

Avant-propos

La dissociation entre temps de travail et temps libre est fille de la révolution industrielle du début du 19^e siècle. La mise en place progressive, tant en droit privé qu'à travers le droit public du travail, d'une réglementation assez stricte du temps de travail et du temps de repos (durée journalière et hebdomadaire de travail, travail supplémentaire, durée du repos, pauses, congés et vacances) a toujours été considérée comme un des principaux acquis de la protection des travailleuses et des travailleurs. Cela vaut d'ailleurs aussi pour les nouvelles dispositions en matière de congés introduites récemment dans le Code des obligations.

Depuis quelques décennies, avec le développement du télétravail, notamment, que la pandémie de Covid-19 a littéralement « boosté » ces toutes dernières années, mais aussi avec l'apparition et l'extension d'autres formes de travail « atypiques » (travail sur appel, économie de plateformes, etc.), on assiste cependant à une pression vers une flexibilisation accrue de la relation de travail, notamment sous l'angle temporel. On ne connaît pas encore tous les enjeux de cette flexibilisation, notamment sur la réglementation traditionnelle du temps de travail et de repos, dont certains milieux se demandent si elle n'est pas devenue obsolète, mais aussi en termes d'effets sur les assurances sociales.

C'est pour tenter de répondre à ces questions que nous avons organisé à l'Université de Neuchâtel, le 12 mai 2023, sous l'égide du Centre d'étude des relations de travail (CERT), un colloque dédié à ces thématiques.

Cet ouvrage comprend les actes du colloque sous la forme de six articles rédigés par sept contributrices et contributeurs actives et actifs dans le barreau, l'enseignement et/ou la recherche.

Nos vifs remerciements vont en premier lieu aux auteur·e·s qui ont rédigé des contributions de qualité malgré leur emploi du temps chargé. Ils s'adressent aussi à Mesdames Lilla Balazs (MLaw), Joanna David (cheffe de projet auprès de Schulthess éditions romandes, à Genève) et Anouk Gillibert (collaboratrice administrative à l'Université de Neuchâtel), pour leur collaboration diligente et appréciée à la confection de l'ouvrage.

Neuchâtel, mai 2023

Prof. Jean-Philippe Dunand
Prof. Pascal Mahon
Codirecteurs du CERT
Prof. Valérie Défago

Table des matières

Table des abréviations.....	IX
-----------------------------	----

Première partie : Congés et vacances en droit privé

Panorama des nouveaux congés du Code des obligations (articles 329g à 329j CO).....	1
------------------------------------------------------------------------------------------------	----------

Marie Major

Responsable des secteurs juridique et formation du Tribunal des prud'hommes
de Genève, titulaire du brevet d'avocat, CAS en droit du travail

Les vacances dans le CO – Quelques aspects choisis.....	33
----------------------------------------------------------------	-----------

Eric Cerottini

Docteur en droit, avocat, spécialiste FSA en droit du travail

Le temps libre garanti par les CCT : congés, réduction du taux d'occupation et déconnexion.....	61
------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

Karine Lempen

Professeure à l'Université de Genève

Deuxième partie : Droits de la fonction publique

Vacances et congés en droit de la fonction publique.....	91
-----------------------------------------------------------------	-----------

Aurélien Witzig

Docteur en droit, avocat, professeur titulaire à l'Université de Neuchâtel,
chargé de cours à UniDistance, chargé d'enseignement à l'Université de Genève

La flexibilisation du temps de travail dans la fonction publique.....	125
------------------------------------------------------------------------------	------------

Valérie Défago

Professeure à la Faculté de droit à l'Université de Neuchâtel

Vincent Jobin

Assistant-doctorant à la Faculté de droit à l'Université de Neuchâtel

Troisième partie : Aspects de sécurité sociale

Les incidences de la flexibilisation du temps de travail sur les assurances sociales.....161

Stéphanie Perrenoud

Docteure en droit, greffière auprès du Tribunal fédéral,
chargée d'enseignement à l'Université de Neuchâtel

Table des abréviations

<i>ab initio</i>	à l'origine, dès le départ
Abs.	Absatz
ABSH	Amtsbericht des Obergerichts an den Kantonsrat Schaffhausen
aConst.	Ancienne constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101
<i>ad</i>	à
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
AI	assurance-invalidité
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (= PJA)
al.	alinéa(s)
aLAI	Ancienne loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959, RS 831.20
aLPP	Ancienne loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982, RS 831.40
aLTr	Ancienne loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail) du 13 mars 1964, RS 822.11
aOACI	Ancienne ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (Ordonnance sur l'assurance-chômage) du 31 août 1983, RS 837.02
APG	allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité
aRAI	Ancien règlement sur l'assurance-invalidité du 17 janvier 1961, RS 831.201
art.	article(s)
Art.	Artikel
ARV	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung (= DTA)
ATA	Arrêt de la Chambre administrative de la Cour de justice genevoise
ATAF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal administratif fédéral
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
AVS	assurance-vieillesse et survivants
BJM	Basler juristische Mitteilungen
BO	Bulletin officiel
BSK	Basler Kommentar
BVG	Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982, SR 831.40
c.	considérant(s)
CAAadop	Circulaire 318.717 sur l'allocation d'adoption de l'OFAS
CaMaPat	Circulaire 318.710 sur les allocations de maternité et de paternité de l'OFAS
CAPC	Circulaire 318.716 sur l'allocation de prise en charge de l'OFAS

Table des abréviations

CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210
CCT	convention collective de travail
CDE	Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, RS 0.107
CEDEF	Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979, RS 0.108
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, RS 0.101
cf.	conférer
CF	Conseil fédéral
CFF	Chemins de fer fédéraux suisses
CGD-N	Commission de gestion du Conseil national
CGSS	Cahiers genevois et romands de sécurité sociale
ch.	chiffre(s)
chap.	chapitre(s)
CHSS	Sécurité sociale, publication de l'OFAS
cit.	cité·e·s
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJ/GE	Cour de justice du canton de Genève
CN	Conseil national
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911, RS 220
COFF	Commission fédérale pour les questions familiales
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CR	Commentaire romand
CSDE	Conférence suisse de délégué·e·s à l'égalité
CSSS-E	Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats
CSSS-N	Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101
Cst./GE	Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012, RS/GE A 2 00
Cst./NE	Constitution de la République et canton de Neuchâtel du 24 septembre 2000, RSN 101
DAFam	Directives pour l'application de la loi fédérale sur les allocations familiales LAFam de l'OFAS
DFAE	Département fédéral des affaires étrangères
DFF	Département fédéral des finances
DIN	Directives sur les cotisations des travailleurs indépendants et des personnes sans activité lucrative dans l'AVS, AI et APG de l'OFAS
DTA	Revue de droit du travail et d'assurance-chômage (= ARV)

éd.	édition
édit.	éditeur·s
ég.	également
EGMR	Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, SR 0.101
EPF	Ecole polytechnique fédérale
<i>et al./et alii</i>	et les autres personnes
<i>etc./et cetera</i>	et les autres choses
ex.	exemple(s)
FamPra	La pratique du droit de la famille
FF	Feuille fédérale
FUV/BS	Verordnung betreffend Ferien und Urlaub der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Kantons Basel-Stadt (Ferien- und Urlaubsverordnung) vom 6. Juli 2004, SG 162.410
FZG	Bundesgesetz über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsgesetz) vom 17. Dezember 1993, SR 831.42
GG/BS	Gewerbliches Schiedsgericht des Kantons Basel-Stadt
HAVE	Haftung und Versicherung (= REAS)
HRC	Hôpital Riviera-Chablais
I.	interpellation
<i>ibid./ibidem</i>	au même endroit
<i>id./idem</i>	le même auteur
<i>i.e./id est</i>	c'est-à-dire
<i>i.f./in fine</i>	à la fin
ILO	International Labour Organization (= OIT)
<i>infra</i>	plus bas
INL	Procédure d'initiative législative
Iv. pa.	initiative parlementaire
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts
JT/JdT	Journal des Tribunaux
LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981, RS 832.20
LAC/GE	Loi sur l'administration des communes du 13 avril 1985 du canton de Genève, RS/GE B 6 05
LACI	Loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (Loi sur l'assurance-chômage) du 25 juin 1982, RS 837.0
LAFam	Loi fédérale sur les allocations familiales et les aides financières allouées aux organisations familiales (Loi sur les allocations familiales) du 24 mars 2006, RS 836.2

Table des abréviations

LAI	Loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959, RS 831.20
LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994, RS 832.10
LAMat/GE	Loi instituant une assurance en cas de maternité et d'adoption du 21 avril 2005 du canton de Genève, RS/GE J 5 07
LAPG	Loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité (Loi sur les allocations pour perte de gain) du 25 septembre 1952, RS 834.1
<i>lato sensu</i>	au sens large
LAVS	Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946, RS 831.10
LEg	Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995, RS 151.1
LEp	Loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles (Loi sur les épidémies) du 28 septembre 2012, RS 818.101
let./lit.	lettre(s)
LFLP	Loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (Loi sur le libre passage) du 17 décembre 1993, RS 831.42
<i>loc. cit./loco citato</i>	à l'endroit cité
LPAC/GE	Loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 du canton de Genève, RS/GE B 5 05.
LPart	Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe (Loi sur le partenariat) du 18 juin 2004, RS 211.231
LPers	Loi fédérale sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000, RS 172.220.1
LPers/VD	Loi sur le personnel de l'Etat de Vaud du 12 novembre 2001, RS/VD 172.31
LPGA	Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000, RS 830.1
LPMA	Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée du 18 décembre 1998, RS 810.11
LPol/GE	Loi sur la police du 9 septembre 2014 du canton de Genève, RS/GE F 1 05
LPP	Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982, RS 831.40
LS	Loseblattsammlung des Kantons Zürich
LSt/NE	Loi sur le statut de la fonction publique du 28 juin 1995 du canton de Neuchâtel, RSN 152.510
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005, RS 173.110
LTr	Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail) du 13 mars 1964, RS 822.11
LVLAFam/VD	Loi d'application de la loi fédérale sur les allocations familiales et sur des prestations cantonales en faveur de la famille du 23 septembre 2008 du canton de Vaud, RS/VD 836.01

MIOPE	Mémento des instructions de l'Office du Personnel de l'Etat du Canton de Genève
Mo.	motion
N	note(s) marginale(s)
nbp	note de bas de page
n°	numéro(s)
not.	notamment
OACI	Ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (Ordonnance sur l'assurance-chômage) du 31 août 1983, RS 837.02
OAdo	Ordonnance sur l'adoption du 29 juin 2011, RS 211.221.36
OAFam	Ordonnance sur les allocations familiales du 31 octobre 2007, RS 836.21
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques (= OECD)
OEC	Ordonnance sur l'état civil du 28 avril 2004, RS 211.112.2
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development (= OCDE)
OFAS	Office fédéral des assurances sociales
OFS	Office fédéral de la statistique
OG/SH	Obergericht des Kantons Schaffhausen
OIT	Organisation internationale du travail
OLAA	Ordonnance sur l'assurance-accidents du 20 décembre 1982, RS 832.202
OLT 1	Ordonnance 1 relative à la loi sur le travail du 10 mai 2000, RS 822.111
OLT 2	Ordonnance 2 relative à la loi sur le travail (Dispositions spéciales pour certaines catégories d'entreprises ou de travailleurs) du 10 mai 2000, RS 822.112
ONU	Organisation des nations unies
O-OPers	Ordonnance du DFF concernant l'ordonnance sur le personnel de la Confédération du 6 décembre 2001, RS 172.220.111.31
O-OPers-DFAE	Ordonnance du DFAE concernant l'ordonnance sur le personnel de la Confédération du 20 septembre 2002, RS 172.220.111.343.3
OPer/JU	Ordonnance sur le personnel de l'Etat du 29 novembre 2011 du canton de Jura, RS/JU 173.111
OPers	Ordonnance sur le personnel de la Confédération du 3 juillet 2001, RS 172.220.111.3
OPers/BE	Ordonnance sur le personnel du 18 mai 2005 du canton de Berne, RS/BE 153.011.1
OPers-EPF	Ordonnance du Conseil des EPF sur le personnel du domaine des écoles polytechniques fédérales (Ordonnance sur le personnel du domaine des EPF) du 15 mars 2001, RS 172.220.113
OPP 2	Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 18 avril 1984, RS 831.441.1

Table des abréviations

OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220
Ordonnance-Cadre	
LPers	Ordonnance-cadre relative à la loi sur le personnel de la Confédération du 20 décembre 2000, RS 172.220.11
p./pp.	page/pages
par./para.	paragraphe(s)
p. ex.	par exemple
PG/ZH	Personalgesetz des Kantons Zürich vom 27. September 1998, LS 177.10
phr.	phrase(s)
PJA	Pratique Juridique Actuelle (= AJP)
Po.	postulat
RAI	Règlement sur l'assurance-invalidité du 17 janvier 1961, RS 831.201
RAMA	Assurance-maladie et accidents – Jurisprudence et pratique administrative
RAPG	Règlement sur les allocations pour perte de gain du 24 novembre 2004, RS 834.11
RAVS	Règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947, RS 831.101
RCC	Revue à l'intention des caisses de compensation AVS et de leurs agences, des commissions AI et des offices régionaux AI, des organes d'exécution des prestations complémentaires à l'AVS/AI, du régime des allocations pour perte de gain en faveur des militaires et des personnes astreintes à servir dans l'organisation de la protection civile, ainsi que des allocations familiales
RCSAC/GE	Règlement sur les cadres supérieurs de l'administration cantonale du 22 décembre 1975 du canton de Genève, RS/GE B 5 05.03
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RDS	Revue de droit suisse (= ZSR)
REAS	Responsabilité et Assurances (= HAVE)
réf.	référence(s)
RForm/VD	Règlement sur la formation continue du 9 décembre 2002 du canton de Vaud, RS/VD 172.31.2
RLPers/VD	Règlement d'application de la loi du 12 novembre 2001 sur le personnel de l'Etat de Vaud du 9 décembre 2002, RS/VD 172.31.1
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RPAC/GE	Règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 24 février 1999 du canton de Genève, RS/GE B 5 05.01
RPers/FR	Règlement du personnel de l'Etat du 17 décembre 2002 du canton de Fribourg, RS/FR 122.70.11
RPPE/GE	Règlement concernant les prestations complémentaires aux magistrats et aux membres du personnel de l'Etat en cas d'accidents du 21 décembre 1983 du canton de Genève, RS/GE B 5 05.09

RS	Recueil systématique des lois fédérales (ou cantonales)
RSAS	Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle (= SZS)
RS/BE	Recueil systématique de la législation bernoise
RS/FR	Recueil systématique de la législation fribourgeoise
RS/GE	Recueil systématique de la législation genevoise
RSN	Recueil systématique de la législation neuchâteloise
RS/VD	Recueil systématique de la législation vaudoise
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (= SJZ)
RStCE/GE	Règlement fixant le statut des membres du corps enseignant primaire, secondaire et tertiaire B du 12 juin 2002 du canton de Genève, RS/GE B 5 10.04
RStFM/GE	Règlement fixant le statut des membres du personnel exerçant des fonctions manuelles du 21 juin 1967 du canton de Genève, RS/GE B 5 05.18
RSt/NE	Règlement général d'application de la loi sur le statut de la fonction publique du 9 mars 2005 du canton de Neuchâtel, RSN 152.511
RTS	Radio Télévision Suisse
RTTr	Règlement sur le temps de travail dans l'administration cantonale du 29 novembre 2011 du Canton de Valais, RS/VS 172.211
s./ss	suivant/suivants
SARB	Schweizerisches Arbeitsrecht, Rechtsprechung
SECO	Secrétariat d'Etat à l'économie
SG	Systematische Gesetzessammlung des Kantons Basel-Stadt
SJ	Semaine Judiciaire
spéc.	spécialement
SSR	Société suisse de radiodiffusion et télévision
<i>supra</i>	plus haut
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge (= RSAS)
TAF	Tribunal administratif fédéral <i>ou</i> arrêt non publié du Tribunal administratif fédéral
TA/GE	Tribunal administratif du canton de Genève
TC/JU	Tribunal cantonal du canton de Jura
TF	Tribunal fédéral <i>ou</i> arrêt non publié du Tribunal fédéral
TFA	Tribunal fédéral des assurances
trad.	traduction
TREX	Der Treuhandexperte/L'expert judiciaire
TRIPAC/VD	Tribunal de prud'hommes de l'Administration cantonale du canton de Vaud
UE	Union européenne
UNICEF	United Nations Children's Fund (= Fonds des Nations Unies pour l'enfance)

Table des abréviations

UNIGE	Université de Genève
UNINE	Université de Neuchâtel
VG/ZH <i>ou</i>	
VGer/ZH	Verwaltungsgericht des Kantons Zürich
VVO/ZH	Vollzugsverordnung zum Personalgesetz des Kantons Zürich vom 19. Mai 1999, LS 177.111
y. c.	y compris
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (= RDS)

Première partie :

Congés et vacances en droit privé

MARIE MAJOR

Panorama des nouveaux congés du Code des obligations (articles 329g à 329j CO)

Sommaire	Page
I. Introduction	2
II. Notion de « congé » : en un clin d'œil	3
III. Les nouveaux congés, en général	5
A. Le congé de paternité (art. 329g CO)	6
1. Buts et délimitations	6
2. Conditions d'exercice	7
a) Contrat de travail	7
b) Lien de filiation avec le nouveau-né	7
c) Naissance de l'enfant	8
d) Preuve	9
3. Modalités pratiques	9
a) Calcul du droit	9
b) Fixation des dates	10
4. Rémunération	10
5. Fin des rapports de travail	11
B. Le congé pour la prise en charge de proches (art. 329h CO)	13
1. Buts et délimitations	13
2. Conditions d'exercice	14
a) Contrat de travail	14
b) Lien avec un « membre de la famille » ou partenaire	14
c) Atteinte à la santé	15
d) Nécessité de prise en charge	15
e) Preuve	16
3. Modalités pratiques	16
a) Calcul du droit	16
b) Fixation des dates	18
4. Rémunération	18
5. Fin des rapports de travail	18
C. Le congé pour enfant gravement malade (art. 329i CO)	18
1. Buts et délimitations	18
2. Conditions d'exercice	19
a) Contrat de travail	19
b) Parentalité ou équivalent	19
c) Interruption de l'activité lucrative	20

d) Atteinte grave à la santé en raison d'une maladie ou d'un accident	20
e) Preuve	22
3. Modalités pratiques	22
a) Calcul du droit	22
b) Fixation des dates	23
4. Rémunération	23
5. Fin des rapports de travail	24
D. Le congé d'adoption (art. 329j CO)	24
1. Buts et délimitations	24
2. Conditions d'exercice	25
a) Contrat de travail	25
b) Âge de l'enfant	25
c) Perspective d'adoption et accueil de l'enfant	26
d) Preuve	27
3. Modalités pratiques	27
a) Calcul du droit	27
b) Fixation des dates	27
4. Rémunération	28
5. Fin des rapports de travail	29
IV. Conclusion et perspectives	29
Bibliographie	31

I. Introduction

Longtemps, la Suisse a été classée parmi les derniers pays de l'OCDE en matière de politique familiale. Selon une étude menée par l'UNICEF en 2021, la Suisse se trouvait 38^e sur 41 pays, notamment en l'absence de congés rémunérés pour les nouveaux parents¹.

Pourtant, depuis plus d'une décennie, des initiatives, postulats et motions parlementaires foisonnent sur diverses thématiques visant à permettre une meilleure coordination entre les vies professionnelles et familiales. Protection de la maternité avant l'accouchement², congé parental de quatorze semaines, droit à un congé de paternité en cas de décès néonatal³, prolongation du congé de maternité en cas de grossesse multiple⁴, soutien pour

¹ GROMADA/RICHARDSON, p. 7.

² Motion « *Protection de la maternité avant l'accouchement* » (Mo. 21.3283 ; Elisabeth Baume-Schneider), déposée le 18 mars 2021.

³ Motion « *Le droit au congé de paternité ne doit pas s'éteindre en cas de décès néonatal* » (Mo. 22.4013 ; Sarah Wyss), déposée le 27 septembre 2022.

⁴ Initiative parlementaire « *Prolonger le congé maternité en cas de grossesse multiple* » (Iv. pa. 22.445 ; Fabien Fivaz), déposée le 16 juin 2022.

les femmes confrontées à une fausse couche ou à une mort périnatale⁵, protection des jeunes pères contre le licenciement⁶, protection des femmes politiques lors du congé de maternité⁷ : un grand nombre de propositions ont été régulièrement formulées et débattues.

Parallèlement, les récentes réformes en droit des familles ont reconfiguré les constellations familiales prévalant jusqu'alors. Par exemple, la réforme du droit de l'adoption, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018⁸ et le mariage pour toutes et tous⁹, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2022 ont redéfini les liens familiaux¹⁰.

Dans un tel contexte, il est apparu nécessaire de créer, d'étendre, voire de préciser le champ des dispositions légales existantes pour répondre à un même et réel besoin : (ré)concilier les vies professionnelles et familiales.

Plusieurs initiatives ou postulats ont ainsi abouti et, avec l'entrée en vigueur du congé d'adoption le 1^{er} janvier 2023, le Code des obligations dénombre désormais cinq articles sur sept consacrés aux congés en lien avec des situations familiales. Quatre d'entre eux ont été adoptés au cours des deux dernières années.

Avant de présenter ces nouveaux congés du Code des obligations (art. 329g à 329j CO) (Partie III.), nous commencerons par un bref aperçu de la notion de « congé » (Partie II.).

II. Notion de « congé » : en un clin d'œil

En droit privé du travail, selon le Code des obligations, si le terme de « congé » désigne généralement une période de temps non travaillé, il dénote d'une certaine subtilité puisqu'il recoupe plusieurs catégories de « congés ». Selon le type de congé, les conséquences juridiques qui en découlent ne sont pas les mêmes.

Tout d'abord, à l'instar du congé hebdomadaire (art. 329 al. 1 CO), le terme « congé » est utilisé pour désigner une période définie de temps libre (*Freizeit* ; ou « temps libre au sens

⁵ Initiative parlementaire du Tessin « *Un soutien pour les femmes confrontées à une fausse couche ou à une mort périnatale* » (22.308) du 9 mai 2022.

⁶ Motion « *Protéger les jeunes pères contre le licenciement* » (Mo. 21.3733 ; Greta Gysin), déposée le 16 juin 2021.

⁷ Initiative parlementaire du canton de Lucerne « *Femmes politiques en congé maternité* » (20.323) du 8 juillet 2020.

⁸ Code civil suisse, modification du 17 juin 2016 (Droit de l'adoption), RO 2017 3699, FF 2015 835.

⁹ Code civil suisse, modification du 18 décembre 2020 (Mariage pour tous), RO 2021 747, FF 2019 8127, 2020 1223.

¹⁰ GUILLOD/BURGAT, p. 8.

étroit ») durant laquelle la personne salariée ne travaille pas et peut vaquer à ses occupations personnelles. Dans ce premier cas, la personne salariée n'est pas rémunérée, puisqu'elle n'est pas tenue de travailler¹¹. Cela signifie aussi que, si elle se trouve empêchée de bénéficier de son temps libre, par exemple pour cause de maladie, elle ne peut prétendre au remplacement du congé¹².

Dans un autre contexte, le mot congé désigne des « périodes d'interruption prises sur le temps de travail »¹³, autorisées par l'employeur ou la loi à la survenance de certains événements (*Urlaub*)¹⁴ ; par exemple, le congé usuel (art. 329 al. 3 CO), le congé pour les activités de jeunesse extrascolaires (art. 329e CO) ou, précisément, les nouveaux congés du Code des obligations (art. 329f à 329j CO), soit ceux résultant d'événements familiaux (congé de maternité, congé de paternité, etc.).

Précisons encore que les congés usuels de l'article 329 al. 3 CO sont occasionnés par des affaires personnelles urgentes (par exemple, un rendez-vous de dentiste ou un déménagement) ou des événements familiaux (par exemple, le mariage, le décès d'un proche)¹⁵. Historiquement, ces congés dits usuels regroupaient également la naissance, l'adoption ou la maladie d'un enfant¹⁶.

La durée de ces congés (*Urlaub*) peut être plus ou moins variable selon leur but. Ainsi, il peut s'agir de quelques heures d'absence (congé usuel pour un rendez-vous médical) à plusieurs semaines (congé de paternité), voire plusieurs mois (congé de maternité ou congé pour enfant gravement atteint dans sa santé).

La personne salariée est libérée de l'obligation de travailler et l'absence de prestation pendant cette période ne peut être sujette à compensation. Selon les cas et parfois, selon les usages, l'employeur sera tenu de payer le salaire pendant le congé¹⁷. S'agissant de la fixation des dates des congés usuels, les parties tiennent équitablement compte des intérêts de la personne salariée et de l'employeur (art. 329 al. 4 CO).

¹¹ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 1 ; CEROTTINI, *Le droit aux vacances*, pp. 47 s. ; CR CO I-DIETSCHY-MARTENET, N 5 ; SUBILIA/DUC, *ad art. 329 CO*, p. 352 ; WYLER/HEINZER, p. 480.

¹² BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 1 *ad art. 329 CO*.

¹³ CEROTTINI, *Le droit aux vacances*, p. 48.

¹⁴ CEROTTINI, *Le droit aux vacances*, p. 57.

¹⁵ SUBILIA/DUC, N 13 ; WITZIG, N 1171.

¹⁶ DUNAND/LEMPEN/PERDAEMS, N 363 ; STREIFF/VON KAENEL, N 6 *ad art. 329 CO* ; SUBILIA/DUC, N 14.

¹⁷ DUNAND/LEMPEN/PERDAEMS, N 363 ; SUBILIA/DUC, N 17 ; Cf. sur cette question CEROTTINI, *Commentaire*, N 24 *ad art. 329 CO*.

Notons encore que le congé se distingue des vacances (art. 329a CO) qui est une période durant laquelle la personne salariée est payée pour se reposer et récupérer sa capacité de travail¹⁸.

Enfin, les empêchements de travailler (art. 324a et 324b CO) sont évidemment distincts des congés en tant qu'ils recourent des situations où la personne salariée est « incapable d'exercer son activité » (par exemple, en raison d'une maladie) ou « dans l'impossibilité de l'exercer » (par exemple, en raison de l'accomplissement d'une fonction publique ou d'une obligation légale)¹⁹. Nous verrons cependant que, dans certains cas, ces deux notions convergent.

III. Les nouveaux congés, en général

A travers la présente contribution nous étudierons la portée des différents congés nouvellement instaurés par le Code des obligations, à savoir²⁰ :

- A. Le congé de paternité (art. 329g CO)
- B. Le congé pour prise en charge de proches (art. 329h CO)
- C. Le congé pour prise en charge d'un enfant gravement atteint dans sa santé en raison d'une maladie ou d'un accident (art. 329i CO)
- D. Le congé d'adoption (art. 329j CO)

Nous examinerons successivement les buts et délimitations de chaque congé²¹ (1.), puis ses conditions d'exercice, dont la preuve dans la relation de travail²² (2.), les modalités pratiques (3.) et la rémunération (4.). Enfin, notre regard s'arrêtera quelques instants sur les liens entre les congés et la fin des rapports de travail (5.).

A travers notre observation panoramique, nous ferons appel à des notions de droit des familles et proposerons quelques détours obligatoires sur le chemin des assurances sociales.

¹⁸ CEROTTINI, Commentaire, N 2 *ad* art. 329a CO.

¹⁹ GNAEGI, p. 52.

²⁰ Nous ne traiterons pas ici de la prolongation du congé maternité en cas d'hospitalisation du nouveau-né (art. 329f al. 2 CO). Sur cette question voir not. CR CO I-PERRENOUD, *ad* art. 329f CO.

²¹ Nous ne traiterons pas non plus de la question de la réduction du droit aux vacances qui sera traitée dans la contribution de CEROTTINI.

²² Les problématiques en lien avec la preuve judiciaire ne sont pas abordées ici.

A titre liminaire, nous relevons que les congés examinés présentent le point commun qu'ils ne constituent pas une obligation mais des droits dont la personne salariée doit se prévaloir pour pouvoir en bénéficier²³.

Dispositions de nature relativement impératives, il n'est pas possible d'y renoncer contractuellement et seules des dérogations en faveur de la personne salariée sont admissibles (art. 362 al. 1 CO)²⁴. A titre d'exemple, l'employeur pourrait augmenter le nombre de jours de congé ou choisir de rémunérer pleinement son personnel pendant cette période, si tel n'est pas le cas.

A. Le congé de paternité (art. 329g CO)

1. Buts et délimitations

A teneur de l'article 329g al. 1 CO, « en cas de paternité, le travailleur a droit à un congé de deux semaines s'il est le père légal au moment de la naissance de l'enfant ou s'il le devient au cours des six mois qui suivent ».

Destiné initialement au père juridique d'un nouveau-né, le terme même de « congé de paternité » est actuellement en voie d'être réintitulé « congé de l'autre parent » puisqu'il concerne également, à certaines conditions, l'épouse de la mère, suite à l'adoption du mariage pour toutes et tous²⁵.

Voisin du congé de maternité, ce type de congé comporte une forte dimension sociale puisqu'il permet à l'« autre parent » de s'impliquer concrètement dans les changements familiaux induits par une naissance²⁶ ; il offre ainsi du temps libre pour construire une relation avec l'enfant, apprendre à s'en occuper et pour soutenir la mère durant la phase postnatale, favorisant ainsi, de manière générale, une meilleure répartition des rôles au sein des familles²⁷.

²³ Rapport FF 2019 3309 (3320).

²⁴ CR CO I-PERRENOUD, N 4 *ad* art. 329g CO.

²⁵ Cf. Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national dans le cadre de l'initiative 15.434, disponible sous : <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2022/2515/fr>.

²⁶ Rapport FF 2019 3309 (3319).

²⁷ Rapport FF 2019 3309 (3311 et 3317).

2. Conditions d'exercice

a) Contrat de travail

Le congé de paternité s'adresse à toute personne liée par un contrat de travail de droit privé au sens des articles 319 ss CO au moment de la naissance de l'enfant ou dans les 6 mois suivant celle-ci (par exemple, un père dont le contrat débiterait 3 mois après la naissance).

La nature du contrat (de durée déterminée ou indéterminée), la période d'essai ou le fait que la naissance survienne pendant l'écoulement du délai de congé²⁸ n'influent pas sur le droit au congé.

b) Lien de filiation avec le nouveau-né

Le congé de paternité nécessite un lien de filiation. La « paternité » ou respectivement la « parentalité » se déterminent ainsi conformément aux dispositions du Code civil (CC)²⁹. Elles se créent de différentes façons :

i. Présomption légale découlant du mariage – Mari ou épouse de la mère

Premièrement, en vertu de l'article 255 al. 1 CC, le mari de la mère au moment de la naissance bénéficie d'une présomption légale de paternité. Il en va de même pour l'épouse de la mère si l'enfant a été conçu au moyen d'un don de sperme conformément aux dispositions de la LPMA³⁰ (art. 255a CC).

ii. Reconnaissance de l'enfant dans un délai-cadre de six mois

Deuxièmement, lorsque les parents ne sont pas mariés, le père peut reconnaître l'enfant pour établir la filiation (art. 260 al. 1 CC ; art. 11 al. 1 OEC³¹). Pour pouvoir bénéficier du congé de paternité, cette reconnaissance doit avoir lieu avant la naissance (art. 11 al. 2 OEC) ou au cours des six mois qui suivent celle-ci.

iii. Jugement en paternité dans un délai-cadre de six mois

Enfin, la mère et/ou l'enfant peuvent tenter une action pour que la filiation soit constatée à l'égard du père (art. 261 al. 1 CC). En pratique, cette option nous semble peu compatible avec l'octroi d'un congé de paternité, d'une part, eu égard à la durée de la procédure qui sera vraisemblablement supérieure à 6 mois et, d'autre part, à la nature « coercitive » même de l'action.

²⁸ Nous reviendrons ci-après sur les conséquences, cf. p. 11.

²⁹ RS.210.

³⁰ Loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée (LPMA), RS.810.11.

³¹ Ordonnance sur l'état civil (OEC), RS.211.112.2.

Le congé de paternité n'est pas ouvert en cas d'adoption de l'enfant puisqu'il existe un congé spécial prévu à cet effet (art. 329j CO).

Précisons encore que la Suisse interdit le recours à la maternité de substitution (art. 4 LPMA). Ainsi, en cas de recours à une maternité de substitution à l'étranger (réalité qui tend à s'accroître depuis quelques années³²), le père reconnu juridiquement en Suisse pourra bénéficier du congé de paternité. Pour les couples d'hommes, même mariés, l'autre père n'aura pas de droit au congé de paternité, car l'action en reconnaissance de paternité n'est ouverte qu'à une seule personne³³. Dans les faits, le système prévu par le législateur engendre ainsi une inégalité de traitement entre les différentes formes de familles³⁴.

De manière générale, il n'est pas nécessaire que les parents fassent ménage commun pour bénéficier d'un congé de paternité, ni même que les parents soient engagés dans une quelconque forme de relation. Les cas d'abus de droit au sens de l'article 2 al. 2 CC sont bien évidemment réservés et il importe que le père ait un contact avec l'enfant³⁵.

c) Naissance de l'enfant

Le congé de paternité est octroyé lorsque l'enfant naît vivant³⁶. En revanche, contrairement à la LAPG³⁷ s'agissant des congés de maternité (art. 16d LAPG) et de paternité (art. 16j al. 3 let. d LAPG), le Code des obligations ne mentionne pas l'éventualité du décès de l'enfant. Toutefois, selon l'interprétation de la doctrine et du Conseil fédéral³⁸, dans un tel tragique cas, le droit au congé s'éteint, puisque le but du congé (i.e. promouvoir la relation père-enfant et d'apporter son soutien à la mère) n'existe plus³⁹. A ce moment-là, la personne salariée pourra, à tout le moins, bénéficier d'un congé usuel qui sera rémunéré si l'usage le prévoit (art. 329 al. 3 *cum* art. 322 CO). En cas d'incapacité de travailler, la question de la rémunération est régie par l'article 324a CO⁴⁰.

³² GUILLOD/BURGAT, N 204.

³³ L'autre père pourra en revanche adopter l'enfant. Il ne bénéficiera cependant pas du congé d'adoption (art. 329j CO *cum* art. 16t al. 5 LAPG).

³⁴ Sur ces questions, voir MATTHEY, pp. 457 s.

³⁵ FACINCANI/BRUNNER/RITZINGER, p. 17 ; CR CO I-PERRENOUD, N 3 *ad* art. 329g CO ; STÜCKELBERG, p. 314.

³⁶ CR CO I-PERRENOUD, N 6 *ad* art. 329g CO.

³⁷ RS.834.1.

³⁸ Cf. les réponses du Conseil fédéral aux motions citées en note 34.

³⁹ FACINCANI/BRUNNER/RITZINGER, p. 17 ; CR CO I-PERRENOUD, N 6 *ad* art. 329g CO ; WYLER, Commentaire, N 39 *ad* art. 329g CO. A noter que le droit à l'allocation s'éteint (art. 16j al. 3 let. d LAPG).

⁴⁰ CR CO I-PERRENOUD, *ibid.* ; PÄRLI/KLÄUSLER, p. 200 ; Plus nuancée STÜCKELBERG, p. 314 ; FACINCANI/BRUNNER/RITZINGER, p. 17.

Nous regrettons une interprétation aussi restrictive du but du congé de paternité qui cantonne majoritairement le père à un rôle de soutien domestique et semble peu tenir compte du lien émotionnel créé à la naissance. Cette vision réductrice des rôles nous semble s'éloigner quelque peu de la volonté initiale du législateur tendant à instaurer un meilleur équilibre dans la « répartition des rôles » et paraît désuète⁴¹.

A ce jour, trois motions visant à accorder un congé de paternité même en cas de décès de l'enfant ont été déposées au Conseil national⁴². Le Conseil fédéral propose de rejeter ces motions et de maintenir un traitement différencié entre ces deux congés au motif de leurs buts divergents⁴³.

Enfin, le congé de paternité est unique et sa durée ne saurait être allongée en cas de naissance multiple⁴⁴.

d) Preuve

En pratique, il est admissible que l'employeur requiert l'acte de naissance, le certificat de mariage, la déclaration de reconnaissance ou le certificat de famille pour accorder le congé⁴⁵.

3. Modalités pratiques

a) Calcul du droit

La durée du congé de paternité étant fixée en semaines, les jours accordés seront proportionnels au taux d'activité de la personne salariée.

En outre, selon nous, une augmentation du taux d'activité durant la période-cadre de six mois après la naissance de l'enfant devrait être prise en compte si le congé n'a pas été pris dans son intégralité⁴⁶.

⁴¹ Rapport FF 2019 3309 (3311). Voir aussi PERRENOUD/MATTHEY, pp. 9 s.

⁴² Motion « *Octroyer le congé paternité en cas de mort de l'enfant* » (Mo. 22.3125 ; Stefania Prezioso Batou), déposée le 15 mars 2022 ; Mo. 22.4013, Sarah Wyss ; Motion « *Accorder le congé de paternité même en cas de décès de l'enfant* » (Mo. 21.3734 ; Greta Gysin), déposée le 16 juin 2021.

⁴³ En ce sens qu'outre le développement de relations personnelles et les soins, le congé maternité doit aussi permettre à la mère de se remettre de la grossesse et des suites de l'accouchement.

⁴⁴ FACINCANI/BRUNNER/RITZINGER p. 17 ; Voir Iv. pa. 22.445, Fabien Fivaz.

⁴⁵ Cf. CAMaPat, N 1009.

⁴⁶ Cela nous paraît cohérent avec le système des assurances sociales qui prévoit le versement des prestations à l'issue du congé de paternité. Cf. CAMaPat, N 1001.

b) Fixation des dates

Le congé de paternité doit être pris dans les six mois qui suivent la naissance de l'enfant (art. 329g al. 2 CO), sous peine de péremption⁴⁷.

Ce délai-cadre de six mois débute le jour de la naissance de l'enfant, une hospitalisation du nouveau-né n'ayant aucune influence sur celui-ci⁴⁸. Il se calcule de quantième en quantième depuis le jour de la naissance (art. 77 al. 1 ch. 3 CO par analogie)⁴⁹.

Afin de garantir une meilleure flexibilité, le congé peut être pris sous la forme de semaines ou de journées (art. 329g al. 3 CO). En revanche, il ne peut pas l'être en demi-journées ou en heures⁵⁰.

La personne salariée est libre de choisir si elle entend prendre son congé de manière fractionnée ou continue⁵¹.

S'agissant du choix des dates, le texte légal n'apporte aucune précision. A notre sens, les articles 329 al. 4 et 329c al. 2 CO ne sont pas applicables au congé de paternité, au vu de la systématique de la loi⁵². Avec STÜCKELBERG, nous sommes d'avis que les dates devraient pouvoir être choisies par la personne salariée avec un devoir d'annonce raisonnable conforme à l'obligation de fidélité découlant de l'article 321a CO⁵³.

4. Rémunération

Comme exposé précédemment, la question de la rémunération est distincte de celle du droit au congé.

Sous l'égide du Code des obligations, l'employeur n'est pas tenu de verser le salaire pendant la période de congé, l'article 329g CO ne prévoyant rien à ce sujet. On ne saurait non plus qualifier la situation d'empêchement de travailler non fautif au sens des articles 324a et 324b CO puisque le choix est offert à la personne salariée de bénéficier ou non du congé de paternité⁵⁴.

⁴⁷ Rapport FF 2019 3309 (3320).

⁴⁸ FACINCANI/BRUNNER/RITZINGER, p. 17.

⁴⁹ *Idem* ; PÄRLI/KLÄUSLER, p. 200.

⁵⁰ Rapport FF 2019 3309 (3320 s) ; STÜCKELBERG, p. 314 ; WYLER, Commentaire, N 7 *ad* art. 329g CO.

⁵¹ Rapport FF 2019 3309 (3321).

⁵² *Contra* CR CO I-PERRENOUD, N 7 *ad* art. 329g CO qui se réfère à l'art. 329 al. 4 CO et REINERT/GOMRINGER, N 9 ; FACINCANI/BRUNNER/RITZINGER, p. 17 qui se réfèrent à l'article 329c al. 2 CO.

⁵³ STÜCKELBERG, p. 314 ; WYLER qualifie d'« absolu » le droit de prendre son congé au moment de la naissance ou du retour au foyer de la mère, WYLER, Commentaire, N 28 *ad* art. 329g CO.

⁵⁴ CR CO I-PERRENOUD, N 10 *ad* art. 329g CO ; WYLER, Commentaire, N 28 *ad* art. 329g CO.

Bien entendu, les parties sont libres de convenir un régime plus favorable et de rémunérer la différence de salaire ou d'accorder un nombre de jours supérieur aux exigences légales. Lorsqu'il choisit d'octroyer un salaire plein pour le congé de paternité, l'employeur doit prévoir un régime identique pour les mères durant le congé de maternité pendant une période comparable, au risque de créer une discrimination prohibée par la LEg⁵⁵.

En parallèle de l'article 329g CO, le législateur a adopté les articles 16i à 16m LAPG qui instaurent un régime d'indemnités journalières en cas de paternité.

Si les conditions de l'article 16i LAPG sont remplies, la personne salariée a le droit à un maximum de 14 indemnités journalières (art. 16k al. 2 LAPG) correspondant à 80 % du revenu moyen de l'activité lucrative obtenu avant le début du droit à l'allocation (art. 16l al. 1 LAPG).

Comme pour l'assurance de maternité, le montant maximal versé est de CHF 220.- par jour (art. 16f et 16l al. 3 LAPG)⁵⁶. En pratique, ce montant sera versé à l'issue du congé de paternité à l'employeur si celui-ci a versé le salaire (art. 19 al. 2 LPGA)⁵⁷.

5. Fin des rapports de travail

Le congé de paternité ne constitue pas un temps inopportun au sens de l'article 336c CO et le contrat de travail d'une personne bénéficiant ou allant être au bénéfice d'un congé de paternité peut être résilié. Selon le motif du congé, la protection contre les congés abusifs s'applique au congé de paternité (art. 336 CO ; art. 3 LEg).

L'exercice du droit au congé peut cependant avoir une incidence sur le délai de congé. Ainsi, après le temps d'essai, si l'employeur résilie le contrat de travail et que la personne salariée bénéficie d'un congé de paternité avant la fin du contrat de travail, le délai de congé est prolongé du nombre de jours de congé qui n'ont pas été pris (art. 335c al. 3 CO). Il s'agit d'une prolongation automatique que la personne salariée n'a pas besoin de requérir⁵⁸.

⁵⁵ Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg), RS.151.1 ; CR CO I-PERRENOUD, N 10 *ad* art. 329g CO ; REINERT/GOMRINGER, N 14.

⁵⁶ A défaut de dispositions similaires aux articles 16h et 16x LAPG, les cantons ne peuvent octroyer d'allocation de paternité plus élevées ou de plus longue durée.

⁵⁷ CAMaPat N 1001.

⁵⁸ Selon notre interprétation littérale de l'article 335c al. 3 CO ; voir aussi les versions allemande « hat der Arbeitnehmer vor Ende des Arbeitsverhältnisses Anspruch auf Vaterschaftsurlaub » et italienne « ha diritto a un congedo », lesquelles indiquent clairement qu'il suffit d'avoir un droit au congé et non de requérir son exercice. Voir aussi STÜCKELBERG, p. 315.

Dans ce cas, il n'existe pas de report du délai de congé à la fin du mois⁵⁹, c'est-à-dire que le contrat peut prendre fin à n'importe quel jour dans le mois (délai de congé dit « net » ; par exemple, le 8 mars).

Si la personne salariée n'a pas pris le congé au moment de la résiliation, la prolongation sera calculée « en semaines » et la fin du contrat sera prolongée de deux semaines⁶⁰.

Si la personne salariée a déjà pris une partie des deux semaines, il s'agit de convertir le droit au congé en jours. Pour déterminer le nombre de jours, il convient de se référer aux jours ordinairement travaillés et non aux jours calendaires⁶¹. Cette interprétation nous paraît conforme au but de l'article 335c al. 3 qui vise à « faciliter la prise du congé de paternité » tout en recherchant un nouvel emploi⁶², puisqu'ainsi, la personne salariée pourra effectivement bénéficier d'un réel congé.

A notre sens, cette période de prolongation de l'article 335c al. 3 CO s'apparente à la période de report prévu à l'article 336c al. 3 CO. Aussi, en suivant la jurisprudence constante sur ce dernier article⁶³, la personne salariée ne bénéficiera pas de la protection contre les licenciements en temps inopportun au sens de l'article 336c CO, durant la période de prolongation ; c'est-à-dire que si, par exemple, elle tombe malade, le délai de congé ne sera pas suspendu.

En effet, dans un tel cas, la personne salariée aura alors pu bénéficier de l'entier de son délai de congé et le but de la protection de l'article 336c CO aura ainsi été atteint. La solution inverse reviendrait à accroître la période de protection, ce qui semble contraire à la volonté du législateur qui n'a pas inclus le congé de paternité parmi la liste des temps inopportuns (art. 336c CO *a contrario*)⁶⁴.

Inversement, si la personne salariée résilie son contrat de travail, le délai de congé n'est pas prolongé.

Les contrats de durée déterminée ne sont pas concernés par cette disposition.

S'agissant de la « portabilité » du congé de paternité auprès d'un nouvel employeur, il convient de distinguer plusieurs situations. Si la personne salariée n'a pas pris les jours de

⁵⁹ FACINCANI/BRUNNER/RITZINGER, p. 18 ; CR CO I-ORDOLLI/WITZIG, N10 *ad art.* 335c CO ; CR CO I-PERRENOUD, N 15 *ad art.* 329g CO ; WYLER, Commentaire, N 22 *ad art.* 329g CO.

⁶⁰ Rapport FF 2019 3309 (3321).

⁶¹ CR CO I-ORDOLLI/WITZIG, N 13 *ad art.* 335c CO ; STÜCKELBERG, p. 315 ; *Contra* WYLER, Commentaire, N 22 *ad art.* 329g CO qui retient les jours calendaires.

⁶² Rapport FF 2019 3309 (3321).

⁶³ ATF 134 III 354, JdT 2010 I 678, c. 3.3.

⁶⁴ Du même avis, HEINZER, N 16 *ad art.* 335c CO ; CR CO I-ORDOLLI/WITZIG, N 15 *ad art.* 335c CO ; *Contra* STÜCKELBERG, p. 316.

congé résiduels, malgré la prolongation du contrat, elle perd son droit au congé⁶⁵. Toutefois, nous considérons avec PERRENOUD que si la personne salariée a renoncé à la prolongation du délai de congé pour commencer un nouvel emploi, elle devrait pouvoir bénéficier du solde de son congé, avec l'accord de son nouvel employeur, pour autant qu'elle respecte le délai-cadre de 6 mois⁶⁶.

Lorsque la personne salariée résilie son contrat de travail et dans les cas de contrat de durée déterminée, le congé de paternité devrait, selon nous, pouvoir être exercé auprès du nouvel employeur.

B. Le congé pour la prise en charge de proches (art. 329h CO)

1. Buts et délimitations

A teneur de l'article 329h CO, le travailleur a droit à un congé payé pour la prise en charge d'un membre de la famille ou du partenaire atteint dans sa santé ; le congé est limité au temps nécessaire à la prise en charge, mais ne doit pas dépasser trois jours par cas et dix jours par an au total.

Ce congé vise à assurer « le maintien du paiement du salaire, lorsque le travailleur doit prendre en charge un enfant, un membre de la famille ou son partenaire atteint dans sa santé en raison d'une maladie ou d'un accident »⁶⁷.

Cette disposition est indépendante de l'article 324a CO. Les deux articles peuvent cependant s'appliquer à une même situation, par exemple, lorsqu'il existe une obligation légale de soins pour certains membres de la famille, tels le conjoint (art. 159 al. 3 CC), un enfant (art. 276 CC) ou un partenaire enregistré (art. 12 LPart)⁶⁸. Dans ce cas, les crédits des articles 329h et 324a CO se cumulent et la personne salariée est libre de prendre un congé sur le contingent de l'une ou l'autre disposition⁶⁹. Afin de prévenir des divergences d'interprétation subséquentes, l'employeur diligent aura tout intérêt à interpellé celle-ci sur le choix du crédit, lors de la survenance du cas.

⁶⁵ Rapport FF 2019 3309.

⁶⁶ CR CO I-PERRENOUD, N 15 *ad* art. 329g CO.

⁶⁷ Message FF 2019 3941 (3962).

⁶⁸ Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe RS.211.231.

⁶⁹ Message FF 2019 3941 (3980) ; CR CO I-PERRENOUD, N 14 *ad* art. 329h CO ; WYLER, Commentaire, N 22 *ad* art. 329h CO.

L'article 36 al. 3 LTr⁷⁰, quant à lui, a été modifié simultanément à l'article 329h CO pour des raisons de cohérence légistique⁷¹. Elargissant le droit au congé aux membres de la famille et aux partenaires, il propose une formulation quasi-identique à l'article 329h CO, à l'exception de l'obligation de preuve par certificat médical qu'il prévoit et de l'absence de limitation à un maximum de 10 jours pour la prise en charge d'un enfant (art. 36 al. 4 LTr). Disposition de droit public, l'article 36 al. 3 LTr régleme uniquement le droit au congé pour les personnes soumises à la LTr. Le droit au salaire est ainsi réglé par les articles 329h ou 324a CO⁷².

2. Conditions d'exercice

a) Contrat de travail

Le congé pour la prise en charge de proches s'adresse à toute personne liée par un contrat de travail de droit privé au sens des articles 319 ss CO.

