ainsi que la CGAS, s'y ralliaient moyennant quelques amendements. Ils relevaient toutefois que le délai de carence d'un an tel que prévu par le projet de loi 8293, était totalement inacceptable et instaurait une discrimination malvenue à l'égard de certains groupes de femmes (premier emploi, femmes immigrées, etc.).

De leur côté, les associations patronales et les caisses d'allocations familiales réitéraient les oppositions formulées lors des auditions et soulignaient l'importance et la cohérence à leurs yeux que ce débat soit repris sur le plan fédéral.

Ils se référaient à cet égard aux récentes déclarations de la conseillère fédérale Ruth Metzler, ainsi qu'à celles de M. Thomas Burgener, conseiller d'Etat valaisan, dont l'interview est jointe au courrier de l'UAPG.

Position du Conseil fédéral

A ce stade, il est utile de relever que le Conseil fédéral, après avoir pris acte avec beaucoup de déception du vote du 13 juin 1999, a été appelé à se prononcer - le lendemain du rejet de l'assurance-maternité - sur la capacité qu'avaient les cantons à élaborer une assurance-maternité cantonale, utilisant ainsi la capacité résiduelle laissée par la non réalisation de l'art. 116 de la nouvelle Constitution.

Déposée par la conseillère nationale genevoise Maria Roth Bernasconi et contresignée par 39 conseillers nationaux, l'interpellation (annexe 11) contenait deux questions, à savoir :

1. Le Conseil fédéral serait-il prêt à assurer une tâche de coordination si les cantons concernés souhaitent instaurer une assurance-maternité au niveau régional ?
2. Est-il possible d'allouer une partie des fonds des allocations pour perte de gains (APG) proportionnellement à leur population aux cantons qui veulent instaurer une assurance-maternité ?

Dans sa réponse écrite du 20 septembre 1999 (annexe 12), le Conseil fédéral estime que « le rejet en votation populaire, le 13 juin 1999, du projet d'assurance-maternité laisse un problème de politique sociale non résolu. De plus, le très net clivage entre la Suisse alémanique et la Suisse romande est en soi un problème préoccupant ». (...).

(...) les cantons pourraient même, par analogie, continuer à légiférer en matière d'assurance-maternité et à réglementer dans ce cadre le cercle des assurés, les prestations et le financement. (...).

C'est sur cette base que le Comité genevois pour une véritable assurance-maternité a concocté le projet cantonal qui a donné naissance au débat cantonal.

Les déclarations postérieures du Conseil fédéral, par la bouche de Mme Ruth Metzler, auxquelles font référence les associations patronales pour s'opposer à un projet cantonal, datent d'une séance du mois de septembre 2000 du Conseil des Etats.

Le Conseil des Etats était saisi de diverses initiatives et d'une motion portant toutes sur le même objet : améliorer par divers moyens la protection des femmes en cas de maternité. Il n'est pas inutile de préciser que le Conseil des Etats a rejeté les initiatives. Seule la motion a été transmise au Conseil fédéral.

Au cours des débats, Mme Metzler avait d'ailleurs invité le Conseil des Etats à procéder de cette manière, en invoquant le fait qu'au cours de sa séance du 18 septembre 2000, le Conseil fédéral avait pris la décision de principe d'introduire un véritable congé maternité par le biais du droit des obligations, en rejetant clairement toute solution passant par le biais d'une assurance existante (comme le souhaitait l'une des initiatives) ou à créer. Par respect de la volonté populaire du 13 juin 1999, Ruth Metzler a précisé qu'il

n'était pas question d'entrer en matière pour une assurance-maternité au cours des prochaines années.

Cela signifie clairement que le mandat constitutionnel ne sera pas exécuté par la Confédération. En effet, la solution fédérale évoquée par Mme Metzler se limite uniquement au droit du travail et la modification proposée par le Conseil fédéral se concrétisera uniquement dans le Code des obligations. Elle ne concernera donc que les salariées du secteur privé, auxquelles est applicable, le Code des obligations.

Dès lors, peu importe le contenu du projet (nombre de semaines, pourcentage du salaire, etc.), le mandat de l'article 116 al. 3 de la Constitution fédérale demeurera inexécuté.

La démarche cantonale garde donc toute sa pertinence et se trouve même encouragée par les récentes déclarations fédérales.

Les conditions dans lesquelles la Commission des affaires sociales a effectué son travail ayant été explicitées, la suite du rapport est consacrée aux articles retenus, fondant la nouvelle loi sur l'assurance-maternité cantonale.

Par souci de clarté, les différentes étapes et les relectures successives ne seront pas reprises dans ce rapport.

Il est à relever ici l'importance du travail effectué tant par les députés que par le conseiller d'Etat Guy Olivier Segond qui a permis plus d'une fois par des propositions de rédactions judicieuses d'éclaircir certains articles.

De même la commission a pu être en contact permanent avec le professeur Jean-Louis Duc, grâce à Mme Michèle Righetti, conseillère juridique du DASS qui a fidèlement transmis les questions des députés à M. Duc. Ses réponses ont fait l'objet de documents écrits qui sont annexés à ce rapport (annexes 14 et 15), car ils permettent de se faire une idée précise des questions politiques et juridiques qui ont été posées tout au long des travaux.

L'exposé des motifs du projet de loi 8293 est également annexé puisque, comme expliqué plus haut, il constitue l'avis de droit demandé par les députés au début de leurs travaux.

Notons encore que Mme Righetti a plusieurs fois procédé à des recherches juridiques sur le plan fédéral, ainsi qu'à la lecture de diverses jurisprudences dont elle a pu faire bénéficier la commission.

Elle a enfin assisté la rapporteure dans l'explication juridique des articles qui vont suivre.

Qu'elle soit ici remerciée pour sa collaboration efficace.

Conclusion et vote final

Au delà des clivages politiques, la volonté d'aboutir à un texte commun a prévalu tout au long des travaux.

Cette manière de procéder a contraint certains députés, notamment les représentants du Parti libéral à « avaler quelques couleuvres ».

De nombreux amendements ont été déposés par leurs représentants, visant principalement à modifier le financement et à assurer un moindre coût pour les indépendants.

Soucieuse également à son tour de voir ce projet d'assurance-maternité soutenu par l'ensemble des partis représentés au Grand Conseil, l'Alternative a finalement accepté d'entrer en négociation sur les cotisations des indépendants et des salariés dont les employeurs ne sont pas tenus à cotiser.

Le résultat des négociations se trouve dans l'alinéa 4 de l'article 2 du projet voté par la commission.

En principe, les indépendants ainsi que les salariés dont l'employeur n'est pas tenu à cotiser, devraient assumer la part du salarié ainsi que celle de l'employeur.

Plutôt que de se baser sur un barème dégressif tel que prévu dans la loi AVS, l'ensemble des membres de la commission a ainsi admis après de longues et âpres négociations qu'un indépendant dont le revenu annuel de l'activité lucrative est inférieur à 60 000 F cotiserait à la part égale de celle d'un salarié.

A partir d'un revenu supérieur à 60 000 F et jusqu'à 100 000 F, celle-ci serait augmentée des $^{2}/_{3}$ (66 %) et à partir d'un revenu annuel de 100 000 F, celle-ci serait augmentée des $^{3}/_{4}$ (75 %).

Cette mansuétude à l'égard des indépendants et des salariés dont l'employeur n'est pas tenu de payer des cotisations a permis à l'Entente d'accepter l'ensemble de la loi, bien plus généreuse pourtant que le projet qu'ils avaient déposé.

Les membres de la Commission des affaires sociales, son président et la rapporteure sont particulièrement heureux de soumettre au vote du Grand Conseil un projet unanime répondant à la fois aux projets de lois et à la motion déposés par les députés ainsi qu’au projet de loi du Conseil d’Etat et qui permettra de corriger l'affront infligé aux futurs parents le 13 décembre 1999, lors du rejet de l'assurance-maternité fédérale. Il permettra, en outre, à notre

canton de pouvoir se targuer d'avoir une politique d'assurance sociale plus en phase avec ses voisins européens et représentant le minimum de ce qu'un pays riche peut assurer comme couverture d'assurance à ses concitoyens et concitoyennes.

En espérant que le vote unanime de la commission se retrouvera lors du vote du Grand Conseil et surtout que l'OFAS donnera son aval à ce projet dans les meilleurs délais, je vous remercie, Mesdames et Messieurs les députés, de lui réserver un accueil digne de sa portée.

Projet de loi
(8204)

sur l'assurance-maternité (J 5 07)

Le GRAND CONSEIL de la République et canton de Genève
décrète ce qui suit :

Chapitre I Dispositions générales

Art. 1 Objet

Il est institué une assurance-maternité ayant pour but de verser :

a) une allocation pour perte de gain en cas de maternité (allocation de maternité) ou en cas de placement d'un enfant en vue de son adoption (allocation d'adoption) ;
b) le cas échéant, des cotisations aux assurances sociales.

Art. 2 Personnes assujetties et tenues de cotiser

[1] Sont assujetties à la présente loi et tenues de verser des cotisations pour assurer le financement de l'assurance-maternité :

a) les personnes salariées obligatoirement assurées selon la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (ci-après LAVS) qui travaillent dans le canton de Genève;
b) les personnes indépendantes obligatoirement assurées selon la LAVS qui déploient une activité lucrative stable dans le canton de Genève;
c) les personnes domiciliées dans le canton qui payent des cotisations à l'assurance-vieillesse et survivants (ci-après AVS) en tant que salariées d'un employeur non tenu de cotiser;
d) les employeurs tenus de verser des cotisations selon la LAVS qui ont un établissement stable dans le canton de Genève.

[2] Les cotisations sont perçues sur le revenu d'une activité lucrative déterminant pour l'AVS. Leur taux est fixé périodiquement par le Conseil d'Etat de manière à couvrir les frais découlant de l'application de la présente loi.

[3] Les salariés et les employeurs cotisent à parts égales.

[4] Les cotisations des salariés dont l'employeur n'est pas tenu de payer des cotisations et les cotisations des indépendants sont :

a) égales à la part du salarié lorsque le revenu de l'activité lucrative est inférieur à 60 000 F par année;
b) égales à la part du salarié augmentée du 66 % de la part de l'employeur lorsque le revenu de l'activité lucrative se situe entre 60 000 F et 100 000 F par année;
c) égales à la part du salarié augmentée du 75 % de la part de l'employeur lorsque le revenu de l'activité lucrative est supérieur à 100 000 F par année.

[5] Les cotisations sont perçues sous la forme d'un supplément aux cotisations de l'AVS.

Art. 3 Salariés et indépendants

[1] Sont réputées salariées toutes les personnes qui perçoivent un salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS.

[2] Sont réputées indépendantes toutes les personnes dont le revenu provient d'une activité indépendante au sens de la législation sur l'AVS.

[3] Sont assimilées à des personnes salariées ou indépendantes celles qui touchent des indemnités journalières destinées à compenser une perte de gain de l'assurance militaire, d'une assurance-accidents, d'une assurance-maladie et de l'assurance-chômage.

[4] Est réputé employeur quiconque verse une rémunération à un salarié, conformément à l'alinéa 1.

Chapitre II Droit aux prestations

Art. 4 Bénéficiaires

Bénéficient des prestations de l'assurance-maternité les personnes qui, au moment de l'accouchement ou du placement en vue d'adoption, ont été assujetties à la présente loi pendant trois mois au moins.

Art. 5 Allocation de maternité

En cas de maternité, les prestations sont accordées à la mère :
a) si l'enfant est né viable ou
b) si la grossesse a duré au moins 28 semaines ;
c) et, dans les deux cas, pour autant que la mère cesse effectivement le travail pendant le congé de maternité.

Art. 6 Allocation d'adoption

[1] En cas de placement d'un enfant en vue de son adoption, les prestations sont accordées aux futurs parents adoptifs si, à la date du placement :

a) l'enfant a moins de huit ans révolus;
b) l'enfant n'est pas celui du conjoint selon l'article 264a, alinéa 3, du Code civil;
c) la personne assurée est en possession de l'autorisation, le cas échéant provisoire, d'accueillir un enfant;
d) le parent qui demande l'allocation cesse effectivement le travail pendant le congé d'adoption.

[2] En cas d'adoption conjointe ou d'adoption simultanée de plusieurs enfants, les futurs parents adoptifs ne peuvent prétendre qu'une seule fois aux prestations. Celles-ci doivent être versées à la même personne. Les époux choisissent lequel d'entre eux en sera le bénéficiaire.

Art. 7 Durée du droit à l'allocation de maternité

[1] La mère qui remplit les conditions prévues par la présente loi au début du congé de maternité a droit à une allocation pendant seize semaines, à compter de la date de l'accouchement. Ce droit n'est pas subordonné à la reprise du travail à l'échéance du congé de maternité.

[2] Sont réservées les prestations plus étendues prévues par le droit cantonal, par les conventions collectives de travail ou le contrat individuel de travail.

Art. 8 Durée du droit à l'allocation d'adoption

[1] Lorsqu'un enfant est placé en vue de son adoption, la future mère ou le futur père adoptif a droit à une allocation pendant seize semaines.

[2] Sont réservées les prestations plus étendues prévues par le droit cantonal, par les conventions collectives de travail ou le contrat individuel de travail.

Chapitre III Calcul des prestations

Art. 9 Calcul de l'allocation de maternité ou d'adoption

[1] L'allocation est égale à 80 % du gain assuré.

[2] On entend par gain assuré le revenu de l'activité lucrative déterminant pour le calcul des cotisations à l'AVS ; celui-ci ne peut dépasser le montant maximal déterminant pour l'assurance-accidents obligatoire.

[3] Pour les personnes qui touchent des indemnités journalières de l'assurance-chômage, l'allocation est égale à 80 % du gain assuré au sens de la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982.

[4] Pour les mères visées à l'article 3, alinéa 2, lettre a, de la LAVS, qui ne sont pas encore en âge de cotiser à l'AVS, le gain assuré est calculé sur la base du revenu de l'activité lucrative qui serait théoriquement déterminant pour le calcul des cotisations à l'AVS.

[5] Si la personne bénéficiaire a une activité lucrative irrégulière ou que le revenu de son activité lucrative fluctue fortement, l'allocation est calculée sur la base du revenu obtenu au cours des douze mois qui précèdent la date à laquelle le droit au congé prend effet.

[6] Si la personne bénéficiaire exerce une activité indépendante, l'allocation est calculée sur la base du revenu provenant d'une activité lucrative sur lequel a été perçue la dernière cotisation à l'AVS avant l'accouchement ou le placement de l'enfant en vue de son adoption.

[7] Le Conseil d'Etat fixe le mode de calcul de l'allocation.

Art. 10 Primauté des indemnités fédérales et d'autres indemnités sur l'allocation de maternité ou d'adoption

[1] L'allocation de maternité ou d'adoption n'est versée, pendant la durée prévue par la présente loi, que dans la mesure où, ajoutée aux prestations énumérées ci-dessous, il n'en résulte pas de surindemnisation.

[2] Sont visées les :

a) indemnités journalières versées en cas de maternité par l'assurance-maladie sociale (prestations ordinaires ou prestations spécifiques de maternité) ou par un assureur privé;
b) indemnités journalières de l'assurance-chômage fédérale;
c) indemnités journalières de l'assurance-invalidité;
d) indemnités journalières de l'assurance-accidents;
e) indemnités journalières de l'assurance-militaire;
f) allocations de maternité versées par le canton ou le pays de domicile.

[3] Est surindemnisée la personne pouvant prétendre à des prestations qui, ensemble, dépasseraient le montant de son salaire ou revenu effectif au moment de l'accouchement ou du placement en vue d'adoption, établi au besoin selon les règles prévues en cas d'absence d'activité lucrative ou de revenu fluctuant.

Chapitre IV Cotisations aux assurances sociales

Art. 11 Paiement des cotisations

[1] Dans la mesure où l'allocation de maternité ou d'adoption est, selon le droit fédéral, soumise à cotisations :

a) de l'assurance-vieillesse et survivants;
b) de l'assurance-invalidité;
c) du régime des allocations pour perte de gain en faveur des personnes servant dans l'armée, dans le service civil ou dans la protection civile;
d) de l'assurance-chômage;
e) des allocations familiales ;

celles-ci sont supportées paritairement par le salarié et par l'assurance-maternité.

[2] Dans le cas où il n'y a pas d'employeur tenu à cotisations, ces cotisations sont déclarées et payées par l'assurance-maternité.

[3] Le Conseil d'Etat fixe les modalités d'application et la procédure relatives au paiement des cotisations ainsi dues aux assurances sociales.

Chapitre V Financement

Art. 12 Allocations et cotisations aux assurances sociales

Les allocations prévues par la présente loi et, le cas échéant, les cotisations aux assurances sociales prises en charge par l'assurance-maternité sont financées par :

a) les cotisations des employeurs, des salariés et des indépendants;
b) les intérêts du Fonds de compensation de l'assurance-maternité.

Art. 13 Couverture des frais d'administration

Les frais d'administration des caisses de compensation liés à l'encaissement des cotisations et au versement des allocations leur sont remboursés par des contributions versées par le fonds dont le taux est fixé par le Conseil d'Etat.

Art. 14 Fonds de compensation de l'assurance-maternité

[1] Est créé, sous la dénomination de Fonds cantonal de compensation de l'assurance-maternité, un fonds indépendant, doté de la personnalité juridique, qui est crédité ou débité de toutes les ressources et prestations prévues par la présente loi.

[2] Le fonds est géré par un conseil d'administration selon des principes semblables à ceux prévus par la législation fédérale en matière de fonds de compensation de l'AVS; la composition du conseil d'administration est la suivante :

a) un président désigné par le Conseil d'Etat;
b) 1 membre par parti politique représenté au Grand Conseil et élu par celui-ci;
c) 4 membres représentant paritairement les employés et les employeurs, désignés par le Conseil d'Etat sur proposition des partenaires sociaux.

[3] Les avoirs du fonds ne doivent pas, en règle générale, être inférieurs au tiers des dépenses annuelles de celui-ci.

[4] Le fonds est exonéré des impôts cantonaux et communaux.

[5] Le contrôle périodique du fonds est assuré par le contrôle financier de l'Etat.

Chapitre VI Organisation

Art. 15 Organes

L'assurance-maternité est gérée par les organes institués par la LAVS.

Art. 16 Exercice du droit à l'allocation de maternité ou d'adoption

[1] La personne assurée doit faire valoir son droit à l'allocation auprès de la caisse de compensation compétente et lui fournir tous les documents requis en vertu du règlement d'exécution. Si cette personne n'exerce pas son droit elle-même, l'employeur a qualité pour agir, s'il lui verse le salaire durant la période de paiement de l'allocation.

[2] Le versement de l'allocation est du ressort de la caisse de compensation compétente.

Art. 17 Paiement des prestations

Pendant la période où elle est due, l'allocation est versée mensuellement à :

a) l’employeur, s’il paie le salaire pendant la période où l’allocation est due, à concurrence du montant de son versement;
b) la personne assurée, dans tous les autres cas.

Chapitre VII Droit supplétif, voies de droit et dispositions pénales

Art. 18 Droit supplétif

A moins que la présente loi n'en dispose autrement, les dispositions de la législation sur l'AVS s'appliquent par analogie à la procédure, à la responsabilité et à l'exécution, en particulier :

a) à la restitution (répétition de l'indu);
b) à la réclamation des prestations non touchées;
c) à la prescription;
d) à la responsabilité de l'employeur;
e) à la responsabilité des caisses de compensation;
f) à l'obligation de garder le secret.

Art. 19 Voies de droit

Les décisions prises en vertu de la présente loi par les caisses de compensation peuvent faire l'objet d'un recours devant les autorités de recours compétentes en matière d'AVS conformément aux articles 17 à 20 de la loi d'application de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 13 décembre 1947.

Art. 20 Sanctions

[1] Le département de l'action sociale et de la santé (ci-après le département) est habilité à infliger des amendes administratives allant de 100 F à 60 000 F pour toute contravention à la présente loi et ses règlements ou arrêtés d'exécution.

[2] Pour le surplus, le département peut dénoncer tout contravenant au Procureur général pour infraction à la loi pénale genevoise.

[3] Le droit pénal fédéral est réservé.

Chapitre VIII Cession, mise en gage et compensation

Art. 21 Cession, mise en gage et compensation

[1] Le droit aux prestations découlant de la présente loi ne peut être ni cédé ni mis en gage. Toute cession ou mise en gage est nulle.

[2] Peuvent être compensées avec les allocations échues :

a) les créances découlant de la présente loi;
b) les créances en restitution de prestations cantonales complémentaires à l’assurance-vieillesse et survivants et à l’assurance-invalidité;

c) les créances découlant de la législation sur les allocations familiales.

Chapitre IX Dispositions finales et transitoires

Art. 22 Dispositions d'application

Le Conseil d'Etat est chargé de l'application de la loi. Il édicte le règlement d'exécution.

Art. 23 Frais initiaux des caisses de compensation

[1] Les frais initiaux des caisses de compensation AVS résultant de l'instauration de l'assurance-maternité sont à la charge de l'Etat.

[2] L'Etat accorde un prêt de 20 000 000 F portant intérêts au fonds pour assurer le démarrage de l'assurance-maternité.

[3] Le Conseil d'Etat fixe les modalités du remboursement des frais initiaux aux caisses ainsi que du remboursement du prêt.

Art. 24 Dispositions transitoires

[1] Les mères exerçant une activité lucrative ont droit à l'allocation de maternité si l'enfant est né seize semaines au plus avant l'entrée en vigueur de la présente loi. Les prestations ne sont toutefois versées qu'à partir de la date d'entrée en vigueur de la loi et uniquement pour la durée restante du congé de maternité.

[2] L'allocation d'adoption n'est due que si l'enfant est placé en vue de son adoption après l'entrée en vigueur de la présente loi.

Art. 25 Entrée en vigueur

La présente loi entre en vigueur le 1er juillet 2001.

Art. 26 Modification à une autre loi (J 2 20)

La loi en matière de chômage, du 11 novembre 1983, est modifiée comme suit :

Art. 8 Bénéficiaires (nouvelle teneur)

Peuvent bénéficier des prestations en cas d'incapacité passagère de travail, totale ou partielle, les chômeurs qui ont épuisé leur droit aux indemnités journalières pour maladie ou accident, conformément à l'article 28 de la loi fédérale.

Art. 16, al. 1 (abrogé)

Proposition de motion
(1325)

pour une assurance maternité à Genève

Le GRAND CONSEIL de la République et canton de Genève
considérant :

– le rejet de l'instauration d'une assurance maternité de 14 semaines sur le plan fédéral ;
– la cohésion de la grande majorité de la population genevoise autour du principe même de l'assurance maternité ;
– la nécessité d'une telle assurance pour assurer l'égalité des sexes, notamment sur le plan professionnel,
– la lenteur des autorités fédérales pour proposer de nouvelles solutions acceptables par la majorité de la population suisse,

invite le Conseil d'Etat

– à étudier les possibilités de financement d'une assurance perte de gain (de 14 semaines au moins) pour toutes les mères, ou pour les mères qui travaillent ;
– à étudier la faisabilité juridique d'un tel projet sur le plan cantonal ;
– à élaborer dans les plus brefs délais les bases légales nécessaires pour la réalisation d'un tel projet.

ANNEXE 1

ANNEXE 2

ANNEXE 3

ANNEXE 4

ANNEXE 5

ANNEXE 6

ANNEXE 7

ANNEXE 8

ANNEXE 9

ANNEXE 10

ANNEXE 11

ANNEXE 12

ANNEXE

Secrétariat du Grand Conseil **PL 8204**

Projet présenté par les députés:
Mmes et MM. Esther Alder, Charles Beer, Marie-Paule Blanchard-Queloz, Loly Bolay, Anne Briol, Christian Brunier, Fabienne Bugnon, Alain Charbonnier, Bernard Clerc, Jacqueline Cogne, Pierre-Alain Cristin, Anita Cuénod, Alain Etienne, Jeannine de Haller, Erica Deuber Ziegler, René Ecuyer, Laurence Fehlmann Rielle, Christian Ferrazino, Magdalena Filipowski, Luc Gilly, Gilles Godinat, Mireille Gossauer-Zurcher, Christian Grobet, Marianne Grobet-Wellner, Cécile Guendouz, Dominique Hausser, David Hiler, Pierre Meyll, Louiza Mottaz, Danielle Oppliger, Rémy Pagani, Jean-Pierre Restellini, Albert Rodrik, Christine Sayegh, Françoise Schenk-Gottret, Myriam Sormanni-Lonfat, Jean Spielmann, Pierre Vanek, Alberto Velasco et Salika Wenger

Date de dépôt: 28 mars 2000
Messagerie

Projet de loi
sur l'assurance-maternité

Le GRAND CONSEIL de la République et canton de Genève
décrète ce qui suit :

Chapitre I Dispositions générales

Art. 1 Objet

Il est institué une assurance-maternité ayant pour but de verser:

a) une allocation pour perte de gain en cas de maternité (allocation de maternité) ou en cas de placement d'un enfant en vue de son adoption (allocation d'adoption);
b) des cotisations aux assurances sociales.

Art. 2 Personnes assujetties

Sont assujetties à la présente loi les personnes salariées et indépendantes travaillant à Genève qui sont obligatoirement assurées en vertu de la loi fédérale sur l'assurance vieillesse et survivants (LAVS). A ce titre, elles sont astreintes à contribuer au financement de l'assurance-maternité, de même que leurs employeurs.

Art. 3 Salariés et indépendants

[1] Est réputée salariée toute personne qui perçoit un salaire déterminant au sens de la législation sur l'assurance vieillesse et survivants (AVS).

[2] Est réputée indépendante toute personne dont le revenu provient d'une activité indépendante au sens de la législation sur l'AVS.

Art. 4 Bénéficiaires de la loi

Les personnes assujetties à la présente loi bénéficient des prestations accordées par celle-ci. Ont également droit aux prestations,

a) les bénéficiaires d'indemnités journalières destinées à compenser une perte de gain versées par une caisse maladie ou par une assurance maladie et accidents privée;
b) les bénéficiaires d'indemnités journalières de l'assurance accidents obligatoire.

Chapitre II Droit aux prestations

Section 1 Généralités

Section 2 Droit à l'allocation de maternité ou d'adoption

Art. 5 Allocation de maternité

[1] Pour bénéficier pleinement d'un congé maternité de seize semaines après l'accouchement, la mère reçoit une allocation pendant cette période, si elle a été assurée durant trois mois au moins au titre de salariée ou d'indépendante pendant la grossesse, pour autant:

a) que l'enfant est né viable
b) ou que la grossesse a duré au moins 28 semaines.

[2] Le Conseil d'Etat règle le droit à l'allocation lorsque la salariée ne touche temporairement pas de salaire pendant la grossesse.

[3] Sont réservées les prestations plus étendues prévues par le droit cantonal, par les conventions collectives de travail ou le contrat individuel de travail.

Art. 6 Allocation d'adoption

[1] Lorsqu'un enfant est placé en vue de son adoption, la future mère ou le futur père adoptif a droit à une allocation s'il a été assuré au titre de salarié ou d'indépendant durant les trois mois précédents.

[2] L'allocation est versée pendant huit semaines.

Art. 7 Conditions

[1] En cas de placement en vue d'une adoption, les prestations sont accordées aux conditions suivantes:

a) l'enfant a moins de huit ans à la date du placement;
b) l'enfant n'est pas celui du conjoint au sens de l'article 264a, alinéa 3, du code civil
c) la personne assurée est en possession de l'autorisation, le cas échéant provisoire, d'accueillir un enfant.

[2] En cas d'adoption conjointe, les futurs parents adoptifs n'ont droit qu'une seule fois aux prestations. Ces prestations doivent être versées à la même personne. Les époux choisissent lequel d'entre eux en sera le bénéficiaire.

Chapitre III Calcul des prestations

Art. 8 Calcul de l'allocation de maternité ou d'adoption

[1] L'allocation est égale à 80% du gain assuré.

[2] On entend par gain assuré le revenu de l'activité lucrative déterminant pour le calcul des cotisations à l'AVS; celui-ci ne peut dépasser le montant maximal déterminant pour l'assurance accidents obligatoire.

[3] Pour les mères visées à l'article 3, alinéa 2, lettre a, LAVS6, qui ne sont pas encore en âge de cotiser à l'AVS, le gain assuré est calculé sur la base du revenu de l'activité lucrative qui serait théoriquement déterminant pour le calcul des cotisations à l'AVS.

[4] Si la personne bénéficiaire a une activité lucrative irrégulière ou que le revenu de son activité lucrative fluctue fortement, l'allocation est calculée sur la base du revenu obtenu au cours des douze mois qui précèdent la date à laquelle le droit au congé prend effet.

[5] Si la personne bénéficiaire exerce une activité indépendante, l'allocation est calculée sur la base du revenu provenant de l'activité lucrative sur lequel a été perçue la dernière cotisation à l'AVS avant l'accouchement ou le placement de l'enfant en vue de son adoption.