La nature du contrat (de durée déterminée ou indéterminée), la période d'essai n'influent pas sur le droit au congé. Une durée contractuelle minimum n'est pas non plus exigée.

b) Lien avec un « membre de la famille » ou partenaire

Selon le message, la notion de membre de la famille est à comprendre au sens de l'article 29^{septies} al. 1 LAVS⁷³. Elle recouvre les parents de ligne ascendante ou descendante (soit les parents, les enfants, et, selon notre compréhension, les petits-enfants et les grands-parents, à défaut d'indication du degré⁷⁴), les frères et sœurs, les conjoints et partenaires enregistrés, les beaux-parents et la personne faisant ménage commun avec la personne salariée depuis au moins cinq ans sans interruption. Hormis la personne faisant ménage commun, un domicile commun ou des liens relationnels étroits ne sont pas exigés.

La question de l'« enfant d'un autre lit » est sujette à interprétation car, quand bien même cette catégorie est expressément indiquée à l'article 29^{septies} al. 1 LAVS, le Message semble l'exclure en affirmant que « les enfants (...) sont ceux avec lesquels le lien de filiation est établi au sens du droit civil »⁷⁵. Suivant l'argumentation convaincante de STÜCKELBERG

⁷⁰ Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce, RS.822.11.

⁷¹ Message FF 2019 3941 (3970).

⁷² STÜCKELBERG, p. 330.

⁷³ Message FF 2019 3941 (3979).

⁷⁴ Intervention de Monsieur le Conseiller national PHILIPPE NANTERMOD, *in* : Bulletin officiel du Conseil national, 2019, p. 1760 (ci-après : NANTERMOD).

⁷⁵ Message FF 2019 3941 (3972).

qui se réfère au devoir d'assistance des beaux-parents mariés⁷⁶ découlant de l'article 299 CC et au champ d'application de l'article (adjacent) 329i CO, il nous paraît cohérent de considérer les enfants d'un autre lit comme « membres de la famille »⁷⁷.

A contrario, les ex-conjoints, oncles, tantes, cousins et cousines, neveux et nièces, ne bénéficient pas de la protection instaurée par l'article 329h CO.

L'âge du membre de la famille bénéficiaire des soins n'est pas déterminant.

Quant à la notion de « partenaire », l'article 329h CO se réfère à LPart. Avec l'introduction du mariage pour toutes et tous, le 1^{er} juillet 2022, il n'est toutefois plus possible de contracter de nouveaux partenariats depuis lors mais les dispositions découlant de cette loi demeurent applicables aux partenariats enregistrés avant cette date.

c) Atteinte à la santé

Le membre de la famille doit être « atteint dans sa santé ». La notion d'atteinte qui peut être physique ou psychique doit être comprise largement. Elle inclut aussi bien les maladies et les accidents, que les situations de handicap, par exemple, une diminution des capacités liée à l'âge⁷⁸.

d) Nécessité de prise en charge

Pour pouvoir prétendre à un congé, l'atteinte à la santé doit nécessiter une prise en charge (*Betreuung* ; *assistenza*) par la personne salariée⁷⁹. Cette nécessité s'évalue par deux critères :

- Premièrement, le rôle prédominant de la personne salariée par rapport aux autres membres de la famille. Par exemple, la nécessité pourrait être déniée s'il paraît raisonnable de solliciter un autre membre de la famille disponible et habitant plus proche du lieu de prise en charge. Pour déterminer cette notion, une source d'inspiration proposée par PÄRLI/KLÄUSLER nous paraît intéressante. Ces auteurs se

⁷⁶ Pour le partenariat enregistré voir l'art. 27 LPart.

⁷⁷ STÜCKELBERG, p. 328 ; du même avis ETTER/STUCKY, N 7 *ad* art. 329h CO ; CR CO I-PERRENOUD, N 7 *ad* art. 329h CO ; *contra* VIONNET, p. 204 ; WYLER, Commentaire, N 7 *ad* art. 329h CO ; nous relevons également qu'il ressort des débats parlementaires que l'intention du Conseil fédéral était d'inclure les « parents d'un autre lit » (NANTERMOD).

⁷⁸ Message FF 2019 3941 (3979) ; CR CO I-PERRENOUD, N 8 *ad* art. 329h CO.

⁷⁹ Message FF 2019 3941 (3979).

réfèrent aux critères retenus à l'article 52g RAVS⁸⁰. Si plusieurs personnes peuvent prétendre au congé découlant de l'article 329h CO, il revient cependant à la famille de déterminer quelle personne prend congé et à quel moment⁸¹. En pratique, nous convenons que ce premier critère pourra être difficilement évaluable par l'employeur.

- Deuxièmement, la nécessité doit répondre à un besoin de prise en charge⁸². Ce besoin s'apprécie selon la situation concrète et les moyens à disposition, notamment le cadre de vie et l'état de santé de la personne à aider. Une prise en charge sera plus facilement considérée comme nécessaire dans le cas d'enfant en bas âge ou mineur⁸³. Il devrait en aller, de même, pour les personnes en situation de dépendance ou en forte diminution d'autonomie. La prise en charge peut être nécessaire pour des tâches liées aux soins ou au maintien de l'état de santé dans des situations aiguës (par exemple, l'administration des premiers soins, la surveillance de l'état de santé et la garde, l'accompagnement à un rendez-vous médical, ou la coordination des soins)⁸⁴.

L'article 329h CO confère un droit au congé plus large que l'ancien article 36 al. 3 aLTr qui se limitait à octroyer le temps nécessaire pour organiser la prise en charge par un tiers et à trouver une solution de remplacement appropriée⁸⁵.

e) Preuve

En pratique, il est admissible que l'employeur requiert l'acte de naissance ou un certificat de famille pour établir le lien de filiation⁸⁶.

S'agissant de l'atteinte, la personne salariée peut apporter différents moyens de preuve et n'est pas tenue de produire un certificat médical pour pouvoir bénéficier du congé⁸⁷.

3. Modalités pratiques

a) Calcul du droit

Le droit au congé se rapporte à une affection déterminée (*Beeinträchtigung*) et celui-ci ne peut être exercé qu'une fois par affection. Il est ainsi non-renouvelable et cela signifie que

⁸⁰ Cf. PÄRLI/KLÄUSLER, p. 191 ; La prise en charge est réputée facile notamment si la personne qui assume les tâches d'assistance réside à une distance inférieure à 30 km de la personne assistée ou que celle-ci peut être atteinte dans l'heure (art. 52g RAVS).

⁸¹ Message FF 2019 3941 (3979).

⁸² *Idem*.

⁸³ Message FF 2019 3941 (3980).

⁸⁴ Message FF 2019 3941 (3949).

⁸⁵ Message FF 2019 3941 (3970) ; STÜCKELBERG, p. 329 ; VIONNET, p. 205.

⁸⁶ STÜCKELBERG, p. 314.

⁸⁷ Sur ces questions, voir NOVIER, pp. 108 ss.

des crises répétées découlant d'une même affection ne sauraient ouvrir un nouveau droit au congé⁸⁸. En pratique, la définition de la notion d'affection pourra être un réel enjeu, notamment dans les cas de maladies de durée telles les maladies chroniques ou dégénératives.

Ainsi, le congé peut concerner différentes personnes présentant différentes affections. Le droit au congé est cependant calculé par rapport à la personne salariée. Par exemple, le même parent ayant bénéficié d'un congé d'une journée pour son enfant asthmatique, pourra prétendre à un autre congé de deux jours en cas d'accident de sa conjointe.

Le congé est limité au temps nécessaire à la prise en charge, mais au maximum trois jours par cas. De manière absolue, un plafond de dix jours de congé par année de service est instauré⁸⁹.

A notre sens, il s'agit d'une limite annuelle qui ne devrait pas être réduite *pro rata temporis* en cas d'année de service incomplète⁹⁰. Premièrement, car, selon la systématique légale, les congés instaurés par le Code des obligations ne semblent pas morcelables ; ainsi, par exemple, le congé de maternité de 14 semaines, n'est pas réduit si l'année de service n'est pas complète (art. 329f CO). Cette interprétation s'inscrit également dans une lecture cohérente de l'article 324a CO sur la base duquel, le droit au salaire se calcule selon l'« année de service », peu importe que celle-ci soit complète ou non. Par ailleurs, il n'existe pas – pour les congés – d'équivalent à l'article 329a al. 3 CO prévu pour les vacances. Enfin, lors des débats parlementaires, le terme de « Budget de dix jours par année » a été utilisé⁹¹. L'ensemble de ces éléments nous laisse à penser qu'il ne s'agit pas d'un crédit qui s'acquiert au fil du temps mais d'un véritable plafond annuel.

Compte tenu de la formulation « ouverte » de l'article 329h CO, le congé peut être pris sous la forme de demi-journées⁹².

Pour les personnes travaillant à taux partiel, seul le crédit annuel de 10 jours devrait être réduit proportionnellement au taux d'activité ; en effet, le nombre de trois jours maximum est lié à l'affection et permet le déploiement d'une prise en charge efficiente pour la personne concernée⁹³.

⁸⁸ Message FF 2019 3941 (3979) ; ETTER/STUCKY, N 13 ; WYLER, Commentaire, N 15 *ad* art. 329h CO.

⁸⁹ *Idem*.

⁹⁰ PÄRLI/KLÄUSLER, p. 188 ; CR CO I-PERRENOUD, N 67 *ad* art. 324a CO, et N 12 *ad* art. 329h CO ; STÜCKELBERG, p. 329 ; *Contra* VIONNET, p. 205 ; WYLER, Commentaire, N 16 *ad* art. 329h CO.

⁹¹ Voir par exemple, Intervention de Madame la Conseillère nationale KATHRIN BERTSCHY, *in* : Bulletin officiel du Conseil national, 2019, p. 1756. : « Es reicht, wenn die betreuenden Angehörigen dieses Budget von zehn Tagen pro Jahr erhalten. Sie werden damit haushalten können. ».

⁹² PÄRLI/KLÄUSLER, p. 189 ; STÜCKELBERG, p. 329.

⁹³ STÜCKELBERG, p. 329 ; *Contra* WYLER, Commentaire, N 18 *ad* art. 329h CO.

b) Fixation des dates

En principe, la survenance de l'événement génère le besoin de congé. Si l'affection à prendre en charge nécessite plusieurs jours, les jours devraient être consécutifs. Toutefois, à notre avis, il devrait être parfois admis que tel ne soit pas le cas, par exemple lors que l'autre parent prend congé dans l'intervalle, pour s'occuper de l'enfant malade.

4. Rémunération

Lorsque les conditions présentées ci-avant sont remplies, l'employeur a l'obligation d'accorder un congé rémunéré au salaire habituel à la personne salariée. En effet, l'article 329h CO fait naître un droit propre au salaire, indépendant de l'article 324a CO.

Contrairement aux autres congés, ce congé n'est pas couvert par les assurances sociales et est à la charge de l'employeur. Le montant versé pour la période concernée sera ainsi un montant brut.

5. Fin des rapports de travail

Le congé pour la prise en charge de proches n'est pas considéré comme du temps inopportun et le contrat de travail d'une personne bénéficiant d'un tel congé peut être résilié.

Compte tenu de la précision contenue dans le Message qui se réfère à « l'année de service », le droit au congé nous semble lié à chaque contrat de travail. Ainsi, en cas de changement d'emploi, il renaît auprès du prochain employeur.

C. Le congé pour enfant gravement malade (art. 329i CO)

1. Buts et délimitations

L'article 329i CO instaure un congé de quatorze semaines au plus à la personne salariée qui a droit à une allocation de prise en charge au sens des articles 16n à 16s LAPG parce que son enfant est gravement atteint dans sa santé en raison d'une maladie ou d'un accident.

Le but de ce congé est de permettre aux parents confrontés au bouleversement profond que représente une atteinte grave à la santé d'un enfant d'interrompre leur activité professionnelle pendant une durée déterminée sans risquer de perdre leur emploi ou de subir une perte de gain⁹⁴.

⁹⁴ Message FF 2019 3941 (3971).

2. Conditions d'exercice

a) Contrat de travail

Les personnes salariées au sens de l'article 10 LPGA peuvent bénéficier de l'allocation (art. 16n al. 1 let. b ch. 1 LAPG)⁹⁵.

L'article 16n LAPG ne subordonne pas l'octroi de l'allocation à une durée de cotisation minimale, ni à un taux d'activité déterminé⁹⁶.

Une personne empêchée de travailler en raison d'une atteinte à sa santé peut bénéficier de l'allocation pour autant qu'elle perçoive des indemnités journalières de l'assurance invalidité ou une allocation pour perte de gain en cas de maladie ou d'accident d'une assurance sociale ou privée⁹⁷. Il en va de même des personnes qui ont épuisé leur droit au maintien du salaire ou au versement d'indemnités journalières et qui demeurent contractuellement liées à leur employeur (art. 35d RAPG)⁹⁸.

b) Parentalité ou équivalent

Les parents n'ont droit qu'à une seule allocation⁹⁹. L'allocation peut ainsi être accordée à une ou plusieurs personnes, soit :

- a) *aux parents légaux*, au sens de l'article 252 CC¹⁰⁰ ; il n'est cependant pas nécessaire d'être au bénéfice de l'autorité parentale ou de la garde ;
- b) *aux parents nourriciers* (art. 300 CC), soit ceux qui ont recueilli l'enfant de manière durable à des fins d'entretien et d'éducation, et ce tant que l'enfant ne retourne pas chez l'un de ses parents (art. 35a al. 1 RAPG) ;
- c) *aux beaux-parents* (art. 299 CC), soit les conjoint ou conjointe ou partenaire d'un parent, sans lien de filiation avec l'enfant, pour autant qu'il ou elle fasse ménage commun avec le parent qui a l'autorité parentale et la garde (de manière exclusive ou conjointe¹⁰¹) et qu'il ou elle contribue de façon appropriée à l'entretien et à l'éducation de l'enfant (art. 35b let. a RAPG). Pour être éligible à l'allocation, il est également

⁹⁵ Il importe peu que le contrat de travail ait été résilié ou que la personne salariée se trouve au bénéfice d'un congé non rémunéré. Cf. CAPC, N 1079.

⁹⁶ Message FF 2019 3941 (3984).

⁹⁷ CAPC, N 1056 s.

⁹⁸ *Ibid.* N 1062.

⁹⁹ Message FF 2019 3941 (3984).

¹⁰⁰ *Idem.*

¹⁰¹ CAPC, N 1051.

nécessaire que l'un des parents renonce complètement à son droit (art. 35b let. b RAPG).

Ce cercle de bénéficiaires coïncide avec les catégories de personnes qui, avec ou sans lien de filiation, assument de fait des responsabilités de soin, d'éducation et de prise en charge de l'enfant au quotidien et qui ont, par conséquent, le droit de représenter les parents dans l'exercice de l'autorité parentale lorsque les circonstances l'exigent.

L'enfant concerné, quant à lui, doit être mineur (art. 14 CC). Le droit ne s'éteint pas prématurément lorsque l'enfant devient majeur avant l'échéance du délai-cadre¹⁰².

c) Interruption de l'activité lucrative

Pour bénéficier de l'allocation, il est nécessaire d'interrompre son activité lucrative. Peu importe que l'interruption soit totale ou partielle (i.e. la réduction du taux d'activité)¹⁰³, seule la perte de salaire occasionnée est déterminante.

d) Atteinte grave à la santé en raison d'une maladie ou d'un accident

Lors de l'adoption de la loi, les débats ont principalement porté autour des cas de cancers infantiles et des études scientifiques ont été commandées pour permettre de comprendre la notion de gravité¹⁰⁴. Le législateur n'a pas introduit de définition stricte de la notion d'« atteinte grave à la santé », pour couvrir un spectre aussi large que possible de situations. Nous verrons cependant que, dans les faits, les conditions requises font actuellement débat car jugées trop restrictives¹⁰⁵.

A teneur de l'article 16o LAPG, l'enfant est réputé gravement atteint dans sa santé si les conditions cumulatives suivantes sont remplies :

- i. il a subi un changement majeur de son état physique ou psychique ;

Ce changement peut résulter d'une maladie aiguë ou d'un accident, mais aussi de l'aggravation soudaine d'un état de santé qui se détériorait jusque-là imperceptiblement,

¹⁰² CAPC, N 1069.

¹⁰³ STÜCKELBERG, p. 325, CR CO I-PERRENOUD, N 10 *ad* art. 329i CO.

¹⁰⁴ Aussi, dans un rapport commandé par l'Office fédéral de la santé publique, l'Institut de médecine sociale et préventive de Berne a considéré comme graves les maladies suivantes : le spina bifida, la mucoviscidose et l'insuffisance rénale, celles-ci générant des besoins de prise en charge accrus pour les parents. Cf. BOLLIGER-SALZMANN/METRY, p. 1.

¹⁰⁵ Cf. Motion « *Garantir l'allocation de prise en charge en cas d'hospitalisation d'enfants gravement malades et remédier aux lacunes dans l'exécution* » (Mo. 22.3608 ; Damian Müller), déposée le 14 juin 2022 et le Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du 2 février 2023 qui propose d'adopter la motion.

ou la détérioration nette de l'état de santé d'un enfant malade chronique¹⁰⁶. En pratique, les infirmités congénitales¹⁰⁷ ne semblent pas pour l'heure être considérées comme des « changements » et ne donnent pas droit à l'allocation¹⁰⁸. Selon nous, pourtant, à lire le message¹⁰⁹, elles devraient cependant être assimilées à un changement lorsque les conséquences d'une telle maladie se révèlent, quand bien même elles sont diagnostiquées à la naissance. L'allocation de prise en charge sera alors octroyée à la suite de l'allocation de maternité¹¹⁰. Les maladies en lien avec la maladie principale (par exemple, qui découlent de l'affaiblissement du système immunitaire) ne sont pas considérées comme nouvelles maladies. Une rechute (par exemple la récurrence d'un cancer) survenant après une longue période sans symptôme peut être reconnue comme un nouveau cas¹¹¹.

ii. l'évolution ou l'issue de ce changement est difficilement prévisible ou il faut s'attendre à ce qu'il conduise à une atteinte durable ou croissante à l'état de santé ou au décès ;

Il convient de se référer au pronostic à long terme qui doit être mauvais ou incertain, aucune durée minimale d'hospitalisation n'ayant été fixée¹¹². Il s'agit-là d'un point controversé à ce jour puisqu'il ne prend pas en compte les enfants hospitalisés de manière prolongée par exemple pour des opérations ou traitements nécessaires à leur guérison.

iii. l'enfant présente un besoin accru de prise en charge de la part d'un des parents ;

La notion de « prise en charge » est à interpréter largement¹¹³. Elle comprend l'assistance et les soins (par exemple, le contrôle des fonctions corporelles, des mesures médicales simples, une aide pour accomplir certains actes de la vie quotidienne), l'accompagnement lors des consultations médicales ou la participation aux entretiens ou une simple présence lors d'une hospitalisation¹¹⁴. Le besoin de prise en charge peut varier en fonction de l'âge de l'enfant¹¹⁵. Il ne doit pas nécessairement être constant et il peut fluctuer et se modifier selon les différentes phases de la maladie.

¹⁰⁶ Message FF 2019 3941 (3985).

¹⁰⁷ Art. 3 al. 2 LPGA, soit toute maladie présente à la naissance accomplie de l'enfant.

¹⁰⁸ CAPC, N 1037.2 ; Formulaire 318.744, p. 11, Mémento p. 2. Voir aussi l'interview de BANGERTER.

¹⁰⁹ Message FF 2019 3942 (3983) *ad* art. 16g al. 1 let. f. LAPG « Lorsqu'un enfant naît avec une grave maladie (...) ». Du même avis, STÜCKELBERG, p. 326 ; WYLER, Commentaire, N 7 et note de bas de page N 11 *ad* art. 329i CO.

¹¹⁰ Cf. FF 2019 3941 (3983) ; STÜCKELBERG, p. 326 ; WYLER, *ibid*.

¹¹¹ Message FF 2019 3941 (3984).

¹¹² Message FF 2019 3941 (3985).

¹¹³ Le législateur n'a en effet pas souhaité la figer dans une définition comme pour l'assurance maladie ou l'assurance des soins, Message FF 2019 3941 (3985).

¹¹⁴ Message FF 2019 3941 (3985).

¹¹⁵ Message FF 2019 3941 (3972).

- iv. et au moins un des deux parents doit interrompre son activité lucrative pour s'occuper de l'enfant ;

Même si la loi ne quantifie pas cet aspect, cette condition signifie que l'accompagnement doit être « soutenu ». La prise en charge doit être telle que le parent doive réduire totalement ou partiellement son activité lucrative. Cette nécessité doit être attestée par le corps médical¹¹⁶.

La notion d'atteinte grave se distingue d'une atteinte dite moyenne à la santé qui nécessite des hospitalisations ou des consultations médicales régulières et rend ainsi la vie quotidienne plus difficile, mais dont on peut prévoir une issue positive ou sous contrôle (par exemple, fracture, pneumonie, diabète)¹¹⁷.

e) Preuve

En pratique, il est admissible que l'employeur requiert le certificat de famille, l'autorisation concernant l'accueil de l'enfant pour les parents nourriciers, des documents attestant le domicile commun, pour les beaux-parents, ainsi qu'une attestation médicale de la gravité de l'atteinte¹¹⁸.

3. Modalités pratiques

a) Calcul du droit

Chaque cas de maladie ou d'accident répondant aux conditions mentionnées précédemment ouvre un droit à l'allocation de prise en charge (art. 16n al. 2 LAPG). Ainsi, dans des situations dramatiques, il peut y avoir plusieurs cas au sein d'un même foyer, soit en raison d'atteintes graves consécutives à la santé d'un même enfant, soit car plusieurs enfants sont simultanément victimes de telles atteintes (par exemple, le cas de blessés suite à un accident)¹¹⁹.

L'article 329h al. 1 CO prévoyant un droit à un congé maximal de quatorze semaines, la durée du congé oscille entre (très hypothétiquement) un jour et quatorze semaines. Nous reviendrons sur la fixation des dates plus avant.

Le droit au congé peut être variable car il est, d'une part, soumis pour sa répartition, en grande partie, à la libre disposition des parents, et d'autre part, à l'évolution de la situation

¹¹⁶ Sur ces questions Cf. NOVIER, pp. 108 ss.

¹¹⁷ Message FF 2019 3941 (3984).

¹¹⁸ Voir Formulaire 318.744, p. 10.

¹¹⁹ Message FF 2019 3941 (3984).

(notamment, si l'état de santé s'améliore de sorte que la gravité n'est plus réalisée ou si l'enfant décède, le droit s'éteint prématurément ; art. 16p al. 5 LAPG).

Si les deux parents travaillent, le droit au congé est réparti entre eux à parts égales et chacun a droit à un congé de prise en charge de sept semaines au plus. Ils peuvent convenir de se partager le congé de manière différente (art. 329i al. 3 CO). Un parent pourrait choisir de prendre l'intégralité du congé ou le tiers uniquement, par exemple. Dans l'hypothèse d'un partage différent de la moitié, l'accord de l'employeur n'est pas nécessaire, les parents devant simplement l'en informer immédiatement¹²⁰.

b) Fixation des dates

Le congé de prise en charge doit être pris dans un délai-cadre de 18 mois. Ce dernier commence à courir le jour pour lequel la première indemnité journalière est versée (art. 329i al. 2 CO). Il vaut pour les deux parents et leur permet de prendre congé lorsque l'enfant a besoin d'eux¹²¹.

Le congé peut être pris en une fois ou sous la forme de journées (art. 329i al. 4 CO). Les parents peuvent choisir de prendre des jours de congé différents ou simultanés¹²².

Il est admis que les dates fixées par avance puissent être modifiées, notamment, en cas de besoin soudain. Dans ce cas, la personne salariée prévient l'employeur sans délai (art. 329i al. 5 CO)¹²³.

En pratique, le formulaire de demande¹²⁴ requiert l'indication des jours de congés pris lors du mois au cours duquel la demande est effectuée, ce qui nous laisse à penser qu'il s'agit d'une planification mensuelle, voire hebdomadaire.

4. Rémunération

La personne salariée bénéficiera des indemnités de perte de gain pendant la durée du congé. Celles-ci équivalent à 80 % du revenu moyen de l'activité lucrative obtenu avant le début du droit à l'allocation (art. 16r LAPG). L'indemnité journalière est au maximal de CHF 220.- (art. 16r al. 3 *cum* 16f LAPG).

¹²⁰ Message FF 2019 3941 (3981).

¹²¹ Message FF 2019 3941 (3985).

¹²² Message FF 2019 3941 (3987) ; STÜCKELBERG, p. 324.

¹²³ STÜCKELBERG, *ibid.*

¹²⁴ Formulaire 318.744.

L'article 324b al. 2 CO est applicable et cela signifie que si le montant versé est inférieur à 80 % du salaire, l'employeur est tenu de couvrir la part manquante durant un temps limité¹²⁵.

En vertu de l'article 19 al. 2 LPGA, les indemnités journalières sont versées à l'employeur dans la mesure où il continue à verser un salaire.

5. Fin des rapports de travail

Après le temps d'essai, les parents bénéficient de la protection de l'article 336c CO pour une période maximale de 6 mois et l'employeur ne peut ainsi résilier les rapports de travail sous peine de nullité (art. 336c al. 1 let. c).

La protection débute « le jour où le délai-cadre commence à courir », c'est-à-dire le jour pour lequel la première indemnité journalière est versée (art. 329i CO)¹²⁶. A notre sens suivant une interprétation littérale, si les parents se partagent le congé, la protection est accordée aux deux dès le premier jour du versement, indifféremment de l'identité du bénéficiaire, puisqu'une très grande marge de manœuvre leur est laissée dans l'organisation du congé et que le droit à l'allocation est unique¹²⁷.

La protection s'éteint lorsque les conditions ne sont plus remplies ou au terme du délai-cadre ou une fois la totalité des indemnités perçue.

D. Le congé d'adoption (art. 329j CO)

1. Buts et délimitations

« Toute travailleuse ou tout travailleur » qui accueille un enfant en vue d'une adoption a droit à un congé d'adoption de deux semaines pour autant que les conditions visées à l'article 16t LAPG soient remplies (art. 329j al. 1 CO).

De manière innovante et réjouissante, le législateur utilise pour la première fois une formulation inclusive à l'article 329j al. 1 CO, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2023.

Le congé d'adoption permet ainsi aux parents d'avoir suffisamment de temps libre pour créer et développer des liens avec l'enfant¹²⁸. Le législateur a souhaité mettre sur pied d'égalité l'adoption et les liens de parenté biologiques puisque, dans les deux cas, les

¹²⁵ Message FF 2019 3941 (3975) ; CR CO I-PERRENOUD, N 21 *ad* art. 329i CO. STÜCKELBERG, *ibid*.

¹²⁶ CR CO I-PERRENOUD, N 55 *ad* art. 336c CO.

¹²⁷ Du même avis, WYLER, Commentaire, N 30 *ad* art. 329i CO qui se réfère à FF 2019 3941 (3986).

¹²⁸ Rapport FF 2019 6909 (6911).

parents sont confrontés à des « défis » similaires¹²⁹. Ainsi, en cas de besoin, les dispositions sur le congé d'adoption seront interprétées à l'aune de celles sur les congés de maternité et de paternité.

Adoptés simultanément à l'article 329j CO, les articles 16t ss LAPG règlent les conditions d'octroi de l'allocation fédérale d'adoption. Les cantons peuvent cependant prévoir l'octroi d'une allocation plus élevée ou de plus longue durée (art. 16x LAPG)¹³⁰.

2. Conditions d'exercice

a) Contrat de travail

Les personnes salariées au sens de l'article 10 LPGA à la date de l'accueil de l'enfant peuvent bénéficier de l'allocation (art. 16t al. 1 let. c ch. 1 LAPG) et, partant, du congé d'adoption¹³¹.

L'article 16t al. 1 let. b LAPG subordonne cependant l'octroi de l'allocation à une durée d'assurance obligatoire au sens de la LAVS¹³² durant les neuf mois précédant l'accueil de l'enfant et à l'exercice d'une activité lucrative pendant au moins cinq mois au cours de ladite période.

En cas d'adoption conjointe, les deux parents doivent remplir les conditions susdécrites (art. 16t al. 2 let. a LAPG)¹³³.

Hormis les restrictions précitées, la nature du contrat (de durée déterminée ou indéterminée), la période d'essai ou le fait que l'adoption survienne pendant l'écoulement du délai de congé¹³⁴ n'influent pas sur le droit au congé.

b) Âge de l'enfant

L'enfant doit être âgé de moins de 4 ans au moment de son accueil (art. 16t al. 1 let a LAPG) ; c'est-à-dire que l'accueil doit se faire au plus tard la veille du quatrième anniversaire de l'enfant (jour d'anniversaire non inclus)¹³⁵. En revanche, si l'enfant atteint

¹²⁹ Rapport FF 2019 6723 (6725).

¹³⁰ Par exemple, tel est le cas du canton de Genève qui prévoit une allocation d'adoption de 112 jours jusqu'à l'âge de 8 ans (art. 7 ss LAMat/GE, RS/GE J 5 07). Voir aussi la LVLA Fam/VD du 23 septembre 2008, RS/VD 836.01.

¹³¹ Il importe peu que le contrat de travail ait été résilié ou que la personne salariée se trouve au bénéfice d'un congé non rémunéré. Cf. CAPC, N 1079.

¹³² Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS), RS.831.10.

¹³³ FACINCANI, p. 301.

¹³⁴ Nous reviendrons ci-après sur les conséquences.

¹³⁵ CAA Dop, N 1020.

ses 4 ans pendant la durée du droit au congé, le droit ne s'éteint pas prématurément¹³⁶. Le législateur fédéral a choisi de se coordonner avec l'âge général de l'entrée à l'école¹³⁷ car cette dernière apporte, selon lui, un soutien dans l'intégration de l'enfant¹³⁸. On peut s'interroger sur l'opportunité d'un tel choix, eu égard au but même du congé qui est, rappelons-le, la construction de liens solides avec l'enfant.

c) Perspective d'adoption et accueil de l'enfant

Le congé d'adoption est prévu tant pour les adoptions dites « internationales » (lorsque l'enfant réside habituellement à l'étranger¹³⁹) que pour les adoptions dites « internes » (lorsque l'enfant réside habituellement en Suisse)¹⁴⁰, à l'exclusion de l'adoption de l'enfant du conjoint ou du partenaire au sens de l'article 264c al. 1 CC (art. 16t al. 5 LAPG).

En droit suisse, seuls les couples mariés¹⁴¹ (art. 264a al. 1 CC) ou les personnes seules (art. 264b CC) peuvent adopter. Les personnes unies par un partenariat enregistré (art. 28 LPart) et celles vivant en concubinage ne peuvent pas adopter conjointement¹⁴².

Avant le prononcé de l'adoption, l'enfant est placé auprès des futurs parents adoptifs (appelés également « parents nourriciers » ; art. 300 CC). Les articles 4 ss de l'Ordonnance sur l'adoption (OAdo¹⁴³) détaillent les conditions de ce placement qui vaut tant pour les adoptions internationales qu'internes¹⁴⁴.

Le droit au congé débute ainsi le jour de l'accueil de l'enfant (art. 16u al. 2 LAPG) et non au moment où l'adoption est prononcée.

¹³⁶ CAAdop, N 1031.

¹³⁷ Pour les cantons romands, voir l'article 5 al. 1 Accord intercantonal sur l'harmonisation de la scolarité obligatoire Concordat HarmoS du 14 juin 2007 ; RS/GE C 1 06.

¹³⁸ Rapport FF 2019 6723 (6733). Voir aussi BO 2020 N 1778 et la proposition d'une minorité que le congé d'adoption soit élargi aux enfants de moins de 12 ans, estimant que les enfants plus âgés ont besoin d'une attention accrue de la part de leurs parents adoptifs lors de la phase d'intégration et que les cas d'adoption les concernant sont plus nombreux.

¹³⁹ GUILLOD/BURGAT, N 152. Dans ce cas, l'adoption est régie par la Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale du 29 mai 1993 et la Loi fédérale relative à la Convention de La Haye sur l'adoption et aux mesures de protection de l'enfant en cas d'adoption internationale du 22 juin 2001.

¹⁴⁰ Art. 264 ss CC.

¹⁴¹ On parle alors d'« adoption conjointe ».

¹⁴² ATF 137 III 241 ; 129 III 656. Cf. GUILLOD/BURGAT, N 157.

¹⁴³ RS.211.221.36.

¹⁴⁴ Sur le sujet, voir GUILLOD/BURGAT, N 160.

d) Preuve

L'employeur peut demander l'attestation cantonale relative à l'accueil de l'enfant en vue de son adoption (art. 4 OAdo) ou l'extrait du registre suisse de l'état civil attestant de l'enregistrement de l'adoption ou documents prouvant que l'adoption a été reconnue en Suisse.

3. Modalités pratiques

a) Calcul du droit

Dans le cas d'une adoption conjointe, sur le plan des assurances sociales, il n'existe qu'un seul droit à l'allocation, pour autant que les deux parents remplissent les conditions de l'article 16t al. 1 LAPG (art. 16t al. 2 LAPG). Cela signifie que les indemnités seront réparties entre les deux.

Par symétrie, le congé d'adoption est de deux semaines et peut être pris par un seul parent ou partagé entre les deux (art. 329i al. 3 CO). Les futurs parents sont ainsi libres de choisir la répartition de ces deux semaines. Conformément à leur devoir de fidélité (art. 321a CO), ils en informeront l'employeur le plus tôt possible. En cas de désaccord sur les dates – cas que l'on ose espérer rare en pratique – nous partageons l'avis de WYLER, selon lequel une présomption de moitié, soit une semaine par parent, devrait être appliquée¹⁴⁵.

En regard avec l'article 16t al. 4 LAPG, l'accueil simultané de plusieurs enfants (par exemple des jumelles ou une fratrie) ne donne droit qu'à un seul congé. Cette option a été retenue par analogie avec les naissances multiples qui ne donnent droit qu'à un congé de maternité ou de paternité¹⁴⁶. En revanche, lorsque des enfants sont accueillis à des intervalles différents, chaque accueil fait naître un droit au congé¹⁴⁷.

Pour les personnes travaillant à temps partiel, le nombre de jours de congé est réduit au *pro rata* de leur taux d'activité¹⁴⁸.

b) Fixation des dates

Le congé d'adoption doit être pris pendant la première année qui suit l'accueil de l'enfant (art. 329i al. 2 CO). Comme pour le congé de prise en charge d'un enfant gravement atteint dans sa santé, il s'agit d'un « délai-cadre ». La date déterminante est celle à laquelle

¹⁴⁵ WYLER, Commentaire, N 13 *ad* art. 329j CO.

¹⁴⁶ Rapport FF 2019 6723 (6733). Cf. p. 9.

¹⁴⁷ FACINCANI, p. 301.

¹⁴⁸ Cf. CAA Dop, N 1005.

l'enfant rejoint la communauté domestique en Suisse, peu importe, pour les adoptions internationales, que l'adoption ait déjà été prononcée à l'étranger¹⁴⁹. Cela dit, le congé d'adoption ne doit pas forcément être pris le premier jour où l'enfant est placé dans la famille.

Le délai-cadre se terminera le jour correspondant par son quantième au premier jour d'accueil (art. 77 al. 1 ch. 3 CO par analogie).

Le congé d'adoption peut être pris uniquement sous la forme de journées ou de semaines (art. 329i al. 4 CO).

Les deux parents ne peuvent pas prendre le congé simultanément (art. 329i al. 3 *in fine* CO).

Suivant le raisonnement exposé pour le congé de paternité¹⁵⁰ nous sommes d'avis que les dates devraient pouvoir être choisies par la personne salariée avec un devoir d'annonce raisonnable conforme à l'obligation de fidélité découlant de l'article 321a CO¹⁵¹.

4. Rémunération

A l'instar du congé de paternité¹⁵², l'employeur n'est pas tenu de verser le salaire pendant la période de congé, l'article 329j CO ne prévoyant aucune obligation à ce sujet. On ne saurait non plus qualifier la situation d'empêchement de travailler non fautif au sens des articles 324a et 324b CO puisque le choix est offert à la personne salariée de bénéficier ou non du congé d'adoption¹⁵³.

En parallèle de l'article 329g CO, le législateur a adopté les articles 16v à 16x LAPG qui instaurent un régime d'indemnités journalières en cas d'adoption.

Si les conditions de l'article 16t LAPG sont remplies, la personne salariée a le droit à un maximum de 14 indemnités journalières (art. 16v al. 2 LAPG) correspondant à 80 % du revenu moyen de l'activité lucrative obtenu avant le début du droit à l'allocation (art. 16w al. 1 LAPG). Comme pour la maternité, le montant maximal versé est de CHF 220.- par jour (art. 16w al. 3 *cum* 16f LAPG).

En vertu de l'article 19 al. 2 LPGA, les indemnités journalières sont versées à l'employeur dans la mesure où il continue à verser un salaire.

¹⁴⁹ Rapport FF 2019 6723 (6733).

¹⁵⁰ Cf. p. 10.

¹⁵¹ *Contra* FACINCANI, p. 301, qui se réfère à l'article 329c al. 2 CO.

¹⁵² Cf. p. 10.

¹⁵³ WYLER, Commentaire, N 25 *ad* art. 329j CO.

En pratique, la demande d'allocation se fait par l'employeur à l'issue du congé d'adoption ou lorsque le délai-cadre est échu, auprès de la caisse fédérale de compensation¹⁵⁴.

5. Fin des rapports de travail

Le congé d'adoption ne constitue pas un temps inopportun au sens de l'article 336c CO et le contrat de travail d'une personne bénéficiant ou allant être au bénéfice d'un congé d'adoption peut être résilié. Selon le motif du congé, la protection contre les congés abusifs s'applique au congé d'adoption (art. 336 CO ; art. 3 LEg).

A l'inverse du congé de paternité, l'exercice du droit au congé ne prolonge cependant pas le délai de congé (art. 335c al. 3 CO *a contrario*).

Nous relevons que la portabilité du congé semble admissible et qu'une indemnité journalière peut être versée auprès d'un éventuel nouvel employeur, pour autant que l'on se trouve encore durant le délai-cadre¹⁵⁵.

IV. Conclusion et perspectives

Avec l'introduction des nouveaux congés dans le Code des obligations, le législateur a conféré de véritables droits, distincts des congés usuels de l'article 329 al. 3 CO, pour les personnes salariées en cas d'événements familiaux majeurs.

Il a également positionné et visibilisé dans les rapports de travail le cercle familial élargi de la personne salariée. Même si des inégalités subsistent entre les différentes formes de familles, il s'agit néanmoins d'une avancée vers la conciliation des vies professionnelles et familiales.

Nous avons vu que certaines questions demeurent ouvertes et seront à trancher par les tribunaux, comme, par exemple, la fixation des dates de congé ou la portabilité de certains des congés en cas de résiliation du contrat de travail.

Aussi, sujets éminemment politiques, les questions liées aux familles continuent d'être sous le feu de l'actualité.

A l'heure où nous écrivons ces dernières lignes, le Parlement a accepté d'allonger le congé du parent survivant en cas de décès de l'autre parent à la naissance de l'enfant. Le Conseil National a, quant à lui, soutenu la motion du Conseil des Etats visant à une meilleure allocation pour les parents d'enfants malades que nous évoquions précédemment.

¹⁵⁴ CAAadop, N 1006. Cf. Formulaire 318.754.

¹⁵⁵ CAAadop, N 1032 ; FACINCANI, p. 302.

Enfin, la Commission fédérale pour les questions familiales (COFF) a rendu un rapport visant à l'introduction d'un congé parental étendu de 38 semaines au niveau national en proposant un modèle prévoyant une répartition égalitaire.

Gageons que, dans les prochains mois, voire prochaines années, des adaptations et évolutions auront encore lieu sur les thématiques des politiques familiales, certainement en vue de permettre, enfin, une réelle égalité au sein des couples.

Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur.

- JULIEN BANGERTER, Le congé pour les parents d'enfants gravement malades manque sa cible / Le 12h30 / 2 min. / diffusé le 18 janvier 2023 sur la RTS.
- BOLLIGER-SALZMANN/METRY, Définition et relevé de la fréquence de maladies graves chez les enfants jusqu'à 18 ans, Résumé, Berne 2014, disponible sur le site www.aramis.admin.ch.
- BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, Commentaire du contrat de travail, 4^e éd., Berne/Lausanne 2019.
- CEROTTINI ERIC, Le droit aux vacances, étude des articles 329a à d CO, thèse, Lausanne 2001 (cité : CEROTTINI, Le droit aux vacances).
- CEROTTINI ERIC, Commentaire *ad* art. 329 CO, *in* : Dunand/Mahon (édit.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2022 (cité : CEROTTINI, Commentaire).
- COMMISSION DE LA SÉCURITÉ SOCIALE ET DE LA SANTÉ PUBLIQUE DU CONSEIL DES ÉTATS, Rapport du 15 avril 2019 relatif à l'initiative parlementaire « Contre-projet indirect à l'initiative pour un congé de paternité », FF 2019 3309-3326 (cité : Rapport FF 2019 3309).
- COMMISSION DE LA SÉCURITÉ SOCIALE ET DE LA SANTÉ PUBLIQUE DU CONSEIL NATIONAL, Rapport du 5 juillet 2019 relatif à l'initiative parlementaire « Introduire des allocations en cas d'adoption d'un enfant », FF 2019 6723-6740 (cité Rapport FF 2019 6723).
- COMMISSION DE LA SÉCURITÉ SOCIALE ET DE LA SANTÉ PUBLIQUE DU CONSEIL NATIONAL, Rapport du 30 octobre 2019 relatif à l'initiative parlementaire « Introduire des allocations en cas d'adoption d'un enfant », FF 2019 6909-6920 (cité Rapport FF 2019 6909).
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la loi fédérale sur l'amélioration de la conciliation entre activité professionnelle et prise en charge de proches, 22 mai 2019, FF 2019 3941 (cité : Message FF 2019 3941).
- DIETSCHY-MARTENET PATRICIA, Commentaire *ad* art. 329 CO, *in* : Thévenoz/Werro (édit.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3^e éd., Bâle 2021 (cité : CR CO I- DIETSCHY-MARTENET).
- DUNAND/LEMPEN/PERDAEMS, Droit du travail, Bâle 2020.
- ETTER/STUCKY, Arbeitsvertrag, Zurich 2021.
- FACINCANI/BRUNNER/RITZINGER, Congé de paternité : Aspects juridiques, *in* : TREX 2021, pp. 16 ss.
- FACINCANI NICOLAS, Aspects juridiques du nouveau congé d'adoption, *in* : TREX 2021, pp. 300-302.
- GNAEGI PHILIPPE, Le droit du travailleur au salaire en cas de maladie, Zurich 1996.
- GROMADA/RICHARDSON, Where do rich countries stand on childcare ?, United Nations Children's Fund (UNICEF), juin 2021.
- GUILLOD/BURGAT, Droit des familles, 6^e éd., Neuchâtel 2022.
- HEINZER BORIS, Commentaire *ad* art. 335c CO, *in* : Dunand/Mahon (édit.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2022.

- MATTHEY FANNY, L'ouverture du mariage aux couples de même sexe : quels effets pour les prestations parentales ?, *in* : SZS/RSAS n° 1-2022, pp. 448 ss.
- NORDMANN/BURCKHARDT, « Vaterschaftsurlaub jetzt ! » – Und wie weiter ? *in* : AJP/PJA n° 12-2020, pp. 1525-1532.
- NOVIER MERCEDES, Le certificat médical dans les relations de travail, *in* : Dunand/Mahon (édit.), Les certificats dans les relations de travail, Genève/Zurich/Bâle 2018, pp. 141-181.
- OFFICE FÉDÉRAL DES ASSURANCES SOCIALES (OFAS), Circulaire 318.710 sur les allocations de maternité et de paternité (CAMaPat), valable à partir du 1^{er} janvier 2021, état au 1^{er} janvier 2023 (cité : CAMaPat).
- OFFICE FÉDÉRAL DES ASSURANCES SOCIALES (OFAS), Circulaire 318.716 sur l'allocation de prise en charge (CAPC), valable à partir du 1^{er} juillet 2021, état au 1^{er} janvier 2023 (cité : CAPC).
- OFFICE FÉDÉRAL DES ASSURANCES SOCIALES (OFAS), Circulaire 318.717 sur l'allocation d'adoption (CAAdop), valable à partir du 1^{er} janvier 2023, état au 1^{er} janvier 2023 (cité : CAAdop).
- ORDOLLI/WITZIG, Commentaire *ad* art. 335c CO, *in* : Thévenoz/Werro (édit.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3^e éd., Bâle 2021 (cité : CR CO I-ORDOLLI/WITZIG).
- PÄRLI/KLÄUSLER, Betreuungs- und Vaterschaftsurlaub, *in* : SZS/RSAS n° 4-2021, pp. 186 ss.
- PERRENOUD STÉPHANIE, Commentaire *ad* art. 329g à 329j CO, *in* : Thévenoz/Werro (édit.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3^e éd., Bâle 2021 (cité : CR CO I-PERRENOUD).
- PERRENOUD/MATTHEY, Le congé de paternité : un petit pas pour les pères, un tout petit pas pour l'égalité, *in* : Newsletter DroitMatrimonial.ch octobre 2020.
- REINERT/GOMRINGER, Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem Vaterschaftsurlaub, *in* : Jusletter du 9 novembre 2020.
- STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2012.
- STÜCKELBERG MARTINE, Concilier activité professionnelle et responsabilités familiales : les nouveaux congés de paternité et de prise en charge, la prolongation du congé de maternité, *in* : SJ 2022, pp. 308-332.
- SUBILIA/DUC, Droit du travail – Eléments de droit suisse, 2^e éd., Lausanne 2010 (cité : SUBILIA/DUC).
- VIONNET REBECCA, Gesetzliche Neuerungen in der Angehörigenbetreuung in Pflegerecht – Pflege in Politik, Wissenschaft und Ökonomie, Zurich 2021, pp. 203-212.
- WITZIG AURÉLIEN, Droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2018.
- WYLER RÉMY, Commentaire *ad* art. 329g à j CO, *in* : Dunand/Mahon (édit.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2022 (cité : WYLER, Commentaire).
- WYLER/HEINZER, Droit du travail, 4^e éd., Berne 2019.

ERIC CEROTTINI

Les vacances dans le CO – Quelques aspects choisis

Sommaire	Page
I. Réduction du droit aux vacances	34
A. Objet et justification de la réduction	34
B. Réduction pendant une année de service complète	35
1. Généralités	35
2. Absences prises en compte dans le cadre de l'article 329b CO	35
a) Absences au sens de l'article 329b alinéa 1 ^{er} CO	35
b) Absences au sens de l'article 329b alinéa 2 CO	35
c) Absences au sens de l'article 329b alinéa 3 lettre a CO	36
d) Absences au sens de l'article 329b alinéa 3 lettres b à e CO	36
3. Calcul de la réduction en cas d'absence relevant exclusivement de l'article 329b alinéa 1 ^{er} CO	36
4. Calcul de la réduction en cas d'absence relevant exclusivement de l'article 329b alinéa 2 CO	37
5. Calcul de la réduction en cas d'absence relevant exclusivement de l'article 329b alinéa 3 lettre a CO	38
6. Calcul de la réduction en cas d'absence relevant des alinéas 1 ^{er} , 2 et/ou 3 lettre a de l'article 329b CO	38
7. Absence de réduction en cas d'absence relevant de l'alinéa 3 lettres b, c, d et/ou e de l'article 329b CO	39
C. Réduction pendant une année de service incomplète	40
D. Exemple de calcul dans une situation complexe sur deux années de service	41
II. Solde de vacances à prendre à l'issue des rapports de travail	43
A. Généralités	43
B. Résiliation ordinaire	44
1. Durée insuffisante	44
2. Empêchements de travailler durant le délai de congé	44
3. Recherche d'un emploi	45
4. Cadres dirigeants	47
5. Action et réaction du travailleur et/ou de l'employeur	48
C. Résiliation immédiate	48
1. Résiliation immédiate justifiée	48
2. Résiliation immédiate injustifiée	49
III. Excédent de vacances à prendre à l'issue des rapports de travail	50
A. Généralités	50
B. Vacances anticipées à la demande du travailleur	51

C. Vacances anticipées sur décision unilatérale de l'employeur	53
D. Modalités de restitution	53
IV. Inclusion du salaire afférent aux vacances dans le salaire périodique	54
A. Généralités	54
B. Conditions de fond et de forme	55
C. Sanctions en cas de non-respect des conditions de fond et/ou de forme	58
Bibliographie	59

I. Réduction du droit aux vacances

A. Objet et justification de la réduction

Le législateur a prévu à l'article 329b CO la faculté pour l'employeur de réduire la durée du droit aux vacances qui doit être accordé annuellement sur la base des minima arrêtés à l'article 329a CO ou par la voie contractuelle.

Cette réduction est rendue possible lorsque les absences cumulées du travailleur pendant la période de référence dépassent une certaine durée.

Cette faculté de réduction se justifie par le but même de l'octroi de périodes de vacances. Le CO impose à l'employeur d'accorder des vacances au travailleur pour permettre à ce dernier de se reposer de la fatigue accumulée lors de l'accomplissement des prestations de travail. Or, si la durée du travail effectif fourni par le travailleur diminue à raison d'une ou plusieurs périodes d'absences d'une certaine durée, la fatigue liée à l'exécution dudit travail s'en trouve également réduite. L'obligation pour l'employeur de fournir la durée légale ou contractuelle peut ainsi être restreinte.

Depuis son introduction dans le CO en 1972¹, l'article 329b CO a fait l'objet d'un certain nombre de modifications, dont les principales ont trait à l'entrée en vigueur du congé-jeunesse à l'article 329e CO (1989), du congé maternité à l'article 329f CO (2005), du congé paternité à l'article 329g CO (2021), du congé pour la prise en charge d'un enfant gravement atteint dans sa santé en raison d'une maladie ou d'un accident à l'article 329i CO (2021) et du congé d'adoption à l'article 329j CO (2023)².

¹ Pour plus de détails sur l'origine et l'évolution de l'article 329b CO, voir CEROTTINI, Commentaire D/M, N 4 et 5 *ad art.* 329b CO, pp. 489-490.

² Pour plus de détails sur ces différents congés, voir MAJOR, Les nouveaux congés dans le CO, *supra* dans le présent ouvrage.

B. Réduction pendant une année de service complète

1. Généralités

Le législateur n'a envisagé à l'article 329b CO que le calcul d'une réduction du droit aux vacances dans le cadre d'une année de service complète, soit une période de référence de douze mois³.

Le système légal prévoit un système de réduction qui va fluctuer en présence des différentes causes d'absences précisées aux alinéas 1^{er}, 2 et 3 de l'article 329b CO, certaines bénéficiant d'un système privilégié par la mise en œuvre de délais de grâce durant lesquels aucune réduction ne peut être opérée.

L'énumération à l'article 329b CO des périodes à prendre en compte est exhaustive, de sorte que d'autres absences du travailleur, notamment liées à une décision de l'employeur, n'ont pas d'influence sur une éventuelle réduction du droit aux vacances⁴.

2. Absences prises en compte dans le cadre de l'article 329b CO

a) Absences au sens de l'article 329b alinéa 1^{er} CO

L'article 329b alinéa 1^{er} CO prévoit une réduction de la durée des vacances en cas d'absence ou de succession d'absences pour des motifs dont le travailleur doit répondre ou qui relèvent de sa responsabilité⁵, comme les périodes d'empêchements fautifs de travailler, les jours d'absence injustifiés, les congés non payés, les congés de formation, la participation à des grèves licites ou illicites, ou encore les congés usuels au sens de l'article 329 alinéa 3 CO non couverts par les articles 324a, 329e, 329f, 329g, 329i et 329j CO.

b) Absences au sens de l'article 329b alinéa 2 CO

L'article 329b alinéa 2 CO reconnaît la possibilité de réduire le droit aux vacances en présence d'empêchements non fautifs de travailler au sens de l'article 324a CO, soit notamment en cas d'absence pour cause de maladie, d'accident, d'accomplissement d'une

³ Nous verrons toutefois ci-après au Titre I.C que certaines réductions doivent être opérées dans le cadre d'une année de service incomplète, soit une période de référence d'une durée inférieure à douze mois.

⁴ On pense en particulier à une situation de demeure de l'employeur en cours d'emploi ou de libération de l'obligation de travailler durant le délai de congé, qui n'entraînent aucune réduction du droit aux vacances.

⁵ Pour une explication détaillée de cette définition plus large que la teneur du texte littéral de l'article 329b alinéa 1^{er} CO, voir CEROTTINI, Le droit aux vacances, pp. 114 ss. Contra : PERRENOUD, p. 924.

obligation légale, d'exercice d'une fonction publique ou de prise d'un congé-jeunesse au sens de l'article 329e CO.

c) Absences au sens de l'article 329b alinéa 3 lettre a CO

L'article 329b alinéa 3 lettre a CO retient également comme absence susceptible d'entraîner une réduction de la durée des vacances les périodes d'empêchement de travailler à raison d'une grossesse, jusqu'à la date de l'accouchement.

d) Absences au sens de l'article 329b alinéa 3 lettres b à e CO

L'article 329b alinéa 3 lettres b, c, d et e CO énumère en revanche des absences pour lesquelles l'employeur ne peut procéder à aucune réduction, soit durant la prise d'un congé maternité au sens de l'article 329f CO, d'un congé paternité au sens de l'article 329g CO, d'un congé de prise en charge au sens de l'article 329i CO et d'un congé d'adoption au sens de l'article 329j CO.

3. Calcul de la réduction en cas d'absence relevant exclusivement de l'article 329b alinéa 1^{er} CO

L'alinéa 1^{er} de l'article 329b CO prévoit une réduction du droit aux vacances annuel d'un douzième dès le premier mois complet d'absence, pour des motifs dont le travailleur doit répondre ou qui relèvent de sa responsabilité, et d'un douzième supplémentaire pour chaque mois complet d'absence subséquent.

A cet égard, il y a lieu de préciser qu'il peut s'agir d'une unique absence prolongée ou d'une succession d'absences en cours d'année de service. La notion de mois complet d'absence doit être comprise comme une des douze unités composant l'année, soit un total de 52 semaines divisé par douze mois, soit 4,333 semaines⁶.

Ainsi, une réduction ne peut pas être effectuée par l'employeur en présence d'une absence ou d'une somme d'absences au sens de l'article 329b alinéa 1^{er} CO sur l'année de service d'une durée inférieure à un mois complet⁷. Il s'agit toutefois d'un simple délai d'attente : cet alinéa autorise dès lors l'employeur à procéder à une réduction d'un douzième du droit

⁶ Pour des tableaux permettant de visualiser le nombre de jours d'absences au travail à atteindre selon le nombre hebdomadaire de jours de travail, pour chaque mois complet d'absence, voir CEROTTINI, Le droit aux vacances, p. 131 ss, avec la précision que la colonne intitulée « al. 3 » n'est désormais valable que pour les situations relevant de l'article 329b al. 3 lettre a CO, à l'exclusion des cas relevant de l'article 329b al. 3 lettre b CO, à la suite de la modification législative de 2005.

⁷ L'alinéa 1^{er} de l'article 329b CO étant de nature dispositive, l'employeur peut toutefois prévoir contractuellement un système de réduction plus strict, notamment en réduisant voire en excluant tout délai d'attente avant réduction. Pour plus de détails sur les dérogations au régime légal instauré à l'article 329b CO, voir CEROTTINI, Commentaire D/M, N 25 à 27 *ad* art. 329b CO, pp. 497-498.

annuel aux vacances pour chaque mois complet d'absence et ce, dès le premier mois complet d'absence.

Les absences ou les parts de celles-ci, qui n'ont pas donné lieu à une réduction pendant l'année de service considérée au vu de leur trop courte durée ou du fait qu'elles correspondent à un surplus dont la quotité est inférieure à un mois complet, sont définitivement écartées du calcul de réduction du droit aux vacances et ne peuvent être prises en compte dans le cadre d'un éventuel calcul de réduction pour l'année de service suivante.

Exemple : un travailleur, au bénéfice d'un droit annuel de quatre semaines de vacances, a accumulé durant une année de service un total de treize semaines d'absence relevant exclusivement de l'alinéa 1^{er} de l'article 329b CO. Ces treize semaines constituent trois mois complets d'absence (13 semaines divisé par 4,333 semaines), de sorte que le droit aux vacances annuel de quatre semaines peut être réduit de trois douzièmes, soit d'une semaine (4 semaines multiplié par 3 et divisé par 12). Ainsi, le droit annuel aux vacances de ce travailleur après réduction s'élèvera à trois semaines.

4. Calcul de la réduction en cas d'absence relevant exclusivement de l'article 329b alinéa 2 CO

L'article 329b alinéa 2 CO introduit un véritable délai de grâce en interdisant toute réduction pendant le premier mois complet d'absence, lorsque le travailleur est empêché de travailler⁸, sans faute de sa part, pour des causes inhérentes à sa personne, en cas de maladie ou d'accident notamment.

Ainsi, le premier mois d'absence pour un tel motif est définitivement écarté du calcul de toute réduction du droit annuel aux vacances. La première réduction d'un douzième de ce droit ne peut donc avoir lieu qu'à l'échéance du délai d'attente, soit à partir du deuxième mois complet d'absence, puis d'un douzième supplémentaire pour chaque mois complet d'absence subséquent.

Le délai de grâce est afférent à l'année de service en question. Ainsi, chaque nouvelle année de service fait renaître un nouveau délai de grâce.

Exemple : un travailleur, au bénéfice d'un droit annuel de quatre semaines de vacances, a accumulé durant une année de service un total de treize semaines d'absence relevant exclusivement de l'alinéa 2 de l'article 329b CO. Ces treize semaines constituent trois mois complets d'absence (13 semaines divisé par 4,333 semaines), Le premier mois

⁸ Les périodes d'incapacité partielle de travailler donnent également lieu à une réduction du droit annuel aux vacances. Pour déterminer l'équivalent à temps complet d'une absence à temps partiel, il y a lieu de multiplier le nombre de jours d'absence touchés par un empêchement à temps partiel et de le multiplier par le pourcentage d'incapacité. Voir CEROTTINI, Le droit aux vacances, pp. 119-121.

complet d'absence constitue le délai de grâce qui est écarté du calcul, de sorte qu'il ne subsiste que deux mois complets d'absence pour une réduction. Le droit aux vacances annuel de quatre semaines peut donc être réduit de deux douzièmes, soit de 0,666 semaine (4 semaines multiplié par 2 et divisé par 12). Ainsi, le droit annuel aux vacances de ce travailleur après réduction s'élèvera à 3,333 semaines.

5. Calcul de la réduction en cas d'absence relevant exclusivement de l'article 329b alinéa 3 lettre a CO

L'article 329b alinéa 3 lettre a CO introduit également un véritable délai de grâce, ôtant toute possibilité de réduction pendant les deux premiers mois complets d'absence, lorsqu'une travailleuse se trouve empêchée de travailler à raison de sa grossesse et ce, jusqu'à l'accouchement.

Là encore, les deux premiers mois sont définitivement écartés du calcul de toute réduction du droit annuel aux vacances. La première réduction d'un douzième de ce droit ne peut donc avoir lieu qu'à l'échéance du délai d'attente, soit à partir du troisième mois complet d'absence, puis d'un douzième supplémentaire pour chaque mois complet d'absence subséquent.

Exemple : une travailleuse, au bénéfice d'un droit annuel de quatre semaines de vacances, a accumulé durant une année de service un total de treize semaines d'absence relevant exclusivement de l'alinéa 3 lettre a de l'article 329b CO. Ces treize semaines constituent trois mois complets d'absence (13 semaines divisé par 4,333 semaines). Les deux premiers mois complets d'absence constituent le délai de grâce qui est écarté du calcul, de sorte qu'il ne subsiste qu'un mois complet d'absence pour une réduction. Le droit aux vacances annuel de quatre semaines peut donc être réduit d'un douzième, soit de 0,333 semaine (4 semaines multiplié par 1 et divisé par 12). Ainsi, le droit annuel aux vacances de cette travailleuse après réduction s'élèvera à 3,666 semaines.

6. Calcul de la réduction en cas d'absence relevant des alinéas 1^{er}, 2 et/ou 3 lettre a de l'article 329b CO

En pratique, il arrive que les absences accumulées par le travailleur durant l'année de service relèvent à la fois de l'alinéa 1^{er}, de l'alinéa 2 et/ou de l'alinéa 3 lettre a CO.

Dans une telle situation, nous avons exposé pour quelles raisons il faut additionner les durées des absences causées par les différents types d'empêchements durant l'année de

service, pour ensuite soumettre le total en bloc au système de délai de grâce le plus favorable qui découle de l'application des alinéas 2 et/ou 3 lettre a de l'article 329b CO⁹.

Ainsi, on appliquera le délai de grâce d'un mois en présence d'absences relevant des alinéas 1^{er} et 2 de l'article 329b CO.

Le délai de grâce de deux mois sera quant à lui applicable en présence d'absences relevant des alinéas 1^{er} et 3 lettre a de l'article 329b CO, en présence d'absences relevant des alinéas 2 et 3 lettre a de l'article 329b CO, respectivement en présence d'absences relevant des alinéas 1^{er}, 2 et 3 lettre a de l'article 329b CO¹⁰.

Exemple : une travailleuse, au bénéficiaire d'un droit annuel de quatre semaines de vacances, a accumulé durant une année de service deux semaines de congé non payé, cinq semaines d'absence pour cause d'accident et six semaines d'absence pour cause d'incapacité de travail liée à sa grossesse, soit des absences relevant à la fois des alinéas 1^{er}, 2 et 3 lettre a de l'article 329b CO. En additionnant ces différentes absences, on parvient à un total de treize semaines, soit trois mois complets d'absence (13 semaines divisées par 4,33 semaines). Il y a lieu de confronter ce résultat exclusivement au système de délai de grâce le plus favorable, soit celui de l'article 329b alinéa 3 lettre a CO. Après la mise à l'écart du délai de grâce de deux mois, il ne subsiste qu'un mois complet d'absence pour une réduction. Le droit aux vacances annuel de quatre semaines peut donc être réduit d'un douzième, soit de 0,333 semaine (4 semaines multiplié par 1 et divisé par 12). Ainsi, le droit annuel aux vacances de cette travailleuse après réduction s'élèvera à 3,666 semaines.

7. Absence de réduction en cas d'absence relevant de l'alinéa 3 lettres b, c, d et/ou e de l'article 329b CO

Les modifications apportées en 2005 et 2021 à l'article 329b CO ont introduit aux lettres b, c, d et e de l'alinéa 3 de cette disposition de nouveaux délais de grâce pour des absences spécifiques, dont le législateur a estimé qu'il fallait exclure toute réduction du droit aux vacances et ceci, pour toute la durée de l'absence effective en question¹¹.

Ainsi, le congé maternité au sens de l'article 329f CO pour une période maximale de quatorze semaines¹², le congé paternité au sens de l'article 329g CO pour une période

⁹ Il s'agit en effet de la seule méthode permettant de garantir une cohérence vis-à-vis du système privilégié prévu par le législateur aux alinéas 2 et 3 lettre a de l'article 329b CO. Pour plus d'explications à ce sujet, voir CEROTTINI, *Le droit aux vacances*, pp. 137-141.

¹⁰ Dans ces deux dernières hypothèses, il n'y a pas addition du délai de grâce d'un mois prévu à l'alinéa 2 avec le délai de grâce de l'alinéa 3 lettre a de l'article 329b CO.

¹¹ Pour plus de détails sur ces modifications législatives, voir CEROTTINI, *Commentaire D/M*, N 17 à 20 *ad art.* 329b CO, pp. 493-494.

¹² Voire pendant une période complémentaire de huit semaines en cas d'hospitalisation du nouveau-né (voir articles 329f alinéa 2 CO et 16c alinéa 3 LAPG).

maximale de deux semaines, le congé pour prise en charge d'un enfant gravement atteint dans sa santé au sens de l'article 329i CO pour une période maximale de quatorze semaines et le congé d'adoption au sens de l'article 329j CO pour une durée maximale de deux semaines, constituent des délais de grâce qui ne doivent pas générer la moindre réduction du droit aux vacances.

Cette mise à l'écart doit se faire en tous les cas, indépendamment de respecter, durant la même année de service, les autres délais de grâce légaux, à raison d'autres absences relevant de l'article 329b alinéa 2 et/ou alinéa 3 lettre a CO.

Si les congés au sens des articles 329f, 329g, 329i et/ou 329j CO chevauchent deux années de service, il ne faut évidemment exclure que l'absence effective constatée dans chaque année de référence considérée.

Au demeurant, si une incapacité de travail de l'employé devait générer une absence qui se superpose intégralement avec une période de congé au sens des articles 329f, 329g, 329i et/ou 329j CO, il n'y aura pas à notre sens matière à réduction au sens des alinéas 1^{er}, 2 et 3 lettre a de l'article 329b CO.

C. Réduction pendant une année de service incomplète

En cas d'année de service incomplète, il n'est pas possible de transposer telle quelle la méthode employée en présence d'une année de service complète, consistant à réduire le droit aux vacances annuel d'un douzième par mois complet d'absence. Le Tribunal fédéral a écarté la solution d'une méthode de réduction proportionnelle, avec application du rapport entre la durée effective de l'année incomplète et l'année complète, tant au calcul proprement dit qu'aux délais de grâce, et ceci au profit de la méthode élaborée par Aubert¹³, à notre avis à juste titre¹⁴.

La méthode retenue consiste à diminuer la période totale composant l'année incomplète des mois complets d'absence qui peuvent faire l'objet d'une réduction au sens de l'article 329b CO, en tenant compte du système des délais de grâce, pour ensuite calculer le droit aux vacances ordinaire sur cette période diminuée, selon le système ordinaire du calcul au *pro rata* pour une année incomplète, tel que prévu à l'article 329a alinéa 3 CO.

Pour les absences relevant du 1^{er} alinéa, il s'agit de retrancher tous les mois complets d'absence à la durée totale de l'année de service incomplète.

¹³ AUBERT, pp. 127 ss.

¹⁴ CEROTTINI, Le droit aux vacances, pp. 141-145, spéc. p. 144.

Pour celles qui relèvent de l'alinéa 2, le mois de délai de grâce n'est pas pris en compte et seuls les mois complets subséquents sont retranchés à la période totale de l'année de service incomplète.

S'agissant d'une incapacité pour cause de grossesse au sens de l'alinéa 3 lettre a, on ne tient pas compte des deux mois de délais de grâce et seuls les mois complets subséquents doivent être déduits du nombre de mois composant l'année de service incomplète.

En ce qui concerne les congés relevant des articles 329f CO, 329g CO, 329i CO et 329j CO, la période du congé effectivement prise se situant dans l'année de référence incomplète est totalement exclue de la soustraction.

Exemple : une travailleuse, au bénéficiaire d'un droit annuel de quatre semaines de vacances, a travaillé sur la base d'un contrat de durée déterminée du 1^{er} février au 30 novembre. Durant cette année de service incomplète de dix mois, elle a accumulé deux semaines de congé non payé, cinq semaines d'absence pour cause d'accident et six semaines d'absence pour cause d'incapacité de travail liée à sa grossesse, soit des absences relevant à la fois des alinéas 1^{er}, 2 et 3 lettre a de l'article 329b CO. En additionnant ces différentes absences, on parvient à un total de treize semaines, soit trois mois complets d'absence (13 semaines divisé par 4,33 semaines). Il y a lieu de confronter ce résultat exclusivement au système de délai de grâce le plus favorable, soit celui de l'article 329b alinéa 3 lettre a CO. Après mise à l'écart du délai de grâce de deux mois, il ne subsiste qu'un mois complet d'absence pour une réduction. Des dix mois composant la période de référence incomplète, il y a lieu de déduire ce mois complet. Il reste alors à calculer au *pro rata* le droit aux vacances de la travailleuse pour un exercice-vacances de neuf mois, conformément à l'article 329a alinéa 3 CO, ce qui lui donne droit à un droit aux vacances proportionnel de trois semaines (4 divisé par 12 multiplié par 9).

D. Exemple de calcul dans une situation complexe sur deux années de service

Une synthèse des différentes règles et méthodes exposées aux lettres B et C ci-dessus peut être déclinée au moyen du cas d'espèce développé ci-après sur deux années de service.

Exemple : une travailleuse est au bénéficiaire de quatre semaines de vacances par année. Son contrat de travail à un taux de 100 % débute le 1^{er} février 2021. Elle est victime d'un accident qui la rend incapable de travailler à 70 % durant trois semaines du 8 au 28 mars 2021. Elle se retrouve en incapacité de travail à 100 % durant cinq semaines du 7 juin au 11 juillet 2021. Du fait de sa grossesse, la travailleuse se retrouve empêchée de travailler durant six semaines du 18 septembre au 29 octobre 2021. Elle accouche le 30 octobre 2021 et bénéficie de son congé maternité de 14 semaines qui se termine le 4 février 2022. Au terme dudit congé, elle requiert et obtient de son employeur la prise d'un congé non payé

de neuf semaines du 5 février au 8 avril 2022, avant de reprendre son travail. L'enfant de la travailleuse est gravement atteint dans sa santé, de sorte que cette dernière bénéficie d'un congé au sens de l'article 329i CO d'une durée de six semaines du 4 juillet au 14 août 2022. La travailleuse donne finalement sa démission avec effet au 30 novembre 2022.

La première année de service est complète et court du 1^{er} février 2021 au 31 janvier 2022. Durant cette période, il y a d'emblée lieu d'écarter du calcul de réduction du droit aux vacances la période du 30 octobre 2021 au 31 janvier 2022, qui correspond au congé maternité au sens de l'article 329b alinéa 3 lettre b CO se situant dans la première année de service.

Il faut ensuite déterminer l'équivalent à temps complet de l'absence à temps partiel causé par l'accident. Les trois semaines d'absence à 70 % correspondent à 2,1 semaines à 100 % (3 multiplié par 70 divisé par 100).

On additionne ce résultat de 2,1 semaines à la période d'absence pour cause de maladie à 100 % de cinq semaines, pour parvenir à un total de 7,1 semaines d'absences relevant de l'alinéa 2 de l'article 329b CO.

On y ajoute encore l'absence liée à l'empêchement provoqué par la grossesse de six semaines, qui relève quant à elle de l'alinéa 3 lettre a de l'article 329b CO, pour obtenir un total d'absences de 13,1 semaines.

De ce résultat, il faut uniquement déduire le délai de grâce de deux mois complets équivalant à 8,66 semaines (4,33 multiplié par 2) découlant de l'article 329b alinéa 3 lettre a CO, le délai de grâce prévu à l'article 329b alinéa 2 CO étant « absorbé » par ce dernier et donc écarté. On parvient ainsi à un total de 4,44 semaines d'absence (13,1 dont on soustrait 8,66), qui constitue un mois complet d'absence (supérieur à 4,33 et inférieur à 8,66 semaines) permettant d'opérer une réduction d'un douzième, soit 0,33 semaine sur le droit aux vacances annuel de quatre semaines (4 divisé par 12). Le droit annuel aux vacances après réduction s'élèvera donc à 3,66 semaines (4 dont on soustrait 0,33) pour la première année de service complète.

La seconde année de service est incomplète et court du 1^{er} février 2022 au 30 novembre 2022, soit durant dix mois. S'agissant de cette période il faut d'emblée écarter du calcul de réduction du droit aux vacances la période du 1^{er} au 4 février 2022, qui relève du congé maternité au sens de l'article 329b alinéa 3 lettre b CO, ainsi que la période du 4 juillet au 14 août 2022, qui relève du congé de prise en charge au sens de l'article 329b alinéa 3 lettre d CO.

Le congé non payé de neuf semaines du 5 février au 8 avril 2022 correspond à une absence au sens de l'alinéa 1^{er} de l'article 329b CO et équivaut à deux mois complets d'absence (supérieur à 8,66 et inférieur à 12,99 semaines). Il n'y a pas à tenir compte d'un autre délai de grâce, à défaut d'absence pouvant relever des alinéas 2 et 3 lettre a de l'article 329b CO

(le solde d'absence de 0,11 semaine non utilisé dans la réduction opérée durant l'année de service complète précédente étant définitivement perdu).

Des dix mois composant l'année de service incomplète, il y a lieu de déduire ces deux mois complets d'absence pour parvenir à une période de référence de huit mois. Il reste alors à calculer au *pro rata* le droit aux vacances de la travailleuse cet exercice-vacances de huit mois, conformément à l'article 329a alinéa 3 CO, ce qui lui donne droit à un droit aux vacances proportionnel de 2,66 semaines (4 divisé par 12 multiplié par 8) pour cette seconde année de service incomplète.

II. Solde de vacances à prendre à l'issue des rapports de travail

A. Généralités

Lorsque les rapports de travail sont sur le point de prendre fin, il arrive fréquemment que le travailleur n'ait pas encore entièrement épuisé le droit aux vacances auquel il peut prétendre jusqu'à l'issue de la relation contractuelle.

L'article 329d alinéa 2 CO, dont la teneur est absolument impérative au sens de l'article 361 alinéa 1^{er} CO, prévoit une interdiction de remplacement des vacances par des prestations en argent ou d'autres avantages et ce, tant que durent les rapports de travail. L'employeur reste donc en principe tenu d'accorder des vacances en nature jusqu'au dernier jour du contrat de travail¹⁵.

Toutefois, il se peut que l'octroi de vacances en nature ne soit plus envisageable, alors même que le contrat n'a pas encore pris fin. En effet, l'imminence du terme contractuel entraîne souvent l'apparition de situations dans lesquelles il est matériellement impossible pour le travailleur de prendre des vacances en nature. Une telle prise de vacances peut également s'avérer exclue car entrant en contradiction avec des intérêts primordiaux pour le travailleur, qui sont incompatibles avec la réalisation du but des vacances, à savoir le repos et la distraction. Ainsi, dans certaines circonstances et à l'appui de motifs limités, le travailleur est fondé à refuser la prise de vacances en nature à la fin de la relation contractuelle et à exiger de son employeur qu'il lui verse une indemnité visant à rémunérer ce solde de vacances dont il n'aura pu bénéficier durant les rapports de travail.

¹⁵ TF 4C.84/2002 du 22 octobre 2002, c. 3.2.1 ; TF 4A_748/2012 du 3 juin 2013, c. 2.5.

B. Résiliation ordinaire

1. Durée insuffisante

L'impossibilité d'octroyer des vacances peut découler mathématiquement du fait que la durée du délai de congé est tout simplement inférieure à celle du solde de vacances auquel le travailleur a encore droit.

Ce sera principalement le cas lorsque le délai de congé dispose d'une durée contractuelle réduite ou lorsque le travailleur aura accumulé du retard dans la prise de ses vacances pendant plusieurs années, ceci dans les limites du délai de prescription de cinq ans applicable à une telle prétention. Un départ prématuré du travailleur ayant trouvé un nouvel emploi avant le terme du délai de congé pourra également provoquer une situation d'impossibilité de bénéficier en nature d'un solde de vacances.

2. Empêchements de travailler durant le délai de congé

D'autres circonstances objectives peuvent rendre impossible tout ou partie de l'octroi de vacances en nature pendant le délai de congé, notamment en cas d'incapacité de travail ou d'accomplissement d'une obligation légale.

Toutefois, en cas d'application du système d'annulation, respectivement de suspension du congé prévu à l'article 336c CO, l'empêchement qui y est lié ne va pas modifier la situation sous l'angle du temps à disposition pour la prise de vacances en nature, puisqu'une nouvelle résiliation va s'avérer nécessaire, avec écoulement d'un nouveau délai de congé, respectivement une suspension du délai de congé va intervenir, d'une durée identique à l'absence du travailleur, pour autant que les maxima prévus à l'article 336c CO ne soient pas dépassés.

En revanche, si la durée de l'absence liée à un empêchement dépasse largement celle de la suspension légale maximale prévue à l'article 336c CO, le travailleur risque de ne plus pouvoir prendre de vacances en nature durant le délai de congé, du moins plus dans sa totalité¹⁶.

Une telle impossibilité se présentera également en cas d'empêchement de travailler survenant à la fin d'un contrat de durée déterminée ou lorsque le travailleur a donné sa démission, ces deux situations n'entrant pas dans le champ d'application de l'article 336c CO.

¹⁶ Pour plus de détails sur de telles situations, voir CEROTTINI, Le droit aux vacances, pp. 304 ss.

En ce qui concerne spécifiquement une incapacité de travail, encore faudra-t-il que le travailleur fasse la démonstration que celle-ci correspond à une véritable inaptitude à bénéficier du but des vacances¹⁷.

A cet égard, le Tribunal fédéral a estimé qu'une incapacité de travail liée à un travail ou un poste particulier ne constituait pas une inaptitude à bénéficier du but des vacances en cas de libération de l'obligation de travailler accordée durant le délai de congé¹⁸.

3. Recherche d'un emploi

Lorsque les relations de travail sont résiliées, la règle de l'octroi en nature prévue à l'article 329d alinéa 3 CO ne saurait conserver une valeur absolue face à la nécessité pour le travailleur de retrouver un emploi. A cet égard, il faut rappeler que conformément à l'article 329 alinéa 3 CO, l'employeur se doit d'accorder, une fois le contrat dénoncé, le temps nécessaire à la recherche d'un autre emploi¹⁹.

Or, cette recherche d'emploi engendre diverses contraintes qui peuvent s'avérer incompatibles avec la réalisation conjointe du but des vacances, qui est de se reposer et se distraire. Par conséquent, une même période durant le délai de congé ne peut simultanément servir à la prise de vacances en nature et à la recherche d'un nouvel emploi²⁰.

Cela dit, certains éléments sont considérés tant par la jurisprudence²¹ que la doctrine²² comme déterminants pour conclure que le temps de vacances peut encore être pris pendant le délai de résiliation, du moins partiellement, et ce malgré une recherche d'emploi.

En particulier, lorsque le travailleur a déjà trouvé un nouvel emploi ou qu'il conclut un nouveau contrat de travail avant le terme du délai de congé, la prise en nature d'un solde de vacances doit être la règle. Il en est de même si le travailleur prend sa retraite à l'issue des rapports de travail ou qu'il ne recherche pas activement un nouvel emploi pendant le délai de congé.

¹⁷ Sur la distinction entre incapacité de travail et inaptitude à bénéficier du but des vacances, notions qui ne se recoupent pas forcément, voir CEROTTINI, *Le droit aux vacances*, pp. 253 ss.

¹⁸ TF 4A_391/2016 du 8 novembre 2016, c. 6.2.

¹⁹ L'octroi d'un tel congé est indépendant de l'auteur de la résiliation (licenciement ou démission) et doit également être accordé à la fin d'un contrat de durée déterminée. Pour plus de détails, voir CEROTTINI, *Commentaire D/M*, N 27 *ad* art. 329 CO, p. 474.

²⁰ AUBERT, p. 130 ; CEROTTINI, *Le droit aux vacances*, p. 297 ss.

²¹ TF 4A_381/2020 du 22 octobre 2020, c. 6.4 ; TF 4A_38/2020 du 22 juillet 2020, c. 6.1 ; TF 4A_83/2019 du 6 mai 2019, c. 4.1 ; TF 4A_748/2012 du 3 juin 2013, c. 2.5 ; TF 4A_183/2012 du 3 juin 2013, c. 4.4.

²² AUBERT, p. 130 ; CEROTTINI, *Le droit aux vacances*, p. 298 et références doctrinales.

La facilité à retrouver un emploi constitue également un critère permettant de considérer qu'une prise de vacances en nature est encore envisageable durant le délai de congé, ce qui se concrétise notamment par le nombre d'offres d'emploi dans le secteur d'activité du travailleur, l'âge ou l'expérience de ce dernier ou l'existence d'un certificat de travail très favorable ou élogieux. Le Tribunal fédéral a à cet égard validé le fait que le travailleur avait la charge de la preuve d'une éventuelle difficulté à retrouver un emploi ou d'un marché du travail peu accueillant dans son domaine d'activité²³. A notre avis, ce fardeau de la preuve s'étend également à la démonstration par le travailleur d'une recherche active et du temps effectivement consacré à de telles démarches durant le délai de congé.

Au demeurant, notre Haute Cour a relevé que certaines incapacités de travail ne font pas forcément obstacle à la recherche d'un emploi pendant la période du délai de congé²⁴.

L'employeur peut également faire le choix de libérer le travailleur de son obligation de travailler pendant la durée du délai de congé. A ce sujet, le Tribunal fédéral a considéré qu'en présence d'une véritable libération de l'obligation de travailler, il appartenait au travailleur de prendre spontanément en nature son solde de vacances, ceci même sans instruction expresse de son employeur à ce sujet²⁵. En revanche, l'employeur qui libère le travailleur de son obligation de travailler, mais qui lui demande simultanément de rester à disposition afin d'assurer le passage de témoin à son successeur, sans avoir délimité l'étendue d'une telle obligation (plages horaires, tâches spécifiques à exécuter) entrave la faculté du travailleur à prendre son solde de vacances en nature, même s'il s'avère après coup qu'il ne l'a pas sollicité²⁶.

En présence d'une libération de l'obligation de travailler, il est indiscutable que le temps à disposition du travailleur pour trouver un emploi est plus important que s'il devait continuer à fournir ses services et demander des congés conformément à l'article 329 alinéa 3 CO.

Dans une telle hypothèse, le Tribunal fédéral a considéré que le critère prépondérant, pour déterminer si le droit aux vacances pouvait être considéré comme compensé durant la période de libération de travailler, correspondait au rapport entre la durée de la libération de l'obligation de travailler et le solde de jours de vacances à prendre²⁷.

²³ TF 4A_178/2017 du 14 juin 2018, c. 8.

²⁴ TF 4A_381/2020 du 22 octobre 2020, c. 6.4.

²⁵ ATF 128 III 271, c. 4, JdT 2003 I 606 (trad.) ; TF 4A_526/2020 du 26 juillet 2021, c. 5.2.1.

²⁶ TF 4A_117/2007 du 13 septembre 2000, c. 6.

²⁷ ATF 128 III 271, c. 4, JdT 2003 I 606 (trad.). Le Tribunal fédéral précise également dans cet arrêt que contrairement aux situations de résiliation immédiate injustifiée (voir *infra*, Titre II.C.2), il n'y a pas d'exigence d'une durée d'inactivité minimale de deux à trois mois en cas de libération de l'obligation de travailler, dans le cadre d'une résiliation ordinaire.

Dans sa jurisprudence, notre Haute Cour considère que la prise de vacances en nature demeure possible lorsque ce rapport entre le solde de jours de vacances et la durée totale de la libération demeure inférieur selon les circonstances, à 47 %, respectivement à 45 %, 37 %, 30 % ou 25 %²⁸. Au-delà de ces pourcentages, seule la part du droit aux vacances excédante doit être rémunérée²⁹, selon la méthode de calcul « après période »³⁰.

Deux auteurs³¹ en ont déduit que pour des périodes de libération de travailler n'excédant pas quatre mois, une proportion limitée du quart au tiers pouvait être retenue pour la compensation des vacances en cas de libération de travailler. Nous ne pouvons suivre cette position, dès lors que le Tribunal fédéral retient des pourcentages plus élevés dans certains de ses arrêts, en tenant compte des circonstances.

4. Cadres dirigeants

Il appartient à l'employeur d'octroyer les vacances au travailleur et de s'assurer que ce dernier les prenne effectivement durant chaque période de référence, respectivement jusqu'à l'issue des rapports de travail³².

Ce principe n'est toutefois pas applicable aux cadres dirigeants, dont personne ne surveille en principe la prise effective de vacances, au regard de l'extrême souplesse du lien de subordination vis-à-vis d'un organe supérieur d'administration pour ce genre de tâche relevant de la gestion courante³³.

A cet égard, le Tribunal fédéral a considéré que vu l'indépendance dont disposent les cadres dirigeants et pour autant qu'ils soient informés de leur autonomie et responsabilité dans le cadre de la gestion de leurs propres vacances, ceux-ci ne peuvent prétendre au paiement des vacances non prises à l'issue des rapports de travail³⁴. Cette autonomie conférée aux cadres dirigeants les oblige ainsi à ne pas laisser les vacances s'accumuler durant les rapports de travail³⁵.

²⁸ TF 4A_381/2020 du 22 octobre 2020, c. 6.4 ; TF 4A_38/2020 du 22 juillet 2020, c. 6.2.1 ; ATF 128 III 271, c. 4, JdT 2003 I 606 (trad.) ; TF 4A_178/2017 du 14 juin 2018, c. 8 ; TF 4C.71/2002 du 31 juillet 2002, c. 3 ; TF 4C.193/2005 du 30 septembre 2005, c. 3.

²⁹ TF 4A_526/2020 du 26 juillet 2021, c. 5.2.1 ; TF 4A_319/2019 du 17 mars 2020, c. 8.

³⁰ Pour plus d'explications sur la justification et la mise en œuvre du calcul « après période », voir CEROTTINI, *Le droit aux vacances*, pp. 97 ss et 185-190.

³¹ WYLER/HEINZER, p. 500.

³² Message du CF du 27 septembre 1982, FF 1982 III 177, spéc. 214.

³³ WYLER/HEINZER, p. 520.

³⁴ TF 4A_590/2015 du 20 juin 2016.

³⁵ WYLER/HEINZER, p. 520, qui propose l'application par analogie des principes arrêtés par le Tribunal fédéral en matière de gestion de l'horaire flexible : ATF 123 III 469, JdT 1999 I 23 (trad.).

5. Action et réaction du travailleur et/ou de l'employeur

L'employeur qui licencie le travailleur ou qui reçoit la démission de ce dernier, doit, en présence d'un solde de vacances à la date de la notification de la résiliation, immédiatement communiquer au salarié sa volonté de voir ce solde pris en nature pendant le délai de congé, de préférence par écrit pour des raisons évidentes de preuve. Il doit non seulement lui donner la possibilité de prendre son solde de vacances en nature mais également expressément l'y inviter. Cette recommandation nous apparaît également prudente en cas d'octroi d'une libération de travailler, malgré le positionnement du Tribunal fédéral relatif à une obligation du travailleur de compenser spontanément un solde de vacances dans de telles circonstances.

Lorsque le travailleur se trouve dans une des situations d'empêchement présentées ci-dessus et ne peut pas profiter de son solde de vacances pendant le délai de congé, il doit expressément le signaler à son employeur et refuser les éventuelles dates proposées par ce dernier ou ses injonctions à partir en vacances. Un silence de la part du travailleur sera à notre avis considéré comme une acceptation de prendre ses vacances pendant le délai de congé. De même, lorsque le travailleur prend connaissance de son licenciement alors qu'il se trouve en vacances, il doit annoncer sans délai à son employeur une éventuelle impossibilité de bénéficier des jours restants pour cause de recherche d'emploi. Dans une telle hypothèse, le travailleur devra interrompre ses vacances et réintégrer sa place de travail³⁶. Si le travailleur ne se manifeste pas, nous estimons que les jours de vacances postérieurs à la notification doivent être considérés comme valablement pris en nature.

C. Résiliation immédiate

1. Résiliation immédiate justifiée

En cas de résiliation immédiate des rapports de travail pour un motif justifié, le contrat de travail prend fin en fait et droit le jour de la notification de la résiliation, que celle-ci émane de l'employeur ou du travailleur³⁷. Les rapports contractuels se terminant immédiatement, l'employeur n'est plus en mesure d'octroyer au travailleur un éventuel solde de vacances en nature, faute de délai de congé. Il n'a dès lors pas d'autre solution que d'accorder la rémunération afférente à cette période, calculée selon la méthode « après période », sur la base du droit aux vacances dont le travailleur n'aurait pas encore bénéficié à cette date³⁸.

³⁶ Voir CEROTTINI, *Le droit aux vacances*, pp. 251 et 337.

³⁷ ATF 113 II 259, c. 2, JdT 1988 I 175 (trad.).

³⁸ Pour plus d'explications sur la justification et la mise en œuvre du calcul « après période », voir CEROTTINI, *Le droit aux vacances*, pp. 97 ss et 185-190.

2. Résiliation immédiate injustifiée

Au même titre que la résiliation immédiate justifiée, la résiliation immédiate injustifiée est réputée mettre fin au contrat en fait et en droit le jour dès la réception du congé. Conformément à l'article 337c alinéa 1^{er} CO, le travailleur a droit dans une telle situation à ce qu'il aurait gagné, si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé ou à la cessation du contrat de durée déterminée.

Dans le cadre de cette indemnité, le Tribunal fédéral reconnaît un droit au paiement d'un solde de vacances au travailleur dont le contrat aurait pu prendre fin par la voie ordinaire dans un délai relativement bref. Dans une telle hypothèse, notre Haute Cour est d'avis qu'il faut accorder au travailleur une indemnité en argent pour le solde de vacances non pris en nature, qui s'ajoute à celle qui est versée en application de l'article 337c alinéa 1^{er} CO.

Le Tribunal fédéral refuse toutefois d'admettre que le travailleur licencié avec effet immédiat de manière injustifiée puisse en toutes circonstances obtenir une indemnité en remplacement d'un éventuel solde de vacances. Il estime en effet qu'il faut refuser ce droit au travailleur lorsque l'indemnité qu'il perçoit déjà en vertu de l'article 337c alinéa 1^{er} CO couvre une longue période d'inactivité³⁹, en règle générale plus de deux à trois mois⁴⁰.

En pratique, il faudra à notre avis distinguer deux types de soldes de vacances : l'éventuel solde de vacances auquel a droit le travailleur jusqu'à la date de la notification de la résiliation immédiate injustifiée (qui constitue une prétention contractuelle) et le droit aux vacances qui aurait dû être accordé au *pro rata* pour la période du délai de congé applicable en cas de résiliation ordinaire des rapports de travail (qui constitue une prétention en dommages-intérêts).

S'agissant du premier solde, nous considérons que la solution doit être identique à celle retenue dans les cas de résiliation immédiate justifiée, dès lors que les deux situations impliquent une fin immédiate de la relation contractuelle, qui ôte toute possibilité de compensation en nature du solde de vacances. Seul subsistera alors le droit à sa rémunération.

En ce qui concerne le second solde, soit le droit aux vacances auquel aurait bénéficié le travailleur pour la période comprise entre la date de la notification de la résiliation immédiate et la fin du délai de congé qui aurait dû être respecté en cas de résiliation

³⁹ ATF 117 II 270, c. 3b, JdT 1992 I 398 ; TF du 21 octobre 1996, SJ 1997 149 ; TF 4C.293/2004 du 15 juillet 2005, c. 5.

⁴⁰ ATF 128 III 271, c. 4a ss ; TF 4A_56/2016 du 30 juin 2016, c. 4.1.1. WYLER/HEINZER, p. 504, estiment quant à eux qu'il serait préférable de raisonner de la même manière qu'en présence d'une résiliation ordinaire.

ordinaire, il faut déterminer dans chaque cas d'espèce si celui-ci aurait effectivement été ou non en mesure de bénéficier de son droit aux vacances en nature pendant cet hypothétique délai de congé. Pour cela, le système retenu par le Tribunal fédéral en cas de résiliation ordinaire peut être appliqué.

Lorsque la durée du délai de congé est égale ou inférieure à deux ou trois mois, on considérera que le travailleur ne peut pas en principe profiter en nature de son solde de vacances⁴¹, de sorte qu'il aura droit à une indemnité de vacances calculée selon la méthode « après période » au *prorata* de la durée dudit délai de congé. Cette indemnité s'ajoutera, dans le cadre de l'application de l'article 337c alinéa 1^{er} CO⁴², au dédommagement couvrant les salaires qui auraient été obtenus pendant le délai de congé.

En revanche, si la durée du délai de congé excède les deux ou trois mois, il ne peut prétendre à une telle indemnité, dès lors que l'on retient la fiction selon laquelle l'employeur aurait pu lui imposer la prise effective de cette part de vacances durant le délai de résiliation. Sur la base de l'article 337c alinéa 1^{er} CO, le travailleur obtiendra alors uniquement le dédommagement correspondant aux salaires qui auraient été versés pendant le délai de congé ; une part de cette somme englobant en effet le salaire afférent aux vacances qui auraient été prises en nature durant ledit délai de congé.

III. Excédent de vacances à prendre à l'issue des rapports de travail

A. Généralités

Certaines situations amènent au constat que le travailleur a bénéficié d'un droit aux vacances plus étendu que ce à quoi il est effectivement en droit de prétendre à l'issue des rapports contractuels.

Cela peut découler d'une prise anticipée de vacances non encore acquises, suivie d'une résiliation des rapports de travail avant la fin de l'année de référence. Il arrive également que la durée du droit aux vacances soit finalement réduite conformément aux dispositions de l'article 329b CO, à raison de différentes périodes d'absence du travailleur durant l'année de service, au point que le résultat obtenu après une telle réduction soit inférieur

⁴¹ On réserve toutefois les situations dans lesquelles le travailleur ne se sera pas mis activement à la recherche d'un emploi durant la période correspondant au délai de congé ordinaire.

⁴² Pour plus d'explications sur la justification et la mise en œuvre du calcul « après période », voir CEROTTINI, *Le droit aux vacances*, pp. 97 ss et 185-190.

au nombre de jours de vacances dont celui-ci a déjà bénéficié en nature jusqu'à la fin des rapports de services.

Les articles 329a à d CO ne prévoient pas de droit pour l'employeur d'exiger du travailleur le remboursement du salaire afférent à l'excédent de vacances prises, les règles sur l'enrichissement illégitime au sens des articles 62 ss CO ne pouvant pas à notre avis constituer la justification du droit à la restitution des vacances prises en trop⁴³.

Une telle obligation peut en revanche être instituée dans certains cas par contrat individuel de travail ou par l'intermédiaire d'une convention collective de travail⁴⁴. A défaut de disposition spécifique à ce sujet, la doctrine majoritaire⁴⁵ estime que la restitution du salaire excédentaire peut être envisagée en vertu d'un accord tacite ou exprès entre l'employeur et le travailleur, en distinguant les situations dont la survenance fait suite à une fixation de vacances anticipées par décision unilatérale de l'employeur, de situations dans lesquelles le travailleur est à l'origine de la prise anticipée des vacances.

B. Vacances anticipées à la demande du travailleur

On précisera d'emblée qu'aucune disposition légale n'impose à l'employeur d'accepter une demande de vacances anticipées, même si dans certaines circonstances, un tel refus pourrait paraître difficilement conciliable avec l'obligation qui lui est faite de tenir compte des désirs du travailleur dans le cadre de la fixation des dates des vacances.

Cela dit, lorsque le travailleur est à l'origine de la demande de vacances anticipées, et que l'employeur y accède, on ne peut déduire d'une telle acceptation que ce dernier renonce à réclamer un éventuel excédent de vacances prises à l'issue des rapports de travail.

En effet, le travailleur qui demande une prise de vacances anticipée et qui l'obtient, doit être conscient que son employeur ne lui offre pas une prestation supplémentaire mais seulement anticipée. L'employeur attend de lui qu'il continue à travailler à son service suffisamment longtemps pour pouvoir effectivement prétendre à la quotité de vacances d'ores et déjà prises en nature. Ainsi, la part du droit aux vacances accordée à l'avance ne constitue qu'une prestation conditionnelle et n'est définitivement acquise au travailleur qu'à l'issue de la période de travail donnant effectivement droit à une telle part. Dès lors, si les relations contractuelles se terminent prématurément et engendrent un trop-perçu en

⁴³ CEROTTINI, Le droit aux vacances, pp. 318 ss. Contra SUBILIA/DUC, N 27 *ad* art. 329a CO, p. 366.

⁴⁴ WYLER/HEINZER, p. 518 et références doctrinales.

⁴⁵ AUBERT p. 134 ; BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 4 *ad* art. 329c CO, p. 230 ; CEROTTINI, Le droit aux vacances, pp. 321 ss ; REHBINDER/STÖCKLI, N 13 *ad* art. 329d CO, p. 552 ; STAEHELIN, N 19 *ad* art. 329c CO, p. 447 ; WYLER/HEINZER, p. 518.

matière de vacances, le travailleur a admis tacitement le remboursement de l'excédent en question.

La doctrine dominante⁴⁶ limite toutefois cette obligation de remboursement aux situations dans lesquelles le travailleur doit répondre de la fin des rapports de travail. Cette restriction est justifiée par le fait que le travailleur qui réclame des vacances anticipées s'engage implicitement à rester au service de son employeur suffisamment longtemps après en avoir bénéficié, pour qu'il ait en définitive droit à des vacances d'une ampleur équivalente à celles dont il a effectivement profité.

Quant à l'employeur qui accède à la requête de prise de vacances anticipées formulée par le travailleur, il promet tacitement de garder ce dernier assez longtemps à son service pour lui donner l'occasion de prétendre effectivement à un droit aux vacances d'une ampleur de celles dont il a bénéficié.

La partie qui provoque la résiliation prématurée du contrat ne tient donc pas son engagement tacite et empêche également l'autre partie de respecter le sien. Elle doit dès lors en supporter les conséquences et prendre à sa charge l'excédent de vacances.

Pour concrétiser cette notion d'imputabilité, certains auteurs⁴⁷ se réfèrent par analogie aux critères développés dans le cadre de l'application de l'article 340c alinéa 2 CO : le travailleur est tenu à remboursement d'un excédent de vacances prises au terme des rapports contractuels lorsque l'employeur licencie pour un motif justifié imputable au travailleur ou lorsque le travailleur démissionne sans motif justifié imputable à l'employeur.

Cela dit, un accord exprès sur une obligation de restitution de l'excédent peut être conclu entre les parties, soit initialement lors de la conclusion du contrat de travail, soit spécifiquement au moment de la demande et de l'acceptation des vacances anticipées.

⁴⁶ AUBERT, p. 134 ; CEROTTINI, *Le droit aux vacances*, p. 323 ss et références doctrinales ; REHBINDER/STÖCKLI, N 13 *ad art.* 329d CO, p. 552. *Contra* : SUBILIA/DUC, N 28 *ad art.* 329a CO, p. 367, sont d'avis que le travailleur doit dans tous les cas rembourser l'excédent, lorsque les vacances anticipées ont été accordées à sa demande, au motif qu'admettre le contraire reviendrait à inciter l'employeur à refuser systématiquement tout octroi anticipé de vacances.

⁴⁷ WYLER/HEINZER, p. 519 ; STAEHELIN, N 19 *ad art.* 329c CO, p. 447.

C. Vacances anticipées sur décision unilatérale de l'employeur

Lorsque l'existence d'un trop-perçu de vacances découle de la fixation de vacances par décision unilatérale de l'employeur, par l'intermédiaire de vacances d'entreprise⁴⁸, de vacances forcées⁴⁹, voire sur la base d'une décision à raison d'impératifs faisant primer les intérêts de l'entreprise dans le cadre de l'application de l'article 329c alinéa 2 CO, l'employeur ne peut pas obtenir le remboursement de ce qui a été finalement accordé en trop pendant ces périodes⁵⁰.

A l'inverse de certains auteurs⁵¹, nous excluons la faculté pour l'employeur d'insérer une clause dans le contrat prévoyant expressément une restitution de l'excédent, en cas de vacances prises en trop à l'issue des rapports contractuels découlant d'une fixation unilatérale par l'employeur. En effet, admettre le contraire reviendrait à reporter sur le travailleur une part du risque inhérent à la gestion de l'entreprise, alors même qu'il ne peut pas s'opposer à la fixation de telles périodes de vacances en vertu de son devoir de diligence et de sauvegarde des intérêts de l'employeur au sens de l'article 321a alinéa 1^{er} CO⁵².

A défaut de pouvoir envisager un quelconque accord entre les parties sur un remboursement dans une telle situation, il n'y a pas lieu de s'interroger sur l'imputabilité de la résiliation ayant provoqué le trop-perçu. Ainsi, nous considérons que même en présence d'un licenciement immédiat justifié ou en présence d'un abandon d'emploi injustifié, l'employeur ne pourra pas intégrer un tel remboursement dans les indemnités qu'il pourrait réclamer au travailleur sur la base des articles 337b ou 337d CO.