[6] Le Conseil d'Etat fixe le mode de calcul de l'allocation; il peut édicter des dispositions pour le cas où le montant de la cotisation à l'AVS mentionné à l'alinéa 5 serait modifié par une décision ultérieure.

Art. 9 Primauté de l'allocation de maternité ou d'adoption

[1] L'allocation de maternité ou d'adoption exclut le versement:

a) d'indemnités journalières versées au titre d'allocations pour perte de gain par l'assurance maladie en cas de maternité;
b) d'indemnités journalières de l'assurance chômage fédérale et cantonale;
c) d'indemnités journalières de l'assurance invalidité;
d) d'indemnités journalières de l'assurance accidents;
e) d'indemnités journalières de l'assurance militaire.

[2] Si, à la date à laquelle le droit à l'allocation prend effet, la personne bénéficiaire avait droit à une indemnité journalière mentionnée à l'alinéa 1, l'allocation de maternité ou d'adoption y est au moins égale.

Chapitre IV Cotisations aux assurances sociales

Art. 10 Cotisations paritaires

[1] Sont perçues sur l'allocation, des cotisations:

a) à l'assurance vieillesse et survivants;
b) à l'assurance invalidité;
c) au régime des allocations pour perte de gain en faveur des personnes servant dans l'armée, dans le service civil ou dans la protection civile;
d) le cas échéant, à l'assurance chômage.

[2] Ces cotisations sont supportées à parts égales par l'assuré et par l'assurance-maternité. Elles ne sont toutefois pas perçues sur l'allocation, lorsque celle-ci est versée à l'employeur, en vertu de l'article 20, durant la période où celui-ci paie le salaire.

Art. 11 Allocations familiales dans l'agriculture

L'assurance-maternité prend à sa charge la contribution due par l'employeur pour son personnel agricole en vertu de l'article 18, alinéa 1, de la loi fédérale sur les allocations familiales dans l'agriculture, du 20 juin 1952.

Art. 12 Assurance obligatoire contre les accidents non professionnels

[1] Les primes de l’assurance obligatoire contre les accidents non professionnels sont perçues sur l’allocation si la personne bénéficiaire était obligatoirement assurée avant le congé.

[2] Ces primes sont versées:
a) soit par l'employeur;
b) soit par la personne bénéficiaire si l'allocation lui est versée directement.

Art. 13 Prévoyance professionnelle

[1] Les conditions d'assurance de la prévoyance professionnelle dont bénéficient les salariés doivent être maintenues intégralement pendant la durée du versement de l'allocation.

[2] L'assurance-maternité prend à sa charge les cotisations de l'employeur jusqu'à concurrence de celles versées par le salarié. Sa contribution, calculée sur douze mois, ne peut dépasser 3,5% du montant maximal du gain assuré déterminant pour l'assurance accidents obligatoire.

Art. 14 Modalités d'application et procédure

Le Conseil d'Etat fixe les modalités d'application et la procédure relatives à la perception des cotisations aux assurances sociales.

Chapitre V Financement de l'assurance

Art. 15 Allocation et cotisations aux assurances sociales

[1] L'allocation prévue par la présente loi et les cotisations aux assurances sociales prises en charge par l'assurance-maternité sont financées par :
a) les cotisations des employeurs, des salariés et des indépendants ;
b) les intérêts du Fonds de compensation de l'assurance-maternité.

[2] Sont tenus de payer des cotisations :
a) les salariés et les indépendants obligatoirement assurés selon la LAVS ;
b) les employeurs tenus de payer des cotisations selon la LAVS.

[3] Les cotisations sont perçues sur le revenu d'une activité lucrative déterminant pour l'AVS. Leur taux est fixé par le Conseil d'Etat.

[4] Les salariés et les employeurs cotisent à parts égales.

[5] Les cotisations des salariés pour lesquelles l'employeur n'est pas tenu de payer des cotisations et celles des indépendants sont échelonnées selon un barème dégressif identique à celui des cotisations à l'AVS.

[6] Les cotisations sont perçues sous la forme d'un supplément aux cotisations de l'AVS.

Art. 16 Fonds de compensation de l'assurance-maternité

[1] Il est créé, sous la dénomination de Fonds cantonal de compensation de l'assurance-maternité (fonds), un fonds indépendant, qui est crédité ou débité de toutes les ressources et prestations prévues par la présente loi.

[2] Le fonds est administré par les mêmes organes et géré selon les mêmes principes que le Fonds de compensation de l'assurance vieillesse et survivants.

[3] Les avoirs du fonds ne doivent pas, en règle générale, être inférieurs à la moitié des dépenses annuelles de celui-ci.

[4] L'article 110 LAVS est applicable.

Chapitre VI Organisation

Art. 17 Organes

L'assurance-maternité est gérée par les organes institués par la LAVS et la loi cantonale d'application.

Art. 18 Couverture des frais d'administration

Les frais d'administration des caisses de compensation liés au versement de l'allocation leur sont remboursés de manière équitable par le fonds. Le Conseil d'Etat fixe les modalités d'application et le montant des contributions aux frais d'administration.

Art. 19 Exercice du droit à l'allocation de maternité ou d'adoption

[1] La personne assurée doit faire valoir son droit à l'allocation auprès de la caisse de compensation compétente et fournir tous les documents requis en vertu du règlement d'exécution. Au cas où elle n'exerce pas son droit elle-même, l'employeur a qualité pour agir, s'il lui verse le salaire durant la période de paiement de l'allocation,.

[2] Le versement de l'allocation est du ressort de la Caisse de compensation de l'employeur ou de l'indépendant.

[3] Le département de l'action sociale et de la santé désigne la caisse de compensation compétente lorsque plusieurs caisses de compensation entrent en ligne de compte et règle la procédure.

Art. 20 Paiement des prestations

L'allocation est versée à:

a) l'employeur durant la durée de temps où il verse le salaire pendant la période où l'allocation est due;
b) la personne assurée dans tous les autres cas.

Chapitre VII Procédure, voies de droit et dispositions pénales

Art. 21 Applicabilité de la législation sur l'AVS

A moins que la présente loi n'en dispose autrement, les dispositions de la législation sur l'AVS s'appliquent par analogie à la procédure, à la responsabilité et à l'exécution, en particulier:

a) à la restitution;
b) à la réclamation des prestations non touchées;
c) à la prescription;
d) à la responsabilité de l'employeur;
e) à la responsabilité de la caisse de compensation;
f) à l'obligation de garder le secret.

Art. 22 Surveillance

La commission de surveillance de la caisse cantonale genevoise de compensation instituée par la loi d'application, de la loi fédérale sur l'assurance vieillesse et survivants du 13 décembre 1947, exerce la surveillance sur les organes de l'assurance-maternité.

Art. 23 Voies de droit

Les décisions prises en vertu de la présente loi par les caisses de compensation peuvent faire l'objet d'un recours devant les autorités compétentes en matière d'allocations familiales. Les articles 38 à 41 de la loi sur les allocations familiales, du 1er mars 1996, sont applicables.

Art. 24 Dispositions pénales

Les articles 42 et 43 de la loi sur les allocations familiales, du 1er mars 1996, sont applicables aux personnes qui violent les dispositions de la présente loi d'une manière décrite dans les articles précités.

Chapitre VIII Cession, mise en gage et compensation

Art. 25

[1] Le droit aux prestations découlant de la présente loi ne peut être ni cédé ni mis en gage. Toute cession ou mise en gage est nulle.

[2] Peuvent être compensées avec les prestations de base et les allocations échues:

a) les créances découlant de la présente loi ;
b) les créances en restitution de prestations complémentaires cantonales à l'AVS et à l'AI.

Chapitre IX Dispositions finales

Art. 26 Exécution

Le Conseil d'Etat est chargé de l'application et édicte les dispositions d'exécution.

Art. 27 Dispositions transitoires

[1] Les mères exerçant une activité lucrative ont droit à l'allocation de maternité si l'enfant est né seize semaines au plus avant l'entrée en vigueur de la présente loi. Les prestations ne sont toutefois versées qu'à partir de la date de l'entrée en vigueur et uniquement pour la durée restante du congé de maternité.

[2] L'allocation d'adoption n'est due que si l'enfant est placé en vue de son adoption après l'entrée en vigueur de la présente loi.

[3] L'Etat accorde un prêt avec intérêts au Fonds de compensation de l'assurance-maternité de 10 000 000 F pour assurer le démarrage de l'assurance-maternité. Il fixe d'entente avec le fonds les modalités de remboursement de ce prêt.

Art. 28 Frais initiaux des caisses de compensation

[1] Les frais initiaux des caisses de compensation résultant de l'instauration de l'assurance-maternité sont à la charge du canton. Ils leur sont remboursés de manière équitable sous la forme de contributions forfaitaires prélevées sur le fonds.

[2] Le Conseil d'Etat fixe les modalités d'application ainsi que le montant des contributions forfaitaires et le moment de leur versement.

Art. 29 Entrée en vigueur

…

ANNEXE

Secrétariat du Grand Conseil **PL 8206**

Projet présenté par les députés:
Mmes et MM. Nelly Guichard, Jean-Marc Odier, Michel Halpérin, Janine Hagmann, Janine Berberat, Micheline Spoerri, Jean Rémy Roulet, Roger Beer, Bernard Lescaze, Bénédict Fontanet, Michel Parrat, Luc Barthassat, Philippe Glatz, Pierre Marti, Pierre-Louis Portier, Claude Blanc, Hubert Dethurens, Henri Duvillard, Catherine Passaplan, Stéphanie Ruegsegger, Louis Serex, Pierre-Pascal Visseur et Marie-Françoise de Tassigny

Date de dépôt: 28 mars 2000
Messagerie

Projet de loi
pour une assurance maternité à Genève

Le GRAND CONSEIL de la République et canton de Genève
décrète ce qui suit :

Chapitre I Dispositions générales

Art. 1 Objet

L'assurance maternité verse :

a) une allocation pour perte de gain en cas de maternité (allocation de maternité) ou en cas de placement d'un enfant en vue de son adoption (allocation d'adoption);
b) des cotisations aux assurances sociales.

Art. 2 Personnes assurées

[1] Sont assurées au sens de la présente loi les personnes travaillant à Genève depuis au moins un an, qui sont obligatoirement assurées en vertu de la loi fédérale sur l'assurance vieillesse et survivants (LAVS).

[2] Le cumul de prestations d'assurance maternité est exclu; le Conseil d'Etat établit des règles de coordination en cas de concurrence avec d'autres régimes d'assurance maternité.

Art. 3 Salariés et indépendants

[1] Est réputée salariée toute personne qui perçoit un salaire déterminant au sens de la législation sur l'assurance vieillesse et survivants (AVS).

[2] Sont assimilés aux salariés pour le droit aux prestations :

a) les bénéficiaires d'indemnités journalières destinées à compenser une perte de gain versée par une caisse-maladie ou par une assurance-maladie et accidents privée;
b) les bénéficiaires d'indemnités journalières de l'assurance-accidents obligatoire.

[3] Est réputée indépendante toute personne dont le revenu provient d'une activité indépendante au sens de la législation sur l'AVS.

Chapitre II Droit aux prestations

Section 1 Généralités

Art. 4 Maternité

En cas de maternité, les prestations sont accordées :

a) si l'enfant est né viable ou
b) si la grossesse a duré au moins 28 semaines.

Art. 5 Adoption

En cas de placement en vue d'une adoption, les prestations sont accordées aux conditions suivantes:

a) l'enfant a moins de cinq ans à la date du placement;
b) l'enfant n'est pas celui du conjoint au sens de l'article 264a, alinéa 3, du code civil;
c) la personne assurée est en possession de l'autorisation, le cas échéant provisoire, d'accueillir un enfant.

Section 2 Droit à l'allocation de maternité ou d'adoption

Art. 6 Allocation de maternité

[1] La mère reçoit une allocation pendant quatorze semaines après l'accouchement.

[2] Sont réservées les prestations plus étendues prévues par le droit cantonal, par les conventions collectives de travail ou le contrat individuel de travail.

Art. 7 Allocation d'adoption

[1] Lorsqu'un enfant est placé en vue de son adoption, la mère bénéficie d'une allocation durant sept semaines.

[2] Sont réservées les prestations plus étendues prévues par le droit cantonal, par les conventions collectives de travail ou le contrat individuel de travail.

Art. 8 Exercice du droit à l'allocation de maternité

[1] La personne assurée doit faire valoir son droit à l'allocation auprès de la caisse d'allocations familiales compétente et fournir tous les documents nécessaires. Au cas où elle n'exerce pas son droit elle-même, l'employeur, s'il verse le salaire durant le congé, a qualité pour agir.

[2] Le versement de l'allocation est du ressort de la caisse d'allocations familiales de l'employeur ou de l'indépendant.

[3] Le Conseil d'Etat désigne la caisse d'allocations familiales compétente lorsque plusieurs caisses d'allocations familiales entrent en ligne de compte et règle la procédure.

Art. 9 Paiement des prestations

L'allocation est versées à :

a) l'employeur s'il verse le salaire durant le congé;
b) la personne assurée dans tous les autres cas.

Chapitre III Calcul des prestations

Art. 10 Calcul de l'allocation de maternité ou d'adoption

[1] L'allocation est égale à 80% du gain assuré.

[2] On entend par gain assuré le revenu de l'activité lucrative déterminant pour le calcul des cotisations à l'AVS; celui-ci ne peut dépasser le montant maximal déterminant pour l'assurance-accidents obligatoire.

[3] Pour les mères visées à l'article 3, alinéa 2, lettre a, LAVS, qui ne sont pas encore en âge de cotiser à l'AVS, le gain assuré est calculé sur la base du revenu de l'activité lucrative qui serait théoriquement déterminant pour le calcul des cotisations à l'AVS.

[4] Si la personne bénéficiaire a une activité lucrative irrégulière ou que le revenu de son activité lucrative fluctue fortement, l'allocation est calculée sur la base du revenu obtenu au cours des douze mois qui précèdent le début du congé.

[5] Si la personne bénéficiaire exerce une activité indépendante, l'allocation est calculée sur la base du revenu provenant de l'activité lucrative sur lequel a été perçue la dernière cotisation à l'AVS avant l'accouchement.

[6] Le Conseil d'Etat fixe le mode de calcul de l'allocation; il peut édicter des dispositions pour le cas où le montant de la cotisation à l'AVS mentionné à l'alinéa 5 serait modifié par une décision ultérieure.