D. Modalités de restitution

La restitution de l'excédent interviendra par sa conversion en une dette d'argent, qui pourra être éteinte par remboursement du salaire afférent aux jours de vacances pris en trop par

⁴⁸ Pour plus de détails sur la notion de vacances d'entreprise et les conditions de leur fixation, voir CEROTTINI, *Le droit aux vacances*, p. 228 ss.

⁴⁹ Pour plus de détails sur la notion de vacances forcées et les conditions de leur fixation, voir CEROTTINI, *Le droit aux vacances*, pp. 233 ss.

⁵⁰ AUBERT, p. 134 ; BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 4 *ad* art. 329c CO, p. 230 ; CEROTTINI, *Le droit aux vacances*, p. 326 ; WYLER/HEINZER, p. 518.

⁵¹ REHBINDER/STÖCKLI, N 13 *ad* art. 329d CO, p. 553 ; WYLER/HEINZER, p. 519.

⁵² CEROTTINI, *Le droit aux vacances*, p. 220.

le travailleur. Pour déterminer la quotité de ce paiement, il y aura lieu d'utiliser la méthode de calcul « dans la période »⁵³.

L'employeur peut également procéder par une compensation de la somme due sur les derniers salaires, conformément à l'article 120 CO. Dès lors que la créance issue d'un excédent de vacances ne pourra dans la plupart des cas être considérée comme découlant d'un dommage causé intentionnellement par le travailleur, il faudra toutefois tenir compte de la restriction posée à l'article 323b alinéa 2 CO, soit l'impossibilité de procéder à une compensation au-delà du minimum vital du travailleur. Cette limitation ne serait toutefois pas applicable à notre sens dans l'hypothèse d'une prise de vacances par anticipation expressément demandée par le travailleur, alors que celui-ci sait déjà qu'il va résilier son contrat de travail dans un proche avenir et que cela engendrera par conséquent un excédent par rapport au droit aux vacances auquel il pourra finalement prétendre jusqu'à l'issue du délai de congé.

Moyennant accord des deux parties et pour autant que cela soit réalisable en pratique, la compensation peut également se concrétiser en nature, par une augmentation correspondante du temps de travail de l'employé durant le délai de congé de ce dernier. La période excédentaire ne correspondra alors plus à des vacances mais à un congé exigeant un travail compensatoire, qui ne sera pas rémunéré puisque le travailleur a déjà bénéficié du salaire afférent aux vacances pour cette période.

IV. Inclusion du salaire afférent aux vacances dans le salaire périodique

A. Généralités

En vertu de l'article 329d alinéa 1^{er} CO, qui est une disposition relativement impérative, l'employeur doit verser au travailleur, durant les périodes de vacances, la totalité du salaire y afférent et une indemnité équitable pour la perte du salaire en nature. Cette disposition signifie que le travailleur ne doit pas sur le plan salarial être moins bien traité lorsqu'il se trouve en vacances que s'il avait travaillé durant cette même période⁵⁴. Quant à la teneur absolument impérative de l'article 329d alinéa 2 CO, elle prohibe tout remplacement des vacances par des prestations en argent ou d'autres avantages pendant toute la durée des

⁵³ Pour plus d'explications sur la justification et la mise en œuvre du calcul « dans la période », voir CEROTTINI, *Le droit aux vacances*, pp. 97 ss et pp. 183-184.

⁵⁴ ATF 136 III 283, c. 2.3.5 ; ATF 134 III 399, c. 3.2.4.2.

rapports de travail. Ces deux dispositions ont pour but d'assurer que l'octroi du temps de vacances et la rémunération y afférente soient effectivement accordés au travailleur et de manière simultanée, afin qu'il puisse profiter de cette période sans se soucier de ses revenus⁵⁵.

En 1975, l'autorité compétente en matière de conflit du travail de Bâle-Ville⁵⁶ a admis un régime d'exception à ces règles, en autorisant à certaines conditions de fond et de forme l'inclusion du salaire afférent aux vacances dans le salaire courant, soit un système de versement partiellement anticipé par rapport à la période durant laquelle le travailleur bénéficie de son temps de vacances. Les quotes-parts de rémunération ajoutées au salaire courant sont alors destinées à rémunérer ultérieurement une période de vacances, durant laquelle le salaire n'est ainsi plus versé.

B. Conditions de fond et de forme

Dès 1981, le Tribunal fédéral s'est rallié à la jurisprudence bâloise en autorisant ce régime d'exception et en reprenant les conditions arrêtées par celle-ci⁵⁷.

Sur le fond, cette pratique de l'inclusion du salaire afférent aux vacances est limitée à certaines catégories de travailleurs, soit premièrement aux employés soumis à un temps de travail irrégulier, c'est-à-dire à temps partiel avec un horaire de travail soumis à de fortes variations⁵⁸, au vu des difficultés à calculer par avance leur droit aux vacances, deuxièmement aux employés engagés à temps partiel auprès de plusieurs employeurs, étant donné la difficulté d'obtenir un octroi de vacances en nature simultanément auprès de chacun d'eux, et troisièmement aux employés ne bénéficiant que de contrats de courte durée (principalement pour ceux engagés à titre intérimaire), au vu des périodes fréquentes d'arrêt de travail entre les différents engagements leur permettant de se reposer⁵⁹.

⁵⁵ ATF 129 III 493, c. 3.3, JdT 2004 I 49 (trad.) ; ATF 129 III 664, c. 7.2 ; ATF 134 III 399, c. 3.2.4.1 ; ATF 136 III 283, c. 2.3.5.

⁵⁶ GG/BS du 5 mai 1975, BJM 1976, pp. 326 et 327.

⁵⁷ Voir notamment ATF 116 II 515, JdT 1991 I 313 (trad.) ; TF 4A_463/2010 du 30 novembre 2010, c. 3.1 ; TF 4A_300/2007 du 6 mai 2008, c. 3.2.3 ; TF du 24 février 1997, JAR 1998, p. 104 ; TF du 17 février 2000, SARB 2000 p. 1009. Dans l'ATF 129 III 493, c. 3, JdT 2004 I 49 (trad.), le Tribunal fédéral, prenant en considération les critiques de la doctrine, s'est demandé s'il se justifiait de maintenir la possibilité exceptionnelle d'inclure le salaire afférent aux vacances dans le salaire courant, pour finalement laisser la question ouverte, dès lors que les conditions formelles n'étaient de toute façon pas réunies dans le cas d'espèce.

⁵⁸ ATF 118 II 136, c. 3b ; ATF 129 III 493, c. 3.2 ; ATF 129 III 664, c. 7.2.

⁵⁹ ATF 129 III 493, c. 3.2, JdT 2004 I 49 (trad.) ; ATF 116 II 515, c. 4.

Dans un arrêt de 2003, notre Haute Cour a toutefois validé le régime de l'inclusion pour une travailleuse employée à plein temps comme veilleuse de nuit, mais dont le salaire fluctuait à raison de remplacements qu'elle effectuait fréquemment en sus de son horaire contractuel, ceci en se référant aux difficultés pratiques liées au calcul du salaire des vacances dans le cas particulier⁶⁰.

En 2009, le Tribunal fédéral a en revanche considéré que la condition matérielle de l'inclusion n'était pas remplie dans le cas d'une ouvrière en emballage travaillant à plein temps avec des horaires réguliers mais avec une rémunération variable à la pièce⁶¹.

Dans un arrêt de 2018, notre Haute Cour a également nié l'application du régime d'exception à un menuisier payé à l'heure, dont l'horaire hebdomadaire était fixé à 42,5 heures, ceci au vu du caractère régulier de son activité⁶².

Toutefois, en 2020/2022, le Tribunal fédéral a à nouveau estimé qu'une inclusion du salaire afférent aux vacances était également possible dans le cadre d'un emploi à plein temps d'un chauffeur rémunéré par l'intermédiaire d'un salaire horaire variable, sur la base d'une différence entre 10 % et 25 % par rapport au mois précédent constatée sur trente-cinq des cinquante-six fiches de salaires analysées, là encore avec l'invocation des difficultés pratiques du calcul du salaire afférent aux vacances dans de telles situations⁶³.

Puis dans un arrêt de 2021, notre Haute Cour a nié l'existence d'une activité irrégulière et refusé le régime de l'inclusion dans le cas d'une assistante en ostéopathie employée à plein temps et rémunérée selon un pourcentage des heures effectivement facturées aux clients⁶⁴.

Toujours en 2021, le Tribunal fédéral a également considéré que l'activité d'une employée travaillant comme enseignante dans une école privée, qui donnait au moins trente-cinq heures de cours par semaine et était rémunérée par leçon, ne pouvait pas être qualifiée d'irrégulière et de ce fait bénéficier du régime d'exception⁶⁵.

Après ces différentes décisions fluctuantes sur la question des travailleurs engagés à plein temps, notre Haute Cour semble avoir désormais définitivement écarté les considérations développées dans les deux arrêts rendus en 2003 et 2020/2022, ceci dans une décision rendue en début d'année 2023⁶⁶.

⁶⁰ TF 4C.90/2003 du 7 juillet 2003, c. 2.3 ss.

⁶¹ TF 4A_478/2009 du 16 décembre 2009, c.4.

⁶² TF 4A_561/2017 du 19 mars 2018, c. 3.4.

⁶³ TF 4A_619/2019 du 15 avril 2020, c. 3.4 et TF 4A_31/2021 du 30 mars 2022, c. 3.3.2.

⁶⁴ TF 4A_158/2021 du 11 novembre 2021, c. 4.2.

⁶⁵ TF 4A_532/2021 du 27 décembre 2021, c. 5.3.

⁶⁶ TF 4A_357/2022 du 30 janvier 2023, c. 2.2.3.

Le Tribunal fédéral y indique que les difficultés pratiques liées à l'irrégularité des horaires de travail invoquées dans ces jurisprudences ne constituent pas une justification acceptable à l'application du régime d'exception, dès lors qu'elles videraient de manière inadmissible la substance du but protecteur de l'article 329d CO. Il justifie cette position en invoquant d'une part la disponibilité à l'heure actuelle de logiciels et de systèmes de saisie du temps de travail permettant de surmonter facilement les difficultés de calcul liées aux variations du salaire en cas d'emploi rémunéré à la tâche ou à l'heure et, d'autre part, en se référant à la solution que nous avons proposée consistant en une indication périodique du montant progressivement augmenté en sa faveur au titre de salaire afférent aux vacances et d'un versement de la somme accumulée jusqu'au terme de paiement précédant la prise effective du temps de vacances⁶⁷.

Quant à la forme, le Tribunal fédéral soumet le régime de l'inclusion au respect d'une double exigence, la simple addition du montant du salaire afférent aux vacances au salaire périodique ne suffisant pas⁶⁸.

D'une part, le pourcentage et le montant chiffré du salaire afférent aux vacances doivent être expressément et clairement mentionnés, ceci séparément du salaire de base, sur chaque décompte périodique de salaire.

D'autre part et cumulativement, ces mêmes mentions doivent figurer par écrit dans le contrat de travail ainsi que pour toute modification subséquente de celui-ci. A cet égard le seul respect de cette exigence de forme dans les décomptes périodiques de salaire ne permet pas de réparer le vice d'absence d'une telle mention dans le contrat de travail écrit⁶⁹.

En revanche, en présence d'un contrat conclu exclusivement oralement, le Tribunal fédéral admet que l'accord porte également sur le salaire afférent aux vacances. Dans une telle situation, la mention du pourcentage et du montant chiffré du salaire afférent aux vacances dans les décomptes périodiques de salaire suffit à apporter la clarté nécessaire et confirme ainsi en la forme écrite l'accord passé verbalement⁷⁰.

En outre, notre Haute Cour semble exclure la possibilité pour l'employeur de palier le non-respect des conditions de forme en démontrant que le travailleur connaissait le système de l'inclusion du salaire afférent aux vacances dans le salaire périodique, respectivement qu'il avait les qualifications professionnelles pour en comprendre les spécificités⁷¹.

⁶⁷ CEROTTINI, Le droit aux vacances, p. 211.

⁶⁸ TF 4A_561/2017 du 19 mars 2018, c. 3 ; TF 4A_72/2015 du 11 mai 2015, c. 3 ss.

⁶⁹ TF 4A_561/2017 du 19 mars 2018, c. 3.4.

⁷⁰ ATF 129 III 493, c. 3.3 ; TF 4A_435/2015 du 14 janvier 2016, c. 3.2.

⁷¹ TF 4A_215/2019 du 7 octobre 2019, c. 3.2.

C. Sanctions en cas de non-respect des conditions de fond et/ou de forme

Selon le Tribunal fédéral, si les conditions de fond et/ou de forme ne sont pas remplies, l'employeur qui a fait usage du système d'inclusion du salaire afférent aux vacances dans le salaire courant s'expose à se voir réclamer une seconde fois le paiement des vacances à la fin des rapports de travail, une telle démarche n'étant pas constitutive d'un abus de droit selon notre Haute Cour et ceci, même si l'employé a effectivement bénéficié du temps de vacances durant les rapports de travail et indépendamment des prestations qui lui ont déjà été versées à ce titre⁷².

Dans un arrêt de 2016⁷³, le Tribunal fédéral a maintenu sa position à cet égard, en limitant strictement la portée d'un arrêt isolé qualifiant d'abusives les prétentions émises par un travailleur à l'issue des rapports de travail dans des circonstances particulières⁷⁴.

Si ce positionnement apparaît critiquable sous l'angle de l'intérêt protégé par la teneur de l'article 329d CO⁷⁵, il semble être essentiellement dicté par la volonté de notre Haute Cour d'exclure en pratique une généralisation du système de l'inclusion du salaire afférent au moyen d'une sanction dissuasive pour l'employeur sous l'angle financier, dès lors que le travailleur peut dans de telles circonstances réclamer à l'issue des rapports de travail la totalité des salaires afférent aux vacances dans les limites du délai de prescription de cinq ans prévu à l'article 128 ch. 3 CO.

⁷² TF du 22 février 1997, JAR 1998 104 ; ATF 129 III 664, JdT 2004 I 60 ; ATF 129 III 493, JdT 2004 I 49 (trad.) ; TF 4A_72/2015 du 11 mai 2015, c. 3 ss ; TF 4C.147/2005 du 26 septembre 2005 ; TF 4A_561/2017 du 19 mars 2018, c. 3 ; TF 4A_435/2015 du 14 janvier 2016, c. 3.2 et 3.4.2.

⁷³ TF 4A_435/2015 du 14 janvier 2016, c. 3.4.3.

⁷⁴ TF 4A_66/2009 du 8 avril 2009.

⁷⁵ WYLER/HEINZER, p. 513.

IV. Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur.

AUBERT GABRIEL, Le droit des vacances : quelques problèmes pratiques, *in* : Aubert et al. (édit.), Le droit du travail en pratique, vol. 4, Journées 1991 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich 1991, pp. 81 ss.

BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, Commentaire du contrat de travail, 4^e éd., Berne/Lausanne 2019.

CEROTTINI ERIC, Le droit aux vacances, étude des articles 329a à d CO, thèse, Lausanne 2001 (cité : CEROTTINI, Le droit aux vacances).

CEROTTINI ERIC, Commentaire *ad* art. 329 à 329f CO, *in* : Dunand/Mahon (édit.), Commentaire du contrat de travail, 2^e éd., Berne 2022, pp. 463-544 (cité : CEROTTINI, Commentaire D/M).

PERRENOUD STÉPHANIE, La protection de la maternité : Etude de droit suisse, international et européen, thèse, Lausanne/Berne 2015.

REHBINDER/STÖCKLI, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330b OR, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Art. 319-330b OR, Der Arbeitsvertrag : Der Einzelarbeitsvertrag, 3^e éd., Berne 2010.

STAEHELIN ADRIAN, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330a OR, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, 4^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2006.

SUBILIA/DUC, Droit du travail – Eléments de droit suisse, 2^e éd., Lausanne 2010.

WYLER/HEINZER, Droit du travail, 4^e éd., Berne 2019.

KARINE LEMPEN*

Le temps libre garanti par les CCT : congés, réduction du taux d'occupation et déconnexion

Sommaire	Page
I. Introduction	62
II. Congés	63
A. Congés non payés	64
B. Congé prénatal et congé de maternité	65
1. Généralités	65
2. Durée du congé	65
3. En cas d'hospitalisation du nouveau-né	66
4. Droit au réengagement	67
5. Transfert au père	68
C. Congé de paternité, congé d'adoption, congé parental	68
1. Généralités	68
2. Articulation avec le régime légal	70
a) Clauses caduques	70
b) Clauses répétant le droit fédéral	70
c) Clauses spécifiant l'articulation et octroyant le congé à la co-mère	70
d) Interprétation des clauses	73
e) Cumul avec les jours de congés usuels en cas de naissance ?	74
3. Vers un congé parental indépendant du sexe et du genre	75
III. Réduction du taux d'occupation	77
A. En général et du fait de l'âge	77
B. En lien avec la parentalité	79
IV. Déconnexion	80
A. Généralités	80
1. Au niveau de l'Union européenne	80
2. Dans les Etats membres de l'Union européenne	81
3. En Suisse	81
B. Pour l'ensemble du personnel	82
C. Pour les télétravailleuses et télétravailleurs	83
V. Conclusion	85

* L'auteure remercie Mmes SASHA AUBOIN et HELIA FARMAN, assistantes au Département de droit civil. La première a effectué un considérable travail de recensement des clauses de CCT pertinentes. La seconde a relu le texte final avec grand soin.

Bibliographie	86
Liste des CCT analysées	87
CCT d'entreprise	87
CCT de branche ou de métier	87

I. Introduction

A la recherche du temps libre dans les conventions collectives de travail (CCT), nous avons parcouru 13 CCT d'entreprise et 21 CCT de branche ou de métier¹. En chemin, nous avons rencontré plusieurs clauses visant à éviter que la dimension professionnelle n'envahisse les autres aspects de l'existence.

Par exemple, les parties à la CCT des industries horlogère et microtechnique suisses affirment, en préambule à la section sur l'aménagement du temps de travail, que « l'objectif à terme devrait être la réduction du temps de travail plutôt que l'octroi d'indemnité »². Les Recommandations pour la branche des assurances ont la teneur suivante :

« Les compagnies membres considèrent comme primordial l'équilibre entre la vie professionnelle et la vie privée et offrent à leurs employé·e·s des conditions de travail appropriées et modernes. La promotion de cet équilibre doit reposer sur des modèles de gestion du temps de travail attractifs pour les employé·e·s et qui prennent en compte les besoins des employé·e·s ayant des devoirs d'assistance »³.

Parmi les mesures pouvant être mises en place à cette fin, figurent le modèle du temps de travail annualisé, la répartition du taux de travail sur plusieurs jours (p. ex. pour un 60 % sur 4 au lieu de 3 jours) et les horaires de travail variables⁴. La CCT Sunrise explique que le modèle des horaires de travail flexibles permet au personnel d'organiser librement son temps de travail annuel, pour autant que les heures de permanence soient respectées. Ainsi, les personnes salariées peuvent organiser le travail « de manière autonome », d'entente avec la hiérarchie⁵. Les CCT Swisscom et de la Poste prévoient la possibilité de transférer le solde des heures accumulées dans le cadre d'un tel modèle sur un compte-épargne

¹ La liste se trouve à la fin de la contribution.

² CCT Horlogerie, art. 14.

³ Recommandations Assurances, art. 3 (Activité professionnelle et vie privée).

⁴ *Ibid.*

⁵ CCT Sunrise, art. 21.4.2.

temps⁶, susceptible d'être utilisé pour suivre une formation continue ou prendre un congé de longue durée⁷.

De telles clauses illustrent le rôle primordial que les partenaires sociaux sont appelés à jouer pour régler les questions relatives à la flexibilisation du temps de travail à l'ère du numérique⁸. Elles reflètent aussi les compromis trouvés entre, d'une part, la nécessité pour les personnes salariées de *maîtriser* leur temps de travail et, d'autre part, les besoins économiques de l'entreprise⁹. Les déclarations soulignant l'importance d'un équilibre entre vie professionnelle et vie privée témoignent aussi du souhait de certaines entreprises de se profiler comme des employeuses modernes et attractives, non seulement pour les familles¹⁰, mais aussi pour les personnes sans charges familiales qui souhaitent combiner leur activité professionnelle principale avec d'autres activités, telles qu'un deuxième emploi, une formation ou des loisirs.

L'exposé qui suit s'intéresse plus particulièrement aux clauses de CCT prévoyant des congés (II.), la possibilité de modifier son taux d'occupation (III.) et le droit à la déconnexion (IV.). Les dispositions mentionnées sont des clauses normatives déployant, durant la période de validité de la CCT, un effet direct et impératif envers les personnes employeuses et salariées liées (art. 357 al. 2 CO).

II. Congés

Après quelques lignes introductives consacrées aux congés non payés (A.), cette partie examine différents congés liés à une naissance, à savoir le congé prénatal et de maternité (B.) ainsi que les congés de paternité, d'adoption et de parentalité (C.). Les congés de prise en charge des proches atteints dans leur santé n'entrent en revanche pas dans le champ de cette analyse¹¹.

⁶ Pour plus d'explications, voir MEIER, pp. 215 ss.

⁷ CCT Swisscom, art. 2.3.2 (Temps de travail mobile) et art. 2.3.7 ; CCT Poste, art. 2.11 (Modèles d'horaires de travail), spéc. 2.11.4 (Compte-épargne temps).

⁸ Conseil fédéral, Numérisation, pp. 48-50, 75-78. Voir aussi LEMPEN, pp. 100-101. Le modèle des heures de travail « à la carte » (« *pick system* ») prévu par la CCT Smood, art. 2.6.2, est emblématique de cette flexibilisation.

⁹ Voir LEMPEN/MAJOR, pp. 116-117. A titre d'illustration, voir la CCT Poste, art. 2.11.3 : l'horaire variable permet aux membres du personnel d'organiser « leur temps de travail de manière autonome durant les heures ouvrées de l'entreprise, sous réserve des besoins de cette dernière et des éventuelles heures de présence ».

¹⁰ Voir GEISER, p. 9.

¹¹ Voir les art. 329h et 329i CO ainsi que l'art. 36 LTr.

A. Congés non payés

Les bénéficiaires des clauses visant à maintenir un équilibre entre vie professionnelle et vie privée sont avant tout les travailleuses et travailleurs avec des responsabilités familiales. Toutefois, de nos jours, la possibilité de demander à prendre un congé non payé n'est pas réservée aux seuls parents¹². L'octroi d'un tel congé, dont la durée maximale peut aller jusqu'à douze mois¹³, est plutôt conditionné à une durée minimale des rapports de travail¹⁴, indépendamment de la situation familiale des bénéficiaires. En général, un congé non payé est accordé à condition qu'il ne perturbe pas le bon fonctionnement de l'entreprise. Par exemple, la CCT intercommunale du personnel des structures d'accueil genevoise de la petite enfance contient la clause suivante :

« Après un délai de 5 ans passé au service des structures d'accueil de la petite enfance signataires de la CCT dont deux ans dans la structure d'accueil, l'employeur concerné peut accorder à l'employé·e un congé extraordinaire sans traitement pour autant que cela n'entrave pas la bonne marche de la structure d'accueil. 2. L'employé·e aura l'assurance de retrouver son poste. 3. Cette mesure exceptionnelle peut être renouvelée 5 ans plus tard »¹⁵.

La clause souligne le caractère extraordinaire de la mesure, dont l'octroi est laissé à la discrétion de la structure employeuse¹⁶. La CCNT du groupe Migros prévoit en revanche que le personnel a « droit » tous les cinq ans à un congé sabbatique, dont la durée est toutefois limitée à trois mois consécutifs et qui ne constitue pas forcément un congé non payé. En effet, la convention précise que :

« Celui-ci peut se composer d'un solde de vacances existant, du droit aux vacances pour l'année en cours, d'un congé non payé, d'un solde d'heures supplémentaires existant ou du cadeau d'ancienneté sous forme de congés payés. La composition appropriée et le moment de l'utilisation doivent être convenus entre l'entreprise et les collaboratrices et collaborateurs. Il convient de tenir compte à la fois des besoins des collaboratrices et collaborateurs et des exigences de l'entreprise »¹⁷.

¹² Voir LEMPEN/MAJOR, pp. 119-120 avec les références.

¹³ Voir par exemple la CCT Poste, art. 2.15 ou la CCT CFF, art. 12 al. 1 (« En règle générale, le congé ne doit pas excéder une année ; des dérogations sont possibles dans des cas particuliers »).

¹⁴ Selon la CCT Sunrise, art 23.6.1, la personne salariée doit être au bénéfice d'un contrat de durée indéterminée et avoir achevé sa première année de service pour pouvoir prendre un congé non payé d'au maximum six mois. Ce congé sera « comptabilisé dans les années de services ».

¹⁵ CCT Structures d'accueil, art. 25.

¹⁶ Voir aussi la CCT Coop, art. 42.8 (« l'entreprise s'efforce, dans la mesure du possible, d'accorder un congé sans solde »).

¹⁷ CCNT Groupe Migros, art. 30.3.

Ainsi, même lorsque la CCT prévoit un « droit » au congé sabbatique, la définition de ses modalités présuppose une pesée des intérêts en présence.

B. Congé prénatal et congé de maternité

1. Généralités

En vertu de l'art. 358 CO, les CCT doivent respecter le droit impératif. Toutefois, les dérogations en faveur de la partie salariée sont valables, à moins que le droit impératif ne s'y oppose expressément¹⁸. Ainsi, une CCT peut contenir des règles plus favorables aux personnes salariées que celles prévues par le droit fédéral relativement impératif (art. 362 CO)¹⁹. Tel est souvent le cas en matière de congé de maternité.

Rappelons que le droit fédéral prévoit un congé de maternité d'au moins 14 semaines après l'accouchement (art. 329f CO). Pendant ce congé, la travailleuse a droit à une allocation de maternité si elle remplit les conditions énoncées à l'art. 16b al. 1 LAPG. L'indemnité journalière s'élève à 80 % du revenu moyen de l'activité lucrative exercée avant le début du droit à l'allocation (art. 16e al. 2 LAPG), avec un plafond journalier fixé à CHF 220.- (art. 16f al. 1 LAPG). Depuis le 1^{er} juillet 2021, les art. 329f al. 2 CO et 16c-d LAPG prévoient la prolongation de la durée du droit au congé et à l'allocation de maternité en cas d'hospitalisation du nouveau-né²⁰.

Le droit fédéral ne prévoit en revanche aucun droit à un congé prénatal. En effet, le Conseil fédéral juge inutile de légiférer dans ce domaine et laisse aux partenaires sociaux le soin de négocier un tel congé²¹. Le Commission fédérale pour les questions familiales (COFF) plaide néanmoins pour l'introduction d'un congé prénatal de deux semaines²².

2. Durée du congé

Une grande partie des CCT analysées prévoit un congé de maternité plus généreux que le régime légal avec la possibilité de prendre une partie du congé *avant* l'accouchement. Ainsi, les CCT Swisscom et SSR octroient un congé de maternité rémunéré à 100 % durant 18 semaines, dont deux semaines *peuvent* être prises immédiatement avant

¹⁸ L'art. 361 CO dresse une liste des dispositions absolument impératives auxquelles il ne peut être dérogé, même en faveur de la salariée.

¹⁹ CS CIT-BRUCHEZ, N 5-6 *ad* art. 358 CO ; CR CO I-MEIER, N 1 et 3 *ad* art. 358 CO.

²⁰ Voir CS CIT-CEROTTINI, N 6-13 *ad* art. 329f CO ; CR CO I-PERRENOUD, N 4-13 *ad* art. 329f CO.

²¹ CONSEIL FÉDÉRAL, Congé prénatal, interruptions du travail avant l'accouchement, Rapport du 2 mars 2018 donnant suite au postulat 15.3793 Maury Pasquier du 19 juin 2015, p. 14.

²² COFF, p. 7

l'accouchement²³. La CCT de l'enveloppe des édifices prévoit que le congé de maternité de 16 semaines, avec maintien du salaire à un taux de 80 %, *doit* débuter deux semaines avant la date prévue pour l'accouchement²⁴.

La CCNT du groupe Migros prévoit un congé prénatal non payé²⁵, puis un congé de maternité rémunéré à 100 % d'une durée de 18 semaines avec la possibilité de reprendre progressivement le travail. Selon la CCT, en effet :

« Les 14 premières semaines doivent être prises consécutivement, tandis que la partie restante peut être prise de manière flexible en termes de durée et de volume, selon les besoins de la collaboratrice et en accord avec les exigences de l'entreprise, dans le délai d'un an à compter de la naissance. [...] Au lieu de prendre son congé de maternité à 100 %, la collaboratrice peut, si elle le souhaite, le prendre à 80 % de son salaire net, ce qui permet de prolonger le congé en conséquence. D'autres niveaux de pourcentage ne sont pas possibles. Les entreprises définissent les modalités d'exécution »²⁶.

Parmi les CCT examinées, rares sont celles à prévoir un congé de maternité payé supérieur à 18 semaines²⁷. Certaines font dépendre la durée du congé de maternité du nombre d'années de service²⁸. D'autres prévoient la possibilité, pour la mère, de prolonger son congé de maternité, par un congé non payé²⁹.

3. En cas d'hospitalisation du nouveau-né

En cas d'hospitalisation du nouveau-né, plusieurs CCT prévoient encore la possibilité pour la mère de demander un *report* du congé de maternité payé³⁰, faculté désormais remplacée par la *prolongation* du congé de maternité prévue aux art. 329f al. 2 CO et 16c-d LAPG³¹.

²³ CCT Swisscom, art. 2.5.4 ; CCT SSR, art. 20.3. Les CCT suivantes prévoient un congé maternité payé de 16 semaines pouvant commencer au plus tôt deux semaines avant la date prévue de l'accouchement : CCT Hôpitaux bernois, art. 8.6 ; CCT Hôpital Riviera-Chablais ; CCT Banques, art. 30a.

²⁴ CCT Enveloppe des édifices, art. 49.3.

²⁵ CCNT Groupe Migros, art. 40.2.

²⁶ CCNT Groupe Migros, art. 41.1.

²⁷ CCT Structures d'accueil, art. 22 (20 semaines). Voir aussi PÄRLI, p. 951.

²⁸ CCT Centres d'appel, art. 5.21 (régime légal durant la 1^{re} et la 2^e année de service puis congé de 16 semaines dès la 3^e année) ; CCT Station-service, art. 23.1 (de la 1^{re} à la 3^e année de service 14 semaines rémunérées à 80 % puis, dès la 4^e année, 16 semaines à 80 %) ; CCT Fenaco, art. 31.2.

²⁹ CCT Poste, art. 2.17.1 (6 semaines durant les 12 mois suivant la naissance) ; CCT Médias, art. 15.2 (12 semaines à la suite du congé de maternité) ; CCT Hôpitaux bernois, art. 4.9 et 8.6 (une demi-année à la suite du congé de maternité).

³⁰ Par exemple, CCT Swisscom, art. 2.5.4.

³¹ CS CIT-CEROTTINI, N 7 *ad* art. 329f CO ; CR CO I-PERRENOUD, N 6 et 9 *ad* art. 329f CO.

Dans la mesure où ces clauses dérogent au droit fédéral impératif en défaveur de la personne salariée, elles sont nulles et automatiquement remplacées par le régime légal³².

La CCT Coop se réfère explicitement aux nouveaux art. 329f al. 2 CO et 16c al. 3 LAPG et ajoute que, pendant la période de prolongation, l'entreprise complète l'allocation de maternité, pour 8 semaines au maximum, pour la porter à 100 % du salaire³³.

4. Droit au réengagement

Plusieurs CCT envisagent l'hypothèse, fréquente³⁴, où la mère ne reprend pas son activité professionnelle après le congé de maternité. La CCT des industries horlogère et microtechniques suisses contient à cet égard une règle singulière :

« La travailleuse a droit à seize semaines de congé maternité payé, même si elle ne reprend pas son emploi [...]. La travailleuse a droit à dix-huit semaines de congé maternité payé si, au plus tard dans les 30 jours qui suivent l'accouchement, elle s'engage par écrit à ce que les rapports de travail ne prennent pas fin, à sa demande, dans les 12 mois qui suivent la fin de du congé maternité prolongé. Cas échéant, l'employeur est en droit d'exiger la restitution du trop-perçu »³⁵.

La possibilité d'une réintégration dans l'entreprise est évoquée par la CCT Coop :

« L'entreprise attache une grande importance à ce que la forme que prendront les rapports de travail à l'issue du congé de maternité soit discutée en amont avec les collaboratrices enceintes. L'entreprise s'efforce, lorsque c'est possible, de réintégrer dans l'entreprise, dans les 12 mois qui suivent la fin du congé de maternité, les femmes qui n'ont pas repris le travail au terme dudit congé »³⁶.

Un « droit conditionnel » au réengagement est prévu par la CCNT du groupe Migros dans une section intitulée « Phase parentale » :

« 42.1 Les collaboratrices et les collaborateurs ayant quitté l'entreprise ont le droit conditionnel d'être réengagé·e·s, au degré d'occupation précédent, dans les 12 mois après la fin du congé de maternité dans la mesure où est disponible, au moment déterminant, un emploi vacant correspondant à leurs qualifications et à leur expérience professionnelle au sein de l'entreprise où ils exerçaient leur activité avant leur départ.

³² CS CIT-BRUCHEZ, N 9 *ad* art. 358 CO ; CR CO I-MEIER, N 5 *ad* art. 358 CO.

³³ CCT Coop, art. 52.2.

³⁴ RUDIN/STUTZ/BISCHOF/BANNWART/JÄGGI, ch. 7.1.2 (parmi les motifs invoqués pour la non-reprise de l'activité : impossibilité de continuer à travailler pour la même entreprise avec un taux d'occupation réduit, démission, licenciement, absence de place pour l'enfant dans une structure d'accueil).

³⁵ CCT Horlogerie, art. 23.1.2.

³⁶ CCT Coop, art. 53.4.

42.2 Le droit au réengagement revient soit à la mère, soit au père, dans la mesure où ils travaillent dans la même entreprise »³⁷.

De façon inédite, cette clause paraît consacrer un droit conditionnel au réengagement pour la mère ou le père (!) qui aurait cessé son activité après un congé de maternité³⁸.

5. Transfert au père

En sus de la clause susmentionnée sur le droit au réengagement, la CCNT du groupe Migros contient diverses dispositions novatrices en lien avec la parentalité. En particulier, elle prévoit :

« Après l'accouchement, la collaboratrice a droit à 18 semaines de congé de maternité payé. [...] La collaboratrice peut transférer, totalement ou en partie, la partie de son congé de maternité au-delà des 14 semaines fixées par la loi à son partenaire dans la mesure où cette personne prend un congé non payé attesté et de même durée au titre de sa paternité. Un tel transfert s'effectue dans tous les cas par un paiement correspondant »³⁹.

Autrement dit, les collaboratrices des entreprises du groupe Migros sont autorisées à transférer au maximum quatre semaines de leur congé de maternité au père de leur enfant lorsque ce dernier prouve avoir obtenu de sa propre employeuse (potentiellement une entreprise externe au groupe Migros) un congé non payé au titre de la paternité. Ainsi, une entité du groupe Migros peut être amenée à financer le congé pris par un collaborateur externe au groupe, aux conditions pécuniaires dont aurait bénéficié la mère si elle n'avait pas transféré une partie de son congé au père (c'est-à-dire sans coûts supplémentaires par rapport à cette hypothèse et avec un bénéfice en termes d'image à l'égard du grand public).

C. Congé de paternité, congé d'adoption, congé parental

1. Généralités

Depuis le 1^{er} janvier 2021, l'art. 329g CO donne droit à un congé de paternité de deux semaines devant être pris dans les six mois consécutifs à la naissance de l'enfant, sous

³⁷ CCNT Groupe Migros, art. 42.

³⁸ Les explications figurant sur le site Internet du groupe semblent toutefois limiter le cercle des bénéficiaires du droit au réengagement aux seules collaboratrices : <https://migros-gruppe.jobs/fr/travailler-chez-nous/nous-investissons-dans-les-individus>, sous les rubriques >Poursuite de l'emploi après le congé de maternité et >Collaborateurs en phase familiale (consulté le 22 février 2023).

³⁹ CCNT Groupe Migros, art. 41.1 et 41.2.

forme de semaines ou de journées. Le congé de paternité est rémunéré aux conditions prévues aux 16i-m LAPG. L'indemnité journalière s'élève à 80 % du revenu moyen obtenu avant le début du droit à l'allocation de paternité (art. 16l LAPG) mais au maximum à CHF 220.- par jour (art. 16f al. 1 LAPG). L'art. 329g al. 1 CO prévoit que « le travailleur » a droit au congé de deux semaines « s'il est le père légal au moment de la naissance de l'enfant ou s'il le devient au cours des six mois qui suivent ». La notion de « père légal » s'interprète à la lumière des règles relatives à l'établissement de la filiation (art. 252 ss CC)⁴⁰.

L'entrée en vigueur du « mariage pour tous »⁴¹, le 1^{er} juillet 2022, a introduit un art. 255a al. 1 CC selon lequel « si la mère est mariée à une femme au moment de la naissance et si l'enfant a été conçu au moyen d'un don de sperme », conformément à la loi sur la procréation médicalement assistée⁴², « l'épouse de la mère est l'autre parent de l'enfant ». Dès lors, en pareille hypothèse, « les dispositions relatives au congé de paternité et à l'allocation de paternité doivent être appliquées par analogie » à cette dernière⁴³. Le congé de paternité au sens de l'art. 329g CO pourrait donc prochainement être rebaptisé « congé de l'autre parent »⁴⁴.

Depuis le 1^{er} janvier 2023, l'art. 329j CO prévoit un congé d'adoption de deux semaines pouvant être pris pendant l'année qui suit l'accueil de l'enfant, pour autant que soient remplies les conditions prévues à l'art. 16t LAPG pour une allocation d'adoption. En particulier, l'enfant accueilli en vue de son adoption doit avoir moins de quatre ans (art. 16t al. 1 let. a LAPG). L'adoption de l'enfant du conjoint ou du partenaire ne donne aucun droit à une allocation (art. 16t al. 5 LAPG). L'indemnité correspond à 80 % du revenu moyen réalisé avant le début du droit (art. 16w al. 1 LAPG). Le plafond journalier est le même que pour les congés de maternité et de paternité (CHF 220.- selon l'art. 16f al. 1 LAPG).

En revanche, le droit fédéral ne consacre encore aucun congé parental. La COFF a récemment publié un modèle de congé parental rémunéré d'une durée de 38 semaines

⁴⁰ CR CO-PERRENOUD, N 6 ad art. 329g CO.

⁴¹ RO 2021 747.

⁴² Loi fédérale du 18 décembre 1998, RS 810.11.

⁴³ Réponse du Conseil fédéral du 17 novembre 2021 aux motions 21.4212 Bertschy et 21.4331 Mazzone « *Le congé de paternité de deux semaines doit être valable pour tous les couples* ». La terminologie devra être adaptée. Voir CS CIT-WYLER, N 9 ad art. 329g CO ; STÜCKELBERG, p. 320.

⁴⁴ Rapport explicatif de la CSSS-N du 19 août 2022 relatif à l'initiative parlementaire 15.434 Kessler « *Octroyer le congé de maternité au père en cas de décès de la mère* », FF 2022 2515. Voir aussi l'avis du Conseil fédéral du 26 octobre 2022 sur ce rapport, FF 2022 2742, ch. 2.3.

incluant les congés de maternité et paternité existants et autorisant les parents à se répartir de façon flexible une partie des semaines⁴⁵.

2. Articulation avec le régime légal

a) Clauses caduques

Eu égard au nombre de congés introduits au niveau du droit fédéral en lien avec la parentalité au cours des deux dernières années, il n'est pas étonnant que certaines CCT n'aient pas encore été adaptées au nouveau droit.

Comme expliqué en lien avec le congé de maternité, les clauses qui dérogent au droit fédéral impératif en défaveur de la partie salariée sont frappées de nullité⁴⁶. Tel est le cas, par exemple, d'une disposition de la CCT romande du nettoyage de textiles qui prévoit encore 3 jours de congé de paternité à prendre dans une période de 15 jours suivant la naissance de l'enfant⁴⁷. La CCT romande pour les journalistes explique que son article donnant droit à un congé payé de 5 jours « est rendu caduc » par l'introduction du congé paternité légal de deux semaines⁴⁸.

b) Clauses répétant le droit fédéral

Parmi les CCT analysées, certaines se limitent à répéter la teneur du nouvel article 329g sur le congé paternité, comme celle de Swissport⁴⁹. Dans la branche des assurances, la référence au régime légal est suivie de la recommandation « d'offrir de plus amples prestations, selon les possibilités de l'entreprise (par ex. congé paternité plus long, plein salaire) »⁵⁰.

c) Clauses spécifiant l'articulation et octroyant le congé à la co-mère

Les CCT les plus récentes règlent expressément l'articulation entre le régime légal et les droits additionnels prévus par la CCT et intègrent les réflexions exposées à la lettre précédente quant à la nécessité de mettre la co-mère au bénéfice du congé de paternité.

La CCNT du groupe Migros pour la période 2023-2026 est particulièrement explicite :

⁴⁵ COFF, p. 7 : 8 semaines d'interdiction de travailler pour la mère + 15 semaines à disposition de la mère (= premier parent), dont une partie peut être transférée au père (= deuxième parent) + 15 semaines réservées pour le père (= second parent).

⁴⁶ *Supra* II.B.3.

⁴⁷ CCT Textiles, art. 13.2.

⁴⁸ CCT Médias, art. 15^{bis}.

⁴⁹ CCT Swissport, art. 4.12.

⁵⁰ Recommandations Assurances, art. 26.5.

« A l'occasion de la naissance d'un propre enfant, il est accordé au père un congé payé de 4 semaines et, à sa demande, un congé supplémentaire non payé jusqu'à 4 semaines. Les deux premières semaines de congé payé constituent le congé de paternité prévu par la loi et doivent être prises dans les six premiers mois suivant la naissance de l'enfant. Les deux autres semaines payées et les semaines non payées doivent être prises dans le délai d'un an à compter de la naissance. [...] Au lieu de prendre son congé de paternité à 100 %, le collaborateur peut, s'il le souhaite, le prendre à 80 % de son salaire net, ce qui permet de prolonger le congé en conséquence. [...] Pour les couples de femmes dont la femme qui n'a pas accouché est collaboratrice de Migros, les droits sont les mêmes que pour le congé de paternité »⁵¹.

Cette clause sur le congé de paternité explique clairement la façon dont le congé garanti par la convention *inclut et complète* le congé prévu aux art. 329g et 16i ss LAPG, moins généreux en termes de durée (2 semaines) et de rémunération (80 %)⁵².

Dans sa version 2022, la CCT Coop explique l'articulation entre les régimes légal et conventionnel en ces termes :

« L'allocation légale de paternité est complétée pour atteindre 100 % du salaire brut ordinaire pendant 15 jours. Le congé de paternité peut être pris d'un seul tenant ou jour par jour dans l'année qui suit la naissance de l'enfant. Toutefois, les 10 premiers jours doivent être pris dans les 6 mois après la naissance. [...] En plus du congé de paternité, les pères ont droit à un congé sans solde de 2 semaines. Ce droit ne s'applique que dans l'année suivant la naissance de l'enfant [...] Le congé de paternité de 15 jours pour les enfants biologiques est accordé dans les mêmes conditions au parent de même sexe [...] »⁵³.

La référence au « parent de même sexe » dans la CCT Coop semble laisser plus de place à l'interprétation (et aux différentes formes de familles) que la formulation au féminin retenue dans la CCNT du groupe Migros. Une clause de la CCT de l'Hôpital Riviera-Chablais indique aussi la façon dont la CCT prend en considération et complète la nouvelle allocation de paternité, tout en utilisant une terminologie inclusive dans son intitulé :

« Congé de paternité ou congé du deuxième parent référent : Le congé paternité est de 15 jours en cas de naissance d'un enfant au sein d'un couple (marié, en partenariat enregistré ou en concubinage). Ce congé doit être pris en une ou plusieurs fois dans les 6 mois qui suivent la naissance. Le collaborateur au bénéfice d'un congé paternité a droit à l'entier de son salaire les 5 premiers jours, y compris les indemnités fixes ou

⁵¹ CCNT Groupe Migros, art. 41.6.

⁵² Au sujet du congé de paternité et du principe de la norme la plus favorable (art. 358 CO), voir GEISER, N 3.9 ; SHK EAV-RITZINGER/FACINCANI/BRUNNER, N 43-44 *ad* art. 329g CO.

⁵³ CCT Coop, art. 53.6 et 53.7.

variables, déterminées en principe sur la base d'une moyenne sur les six derniers mois. Il bénéficie du 80 % de son salaire les 10 jours suivants pour autant que l'employeur perçoive les APG »⁵⁴.

La CCT SSR prévoit les congés payés suivants :

« – pour un congé de paternité : 20 jours. L'allocation de paternité selon la loi sur les allocations pour perte de gain revient à l'employeur tant qu'il verse le salaire ; – pour parentalité d'un couple lesbien : 20 jours pour la partenaire de la mère biologique ; – pour l'adoption d'un enfant jusqu'à l'âge de 15 ans : 20 jours. Modalités du congé en cas de parentalité : 10 jours doivent être pris dans les 6 mois suivant la naissance ou l'adoption, le reste dans les 12 mois ».⁵⁵

L'absence de référence aux APG en lien avec le congé d'adoption s'explique par le fait que la CCT est entrée en vigueur, le 1^{er} avril 2022, avant l'allocation d'adoption. De façon générale, eu égard à la très récente introduction, le 1^{er} janvier 2023, du congé légal d'adoption, même les nouvelles CCT qui exposent en détail la façon dont s'articule le régime conventionnel avec le régime légal restent peu précises sur ce congé et traitent principalement du congé de paternité. Tel est le cas par exemple de la CCT du personnel bancaire, valable dès le 1^{er} janvier 2023 :

« La paternité donne droit à un congé de 2 semaines avec paiement intégral du salaire, à prendre dans les 6 mois suivant la naissance. Alternativement, un congé de 3 semaines peut être accordé, 5 jours de travail donnant droit au paiement intégral du salaire et l'indemnisation des autres jours étant régie par la loi sur les allocations pour perte de gain. Dans le cadre d'une procédure d'adoption d'un enfant, les deux parents adoptifs ont droit à un congé de deux semaines avec paiement intégral du salaire »⁵⁶.

Toutes les CCT n'étant pas formulées de manière aussi précise que celles présentées dans cette section, la question controversée de savoir si les congés prévus par les CCT avant l'entrée en vigueur des nouveaux congés légaux s'ajoutent ou non à ces derniers demeure d'actualité⁵⁷. Comme relevé par GEISER⁵⁸, il n'est pas possible de répondre de façon générale à cette interrogation. Il s'agit bien plutôt d'interpréter chaque CCT selon les principes exposés à la section suivante.

⁵⁴ CCT HRC.

⁵⁵ CCT SSR, art. 34.1.

⁵⁶ CCT Banques, art. 30a.

⁵⁷ Voir CS CIT-WYLER, N 42 *ad* art. 329g CO et SHK EAV-RITZINGER/FACINCANI/BRUNNER, N 42 *ad* art. 329g CO (pas de cumul). Avis contraires : CIRIGLIANO/DICK/NIEMEYER, N 8 ; GEISER N 3.10-3.12.

⁵⁸ GEISER, N 3.10-3.12.

d) Interprétation des clauses

Les clauses relatives aux congés de paternité ou d'adoption sont de nature normative⁵⁹. Selon le Tribunal fédéral, ces clauses doivent être interprétées de la même manière qu'une loi. Lorsque plusieurs interprétations du texte sont possibles, il convient de rechercher la véritable portée de la norme au regard « notamment des travaux préparatoires, du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose ou encore de sa relation avec d'autres dispositions ». Toutefois, la volonté des parties à la CCT constitue aussi un moyen d'interprétation⁶⁰.

Les parties aux pourparlers avaient-elles connaissance du régime légal en cours d'élaboration ? Avaient-elles convenu de mettre les personnes salariées liées par la CCT au bénéfice de conditions plus favorables que le régime légal présent *et futur* ? Quelles furent les concessions obtenues en échange de ces conditions plus favorables ? S'il est relativement aisé de répondre à la première interrogation en se basant sur la date d'adoption de la CCT, la réponse aux autres questions présuppose une analyse du processus de négociation qu'il ne nous a pas été possible d'effectuer *a posteriori*⁶¹.

En nous fondant avant tout sur la formulation des clauses pertinentes de la CCT ainsi que sur sa systématique et sa date d'adoption, nous avons identifié plusieurs clauses qui, sans être aussi explicites que celles mentionnées à la lettre précédente consacrent également des congés de paternité et d'adoption qui *englobent et complètent* ceux prévus par la loi. A titre d'illustration, citons la CCT de la Poste, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2021, simultanément au congé de paternité :

« Les membres du personnel ont droit à un congé de paternité/congé parental/congé d'adoption payé de quatre semaines ainsi qu'à un congé de paternité/congé parental/congé d'adoption non payé de quatre semaines. Deux semaines du congé de paternité payé doivent être prises au cours des six mois suivant la naissance de l'enfant. Les deux semaines restantes ainsi que le congé d'adoption payé ou les congés non payés doivent être pris au cours des douze mois suivant la naissance/l'adoption de l'enfant »⁶².

L'exigence selon laquelle, sur les quatre semaines de congé de paternité payé, deux semaines doivent être prises au cours des six mois suivant la naissance de l'enfant, conformément à ce que prévoit désormais l'art. 329g al. 2 CO, indique que les parties aux négociations avaient connaissance du projet de congé de paternité de deux semaines et

⁵⁹ Au sens des art. 356 al. 1 et 357 al. 1 CO.

⁶⁰ TF 4A_557/2021 du 7 juin 2022, c. 4.1, qui renvoie à l'ATF 136 III 283, c. 2.3.1.

⁶¹ Voir à ce sujet les réflexions de GEISER, N 3.10 ; PÄRLI/KLÄUSLER, pp. 201-202.