Art. 11 Primauté des indemnités fédérales et d'autres indemnités sur l'allocation de maternité ou d'adoption

[1] L'allocation de maternité n'est pas versée en cas :

a) d'indemnités journalières versées au titre d'allocations pour perte de gain par l'assurance-maladie en cas de maternité;
b) d'indemnités journalières de l'assurance-chômage fédérale et cantonale;
c) d'indemnités journalières de l'assurance-invalidité;
d) d'indemnités journalières de l'assurance-accidents;
e) d'indemnités journalières de l'assurance militaire;
f) d'allocations de maternité versées par le canton ou le pays de domicile.

[2] Si, au début du congé, la personne bénéficiaire avait droit à une indemnité journalière mentionnée à l'alinéa 1, l'allocation de maternité y est au moins égale.

Art. 12 Primauté des allocations de maternité sur les allocations de naissance du régime des allocations familiales

L'allocation de naissance prévue par la loi sur les allocations familiales n'est pas versée à la personne bénéficiaire de l'allocation de maternité.

Chapitre IV Cotisations aux assurances sociales

Art. 13 Cotisations

[1] Sont perçues sur l'allocation, des cotisations :

a) à l'assurance-vieillesse et survivants;
b) à l'assurance invalidité;
c) au régime des allocations pour perte de gain en faveur des personnes servant dans l'armée, dans le service civil ou dans la protection civile;
d) à l'assurance-chômage;
e) aux allocations familiales.

[2] Ces cotisations sont supportées paritairement par la salariée et par la caisse d'allocations familiales pour le compte de l'employeur.

[3] Dans le cas où il n'y aurait pas d'employeur, ces cotisations sont déclarées et payées par la Caisse.

[4] Le Conseil d'Etat règle les modalités.

Art. 14 Assurance obligatoire contre les accidents non professionnels

Les primes de l'assurance obligatoire contre les accidents non professionnels sont perçues sur l'allocation si la personne bénéficiaire était obligatoirement assurée avant le congé. Ces primes sont versées par la personne bénéficiaire.

Art. 15 Modalités d'application et procédure

Le Conseil d'Etat fixe les modalités d'application et la procédure relatives à la perception des cotisations aux assurances sociales.

Chapitre V Organisation

Art. 16 Organes

[1] L'assurance maternité est administrée et gérée par les caisses d'allocations familiales.

[2] Les caisses d'allocations familiales doivent tenir une comptabilité propre pour l'assurance maternité.

[3] La gestion de l'assurance maternité suit pour le reste les règles applicables à la gestion des allocations familiales. Une péréquation partielle des charges est instituée pour l'assurance-maternité. Le Conseil d'Etat en fixe le règlement.

[4] L'article 110 LAVS est applicable.

Chapitre VI Financement

Art. 17 Financement des cotisations

[1] L'assurance maternité est financée par les cotisations des employeurs, des salariés et des indépendants.

[2] Sont tenus de payer des cotisations :

a) les salariés et les indépendants obligatoirement assurés selon la LAVS;
b) les employeurs tenus de payer des cotisations selon la LAVS.

[3] Les cotisations sont perçues sur le revenu d'une activité lucrative déterminant pour l'AVS. Leur taux est fixé par les caisses d'allocations familiales concernées.

[4] Les salariés et les employeurs cotisent à parts égales.

[5] Les cotisations des salariés dont l'employeur n'est pas tenu de payer des cotisations et celles des indépendants sont échelonnées selon le barème dégressif prévu par la LAVS.

[6] Les cotisations sont perçues sous la forme d'un supplément aux cotisations aux caisses d'allocations familiales.

Art. 18 Couverture des frais d'administration

Les frais d'administration des caisses d'allocations familiales liés au versement de l'allocation sont prélevés conformément aux articles 27 LAF et 16 RAF.

Chapitre VII Procédure, voies de droit et dispositions pénales

Art. 19 Application de la législation sur la LAF

A moins que la présente loi n'en dispose autrement, les dispositions de la législation sur la LAF s'appliquent par analogie à la procédure, à la responsabilité et à l'exécution, en particulier :

a) à la restitution;
b) à la réclamation des prestations non touchées;
c) à la prescription;
d) à la responsabilité de l'employeur;
e) à la responsabilité de la caisse d'allocations familiales;
f) à l'obligation de garder le secret.

Art. 20 Surveillance

Les dispositions de la LA F en matière de surveillance sont applicables.

Art. 21 Voies de droit

Les décisions prises en vertu de la présente loi par les caisses d'allocations familiales peuvent faire l'objet d'un recours devant les autorités compétentes en matière d'allocations familiales. Les articles 38 à 41 de la loi sur les allocations familiales, du 1er mars 1996, sont applicables.

Art. 22 Dispositions pénales

Les articles 42 et 43 de la loi sur les allocations familiales, du 1er mars 1996, sont applicables aux personnes qui violent les dispositions de la présente loi.

Chapitre VIII Cession, mise en gage et compensation

Art. 23

[1] Le droit aux prestations découlant de la présente loi ne peut être ni cédé ni mis en gage. Toute cession ou mise en gage est nulle.

[2] Peuvent être compensées avec les prestations de base et les allocations échues :

a) les créances découlant de la présente loi;
b) les créances en restitution de prestations complémentaires cantonales à l'AVS et à l'AI.

Chapitre IX Dispositions finales

Art. 24 Exécution

Le Conseil d'Etat est chargé de l'application et édicte les dispositions d'exécution.

Art. 25 Frais initiaux des caisses d'allocations familiales

Les frais initiaux des caisses d'allocations familiales résultant de l'instauration de l'assurance maternité sont à la charge du canton. Ils leur sont remboursés.

Art. 26 Entrée en vigueur

…

ANNEXE

Secrétariat du Grand Conseil **PL 8293**

Projet présenté par le Conseil d'Etat

Date de dépôt: 31 août 2000
Messagerie

Projet de loi
sur l'assurance-maternité (J 5 07)

Le GRAND CONSEIL de la République et canton de Genève
décrète ce qui suit :

Chapitre I Dispositions générales

Art. 1 Objet

Il est institué une assurance-maternité ayant pour but de verser :

a) une allocation pour perte de gain en cas de maternité (allocation de maternité) ou en cas de placement d'un enfant en vue de son adoption (allocation d'adoption) ;
b) le cas échéant, des cotisations aux assurances sociales.

Art. 2 Personnes assujetties et tenues de cotiser

[1] Sont assujetties à la présente loi et tenues de verser des cotisations :

a) les personnes salariées obligatoirement assurées selon la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946 (ci-après loi fédérale) qui travaillent dans le canton de Genève ;
b) les personnes indépendantes obligatoirement assurées selon la loi fédérale qui sont domiciliées dans le canton de Genève ;
c) les personnes domiciliées dans le canton qui payent des cotisations à l'assurance-vieillesse et survivants (ci-après AVS) en tant que salariées d'un employeur non tenu de cotiser ;
d) les employeurs tenus de verser des cotisations selon la loi fédérale qui ont un établissement stable dans le canton de Genève.

[2] Les cotisations sont perçues sur le revenu d'une activité lucrative déterminant pour l'AVS. Leur taux est fixé par le Conseil d'Etat.

[3] Les salariés et les employeurs cotisent à parts égales.

[4] Les cotisations des salariés dont l'employeur n'est pas tenu de payer des cotisations et les cotisations des indépendants sont échelonnées selon un barème dégressif identique à celui des cotisations à l'AVS.

[5] Les cotisations sont perçues sous la forme d'un supplément aux cotisations de l'AVS.

Art. 3 Salariés et indépendants

[1] Sont réputées salariées toutes les personnes qui perçoivent un salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS.

[2] Sont réputées indépendantes toutes les personnes dont le revenu provient d'une activité indépendante au sens de la législation sur l'AVS.

[3] Sont assimilées à des personnes salariées ou indépendantes celles qui touchent des indemnités journalières de l'assurance militaire, d'une assurance-accidents, d'une assurance-maladie et de l'assurance-chômage.

[4] Est réputé employeur quiconque verse une rémunération à un salarié, conformément à l'alinéa 1.

Chapitre II Droit aux prestations

Art. 4 Bénéficiaires

Peuvent bénéficier des prestations prévues dans la présente loi les personnes qui, au moment de l'accouchement ou du placement en vue d'adoption, ont été assujetties à l'assurance régie par la présente loi pendant une année au moins.

Art. 5 Maternité

En cas de maternité, les prestations sont accordées à la mère :

a) si l'enfant est né viable ou
b) si la grossesse a duré au moins 28 semaines ;
c) et, dans les deux cas, pour autant que la mère cesse effectivement le travail pendant le congé de maternité.

Art. 6 Adoption

[1] En cas de placement d'un enfant en vue de son adoption, les prestations sont accordées aux futurs parents adoptifs si, à la date du placement :

a) l'enfant a moins de huit ans révolus ;
b) l'enfant n'est pas celui du conjoint selon l'article 264a, alinéa 3, du Code civil;
c) la personne assurée est en possession de l'autorisation, le cas échéant provisoire, d'accueillir un enfant ;
d) le parent qui demande l'allocation cesse effectivement le travail pendant le congé d'adoption.

[2] En cas d'adoption conjointe ou d'adoption simultanée de plusieurs enfants, les futurs parents adoptifs ne peuvent prétendre qu'une seule fois aux prestations. Celles-ci doivent être versées à la même personne. Les époux choisissent lequel d'entre eux en sera le bénéficiaire.

Art. 7 Durée du droit à l'allocation de maternité

[1] La mère qui remplit les conditions prévues par la présente loi au début du congé de maternité a droit à une allocation pendant seize semaines, à compter de la date de l'accouchement. Ce droit n'est pas subordonné à la reprise du travail à l'échéance du congé de maternité.

[2] La période de versement des allocations de maternité coïncidera toutefois, le cas échéant, avec celle de versement des indemnités journalières spécifiques de maternité au sens de la loi fédérale sur l'assurance-maladie, du 18 mars 1994 (LAMal), quel que soit le montant de l'indemnité journalière assurée conformément à cette loi.

[3] Sont réservées les prestations plus étendues prévues par le droit cantonal, par les conventions collectives de travail ou le contrat individuel de travail.

Art. 8 Durée du droit à l'allocation d'adoption

[1] Lorsqu'un enfant est placé en vue de son adoption, la future mère ou le futur père adoptif a droit à une allocation pendant seize semaines.

[2] Sont réservées les prestations plus étendues prévues par le droit cantonal, par les conventions collectives de travail ou le contrat individuel de travail.

Chapitre III Calcul des prestations

Art. 9 Calcul de l'allocation de maternité ou d'adoption

[1] L'allocation est égale à 80 % du gain assuré.

[2] On entend par gain assuré le revenu de l'activité lucrative déterminant pour le calcul des cotisations à l'AVS ; celui-ci ne peut dépasser le montant maximal déterminant pour l'assurance-accidents obligatoire.

[3] Pour les mères visées à l'article 3, alinéa 2, lettre a, de la loi fédérale, qui ne sont pas encore en âge de cotiser à l'AVS, le gain assuré est calculé sur la base du revenu de l'activité lucrative qui serait théoriquement déterminant pour le calcul des cotisations à l'AVS.

[4] Si la personne bénéficiaire a une activité lucrative irrégulière ou que le revenu de son activité lucrative fluctue fortement, l'allocation est calculée sur la base du revenu obtenu au cours des douze mois qui précèdent la date à laquelle le droit au congé prend effet.

[5] Si la personne bénéficiaire exerce une activité indépendante, l'allocation est calculée sur la base du revenu provenant d'une activité lucrative sur lequel a été perçue la dernière cotisation à l'AVS avant l'accouchement ou le placement de l'enfant en vue de son adoption.

[6] Le Conseil d'Etat fixe le mode de calcul de l'allocation.

Art. 10 Primauté des indemnités fédérales et d'autres indemnités sur l'allocation de maternité ou d'adoption

[1] L'allocation de maternité ou d'adoption n'est versée, pendant la durée prévue par la présente loi, que dans la mesure où, ajoutée aux prestations énumérées ci-dessous, il n'en résulte pas de surindemnisation.

[2] Sont visées les :

a) indemnités journalières versées en cas de maternité par l'assurance-maladie sociale (prestations ordinaires ou prestations spécifiques de maternité) ou par un assureur privé ;
b) indemnités journalières de l'assurance-chômage fédérale et cantonale ;
c) indemnités journalières de l'assurance-invalidité ;
d) indemnités journalières de l'assurance-accidents ;
e) indemnités journalières de l'assurance-militaire ;
f) allocations de maternité versées par le canton ou le pays de domicile.

[3] Est surindemnisée la personne pouvant prétendre à des prestations qui, ensemble, dépasseraient le montant de son salaire ou revenu effectif au moment de l'accouchement ou du placement en vue d'adoption, établi au besoin selon les règles prévues en cas d'absence d'activité lucrative ou de revenu fluctuant.

Chapitre IV Cotisations aux assurances sociales

Art. 11 Paiement des cotisations

[1] Dans la mesure où l'allocation de maternité ou d'adoption est, selon le droit fédéral, soumise à cotisations :

a) de l'assurance-vieillesse et survivants ;
b) de l'assurance-invalidité ;

c) du régime des allocations pour perte de gain en faveur des personnes servant dans l'armée, dans le service civil ou dans la protection civile;
d) de l'assurance-chômage ;
e) des allocations familiales,

celles-ci sont supportées paritairement par le salarié et par l'assurance-maternité.

[2] Dans le cas où il n'y a pas d'employeur tenu à cotisations, ces cotisations sont déclarées et payées par l'assurance-maternité.

[3] Le Conseil d'Etat fixe les modalités d'application et la procédure relatives au paiement des cotisations ainsi dues aux assurances sociales.

Chapitre V Financement

Art. 12 Allocations et cotisations aux assurances sociales

Les allocations prévues par la présente loi et, le cas échéant, les cotisations aux assurances sociales prises en charge par l'assurance-maternité sont financées par :

a) les cotisations des employeurs, des salariés et des indépendants ;
b) les intérêts du Fonds de compensation de l'assurance-maternité.

Art. 13 Couverture des frais d'administration

Les frais d'administration des caisses de compensation liés à l'encaissement des cotisations et au versement des allocations leur sont remboursés par le fonds selon les normes fixées par la législation sur l'assurance-vieillesse et survivants.

Art. 14 Fonds de compensation de l'assurance-maternité

[1] Est créé, sous la dénomination de Fonds cantonal de compensation de l'assurance-maternité, un fonds indépendant, qui est crédité ou débité de toutes les ressources et prestations prévues par la présente loi.

[2] Le fonds est administré par des organes et géré selon des principes semblables à ceux prévus par la législation fédérale en matière de fonds de compensation de l'assurance-vieillesse et survivants.

[3] Les avoirs du fonds ne doivent pas, en règle générale, être inférieurs au tiers des dépenses annuelles de celui-ci.

[4] L'article 110 de la loi fédérale est applicable, dans la mesure où il ne s'agit pas d'impôts dus en application du droit fédéral.

Chapitre VI Organisation

Art. 15 Organes

L’assurance-maternité est gérée par les organes institués par la loi fédérale.

Art. 16 Exercice du droit à l’allocation de maternité ou d’adoption

[1] La personne assurée doit faire valoir son droit à l’allocation auprès de la caisse de compensation compétente et lui fournir tous les documents requis en vertu du règlement d’exécution. Si cette personne n’exerce pas son droit elle-même, l’employeur a qualité pour agir, s’il lui verse le salaire durant la période de paiement de l’allocation.

[2] Le versement de l’allocation est du ressort de la caisse de compensation.

Art. 17 Paiement des prestations

Sous réserve des cas où la salariée ne touche temporairement, pendant la grossesse, ni gain ni salaire et ne bénéficie d’aucun revenu de substitution sous formes d’indemnités journalières d’assurances sociales ou privées, l'allocation est versée en une fois, au plus tard à l'échéance de la seizième semaine, à :

a) l'employeur, s'il paie le salaire pendant la période où l'allocation est due, et dans la mesure de son versement seulement ;
b) la personne assurée, dans tous les autres cas.

Chapitre VII Procédure, voies de droit et dispositions pénales

Art. 18 Application de la législation sur l’AVS

A moins que la présente loi n’en dispose autrement, les dispositions de la législation sur l’AVS s’appliquent par analogie à la procédure, à la responsabilité et à l’exécution, en particulier :

a) à la restitution (répétition de l’indu) ;
b) à la réclamation des prestations non touchées ;
c) à la prescription ;
d) à la responsabilité de l’employeur ;
e) à la responsabilité des caisses de compensation ;
f) à l’obligation de garder le secret.

Art. 19 Voies de droit

Les décisions prises en vertu de la présente loi par les caisses de compensation peuvent faire l'objet d'un recours devant les autorités de recours compétentes en matière d'AVS conformément aux articles 17 à 19 de la loi d'application de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 13 décembre 1947.

Art. 20 Dispositions pénales

Les articles 42 et 43 de la loi sur les allocations familiales, du 1er mars 1996, sont applicables par analogie aux personnes qui violent les dispositions de la présente loi.

Chapitre VIII Cession, mise en gage et compensation

Art. 21 Cession, mise en gage et compensation

[1] Le droit aux prestations découlant de la présente loi ne peut être ni cédé ni mis en gage. Toute cession ou mise en gage est nulle.

[2] Peuvent être compensées avec les allocations échues :

a) les créances découlant de la présente loi ;
b) les créances en restitution de prestations cantonales complémentaires à l'assurance-vieillesse et survivants et à l'assurance-invalidité ;
c) les créances découlant de la législation sur les allocations familiales.

Chapitre IX Dispositions finales et transitoires

Art. 22 Disposition d'application

Le Conseil d'Etat est chargé de l'application de la loi. Il édicte le règlement d'exécution.

Art. 23 Frais initiaux des caisses de compensation

[1] Les frais initiaux des caisses de compensation AVS résultant de l'instauration de l'assurance-maternité sont à la charge du canton. Ils leur sont remboursés.

[2] L'Etat accorde un prêt de 20 000 000 F portant intérêts au fonds pour assurer le démarrage de l'assurance-maternité.

[3] Le Conseil d'Etat fixe les modalités du remboursement des frais initiaux ainsi que du prêt.

Art. 24 Dispositions transitoires

[1] Les mères exerçant une activité lucrative ont droit à l'allocation de maternité si l'enfant est né seize semaines au plus avant l'entrée en vigueur de la présente loi. Les prestations ne sont toutefois versées qu'à partir de la date d'entrée en vigueur et uniquement pour la durée restante du congé de maternité.

[2] L'allocation d'adoption n'est due que si l'enfant est placé en vue de son adoption après l'entrée en vigueur de la présente loi.

Art. 25 Entrée en vigueur

Le Conseil d'Etat fixe la date d'entrée en vigueur de la présente loi.

Certifié conforme
Le chancelier d'Etat : Robert Hensler

EXPOSÉ DES MOTIFS

Mesdames et
Messieurs les députés,

Résumé

A la suite du vote populaire du 13 juin 1999, par lequel le peuple suisse a refusé d'introduire une assurance-maternité fédérale, les autorités genevoises, tenant compte du vote positif du peuple genevois, ont étudié la possibilité d'introduire une assurance-maternité cantonale.

Sur la base des débats parlementaires et, en particulier, des 2 projets de loi 8204 et 8206, le Conseil d'Etat propose au Grand Conseil d'adopter un projet de loi instituant une assurance-maternité cantonale.

Cette assurance-maternité cantonale sera apparentée à l'AVS et au régime APG. Elle sera mise en œuvre par les caisses de compensation, cantonale et professionnelles, appliquant un taux unique de cotisations, les flux financiers étant contrôlés par un fonds de compensation cantonal.

Cette assurance-maternité accordera aux personnes salariées et aux personnes indépendantes une allocation de maternité (ou une allocation d'adoption), égale à 80 % du gain assuré AVS, durant 16 semaines. Elle sera financée par des cotisations paritaires, dont le taux, fixé par le Conseil d'Etat, sera de 0,4 % du salaire déterminant.

Politiquement, juridiquement et techniquement, cette assurance-maternité cantonale s'inscrit parfaitement dans le système des assurances sociales suisses et, en particulier, dans le droit fil des travaux fédéraux menés actuellement, qui pourraient aboutir dans quelques années à une assurance-maternité fédérale, se substituant à l'assurance-maternité cantonale.

1. INTRODUCTION

1.1. Constitution fédérale

La Constitution fédérale, du 18 avril 1999, contient une disposition qui concerne l'assurance-maternité, à l'article 116, dont la teneur est la suivante :

Allocations familiales et assurance-maternité

[1] *Dans l'accomplissement de ses tâches, la Confédération prend en considération les besoins de la famille. Elle peut soutenir les mesures destinées à protéger la famille.*

[2] *Elle peut légiférer sur les allocations familiales et gérer une caisse fédérale de compensation en matière d'allocations familiales.*

[3] *Elle institue une assurance-maternité. Elle peut également soumettre à l'obligation de cotiser les personnes qui ne peuvent bénéficier des prestations d'assurance.*

[4] *Elle peut déclarer l'affiliation à une caisse de compensation familiale et l'assurance-maternité obligatoires, de manière générale ou pour certaines catégories de personnes, et faire dépendre ses prestations d'une juste contribution des cantons.*

L'ancienne Constitution contenait déjà un article 34quinquies, d'une teneur très proche de celle de la disposition actuelle. Cela permet de se référer aux commentaires de l'ancienne Constitution[1]. Voici ce que disait l'article 34quinquies aCst. :

[1] *La Confédération, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés et dans les limites de la Constitution, tient compte des besoins de la famille.*

[2] *La Confédération est autorisée à légiférer en matière de caisses de compensation familiales. Elle peut déclarer l'affiliation obligatoire en*

---

1 Pascal Mahon, art. 34quinquies Cst., Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, éditions Schulthess Polygraphiques SA, Zurich.

général ou pour certains groupes de la population. Elle tient compte des caisses existantes, soutient les efforts des cantons et des associations professionnelles en vue de la fondation de nouvelles caisses et peut créer une caisse centrale de compensation. Elle peut faire dépendre ses prestations financières d'une participation équitable des cantons.

3 ...

4 Les lois édictées en vertu du présent article seront exécutées avec le concours des cantons ; appel pourra être fait à la collaboration d'associations de droit public ou privé.

On sait que l'assurance-maternité fédérale aurait dû être introduite par la LAMat fédérale. Or, le peuple suisse n'en a pas voulu. Cette situation est d'autant plus regrettable que la Suisse s'est engagée à accorder une protection spéciale aux mères avant et après la naissance de l'enfant en ratifiant le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, en vigueur pour notre pays depuis le 18 septembre 1992. C'est pourquoi le Conseil d'Etat et le Grand Conseil, se fondant sur la volonté claire de la population genevoise, ont décidé d'introduire une assurance-maternité cantonale. Tel est le but du présent projet de loi.

1.2. Avis de la doctrine relative à l'article 34quinquies aCst. (116 Cst.)

Référence sera faite ci-après au commentaire de la partie de la disposition constitutionnelle consacrée aux allocations familiales et à celui de la partie qui concerne l'assurance-maternité. Les deux régimes présentent en effet la même particularité : celle de ne pas connaître de régime fédéral exhaustif.

Selon Pascal Mahon[2], l'article 34quinquies aCst. comportait une *« attribution de compétence législative en faveur de la Confédération en matière d'allocations familiales »*. Il s'agissait d'une compétence *« facultative »* et non d'une « *obligation* » [3] .

---

2 Pascal Mahon, art. 34quinquies Cst. N° 54.

3 Pierre-Yves Greber, Droit suisse de la sécurité sociale, Réalités sociales, 1982, p. 508.

Bien qu'il existe une loi fédérale en matière d'allocations familiales (LFA), il faut admettre que la Confédération n'a pas épuisé sa compétence dans ce domaine. Le versement des prestations familiales est ainsi demeuré, pour une large part, dans la sphère de compétence des cantons, *« qui peuvent légiférer – ils n'y sont pas tenus*[4] *– et instituer des régimes d'allocations familiales pour d'autres personnes que celles visées par la législation fédérale (salariés agricoles et petits paysans)* [5]. La doctrine considère qu'il s'agit de compétences concurrentes provisoires ou de compétences avec force dérogatoire différée. Hans Peter Tschudi[6] relève pour sa part que même s'il existait une loi fédérale étendant l'assurance à l'ensemble de la population, les cantons conserveraient la possibilité de légiférer dans ce domaine pour compléter les prestations fédérales, selon le modèle des prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse et survivants et à l'assurance-invalidité (AVS/AI).

Ces réflexions en matière d'allocations familiales pourraient être transposées au domaine de l'assurance-maternité – dans l'hypothèse où l'on voudrait considérer que la Confédération a fait partiellement usage de sa compétence de légiférer en matière d'assurance-maternité en édictant certaines dispositions de la loi fédérale sur l'assurance-maladie. Force serait de constater alors qu'elle n'aurait pas – et de loin – épuisé la question, laissant encore et toujours une large place aux cantons pour légiférer en la matière. On s'accorde donc, en général, à constater que la Confédération n'a pas usé de sa compétence en matière d'assurance-maternité, ou en tout cas ne l'a pas épuisée[7].

Selon Pascal Mahon[8], l'article 34quinquies aCst., à son alinéa 4, «*ne contient pas seulement une attribution de compétence, mais aussi le mandat*[9] *d'instituer une assurance-maternité. Le texte de cette disposition utilise en effet clairement, si on le compare avec celui de l'al. 2, une formule*

---

4 ATF 114 Ia 1.

5 Pascal Mahon, art. 34quinquies Cst. N° 60.

6 Die Stellung der Kantone im Sozialversicherungsrecht, SZS 1994 pp. 161-177.

7 Pierre-Yves Greber, Droit suisse de la sécurité sociale, Réalités sociales, 1982, p. 342.

8 Art. 34quinquies Cst. N° 70.

9 L'auteur cite de nombreuses références.

impérative. Le constituant envisageait, par ce mandat, l'institution d'une assurance-maternité indépendante, formant une branche de sécurité sociale séparée[10]*. On admet cependant, en général, qu'une assurance dépendante, instaurée dans le cadre d'une autre branche de la sécurité sociale, est elle aussi compatible avec la norme constitutionnelle »*[11].

Hans Peter Tschudi admet enfin que même une loi fédérale sur l'assurance-maternité ne priverait pas les cantons de la possibilité de prévoir le versement de prestations complémentaires, sur le modèle des prestations complémentaires à l'AVS/AI[12].

1.3. Interpellation Roth-Bernasconi

L'interpellation Roth-Bernasconi du 14 juin 1999 (N° 99.3253) concernant une assurance-maternité pour les cantons latins a donné l'occasion au Conseil fédéral de préciser sa propre position, qui est celle de la doctrine majoritaire.

Dans sa réponse écrite, le Conseil fédéral relève :

a) que la Constitution fédérale ne donne pas de compétence exclusive à la Confédération, laquelle n'a que partiellement fait usage de sa compétence législative, en matière d'allocations familiales, à savoir dans le domaine de l'agriculture (LFA)[13]. Les cantons sont compétents dans les autres secteurs, la Confédération remplissant un rôle de coordination limité ;

---

10 Hans Peter Tschudi, Die Verfassungsrechtlichen Grundlagen der Sozialversicherung, SZS 1979 pp. 81 ss ; Jean-Louis Duc, art. 34bis Cst, Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Editions Schulthess Polygraphiques SA, Zurich.

11 Hans Peter Tschudi, *in* Der lange Weg zur Mutterschaftsversicherung (eine Zwischenbilanz), SZS 1989 pp. 1 - 12 ; Entstehung und Entwicklung der schweizerischen Sozialversicherungen, Helbing & Lichtenhahn 1989, pp. 114 ss.

12 Die Stellung der Kantone im Sozialversicherungsrecht, SZS 1994 pp. 161-177.

13 Pascal Mahon, Les allocations familiales, *in* Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, F. Schlauri/P. Mahon, Besondere Entschädigungssysteme, Helbing & Lichtenhahn, 1998, p. 122 N° 8.

b) que divers cantons se sont inspirés du régime fédéral des prestations complémentaires pour mettre en place des régimes de prestations dites de besoin en faveur des parents ;

c) qu'après le rejet de la LaMat, le 13 juin 1999, les cantons pourraient, par analogie, continuer à légiférer en matière d'assurance-maternité et réglementer dans ce cadre le cercle des assurés, les prestations et le financement. Un accord intercantonal créateur de droit serait même concevable pour réaliser une assurance-maternité entre plusieurs cantons ;

d) s'agissant de l'organisation et de l'application de cette loi, les cantons pourraient s'appuyer – comme ils l'ont fait en matière d'allocations familiales – sur les réglementations et structures existantes des assurances sociales de la Confédération, le Conseil fédéral se déclarant disposé à exercer une fonction de coordination dans ce domaine.