⁶² CCT Poste, art. 2.17.2.

souhaitent compléter ces deux semaines par deux autres semaines (donc quatre semaines en tout et non six). Cette interprétation est corroborée par le fait qu'en mai 2020 la responsable du personnel de la Poste avait déclaré avec fierté au sujet de la CCT nouvellement adoptée : « En ce qui concerne le congé de paternité, la Poste accordera à l'avenir quatre semaines de congé, soit le double de ce qui est prévu dans le projet de loi sur lequel nous voterons cet automne »⁶³.

e) Cumul avec les jours de congés usuels en cas de naissance ?

La question du cumul entre les droits garantis par la CCT et ceux consacrés par la loi se pose aussi en lien avec le ou les jours de congés payés accordés au père sur la base de l'art. 329 al. 3 CO pour assister à la naissance de son enfant (souvent entre un et trois jours, comme en cas de décès ou de mariage). Quelques CCT prévoient expressément deux jours d'absence payés lors de la naissance de l'enfant *en sus* d'un congé de paternité de dix jours⁶⁴, le cumul entre ces deux types de congé à vocation différente⁶⁵ étant alors garanti.

En revanche, dans d'autres CCT, les jours d'absences payées « en cas de naissance d'un enfant » ont été biffés et remplacés par une référence à l'art. 329g CO à la suite de l'entrée en vigueur de cette disposition. Par exemple, avant le 1^{er} janvier 2021, la CCT des Techniques du bâtiment prévoyait le droit à un jour de congé lié à la naissance de l'enfant ainsi que trois jours de congé de paternité. Désormais, la CCT contient la clause suivante :

« Tous les travailleurs soumis à la CCT ont droit à dix jours de congé de paternité avec maintien du versement du salaire à 100 %. Les employeurs conservent l'allocation pour perte de gain correspondante. Le droit aux jours de congé liés à la naissance d'un enfant est ainsi rempli. La CCT ne prévoit pas davantage de jours de congé que le congé de paternité légal. Le congé de paternité doit être pris dans les six mois suivant la naissance de l'enfant »⁶⁶.

La CCT des CFF semble également exclure un cumul avec la formulation : « Naissance d'un enfant (congé de paternité) : 10 jours dans le délai de 6 mois + 10 jours dans le délai

⁶³ « Avec la nouvelle CCT, la Poste endosse un rôle de précurseur parmi les employeurs ». Entretien avec Valérie Schelker publié le 7 mai 2020 sur le site Internet de l'entreprise : <https://www.post.ch/fr/notre-profil/actualites/2020/avec-la-nouvelle-cct-la-poste-endosse-un-role-de-precurseur-parmi-les-employeurs> (consulté le 24 février 2023).

⁶⁴ Tel est le cas de la CCT Graphisme, art. 211 (autres absences), 213 (congé parental) ainsi que de la CCT Centres d'appel, art. 5.19.

⁶⁵ A ce sujet, voir GEISER, N 3.8 et 5.1-5.2 ; CIRIGLIANO/DICK/NIEMEYER, ch. 2.1 et 3.2. Voir aussi PÄRLI/KLÄUSLER, p. 190.

⁶⁶ CCT Techniques du bâtiment, art. 34a. Voir aussi : Commission paritaire nationale, Mémento, Interprétation et pratique de la CPN en matière de congé de paternité, 4 décembre 2020.

de 12 mois »⁶⁷. Au demeurant, la liste des absences payées figurant en annexe à cette CCT innove en prévoyant 3 jours (par cas) pour accompagner une personne en fin de vie et jusqu'à 5 jours (par année civile) pour les soins aux enfants dans une famille monoparentale⁶⁸. Un congé non payé d'au maximum trois mois est accordé sur demande pour l'éducation des enfants. En principe, le congé éducatif doit être pris au cours des six premières années de vie de l'enfant⁶⁹.

3. Vers un congé parental indépendant du sexe et du genre

Une tendance récente en droit de la famille consiste à abolir la dyade père-mère et à introduire des rôles parentaux neutres en termes de genre⁷⁰. L'évolution législative susmentionnée consistant à renommer le « congé de paternité » en « congé de l'autre parent » s'inscrit dans cette tendance⁷¹. Nous avons déjà mentionné à titre d'exemple la CCT de l'Hôpital Riviera-Chablais dont une clause s'intitule « congé paternité ou congé du deuxième parent référent »⁷².

L'Avenant 2020 à la CCT Nestlé illustre le mouvement vers des rôles parentaux neutres. En effet, au lieu des intitulés usuels « congé de maternité » et « congé de paternité », on y trouve les expressions « congé parental primaire » et « congé parental secondaire » :

« Congé parental primaire : En application de la "Nestlé Global Parental Support Policy", le Collaborateur (y compris la Collaboratrice ayant donné naissance) qui est en charge principal d'un enfant immédiatement après sa naissance ou dès le jour de l'arrivée de l'enfant mineur dans son nouveau foyer en cas d'adoption ou de placement en vue d'adoption, bénéficie d'un congé payé de 18 semaines consécutives (« Congé Parental Primaire ») ; ce congé inclut le congé maternité au sens du droit suisse, accordé uniquement à la Collaboratrice ayant donné naissance, et tout autre congé qui serait prévu par la loi en relation avec l'arrivée de l'enfant. Le Congé Parental Primaire débute le jour de la naissance, de la prise en charge du nouveau-né ou de l'arrivée. Seuls peuvent bénéficier de ces prestations les collaborateurs qui sont employés de la Société au moment de l'événement, étant précisé que le Congé Parental Primaire ne peut être octroyé qu'à une seule personne physique et qu'il lui appartient de fournir les éléments démontrant ce statut [...]. Si le Collaborateur n'ayant pas donné naissance

⁶⁷ CCT CFF Annexe 5 (Congés), art. 5 let. b.

⁶⁸ CCT CFF Annexe 5 (Congés), art. 5 let. g et h.

⁶⁹ CCT CFF Annexe 5 (Congés), art. 10. La CCT Horlogerie, art. 23.2.2 prévoit un congé éducatif non payé entre 3 et 12 mois, durant lequel la personne bénéficiaire n'a plus droit à son salaire et doit s'abstenir d'exercer une autre activité professionnelle.

⁷⁰ Voir COTTIER, p. 186 ; BÜCHLER/COTTIER, pp. 887 ss.

⁷¹ *Supra* II.C.1.

⁷² CCT HRC citée *supra* II.C.2.c.

souhaite bénéficier d'un Congé Parental Primaire, il lui appartient de fournir les éléments demandés par la Société démontrant que son conjoint ou partenaire ne bénéficie pas d'un équivalent du Congé Parental Primaire »⁷³.

« Congé parental secondaire : Le Collaborateur qui n'est pas en charge à titre principal de l'enfant mineur accueilli immédiatement après sa naissance ou dès le jour de l'arrivée de l'enfant mineur dans son nouveau foyer en cas d'adoption ou de placement en vue d'adoption, bénéficie d'un congé payé de 4 semaines consécutives (« Congé Parental Secondaire »). Le Congé Parental Secondaire doit être pris dans l'année à partir du jour de la naissance, de la prise en charge du nouveau-né ou de l'arrivée de l'enfant dans son nouveau foyer en cas d'adoption ou de placement en vue d'adoption »⁷⁴.

Un tel système va dans le sens d'une parentalité intentionnelle⁷⁵ puisque le « collaborateur n'ayant pas donné naissance » peut déclarer vouloir bénéficier du congé parental primaire et assumer ainsi le rôle de principal responsable des soins dispensés à l'enfant. La CCT Nestlé introduit tout de même une présomption dans un article intitulé « Règles communes au Congé Parental Primaire et au Congé Parental Secondaire » (italiques ajoutés) :

« La *Collaboratrice qui donne naissance*, qui adopte un enfant mineur ou l'accueille dans son foyer en placement en vue d'adoption est considérée *par défaut* comme bénéficiaire d'un *Congé Parental Primaire*. De la même manière, le *Collaborateur* qui est le père biologique de l'enfant, qui est le père adoptif ou qui accueille l'enfant mineur dans son foyer en placement en vue d'adoption est considéré *par défaut* comme bénéficiaire d'un *Congé Parental Secondaire*. Les *parents* ou personnes qui auront la responsabilité de l'enfant mineur *qui souhaitent intervertir* le type de congé octroyé *doivent annoncer leur décision* à leur supérieur hiérarchique et aux Ressources Humaines, au minimum trois mois avant la date prévue de la naissance ou avant la date d'arrivée de l'enfant dans son nouveau foyer en cas d'adoption ou de placement en vue d'adoption [...]. Si la *Collaboratrice* ayant donné naissance souhaite bénéficier du congé maternité au sens du droit suisse, elle ne peut pas intervertir le Congé Parental Primaire avec son conjoint ou partenaire »⁷⁶.

A première vue, ce dispositif paraît faciliter une transformation des rôles attribués aux femmes et aux hommes puisque les parents ont la possibilité d'intervertir les positions. Toutefois, le concept même d'un parent primaire et d'un parent secondaire se prête mal à « reconnaître la responsabilité commune de l'homme et de la femme dans le soin d'élever

⁷³ CCT Nestlé, Avenant 2020, art. 16.11.1.

⁷⁴ CCT Nestlé, Avenant 2020, art. 16.11.2.

⁷⁵ BÜCHLER/COTTIER, p. 888.

⁷⁶ CCT Nestlé, Avenant 2020, art. 16.11.3.

leurs enfants »⁷⁷. La présomption selon laquelle la femme est la responsable principale des soins, notamment en cas d'adoption d'un enfant, contribue au contraire à renforcer les stéréotypes de genre⁷⁸. Un moyen de lutter contre de tels stéréotypes consisterait à remplacer l'expression « la *collaboratrice* qui donne naissance », par « la *personne* qui donne naissance ». En effet, depuis l'entrée en vigueur du nouvel art. 30b CC, le 1^{er} janvier 2022, une personne inscrite comme homme à l'état civil peut donner naissance, l'inscription du sexe étant modifiée sur la base d'une « simple » déclaration de la personne concernée, sans qu'une intervention médicale ne soit requise⁷⁹.

III. Réduction du taux d'occupation

A. En général et du fait de l'âge

Le Code des obligations ne consacre aucun droit de changer son taux d'occupation. En principe, la durée du travail ne saurait être modifiée sans le consentement des parties au contrat⁸⁰. Les CCT prévoient parfois la possibilité d'épargner des heures sur un compte à long terme de façon à pouvoir ultérieurement travailler moins avec un taux d'occupation et un salaire inchangés⁸¹.

Aucune des CCT analysées ne prévoit un droit des personnes salariées en général à la réduction du taux d'occupation. « Pour mieux concilier vie professionnelle et vie privée », la CCNT Migros envisage que les entreprises du groupe instaurent, dans le cadre de leurs possibilités, un droit de réduire le taux d'occupation jusqu'à 20 pour cent, mais limite le cercle des bénéficiaires au personnel à plein temps⁸².

Afin d'accorder aux membres du personnel une « autonomie optimale dans la gestion de leur temps de travail », les CFF encouragent le temps partiel « à tous les niveaux et sous toutes les formes »⁸³. La personne occupée à temps partiel ne saurait toutefois dépasser régulièrement, ou sans accord préalable, son temps de travail contractuel sur une période

⁷⁷ Au sens de l'art. 5 let. b Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF), RS 0.108. Voir aussi l'art. 18 al. 1 de la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (CDE), RS 0.107.

⁷⁸ Au sens de l'art. 5 let. a CEDEF.

⁷⁹ Voir COTTIER, p. 163.

⁸⁰ Voir notamment CS CIT-DUNAND, N 22-23 *ad* art. 321d CO.

⁸¹ CCT SSR, art. 29 (d) ; CCT Poste, art. 2.11.4. Au sujet du compte-épargne temps, voir aussi *supra* I.

⁸² CCNT du Groupe Migros, art 23.2.

⁸³ CCT CFF, art. 53-54. Voir aussi la CCT Swissport, art. 4.3.3.

prolongée. En pareil cas, la CCT de la Poste prévoit que les parties au contrat « peuvent éventuellement convenir d'une adaptation du taux d'occupation »⁸⁴.

Selon la CCT Swisscom :

« Si la collaboratrice/le collaborateur souhaite modifier son taux d'occupation, Swisscom examine sa demande dans le cadre des possibilités de l'entreprise. Le/La supérieur(e) doit motiver par écrit le refus d'une modification du taux d'occupation par le biais du portail ou par e-mail »⁸⁵.

La CCT Swisscom impose ainsi à la partie employeuse l'obligation de motiver par écrit le refus d'une demande de modification. En revanche, ni cette CCT, ni celle de la Poste ne consacrent, de façon générale, un droit à changer son taux d'activité. Dans ces deux CCT, ce droit est réservé aux membres du personnel ayant atteint l'âge de 58 ans.

La CCT de la Poste contient une disposition intitulée « Réduction du taux d'occupation pour les collaborateurs/collaboratrices plus âgé·e·s », avec la teneur suivante (italiques ajoutées) :

« Les collaborateurs/collaboratrices au bénéfice de rapports de travail de durée indéterminée qui ont atteint l'âge de 58 ans révolus ont le *droit de réduire* leur taux d'occupation, une seule fois, d'au moins 10 % (mesuré sur la base d'un plein temps). Le taux d'occupation résiduel après une telle réduction doit atteindre au moins 50 % (mesuré sur la base d'un plein temps). Il est possible de procéder à une autre modification du taux d'occupation, pour autant que la situation de l'entreprise le permette. [...] *Les autres conditions d'engagement ainsi que la fonction restent si possible inchangées* »⁸⁶.

La CCT Swisscom prévoit une disposition similaire⁸⁷, qui ne contient toutefois pas la précision selon laquelle la fonction exercée demeure « si possible » inchangée.

Les clauses de CCT consacrant un droit à la réduction du taux d'activité pour le personnel âgé sont rares. Dans les faits, pareille réduction résulte le plus souvent de l'augmentation du droit aux vacances en fonction de l'âge. La CCT de la Coop est particulièrement

⁸⁴ CCT Post, art. 2.10.5 al. 3.

⁸⁵ CCT Swisscom, art. 2.5.5.

⁸⁶ CCT Poste, art. 2.11.5, al. 1-3.

⁸⁷ CCT Swisscom, art. 2.2.6. Le taux peut être réduit d'au maximum 20 % pour autant qu'un minimum de 50 % soit conservé. Les parties au contrat peuvent s'entendre sur des réductions supplémentaires. L'art. 2.3.7 de la CCT prévoit que les heures mises sur un « compte à long terme » peuvent être utilisées pour travailler à temps partiel à partir de 58 ans.

généreuse à cet égard puisqu'elle fixe le droit aux vacances par année civile à 7 semaines à partir de 60 ans et à 8 semaines à partir de 63 ans⁸⁸.

B. En lien avec la parentalité

Le Code des obligations ne prévoit aucun droit à diminuer son activité à la suite d'une naissance. En effet, le Conseil national n'a pas donné suite à une motion Masshardt qui demandait à y introduire un droit de réduire son taux d'occupation après la naissance d'un enfant, comme le prévoit l'art. 60a OPers⁸⁹ pour le personnel de la Confédération depuis 2013⁹⁰. Depuis 2019, les membres de ce personnel ayant fait usage du droit de réduire leur taux d'activité selon cette disposition bénéficient du droit d'augmenter à nouveau leur taux à certaines conditions⁹¹, ce qui représente un net progrès par rapport à la situation antérieure où la diminution du taux (et la perte de rémunération qu'elle implique) s'avérait le plus souvent irréversible⁹².

Plusieurs CCT rappellent qu'au retour d'un congé lié à la parentalité le maintien des conditions initiales de travail est garanti. Le personnel peut demander à réduire son taux d'occupation mais ne bénéficie d'aucun droit à obtenir une telle réduction⁹³.

Parmi les CCT analysées, seule la CCT SSR consacre un *droit* de réduire son taux d'occupation après un congé de maternité, de paternité ou d'adoption⁹⁴. Le droit à la réduction doit être exercé au plus tard six mois après la naissance et ne s'accompagne d'aucune garantie de retrouver son pourcentage initial lors de la scolarisation de l'enfant.

⁸⁸ CCT Coop, art. 41.1.

⁸⁹ Selon l'art. 60a al. 1 OPers : « Après la naissance ou l'adoption d'un ou de plusieurs enfants, les parents et les partenaires enregistrés ont droit dans leur fonction à une réduction de 20 % au plus du taux d'occupation. Le taux d'occupation ne doit toutefois pas devenir inférieur à 60 % ».

⁹⁰ Motion 15.470 Masshardt « *Mieux concilier travail et famille. Droit à une réduction du taux d'occupation suite à une naissance* ». Le Conseil national a aussi refusé de donner suite aux initiatives parlementaires 19.461 Masshardt « *Mieux concilier travail et famille. Droit à une réduction, pour les pères et les mères, du taux d'occupation après la naissance ou l'adoption* » et 21.413 Fivaz « *Faciliter les adaptations du temps de travail pour les parents* ».

⁹¹ Voir l'art. 60a al. 4 OPers (RO 2019 3803 et RO 2022 616).

⁹² Voir LEMPEN/MAJOR, pp. 123-126 avec les références aux Conventions des Nations Unies et aux développements en Europe. Voir en particulier la directive UE 2019/1158 concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée, art. 9 (droit de demander une réduction temporaire du taux d'activité).

⁹³ CCT Poste, art. 2.17.4 (parentalité) ; CCNT Groupe Migros, art. 41.3 (maternité), art. 41.6 (paternité) ; CCT Sunrise, art. 25.5 (maternité uniquement).

⁹⁴ CCT SSR, art. 20.5 (maternité), art. 34.1 (parentalité).

La CCT Swisscom prévoit que les heures accumulées sur un « compte à long terme » peuvent être utilisées pour reprendre le travail après un congé de maternité ou de paternité « avec une réduction temporaire du temps de travail et le maintien du taux d'occupation contractuel (et donc du salaire) »⁹⁵.

La réduction *temporaire* du temps de travail en cas d'obligations familiales fait partie des mesures de conciliation recommandées pour la branche des assurances⁹⁶ et pour le personnel bancaire⁹⁷. Les clauses topiques ne précisent pas si le système préconisé consiste à réduire le taux d'occupation puis à le réaugmenter en fonction des circonstances familiales, sur le modèle de l'art. 60a OPers, ou si la réduction temporaire s'effectue plutôt grâce aux heures accumulées sur un compte épargne-temps, sans modification du taux contractuel, comme prévu par la CCT Swisscom. Les deux approches ont leurs avantages et inconvénients. Alors que la première entraîne une diminution temporaire de la rémunération, la seconde présuppose que la personne souhaitant réduire son activité ait préalablement eu la capacité de se constituer un capital-temps en effectuant des heures supplémentaires ou en renonçant à une partie des vacances⁹⁸.

IV. Déconnexion

A. Généralités

1. Au niveau de l'Union européenne

Les partenaires sociaux européens ont entamé en juin 2022 des négociations qui pourraient aboutir, d'ici à l'été 2024, à un accord collectif obligeant les Etats membres⁹⁹ à introduire un droit à la déconnexion¹⁰⁰. Les pourparlers en cours font suite à une résolution du Parlement européen du 21 janvier 2021 contenant un projet de directive sur le droit à la

⁹⁵ CCT Swisscom, art. 2.3.7.

⁹⁶ Recommandations Assurances, art. 3 (Activité professionnelle et vie privée).

⁹⁷ CCT Banques, art. 22.

⁹⁸ Sur les risques pour la santé liés aux systèmes de capitalisation du temps, voir MEIER, pp. 218-220.

⁹⁹ La mise en œuvre d'un tel accord interviendrait sur décision du Conseil conformément à l'art. 155 du Traité de l'Union européenne.

¹⁰⁰ Parmi les articles parus dans la presse à ce propos, voir MERMOUD, Télétravail : le droit à la déconnexion au cœur d'un accord, L'Evènement syndical, n° 35, 31 août 2022. Dans ce contexte, le *European Law Institute* prévoit d'adopter en septembre 2023 des lignes directrices pour la mise en œuvre de ce droit : <https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/current-projects/current-projects/guiding-principles-on-implementing-workers-right-to-disconnect/> (consulté le 4 mars 2023).

déconnexion¹⁰¹. Ce concept y est défini comme « le fait de ne pas se livrer à des activités ou à des communications liées au travail au moyen d'outils numériques, directement ou indirectement, en dehors du temps de travail »¹⁰². La résolution souligne le risque d'atteinte à la santé et à la vie privée lié à une culture de la connexion permanente¹⁰³. Un aspect important du droit à la déconnexion tel qu'envisagé par le Parlement européen réside dans l'obligation, pour les Etats membres, de veiller à ce que ses modalités d'application soient négociées avec les partenaires sociaux et puissent être concrétisées dans des CCT, notamment au niveau de la branche ou de l'entreprise¹⁰⁴.

2. Dans les Etats membres de l'Union européenne

Rappelons que le droit à la déconnexion est apparu en Europe pour la première fois dans les CCT de grands groupes d'entreprises telles que Volkswagen (2011) en Allemagne ou Thales (2014) en France¹⁰⁵. Depuis, plusieurs Etats européens, comme la France en 2016 ou la Belgique en 2018, ont ancré dans leur législation un droit à *la négociation collective* sur les aspects liés à la déconnexion¹⁰⁶. Le droit portugais souligne aussi le rôle des partenaires sociaux dans la réglementation de ces questions¹⁰⁷. Toutefois, le Portugal fait partie des rares Etats à avoir inscrit dans *la loi* une obligation de la partie employeuse de ne pas contacter le personnel durant le temps de repos, sous réserve des cas de « force majeure ». En vigueur depuis le 1^{er} janvier 2022, ce devoir s'applique de façon générale et non pas seulement en cas de télétravail. Sa violation peut donner lieu à des sanctions¹⁰⁸.

3. En Suisse

En Suisse, aucune des motions parlementaires demandant l'inscription explicite, dans la loi, d'un droit à ne pas être atteignable pendant le temps libre n'a abouti jusqu'à présent¹⁰⁹. Dans ses réponses à ces motions, le Conseil fédéral juge préférable de laisser aux

¹⁰¹ Résolution du Parlement européen du 21 janvier 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le droit à la déconnexion, 2019/2181 (INL).

¹⁰² Art. 2 al. 1 du projet de directive annexé.

¹⁰³ Lettres C. et suivantes de la résolution.

¹⁰⁴ Art. 4 du projet et para. 21, 23 et 24 du préambule au projet annexé. Voir LEMPEN, pp. 122-123.

¹⁰⁵ PUCHETA/RIBEIRO COSTA, p. 974.

¹⁰⁶ Voir LEMPEN, p. 124 avec les références.

¹⁰⁷ PUCHETA/RIBEIRO COSTA, p. 977.

¹⁰⁸ Art. 199-A du Código do Trabalho du 1^{er} janvier 2010 (CT, Code du travail, loi n°7/2009), amendé via la modification législative 83/2021. Voir PUCHETA/RIBEIRO COSTA, pp. 980 ss.

¹⁰⁹ Voir en particulier les motions 17.3201 Mazzone « *Déconnexion en dehors des heures de travail. Préciser le cadre légal pour accompagner l'évolution technologique du travail* », 19.4156 REYNARD « *Outils numériques. Droit à la déconnexion* » et 21.3139 GYSIN « *Protection de la santé. Inscrire dans la législation le droit des travailleurs de ne pas être atteignables pendant leur temps libre* ».

partenaires sociaux le soin de définir, dans des CCT, les laps de temps durant lesquels le travail doit être fourni et ceux au cours desquels il n'a pas à l'être¹¹⁰.

Notre étude n'a toutefois permis d'identifier aucune CCT de branche contenant des clauses sur la joignabilité et le droit à la déconnexion. A l'heure actuelle, seules quelques CCT d'entreprise consacrent un tel droit¹¹¹, comme exposé dans les lignes qui suivent.

B. Pour l'ensemble du personnel

Afin d'éviter un brouillage des frontières entre le travail salarié et les autres aspects de l'existence, la CCT de la Poste contient une clause intitulée « Séparation entre vie privée et vie professionnelle ». Selon cette disposition :

« Les collaborateurs/collaboratrices ont le droit de ne pas répondre aux appels téléphoniques et de ne pas consulter les messages durant leur temps libre, sans que cela ne leur soit préjudiciable »¹¹².

Ainsi, la CCT autorise le personnel à ne pas répondre aux sollicitations professionnelles durant le temps libre et interdit aux responsables hiérarchiques, non pas de contacter le personnel en dehors des heures de travail, mais de sanctionner – de quelque manière que ce soit (p. ex. remise à l'ordre, retrait de responsabilités ou refus de promotion) – l'exercice du droit à la non-joignabilité.

Les sections des CCT CFF¹¹³, Swisscom¹¹⁴ consacrées à la durée du travail énoncent aussi un droit de chaque membre du personnel à la non-joignabilité durant le temps libre, indépendamment du lieu de travail. Au sujet de l'annualisation du temps de travail, la CCT Sunrise énonce trois droits liés mais distincts, à savoir celui de se déconnecter, celui de ne pas être joignable et celui de ne pas réagir :

« Les employé·e·s ont le droit de se déconnecter et de n'être pas joignables, ainsi que le droit de ne pas réagir en-dehors de la réglementation établie en matière de temps de travail »¹¹⁵.

Si elle paraît à première vue superflue, l'énonciation du principe selon lequel les personnes salariées ont le droit de se reposer pendant leur temps de repos donne toutefois un signal

¹¹⁰ Voir LEMPEN, pp. 125-127 avec les références.

¹¹¹ WILDHABER/PAIS, pp. 535-538 font un constat similaire.

¹¹² CCT Poste, art 2.10.6.

¹¹³ CCT CFF, art. 61 al. 3.

¹¹⁴ CCT Swisscom, art. 2.2.1.

¹¹⁵ CCT Sunrise, art. 21.2.

susceptible de freiner une culture de la connexion permanente au sein de l'entreprise et contribue ainsi à prévenir le stress et l'épuisement professionnel¹¹⁶.

C. Pour les télétravailleuses et télétravailleurs

Diverses CCT, comme celle pour la branche des Centres d'appel et de contact, soulignent que les personnes effectuant du travail à domicile sont tenues de respecter les mêmes règles en matière d'horaires de travail, de saisie des heures de travail et de disponibilité que celles travaillant dans l'entreprise¹¹⁷. La CCT SSR contient une clause similaire sur le télétravail, dont le dernier alinéa affirme : « La délimitation entre le travail et le temps libre est garantie »¹¹⁸. Selon la CCT Sunrise, dans le cadre du télétravail dit « FlexWork » :

« des heures supplémentaires ne peuvent être effectuées que sur instruction expresse (par écrit ou par e-mail) du/de la supérieure hiérarchique directe. La joignabilité pendant le FlexWork est fondamentalement la même qu'au bureau, ou est à déterminer avec le/la supérieur-e hiérarchique »¹¹⁹.

La CCT Swisscom et le règlement sur le travail mobile adopté sur sa base rappellent aussi que les règles générales sur le temps de travail, sa saisie et la joignabilité s'appliquent en cas de télétravail¹²⁰. Selon le règlement, si les membres d'une équipe veulent recourir à cette modalité, ils et elles doivent s'entendre avec la hiérarchie sur les exigences concernant, par exemple, le temps de réponse ou la présence aux journées et réunions d'équipes fixes destinées à contrebalancer le travail mobile, complémentaire au travail de bureau¹²¹. A défaut de règles sur l'obligation de participer à certaines de ces séances, il ne nous semble pas que la hiérarchie soit en droit d'imposer une présence durant les jours de télétravail convenus, sous réserve des cas d'urgences mentionnés plus loin¹²².

Le Règlement Swisscom sur le travail mobile contient une clause spécifique sur la disponibilité (italiques ajoutés) :

« Les nouvelles technologies et les instruments de travail permettent et suggèrent une joignabilité permanente. Ainsi, la frontière est de plus en plus floue entre travail et temps libre. *Il appartient à chaque collaboratrice/collaborateur de gérer librement son travail en adéquation avec les exigences de l'entreprise ainsi que de traiter les e-mails*

¹¹⁶ Sur le rôle des CCT (dont celles adoptées sur la base de l'art. 73a OLT1) dans la prévention des risques psychosociaux au travail, voir CIRIGLIANO/EGGER, N 154 ss.

¹¹⁷ CCT Centres d'appel, art. 5.9.

¹¹⁸ CCT SSR, art. 26a al. 4 et al. 8.

¹¹⁹ CCT Sunrise, art. 22.2.

¹²⁰ CCT Swisscom, art. 2.3.4., Règlement Swisscom, art. 5.

¹²¹ Règlement Swisscom, art. 3.

¹²² Dans ce sens : PUCHETA/RIBEIRO COSTA, p. 978 ; LEMPEN, p. 105.

et d'en envoyer en dehors des heures de bureau/d'exploitation normales. Les soirées après la fin de la journée de travail, les week-ends et même les jours fériés *devraient* être utilisés pour la régénération malgré ces possibilités technologiques.

Vu sous l'angle du droit du travail et pour des raisons de santé, nous devons veiller à définir une délimitation claire entre le travail et le temps libre. Les règles ci-dessous applicables aux collaboratrices/collaborateurs de Swisscom et des sociétés affiliées font *appel aussi bien à la responsabilité propre des collaboratrices/collaborateurs qu'au rôle de modèle des supérieur(e)s* :

- **Les vacances sont destinées exclusivement au repos.** Pendant les vacances, les collaboratrices/collaborateurs ne sont pas censés lire leurs e-mails, y répondre, ni être joignables par téléphone. Le message d'absence doit comporter les coordonnées du suppléant (la collaboratrice/le collaborateur en vacances ne doit pas mentionner son numéro de portable personnel).
- **Les plages horaires qui précèdent ou suivent les heures de travail, les week-ends, jours fériés et jours de libre sont également réputés être du temps libre.** Pendant son temps libre, il n'y a aucune obligation de lire ses e-mails ni d'être joignable par téléphone. Font exception à la règle les collaboratrices/collaborateurs qui travaillent ou assurent le service de piquet conformément au plan d'intervention.
- **Dans les cas d'urgence** nécessitant de joindre la collaboratrice/le collaborateur immédiatement ou appelant une réponse rapide de sa part, la communication aura lieu par **SMS**. Cette règle de communication (SMS) n'est pas applicable pendant le service de piquet »¹²³.

La disposition susmentionnée appelle plusieurs commentaires. Tout d'abord, elle n'opère aucune distinction selon le rang hiérarchique et se situe dans un règlement qui s'applique à tous les collaborateurs et collaboratrices de Swisscom¹²⁴. Il semble ainsi que chaque membre du personnel, y compris avec une position de cadre, soit en droit de ne pas réagir aux sollicitations professionnelles durant son temps libre, sous réserve des personnes assurant un service de piquet.

Ensuite, la question se pose de savoir si ce droit à la déconnexion entraîne en réalité un devoir de déconnexion et quelle responsabilité assume la partie employeuse dans la mise en œuvre de cette disposition¹²⁵. Force est de constater que les passages mis en italiques dans la clause reproduite plus haut font avant tout appel à la responsabilité individuelle. Le règlement n'évoque ni contrôles, ni sanctions.

¹²³ Règlement Swisscom, art. 7.

¹²⁴ Règlement Swisscom, art. 1.

¹²⁵ Voir MEIER/PÄRL/SEILER, N 244.

Enfin, alors que l'avant-dernier paragraphe déclare qu'il n'y a aucune obligation d'être joignable par téléphone durant le temps libre, le dernier paragraphe prévoit tout de même une communication par SMS « en cas d'urgence ». La notion n'est pas définie et paraît *a priori* plus large que celle de « force majeure »¹²⁶ utilisée pour désigner des situations imprévisibles et « extraordinaires » au sens par exemple de la loi sur les épidémies¹²⁷. En cas d'urgences, le mode de communication imposé est le SMS, à savoir un moyen moins souvent ressenti comme moins intrusif qu'un appel ou un message WhatsApp¹²⁸.

V. Conclusion

De nos jours, l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée semble être devenu un thème de discussion incontournable pour les partenaires sociaux. Les CCT analysées regorgent de clauses visant à favoriser la conciliation pour toutes les personnes salariées, avec ou sans charges familiales. L'équilibre recherché n'étant jamais acquis une fois pour toutes, les CCT tiennent compte de l'évolution des besoins en fonction des circonstances de la vie. Ainsi, certaines prévoient un droit à réduire son taux d'occupation en lien avec l'âge ou la parentalité. D'autres mettent l'accent sur le retour progressif au travail après un congé de maternité, sur le droit à un réengagement pour les mères n'ayant pas repris leur activité lucrative après un tel congé ou sur la possibilité pour ces dernières de transférer une partie de leur congé de maternité au père, y compris lorsque ce dernier travaille pour une autre entreprise. Parmi les CCT les plus récentes, plusieurs se réfèrent au nouveau congé prévu à l'art 329g CO et consacrent un congé de paternité plus généreux en prenant le soin d'expliquer que le congé garanti par la convention inclut et complète le régime légal. Les clauses sur les congés de parentalité tendent à reconnaître différentes formes de familles, notamment lorsqu'elles précisent que le congé de paternité peut être pris par la (co-) mère n'ayant pas accouché. Enfin, quelques CCT d'entreprise contiennent des réglementations intéressantes en matière de droit à la déconnexion, notamment en cas de télétravail. Dans un but de protection de la santé et de la vie privée, ces dispositions visent à freiner l'expansion d'une culture de la connexion permanente à l'ère numérique. Ainsi, les clauses conventionnelles étudiées contribuent à transformer notre rapport au travail salarié, notre vision de la parentalité et nos habitudes d'hyper-connectivité.

¹²⁶ Notion qui figure sans précisions dans la loi portugaise mentionnée *supra* IV.A.2. Voir PUCHETA/RIBEIRO COSTA, p. 980.

¹²⁷ Loi fédérale du 28 septembre 2012 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (LEp), RS, 818.101. Voir en particulier les art. 7 et 40 al. 2 LEp.

¹²⁸ Voir PUCHETA/RIBEIRO COSTA, p. 981.

Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur·e.

- BÜCHLER/COTTIER, Transgender, Intersex und Elternschaft in der Schweiz und im Rechtsvergleich. Ein Plädoyer für die Aufhebung der Mutter-Vater-Dyade, *in* : FamPra, n° 4-2020, pp. 875-889.
- CIRIGLIANO/DICK/NIEMEYER, Der neue gesetzliche Vaterschaftsurlaub und bestehende Ansprüche, *in* : Jusletter du 1^{er} mars 2021.
- CIRIGLIANO/EGGER, Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz als Teil des kollektiven Arbeitsrechts, *in* : Jusletter du 3 septembre 2018.
- COMMISSION FÉDÉRALE POUR LES QUESTIONS FAMILIALES COFF, Congé parental : qu'attend la Suisse ? Document de position n°1 novembre 2022.
- COTTIER MICHELLE, Impulsions des instruments de protection des droits humains de l'ONU en matière d'égalité et de protection contre les discriminations pour le droit de la famille suisse, *in* : ZSR/RDS, n° 2-2021, pp. 119-189.
- DUNAND/MAHON (édit.) Commentaire du contrat de travail, Berne 2022 (cité : CS CIT-AUTEUR·E).
- ETTER/FACINCANI/SUTTER (édit.), Arbeitsvertrag, Berne 2021.
- GEISER THOMAS, Gutachten zu Fragen des Vaterschaftsurlaub, Saint-Gall 2021 (cité : SHK EAV-AUTEUR·E).
- LEMPEN KARINE, Santé, horaires de travail et dialogue social à l'heure du digital *in* : Dagron/Dupont/Lempen (édit.), Santé et sécurité au travail à l'heure de l'industrie 4.0, Lausanne 2021, pp. 99-133.
- LEMPEN/MAJOR, Les normes de l'OIT et les discours sur le temps de travail en Suisse. Vers un contrôle accru des personnes salariées sur le temps ?, *in* : Dagron/Dupont/Lempen (édit.), L'OIT et le droit social en Suisse : 100 ans et après ?, Genève/Lausanne 2019, pp. 81-135.
- MEIER ANNE, Le compte-épargne temps en droit suisse du travail, *in* : Wyler/Meier/Marchand (édit.), Regards croisés sur le droit du travail : Liber Amicorum pour Gabriel Aubert, Genève/Zurich/Bâle 2015, pp. 213-232.
- MEIER/PÄRLI/SEILER, Le futur du dialogue social et du tripartisme dans le contexte de la digitalisation de l'économie, Etude établie sur mandat de la Commission nationale tripartite pour les affaires de l'OIT, Genève/Berne/Bâle 2018.
- PÄRLI KURT, Eltern im Arbeitsverhältnis, *in* : FamPra, n° 4-2016, pp. 933-956.
- PÄRLI/KLÄUSLER, Betreuungs- und Vaterschaftsurlaub, *in* : SZS/RSAS, n° 4-2021, pp. 186-202.
- PUCHETA MAURO/RIBEIRO COSTA ANA CRISTINA, Going Beyond the Right to Disconnect in a Flexible World : Light and Shadows in the Portuguese Reform, *in* : Industrial Law Journal, n° 4-2022, pp. 967-984.
- RUDIN/STUTZ/BISCHOF/BANNWART/JÄGGI, Erwerbsunterbrüche vor der Geburt, sur mandat de l'OFAS, *in* : Beiträge zur Sozialen Sicherheit, Forschungsbericht, n° 2-18, Berne 2018.

STÜCKELBERG MARTINE, Concilier activité professionnelle et responsabilités familiales : les nouveaux congés de paternité et de prise en charge, la prolongation du congé de maternité, *in* : n° SJ 4-2022, pp. 308-332.

THÉVENOZ/WERRO, Commentaire romand : Code des obligations I, Bâle 2021 (cité : CR CO I-AUTEUR·E).

WILDHABER/PAIS, Neue Arbeitswelt und Gesamtarbeitsverträge – Plädoyer für einen Rechtsschutz über die Sozialpartnerschaft angesichts der Herausforderungen der neuen Arbeitswelt, *in* : Seitz/Straub/Weyeneth (édit.), Rechtsschutz in Theorie und Praxis : Festschrift für Stephan Breitenmoser, Bâle 2022, pp. 531-542.

Liste des CCT analysées

CCT d'entreprise

CCT CFF (2019)
CCT Coop Société Coopérative (2022-2025)
CCT fenaco société coopérative (2013)
CCT Hôpitaux et Cliniques Bernois (2018)
CCT Hôpital Riviera-Chablais (HRC) (2022-2024)
CCNT du Groupe Migros (2023-2026)
CCT Nestlé Waters (Suisse) SA (2017)
CCT Poste CH SA (2021)
CCT Smood SA (2022-2024)
CCT SSR (2022-2025)
CCT Sunrise UPC (2022-2024)
CCT Swisscom (2018)
CCT Swissport International SA – Genève (2022-2023)

CCT de branche ou de métier¹²⁹

Convention relative aux conditions de travail du personnel bancaire (2023) (cité : Banques)
CCT dans la branche suisse des techniques du bâtiment (2019) (cité : Bâtiment)
CCT pour la boucherie-charcuterie suisse (2021) (cité : Boucherie)
CCNT du secteur de la boulangerie-pâtisserie-confiserie suisse (2019-2023) (cité : Boulangerie)
CCT pour la branche des centres d'appel et de contact (2022-2023) (cité : Centres d'appel)
Convention collective nationale des coiffeurs (2018) (cité : Coiffeurs)

¹²⁹ Les CCT avec un champ d'application étendu sont indiquées en gras.

CCT dans la branche suisse de l'enveloppe des édifices (2020-2023) (cité : Enveloppe des édifices)

Contrat collectif de travail pour l'industrie graphique (2023-2024) (cité : Graphisme)

CCT des industries horlogère et microtechnique suisses (2017-2024) (cité : Horlogerie)

Convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés (2017) (cité : Hôtels)

CCT Location de services (2021-2023) (cité : Location)

CCT romande Impressum - Médias Suisses (2014) (cité : Médias)

CCT pour le secteur du nettoyage en bâtiment pour la Suisse romande (2018) (cité : Nettoyage en bâtiment)

Recommandations sur les conditions d'engagement dans l'assurance entre l'Association suisse d'assurances (ASA) et la Société suisse des employés de commerce (SEC) (2021) (cité : Recommandations assurance)

CCT für das Reinigungsgewerbe in der Deutschschweiz (2022-2025) (cité: Reinigungsgewerbe)

CCT pour la branche des services de sécurité privés (2020) (cité : Sécurité)

CCT du second-œuvre romand (2013) (cité : Second-œuvre)

CCT des shops de station-service en Suisse (2018) (cité : Station-service)

CCT intercommunale du personnel des structures d'accueil genevoises de la petite enfance (2021-2024) (cité : Structures d'accueil)

CCT Technique dentaire (2022-2024) (cité : Technique dentaire)

CCT romande du nettoyage de textiles (2018) (cité : Textiles)

Deuxième partie :

Droits de la fonction publique

AURÉLIEN WITZIG

Vacances et congés en droit de la fonction publique

Sommaire	Page
Introduction	92
I. Les réquisits du droit administratif	93
A. Déterminer le producteur de la norme	93
1. Les délégations	93
a) Les sources légales	93
aa) La hiérarchie des normes	93
bb) La hiérarchie Confédération – cantons	95
b) Les sources administratives	96
aa) La voie du règlement	96
bb) La voie du contrat	98
2. Les rapports avec le droit privé	98
a) L'imitation	98
aa) Le renvoi exprès au droit privé	98
bb) Le droit privé supplétif	99
b) La comparaison	100
aa) Le droit de la fonction publique plus généreux que le droit privé	100
bb) Le droit de la fonction publique moins généreux que le droit privé	101
B. Respecter l'Etat de droit	101
1. L'égalité	101
a) L'égalité dans la loi	101
b) L'égalité devant la loi	102
2. L'interdiction de l'arbitraire	103
a) Une protection des fonctionnaires	104
b) Une liberté de l'administration	104
II. Les ressources du droit administratif	105
A. Un droit varié	105
1. Une variété de droits	105
a) Les congés offerts	106
aa) Collectivement	106
bb) Individuellement	110
b) Les congés possibles	113
aa) Les congés sans marge d'appréciation de l'autorité	113
bb) Les congés avec marge d'appréciation de l'autorité	113
2. Une variété de régimes	116
a) Le traitement maintenu	116
b) Le traitement suspendu	116

B. Un droit précurseur	117
1. Des congés en avance sur le droit privé ?	117
2. Des congés « en avance » sur la société ?	118
Conclusion	119
Bibliographie	122

Introduction

Le droit de la fonction publique, malgré l'évolution du dernier quart de siècle qui tend à le rapprocher toujours davantage du droit privé du travail, conserve, et même développe, un certain nombre de spécificités. En particulier, bien qu'il traite de la question des vacances et des congés sur un mode proche de celui que l'on rencontre en droit privé du travail, le droit de la fonction publique révèle des caractéristiques particulières, que nous avons cherché à systématiser dans cet article.

Les caractéristiques particulières du droit de la fonction publique en matière de vacances et de congés nous semblent émaner d'un paradoxe propre au droit administratif, sous la bannière duquel se range, précisément, le droit de la fonction publique : en tant que droit du pouvoir, régissant le souverain, dans la force à la fois exécutive mais aussi législative (*lato sensu*) de son gouvernement, le droit administratif est un droit primitivement libre, plus libre même, par essence, que le droit privé, lequel enserme d'emblée les parties dans le régime impératif du code, qui leur préexiste, tandis que le souverain peut modifier à son gré la loi qui le régit ; concomitamment, toujours en tant que droit du pouvoir, mais d'un pouvoir en régime démocratique, le droit administratif est assujéti à des principes surpassant toute volonté des dirigeants, principes qui visent à garantir que l'Etat ne soit non pas un objet malléable entre les mains de ceux qui gouvernent mais un Etat de droit, dont les assises fondamentales les dépassent et contraignent leur action.

Ce sont ces deux marques du droit de la fonction publique qui structureront notre propos : force créatrice d'un côté, assujettissement aux principes de l'Etat de droit de l'autre. Comme si l'on reconnaissait qu'il fallait, à la fois, consacrer la puissance de l'Etat pour mieux la contenir. Puisque le droit s'arroge d'abord le rôle de la contrainte, il convient de commencer l'exposé par les **réquisits du droit administratif**, ceux qui viennent contraindre les possibilités mêmes du droit de la fonction publique en matière de vacances et de congés (I.). Alors pourront éclater les **ressources** que ce droit peut mobiliser dans ce domaine (II.).

I. Les réquisits du droit administratif

La puissance publique étant protéiforme et son personnel assujéti à des règles variées, toute analyse du droit de la fonction publique commence par une recherche des sources fixant le régime de chaque groupe de fonctionnaires. Il s'agira de **déterminer qui produit la norme** (A.). Dans un second temps, c'est la contrainte qui pèse sur l'administration qui sera abordée : les moyens de **respecter l'Etat de droit** seront passés en revue (B.).

A. Déterminer le producteur de la norme

Ici se présentent deux champs d'investigation : premièrement, la répartition des compétences pour édicter la norme à l'intérieur même du pouvoir législatif et exécutif, par le jeu des **délégations** (1.) ; en second lieu, les rapports, au sein d'un plus vaste ensemble normatif, entre le droit de la fonction publique et le **droit privé** (2.).

1. Les délégations

La **Constitution** et la **loi** doivent être examinées tout d'abord (a), avant les textes produits par l'**administration** elle-même (b).

a) Les sources légales

aa) La hiérarchie des normes

Le premier grand principe est celui de la hiérarchie des normes. Aussi la **Constitution** doit-elle être observée en premier : cette dernière ne mentionne pas expressément le domaine de la fonction publique (cf. art. 173 Cst.¹, art. 85 aCst.), mais on tire logiquement des fonctions qui sont attribuées à la Confédération le droit pour cette dernière de légiférer sur le personnel nécessaire pour accomplir de telles fonctions². De même, au niveau cantonal, la fonction publique est généralement mentionnée de façon toute générale (cf. art. 148 Cst./GE³). On trouve parfois des prescriptions d'incompatibilités de fonctions, afin de garantir le principe de séparation des pouvoirs (cf. art. 48 Cst./NE⁴), mais le niveau constitutionnel n'entre guère dans les détails de la réglementation.

¹ RS 101.

² Cf. Message 1998, FF 1999 I 1460-1461.

³ RS/GE A 2 00.

⁴ RSN 101.

C'est donc la **loi** qui est la source première de normes en matière de fonction publique. Aussi, la loi sur le personnel de la Confédération (LPers)⁵, du 24 mars 2000, est la référence en matière de fonction publique fédérale. Cependant, son degré de législation est très général. Ainsi, l'article 17a LPers, dont l'intitulé est « temps de travail, vacances et congés », commence par déléguer la tâche de traiter de cette question aux autorités d'exécution, avec obligation pour elles d'y procéder⁶. C'est donc d'emblée à un niveau de décision plus bas que le sujet est renvoyé, renvoi qui marque une volonté de flexibilité. C'était le but de la transformation de l'ancien statut des fonctionnaires, qui datait de 1927, en un « acte législatif concis, qui accorde [...] la marge de manœuvre nécessaire »⁷.

L'alinéa 4 de l'article 17a LPers octroie une délégation expresse au **Conseil fédéral** pour fixer deux durées minimales : le nombre de jours de vacances et le congé parental en cas de naissance ou d'adoption. Cette dernière délégation est une innovation issue de la nouvelle de 2011, dans le but de créer une base légale pour le congé paternité⁸. Une telle base légale était-elle nécessaire ? On peut en douter au vu de la délégation générale prodiguée par l'alinéa 1^{er}. A notre sens, la précision de l'alinéa 4 prend moins son sens comme une délégation que comme une norme enjoignant au Conseil fédéral de prendre des dispositions en faveur d'un congé parental⁹.

Au niveau **cantonal**, on retrouve la même logique de délégation de l'autorité législative à l'autorité exécutive, soit avec une simple délégation, comme à Zurich (§ 43 du Personalgesetz [PG/ZH]¹⁰), soit avec quelques guides, par exemple à Neuchâtel – où l'article 70 alinéa 1 de la loi sur le statut de la fonction publique (LSt/NE)¹¹ énonce : « Les titulaires de fonctions publiques ont droit à des vacances annuelles, dont la durée est fixée par le Conseil d'Etat en fonction de l'âge et du nombre d'années de service. » –, soit encore avec une liberté quasi totale, par exemple à Genève, où la question des vacances et des congés n'est même pas abordée au niveau de la loi (cf. loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux [LPAC/GE]¹²).

⁵ RS 172.220.1.

⁶ Message 2011, FF 2011 6194. Cf. TAF A-5622/2010 du 4 mai 2011, c. 7.2.1.

⁷ Message 1998, FF 1999 I 1422.

⁸ Message 2011, FF 2011 6185.

⁹ Sur le contenu de ce congé, cf. *infra* II.A.1.a.bb.

¹⁰ LS 177.10.

¹¹ RSN 152.510.

¹² RS/GE B 5 05.

Quant aux **communes**, elles jouissent généralement d'une autonomie leur permettant de s'organiser et de régir leur personnel comme elles le souhaitent (exemple : art. 2 de la loi cantonale genevoise sur l'administration des communes [LAC/GE]¹³).

bb) La hiérarchie Confédération – cantons

La réglementation fédérale n'empiète pas en la matière sur les prérogatives cantonales. Aussi, en l'absence de norme de rang fédéral, les cantons sont-ils libres de légiférer comme ils le souhaitent (cf. art. 49 Cst. *a contrario*). En revanche, la législation cantonale ne saurait violer les **principes constitutionnels fédéraux**, notamment l'égalité de traitement (art. 8 Cst.) et l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.). La législation cantonale ou communale encourt donc la censure en cas de violation de ces principes (cf. art. 95 et 116 de la loi sur le Tribunal fédéral [LTF]¹⁴)¹⁵.