2. « COMPÉTENCE RÉSIDUELLE » DU CANTON

2.1 Compétence cantonale

La répartition des compétences dans un Etat fédéral est d'une importance cruciale. Aux termes de l'article 3 Cst., les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale[14]. Cette disposition *« consacre le système de la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons »*, la première possédant et ne pouvant exercer *« que les compétences que la Constitution lui attribue, toutes les autres appartenant aux seconds. »* L'article 3 Cst. *« institue en d'autres termes une clause générale de compétence en faveur des cantons, lesquels conservent toutes les compétences que la Constitution n'attribue pas à la Confédération »*[15]. S'agissant des compétences attribuées à la Confédération, il faut encore relever que : *« l'énumération des compétences fédérales dans la Constitution est donc exhaustive, sous réserve toutefois des compétences*

---

14 Andreas Auer, Giorgio Malinveni et Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse, volume I, Staempfli Editions SA, Berne 2000, pp. 323 ss, 339 ss.

15 *Op. cit.* N° 945.

implicites, inhérentes ou coutumières. Si l'énumération est complète, la répartition effective des compétences qui en résultent ne l'est pas, dans la mesure où les cantons restent généralement compétents aussi longtemps que la Confédération n'a pas légiféré, ou qu'elle ne l'a pas fait de façon exhaustive… »[16].

Si le système de l'article 3 Cst. semble prévoir une alternative simple –soit la compétence appartient à la Confédération et les cantons n'ont plus rien à dire, soit la Constitution est muette et la compétence est cantonale –, la « *réalité constitutionnelle est infiniment plus complexe* »[17]. « *L'adoption d'une législation fédérale dans le domaine qui ressortit à une compétence fédérale ne signifie toutefois pas nécessairement que toute compétence cantonale disparaît, que toute législation cantonale est impossible. Loin s'en faut. Le plus souvent, la législation fédérale est en effet partielle, incomplète, laissant aux règles cantonales le soin d'occuper les espaces non couverts, de combler les lacunes, lesquelles peuvent être plus ou moins importantes. Des compétences cantonales provisoires peuvent donc subsister* »[18]. « *Les rapports entre compétences fédérales et compétences cantonales se modifient au moment où la Confédération, se fondant sur la disposition constitutionnelle, fait usage de la compétence que celle-ci lui attribue. Elle le fait en principe sous forme de lois fédérales, conformément à l'article 164, al. 1, let. e Cst. Ces dernières ont pour effet de restreindre la compétence des cantons, en tant que ceux-ci ne peuvent pas prendre ou appliquer de règles qui vont à l'encontre du sens et de l'esprit de la législation fédérale* »[19].

Ainsi, il est possible d'affirmer sans équivoque que le canton de Genève est aujourd'hui compétent pour légiférer en matière d'assurance-maternité. Le jour où la Confédération aura fait usage de sa compétence en la matière, il faudra seulement réexaminer la loi cantonale.

2.2. Réponse du Conseil fédéral à l'interpellation Roth-Bernasconi

La suite donnée par le Conseil fédéral à l'interpellation Roth-Bernasconi répond donc de manière positive à la question de savoir si les cantons ont la

---

16 *Op. cit.* N° 946.

17 *Op. cit.* N° 984.

18 *Op. cit.* N° 985.

19 *Op. cit.* N° 976.

compétence d'instituer une assurance-maternité. On ne se trouve du reste pas, dans ce domaine, en présence d'un problème fondamentalement différent de celui rencontré en matière d'allocations familiales, où la question a pu être réglée de manière satisfaisante. Mais le Conseil fédéral n'a pas abordé une question qui paraît pourtant importante, soit celle du respect de certaines règles du droit fédéral dans le domaine de la protection de la maternité. En effet, si la LaMat a été rejetée par le peuple, cela ne signifie pas – on l'a déjà vu – que le droit fédéral soit totalement muet sur cette protection[20]. Il existe au contraire des normes dont il y aura lieu de tenir compte aussi bien en élaborant le droit cantonal qu'en appliquant celui-ci.

2.3. Règles de droit fédéral déjà existantes

Ainsi, la LAMal contient des règles en matière de soins en rapport avec une grossesse et un accouchement, règles qui ne réalisent cependant pas le mandat constitutionnel d'introduire l'assurance-maternité. La grossesse pathologique ouvre droit aux mêmes prestations qu'en cas de maladie. Quant à la grossesse normale, qui n'est pas une maladie, elle permet l'octroi de prestations dites spécifiques de maternité qui, normalement, ne seraient pas à la charge de l'assurance. Il n'entre pas dans les intentions du Conseil d'Etat de compléter ce catalogue des prestations spécifiques de maternité par le versement de prestations de droit cantonal. Cette question ne sera donc pas examinée plus avant.

La LAMal contient également un titre consacré à l'assurance facultative d'une indemnité journalière, qui est conçue de manière à accorder aux assurées une protection en cas de maternité, avec un congé de maternité de seize semaines, dont huit au moins après l'accouchement. Dans ce domaine aussi, il faut faire la distinction entre grossesse normale et grossesse pathologique. En effet, si l'on admet communément que la grossesse n'est en soi pas une maladie (grossesse dite normale), une grossesse qui s'accompagne de troubles de santé (grossesse dite pathologique) est habituellement considérée comme une maladie. Cela permettra à certaines travailleuses assurées contre la maladie par une indemnité journalière de bénéficier d'un revenu de substitution du salaire dès avant le début du droit aux prestations spécifiques de maternité de l'assurance-maladie, pour ensuite

---

20 Voir en particulier FF 1997 IV 885, Message du 25 juin 1997 du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur l'assurance-maternité (LAMat).

toucher les prestations spécifiques de maternité de la LAMal, non subordonnées à une incapacité de travail.

Une partie de la doctrine a proposé de ne pas assimiler la grossesse et l'accouchement aux causes énumérées à l'alinéa 1 de l'article 324a CO. Elle n'a cependant pas été suivie, la doctrine majoritaire identifiant la grossesse à une maladie, ce qui a pour conséquence que la travailleuse qui tombe malade au cours de sa première année d'activité, et cela pendant trois semaines, n'aura pas droit à son salaire si elle accouche la même année (son droit aura été épuisé par la maladie). Il en va de même si la grossesse et l'accouchement sont antérieurs à la maladie et ont donné lieu au versement du salaire durant trois semaines. La question est aujourd'hui définitivement tranchée : le Tribunal fédéral a jugé que la mention de la grossesse à l'alinéa 3 de l'article 324a CO élargit le catalogue non exhaustif des motifs d'empêchement de travailler de l'alinéa 1. Selon la Haute Cour, la disposition ne figure dans un alinéa distinct que pour montrer que le droit au salaire en cas de grossesse est indépendant de la condition d'absence de faute prévue à l'alinéa 1 et qu'il existe sans que la grossesse ait besoin d'être qualifiée de maladie. Le salaire n'est ainsi dû, la première année de service, que pendant trois semaines à la femme qui a été malade trois semaines et accouche durant la même année, et vice-versa. La LAMal fédérale aurait modifié cela en partie, dès lors que le congé de maternité n'aurait pas été compté au nombre des causes de l'article 324a alinéa 1 CO (article 329h nouveau CO qui aurait été introduit par la nouvelle loi).

Il n'est dès lors pas exact de dire que la Confédération n'a pas fait usage du tout de sa compétence dans le domaine de la protection de la maternité. Mais, comme précédemment relevé, cela ne devrait pas priver les cantons de la possibilité de prévoir des régimes d'assurance-maternité, à condition de tenir compte des règles du droit fédéral existantes. Les exemples, évoqués par le Conseil fédéral, des régimes de prestations dites de besoin en faveur des parents destinées à compléter ceux des prestations complémentaires et des allocations familiales en sont la preuve.

C'est le lieu de signaler une pratique sur laquelle le Tribunal fédéral des assurances n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer. C'est celle qui consiste, pour un assureur au sens de la LAMal, à partager l'indemnité journalière désirée par un candidat en une indemnité (souvent peu importante) garantie dans le cadre de cette loi d'assurance sociale, et une indemnité (beaucoup plus considérable) assurée conformément aux règles du droit privé (à savoir celles de la LCA, dans le cadre d'une assurance complémentaire). Or,

en LCA, il est possible de supprimer la protection garantie par la LAMal en matière de maternité. Il y a incontestablement là une manœuvre destinée à éluder les règles d'une assurance sociale (celle régie par la LAMal), ce qui ne devrait pas être toléré. Il n'en demeure pas moins qu'une loi cantonale instituant l'assurance-maternité doit tenir compte du régime institué par la LAMal. On n'oubliera pas que la protection résultant de l'application des dispositions de la LAMal n'est donnée que si la personne concernée a souscrit une assurance d'indemnité journalière, et jusqu'à concurrence de l'indemnité convenue seulement.

Enfin, on ne saurait ignorer les problèmes de coordination avec le droit du travail. Il importe en particulier de bien comprendre l'articulation des articles 324a et b CO et de ne pas perdre de vue les conditions d'application de la seconde de ces dispositions. De même, il faut tenir compte de la loi fédérale sur le travail. Ces questions de coordination sont ainsi examinées au point 4 du présent exposé des motifs.

2.4. Financement paritaire

Quant à la question de savoir s'il est possible de recourir à un financement paritaire d'une assurance-maternité instituée par le droit cantonal, elle est facile à résoudre si l'on considère que la règle, dans le domaine des assurances sociales, est de recourir à un tel système de financement, encore qu'il existe des domaines dans lesquels il n'est pas perçu de cotisations du tout, ou seulement des cotisations d'employeur. La compétence dont disposent les cantons d'introduire une assurance-maternité implique certainement celle de prévoir un financement paritaire. En effet, il n'existe aucune norme du droit fédéral qui l'interdise. Une référence à l'ancienne LAMA est à cet égard intéressante. L'article 34bis Cst. n'évoquait pas le problème du financement de l'assurance-maladie qui devait être mise en place. Or, le législateur fédéral avait introduit dans la loi un article 2 dont l'alinéa 1 disposait que les cantons pouvaient déclarer obligatoire l'assurance en cas de maladie, en général ou pour certaines catégories de personnes, et obliger les employeurs à veiller au paiement des contributions de leurs employés obligatoirement assurés à des caisses publiques, mais sans toutefois pouvoir astreindre les employeurs eux-mêmes à des contributions. Bien que l'argument ne soit pas décisif, il est permis de penser que l'ancienne LAMA n'aurait pas contenu une telle disposition si les cantons n'avaient pas eu la compétence d'instituer un régime de cotisations paritaires.

Il faut ajouter que certaines dispositions de la Constitution prescrivent expressément d'adopter un système de cotisations paritaires dans le domaine des assurances sociales (voir les articles 112 alinéa 2, 113 alinéa 3, 114 alinéa 3 Cst.). Mais elle le fait pour imposer un tel régime (règle qui lierait les cantons, le cas échéant). Le silence de l'article 116 Cst. en matière d'assurance-maternité ne peut que signifier liberté d'instituer à l'échelon fédéral ou cantonal n'importe quel régime de financement : par les seuls assurés, par les seuls employeurs, par le seul Etat, par les employeurs et les salariés, avec ou sans apport de deniers publics.

Il serait au demeurant absurde d'interdire aux cantons d'introduire un financement paritaire de l'assurance-maternité alors que la LAMat fédérale l'aurait instauré.

3. ORGANISATION DE L'ASSURANCE-MATERNITÉ CANTONALE

3.1. Les deux organisations possibles

Comme le montrent les deux projets de loi 8204 et 8206, l'assurance-maternité peut être organisée en se fondant soit sur les caisses d'allocations familiales, soit sur les caisses de compensation AVS.

Après avoir pris en compte tous les éléments d'appréciation, le Conseil d'Etat se prononce pour une assurance-maternité cantonale conçue comme un système analogue à l'AVS plutôt que pour une assurance-maternité conçue comme un système analogue aux allocations familiales.

Ainsi, l'assurance-maternité cantonale sera apparentée à l'AVS et au régime APG, mise en œuvre par les caisses de compensation, cantonale et professionnelles, appliquant un taux unique de cotisations, les flux financiers étant contrôlés par un fonds de compensation cantonal.

Ce choix permettra une administration plus rapide, plus sûre et moins coûteuse, les caisses de compensation disposant d'applicatifs informatiques pour le traitement des APG pouvant facilement être adaptés aux besoins de l'assurance-maternité pour le calcul et le versement des allocations. En outre, l'existence d'un fonds cantonal de compensation – sur le modèle de fonds de compensation de l'AVS – ne permettra pas seulement d'avoir une vue

transparente de la situation financière de l'assurance-maternité : il favorisera aussi une politique de placement plus rentable, les intérêts de la fortune du fonds venant consolider les finances de l'assurance.

Par ailleurs, cette solution fondée sur la solidarité constitue la base la plus solide pour défendre le principe du taux unique, appliqué par plusieurs organes, qui découle de l'AVS qui, depuis plus de 50 ans, a démontré la cohérence et l'efficacité du système.

Enfin, politiquement, juridiquement et techniquement, cette solution s'inscrit parfaitement dans le système des assurances sociales suisses et, en particulier, dans le droit fil des travaux fédéraux menés actuellement, qui pourraient aboutir dans quelques années à une assurance-maternité fédérale se substituant à l'assurance-maternité cantonale.

3.2. Considérations juridiques et techniques

Le Conseil fédéral estime que l'organisation et l'application d'une loi cantonale sur l'assurance-maternité peuvent s'appuyer sur les réglementations et structures existantes des assurances sociales de la Confédération.

Ainsi, on peut affirmer que les caisses de compensation AVS peuvent être chargées de gérer une assurance-maternité de droit cantonal. En effet, l'article 63 LAVS énumère les obligations des caisses de compensation. L'alinéa 3 de cette disposition autorise le Conseil fédéral à confier d'autres tâches que celles qu'elle énumère, «dans les limites de la présente loi». L'alinéa 4 autorise la Confédération à confier aux caisses de compensation des tâches ressortissant à d'autres domaines, en particulier en matière de soutien des militaires et de protection de la famille. Les cantons et les associations fondatrices peuvent faire de même avec l'approbation du Conseil fédéral. Les articles 130 à 133 du Règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS) apportent les précisions nécessaires. Ainsi, l'article 130 RAVS dispose que d'autres tâches ne pourront être confiées aux caisses de compensation par les cantons et associations fondatrices que si celles-ci ressortissent aux assurances sociales, à la prévoyance sociale et professionnelle, ou à la formation et au perfectionnement professionnels, à condition de ne pas nuire à l'application régulière de l'AVS. L'article 131 RAVS prescrit la procédure à suivre, soit l'envoi d'une requête écrite à l'OFAS comportant l'indication des nouvelles tâches et des mesures d'organisation prévues. L'OFAS se prononce sur la requête, avec possibilité de poser certaines conditions. Un retrait de l'autorisation peut intervenir en cas de mise en danger de l'application régulière de l'AVS. L'article 132 RAVS enfin prévoit une indemnisation adéquate à raison des tâches confiées.