Précisons que la **loi fédérale sur le travail** dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr)¹⁶ écarte, sauf exception (cf. art. 4 et 4a de l'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail [OLT 1]¹⁷), les administrations, tant fédérales que cantonales et communales, de son champ d'application. On pourrait toutefois se demander si le congé dominical et des jours fériés, tout comme la demi-journée de repos hebdomadaire, tels qu'exprimés aux articles 18 à 21 LTr, ne représentent pas un principe général du droit applicable dans tout le pays, quel que soit l'employeur. La réponse nous semble affirmative pour le 1^{er} août, en raison de sa consécration constitutionnelle (art. 110 al. 3 Cst.). Pour les autres jours fériés, le dimanche et la demi-journée de congé hebdomadaire, la question est surtout théorique, les réglementations cantonales et communales consacrant généralement un régime protecteur équivalent¹⁸. Même si de telles garanties devaient être absentes, on imaginerait mal que le régime d'autorisation tel qu'il existe dans la LTr fût applicable sans base légale expresse¹⁹.

Toujours est-il que le **droit international du travail** consacre de manière constante le droit au repos dominical (cf. Convention de l'Organisation internationale du travail n° 14 concernant l'application du repos hebdomadaire dans les établissements industriels²⁰) et, d'ailleurs même, plus généralement, le droit à des congés payés annuels (cf. art. 7 lit. d du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels²¹ ; Convention de

¹³ RS/GE B 6 05.

¹⁴ RS 173.110.

¹⁵ Pour un exemple récent : TF 8C_162/2018 du 4 juillet 2018.

¹⁶ RS 822.11.

¹⁷ RS 822.111.

¹⁸ Cf. *infra* II.A.1.

¹⁹ Du même avis : PERRENOUD, Droit au salaire, nbp 13.

²⁰ RS 0.822.712.4.

²¹ RS 0.103.1.

l'Organisation internationale du travail n° 132 concernant les congés annuels payés²², en l'occurrence d'une durée de trois semaines minimum, en sus des jours fériés). Ces normes sont, selon nous, directement applicables²³.

En matière d'**assurances sociales**, le Tribunal fédéral a jugé que l'obligation de verser le salaire à la mère en cas d'incapacité de travail pour maladie, durant la période d'ajournement du droit aux allocations de maternité en raison de l'hospitalisation prolongée du nouveau-né selon l'ancien article 16c de la loi sur les allocations pour perte de gain (LAPG)²⁴, s'imposait à l'employeur public cantonal²⁵. Même s'il s'agit moins, en l'occurrence, d'une question de congé que d'incapacité de travail pour maladie, on constate le souci du Tribunal fédéral, sur le fondement des articles 8 et 49 de la Constitution fédérale, que le régime appliqué aux fonctionnaires cantonaux ne les prétérite pas par rapport à la protection voulue au niveau fédéral.

b) Les sources administratives

La loi étant quasi muette à propos des vacances et des congés dans la fonction publique, il est revenu à l'administration elle-même de fixer les règles régissant le domaine. La voie classique, celle qui exprime le mieux la puissance publique, est celle du *règlement* (aa). En parallèle, les logiques inscrites dans la « nouvelle gestion publique »²⁶, d'inspiration libérale, ont rendu le recours au *contrat* de plus en plus fréquent pour fixer les règles applicables à certains fonctionnaires et agents publics (bb).

aa) La voie du règlement

Le règlement administratif est la voie couramment choisie pour exposer les droits et obligations des fonctionnaires.

Au niveau fédéral, on trouve une particularité avec la présence d'une **ordonnance-cadre** relative à la loi sur le personnel de la Confédération (Ordonnance-cadre LPers)²⁷. Ce premier échelon de réglementation fixe la durée minimale des vacances au niveau du CO (art. 8 Ordonnance-cadre LPers). Cet article renvoie, *in fine*, indistinctement aux articles 329 et suivants du CO (qui traitent non seulement de la durée, mais aussi d'autres aspects du régime des vacances), ce qui semble en contradiction avec sa formulation *in initium*, qui est plus restreinte (durée minimale). A notre sens, il faut comprendre cet article

²² RS 0.822.723.2.

²³ A notre sens, le Tribunal fédéral a erré dans son ATF 136 I 290 : DUNAND/WITZIG, pp. 187-188.

²⁴ RS 834.1.

²⁵ ATF 142 II 425.

²⁶ Message 1998, FF 1999 I 1428.

²⁷ RS 172.220.11.

comme renvoyant aux durées minimales de cinq et quatre semaines (art. 329a al. 1 CO), fixées de manière proportionnelle à l'année de service (art. 329a al. 2 CO), ainsi qu'au régime de réduction (art. 329b CO) – qui devient dès lors le régime « maximal » de réduction possible –, des dispositions plus avantageuses pouvant être choisies en vertu du principe de faveur²⁸, ainsi qu'au régime de fractionnement, de fixation et de rémunération (art. 329c et 329d CO).

Pour le reste, on trouve fréquemment une ordonnance ou un règlement **général**, applicable au personnel des administrations à titre de droit commun, et des ordonnances ou règlements **spéciaux**, entrant dans davantage de détails et/ou applicables à certaines unités. Ainsi, des législations sectorielles peuvent écarter l'application de la loi générale²⁹.

Par exemple, au niveau fédéral, l'ordonnance sur le personnel de la Confédération (OPers)³⁰, précisée, de manière générale, par l'ordonnance du DFF concernant l'ordonnance sur le personnel de la Confédération (O-OPers)³¹, mais aussi, plus singulièrement, par l'ordonnance du DFAE sur les prestations accordées aux employés de l'administration fédérale en vue de leur engagement par des organisations internationales³², par l'ordonnance du DFAE concernant l'ordonnance sur le personnel de la Confédération (O-OPers-DFAE)³³ – qui s'applique, en l'absence de réglementation contraire, au personnel soumis à la discipline des transferts –, par l'ordonnance du DDPS sur la réduction du versement du salaire durant le congé de préretraite³⁴ – applicable aux employés exerçant une des fonctions prévues à l'article 33 alinéa 1 lettres a et c de l'OPers et qui bénéficient d'un congé préretraite, à l'exclusion des employés concernés par l'article 116c alinéa 2 OPers –, par l'ordonnance du Conseil des EPF sur le corps professoral des écoles polytechniques fédérales³⁵, par l'ordonnance sur le personnel du Tribunal fédéral³⁶, etc.

En bref, à quelque échelon étatique que l'on se situe, c'est à une **multiplicité** de réglementations en matière de vacances et de congés que l'on fait face, chacune cherchant à s'adapter aux particularités de la partie d'administration qu'elle concerne.

²⁸ Cf. *infra* I.A.2.b.bb.

²⁹ TANQUEREL, Unité, p. 55.

³⁰ RS 172.220.111.3.

³¹ RS 172.220.111.31.

³² RS 172.220.111.310.1.

³³ RS 172.220.111.343.3.

³⁴ RS 172.220.111.331.

³⁵ RS 172.220.113.40.

³⁶ RS 172.220.114.

bb) La voie du contrat

L'article 6 alinéa 2 LPers autorise le contrat à « [réglementer] en détail les rapports de travail » de droit public, de manière supplétive à la loi. L'instrument contractuel apparaît donc comme **subsidaire** par rapport à la loi. Pourtant, dans la logique déjà mentionnée de libéralisation de l'administration, il peut arriver que des fonctionnaires voient leur relation de travail avec l'Etat entièrement régie par un contrat de droit privé³⁷.

Il ne faut pas omettre non plus le type particulier de contrat que représente la **convention collective de travail**, présente dans quelques secteurs publics, comme par exemple les Chemins de fer fédéraux, sur délégation légale et administrative (cf. art. 38 LPers). La CCT peut, dans la même mesure que le contrat individuel, réglementer les aspects laissés ouverts par la loi, selon la possibilité offerte par l'article 6 alinéa 3 *in fine* LPers.

2. Les rapports avec le droit privé

Le droit privé du travail n'est jamais très loin du droit de la fonction publique. L'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral visent d'ailleurs un objectif d'harmonisation entre les deux droits³⁸, sans toutefois viser un alignement parfait³⁹. Dans les rapports que les deux droits entretiennent, nous observons deux attitudes : l'**imitation** (a) et la **comparaison** (b).

a) L'imitation

L'imitation du droit privé par le droit de la fonction publique se produit soit par **renvoi exprès** (aa), soit par **suppléance** (bb).

aa) Le renvoi exprès au droit privé

La technique du renvoi exprès au droit privé est souvent employée en droit de la fonction publique. Nous en avons déjà mentionné certaines occurrences, à l'article 17a LPers et à l'article 8 Ordonnance-cadre LPers. On trouve, à l'article 6 alinéa 2 LPers, un renvoi général subsidiaire au CO, si aucune loi fédérale ne régit la situation. Cette forme de

³⁷ Sur la question, cf. DÉFAGO GAUDIN.

³⁸ Message 2011, FF 2011 6172.

³⁹ Voir par exemple le rejet de la motion 15.3785 de Peter Föhn « *Aligner le droit du personnel de la Confédération sur le Code des obligations* » et le classement de la motion 04.3543 de Bruno Zuppiger, portant le même titre.

délégation au droit privé fait du droit de la fonction publique suisse l'un des plus **libéraux** d'Europe⁴⁰. Le renvoi au CO peut aussi être opéré dans un règlement ou un contrat⁴¹.

Etonnamment, la LPers se préoccupe de préciser que les jours de vacances **se prescrivent** selon l'article 128 chiffre 3 du Code des obligations (CO)⁴², dans un délai de cinq ans (art. 17a al. 3 LPers). Cette précision peut apparaître redondante par rapport à l'article 6 alinéa 2 LPers⁴³, qui renvoyait déjà au CO à titre de droit supplétif. Elle est apparue dans le projet de la commission du Conseil national, sans que l'on parvienne à retracer clairement les raisons de son adoption⁴⁴.

bb) Le droit privé supplétif

Lorsque le droit public est muet, c'est-à-dire qu'il ne règle pas une question et ne renvoie même pas expressément au droit privé, on considère tout de même que le **Code des obligations** est la référence à prendre en considération et à imiter. Il s'agit en effet de combler la lacune face à laquelle on se trouve⁴⁵. C'est une méthode propre aux droits romano-germaniques⁴⁶.

La reprise du droit privé comprend également la **jurisprudence** développée sur son fondement, ce qui peut aller assez loin : il a, par exemple, été jugé admissible d'inclure une rémunération forfaitaire des heures supplémentaires dans le traitement d'un fonctionnaire, dès lors qu'elles étaient compensées par une semaine de vacances en plus, un salaire élevé et un horaire flexible⁴⁷. Il a également été jugé admissible de considérer que le solde de vacances restantes à la fin du rapport d'emploi avait été épuisé par la libération de l'obligation de travailler dont avait bénéficié le fonctionnaire pendant le délai de congé⁴⁸. On note que les juges traitent l'annulation des vacances par compensation dans la libération de travailler durant le délai de congé comme un principe général du droit, puisqu'il n'est même pas fait référence au CO⁴⁹.

⁴⁰ Avis du Conseil fédéral en réponse à la motion 22.3963 visant l'abrogation de la LPers, 17 novembre 2022, disponible sur le site <https://www.parlament.ch>.

⁴¹ Pour un exemple : VG/ZH, PB.1999.00027 du 23 février 2000, *in* : HÄNNI, 2008, p. 253.

⁴² RS 220.

⁴³ Egalement critique : HELBLING, p. 320.

⁴⁴ Cf. Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, 2012, N 1441.

⁴⁵ TANQUEREL, Unité, p. 65.

⁴⁶ ROUVIÈRE.

⁴⁷ TF 8C_464/2020 du 9 avril 2021.

⁴⁸ TA/GE ATA/848/2005 du 13 décembre 2005 ; Personalrekursgericht/AG, 23 mars 2010, AGVE 2010 Nr. 80, *in* : HÄNNI, 2012, p. 221.

⁴⁹ Cf. CJ/GE ATA/846/2016 du 11 octobre 2016. Voir cependant TF 8C_116/2014 du 3 mars 2015, où la fonctionnaire n'était pas forclosée pour réclamer le paiement d'un solde d'indemnité vacances au

b) La comparaison

La comparaison entre le droit de la fonction publique et le droit privé est faite assez régulièrement : soit pour faire en sorte de *rapprocher* le plus possible le premier du second⁵⁰, soit pour proposer des conditions *plus attractives* pour la fonction publique afin d'attirer un personnel qualifié et motivé au service de l'Etat⁵¹ (aa). La jurisprudence semble toutefois ne pas être opposée à admettre⁵², dans une certaine mesure, que le droit de la fonction publique soit *moins généreux* que le droit privé (bb).

aa) *Le droit de la fonction publique plus généreux que le droit privé*

On rencontre parfois la volonté de l'administration fédérale de proposer des conditions de travail au moins aussi favorables aux fonctionnaires que celles des **grandes entreprises de droit privé**, voire les dépassants. En matière de congés, le Conseil fédéral a clairement indiqué que le droit de la fonction publique ne pouvait rester en deçà de la réglementation minimale prévue par le CO⁵³. De plus, le Conseil fédéral considère que la réglementation des vacances ne rentre pas, en soi, dans l'objet de la loi mais plutôt de la « politique en matière de personnel », et se doit d'être au niveau des grandes entreprises privées⁵⁴. Sans que cette ambition ne revête un caractère juridique, elle indique l'état d'esprit de la gestion des ressources humaines étatiques. Lors de l'entrée en vigueur des nouveaux congés dans le CO (prolongation du congé maternité en cas d'hospitalisation du nouveau-né par exemple), le Conseil fédéral a d'ailleurs veillé à mettre rapidement le droit du personnel de la Confédération au même niveau⁵⁵.

La comparaison implique aussi de régler les situations de conflits entre normes contradictoires, ce qui fait entrer en jeu le **principe de faveur**. Le principe de faveur est un principe général du droit du travail, qui énonce qu'en cas de contradiction entre plusieurs normes prétendant régir un même rapport de travail, la norme la plus favorable au salarié doit prévaloir (cf. art. 19, § 8 de la Constitution de l'Organisation internationale du travail⁵⁶ ; art. 358 CO). Le principe de faveur est consacré à l'article 6 alinéa 4 LPers :

prétexte qu'une décision aurait énoncé qu'elle devait prendre ce solde pendant la dispense d'exécution du délai de congé.

⁵⁰ Voir par exemple le Rapport du Conseil fédéral sur la gestion du personnel 2021, p. 7, disponible sur le site <https://www.epa.admin.ch>.

⁵¹ Cf. également MAHON/ROSELLO, p. 10.

⁵² Cf. par exemple : TF 8C_200/2011 du 13 janvier 2012.

⁵³ Message 2011, FF 2011 6185.

⁵⁴ Avis du Conseil fédéral en réponse à la motion 22.3963 visant l'abrogation de la LPers, 17 novembre 2022, disponible sur le site <https://www.parlament.ch>.

⁵⁵ Conseil fédéral, Communiqué de presse du 3 décembre 2021, *in* : Jusletter du 13 décembre 2021.

⁵⁶ 0.820.1.

« S'il y a contradiction entre les dispositions d'exécution et le contrat de travail ou entre la convention collective de travail et le contrat de travail, la disposition la plus favorable à l'employé est applicable. » Ce principe vaut également pour le droit cantonal et le droit communal.

bb) Le droit de la fonction publique moins généreux que le droit privé

Le principe de faveur doit-il s'étendre à une analyse comparative entre les dispositions du droit de la fonction publique et celles du droit privé du travail ? Autrement dit, lorsque le droit privé du travail est plus généreux qu'un statut ou un contrat de droit public, le premier doit-il prévaloir ? On ne trouve pas de norme juridique qui permettrait de soutenir ce point de vue de manière générale. Selon la jurisprudence, il est possible que le droit de la fonction publique soit moins généreux que le droit privé, du moins sur certains points⁵⁷.

B. Respecter l'Etat de droit

A côté du principe de légalité⁵⁸, qui correspond peu ou prou à la section précédente, les principes d'*égalité* (1.) et d'*interdiction de l'arbitraire* (2.) sont régulièrement mentionnés comme deux principes fondamentaux en droit de la fonction publique⁵⁹.

1. L'égalité

a) L'égalité dans la loi

L'égalité dans la loi se manifeste, premièrement, par le respect de l'article 8 de la Constitution. Les critères prohibés par l'article 8 alinéa 2 de la Constitution sont : l'origine, la prétendue race, le sexe, l'âge, la langue, la situation sociale, le mode de vie, les convictions religieuses, philosophiques ou politiques et la déficience corporelle, mentale ou physique. Il est donc exclu de prévoir un régime de vacances ou de congés qui contiendrait de telles discriminations⁶⁰.

Selon la jurisprudence⁶¹, on est en présence d'une **discrimination** selon lorsqu'une personne est traitée différemment en raison de son appartenance à un groupe particulier qui, historiquement ou dans la réalité sociale actuelle, souffre d'exclusion ou de

⁵⁷ ATF 138 I 232, c. 7.2.

⁵⁸ Cf. par exemple : intervention du député Robert Cramer, Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, 2012, E 190.

⁵⁹ Message 1998, FF 1999 I 1428.

⁶⁰ Au-delà de l'interdiction des discriminations, on peut se demander si tous les statuts spéciaux sont justifiés : TANQUEREL, Unité, p. 61.

⁶¹ ATF 137 V 334, c. 6.2.1.

dépréciation ; le principe de non-discrimination n'interdit toutefois pas toute distinction basée sur l'un des critères énumérés, mais fonde plutôt le soupçon d'une différenciation inadmissible ; les inégalités qui résultent d'une telle distinction doivent dès lors faire l'objet d'une justification particulière. Aussi est nul tout texte qui établirait des distinctions juridiques qui ne se justifieraient par aucun motif raisonnable au regard de la situation qui fait l'objet de la réglementation ou qui, à l'inverse, omettrait d'établir les distinctions qui s'imposent⁶².

Concrètement, le droit de la fonction publique doit écarter tout critère discriminatoire, non objectivement justifié, qui viendrait réglementer les vacances et les congés. Notons que les dimanches, comme jour de repos hebdomadaire, tout comme les jours fériés actuellement en vigueur, sont en partie les témoins de la culture historique chrétienne de la Suisse. Il y a là une explication culturelle, pour ne pas dire civilisationnelle, qui est justifiée, sauf à détruire tout cadre de référence commun et à le remplacer par un individualisme, ou même un communautarisme, exacerbé.

La dernière phrase de l'alinéa 3 de l'article 8 Cst., qui consacre l'égalité salariale entre **femmes et hommes**, rend nulle toute réglementation de la fonction publique qui entraînerait une inégalité au détriment de l'un des deux sexes. Indirectement, un octroi de congés ou de vacances selon des droits ou des durées différents constituerait une telle inégalité prohibée.

Cela va même plus loin, car le droit de la fonction publique témoigne de préoccupations particulières pour l'égalité entre les mères et les pères, ainsi qu'entre les enfants naturels et les enfants adoptés. C'est le sens de la précision de l'article 17a alinéa 4 LPers, qui enjoint au Conseil fédéral de fixer un congé parental minimal⁶³. L'idée du législateur était ici d'ajouter le congé de paternité et le congé d'adoption au congé de maternité⁶⁴.

b) L'égalité devant la loi

Même si, comme nous l'avons vu⁶⁵, il est loisible à l'administration de recourir, dans certains cas, au droit privé pour gérer les relations de travail, un tel recours ne doit pas résulter en une iniquité de traitement. Il a été jugé qu'il n'existait aucune raison de priver,

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Intervention de la conseillère fédérale Eveline Widmer-Schlumpf, Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, 2012, E 200 : « *Wir möchten auch gleichberechtigte Väter, nicht nur gleichberechtigte Mütter.* »

⁶⁴ Message 2011, FF 2011 6185.

⁶⁵ Cf. *supra* I.A.1.b.bb.

en matière de vacances, les membres du personnel à temps partiel soumis au droit privé des mêmes avantages que les autres membres du personnel⁶⁶.

L'interdiction des discriminations, qu'elles soient directes ou indirectes, est donc bien un principe général du droit de la fonction publique. Selon ce principe, une discrimination peut toutefois être justifiée par des mesures **aptes, nécessaires et proportionnées** pour atteindre un **intérêt légitime supérieur**. Il a par exemple été jugé que, si l'assimilation pure et simple des absences pour cause de congé-maternité aux absences pour maladie ou accident constitue une discrimination prohibée, l'employeur devant pondérer la quantité des prestations qu'a pu réaliser l'employée contrainte d'interrompre son activité en raison de la grossesse, il est toutefois admissible d'inclure le congé-maternité dans un seuil de six mois d'absence par année au-delà duquel est exclue toute augmentation de salaire, puisque cette manière de procéder permet, malgré la discrimination indirecte à l'encontre des femmes, d'évaluer l'ensemble du personnel de manière objective⁶⁷.

Le soupçon de discrimination, par exemple lorsqu'une fonctionnaire est licenciée au moment de son retour de congé maternité et d'allaitement, peut être **renversé** si l'employeur apporte la preuve que la cause du licenciement n'est pas le retour du congé mais est dû à des difficultés préalables⁶⁸. Par ailleurs, il a été jugé que l'interprétation faite par la juridiction cantonale fribourgeoise de l'ancien article 39 du Règlement relatif au personnel enseignant de la Direction de la formation et des affaires culturelles (RPEns/FR)⁶⁹, selon laquelle les vacances qui tombent pendant le congé maternité peuvent être prises de manière anticipée ou récupérées pendant la période de vacances scolaires, ne viole ni le principe de l'égalité de traitement (art. 8 Cst.), ni même l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.)⁷⁰.

2. L'interdiction de l'arbitraire

L'interdiction de l'arbitraire est un principe cardinal de l'Etat de droit. En ce sens, il vise prioritairement à **protéger les fonctionnaires** (a). De manière paradoxale, comme le principe n'interdit *que* l'arbitraire, il ouvre un espace de **liberté à l'administration** (b), puisque cette dernière peut s'épanouir dans tout ce qui n'est pas, précisément, arbitraire.

⁶⁶ OG/SH, 25 février 2005, ABSH 2005 81, *in* : HÄNNI, 2008, p. 257.

⁶⁷ TAF A-6157/2014 du 19 mai 2016. La jurisprudence européenne n'autoriserait pas un tel calcul : CJCE, 13 février 1996, *Gillespie e.a.*, C-342/93, Rec. p. I-475, pt 22 ; CJCE, 30 mars 2004, *Woolwich plc*, C-147/02, pt 47. Voir également la position des juges minoritaires du Tribunal administratif fédéral, retranscrite *in* : CANDRIAN.

⁶⁸ TRIPAC/VD, 18 novembre 2019, Jug/2019/452, c. III.

⁶⁹ RSF 415.0.11.

⁷⁰ ATF 144 I 113.

a) Une protection des fonctionnaires

L'interdiction de l'arbitraire vise fondamentalement à protéger les fonctionnaires contre des décisions qui seraient le fait d'un prince délié des lois. Dans cette mesure, elle représente un des éléments de mise en œuvre des autres droits fondamentaux, notamment de celui d'égalité de traitement, que nous venons de traiter⁷¹. L'article 9 de la Constitution ajoute, aux côtés de l'arbitraire, l'obligation pour l'administration de traiter toute personne conformément aux règles de la bonne foi.

Il a par exemple été jugé que la **modification d'un planning de vacances** et le transfert d'une agente dans une autre unité revêtaient le caractère d'une sanction déguisée, dépourvue de base légale et de justification⁷². Concrètement, nous résumons l'idée en disant que la fonctionnaire ne doit pas être surprise et sanctionnée par des décisions qui la concernent et qui seraient de mauvaise foi, volontairement nuisibles à son encontre, et qui la traiteraient comme une paria ou une ennemie politique.

L'interdiction de l'arbitraire rejoint le principe de légalité, en ce sens que si une réglementation cantonale autorise la prise d'un congé payé de cinq jours pour participer à des activités « soutenues » par l'office des sports du canton du Jura (art. 82 al. 1 de l'ordonnance sur le personnel de l'Etat [OPer]⁷³), l'administration ne peut refuser un congé pour une activité qui ne serait pas non seulement « soutenue », mais encore « organisée » par ledit office⁷⁴.

b) Une liberté de l'administration

Cela dit, la réalité est plus nuancée, comme le montre la liberté dont jouit fondamentalement l'administration⁷⁵ : dès lors qu'elle n'agit pas de manière arbitraire, et dans tous les cas où elle n'agit pas de manière arbitraire, l'administration dispose d'une grande liberté d'appréciation⁷⁶. Le Tribunal fédéral juge ainsi que, dans le domaine de prestations accordées comme des jours de vacances, l'administration employeuse dispose d'une marge de manœuvre pour concrétiser les dispositions réglementaires qu'elle a elle-même adoptées⁷⁷. La réglementation elle-même recourt parfois à des **notions juridiques indéterminées** : par exemple, au niveau fédéral, les vacances doivent être fixées de manière à ne pas nuire à l'exécution des travaux et à permettre à l'employé de se détendre

⁷¹ Cf. *supra* I.B.1.

⁷² CJ/GE ATA/1714/2019 du 26 novembre 2019.

⁷³ RS/JU 173.111.

⁷⁴ TC/JU ADM 34/2016 du 3 mars 2017, *in* : HÄNNI/STÖCKLI, 2018, p. 145.

⁷⁵ Cf. DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES FINANCES, p. 29.

⁷⁶ Voir également : TANQUEREL, Unité, p. 62.

⁷⁷ TF 8D_2/2019 du 28 mai 2020.

(art. 67 al. 2 OPers). C'est donc à une balance des intérêts entre ceux de l'administration et ceux du fonctionnaire qu'appelle la réglementation.

Cette liberté d'appréciation dans la concrétisation des réglementations administratives est encore renforcée par le fait que les prétentions pécuniaires des agents de la fonction publique n'ont pas, en règle générale, le caractère de **droits acquis**. Selon la jurisprudence⁷⁸, l'Etat est libre de revoir « en tout temps » sa politique en matière de salaire et d'emploi, à tel point que « les personnes qui entrent à son service doivent compter avec le fait que les dispositions réglant [leur] statut puissent faire l'objet ultérieurement de modifications » : des droits acquis ne naissent en faveur des agents de la fonction publique que dans deux hypothèses : si la loi fixe une fois pour toutes les situations particulières et les soustrait aux effets de modifications légales ou si des assurances précises (autrement dit de valeur contractuelle) ont été données à l'occasion d'un engagement individuel.

Se révèle ainsi tout le **paradoxe** du droit de la fonction publique en Suisse : le régime, qui semble plus protecteur que le droit privé en raison de l'application des droits fondamentaux à l'encontre de l'Etat, peut être modifié sans guère de limites autres qu'un engagement légal ou contractuel de l'Etat de ne jamais revenir sur la situation.

II. Les ressources du droit administratif

Le droit de la fonction publique jouit de la grande liberté du droit administratif : en matière de congés et de vacances, il revêt donc l'aspect d'un droit *varié* (A.). Bien plus, cette variété est créative, de telle sorte que le droit de la fonction publique est aussi un droit *précurseur* (B.).

A. Un droit varié

La variété des réglementations publiques en matière de vacances et de congés se lit tant dans les *droits* qui sont octroyés aux agents (1), que dans l'aménagement de ces droits dans leur *régime* propre (2).

1. Une variété de droits

On distingue les congés qui sont, quoi qu'il arrive, *offerts* à tous les fonctionnaires (a), des congés que ces derniers peuvent, *possiblement*, décider de prendre, sans y être obligés (b).

⁷⁸ ATF 143 I 65, c. 6.2.

a) Les congés offerts

aa) Collectivement

Parmi les congés offerts collectivement, on compte :

- Les **vacances**. Elles offrent à la fois un droit au repos et un droit au salaire⁷⁹. Elles sont d'une **durée** minimale, au niveau fédéral, de quatre semaines (respectivement cinq semaines pour les personnes jusqu'à vingt ans révolus), par renvoi au CO (art. 8 Ordonnance-cadre LPers). Pour les fonctionnaires soumis au régime de l'OPers, les vacances durent cinq semaines minimum entre vingt-et-un et quarante-neuf ans, six semaines jusqu'à vingt ans et entre cinquante et cinquante-neuf ans, et sept semaines à partir de soixante ans (art. 67 al. 1 OPers).

A noter que le personnel soumis à la discipline des transferts du DFAE bénéficie de huit semaines à partir de l'âge de soixante ans (art. 56 O-OPers-DFAE). En revanche, les sept semaines ne sont pas prévues pour le personnel des écoles polytechniques fédérales (cf. art. 57 OPers-EPF), ni au niveau cantonal ou communal genevois, où le maximum oscille entre cinq et six semaines (cf. art. 27 du règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux [RPAC/GE]⁸⁰, art. 65 du Statut du personnel de la Ville de Genève). Pour les membres du corps enseignant de l'Université de Genève, la durée des vacances est uniformément de six semaines (art. 32 al. 1 du règlement du personnel de l'UNIGE), tout comme pour les cadres supérieurs du canton de Genève (art. 6 du Règlement cantonal genevois sur les cadres supérieurs de l'administration cantonale [RCSAC/GE]⁸¹). Les fonctionnaires vaudois ont droit à cinq semaines de vacances jusqu'à cinquante-neuf ans, et à six semaines ensuite (art. 64 du règlement d'application de la loi sur le personnel de l'Etat de Vaud [RLPers/VD]⁸³). Le canton de Zurich a adopté une structure en jours : vingt-sept jours jusqu'à vingt ans et de cinquante à cinquante-neuf ans, vingt-cinq jours de vingt-et-un à quarante-neuf ans, trente-deux jours à partir de soixante ans (§ 79 de la Vollzugsverordnung zum Personalgesetz [VVO/ZH]⁸⁴). A Bâle-Ville, les vacances sont aussi énoncées en jours : vingt-cinq jours, puis vingt-huit à partir de cinquante ans et

⁷⁹ HÄNNI, 2008, p. 258.

⁸⁰ RS/GE B 5 05.01.

⁸¹ RS/GE B 5 05.03.

⁸² Pour un cas d'application, cf. CJ/GE ATA/589/2018 du 12 juin 2018, c. 8a.

⁸³ RS/VD 172.31.1.

⁸⁴ LS 177.111.

trente-deux à partir de soixante ans (§ 2a de la Verordnung betreffend Ferien und Urlaub der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Kantons Basel-Stadt [FUV/BS]⁸⁵).

Une organisation spéciale est prévue pour les enseignants genevois, qui peuvent prendre librement leurs cinq semaines de vacances annuelles pendant les treize semaines et demie de vacances scolaires (art. 25 du règlement cantonal genevois fixant le statut des membres du corps enseignant primaire, secondaire et tertiaire B [RStCE/GE]⁸⁶). Quant aux policiers genevois, ils ont droit à vingt-neuf jours de vacances par année (art. 28 al. 1 de la loi cantonale genevoise sur la police [LPol/GE]⁸⁷).

Les vacances peuvent être **interrompues** au niveau fédéral, dans deux cas : rappel pour des raisons de service ; accident ou maladie si l'employé est en incapacité de travail pendant au moins trois jours de vacances consécutifs (art. 37 O-OPers, cf. également art. 30 al. 1 RPAC/GE pour la maladie ou l'accident). Les « raisons de service » qui autorisent un rappel du fonctionnaire de ses vacances doivent, selon nous, être des raisons objectives et graves, sauf à réduire à néant le but des vacances.

Les vacances des fonctionnaires mensualisés doivent être prises **en nature**, sauf si elles ne peuvent être prises avant la résiliation des rapports de travail, pour des raisons liées à l'exploitation, ou si les rapports de travail sont résiliés immédiatement après une longue absence (art. 38 O-OPers).

En cas de **modification du taux d'occupation**, les jours de vacances sont adaptés pour éviter que le fonctionnaire ne prenne de jours en trop ou n'en perde (art. 39 O-OPers).

La fonction publique fédérale connaît un régime propre de **réduction des vacances** : ces dernières sont réduites en proportion de la durée de l'absence si, au cours d'une année civile, l'employé est absent de son poste plus longtemps que soixante-six jours ouvrés (ce par quoi il faut entendre selon nous jours « normalement travaillés », cf. art. 28 O-OPers⁸⁸) en tout (même si l'absence est à temps partiel) pour cause de maladie, d'accident ou de service obligatoire, ou vingt-deux jours ouvrés en raison d'un congé non payé (art. 67a al. 1 OPers). L'ordonnance précise la façon de calculer la réduction : les soixante-six (vingt-deux respectivement, bien que la loi omette cette précision) premiers jours d'absence ne sont pas pris en compte, puis les jours d'absence suivants sont additionnés et divisés par le nombre de jours ouvrés (travaillés) que compte l'année concernée (art. 67a al. 2 et 3 OPers). Concrètement, le nombre de jours ouvrés (travaillés) annuel tourne autour de deux cent cinquante en principe. Nous

⁸⁵ SG 162.410.

⁸⁶ RS/GE B 5 10.04.

⁸⁷ RS/GE F 1 05.

⁸⁸ Voir également le prospectus « Temps de travail réglementaire de janvier à juin 2023 », édité par l'Office fédéral du personnel, disponible sur <https://www.epa.admin.ch>.

appliquons la réglementation selon l'exemple suivant : une fonctionnaire absente pendant cent jours pour maladie et qui bénéficierait normalement de six semaines de vacances verra son droit aux vacances réduit de quatre jours : $(100-66) \div 250 = 0,136$, puis $0,136 \times 30 = 4,08$.

La fonction publique cantonale genevoise ne connaît qu'une règle épurée : « En cas d'absence pour cause de service militaire, de service civil, de maladie ou d'accident non professionnel, le droit aux vacances annuelles est réduit proportionnellement après cinq mois d'absence. Il s'éteint après une année d'absence. » (art. 28 al. 2 RPAC/GE). Selon l'administration, l'équation suivante doit être appliquée : nombre de jours de congés (droit) – $([\text{Cumul des jours d'absence} - 150] * (\text{Nb de jours de congés} [\text{droit}]/216))^{89\ 90}$.

L'**organisation** des vacances se fait de manière plus ou moins réglementée : dans le canton de Genève, un plan des vacances doit être établi par les chefs de service, avant le 1^{er} avril (art. 29 al. 2 RPAC/GE). Les directives précisent que la planification des vacances poursuit le triple but de garantir la continuité de la délivrance optimale des prestations, de permettre au personnel d'avoir les mêmes points de repère et d'assurer au personnel des conditions de travail équitables⁹¹. Il s'agit d'une mesure d'organisation qui paraît pertinente. Toutefois, le plan de vacances peut être modifié ultérieurement, si les besoins du service le permettent ou l'exigent (art. 29 al. 3 RPAC/GE). Cette possibilité introduit inmanquablement une marge d'appréciation de l'autorité, qui a donné lieu à du contentieux⁹².

Il est parfois indiqué que les vacances doivent être **prises** au cours de l'année civile à laquelle elles se rapportent (par exemple : art. 67 al. 3 OPers ; § 6 al. 1 FUV/BS), voire l'année suivante. Ce genre de dispositions ne sauraient faire obstacle à l'application du délai de prescription qui, seul, peut entraîner la perte du droit aux vacances⁹³. Dans une espèce concernant un cadre dirigeant, il a toutefois été jugé que ce dernier ne pouvait plus réclamer une indemnité pour vacances non prises, dès lors qu'il n'avait pas formulé une telle demande et n'avait pas fait état de circonstances exceptionnelles, critère exigé par l'ordonnance cantonale valaisanne⁹⁴.

A l'instar de ce que prévoit l'article 329d alinéa 3 CO, mais de manière plus directe, il est **interdit** aux fonctionnaires genevois de se livrer à un travail professionnel rémunéré pendant les vacances (art. 30 al. 3 RPAC/GE). *A contrario*, des activités

⁸⁹ MIOPE, 3 février 2001.

⁹⁰ Pour le canton de Vaud, cf. art. 65 RLPers/VD.

⁹¹ MIOPE, 3 février 2001.

⁹² Cf. *supra* I.B.2.a.

⁹³ Cf. *supra* I.A.2.a.aa.

⁹⁴ TF 8C_931/2014 du 21 décembre 2015, c. 2.

purement associatives et/ou bénévoles sont permises, pourvu qu'elles permettent le repos et la détente physique et psychique des fonctionnaires. Il faut certainement voir là un principe général du droit, applicable même en l'absence de norme expresse.

A noter qu'une **décharge** accordée à un enseignant, notamment pour raison d'âge, n'est pas assimilable à des vacances, ni à des congés⁹⁵.

- Les **dimanches** et les **jours fériés**. Ces derniers sont fixés en fonction des usages cantonaux (au niveau fédéral, cf. la liste de l'art. 66 al. 2 OPers et la possibilité d'adapter en fonction des jours cantonaux : art. 66 al. 3 et 4 OPers ; au niveau cantonal, cf. par exemple : art. 32 RPAC/GE).

Il est parfois prévu que soit déclaré férié le **lundi suivant** un jour férié qui tomberait sur un dimanche (ex. : art. 68 al. 2 du Statut du personnel de la Ville de Genève), sans compter la pratique des administrations qui octroierait des jours supplémentaires entre Noël et le nouvel an. Il est ainsi donné latitude au Conseil d'Etat neuchâtelois de désigner certains jours fériés en sus des jours fériés légaux (art. 27 al. 1 LSt/NE). A Genève, la norme est plus précise, puisque les membres du personnel ont droit, « en règle générale entre Noël et nouvel an », à un jour de congé dont le Conseil d'Etat arrête la date (art. 32 al. 3 RPAC/GE). Autre exemple : à l'instar des enseignants du primaire et du secondaire (art. 28 al. 2 RStCE/GE), l'Université de Genève déclare férié le 1^{er} mai (art. 37 al. 2 du règlement du personnel de l'UNIGE). Il existe aussi des « demi-jours fériés », à l'instar des 24 et 31 décembre dans l'administration fédérale (art. 66 al. 2 OPers).

A l'inverse, la réglementation fédérale répute pris les jours fériés qui tombent pendant une **absence** pour cause de maladie, d'accident ou de service obligatoire (art. 36 al. 1 O-OPers), mais, logiquement, ceux qui tombent pendant des vacances ne sont pas décomptés à ce titre (art. 36 al. 2 O-OPers).

La question du **calcul** du nombre de dimanches de congé qui doit être garanti aux employés qui travaillent régulièrement ce jour de la semaine a posé des difficultés. Ainsi, pour les employés de l'Aéroport international de Genève, auxquels s'applique la LTr, s'est posée la question de savoir si les dimanches tombant pendant les vacances devaient être pris en compte dans le calcul du nombre de dimanches de congé garantis par la loi. La juridiction genevoise est arrivée à la conclusion que vingt-six dimanches de congé devaient être garantis par année (art. 12 al. 2 OLT 2), les dimanches de vacances devant venir en sus (art. 21 al. 4 OLT 1)⁹⁶.

⁹⁵ TF 8C_104/2010 du 20 septembre 2010.

⁹⁶ TA/GE ATA/52/2010 du 26 janvier 2010.

bb) Individuellement

Les congés individuels rendent notamment effectif le principe général d'orientation des conditions d'engagement des fonctionnaires, qui vise à les fidéliser, à promouvoir l'égalité des chances et l'égalité entre femmes et hommes, ainsi qu'à leur permettre d'exercer leurs responsabilités familiales et d'assumer leurs engagements sociaux (art. 4 al. 2 let. a, d et i LPers ; cf. également art. 1^{er} LSt/NE). Ajoutons que, sans qu'il ne s'agisse à proprement parler de congés, les aménagements du temps de travail (cf. art. 64a, 64a^{bis} et 65 OPers) peuvent remplir le même objectif.

Nous regroupons les congés offerts individuellement sous trois catégories :

- Les congés liés à **la vie personnelle et familiale** : typiquement de quelques jours pour le mariage et le partenariat enregistré, le décès de proches, la prise en charge de proches malades, le déménagement (ex. : art. 40 al. 3 O-OPers ; art. 33 al. 1 RPAC/GE ; § 85 al. 3 VVO/ZH ; art. 83 RLPers/VD). Pour les rendez-vous médicaux, seul le temps nécessaire est généralement octroyé (art. 40 al. 3 O-OPers [avec une heure de trajet aller et retour au maximum, et en principe en début ou en fin de matinée ou d'après-midi] ; § 86 al. 1 VVO/ZH).

Le **congé maternité** est bien entendu prévu, selon des durées variables : quatre mois dans le canton de Vaud (art. 35 al. 1 let. a LPers/VD) et à Neuchâtel (art. 74 LSt/NE), vingt semaines à Genève à partir du sixième mois d'activité (art. 34 al. 2 RPAC/GE et art. 69 al. 1 du Statut du personnel de la Ville de Genève), mais seulement seize semaines, dont deux avant l'accouchement pour le canton de Zurich (§ 96 VVO/ZH). Au niveau fédéral, le congé est de nonante-huit jours minimum lors de la première année de service, et de quatre mois ensuite (art. 9 al. 1 Ordonnance-cadre LPers), et, dans le champ d'application de l'OPers, de quatre mois pour toutes, dont deux semaines au plus avant la date présumée de l'accouchement (art. 60 al. 1 et 2 OPers). Les réglementations cantonales sont réservées (art. 60 al. 3 OPers), ce par quoi il faut entendre selon nous les avantages qui pourraient être retirés d'un système d'assurances cantonales plus généreux. La législation vaudoise précise que le congé maternité ne peut être fractionné (art. 66 al. 2 RLPers/VD), ce qui nous paraît être un principe général.

En cas d'**hospitalisation du nouveau-né**, le congé maternité est prolongé, d'une durée équivalente à celle de l'hospitalisation, à condition que celle-ci ait lieu de façon ininterrompue durant deux semaines au moins immédiatement après la naissance, le congé total ne pouvant dépasser, au niveau fédéral, cent cinquante-quatre jours (soit vingt-deux semaines) (art. 60 al. 1 2^e phr. OPers), au niveau cantonal genevois vingt-huit semaines (art. 34 al. 3 RPAC/GE).

Du temps peut être consacré à l'**allaitement** (art. 40a O-OPers), dans une mesure similaire au droit privé (cf. art. 60 OLT 1). Dans le canton de Vaud, la fonctionnaire doit présenter un certificat médical attestant l'allaitement (art. 74 RLPers/VD).

Le **congé paternité** est de cinq jours minimum (art. 9 al. 3 Ordonnance-cadre LPers), mais en principe de vingt jours ouvrés (« normalement travaillés » selon notre interprétation) au niveau fédéral, à prendre dans les six mois qui suivent la naissance, sous forme de jours séparés ou de manière cumulée (art. 60b al. 1 OPers). Il s'adresse au « père reconnu sur le plan juridique » et au « partenaire enregistré » (art. 60b al. 2 OPers). On trouve ce congé à Genève (dix jours au canton et quatre semaines à la ville, art. 34C RPAC/GE et art. 70 al. 1 du Statut), à Neuchâtel (vingt jours, art. 74b LSt/NE), dans le canton de Vaud (vingt jours, art. 35 al. 1 let. c LPers/VD), à Zurich (deux semaines, § 96 VVO). A l'inverse du congé maternité, le canton de Vaud précise que le congé paternité est fractionnable (art. 75 al. 2 RLPers/VD).

Le **congé d'adoption** est également prévu : cinq jours minimum (art. 9 al. 4 Ordonnance-cadre LPers), mais deux mois en principe au niveau fédéral (art. 61 al. 1 OPers). Les réglementations cantonales sont réservées (art. 61 al. 3 OPers), ce par quoi il faut entendre selon nous les avantages qui pourraient être retirés d'un système d'assurances cantonales plus généreux. A Genève, il est expressément prévu qu'il soit de la même durée que le congé maternité (art. 34A al. 3 RPAC/GE). En revanche, il n'est pas cumulable avec le congé parental (art. 34A al. 7 RPAC/GE). A Neuchâtel, le congé d'adoption est de quatre mois, ce qui correspond à la durée du congé maternité (art. 75 LSt/NE). Sur Vaud, le congé est soumis à une déchéance si le collaborateur ne l'a pas sollicité au plus tard à réception de l'autorisation d'accueil (art. 77 al. 2 RLPers/VD).

Le **congé pour la prise en charge d'enfants gravement atteints dans leur santé** (art. 60c OPers) est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2021 au niveau fédéral. Il a une durée de quatorze semaines au maximum, par cas de maladie ou d'accident, dans un délai-cadre de dix-huit mois. Le cas de la rechute, qui donne lieu à tant de contentieux en droit privé, est envisagé : « Une rechute qui survient après une longue période sans symptôme est reconnue comme un nouveau cas. » (art. 60c al. 4 2^e phr. OPers) Cette précision pourrait aisément être reprise dans l'interprétation de la norme en droit privé et en droit des assurances sociales (cf. art. 16n al. 2 LAPG).

Au niveau cantonal genevois, ce congé est prévu en lien avec l'allocation des articles 16n à 16s LAPG (art. 33A RPAC/GE). L'article genevois n'est pas aussi détaillé que l'article 329i CO, mais les directives précisent que le congé peut être pris en une fois ou sous forme de journées entières, et que si les deux parents travaillent, chacun d'eux a droit à un congé pouvant être partagé dans la limite des quatorze semaines et du délai

de dix-huit mois⁹⁷. La limite des sept semaines au plus par parent, prévue dans le CO, n'est donc pas indiquée au niveau genevois.

Les congés pour **enfant ou proche malade** sont souvent consacrés (exemple : art. 76 RLPers/VD). Le règlement du personnel de l'UNIGE distingue selon que les père, mère, conjoint, partenaire enregistré, enfant ou personne en faveur de laquelle le fonctionnaire remplit une obligation d'entretien font ménage commun avec lui – auquel cas le congé est de quinze jours par an, avec plein traitement – ou non – auquel cas le congé est de dix jours par an, avec retenue d'un quart du traitement (art. 38 al. 1 let. n).

- Les congés liés à la **vie associative et publique** : participation active ou collaboration à des manifestations culturelles ou sportives importantes, jusqu'à huit jours par an au maximum, exercice d'une fonction officielle, jusqu'à quinze jours par an au maximum, compétition sportive internationale, jusqu'à trente jours (art. 40 al. 2 O-OPers), convocation par les autorités, pour le temps nécessaire et pour autant que la convocation ne puisse être repoussée en dehors des heures de travail et qu'il ne s'agisse pas d'une affaire privée (art. 40 al. 3 O-OPers), etc.
- Les congés liés à la **vie professionnelle** : formation continue (cf. règlement vaudois sur la formation continue [RForm/VD]⁹⁸), activité syndicale (art. 40 al. 2 O-OPers ; art. 12 du Règlement cantonal genevois fixant le statut des membres du personnel exerçant des fonctions manuelles [RStFM/GE]⁹⁹ ; art. 35 RPAC/GE), organisation internationale, pré-retraite (cf. Ordonnance du DDPS sur la réduction du versement du salaire durant le congé de préretraite), recherche d'un nouvel emploi, perfectionnement professionnel, etc. On trouve également des congés pour jubilés (exemple : § 15a FUV/BS : un jour par année à partir de vingt ans d'ancienneté).

Le droit genevois se préoccupe de **coordonner** les congés avec les vacances. Ainsi, si une cause de congé survient pendant une période de vacances, le droit au congé ne naît pas, sauf pour les congés officiels et les congés liés à des décès (art. 31 al. 2 1^e phr. RPAC/GE). En outre, il est précisé que les causes de congé qui surviennent pendant une absence, notamment pour maladie, maternité, accident, service militaire, service civil et protection civile, ne donnent pas lieu à compensation (art. 31 al. 2 2^e phr. RPAC/GE). Il n'y a donc pas de cumul. Cette réglementation paraît devoir être appliquée partout, en raison de son caractère logique.

⁹⁷ MIOPE, 3 mars 2013.

⁹⁸ RS/VD, 172.31.2.

⁹⁹ RS/GE B 5 05.18.

b) Les congés possibles*aa) Les congés sans marge d'appréciation de l'autorité*

- A Genève, un **congé parental**, au sens d'un congé pour garder et éduquer ses enfants, est prévu, pour une durée de dix jours à prendre durant l'année qui suit la naissance, à Genève (art. 34C al. 3 RPAC/GE). Il peut être prolongé, de manière non rémunérée, jusqu'à deux ans au maximum, de manière non fractionnable, et au plus tard jusqu'à l'entrée en scolarité de l'enfant (art. 34D RPAC/GE ; cf. également art. 40 du règlement du personnel de l'UNIGE). Les directives prévoient l'éventualité d'une demande additionnelle après la naissance d'un autre enfant durant ce congé : dans ce cas, l'expiration du délai initialement prévu peut être prolongé de douze mois au maximum¹⁰⁰. En Ville de Genève, le congé parental dure un an au maximum et peut débiter jusqu'à cinq ans après la naissance ou la date d'accueil en vue de l'adoption (art. 71 du Statut). A Neuchâtel, le congé parental dure trois mois maximum (art. 74a al. 1 LSt/NE). Il est de droit à temps plein et selon entente avec le chef de service pour le maintien d'un taux d'activité partiel (art. 74a al. 2 LSt/NE). Dans le canton de Vaud, le congé parental est de six mois minimum, sans fractionnement (art. 81 RLPers/VD), sauf si la mère en fait la demande juste après le congé maternité ou le congé d'allaitement, auquel cas il est de deux mois minimum (art. 82 RLPers/VD). Il peut être accordé jusqu'aux douze ans de l'enfant (art. 80 RLPers/VD).
- Le droit commun fédéral autorise la **modification du taux d'occupation** à la suite d'une naissance ou d'une adoption, dans la mesure d'une réduction pouvant aller jusqu'à 20 % du taux d'occupation sans descendre en-dessous d'un taux d'occupation total de 60 % (art. 60a al. 1 OPers), ce droit devant être exercé dans l'année qui suit la naissance ou l'adoption (art. 60a al. 2 OPers). La réaugmentation du taux d'occupation ne peut se faire qu'une seule fois, au plus tard trois ans après la diminution du taux, moyennant un délai de préavis de trois mois (art. 60a al. 4 OPers).
- A Neuchâtel, pour les membres de la direction et du personnel enseignant des établissements d'enseignement public, le **congé sabbatique** est de droit tous les cinq ans (art. 75a al. 1 et 2 LSt/NE). L'autorité peut toutefois en différer le début pendant un an (art. 75a al. 4 LSt/NE). Le congé « sabbatique » est de cinq jours par an¹⁰¹ à la Ville de Genève (art. 73 du Statut).

bb) Les congés avec marge d'appréciation de l'autorité

- La fonction publique fédérale prévoit la possibilité pour les fonctionnaires de demander un congé payé, partiellement payé ou non payé, autrement dit un **congé**

¹⁰⁰ MIOPE, 3 mars 2004.

¹⁰¹ Voire davantage, mais avec pouvoir d'appréciation de l'autorité.

sabbatique *stricto sensu* ; la demande doit être motivée et l'administration l'examine ensuite (art. 68 al. 1 et 2 OPers). Les critères sur lesquels l'administration appuie sa décision sont énoncés par l'ordonnance : il s'agit prioritairement des raisons invoquées par l'intéressé et de sa situation professionnelle, ainsi que, si la situation le justifie, de ses prestations et de son comportement (art. 68 al. 2 OPers). L'O-OPers ajoute encore deux critères : les besoins du service et le but du congé (art. 40 al. 1 O-OPers). Ces critères semblent peu propices à encadrer le pouvoir d'appréciation d'une manière compatible avec l'interdiction de l'arbitraire ; ils nous paraissent susceptibles de donner lieu à des appréciations subjectives, qui risquent de créer des situations inégalitaires. Dans cette perspective, ces critères ne nous semblent guère judicieux, et même risqués du point de vue de la garantie de l'Etat de droit. Ce d'autant que les congés en question ne sont pas limités par la réglementation, si ce n'est qu'ils ne peuvent excéder trois ans au total en principe (art. 68 al. 3 OPers).

A Genève, le critère est celui de la « bonne marche du service » et le congé peut durer, avec des conditions différentes, d'un jour à un an (art. 37 al. 1 RPAC/GE). La réintégration dans le poste précédemment occupé n'est garantie que si le congé ne dépasse pas trois mois ; sinon, seul le droit au travail est garanti (art. 37 al. 6 RPAC/GE). Le solde de vacances doit avoir été préalablement épuisé¹⁰². Une activité rémunérée peut être entreprise, sans autorisation si elle n'est pas de nature concurrente, et avec autorisation uniquement dans le cas contraire (art. 37 al. 5 RPAC/GE). A noter que ce congé peut succéder à un congé parental sans traitement¹⁰³, pour autant que ce dernier congé n'ait pas dépassé dix-huit mois¹⁰⁴.

- L'ouverture d'un compte pour congé, improprement appelé « sabbatique », est prévue, notamment pour les employés fédéraux qui appliquent l'horaire de travail fondé sur la confiance (possible dès la classe 18 et obligatoire à partir de la classe 30 [art. 64b al. 2 et 3 OPers]), en lieu et place d'une indemnité en espèces, pour la compensation des heures d'appoint, des heures supplémentaires ou du solde positif de l'horaire mobile, à titre exceptionnel et en accord avec le supérieur hiérarchique (art. 64b al. 5 OPers), et pour les autres employés (à partir de la classe 18, voire en-dessous dans des cas motivés [art. 34 al. 2 O-OPers]), au titre des heures d'appoint et des heures supplémentaires (art. 65 al. 7 OPers). Le nombre maximal est de cent heures par année (art. 64b al. 5 *in fine* et art. 65 al. 7 *in initium* OPers, art. 34 al. 1^{bis} O-OPers ;

¹⁰² MIOPE, 3 mars 2007.

¹⁰³ Cf. *supra* II.A.1.b.aa.

¹⁰⁴ MIOPE, 3 mars 2007.

cf. également art. 39 al. 6 OPersTF). Ce congé dit sabbatique correspond, en réalité, au concept de **compte épargne-temps**¹⁰⁵.

C'est l'autorité compétente qui convient avec l'employé de l'ouverture d'un tel compte, ainsi que de la prise effective du congé dit sabbatique (art. 34 al. 1 *in initium* O-OPers). Cette ouverture est subordonnée à la condition que le budget et la bonne marche du service le permettent (art. 34 al. 1 *in fine* O-OPers). Les deux critères ici mentionnés sont, à notre sens, problématiques du point de vue de l'égalité de traitement et de l'interdiction de l'arbitraire, en ce sens qu'ils laissent une grande latitude à l'administration. Cette dernière devra donc veiller à utiliser des pratiques uniformes et à mettre en œuvre le critère de la bonne marche du service de manière non arbitraire.

L'employé peut prendre un congé dit sabbatique une fois tous les cinq ans, des congés supplémentaires pouvant être convenus directement avec l'employé (art. 34 al. 3 O-OPers). Les soldes horaires positifs sont perdus cinq ans après leur mise en compte pour le congé sabbatique, ce délai pouvant être prolongé pour des motifs importants (art. 34 al. 4 O-OPers). Ces deux normes laissent, à nouveau, une liberté d'appréciation à l'administration, dont nous avons souligné le caractère problématique du point de vue de l'Etat de droit. Par ailleurs, il serait contraire au principe de bonne foi de l'Etat (art. 9 Cst.) d'empêcher un fonctionnaire pendant cinq ans de prendre son congé sabbatique pour ensuite exciper de la prescription de son droit.

- Un **congé scientifique** existe pour les professeurs de l'Université de Neuchâtel notamment, un tel congé correspondant en réalité à une décharge des tâches administratives et d'enseignement, mais non de recherche. Il est soumis à l'approbation du Conseil des professeurs, qui se prononce sur la pertinence scientifique du projet, sur les modalités de remplacement prévues et sur le respect des exigences découlant des plans d'études (art. 9 du règlement concernant les congés scientifiques¹⁰⁶).
- La prime de **fidélité**, octroyée après dix puis cinq ans d'ancienneté, si elle est en principe versée en espèces, peut, en accord avec le supérieur hiérarchique, à titre exceptionnel, être prise sous la forme d'un congé payé (art. 73 OPers, 52 O-OPers).
- D'autres cas particuliers existent : pour un engagement dans une **organisation internationale**, si cela sert les intérêts de la Suisse (art. 3 de l'Ordonnance du DFAE

¹⁰⁵ En droit français, cf. art. L 3151-1 à L 3153-2 du Code du travail. En droit allemand, cf. *Arbeitszeitkonto* du Bündnis für Arbeit, Ausbildung und Wettbewerbsfähigkeit, « Gemeinsame Erklärung zu den Ergebnissen des Spitzengesprächs am 9. Januar 2000 (Wortlaut) », disponible sur le site <https://www.blaetter.de>. Au niveau européen, cf. Commission européenne, *Rapport conjoint sur l'emploi*, COM/2000/0551. En droit suisse, cf. MEIER.

¹⁰⁶ RSN 416.101.011.

sur les prestations accordées aux employés de l'administration fédérale en vue de leur engagement par des organisations internationales).

2. Une variété de régimes

a) Le traitement maintenu

Le traitement est maintenu dans les cas suivants :

- Durant les quatre premiers mois du **congé maternité**, le salaire intégral et les allocations sociales sont versés à l'employée fédérale (art. 60 al. 3 1^e phr. OPers). En revanche, si le congé maternité est prolongé en raison de l'hospitalisation du nouveau-né, seule l'allocation de maternité prévue par la LAPG est versée à l'employée fédérale (art. 60 al. 3 2^e phr. OPers). A la Ville de Genève, le traitement est maintenu durant les vingt semaines du congé maternité ; cependant, si la mère ne remplit pas les conditions permettant de bénéficier des allocations de la LAPG et de la loi cantonale instituant une assurance en cas de maternité et d'adoption et qu'elle se trouve durant les six premiers mois de service, son plein traitement n'est maintenu que pendant huit semaines, le droit au congé étant au total de quatorze semaines (art. 69 al. 1 et 2 du Statut du personnel de la Ville de Genève).
- Le salaire est versé intégralement, au niveau fédéral, pendant le **congé paternité** et le congé de partenaire enregistré, ainsi que pour le **congé d'adoption**. Lorsque les deux parents adoptifs travaillent dans l'administration fédérale, le droit au versement du salaire ne vaut que pour un seul d'entre eux, les deux parents pouvant répartir librement entre eux les deux mois d'absence (art. 61 al. 2 OPers).
- Le traitement est également maintenu durant les congés pour événements **familiaux** (mariage, décès), prise en charge d'un membre de la famille ou du partenaire tombé malade ou victime d'un accident, déménagement, convocation officielle ou rendez-vous médicaux (art. 40 al. 3 O-OPers).
- Les congés, lorsqu'ils sont accordés¹⁰⁷, pour manifestations **culturelles**, association professionnelle, fonction officielle, syndicale, corps des volontaires à l'étranger, compétitions sportives internationales, etc. (art. 40 al. 2 O-OPers) permettent aussi le maintien du traitement.

b) Le traitement suspendu

Le traitement est suspendu dans les cas suivants :

¹⁰⁷ Cf. *supra* II.A.1.b.bb.

- Les **congés sabbatiques** à proprement parler (et non ceux qui correspondent à un compte épargne-temps)¹⁰⁸. Dans ce cas, le fonctionnaire est informé du fait qu'il doit continuer à cotiser aux assurances sociales par lui-même et les parties s'entendent sur les conditions de la reprise, de la prise en compte ou non du congé dans la durée de l'engagement, de la poursuite ou non de la prévoyance professionnelle, et à quelles conditions (art. 40 al. 5 O-OPers ; cf. également art. 3 du Règlement cantonal genevois concernant les prestations complémentaires aux magistrats et aux membres du personnel de l'Etat en cas d'accidents [RPPE/GE]¹⁰⁹ ; cf. art. 75c LSt/NE, qui reporte clairement les coûts des assurances sociales sur le fonctionnaire en congé non payé). A Genève, l'augmentation ordinaire du traitement par le jeu des annuités est interrompue si le congé sabbatique dépasse six mois durant l'année civile (art. 37 al. 3 RPAC/GE). Il faut saluer une telle norme en ce qu'elle clarifie la situation de manière égale pour tous.
- Genève connaît un **congé parental sans traitement**, qui peut durer jusqu'à deux ans (art. 34D al. 1 RPAC/GE). A noter que ce congé peut être pris à temps plein ou à temps partiel (art. 34D al. 2 RPAC/GE). Un délai de préavis de trois mois est requis et la réintégration est garantie (art. 34D al. 3 RPAC/GE), avec augmentation ordinaire du traitement par le jeu des annuités (art. 34D al. 4 RPAC/GE).

B. Un droit précurseur

On constate que la durée des vacances et les occasions de congés accordés aux fonctionnaires ont généralement été précurseurs par rapport au *droit privé*, même si ce n'est pas toujours le cas (1.). En outre, on découvre des congés en droit de la fonction publique, dont on peut se demander s'ils ne sont pas en avance sur la *société* elle-même (2.).

1. Des congés en avance sur le droit privé ?

Historiquement, le droit de la fonction publique aura généralement octroyé de nouvelles sortes de congés, avant que de tels congés ne soient octroyés en droit privé du travail. Ce ne fut pourtant pas nécessairement le cas récemment, où les congés en droit privé ont connu une extension assez rare, avec l'adoption consécutive des congés maternité allongés en cas d'hospitalisation du nouveau-né (art. 329f al. 2 CO), paternité (art. 329g CO), de prise en charge de proches (art. 329h CO), de prise en charge d'un enfant gravement atteint dans sa santé (art. 329i CO) et d'adoption (art. 329j CO). C'est donc le droit de la fonction

¹⁰⁸ Cf. *supra* II.A.1.b.bb.

¹⁰⁹ RS/GE B 5 05.09.

publique, surtout fédérale car la plupart des cantons, du moins romands, n'avait pas pris de retard, qui a dû s'aligner¹¹⁰.

Comme nous l'avons vu¹¹¹, le congé dit sabbatique, prévu en cas d'horaire de travail fondé sur la confiance ou d'heures d'appoint et d'heures supplémentaires, correspond à l'idée du compte épargne-temps. Il y a là, pour l'instant, une avance sur le droit privé, du moins légal car les conventions collectives de travail peuvent être plus généreuses, tout comme en matière de congé parental et de congé sabbatique.

2. Des congés « en avance » sur la société ?

Quatre congés offerts aux fonctionnaires dans les cantons ont retenu notre attention :

- Dans le canton de Genève, le congé paternité est un congé dit parental avec traitement, qui est accordé non seulement au père légal, mais aussi au conjoint, au partenaire enregistré, ainsi qu'à la personne qui « mène **de fait** une vie de couple avec ledit parent » (art. 34C al. 1 let. b RPAC/GE). Le lien juridique entre concubins n'est donc pas requis ; seul un lien de fait suffit.
- Dans le canton de Zurich, un congé en cas de naissance est accordé à « **l'autre parent** », pourvu qu'il soit reconnu juridiquement (§ 96 VVO/ZH). Le concept d'« autre parent » (en allemand : *anderer Elternteil*) évacue tout rattachement à un sexe biologique. Se manifeste, de la sorte, une neutralité complète par rapport au sexe (homme/femme) et au titre associé dans la parentalité (père/mère). La cautèle de la reconnaissance juridique de l'autre parent vient limiter les possibilités de considérer comme tel n'importe qui, mais l'évolution est flagrante du point de vue de la mise à l'écart des conceptions biologiques.
- Dans le canton de Neuchâtel, le congé maternité peut être **partagé entre le père et la mère**, pour autant que les deux membres soient employés de l'Etat et que la mère y consente (art. 74 al. 2 LSt/NE). Il s'agit bien du « congé maternité » et non d'un « congé parental ». On peut donc imaginer qu'une mère ayant accouché renonce à son congé maternité au profit du père (ici, contrairement à l'exemple zurichois précédent, le sexe est mentionné).

A noter que l'article 35 LTr s'applique au droit de la fonction publique (art. 3a LTr). Les protections prévues pour les mères accouchées doivent donc être respectées, malgré la possibilité de partager le congé maternité. En revanche, l'article 3a LTr n'impose pas l'application de l'article 35a alinéa 3 LTr, qui interdit l'emploi des accouchées pendant les huit semaines qui suivent l'accouchement. Une interprétation littérale de la loi conduirait à accepter le travail d'une fonctionnaire accouchée dès le

¹¹⁰ Cf. *supra* I.A.2.b.aa.

¹¹¹ Cf. *supra* II.A.1.b.bb.

jour de la naissance, ce qui paraît, sinon choquant du moins risqué pour la santé, tant de la mère que de l'enfant. On se demande dès lors si l'interdiction de huit semaines à l'article 35a LTr ne constitue pas un principe général du droit, applicable à toutes les femmes en Suisse¹¹².

C'est dès lors à juste titre que le règlement s'occupe de préciser que le congé maternité comprend une période minimale ininterrompue de nonante-huit jours dès l'accouchement, et que seul le solde du congé, soit vingt-quatre jours, peut être partagé avec le père, étant ici précisé, contrairement à la loi, que cela peut aussi être avec la ou le partenaire enregistré (art. 32 du règlement général d'application de la loi sur le statut de la fonction publique [RSt/NE]¹¹³). De manière un peu contradictoire, le partage est soumis par le règlement à la condition que les exigences du service ne s'y opposent pas, exigence qui vient nécessairement compliquer l'idée de base d'un partage libre entre les parents.

- A Genève, un congé de naissance, du même ordre que le congé d'adoption, soit de vingt semaines en principe, est accordé au fonctionnaire qui est le parent biologique, en cas de recours à la **gestation pour autrui** (art. 34B RPAC/GE, art. 30B RStCE/GE). La réglementation prévoit littéralement que l'on puisse aller chercher l'enfant dans son pays d'origine. Ce qui est logique puisque la gestation pour autrui est interdite en Suisse (art. 4 de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée [LPMA]¹¹⁴). En revanche, on peut se demander s'il est logique d'octroyer un congé payé pour une situation interdite en Suisse.

La modification de la réglementation cantonale avait été précédée de l'octroi à un fonctionnaire, directement par la conseillère d'Etat, d'un congé « maternité » à titre de congé exceptionnel¹¹⁵.

Conclusion

Le droit de la fonction publique en matière de vacances et de congés nous apparaît revêtir deux grandes caractéristiques, chacune d'elles présentant à la fois des avantages et des inconvénients pour la fonction publique :

¹¹² Exprimant une position similaire quant aux conséquences financières de l'absence de protection des fonctionnaires pendant ces huit semaines : PERRENOUD, La protection, p. 1073.

¹¹³ RSN 152.511.

¹¹⁴ RS 810.11.

¹¹⁵ GERMON MANON/CHIFFELLE JULIEN/JOAQUIM HÉLÈNE, Le canton de Genève innove avec un congé de naissance en cas de GPA, *in* : Le Temps, 7 décembre 2020.

1. La décentralisation.

- a. Les avantages de la décentralisation sont qu'elle place la réglementation des vacances et des congés à un échelon proche du terrain, proche des préoccupations des employeurs publics comme des fonctionnaires. En ce sens, la réglementation est une expression assez directe de la **volonté politique** de la communauté étatique concernée. Dans un pays contrasté comme la Suisse, elle permet également le respect des **différences culturelles**, ces dernières étant marquées tant par le clivage romand/alémanique, que par le clivage ville/campagne, à l'instar des résultats de la plupart des votations politiques sur les sujets sociaux.
- b. Les désavantages de la décentralisation sont le caractère **inégalitaire** qui en découle, puisque les fonctionnaires ne sont pas traités de la même manière selon le lieu et l'autorité pour laquelle ils officient, ainsi que la **complexité** de réglementations conçues de manière séparée les unes des autres. En particulier, le vocabulaire est non seulement fluctuant – certains termes désignant différemment les mêmes congés –, mais encore imprécis. Nous insistons en particulier sur trois concepts, dont les dénominations parfois fautives devraient être corrigées :
 - le **congé parental** est le congé qui permet, en sus des congés maternité et paternité respectivement, de permettre aux parents de garder et d'éduquer leurs enfants, en réduisant, de manière totale ou partielle, leur taux d'activité, avec la possibilité de retrouver le taux de travail initial au bout d'un certain temps ;
 - le **congé sabbatique** est le congé qui permet au fonctionnaire de suspendre temporairement son rapport de service, afin de s'adonner à des loisirs personnels, non définis à l'avance, avec, là aussi, la garantie de retrouver un emploi au sein de l'administration ;
 - le **compte épargne-temps** est une enveloppe, dans laquelle le fonctionnaire place des heures de travail supplémentaires (ou d'autres bonifications), pour bénéficier ensuite du congé correspondant. En général, il s'agit moins d'un congé, *stricto sensu*, que d'une façon d'organiser la compensation des heures supplémentaires.

2. La modernité.

- a. Les avantages de la modernité consistent en ce que le droit de la fonction publique cherche à ne pas être pris de cours face aux **nouvelles tendances sociétales**, ce qui lui permet d'assurer les congés correspondant aux nouveaux modes d'existence, en particulier au niveau de la vie familiale et des loisirs. D'une manière guère étonnante dans un Occident qui valorise toujours davantage l'individualisme, c'est cette valeur qui détermine, dans la majorité des cas, les nouveaux congés octroyés, à l'exception

notable des congés pour proches aidants, qui constituent plutôt un retour à la solidarité familiale.

- b. Les inconvénients de cette modernité sont qu'elle est également porteuse du projet de libéralisation de l'administration, ce qui implique non seulement l'absence de droits acquis (qui peut toutefois se justifier par le principe démocratique de liberté du souverain), mais également une flexibilité et une **liberté d'appréciation** de l'autorité dans beaucoup de situations où la réglementation reste volontairement vague. Nous soulignons en particulier le recours abondant à des notions indéterminées, qui servent pourtant de conditions ou de critères pour l'octroi de certains congés. Il convient, selon nous, de privilégier autant que possible les **critères objectifs**, pour éviter des situations où seraient bafoués les principes de l'Etat de droit que sont la légalité, l'égalité et l'interdiction de l'arbitraire.

Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur.

- BÜRGI/BÜRGI-SCHNEIDER, Handbuch Öffentliches Personalrecht, Zurich 2017.
- CANDRIAN JÉRÔME, Commentaire de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6157/2014, *in* : Newsletter Droitdutravail.ch, novembre 2016.
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la loi sur le personnel de la Confédération, 14 décembre 1998, FF 1999 II 1421-1476 (cité : Message 1998).
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant une modification de la loi sur le personnel de la Confédération, 31 août 2011, FF 2011 6171-6216 (cité : Message 2011).
- DÉFAGO GAUDIN VALÉRIE, Les collectivités publiques peuvent (continuer de) recourir au droit privé pour régir les relations de travail avec certains de leurs agents, *in* : Newsletter droitdutravail.ch, avril 2015.
- DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES FINANCES, Droit du personnel de la Confédération, Berne 2003.
- DIRECTION GÉNÉRALE DE L'OFFICE DU PERSONNEL DE L'ÉTAT (GENÈVE), Mémento des instructions de l'Office du Personnel de l'Etat (MIOPE), Genève 2022 (cité : MIOPE).
- DUNAND/WITZIG, La Suisse et l'OIT. Fondamentaux et portée pratique, Bâle 2022.
- HÄNNI PETER, Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz, 2^e éd., Zurich 2008 (cité : HÄNNI, 2008).
- HÄNNI PETER, Öffentliches Dienst, *in* : Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht (édit.), Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – Öffentliches Dienst, Berne 2012 (cité : HÄNNI, 2012).
- HÄNNI PETER, Öffentliches Dienst, *in* : Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht (édit.), Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – Öffentliches Dienst, Berne 2013 (cité : HÄNNI, 2013).
- HÄNNI PETER, Öffentliches Dienst, *in* : Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht (édit.), Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – Öffentliches Dienst, Berne 2014 (cité : HÄNNI, 2014).
- HÄNNI/STÖCKLI, Öffentliches Dienst, *in* : Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht (édit.), Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – Öffentliches Dienst, Berne 2016 (cité : HÄNNI/STÖCKLI, 2016).
- HÄNNI/STÖCKLI, Öffentliches Dienst, *in* : Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht (édit.), Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – Öffentliches Dienst, Berne 2018 (cité : HÄNNI/STÖCKLI, 2018).
- HÄNNI/STÖCKLI, Öffentliches Dienst, *in* : Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht (édit.), Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – Öffentliches Dienst, Berne 2019 (cité : HÄNNI/STÖCKLI, 2019).
- HELBLING PETER, Art. 17, *in* : Portmann/Uhlmann (édit.), Bundespersonalgesetz, Berne 2013.
- MAHON/ROSELLO, Les réformes en cours du droit de la fonction publique, *in* : Tanquerel/Bellanger (édit.), Les réformes de la fonction publique, Zurich 2012.

- MEIER ANNE, Le compte épargne-temps en droit suisse du travail, *in* : Wyler/Meier/Marchand (édit.), Regards croisés sur le droit du travail, Genève 2015, pp. 213-232.
- PERRENOUD STÉPHANIE, La protection de la maternité : Etude de droit suisse, international et européen, thèse, Lausanne/Berne 2015 (cité : PERRENOUD, La protection).
- PERRENOUD STÉPHANIE, Droit au salaire en cas d'incapacité de travail de la mère pendant la période de report de l'allocation de maternité – Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_90/2016, *in* : Newsletter Droitdu travail.ch, octobre 2016 (cité : PERRENOUD, Droit au salaire).
- PERRENOUD STÉPHANIE, L'évolution historique du droit de la relation de travail, *in* : Dunand/Mahon/Perrenoud (édit.), Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins : Convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique, Zurich 2016, pp. 1-222 (cité : PERRENOUD, L'évolution).
- ROSELLO HÉLOÏSE, Les statuts actuels de la fonction publique, *in* : Dunand/Mahon (édit.), Les influences du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique, Zurich 2016.
- ROUVIÈRE FRÉDÉRIC, Le droit civil, Paris 2022.
- SATTIVA SPRING CHRISTINE, Discrimination et maternité : la CEDEF fait une entrée timide – Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_605/2016, *in* : Newsletter Droitdu travail.ch, décembre 2017.
- STÖCKLI/BRAUN, Öffentliches Dienst, *in* : Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht (édit.), Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – Öffentliches Dienst, Berne 2022.
- TANQUEREL THIERRY, L'évolution du statut de la fonction publique dans l'administration centrale, *in* : Aubert/Bellanger/Tanquerel (édit.), Fonction publique : vers une privatisation ?, Zurich 1999, pp. 7-42.
- TANQUEREL THIERRY, Droit public et droit privé : unité et diversité du statut de la fonction publique : unité et diversité du statut de la fonction publique », *in* : Tanquerel/Bellanger (édit.), Les réformes de la fonction publique, Zurich 1999, pp. 49-82 (cité : TANQUEREL, Unité).

VALÉRIE DÉFAGO/VINCENT JOBIN*

La flexibilisation du temps de travail dans la fonction publique

Sommaire	Page
I. Introduction	125
II. Les formes de flexibilisation du temps de travail	127
III. La flexibilisation réglementée	134
A. Flexibilisation et intérêts publics et privés	134
B. Flexibilisation, légalité, égalité	137
1. Dans la mise en place des dispositifs de flexibilisation	137
2. Dans la mise en œuvre de la flexibilité	139
C. Implications de la flexibilisation	140
1. L'enregistrement du temps de travail	140
a) Raison d'être	141
b) Dans l'administration	144
2. La mise en œuvre des dispositifs de flexibilisation : acte juridique ou acte matériel ?	149
IV. La flexibilisation non réglementée	151
V. Conclusion	153
Bibliographie	155

I. Introduction

Le terme de flexibilisation se définit comme le fait de rendre plus flexible, moins rigide¹. Aussi la flexibilisation se comprend elle au regard d'un cadre de référence marqué par une certaine rigidité, ce qui est le cas de la relation de travail, dont les éléments constitutifs

* Nous remercions Madame URSULA MARTI de ses remarques pratiques qui ont contribué à alimenter ce texte.

¹ Larousse en ligne (www.larousse.fr ; 3 mars 2023).

sont notamment la fourniture d'une prestation de travail, réalisée avant tout dans un cadre temporel fixé dans l'acte juridique qui formalise la relation.

La flexibilisation du temps de travail est un mouvement général qui est allé s'accroissant ces dernières années. Si les premières formes de flexibilisation du temps de travail se sont exprimées avec la possibilité d'occuper des postes à temps partiel², de nouvelles formes de flexibilisation des horaires de travail sont apparues avec le temps et sont désormais plébiscitées tant des travailleuses et travailleurs que des employeurs.

La flexibilisation du temps de travail entretient un lien étroit avec la flexibilisation géographique. Avec la numérisation et l'accélération du recours au télétravail, dynamisées par la pandémie de 2020-2021, la flexibilisation porte aussi sur le lieu où la prestation de travail est fournie. Flexibilisation temporelle et géographique relèvent d'un enjeu similaire et se combinent de différentes manières, avec des modalités cumulées ou alternatives selon les situations.

Enfin, les possibilités de flexibilisation du temps de travail font désormais partie du panel de ce que peut – si ce n'est doit – offrir un employeur dit attractif³. Les entités employeuses de droit public n'échappent pas à cette tendance.

La présente contribution a pour objet d'identifier les différentes formes de flexibilisation du temps de travail dans la fonction publique et de les confronter au cadre général du droit administratif, respectivement spécial de la relation de travail de droit public. Nous nous demanderons en particulier s'il existe un droit à la flexibilisation du temps de travail, respectivement une obligation de tolérer celle-ci, et le cas échéant moyennant quelle(s) caution(s), dans quelle mesure la flexibilisation du temps de travail s'inscrit dans l'intérêt public que doit poursuivre l'Etat dans son action et dans quelle mesure la relation administrative de travail ou de fonction publique permet la réalisation de la flexibilisation au moyen d'actes consensuels.

Afin de répondre à ces questions, nous débuterons par un panorama des formes possibles de flexibilisation du temps de travail dans la fonction publique (II.), qui nous mènera ensuite à distinguer entre flexibilisation réglementée (III.) et non réglementée (IV.)

Dans la présente contribution, nous évoquons les rapports de travail régis par le droit public, sans distinguer – hormis lorsque cela est précisé – si le régime de travail naît d'une

² Les personnes travaillant à temps partiel représentaient environ un quart des personnes actives occupées au début des années 1990 ; elles sont plus d'un tiers aujourd'hui : GANZFRIED/MÄDER, p. 7.

³ Voir p.ex. le Portail emploi de la Confédération, qui promeut, parmi les avantages de travailler pour la Confédération, la possibilité de concilier entre travail et vie privée au moyen de modèles d'horaires flexibles et de travail mobile (<https://www.stelle.admin.ch/stelle/fr/home/bundesverwaltung/arbeitsvorteile.html> ; consulté le 3 mars 2023).

relation unilatérale dans un régime statutaire ou bilatérale dans un régime contractuel. De la même manière, le terme d'agente ou agent public, parfois de titulaire d'une fonction publique, est utilisé de manière générique, comprenant les fonctionnaires et les employés et employés selon la nature du statut qui les lie à l'entité qui les emploie. C'est également de manière générique que nous parlons d'entité employeuse, désignant ainsi tant les collectivités publiques centralisées que les entités décentralisées qui en dépendent, que cela soit au niveau fédéral, cantonal ou communal⁴.

II. Les formes de flexibilisation du temps de travail

Propos liminaires. – Il existe de nombreuses formes de flexibilisation du temps de travail dans la fonction publique, comme cela est le cas dans une relation de travail de droit privé. Le présent chapitre a pour objet de présenter un certain nombre d'entre elles afin de dégager des éléments de distinction permettant de répondre aux questions abordées dans cette contribution. Le panorama ci-après, dégagé d'une observation empirique de différents statuts ou lois de fonction publique, se veut uniquement descriptif et à vocation de synthèse. Il est fondé en grande mesure sur les possibilités de flexibilisation qu'offre la Confédération, particulièrement dynamique sur ces questions, mais d'autres types de flexibilisation et d'autres réglementations sont également abordées.

Durée du travail et taux d'occupation. – Lors de l'engagement d'une agente ou d'un agent public, l'acte d'engagement fixe le taux d'occupation de la ou du titulaire de la fonction. C'est généralement la réglementation applicable qui fixe la durée hebdomadaire du travail, à savoir la quantité de temps hebdomadaire travaillée⁵, qui oscille entre 40 et 42 heures (p. ex. art. 64 al. 1 et 2 de l'Ordonnance sur le personnel de la Confédération du 3 juillet 2001⁶, art. 2 du Règlement général d'application de la loi sur le statut de la fonction publique dans le canton de Neuchâtel⁷, art. 6 al. 2 du Règlement sur le temps de travail dans l'administration cantonale du 29 novembre 2011 en Valais⁸). Si la durée du travail hebdomadaire est en principe identique pour l'ensemble du personnel d'une même entité⁹, le taux d'occupation est inhérent à la personne. Sur la base de ces éléments, l'agente ou l'agent public doit un certain nombre d'heures de travail à l'entité publique qui l'emploie.

⁴ Pour une typologie similaire, voir DÉFAGO GAUDIN 2016, pp. 261 s.

⁵ LEMPEN, p. 102.

⁶ OPers, RS 172.220.111.3.

⁷ RSt/NE, RSN 152.511.

⁸ RTT/VS, RS/VS 172.211.

⁹ DÉFAGO GAUDIN 2016, pp. 266 s. Il existe toutefois des exceptions, cf. art. 64 al. 1 et 2 OPers.

Comme évoqué en préambule de cette contribution, la flexibilisation se comprend au regard d'un cadre de référence rigide. Le nombre d'heures de travail dues par l'agente ou l'agent public à l'entité qui l'emploie sur la base de l'acte d'engagement constitue le premier élément – quantitatif – du cadre de référence pour appréhender la flexibilisation. Nous parlerons ainsi de flexibilisation quantitative lorsque les heures travaillées dépassent le cadre fixé dans l'engagement.

Le deuxième élément du cadre en comparaison duquel la flexibilisation s'exprime est celui qui se détermine au regard des horaires : ceux-ci peuvent être imposés ou variables. Nous parlerons ainsi de flexibilisation des horaires.

Les horaires imposés. – Les horaires imposés sont ceux fixés par la réglementation, respectivement par l'entité employeuse à l'égard de son agente ou de son agent dans l'acte d'engagement ou lors d'une modification subséquente des aménagements de travail.

Dans la situation que l'on peut qualifier de traditionnelle, les heures de travail dues par la ou le titulaire de la fonction publique équivalent à un horaire de présence à son poste qui lui est imposé. L'obligation de l'agente ou de l'agent public est tant temporelle que géographique. Ce régime existe et perdure pour les fonctions qui nécessitent un travail accompli dans un lieu bien déterminé – guichet, hôpitaux, transports publics, forces de l'ordre notamment – avec des besoins forts de coordination des présences du personnel pour la continuité et le fonctionnement du service. Ce régime n'exclut pas que des horaires irréguliers, notamment du travail de nuit, soient accomplis, selon la planification fixée par l'entité employeuse, plus précisément les responsables hiérarchiques.

Dans ce contexte, la flexibilisation du temps de travail demeure possible, au regard des heures supplémentaires effectuées à la demande de l'entité employeuse ; il s'agit alors d'une flexibilisation quantitative. Par définition, les heures supplémentaires doivent être commandées par l'autorité hiérarchique et être rendues nécessaires par les besoins du service ; en principe, elles font l'objet d'une compensation, qui intervient en nature (p. ex. art. 49 du Règlement du personnel de l'Etat du 17 décembre 2002¹⁰ dans le canton de Fribourg, art. 60 al. 2 de l'Ordonnance sur le personnel de l'Etat du 29 novembre 2011¹¹ dans le Jura, art. 26 de la Loi sur le statut de la fonction publique à Neuchâtel¹²,

¹⁰ RPers/FR, RS/FR 122.70.11.

¹¹ OPer/JU, RS/JU 173.111. Dans le canton du Jura, les heures supplémentaires sont appelées heures valorisées.

¹² LSt/NE, RSN 152.510.

art. 48 al. 2 de la Loi sur le personnel de l'Etat de Vaud¹³ ; eg. art. 17a al. 2 de la Loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000¹⁴).

Pour les fonctions qui s'y prêtent, les entités employeuses ont ouvert, de longue date, la possibilité d'accomplir le temps de travail journalier dans une plage horaire déterminée de celle-ci, par exemple de 6 heures à 19 heures (art. 7 al. 1 RTTr/VS), respectivement 22 heures (art. 28 al. 1 de l'Ordonnance du DFF concernant l'ordonnance sur le personnel de la Confédération du 6 décembre 2001¹⁵). Dans ce cadre, l'horaire de travail peut être arrêté par l'entité employeuse lors de l'engagement ou au cours de la relation de service. Dans ce cas, la flexibilisation en termes d'horaires s'exprime et se réalise au moment de la détermination des horaires de l'agent ou de l'agent public, qui sont ensuite fixes. Subséquemment, la flexibilisation est possible sur le plan quantitatif moyennant demande d'accomplissement d'heures supplémentaires par l'entité employeuse.

Les horaires variables. – Il se peut aussi – et c'est une tendance qui va croissant – que le choix de fixer ses horaires appartienne à l'agent ou à l'agent public (p. ex. art. 117 al. 1 et 2 du Règlement d'application de la loi du 12 novembre 2001 sur le personnel de l'Etat de Vaud du 9 décembre 2002¹⁶, art. 7 al. 2 RTTr/VS). On parle généralement dans ce cas d'horaire variable ou d'horaire libre. L'horaire variable n'exclut pas que la ou le titulaire de la fonction publique se voie imposer des plages-horaires de présence obligatoires au travail, que ce soit sur le lieu de travail ou désormais en ligne en cas de flexibilité géographique.

L'horaire variable représente une flexibilisation au regard des horaires. Par définition, et contrairement à la flexibilisation quantitative – tributaire du régime en matière d'heures supplémentaires dont l'entité employeuse a la maîtrise – c'est la ou le titulaire de la fonction publique qui dispose dans ce cas d'une certaine maîtrise de la flexibilité.

La flexibilisation au regard des horaires a pour d'évidentes raisons un lien direct avec la flexibilisation quantitative. En effet, la flexibilisation au regard des horaires peut comme elle ne peut pas entraîner une flexibilisation quantitative, selon les modalités mises en place. Ainsi, il s'agit de concilier un régime en principe restrictif de demande, respectivement de compensation d'heures supplémentaires sous la maîtrise de l'entité employeuse avec une liberté de principe appartenant à l'agent ou l'agent public de fixer ses horaires de travail. En réponse, les entités employeuses ont mis en place des modèles de travail variables qui permettent de lisser le nombre d'heures hebdomadaires accomplies sur une plus ou moins longue période.

¹³ LPers/VD, BLV 172.31.

¹⁴ LPers, RS 172.220.1.

¹⁵ O-Opers, RS 172.220.111.31.

¹⁶ RLPers/VD, RS/VD 172.31.1.

A titre d'exemple, parmi d'autres, la Confédération s'est dotée de différentes formes de travail flexibles – en matière d'horaires et de lieu de travail –, accordant la plus grande liberté de choix possible aux employées et employés en tenant compte des intérêts et du fonctionnement du service (art. 64a al. 1 et 2 OPers). Si diverses formes d'horaires variables ont été expérimentées dès les années 2000, la Confédération compte désormais avec l'horaire à l'année, l'horaire mobile et le système des menus. Avec l'horaire à l'année, le décompte des heures travaillées se fait annuellement, permettant un solde horaire qui peut être positif à raison de 50 heures ou négatif à raison de 25 heures et qui est reporté sur le solde de l'année suivante, avec la précision que le solde horaire positif dépassant à la fin de l'année civile la limite supérieure de la fourchette est perdu sans donner droit à un dédommagement¹⁷. L'horaire variable permet également aux employées et employés de fournir le nombre d'heures de travail dues dans l'année en moins de douze mois, sans modification de salaire (art. 30 O-OPers). Avec l'horaire mobile, les employées et employés sont soumis à l'horaire variable et peuvent convenir avec leur supérieur hiérarchique, selon le système dit des menus, soit d'augmenter leur temps de travail hebdomadaire, soit de réduire leur salaire, afin d'obtenir cinq jours de compensation supplémentaires (art. 32 O-OPers). Il est également possible pour les employées et employés de la Confédération de transférer les heures supplémentaires ou d'appoint, au maximum 100 par an, sur un compte pour congé sabbatique qui peut être pris tous les cinq ans (art. 34 O-OPers).

A titre d'exemple toujours, le canton de Vaud prévoit dans son Plan égalité des modalités horaires permettant une adaptation de l'horaire de travail au rythme scolaire des enfants, entre périodes d'école et de vacances, ou un modèle de semaine compressée, qui laisse par exemple le mercredi après-midi libre¹⁸.

L'ensemble de ces modèles d'horaires variables a en commun que les heures de travail sont enregistrées, décomptées et le cas échéant compensées.

A noter encore que la semaine de quatre jours, qui suscite un regain d'intérêt actuellement, ne s'est pas encore imposée, en tout cas dans les textes réglementaires¹⁹.

L'horaire de travail fondé sur la confiance. – Parmi les différentes formes d'horaires variables, il existe, en outre, l'horaire de travail fondé sur la confiance. L'horaire de travail fondé sur la confiance se caractérise par une grande autonomie laissée au membre du personnel pour organiser son activité en tenant compte des objectifs fixés par son supérieur

¹⁷ Cf. ég. art. 61 OPer/JU, art. 6 RSt/NE.

¹⁸ <https://www.vd.ch/themes/etat-droit-finances/egalite-entre-les-femmes-et-les-hommes/administration-cantonale/mesures-prevues>.

¹⁹ Cf. Initiative parlementaire « Généralisation de la semaine de travail de 4 jours » (Iv. pa. 98.447 ; Jean-Claude Rennwald), déposée le 10 décembre 1998, à laquelle il n'a pas été donné suite.

hiérarchique²⁰ et est généralement réservé aux personnes occupant des fonctions de cadres. En droit fédéral, l'art. 64b OPers met en exergue – de manière étonnante de notre point de vue (*infra* III.C.1.) – que les employées et employés appliquant l'horaire de travail fondé sur la confiance ne doivent pas enregistrer leur temps de travail et qu'elles et ils ne peuvent pas compenser les heures d'appoint, les heures supplémentaires ou le solde positif de l'horaire mobile, mais qu'en contrepartie, elles et ils perçoivent une compensation financière²¹.

Il est intéressant de se pencher sur la genèse de l'introduction de cet horaire de travail fondé sur la confiance. Aux dires du Conseil fédéral, c'est dès le 1^{er} janvier 2004 que l'horaire à la confiance a été introduit pour le personnel de l'Administration fédérale²² et c'est en 2008 que la disposition topique de l'O-OPers est entrée en vigueur²³. Pour des raisons d'organisation comptable, le Conseil fédéral a réalisé pour la première fois à la fin de l'année 2007 que le personnel fédéral détenait un solde de vacances ou d'heures supplémentaires d'une contre-valeur de CHF 292 mio. Pour éviter que ce solde n'augmente, le Conseil fédéral a rendu le modèle sur la confiance obligatoire pour les cadres supérieurs (classes de salaire 30 à 38) et facultatif pour les cadres moyens (classes de salaire 24 à 29) (art. 64a OPers 2009)²⁴, les employées et employés de classe salariale inférieure en étant exclus (art. 64b al. 4 OPers 2019²⁵) ; la possibilité de recourir à l'horaire de travail sur la confiance a ensuite été élargie aux employées et employés de classes de salaire 18 à 29 (art. 64b al. 3 et 4 OPers)²⁶. Il apparaît donc que c'est avant tout par mesure d'économie que le Conseil fédéral a généralisé le recours à l'horaire de travail fondé sur la confiance, ce qui a suscité l'inquiétude du Contrôle parlementaire de l'administration au sujet de l'attractivité de l'administration fédérale en tant qu'employeur²⁷ ainsi qu'une importante controverse entre la Commission de gestion du Conseil national et le Conseil fédéral²⁸.

On le verra ci-après (*infra* III.C.1.), l'horaire fondé sur la confiance n'est pas sans soulever de questions en lien avec l'enregistrement du temps de travail.

²⁰ OFFICE DU PERSONNEL GE, p. 10.

²¹ A Genève, cf. art. 7 RPAC/GE.

²² CONSEIL FÉDÉRAL 2008.

²³ RO 2008 6413 s.

²⁴ CONSEIL FÉDÉRAL 2008. RO 2008 6411.

²⁵ RO 2018 4009.

²⁶ RO 2021 285.

²⁷ CPA 2009, p. 94 ; voir aussi p. 33.

²⁸ CDG-N 2009, CDG-N 2011, CDG-N 2012, CONSEIL FÉDÉRAL 2012.

Les formes de flexibilisation individuelle. – Par flexibilisation individuelle, nous désignons ici les possibilités auxquelles peuvent recourir les agentes et agents publics dans des cas plus particuliers.

On peut mentionner tout d'abord différentes formes de congé, qui doivent soigneusement être distingués des congés prévus par le droit fédéral et financés par des cotisations perçues sur les salaires. Le congé rémunéré est un temps de congé pendant lequel la ou le titulaire de fonction publique perçoit son traitement, en tout ou partie, tout en étant libéré de son obligation de service. Selon les réglementations, ce congé peut être octroyé moyennant ou non la justification d'un projet particulier. Le congé sabbatique des enseignantes et enseignants, à des fins de ressourcement ou de réalisation de projets en lien avec l'enseignement, en est une illustration ancienne ; ainsi, dans le canton de Vaud, le congé sabbatique constitue historiquement une des mesures compensatoires accordées par le Grand conseil vaudois aux enseignantes et enseignants, en lieu et place de la cinquième semaine généralisée de vacances et de la baisse de l'horaire hebdomadaire de travail d'une heure attribuées à l'ensemble des collaboratrices et collaborateurs de l'Etat²⁹. La LPers connaît son propre congé sabbatique, qui n'est pas lié à la réalisation d'un projet mais est mis en œuvre en compensation d'heures supplémentaires ou d'appoint, comme cela a déjà été évoqué ci-avant (art. 34 O-OPers). Les congés non rémunérés sont des temps pendant lesquels l'agente ou l'agent public est libéré de son obligation de service et n'est pas rémunéré. La relation de service perdure mais l'agente ou l'agent doit assumer le paiement des cotisations d'assurances sociales ; les questions de la prise en compte du congé sur la durée d'engagement et du poste occupé à la reprise du travail sont rarement réglementées, laissées à l'appréciation de l'entité employeuse et/ou de l'agente ou de l'agent public (p. ex. art. 40 al. 5 O-OPers). Les congés rémunérés et non rémunérés peuvent être combinés, par exemple avec l'aménagement d'une réduction temporaire du temps de travail et/ou des temps de congé à des fins de formation professionnelle et la prise en charge en charge par l'entité employeuse de tout ou partie des frais de formation.

Le partage de poste. – Avec le partage de poste (*jobsharing*), au moins deux personnes partagent un poste avec des activités interdépendantes mais une responsabilité commune³⁰. Le partage de poste fait partie de l'arsenal des mesures permettant d'augmenter la proportion de femmes aux postes de cadres dans une perspective d'égalité³¹ ; il contribue

²⁹ <https://www.vd.ch/themes/formation/espace-enseignement/etre-une-ou-un-enseignant-en-activite/ressources-humaines> (3.3.2023). A Neuchâtel en revanche, le congé sabbatique des enseignantes et enseignants est un congé non payé : art. 75a LSt/NE.

³⁰ OFFICE FÉDÉRAL DU PERSONNEL 2015.

³¹ Cf. Canton de Vaud, Les mesures prévues par le Plan pour l'égalité, à l'adresse <https://www.vd.ch/themes/etat-droit-finances/egalite-entre-les-femmes-et-les-hommes/administration-cantonale/mesures-prevues>.

également à la promotion du temps partiel pour les hommes, toujours dans une perspective d'égalité. Le partage de poste est ancré, pour ce qui est du personnel fédéral, à l'art. 64a^{bis} al. 1 OPers. En droit cantonal, des dispositions réglementaires existent dans les cantons de Berne³², du Jura³³ et de Neuchâtel³⁴ ; de plus, l'ensemble des cantons romands, ou presque, dispose de directives permettant la mise en place du partage de poste, même sans base légale ou réglementaire³⁵.

A noter enfin que de nouvelles formes originales de flexibilisation ou de mise en œuvre de celle-ci pourraient apparaître, comme le don de jours de repos à un salarié parent d'enfant gravement malade ou proche aidant³⁶.

Remarques intermédiaires. – La flexibilisation du temps de travail dans la fonction publique se réalise parmi d'autres solutions au moyen d'une flexibilisation de l'horaire avec le recours à l'horaire variable ; celui-ci semble s'être imposé comme étant la norme. Empressons-nous de préciser que ce mode de flexibilisation n'est néanmoins disponible que lorsque la nature des fonctions le permet, n'étant pas approprié pour les nombreuses fonctions qui nécessitent une présence de l'agente ou de l'agent public à son poste afin d'assurer la continuité du service. On retrouve donc dans la fonction publique deux catégories d'agents : celles et ceux qui peuvent recourir à l'horaire variable et celles et ceux qui ne le peuvent pas. Les premières et premiers doivent compter avec cette variabilité pour déterminer la prise en compte et le traitement des heures supplémentaires accomplies, lorsque la compensation des heures supplémentaires subsiste ; les secondes et les seconds disposent d'une meilleure visibilité sur cet aspect de la flexibilisation qui peut leur être imposée.

En matière d'horaire variable et de ses conséquences sur les modalités de compensation, la Confédération semble être la plus innovante, en tout cas dans sa réglementation, elle qui prévoit non seulement une annualisation des heures travaillées mais également la possibilité de moduler la quantité de travail convenue, voire le traitement, pour bénéficier

³² Art. 140-142 de l'Ordonnance sur le personnel du 18 mai 2005 (OPers/BE), RS/BE 153.011.1.

³³ Art. 13 al. 2 let. d de la Loi sur le personnel de l'Etat du 22 septembre 2010, RS/JU 173.11 ; art. 5 al. 2 OPers/JU.

³⁴ Art. 6a RSt/NE.

³⁵ A Fribourg : Directive du 23 novembre 2021 relative au partage de poste à l'Etat de Fribourg (disponible à l'adresse <https://www.fr.ch/sites/default/files/2022-01/directive-partage-de-poste.pdf>), dans le canton de Vaud : <https://www.vd.ch/themes/etat-droit-finances/egalite-entre-les-femmes-et-les-hommes/administration-cantonale/mesures-prevues>, en Valais : <https://www.vs.ch/web/srh/jobsharing>.

³⁶ Comme cela existe en France : <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F32112> (consulté le 3 mars 2023).

de possibilités additionnelles de compensation, soit annuellement, soit dans la perspective d'un congé pouvant être pris tous les cinq ans.

Le panorama ci-dessus illustre également que l'ancrage législatif, respectivement réglementaire, varie fortement. De manière générale, le siège de la matière se situe au niveau réglementaire, à tout le moins lorsque les modalités salariales, et notamment le lissage des heures sur une période annuelle, sont impactées par la flexibilisation. Rares sont les dispositions figurant dans la loi formelle ; cela s'explique par le fait que le rapport de droit spécial qui caractérise le lien entre les titulaires de fonctions publiques et l'entité qui les emploie permet d'alléger les exigences dans ce sens³⁷. Lorsque la flexibilisation concerne des modalités de nature plus organisationnelle, à l'instar du partage de poste, les solutions figurent, pour l'heure en tout cas dans certains cantons encore, dans des textes ayant rang d'ordonnance administrative³⁸.

Face à l'éventail des solutions choisies par les législateurs et employeurs fédéral, cantonaux et communaux, nous faisons le choix d'une approche globale pour évoquer les enjeux juridiques autour de la flexibilisation. Nous distinguerons selon que l'entité employeuse s'est dotée de dispositions légales ou réglementaires qui prévoient une forme ou une autre de flexibilisation (II.) ou qu'elle ne l'a pas fait (III.).