Une assurance-maternité est sans nul doute du domaine de la protection de la famille tel que l'entend l'article 63, alinéa 4 LAVS. Il résulte de ce qui précède que la gestion de l'assurance-maternité peut être confiée aux caisses

de compensation AVS, en respectant certaines règles du droit fédéral. La prise de position du Conseil fédéral dans sa réponse à l'interpellation Roth-Bernasconi indique que cette voie peut être suivie sans difficultés particulières. Il faut seulement respecter la procédure de l'article 131 RAVS, en déposant une requête à l'OFAS.

4. AUTRES DISPOSITIONS DU DROIT FÉDÉRAL À PRENDRE EN CONSIDÉRATION

Le droit fédéral contient des dispositions de nature à influencer le contenu d'une loi cantonale instituant une assurance-maternité. L'on a déjà évoqué la LAMal. Il faut encore mentionner le Code des obligations et la loi fédérale sur le travail.

Il importe de bien comprendre l'articulation des articles 324a et b CO et de ne pas perdre de vue les conditions d'application de la seconde de ces dispositions. L'article 324a pose le principe, en autorisant une exception à ce principe à son alinéa 4 déjà ; l'article 324b consacre d'autres exceptions au même principe.

4.1. Article 324a CO

[1] *Si le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part pour des causes inhérentes à sa personne, telles que maladie, accident, accomplissement d'une obligation légale ou d'une fonction publique, l'employeur lui verse le salaire pour un temps limité, y compris une indemnité équitable pour le salaire en nature perdu, dans la mesure où les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois.*

[2] *Sous réserve de délais plus longs fixés par accord, contrat-type de travail ou convention collective, l'employeur paie pendant la première année de service le salaire de trois semaines et, ensuite, le salaire pour une période plus longue fixée équitablement, compte tenu de la durée des rapports de travail et des circonstances particulières.*

[3] *En cas de grossesse et d'accouchement de la travailleuse, l'employeur a les mêmes obligations.*

[4] *Un accord écrit, un contrat-type de travail ou une convention collective peut déroger aux présentes dispositions à condition d'accorder au travailleur des prestations au moins équivalentes.*

L'employeur ne doit le salaire que si l'empêchement de travailler n'est pas dû à une faute du travailleur. Il va de soi qu'une grossesse ne saurait être fautive, même si elle intervient hors mariage.

La mise au monde d'un enfant prématuré, ou mort-né, ou encore le cas de l'avortement légal ou non, etc., devront être réglés le cas échéant à partir des règles définissant les conditions du droit aux prestations en cas de maternité. A défaut de maternité, on aura en principe affaire à une maladie. Cette remarque est importante pour déterminer qui, de l'assurance ou de l'employeur, doit intervenir dans un cas donné.

A noter qu'une grossesse, voire une atteinte à la santé, n'est pas toujours propre à entraîner une incapacité de travail. L'arrêt de travail devra être médicalement justifié, pour que le droit au salaire existe.

La question se présente autrement pour le congé de maternité institué par la LAMal, congé qui pourra être pris, dès avant l'accouchement le cas échéant, sans égard à une incapacité de travail. L'assurée est libre d'arrêter le travail - et de toucher les prestations assurées - du seul fait de la grossesse huit semaines avant l'accouchement (article 74, alinéa 2 LAMal).

Il faut dès lors se demander si la travailleuse qui prend son congé de maternité LAMal viole ses obligations découlant du contrat de travail puisqu'elle serait en mesure de travailler. Tel ne devrait pas être le cas, car l'on voit mal une loi fédérale conférer aux travailleuses un droit dont la jouissance puisse conduire à la résiliation des rapports de service avec effet immédiat (licenciement pour justes motifs). La prise du congé de maternité LAMal ne saurait donc constituer un juste motif au sens des articles 337 ss CO. Il ne devrait pas en être autrement en présence d'un congé de maternité institué par une loi cantonale. Mais le droit cantonal ne saurait aggraver la situation faite à l'employeur par le droit fédéral qui, par le biais de la LAMal, n'impose à celui-ci (indépendamment de la question du droit au salaire) que l'obligation de s'accommoder d'un congé de maternité de seize semaines au maximum. Par ailleurs, une remarque similaire peut être faite à propos de la loi fédérale sur le travail. Cela impose une stricte coordination

entre congé de maternité selon le droit fédéral et congé de maternité selon le droit cantonal.

La durée de versement du salaire en cas d'empêchement non fautif du travailleur est proportionnelle au temps passé dans l'entreprise. La loi ne fait que fixer un minimum à l'alinéa 2 : trois semaines durant la première année de service. Ensuite, cette durée doit être augmentée « équitablement ». La pratique a développé des échelles, à valeur indicative si elles ne sont pas incorporées dans un contrat individuel de travail (CIT) ou dans une convention collective de travail (CCT). En présence de circonstances particulières, il est donc possible de s'en écarter. La plus connue est l'échelle bernoise (soit celle du Tribunal des prud'hommes de la Ville de Berne).

Il faut bien retenir que :

- le droit au salaire durant un temps limité est calculé pour chaque année de service ;
- pour l'ensemble des absences intervenant dans chaque année de service (et non pas pour chaque cas d'absence).

Il y a toutefois lieu de prendre garde au fait que le paiement du salaire en application de l'article 324a CO n'est pas prévu par la loi au-delà de la fin du CIT.

4.2. Régimes conventionnels autorisés par la loi

La faculté offerte par l'article 324a alinéa 4 CO est très importante et, surtout, elle peut présenter un grand intérêt pour le travailleur. Elle permet de remplacer le salaire dû en cas d'empêchement de travailler pour une raison inhérente à la personne du travailleur par d'autres prestations. Il s'agit du régime qu'avaient institué les CCT sous l'empire de l'ancien droit. L'employeur était tenu de contribuer, à raison de la moitié au moins, au paiement des cotisations d'assurance-maladie/indemnité journalière. Les prestations assurées étaient généralement inférieures au salaire mais versées pendant très longtemps.

Par CCT ou par accord écrit des parties au CIT, il est possible de mettre sur pied un accord dérogeant à la loi, pour autant qu'il assure au travailleur des conditions au moins équivalentes. La formule la plus fréquente est celle de

l'assurance dont les prestations vont libérer l'employeur de son obligation, mais à certaines conditions seulement.

La notion d'équivalence est difficile à cerner. On peut apprécier cette équivalence concrètement, ou au contraire abstraitement. Selon la méthode concrète, on se demandera *a posteriori*, dans chaque cas, si le travailleur a reçu son dû. Tel ne sera pas le cas de celui qui, malade deux fois deux semaines en deux ans et soumis à un délai d'attente de trois jours, aura reçu de l'assurance chaque année onze indemnités représentant le 80 % du salaire, et non quatorze indemnités représentant le plein salaire. Si l'on applique la méthode abstraite, en revanche, on constatera que, de manière générale, il est plus intéressant d'avoir la garantie d'être payé le cas échéant à 80 % pendant 720 jours que d'être assuré de toucher son plein salaire pendant trois semaines lors de la première année de service.

Le Tribunal fédéral, suivant la majorité de la doctrine, a opté pour la méthode abstraite : il a jugé qu'une indemnité journalière de 60 % du salaire payable pendant 360 jours, 50 % des primes étant à la charge de l'employeur, satisfaisait déjà à l'exigence d'équivalence ; il a estimé qu'il en allait de d'une indemnité journalière de 80 % du salaire payable dès le 3e jour pendant 720 jours, deux tiers des primes étant à la charge de l'employeur[21].

Un certain nombre de problèmes sont susceptibles de se poser, qui ne seront pas examinés ici (assurance insuffisante, assurance différée, non-respect de l'obligation contractuelle de l'employeur d'assurer les travailleurs, etc.). On rappellera en revanche que les assurances d'indemnité journalière, en tant que moyen à disposition des employeurs pour se libérer de leur obligation de verser le salaire, peuvent être conclues dans le cadre de la LAMal : dans ce cas, une protection de la maternité pendant seize semaines sera donnée au niveau du salaire, jusqu'à concurrence de l'indemnité souscrite. Elles peuvent également être conclues dans le cadre de la LCA : dans ce cas, la maternité pourra être exclue de la couverture, ou n'être assurée

---

21 SJ 1982 p. 574. On retrouve ces chiffres de 60 à 80 % *in* Beobachter Ratgeber, Glattbrugg 1989. Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Haupt, Berne - Stuttgart - Wien 1996, N° 23 ad 324a ; Adrian Staehelin, Das Obligationenrecht, 3. Auflage Nos 62 et suivants ad 324a.

que moyennant une surprime. Cette distinction a des incidences sur les obligations de l'employeur selon l'article 324a CO.

1. Article 324b CO

[1] *Si le travailleur est assuré obligatoirement, en vertu d'une disposition légale, contre les conséquences économiques d'un empêchement de travailler qui ne provient pas de sa faute mais est dû à des raisons inhérentes à sa personne, l'employeur ne doit pas le salaire lorsque les prestations d'assurance dues pour le temps limité couvrent les quatre cinquièmes au moins du salaire afférent à cette période.*

[2] *Si les prestations d'assurance sont inférieures, l'employeur doit payer la différence entre celles-ci et les quatre cinquièmes du salaire.*

[3] *Si les prestations d'assurance ne sont versées qu'après un délai d'attente, l'employeur doit verser pendant cette période quatre cinquièmes au moins du salaire.*

En principe, l'employeur doit le salaire intégral, en cas d'empêchement de travailler au sens de l'article 324a CO et aux conditions prévues. L'article 324b CO introduit cependant des exceptions à ce principe. Les conditions prévues sont :

a) une assurance obligatoire ;
b) résultant d'une disposition légale ;
c) fournissant au moins le 80 % du salaire, en cas d'empêchement de travailler pour des raisons inhérentes à la personne du travailleur, sans qu'il y ait faute de la part de ce dernier.

Dès lors, une assurance facultative ou même une assurance obligatoire en vertu d'un CTT ou d'une CCT, voire d'un CIT ne libère pas l'employeur de son obligation, sous réserve de la possibilité offerte à l'article 324a alinéa 4 CO, possibilité qu'il ne faut pas confondre avec le régime institué par l'article 324b CO.

Les conséquences économiques visées sont la perte de gain découlant de l'empêchement de travailler.

Les assurances concernées sont, sur le plan fédéral :

- l'assurance-accidents obligatoire (LAA) ;
- le régime des APG (LAPG) ;
- l'assurance militaire (LAM) ;
- l'AI (en tant qu'elle verse des indemnités journalières ; LAI)[22].

Il en eût été de même de la LAMat fédérale, si elle était entrée en vigueur. La question de savoir si une assurance obligatoire sur le plan cantonal – telle l'assurance-maternité projetée – suffit pour que l'employeur soit libéré est controversée. Avant l'entrée en vigueur de la LAA, l'assurance obligatoire des agriculteurs posait problème. L'article 98 nouveau de la loi fédérale sur l'agriculture déclare désormais la législation sur l'assurance-accidents applicable aux exploitations agricoles[23]. Reste le cas des marins. P.A. Berthoud[24] estime que l'article 324b CO ne s'applique pas et que l'employeur est tenu de verser le salaire selon l'article 324a alinéa 1 CO[25]. Les règles spéciales posées pour les ouvriers agricoles et les marins, qui justifiaient la non-application de l'article 324b CO pour certains auteurs, n'existent pas en matière de protection de la maternité, de sorte qu'il n'y aurait aucune raison de ne pas appliquer l'article 324b CO à l'assurance-maternité genevoise.

---

22 Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Haupt, Berne - Stuttgart - Wien 1996, No 2 *ad* 324b; Edwin Schweingruber, Commentaire du Contrat de travail selon le CO (traduction. A. Laissue), Union syndicale suisse, Berne 1975 No 2 *ad* 324b ; *contra* Ch. Brunner, J.-M. Bühler, J.-B- Waeber, Commentaire du contrat de travail, 2e édition, Réalités sociales, Lausanne, 1996, No 1 *ad* 324b; " Arbeitsgericht " de Zürich (JAR 1988 pp. 217 ss.

23 Voir Edwin Schweingruber, Commentaire du contrat de travail, Union syndicale suisse, 1975, p. 96 ; Adrian Staehelin, Das Obligationenrecht, 3. Auflage, Nos 7 à 9 *ad* CO 324b.

24 Le droit du travailleur au salaire en cas d'empêchement de travailler, thèse de Lausanne, 1976.

25 C'est également l'opinion défendue par Manfred Rehbinder, Berner Kommentar, Band VI, Das Obligationenrecht, der Arbeitsvertrag 2. Abt., 2. Teilbd. (Art. 319-362 OR,), 1. Abschn. Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330a OR, Staempfli & Cie AG, Bern 1985, p. 357 No 2 *ad* 324b. Voir aussi Adrian Staehelin, Das Obligationenrecht, 3. Auflage, Nos 7 à 9 *ad* CO 324b ainsi que Philippe Gnaegi, Le droit du travailleur au salaire en cas de maladie, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1996, pp.186-187.

La durée de l'obligation de l'employeur de compléter les prestations insuffisantes de l'assurance, à concurrence de 80 % du salaire, est la même que celle prévue à l'article 324a CO[26]. La garantie de 80 % du salaire durant le temps limité ne va pas au-delà. Lorsque l'assurance a payé le 80 % du salaire durant cette période, le travailleur n'a plus de prétention contre l'employeur pour la même année de service ; un empêchement ultérieur, pendant la même année de service, n'ouvrira pas droit au salaire pendant un temps limité.

La circonstance qu'une assurance obligatoire ne supporte pas elle-même la charge totale de l'indemnité versée au travailleur mais garantisse le minimum fixé à l'article 324b CO en complétant le cas échéant des prestations d'un autre assureur ne devrait pas s'opposer à la libération de l'employeur de payer le salaire.

Il va de soi que la travailleuse dont le salaire dépasse le plafond du gain assuré dans le cadre de la LAMat aura droit, en application de l'article 324b alinéa 2 CO, à la différence entre l'allocation LAMat qu'elle touchera et le 80 % de son salaire[27].

L'on pourrait se demander s'il y a encore place, dans un canton ayant introduit une assurance-maternité, pour l'application de l'article 324a alinéa 4 CO. Certainement, dans la mesure au moins où le versement d'allocations de maternité est complémentaire à celui des prestations de l'assurance conclue dans le cadre de l'article 324a alinéa 4 CO. Dans la mesure où l'employeur est libéré de son obligation de verser le salaire en cas de maladie et de maternité par un accord conforme aux exigences de l'article 324a alinéa 4 CO, l'assurance-maternité sera libérée de ses propres obligations, dans le cadre de l'article 324b CO[28].

---

26 Philippe Gnaegi, Le droit du travailleur au salaire en cas de maladie, thèse 1996, Le droit du travail en pratique, vol. 13, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich 1997.

27 FF 1997 IV 942.

28 Dans le même sens, sans doute, Ullin Streiff et Adrian von Kaenel, Arbeitsvertrag, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, Verlag Organisator, 5ème édition, 1992, p. 175 No 32 ; Manfred Rehbinder, Berner Kommentar, Band VI, Das Obligationenrecht, der Arbeitsvertrag 2. Abt., 2. Teilbd. (Art. 319-362 OR,), 1. Abschn. Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330a OR, Staempfli & Cie AG, Bern 1985, p. 361. Voir également Philippe Gnaegi, Le droit du travailleur au salaire en cas de

4.4. Loi fédérale sur le travail (LTr)

Selon l'article 35 LTr, les femmes enceintes ne peuvent être occupées que si elles y consentent et jamais au-delà de l'horaire ordinaire de travail. Sur simple avis, elles peuvent se dispenser d'aller au travail ou le quitter. Les accouchées ne peuvent être occupées pendant les huit semaines qui suivent l'accouchement; à leur demande, l'employeur peut toutefois raccourcir œtte période jusqu'à six semaines, à condition que le rétablissement de la capacité de travail soit attesté par un certificat médical. Même après huit semaines dès l'accouchement, les mères qui allaitent leur enfant ne peuvent être occupées que si elles y consentent. L'employeur leur donnera le temps nécessaire pour l'allaitement.

La LTr a subi une modification le 20 mars 1998, entrée en vigueur le 1er août 2000. La modification en question porte en particulier sur la protection des femmes enceintes et des mères qui allaitent (articles 35 ss). Les intéressées doivent être occupées de telle sorte que leur santé et celle de l'enfant ne soient pas compromises. Les conditions de travail devant être aménagées en conséquence, l'ordonnance pouvant même interdire certains travaux. Nouveauté intéressante, les femmes enceintes et les mères qui allaitent qui ne peuvent être occupées à des travaux adaptés à leur état ont droit au 80 % de leur salaire (article 35). Les rapports entre cette règle et celle de l'article 324a CO, qui confère un droit au plein salaire pendant un temps limité, ne seront pas examinés dans le cadre de cet avis. Mais comment coordonner une assurance-maternité de droit cantonal avec l'article 35 LTr ?

Cette disposition ne fait apparemment qu'accorder un droit supplémentaire à la travailleuse, en tout cas lorsque celle-ci n'est pas au bénéfice d'une assurance d'indemnité journalière au sens de la LAMal – dont résulte pour la travailleuse un congé de maternité de seize semaines. L'article 35 LTr lui permettra, dans certaines circonstances, de ne pas travailler tout en conservant un droit à 80 % de son salaire. Si cela est bien exact, une assurance-maternité de droit cantonal versera les prestations prévues et l'employeur sera libéré dans la même mesure qu'en cas d'application de l'article 324b CO. En effet, on verrait mal que l'employeur tenu de verser le

---

maladie, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1996, pp. 186, 195 ss.

salaire selon l'article 35 LTr se trouve dans une situation moins favorable que celle réglée à l'article 324a CO.

5. COÛT ET FINANCEMENT

Sur la base de différents paramètres (nombre de femmes actives, nombre de femmes actives entre 15 et 49 ans, taux de fécondité, nombre de naissances vivantes, volume des salaires du canton, volume des salaires des femmes actives entre 15 et 49 ans estimé sur la base de l'égalité de salaire, etc.), la Caisse cantonale de compensation AVS a estimé que le nombre de demandes de prestations s'élèverait à environ 3000 dossiers par an. L'indemnisation des salaires se monterait à environ 48 millions de francs par année pour une durée de 16 semaines.

Afin d'assurer le financement de l'assurance-maternité cantonale (prestations et frais d'administration), le taux de cotisations paritaires devrait se situer, au plus, à 0,4 % du salaire déterminant, cette charge sociale étant supportée paritairement par les employeurs et par les salariés.

Aucune estimation fiable n'est possible pour les indépendants après 6 mois d'application du nouveau régime des allocations familiales. Toutefois, la Caisse cantonale de compensation est d'avis que les apports des indépendants pourraient vraisemblablement diminuer légèrement le taux des salariés.

Enfin, l'Etat de Genève devrait accorder un prêt de 20 millions de francs portant intérêts au Fonds cantonal de compensation afin d'assurer le démarrage de l'assurance-maternité cantonale (cf. article 23 alinéa 2 du projet de loi).

6. COMMENTAIRE PAR ARTICLE

Article 1

Les deux projets de loi 8204 et 8206 renvoyés à la Commissions des affaires sociales ne retiennent pas l'allocation de base en cas de maternité. L'allocation de base du projet fédéral n'a en effet pas sa raison d'être à

Genève dans la mesure où il y aurait surindemnisation avec l'allocation de naissance ou d'accueil du régime des allocations familiales.

Il n'appartient pas à une loi cantonale de définir l'assiette des cotisations à des assurances fédérales. En revanche, celle-ci peut contenir des dispositions sur la prise en charge des cotisations qui devraient être perçues, selon ce même droit, sur les prestations d'une assurance-maternité de droit cantonal.

Article 2

L'article 2 ne concerne que l'assujettissement, qui comprend les salariés ainsi que les indépendants, et l'obligation de cotiser.

Pour prévenir d'éventuels abus, une règle adéquate consiste à subordonner le droit aux prestations à la condition qu'au moment de la naissance ou de l'adoption l'assujettissement à l'assurance existe depuis au moins un an. Cette condition de durée de l'assujetissement figure à l'article 4 de la loi.

Les questions de financement et de surindemnisation sont réglées dans d'autres dispositions examinées ci-après.

Article 3

Selon le droit fédéral, sont assimilées à des personnes salariées ou indépendantes celles qui touchent des indemnités journalières de l'assurance militaire, d'une assurance-accidents, d'une assurance-maladie, de l'assurance-chômage et, pour mémoire, de l'assurance-invalidité. Ces dernières sont comprises dans le revenu déterminant AVS et ne doivent donc pas être mentionnées dans la loi cantonale (article 6, alinéa 2 RAVS).

Article 4

Cette disposition prévoit la condition de la durée d'assujettissement. Elle retient une année plutôt que trois mois pour se placer sur le plan des principes généralement appliqués pour prévenir d'éventuels abus ou des spéculations.

Article 5

Les deux conditions de viabilité ou de grossesse de 28 semaines sont généralement admises.

On peut se demander si la travailleuse a l'interdiction de renoncer à son congé de maternité pour travailler et toucher le cas échéant un salaire ainsi que les allocations légales. L'esprit de ce projet de loi commande de subordonner le versement des allocations LAMat à la prise effective du congé de maternité, malgré les difficultés que l'on pourra rencontrer lorsqu'il s'agira de contrôler le respect de cette condition. La conclusion serait la même si l'on se plaçait du point de vue de l'interdiction de la surindemnisation.

Une réserve concernant des prestations plus étendues éventuellement prévues par le droit cantonal, par une convention collective de travail ou par le contrat individuel de travail, figure dans les dispositions concernant la surindemnisation, aux articles 7 et 8 du projet de loi.

Enfin, le décès du nouveau-né n'entraîne pas l'obligation de restituer les allocations touchées.

Article 6

Le cas de l'adoption simultanée de plusieurs enfants a été prévu.

Dans ce cadre également, il faut se demander si le bénéficiaire de l'allocation en cas d'adoption a l'interdiction de renoncer à son congé d'adoption pour travailler et toucher le cas échéant un salaire ainsi que les allocations légales. Comme pour la maternité, l'esprit du projet de loi commande de subordonner le versement des allocations LAMat à la prise effective du congé d'adoption.

Enfin, l'échec de l'adoption n'entraîne pas l'obligation de restituer les allocations touchées.

Article 7

S'agissant de la durée du droit, le choix de seize semaines devrait permettre la meilleure coordination possible avec la LAMal.

En outre, il faut faire coïncider les périodes de versement des prestations LAMat et LAMal, de manière à éviter :

a) que la durée du congé de maternité diffère selon qu'il existe ou non une assurance d'indemnité journalière régie par la LAMal (selon laquelle huit semaines d'indemnisation peuvent être placées avant la date prévue pour l'accouchement) et

b) que la prise obligatoire du congé de maternité à partir de l'accouchement ne conduise à un congé de vingt-quatre semaines (huit semaines selon la LAMal et seize semaines selon la LAMat), ce qui aggraverait la situation de l'employeur définie par le droit fédéral et, partant, ne serait pas admissible.

Article 8

Cette disposition reprend la durée de 16 semaines, traitant de manière identique la naissance et l'adoption.

Article 9

Il est important de donner au Conseil d'Etat la compétence de régler aussi le cas du conjoint travaillant sans salaire dans l'entreprise de l'autre.

Article 10

Le seul versement des allocations de maternité conduirait à une sous-indemnisation institutionnalisée étant donné que ces allocations représentent seulement 80 % du gain assuré. Or, cela n'est pas souhaitable, vis-à-vis des personnes qui, jouissant d'un revenu élevé, cotisent à une assurance d'indemnité journalière LAMal ou privée. Ce qu'il faut éviter, c'est une surindemnisation, la référence étant alors en principe le gain ou revenu perdu.

Le titre de l'article 12 de la loi fédérale sur l'assurance-maternité qui a visiblement inspiré les projets 8204 et 8206, ne correspondait pas au contenu de cette disposition : il faisait penser – comme cela ressort très bien du texte allemand du projet du Conseil fédéral – à la priorité de l'intervention de l'assurance-maternité et de ses prestations (selon le modèle, par exemple, des dispositions de la LPP réglant les cas de concours entre l'assurance militaire ou l'assurance-accidents et le régime de la prévoyance professionnelle AVS/AI). Or, le texte de l'article 12 de la loi fédérale avait une portée bien différente, puisqu'il excluait le versement de toute prestation des assureurs que cette disposition mentionnait lorsqu'il existait un droit aux allocations de maternité, cela au nom de l'interdiction de la surindemnisation.

Il faut garder à l'esprit que la protection prévue par la LAMal n'est donnée que si la personne concernée a souscrit une assurance d'indemnité journalière, et encore jusqu'à concurrence de l'indemnité convenue seulement. D'autre part, il existe une pratique, dont la légalité est douteuse, qui consiste à partager l'indemnité assurée : une, réduite à un minimum, régie par la LAMal, et l'autre, beaucoup plus considérable, soumise à la LCA. Les cas de concours avec l'assurance-maladie peuvent concerner des grossesses normales (ouvrant droit aux prestations dites spécifiques de maternité) ou des grossesses pathologiques (ouvrant droit aux prestations dues en cas de maladie). Il n'y a pas de raison de traiter différemment ces formes de grossesse, comme le faisait la loi fédérale sur l'assurance-maternité, du point de vue de la surindemnisation, sous peine de créer des inégalités de traitement insupportables. Il faut encore rappeler la règle posée à l'article 7 du présent projet de loi voulant que la période d'indemnisation selon la LAMat coïncide avec celle du versement des prestations spécifiques de maternité au sens de la LAMal.

Au vu de ce qui précède, le projet de loi institue la primauté des prestations dues en application du droit fédéral et confère un caractère complémentaire aux allocations de maternité cantonales. Il va de soi que la travailleuse dont le salaire dépasse le plafond du gain assuré dans le cadre de la LAMat aura droit, en application de l'article 324b alinéa 2 CO, à la différence entre l'allocation LAMat qu'elle touchera et le 80 % de son salaire réel (voir FF 1997 IV 942).

Enfin, s'agissant de l'allocation de naissance du régime des allocations familiales, le présent projet ne la supprime pas. En effet, cette prestation ne fait pas double emploi avec l'allocation de maternité ou d'adoption, les buts poursuivis étant différents.

Article 11

La détermination de l'assiette des cotisations dues aux assurances sociales fédérales est de la seule compétence de la Confédération. Il est possible en revanche de prévoir une prise en charge par l'assurance-maternité d'une partie des cotisations qui, en vertu du droit fédéral, seraient dues aux assurances sociales fédérales sur les allocations de maternité de droit cantonal.

D'autre part, il faut encore rappeler que le droit cantonal ne peut pas prescrire le maintien obligatoire et intégral des conditions d'assurance de la prévoyance professionnelle pendant la durée de versement de l'allocation, maintien non prévu par la loi fédérale sur la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité.

Article 12

Le projet propose la création d'un fonds de compensation sur le modèle de l'assurance-vieillesse. Les règles relatives aux cotisations figurent à l'article 2.

Article 13

Le remboursement des frais aux caisses de compensation AVS doit se faire selon les prescriptions de la législation fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (article 132 RAVS).

Article 14

La solution du fonds de compensation, qui présuppose un taux unique de cotisation, doit être préférée à celle de la péréquation partielle. Le droit cantonal ne saurait exonérer le fonds d'impôts dus en vertu du droit fédéral.

Article 15

L'assurance-maternité peut être gérée par les organes institués par la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (caisses de compensation), ainsi que cela ressort de l'article 63, alinéa 4 de la LAVS. Cette possibilité a été préférée à une solution qui aurait consisté à charger les caisses d'allocations familiales de cette tâche. En effet, les caisses de compensation sont parfaitement à même d'assumer cette charge qui suppose une autorisation des autorités fédérales qui sera obtenue sans difficultés au regard de la réponse du Conseil fédéral à l'interpellation Roth-Bernasconi. En outre, c'était la voie choisie par le législateur dans la loi fédérale sur l'assurance-maternité et ce serait sans nul doute celle qui serait adoptée dans le cadre d'une autre loi instituant une assurance-maternité au niveau fédéral.

Articles 16 et 17

L'employeur qui verse à une collaboratrice en congé de maternité une partie de son salaire seulement ne pourra pas toucher la totalité de l'allocation de maternité, mais seulement une part proportionnelle au salaire payé. Une telle manière de procéder de l'employeur permet aux assurés de toucher plus rapidement tout ou partie des prestations légales.

Telles sont les raisons pour lesquelles, Mesdames et Messieurs les députés, le Conseil d'Etat a l'honneur de soumettre le présent projet de loi sur l'assurance-maternité à votre bienveillante approbation.