III. La flexibilisation réglementée

Propos liminaires. – Trois points nous paraissent devoir être abordés lorsqu'il s'agit d'apprécier la flexibilisation du temps de travail réglementée dans la fonction publique. Le premier point concerne les motivations de la flexibilisation, qui permettent d'identifier les intérêts publics et privés poursuivis (A.). Le deuxième point a trait aux questions de légalité et d'égalité, afin de déterminer dans quelle mesure il peut être possible de parler de droit à la flexibilisation (B.). Avec le troisième point, nous évoquerons deux implications et conséquences juridiques de la mise en place, respectivement de la mise en œuvre de certaines formes de flexibilisation (C.).

A. Flexibilisation et intérêts publics et privés

Propos liminaires. – Le panorama, certes partiel, dressé en première partie de cette contribution a permis d'identifier les motivations à l'origine de la mise en place des solutions de flexibilisation. Celles-ci sont multiples et ont la particularité de répondre à la

³⁷ TF 8C_161/2015 du 22 décembre 2016, c. 4.2.

³⁸ A propos de la notion d'ordonnance administrative, DÉFAGO GAUDIN 2021, pp. 25 s., et les références.

fois à l'aspiration des agentes et agents publics et à la fois aux intérêts des entités employeuses. Il importe donc de les identifier dans la mesure où toute action étatique doit s'inscrire dans un intérêt public (art. 5 al. 2 Cst.), cet intérêt servant en outre à la détermination et à l'évaluation des décisions et actes de gestion à prendre. Rappelons ici que l'intérêt public consiste en l'ensemble des intérêts érigés comme tels par le constituant et le législateur, par l'attribution de tâches aux autorités³⁹ et l'indication de la finalité de leur action.

Equilibre entre les domaines de vie. – Le souhait de flexibilisation des horaires de travail de la part des travailleuses et travailleurs reflète l'aspiration à l'équilibre entre leurs différents domaines de vie, professionnelle et privée notamment. Le concept de *Work-Life Balance*, qui s'est popularisé au début des années 2000, avec comme déterminant l'opposition entre vie professionnelle et vie privée, tend désormais à s'exprimer de manière plus large, par une quête de satisfaction dans l'ensemble des domaines de vie, ceux-ci interagissant les uns les autres. Le bien-être au travail contribue à l'épanouissement personnel, de même que la satisfaction en dehors du travail est de nature à renforcer la contribution des personnes au travail⁴⁰.

L'équilibre entre les domaines de vie est une aspiration des travailleuses et travailleurs – partant un intérêt privé – à laquelle les employeurs répondent en offrant de la flexibilité au travail. Il s'agit d'une réaction à un besoin exprimé sur le marché du travail et, dans le contexte d'un marché concurrentiel, les employeurs se positionnent pour répondre à ces aspirations.

Sous l'angle de l'intérêt public dans un rapport de travail de droit public, l'entité publique qui veille et participe à soigner l'équilibre entre les domaines de vie des agentes et agents publics adopte en réalité des bonnes pratiques en tant qu'employeuse, dans une perspective d'efficacité dans l'action de l'Etat. En effet, et pour reprendre la formulation élaborée par FLÜCKIGER, les mesures étatiques doivent être promulguées et mises en œuvre (effectivité), et, ce faisant, produire des effets tangibles dans la réalité sociale, économique et environnementale (impacts) permettant d'atteindre les buts visés (efficacité) et de résoudre ainsi au mieux les problèmes de société qui les justifient sans effets indésirables disproportionnés (pertinence), et cela dans la limite des ressources disponibles (efficience)⁴¹.

On peut y voir là également une référence aux principes d'une bonne administration selon la Recommandation CM/Rec (2007) du Comité des Ministres aux Etats membres relatives

³⁹ DÉFAGO GAUDIN 2015, p. 260.

⁴⁰ KODZ ET AL., p. 1. Eg. BROUGH ET AL., pp. 1 ss.

⁴¹ CR Cst. - FLÜCKIGER, N 2 *ad* art. 170 Cst. ; CR Cst. - POLTIER, N 33 *ad* art. 178 Cst.

à une bonne administration⁴² dans le Conseil de l'Europe, selon laquelle, notamment, la bonne administration implique la réalisation de prestations répondant aux besoins essentiels de la société⁴³.

Motivations financières. – Comme nous l'avons observé dans le panorama ci-dessus, certaines formes de flexibilisation sont motivées par des raisons financières, hormis l'effet financier indirect d'avoir des titulaires de fonctions publiques réalisant leurs aspirations en termes d'équilibre précédemment évoqué. En particulier, l'horaire à la confiance et la rétribution forfaitaire des heures supplémentaires qui en découle, constitue une forme de flexibilisation à l'avantage de la collectivité publique, qui se départit ainsi du régime de compensation des heures supplémentaires.

L'intérêt public ainsi poursuivi est la saine gestion des deniers publics, autrement dit un intérêt fiscal⁴⁴. La poursuite de cet intérêt permet sans nul doute de prévoir un régime différent pour la compensation des heures supplémentaires, voire de s'en affranchir pour certaines catégories de personnel, les règles correspondantes du CO ne constituant pas un obstacle⁴⁵.

Egalité entre les femmes et les hommes. – La flexibilisation poursuit en outre des objectifs en termes d'égalité, qu'il s'agisse de permettre, avec des aménagements d'horaires, de s'adapter au rythme scolaire des enfants, de promouvoir le temps partiel pour les hommes ou de contribuer à briser le plafond de verre pour les femmes en prévoyant des partages de poste.

L'intérêt public est dans cette perspective de contribuer à réaliser l'égalité entre les femmes et les hommes conformément au mandat constitutionnel (art. 8 al. 3 Cst.).

Protection de la santé. – Bien que cela ne ressorte pas du panorama ci-dessus, la flexibilisation entretient de notre point de vue des liens étroits avec la protection de la santé des travailleuses et des travailleurs.

Ainsi, il s'agit de se demander si la notion d'équilibre entre les différents domaines de vie des travailleuses et travailleurs, initialement présentée – et peut-être perçue par les personnes intéressées – comme une aspiration personnelle, ne tend pas à devenir un élément à prendre en compte dans la santé au travail. L'intérêt privé des agentes et agents publics pourrait ainsi représenter un intérêt collectif que les entités publiques devraient avoir soin, également, de préserver. Autrement dit, l'aspiration personnelle à l'équilibre entre les différents domaines de vie, avec les éléments qui la constituent, ne pourrait-elle

⁴² Disponible sous le lien <https://rm.coe.int/16807096ba> (consulté le 3 mars 2023).

⁴³ TANQUEREL 2022, pp. 24 s.

⁴⁴ A propos de l'intérêt fiscal comme intérêt public, voir ATF 138 I 378, c. 8.

⁴⁵ ATF 139 I 57, c. 5.1, en lien avec la protection contre les congés en temps inopportun.

pas devenir un enjeu de santé publique ? L'étude de cette question appartient au corps médical, ainsi qu'aux sociologues, psychologues et économistes du travail, dont les constats pourraient probablement se refléter dans des documents infranormatifs, puis normatifs des collectivités publiques⁴⁶. L'enjeu serait ici, sur le plan juridique, de voir rendues éventuellement juridiquement effectives un certain nombre de mesures de flexibilisation qui pour l'heure sont laissées dans une grande mesure à l'appréciation de la collectivité publique employeuse (*infra* B.).

Dans la continuité de cette observation, dans un monde où les limites entre le (lieu et le temps de) travail et les autres domaines de vie tendent à s'estomper en raison, justement, de la flexibilisation, il est légitime de se demander si l'employeur n'a pas un certain devoir de s'assurer que la flexibilité est utilisée à bon escient, et en particulier non au détriment de la santé de la travailleuse ou du travailleur. Autrement dit, la mise en place de la flexibilité au travail emporte-t-elle l'obligation de l'employeur de protéger la travailleuse ou le travailleur contre elle ou lui-même ? Pour cette interrogation encore, ce sont les professionnels de la santé et des politiques du travail qui sont à l'ouvrage. Les juristes, pour leur part, se frottent à la question de l'enregistrement du temps de travail (*infra* C.1.).

B. Flexibilisation, légalité, égalité

Propos liminaires. – L'étude des différents textes légaux, réglementaires et infraréglementaires étudiés pour établir le panorama des différents modèles de flexibilisation laisse ressortir une grande liberté de l'entité employeuse d'offrir ou non des modèles flexibles, que ce soit dans la mise en place de dispositifs (1.) ou dans la mise en œuvre de ceux-ci (2.). Nous rappelons brièvement ici les principes qui prévalent en matière de légalité et d'égalité dans le domaine de la fonction publique.

1. Dans la mise en place des dispositifs de flexibilisation

Légalité. – La gestion du personnel relève au sens large de l'administration des moyens et ressources des collectivités publiques, pour laquelle celles-ci bénéficient d'une compétence propre et d'une grande marge de manœuvre. Les collectivités publiques disposent ainsi d'une liberté de principe. Cette liberté est limitée toutefois par différents corpus de règles, qui concernent tant la saine gestion des biens de l'Etat, que la protection de la personnalité et de la santé des travailleuses et des travailleurs, ainsi que par le principe de l'égalité de traitement⁴⁷.

⁴⁶ Des études existent, qui étudient le lien entre l'enregistrement du temps de travail et la santé, avec un accent sur l'équilibre entre les domaines de vie : cf. p. ex. BONVIN/CIANFERONI/KEMPENEERS.

⁴⁷ DÉFAGO GAUDIN 2016, pp. 264 s. ; TANQUEREL 2012, p. 74.

En raison du rapport de droit spécial qui lie les agentes et agents publics à l'entité qui les emploie, la densité normative des prescriptions relatives au travail ne nécessite pas de répondre à des exigences caractérisées. Le gouvernement dispose en effet d'un pouvoir de direction de son administration qui ruisselle des supérieures et supérieurs hiérarchiques à leurs subordonnées et subordonnés. Cette compétence hiérarchique emporte des pouvoirs d'instruction, de contrôle et de sanction et des devoirs correspondants chez les titulaires de fonction publique, que l'on englobe sous l'intitulé de rapport de puissance – ou de droit – spécial⁴⁸. Ce rapport de droit spécial fondé sur la subordination hiérarchique permet d'énoncer les obligations des fonctionnaires de manière générale et non nécessairement exhaustive, pour ne les concrétiser que dans des normes de rang inférieur⁴⁹. Ainsi, si les contours généraux des régimes d'emploi des agentes et agents publics sont définis dans la loi, ainsi que les droits et devoirs essentiels des parties à la relation de travail ou les actes juridiques liés à la création et au terme des relations de travail, les prescriptions de détail, même directement génératrices de droits ou d'obligations, comme les règles concernant les horaires, peuvent figurer dans une disposition de rang réglementaire.

Le panorama dressé en première partie de contribution a illustré que certaines formes de flexibilisation du travail ne reposent sur aucune disposition légale ou réglementaire, mais qu'elles sont exprimées uniquement dans des ordonnances administratives. A notre sens, la grande liberté qui est celle des collectivités publiques leur permet en principe de procéder de la sorte, par exemple pour expérimenter des solutions innovantes comme le partage de poste ; nous précisons néanmoins que la loi régissant le personnel ne doit pas exclure, explicitement ou implicitement, la solution choisie. Toutefois, lorsque le modèle de flexibilisation affecte directement ou indirectement les prétentions salariales des personnes concernées, comme cela est le cas du modèle de l'horaire à la confiance dans la Confédération, une base légale, à tout le moins réglementaire, s'avère de notre point de vue nécessaire.

Egalité de traitement. – Le principe de l'égalité de traitement occupe une place importante dans la confection des régimes de travail de droit public et sert, dans cette mesure, à canaliser la grande liberté organisationnelle appartenant aux collectivités publiques. Il s'agit dans ce contexte de l'aspect de l'égalité de traitement dans la loi. Les collectivités publiques sont ainsi tenues de veiller au respect de ce principe lorsqu'elles élaborent ou prévoient des dispositifs en matière de flexibilisation du temps de travail.

Nous avons ci-avant (*supra* II.) relevé la différence essentielle entre les agentes et agents publics qui sont tenus d'accomplir leurs tâches à leur poste, dans un lieu qui ne peut pas être leur domicile ou un lieu tiers, et celles et ceux qui peuvent bénéficier d'horaires variables ou libres. Il va de soi que ce critère de distinction, pour élaborer des solutions

⁴⁸ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, p. 589.

⁴⁹ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, pp. 589 s. ; TF 8C_161/2015 du 22 décembre 2016, c. 4.2.

flexibles en matière d'horaires de travail, ne prête pas le flanc à la critique sous l'angle de l'égalité de traitement.

2. Dans la mise en œuvre de la flexibilité

Propos liminaires. – Il s'agit de se demander ici si des prétentions subjectives découlent de ces modèles de flexibilisation, qu'il s'agisse d'un droit de l'agent(e) ou de l'agent public ou d'un devoir lui incombant, ou si au contraire la mise en œuvre de la flexibilisation repose dans une grande mesure sur l'appréciation de l'entité employeuse.

Légalité. – Ici encore, les situations sont diverses et multiples et c'est avant tout la teneur du texte légal ou réglementaire qui détermine si les dispositions en matière de flexibilisation sont génératrices en elles-mêmes de droits ou obligations, ou si les facultés qu'elles prévoient doivent être concrétisées par un acte administratif subséquent. Ainsi, par exemple, l'horaire de travail fondé sur la confiance prévu par le droit fédéral s'applique de manière contraignante du moment où l'employée ou l'employé occupe une fonction correspondant à une certaine classe de traitement (art. 64b al. 2 OPers). De même, le droit neuchâtelois érige le congé sabbatique des enseignantes et enseignants en droit en faveur de ceux-ci (art. 75a LSt/NE).

Mais le plus souvent, le texte de la loi ou de la disposition réglementaire prévoit qu'il soit concrétisé, conférant par la même occasion une grande marge de manœuvre à l'autorité hiérarchique, que ce soit par l'octroi d'un véritable pouvoir d'appréciation ou par la réserve du bon fonctionnement du service, notion juridique indéterminée par excellence. Dans ces cas, il ne peut être question d'un droit ou d'un devoir à la mise en œuvre de la solution flexible, sous réserve de l'égalité de traitement.

Egalité de traitement. – Contrairement à l'égalité de traitement dans la loi, dont sait qu'elle a une portée importante pour les collectivités publiques lorsqu'elles adoptent les régimes de travail (*supra* 1.), l'égalité de traitement devant la loi atteindra plus rapidement ses limites lorsqu'elle est invoquée par une agent(e) ou un agent public souhaitant être mis au bénéfice de mesures de flexibilisation.

D'une part, les situations à comparer pour se prévaloir de l'égalité de traitement doivent être semblables non seulement en termes d'activité mais également de place dans la hiérarchie ; par exemple, du point de vue d'une demande de congé, l'activité d'une enseignante ou d'un enseignant n'est pas comparable à celle d'une personne occupant des tâches administratives, de même qu'une personne occupant un poste subordonné ne se trouve pas dans une situation similaire à celle d'une personne avec une fonction de cadre. D'autre part, et surtout, les clauses de sauvegarde réservant le bon fonctionnement d'un service sont susceptibles de mettre un terme à la comparaison ; tel est par exemple le cas lorsqu'une agent(e) ou un agent public devrait se faire remplacer non par une tierce personne mais par ses collègues le temps de son absence, contrairement à d'autres situations.

C. Implications de la flexibilisation

Propos liminaires. – On se propose dans les pages qui suivent de se pencher sur deux problématiques particulières. La première a trait à l’enregistrement du temps de travail. Une flexibilisation croissante, en particulier selon des modèles où le travailleur ou la travailleuse est maître de son temps de travail, interroge la pertinence d’une obligation d’enregistrer son temps de travail (1.). Sous l’angle des instruments, la flexibilisation de l’horaire de travail des agentes et agents publics ravive l’enjeu de la délimitation entre acte matériel et acte juridique (2.).

1. L’enregistrement du temps de travail

Propos liminaires. – Au sein de l’Administration fédérale, si l’art. 17 LPers prévoit que les dispositions de la Loi fédérale sur le travail dans l’industrie, l’artisanat et le commerce du 13 mars 1964⁵⁰ concernant la durée maximale de la semaine de travail sont applicables par analogie, il n’en demeure pas moins que l’art. 64b LPers, qui fixe le régime de l’horaire de travail fondé sur la confiance, dispose à son al. 1 1^{re} phr. que « *les employés appliquant l’horaire de travail fondé sur la confiance ne doivent pas enregistrer leur temps de travail*⁵¹ ». Cette situation semble consacrer un hiatus⁵² avec l’obligation d’enregistrement du temps de travail tel qu’elle est connue dans la LTr et Ordonnance 1 relative à la loi sur le travail du 10 mai 2000^{53, 54}. Elle se pose d’autant plus au sein des administrations cantonales et communales qui n’auraient pas procédé à un renvoi sur le modèle fédéral.

Il convient donc dans un premier temps de présenter l’obligation d’enregistrement du temps de travail, son fondement légal et son atténuation récente, ce qui permettra d’identifier sa raison d’être (a). En partant du constat que la LTr n’est que partiellement applicable aux administrations fédérale, cantonales et communales, on se demande dans un deuxième temps par quel biais l’obligation d’enregistrer le temps de travail qu’elle consacre pourrait trouver application dans la fonction publique, y compris pour les personnes engagées selon l’horaire fondé sur la confiance (b).

⁵⁰ Loi sur le travail, LTr, RS 822.11.

⁵¹ Ou plutôt, selon le texte allemand et italien : ont la liberté de ne pas enregistrer leur temps de travail, resp. en sont dispensés.

⁵² GEISER, p. 14.

⁵³ OLT 1, RS 822.11.

⁵⁴ Sur le fait que l’horaire de travail fondé sur la confiance est conforme à l’art. 17 LPers : GEISER, p. 20.

a) Raison d’être

Fondement de l’obligation. – La LTr contient une obligation d’enregistrer le temps de travail. L’article 46 LTr formule une obligation générale de documentation et de conservation, dont on déduit l’obligation de saisir le temps de travail⁵⁵ ; celle-ci est exprimée *texto* à l’article 73 al. 1 let. c OLT 1 et porte sur les durées quotidienne et hebdomadaire du travail effectivement fourni, travail compensatoire et supplémentaire inclus, ainsi que ses coordonnées temporelles. Les registres et autres pièces, qui englobent les données sur la saisie du temps de travail, servent la bonne exécution de la LTr, donc *in fine* la préservation de la santé publique ainsi que le respect du droit supérieur (convention n° 81 de l’OIT⁵⁶)⁵⁷. En droit public, la saisie du temps de travail effectué par l’employée ou l’employé est un moyen de contrôle important⁵⁸ qui permet à l’inspection du travail de vérifier le respect des dispositions de la LTr relatives à la durée maximale du travail (45 ou 50 heures hebdomadaires ; art. 9 al. 1 LTr), à l’aménagement du travail, au temps de repos, aux vacances et aux heures supplémentaires⁵⁹. Une telle obligation ne découlant pas du droit privé ordinaire (art. 319 ss CO), la saisie du temps de travail a pour avantage supplémentaire de fournir aux parties le moyen de prouver leurs allégués au moment d’un éventuel procès civil⁶⁰.

Modalités de l’enregistrement et destinataire de l’obligation. – Quant à la forme, le temps de travail peut être enregistré des manières les plus diverses : à la main, dans un fichier Excel, par « timbrage », par un logiciel dédié sur un ordinateur ou un appareil mobile, etc. Il faut que l’autorité ait à disposition des données claires, complètes et structurées⁶¹. L’obligation d’enregistrer le temps de travail est celle de l’employeur mais il peut la déléguer à la travailleuse ou au travailleur, tout en demeurant responsable auprès des autorités d’inspection du travail, ce qui l’astreint à effectuer des vérifications⁶². Les modalités électroniques d’enregistrement du travail ont récemment eu pour effet de restreindre encore la possibilité déjà exceptionnelle pour l’employeur de verser un supplément de salaire au lieu de vacances en cas de travail irrégulier (art. 329d al. 1 CO)⁶³.

⁵⁵ MÜLLER/OECHSLE, p. 854 ; RUDOLPH, p. 39.

⁵⁶ Convention internationale n° 81 du 11 juillet 1947 sur l’inspection du travail dans l’industrie et le commerce, entrée en vigueur pour la Suisse le 13 juillet 1950, RS 0.822.719.1.

⁵⁷ SECO 2022, p. 173-1.

⁵⁸ SECO 2022, pp. 173-3 s.

⁵⁹ MÜLLER/OECHSLE, p. 854 ; SECO 2022, p. 173-1 ; en lien avec les CCT LEMPEN, p. 112.

⁶⁰ MÜLLER/OECHSLE, p. 854 ; LEMPEN, pp. 109 s.

⁶¹ SECO 2018.

⁶² TAF A-602/2018 du 10 décembre 2019, c. 4.4.2, et c. 6.2-6.3 sur les obligations de surveillance accrues imposées par la Convention collective de travail des CFF, sans pour autant libérer le travailleur de son obligation de collaborer de bonne foi ; RUDOLPH, p. 39.

⁶³ TF 4A_357/2022 du 30 janvier 2023, c. 2.2.1, destiné à la publication.

Sur le plan du droit privé, on retrouve donc un effet protecteur de l'enregistrement du temps de travail.

Assouplissements de l'obligation. – L'intérêt de la saisie du temps de travail s'est révélé au cours des débats visant à flexibiliser l'obligation correspondante. Face à une tendance croissante à la renonciation à l'enregistrement du temps de travail au profit d'horaires dits « à la confiance » dans le secteur privé, le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) a lancé un projet-pilote pour des horaires flexibles dans le secteur bancaire de 2009 à 2011, puis décidé d'une adaptation de la pratique en 2014 sous la forme d'une simplification de l'enregistrement⁶⁴. Une tentative de réviser l'OLT 1 avait en effet échoué en 2012 en raison de divergences en particulier sur le niveau de salaire ouvrant la possibilité de flexibiliser⁶⁵. En parallèle, les contrôles du respect de l'enregistrement du temps de travail ont été renforcés, parfois de manière retentissante⁶⁶. Le Conseiller fédéral Johan Schneider-Ammann a finalement réussi à faire s'accorder l'Union syndicale suisse et l'Union patronale suisse sur une mouture proche des articles 73a et 73b OLT 1 actuels⁶⁷, présentés dans les lignes qui suivent. Le résultat de la consultation montre que douze cantons et un grand nombre d'associations professionnelles craignaient pour la santé des travailleuses et des travailleurs, l'enregistrement de leur temps de travail permettant d'identifier les surcharges en temps voulu⁶⁸.

Le résultat des débats⁶⁹ consiste en deux modes dérogatoires d'enregistrement du temps de travail. D'une part, les partenaires sociaux peuvent convenir dans une convention collective de travail⁷⁰ de renoncer à enregistrer le temps de travail pour les travailleuses et travailleurs disposant d'une grande autonomie, pouvant dans la majorité fixer leurs horaires de travail, et touchant un salaire annuel brut de CHF 120 000.-. Il doit en outre avoir été convenu individuellement de renoncer à l'enregistrement du temps de travail (art. 73a al. 1 OLT 1)⁷¹. La renonciation à l'enregistrement du temps de travail équivaut à un horaire fondé sur la confiance tel que l'Administration fédérale le connaît. Des mesures de compensation doivent être arrêtées (art. 73a al. 4 OLT 1) pour protéger la santé des travailleuses et travailleurs au regard du risque de surcharge propre à chaque branche, si besoin avec l'aide d'un médecin ou d'un spécialiste de la santé et de la sécurité au travail⁷².

⁶⁴ SECO 2013 ; RUDOLPH, pp. 39 s.

⁶⁵ RUDOLPH, p. 40.

⁶⁶ RUDOLPH, p. 39.

⁶⁷ RUDOLPH, p. 40.

⁶⁸ SECO 2015, p. 12 (procédure de consultation n° 2015/13) ; RUDOLPH, p. 40.

⁶⁹ RO 2015 4809.

⁷⁰ Répondant aux critères de l'art. 73a al. 4 LTr.

⁷¹ L'accord individuel est révocable annuellement (art. 73a al. 3 OLT 1).

⁷² SECO 2022, p. 173a-4.

Cela démontre selon nous que l'enregistrement du temps de travail sert la protection de la santé des travailleurs.

La saisie du temps de travail peut en outre être simplifiée, en ce sens que seule la durée quotidienne de travail cumulée doit être documentée et non plus le début et la fin de chaque phase de travail, l'horaire et la durée des pauses ainsi que les jours de repos et de repos compensatoire (art. 73b OLT 1).

Evaluation des assouplissements. – Le système des articles 73a et 73b OLT 1 a fait l'objet d'une évaluation commandée par le SECO. En substance les conclusions de l'étude utiles pour la présente contribution sont les suivantes : seul un nombre limité de travailleuses et travailleurs est concerné ; il y a un lien direct entre modalité dérogatoire d'enregistrement du temps de travail et temps de travail effectif, et notamment une plus grande probabilité d'une durée hebdomadaire du travail très élevée (plus de 55 heures) ; il n'y a pas de lien direct entre la modalité d'enregistrement du temps de travail et l'exposition à un risque de stress important, mais une corrélation importante entre les deux se retrouve chez les personnes insatisfaites du mode d'enregistrement ; de nombreuses travailleuses et travailleurs indiquent que la conciliation travail-famille est bonne mais déclarent avoir du mal à se détacher du travail et renoncer aux loisirs, en lien direct avec les modalités d'enregistrement du travail, l'absence de mesures d'accompagnement et la durée très longue du travail ; la grande majorité des travailleuses et travailleurs se déclare en bonne santé mais nombre d'eux déclarent des troubles divers, sans que l'étude puisse tirer des conclusions définitives quant à leur origine dans les modalités dérogatoires d'enregistrement du temps de travail⁷³. Elle suggère notamment de s'assurer de l'accord positif explicite des personnes concernées avec les modalités dérogatoires d'enregistrement du temps de travail⁷⁴. Les personnes insatisfaites des modalités sont en effet certainement celles qui ne l'ont pas véritablement choisi, en dépit de ce que prévoient les articles 73a et 73b OLT 1⁷⁵.

Elargissement des assouplissements ? – Le temps de travail et son enregistrement viennent régulièrement sur le devant de la scène parlementaire, souvent dans le sens d'un allègement supplémentaire. On mentionnera l'objet principal parmi d'autres, l'initiative parlementaire de Konrad Graber, qui vise en particulier à annualiser le temps de travail et renoncer à certains plafonds de durée du travail⁷⁶.

⁷³ BONVIN/CIANFERONI/KEMPENEERS, pp. 31-33 ; LEMPEN, p. 111.

⁷⁴ BONVIN/CIANFERONI/KEMPENEERS, p. 33.

⁷⁵ Il semble que cela ait déjà été le cas dans la fonction publique fédérale : GEISER, p. 2.

⁷⁶ MEIER-GUBSER, p. 42 ; Initiative parlementaire « Introduire un régime de flexibilité partielle dans la loi sur le travail et maintenir des modèles de temps de travail éprouvés » (Iv. pa. 16.414 ; Konrad Graber), déposée le 17 mars 2016 ; voir aussi LEMPEN, pp. 108 s.

Conclusion intermédiaire. – Les personnes qui travaillent selon un horaire fondé sur la confiance n'ont pas à enregistrer leur temps de travail. Comme vu plus haut, cette modalité du travail répond à des volontés de la Confédération – selon nous aussi attribuables aux autres employeurs – en partie contradictoires, soit faire preuve du dynamisme d'un employeur moderne, mais aussi éviter de voir ses employées et employés accumuler un solde d'heures supplémentaires et de vacances non prises⁷⁷. On peut s'attendre à ce qu'il en résulte une durée de travail plus longue⁷⁸, ce qui se vérifie dans le secteur privé. La compensation en espèces prime la compensation en nature (art. 64b al. 5 OPers). Or il est apparu que des considérations liées à la santé interviennent systématiquement lorsqu'est en cause l'enregistrement du temps de travail, dont le rôle de « garde-fou » se confirme. Il s'agit dans les lignes qui suivent de confronter les enseignements tirés de la LTr avec la réglementation prévue dans le droit de la fonction publique tout en gardant à l'esprit que la LTr n'est que partiellement applicable aux administrations fédérale, cantonales et communales, comme cela ressort des lignes qui suivent.

b) Dans l'administration

Application de la LTr à l'administration. – La LTr a vocation à s'appliquer à toutes les entreprises publiques et privées (art. 1 al. 1 LTr)⁷⁹, mais exclut de son champ d'application les administrations fédérale, cantonales et communales (art. 2 al. 1 let. a LTr). La décentralisation rend nécessaire de préciser quelles entités éloignées de l'administration centrale doivent y être assimilées. Le législateur a chargé le Conseil fédéral de préciser les critères pour les désigner (art. 2 al. 2 1^{re} phr. LTr), ce qu'il a fait à l'article 7 OLT 1. Sont assimilés à l'administration les établissements publics dépourvus de la personnalité juridique et les corporations de droit public, pour autant que la majorité de leurs travailleuses et travailleurs soient liés par des rapports de droit public (art. 7 al. 1 OLT 1). En pareille situation, les relations de travail de droit privé sont soumises à la LTr de manière subsidiaire, si le statut de la fonction publique n'aménage pas un régime plus avantageux (art. 7 al. 2 OLT 1)⁸⁰.

⁷⁷ L'horaire de travail fondé sur la confiance ne devrait pas servir à augmenter la prestation de travail due : GEISER, p. 19.

⁷⁸ GEISER, p. 17.

⁷⁹ Du point de vue de la flexibilisation des modalités du travail, il n'est pas déterminant, pour être en présence d'une entreprise au sens de la LTr, que soient utilisés des locaux particuliers au des installations fixes, ou que l'activité professionnelle soit exercée au domicile – à l'exception du travail à domicile. C'est dire que le télétravail est appréhendé par la LTr : SECO 2022, p. 001-1 ; MEIER-GUBSER, p. 37.

⁸⁰ SECO 2022, p. 107-2 ; GEISER, p. 10.

En parallèle, sont exclus de l'exception au champ d'application de la LTr – qui leur est donc finalement applicable – certaines entreprises fédérales, cantonales et communales (art. 2 al. 2 2nde phr. LTr) en fonction de leur secteur d'activité. Celles-ci sont désignées aux articles 4 et 4a OLT 1, qui regroupent en substance les entreprises publiques du secteur de l'énergie, de transport de personnes ou de marchandises, de traitement des déchets, d'approvisionnement en eau et d'épuration des eaux (art. 4 OLT 1) ainsi les médecins-assistants des hôpitaux et cliniques publics (art. 4a OLT 1). Il va de soi que des personnes peuvent relever à la fois des art. 7 et 4, resp. 4a, OLT 1. Dans ces conditions, les art. 4 et 4a OLT 1 l'emportent (art. 7 al. 3 OLT 1)⁸¹. En d'autres termes, les personnes concernées sont ramenées sous l'égide de la LTr, quand bien même leur employeur ferait partie de l'administration au sens de l'article 2 al. 1 let. a LTr⁸².

Le système est tortueux⁸³, mais en pratique, l'autorité compétente peut créer la sécurité juridique requise au moyen d'une décision de constatation de l'assujettissement à la LTr⁸⁴.

Ces cas de figure exceptés du champ d'application de la LTr demeurent en tous les cas soumis aux dispositions sur la protection de la santé, comme le prévoient les articles 2 al. 1 et 3a LTR. Les dispositions en question sont les articles 6, 35 et 36a LTr. L'énumération est exhaustive⁸⁵. Il n'est possible de déroger qu'aux seules prescriptions concernant la durée du travail et du repos⁸⁶.

Ratio legis. – Le système choisi est motivé d'une part par des considérations concurrentielles. Les conditions de travail jouent sur la compétitivité des entreprises. Il convient donc que si l'Etat s'aventure « de fait » sur le terrain du droit privé, selon une organisation privée, souvent en concurrence avec des acteurs purement privés, il soit soumis à la LTr⁸⁷. D'autre part, la diversité des statuts de la fonction publique entraîne des lacunes de protection des agentes et agents publics, ce qui n'est pas souhaitable⁸⁸. La crise économique des années 1990 ainsi que le mouvement de privatisation de larges pans de l'administration ont contribué à une dégradation des conditions de travail dans le secteur public, qui n'atteignaient par moments même plus les *minima* imposés au secteur privé. La définition relativement restrictive de l'administration vise à combattre cette tendance⁸⁹.

⁸¹ SECO 2022, p. 107-2.

⁸² SECO 2022, pp. 107-2, 104-1, 104a ; GEISER, p. 10.

⁸³ MAHON/BENOÎT, N 10 *ad* art. 71 LTr, p. 695 ; GEISER, p. 9.

⁸⁴ Voir p.ex. TF 2P.251/2001 du 14 février 2002 ; ou encore Volkswirtschaftsdirektion/ZH, décision VD_7/2007/ME du 26 mars 2008, disponible sur www.zhentscheide.ch (consulté le 13 mars 2023).

⁸⁵ TF 8C_789/2020 du 4 novembre 2021, c. 4.3.1.

⁸⁶ SECO 2022, p. 002-2.

⁸⁷ SECO 2022, pp. 002-4, 107-2, 104-1.

⁸⁸ SECO 2022, p. 002-4.

⁸⁹ SECO 2022, p. 107-1.

Application de la LTr à certaines catégories de personnes. – Le même mécanisme vaut pour les personnes qui exercent une fonction dirigeante élevée (cf. art. 3 let. d LTr et art. 9 OLT 1)⁹⁰, dont le législateur considère qu'elles n'ont pas besoin de la protection offerte par le droit public⁹¹ autre que celle des dispositions sur la protection de la santé⁹². Il vaut aussi pour les personnes qui exercent une activité scientifique (art. 3 let. d LTr *cum* 10 OLT 1). Il arrive que l'on retrouve ces deux profils au sein de l'administration au sens de la LTr.

Renvoi de la LPers vers la LTr. – L'article 17 LPers prévoit que les dispositions de la LTr concernant la durée maximale de la semaine de travail sont applicables par analogie⁹³. La portée de ce renvoi semble se limiter à l'article 9 LPers, unique disposition de la section consacrée à la durée maximale de la semaine de travail, et devrait à tout le moins s'étendre aux articles 22 à 24 OLT 1. Le rapport entretenu entre cette norme de renvoi et l'article 64b OPers, qui dispense de l'enregistrement du temps de travail, semble peu clair. Il semble peu convaincant d'interpréter le renvoi étroitement en ce sens que les dispositions sur l'enregistrement sur le temps de travail ne sont pas comprises dans le renvoi, alors que le respect de la limite maximale du temps de travail hebdomadaire serait inefficace en l'absence d'enregistrement. Cette question reste ouverte.

Les dispositions sur la durée du travail comme mesures de protection de la santé ? – Il est tentant de déduire de l'article 6 al. 2 LTr qui consacre l'injonction faite à l'employeur de prémunir ses employés du surmenage, une obligation de veiller à ce que les heures de travail soient consignées. En effet, certaines dispositions de l'OLT 1 sur le temps de travail interviennent en concrétisation de l'article 6 LTr (p.ex. art. 13 OLT 1), même si elles se rapportent à la durée du travail. L'article 6 al. 2 LTr oblige en effet de plus l'employeur à concevoir des horaires de travail qui ne soient pas nocifs pour la santé des travailleuses et travailleurs, tels les horaires pénibles ou irréguliers, même si les dispositions de la loi relatives à la durée du travail et du repos ne font pas partie des mesures de protection de la santé au sens strict⁹⁴. On a vu plus haut que les préoccupations sanitaires sont très présentes dans ce contexte.

Jurisprudence fédérale. – Le Tribunal fédéral a toutefois estimé que l'énumération de l'article 3a LTr étant exhaustive, un détour par l'art. 6 al. 2 pour faire appliquer de manière

⁹⁰ Sur cette notion voir TF 8C_464/2020 du 9 avril 2021, c. 4.1 (peu clair sur la qualification d'un secrétaire municipal) ; TF 4A_38/2020 du 22 juillet 2020, c. 4.7 ; TF 2C_745/2014 du 27 mars 2015, c. 3 ; GEISER, p. 12.

⁹¹ TF 4A_38/2020 du 22 juillet 2020, c. 4.1 ; ATF 98 Ib 344, c. 2.

⁹² TF 8C_789/2020 du 4 novembre 2021, c. 4.3.1.

⁹³ On met ici de côté la réserve en faveur de la loi fédérale sur le travail dans les entreprises de transports publics du 8 octobre 1971, RS 822.21.

⁹⁴ SECO 2022, p. 006-2 ; LEMPEN, p. 107.

générale une disposition sur le temps de travail lui était contraire⁹⁵. A l'appui de son arrêt, il se réfère aux aides à l'interprétation du SECO, sans grande motivation. Il cite un précédent de 2002 à l'analyse plus fournie⁹⁶. Le Tribunal fédéral y retrace la volonté historique du législateur d'exclure tout d'abord entièrement l'ensemble de la fonction publique de la LTr, puis d'y inclure pour des raisons d'eurocompatibilité le personnel de l'administration fédérale, sciemment dans le domaine de la protection de la santé uniquement, puis celui des administrations cantonales et communales pour le même domaine, avec l'exception des médecins-assistants en 2002. L'analyse historique soutient l'analyse littérale et systématique, car le renvoi de l'article 3a LTr est clair : la LTr règle matériellement la protection des travailleurs en trois volets (protection de la santé, durée du travail et repos, dispositions spéciales de protection) et seules des dispositions relatives aux premier et troisième volets se sont vu conférer un champ d'application étendu (renvoi de l'art. 3a LTr). Le Tribunal fédéral indique en outre que les dispositions sur la protection de la santé ne se recoupent pas avec celles sur le temps de travail. L'aspiration à un temps de travail limité à 50 heures hebdomadaires répond bien plus à des schémas socioculturels que sanitaires ; la durée hebdomadaire maximale du travail se trouverait ainsi nettement en dessus de ce seuil. Seuls des abus manifestes dans la durée du travail (p. ex. 100h/semaine) pourraient être sanctionnés par le biais des dispositions sur la santé dans le contexte de la fonction publique⁹⁷.

Remarques. – Au regard de ces précédents, il paraît difficile de déduire de l'article 6 al. 2 LTr et l'interdiction du surmenage qu'il consacre une obligation de saisir le temps de travail. Il ne semble pas non plus possible de le tirer de la réserve restrictive en faveur du droit public de l'article 71 let. b LTr. Cette réserve au libellé enveloppant n'en est pas moins circonscrite au champ d'application de la LTr, de sorte que dans le contexte qui nous occupe, seules certaines dispositions sur la santé (art. 6, 35, 36a, LTr) constituent le plancher auquel l'article 71 let. b LTr renvoie⁹⁸.

Il s'agirait toutefois ici non de faire adopter des durées du travail maximales dans la fonction publique, mais de donner à tout le moins aux personnes employées, même sur un horaire fondé sur la confiance – ainsi qu'à leurs employeurs –, l'outil permettant de se rendre compte de la durée du travail effectué et des horaires pratiqués. Contrairement à ce que retenait le Tribunal fédéral en 2002 en relayant le législateur de 1960, on a exposé *supra* les liens existants entre protection de la santé (risques psychosociaux) et modalités

⁹⁵ TF 8C_789/2020 du 4 novembre 2021, c. 4.3.2.

⁹⁶ TF 2P.251/2001 du 14 juin 2002 ; LEMPEN, p. 104.

⁹⁷ Voir aussi LEMPEN, p. 107.

⁹⁸ Peu clair ATF 138 I 356, où l'employeur d'espèce était soumis à la LTR en raison de la mutation de l'hôpital universitaire de Zurich en établissement cantonal doté de la personnalité juridique (c. 2 non publié ainsi que VGer/ZH, arrêt PB.2010.00048 du 24 août 2011) ; SECO 2022, p. 071-2 ; nuancés MAHON/BENOÎT, N 11 *ad* art.71 LTr, ainsi que GEISER, p. 11 ; MÜLLER/MADUZ, N 4 *ad* art. 71 LTr.

déroatoires d'enregistrement du temps de travail ; ainsi que les préoccupations politiques systématiques à ce sujet au moment de l'adoption des nouveaux articles 73a et 73b OLT 1. On ne saurait en même temps écarter le fait que la flexibilisation du temps de travail, y compris l'horaire à la confiance, rencontre dans une certaine mesure l'adhésion des travailleuses et travailleurs et peut même leur être bénéfique. Il est toutefois intéressant de relever que l'étude commandée par le SECO a identifié que l'insatisfaction relative aux modalités déroatoires de l'enregistrement du temps de travail est source de stress nocif. Or l'horaire fondé sur la confiance est partiellement imposé dans la fonction publique fédérale et est donc susceptible de générer une telle insatisfaction. On a vu également qu'il semble avoir été adopté pour faire face à un surplus important de prétentions liées à des heures supplémentaires et vacances non prises, que l'enregistrement du temps de travail a permis de mettre en lumière, mais dont il n'était pas la cause.

Il existe donc à notre sens des raisons de soutenir que l'obligation d'enregistrer le temps de travail journalier et hebdomadaire ainsi que les temps de repos devrait devenir un standard, en tout cas pour l'enregistrement du temps de travail, même dans les collectivités publiques non soumises à la LTr, et même en cas d'horaire à la confiance. A notre sens, les phénomènes de flexibilisation rendent cette thématique plus importante encore.

Perspectives. – L'article 6 al. 2 LTr offre difficilement un ancrage juridique à cela, au regard de la jurisprudence récente. Le droit constitutionnel pourrait alors être mis à contribution, en particulier. Cette hypothèse a été évoquée par le Tribunal fédéral dans son arrêt 2002, où il a rappelé que les législateurs étaient obligés par le droit à la liberté de mouvement ainsi qu'à l'intégrité physique et psychique (art. 10 al. 2 Cst.) tout comme par le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH)⁹⁹ et que la LTr n'était donc pas seule garante de leur protection. L'examen des possibilités de mobilisation de ces garanties dépasserait toutefois le cadre de la présente contribution. Il convient également de mentionner deux conventions de l'Organisation internationale du travail (OIT) n° 155 sur la sécurité et la santé des travailleurs du 22 juin 1981 et 187 sur le cadre promotionnel pour la sécurité et la santé au travail du 15 juin 2006¹⁰⁰, la première trouvant application notamment à la fonction publique. Exposer le contenu de ces instruments dépasse là aussi le cadre de la présente contribution, ce d'autant que la Suisse n'a encore ratifié aucune d'entre elles. Une autre piste pourrait être identifiée au moyen de l'article 328 CO, qui protège la travailleuse ou le travailleur dans sa personnalité et oblige l'employeur privé comme, selon le Tribunal fédéral, l'employeur public¹⁰¹. L'article 328 al. 2 CO impose à l'employeur de prendre les mesures commandées par l'expérience, applicables en l'état de

⁹⁹ TF 2P.251/2001 du 14 juin 2002, c. 4.4.1.

¹⁰⁰ Disponibles sur www.ilo.org > normes du travail (consulté le 14 mars 2023).

¹⁰¹ TF 8C_787/2015 du 4 novembre 2016, c. 3.3.2.

la technique et adaptées aux conditions de l'exploitation du ménage pour protéger notamment la santé du travailleur. Le potentiel d'une telle voie reste ouvert : d'une part, le champ d'application est matériellement le même que celui des dispositions de la LTr sur la protection de la santé¹⁰², difficilement mobilisable comme nous avons pu le constater ; mais d'autre part, la protection contre le stress, qu'un horaire non enregistré semble favoriser dans certains cas, est un cas d'application de la protection du travailleur selon l'article 328 CO¹⁰³. Notons encore au niveau réglementaire que l'article 73b al. 4 OLT 1 prévoit que même lorsque la travailleuse ou le travailleur a opté pour l'enregistrement simplifié du temps de travail, elle ou il demeure libre de l'enregistrer, et l'employeur est tenu de mettre à disposition un instrument approprié à cet effet. Cette solution pourrait à notre sens être généralisée dans la fonction publique, dans le but de fournir aux agentes et agents publics ainsi qu'aux entités employeuses à tout le moins une vision représentative du temps de travail effectué, en dépit de la flexibilisation prévalant dans leur relation de travail concrète. Cela semble en outre conforme aux objectifs de protection de la personnalité, de la santé et d'équilibre ainsi que de coordination et *controlling* ancrés aux articles 4 al. 2 let. g et i LPers, respectivement 5 LPers¹⁰⁴ et qui doivent selon nous valoir pour toute autre entité publique employeuse.

En droit désirable, il est vrai que les temps de travail maximaux sont en deçà de la réalité d'un travail de cadre, qui dépasse souvent largement les 50 heures par semaine. Il pourrait être judicieux pour les collectivités publiques, non soumises à la LTr, de fixer un temps de travail maximal, comme elles le font déjà, et une autre valeur, pour les personnes avec un statut de cadre liées par un horaire à la confiance, qui ferait office de valeur d'alarme. Sans enregistrement du temps de travail, une telle obligation resterait toutefois peu effective¹⁰⁵.

2. La mise en œuvre des dispositifs de flexibilisation : acte juridique ou acte matériel ?

Propos liminaires. – La mise en œuvre des dispositifs de flexibilisation est souvent sujette à concrétisation par l'autorité hiérarchique, en particulier lorsqu'il s'agit de solutions individualisées mettre en place, le plus souvent à la demande de l'agente ou de l'agent public. Il s'agit donc de se demander de cas en cas si ces actes concrétisant la flexibilisation sont des actes matériels ou des actes juridiques dans la mesure où ils sont pris dans le contexte de l'organisation du travail au sein de l'administration, distinction qui peut s'avérer délicate à opérer dans le contexte des relations de service des agentes et agents publics¹⁰⁶. En effet, ces actes matériels relèvent avant tout du pouvoir d'organisation et du

¹⁰² DUNAND/RAEDLER, N 25 *ad* art. 328 CO.

¹⁰³ DUNAND/RAEDLER, N 49 *ad* art. 328 CO.

¹⁰⁴ GEISER, pp. 17 s.

¹⁰⁵ GEISER, pp. 19 s.

¹⁰⁶ HOFMANN, p. 122.

pouvoir hiérarchique, de sorte que du point de vue de leur objet, ils sont compris comme des actes à portée interne, en principe dépourvus d'*objet* juridique et partant soustraits d'un contrôle procédural et judiciaire. Dans le même temps, les actes concrétisant la flexibilisation sont susceptibles de toucher les droits et obligations des titulaires de fonction publique et, autrement dit, d'avoir un *effet* juridique sur leur destinataire, ce qui ouvre la protection constitutionnelle du droit à l'accès au juge de l'art. 29a Cst.¹⁰⁷.

Dans le contexte de la qualification des actes de l'administration en matière de gestion du personnel, il suffit d'examiner, en définitive et de notre point de vue, l'*effet* de la mesure en cause sur la situation juridique de l'agente ou de l'agent public : si l'acte a pour effet de créer, modifier, annuler des droits ou obligations dans la personne du destinataire, respectivement de rejeter une demande tendant à cela, il s'agit d'un acte qui doit être assimilé à une décision, s'il n'est pas qualifié directement de décision.

L'effet juridique. – Les critères permettant d'apprécier si la mesure d'organisation a un effet juridique doivent être dégagés de la jurisprudence du Tribunal fédéral. On en identifie en tout cas deux dans la constellation des mesures en matière de gestion du personnel des entités publiques.

Tout d'abord, un indice de l'existence d'un acte juridique réside dans le fait que la mesure d'organisation du travail repose sur une base légale, qu'elle soit formelle ou matérielle ; en effet, si une mesure individuelle et concrète a pour objet de concrétiser une disposition normative qui elle-même prévoit des droits et obligations, ladite mesure est, pareillement, génératrice de droits et obligations. Tel est ainsi le cas, par exemple, de la modification du cahier des charges d'une ou d'un titulaire de fonction publique dans lequel des obligations nouvelles lui sont imposées, en application d'une disposition légale nouvellement adoptée¹⁰⁸. Inversement, un cahier des charges ne revêt en principe pas la qualité d'une décision en tant qu'il décrit les tâches qui doivent être exécutées par les agents publics concernés et comment doivent être compris les droits et obligations fixés par la loi, les ordonnances, les décisions et ordres de service¹⁰⁹. Partant, si la mise en œuvre de la flexibilisation repose sur une disposition légale ou réglementaire qui régit les horaires de travail, celle-ci doit être considérée comme un acte de nature décisionnelle ; il en va également ainsi à plus forte raison si la mesure a trait à la quantité d'heures travaillées au bénéfice de l'entité publique, puisque celles-ci sont définies dans le cadre strict de l'engagement (*supra* II.).

¹⁰⁷ ATF 144 II 133, c. 4.2. Eg. ATF 136 I 323, c. 4.4 concernant la mutation d'un fonctionnaire à un autre poste. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, pp. 199 s.

¹⁰⁸ TF 8D_2/2018 du 21 février 2019, c. 6.3.

¹⁰⁹ TF 8D_3/2022 du 10 janvier 2023, c. 6, en lien avec de la flexibilité géographique. Eg. TF 8D_2/2018 du 21 février 2019, c. 6.3 ; TF 8D_9/2020 du 6 juillet 2021, c. 5.4.

Dans ce contexte, il s'agit de mentionner également la délimitation parfois délicate entre l'acte normatif ou à portée interne prévoyant un dispositif de flexibilisation, d'une part, et la décision générale, d'autre part. Ainsi, comment traiter une communication par laquelle une autorité hiérarchique s'adresse au personnel pour lui faire part de modalités nouvelles de prise en compte et de lissage horaire des heures de travail ?¹¹⁰ Selon la définition donnée par le Tribunal fédéral, il y a décision collective (ou décision générale) lorsqu'un acte, d'une part, s'adresse à un cercle relativement indéterminé de personnes et, d'autre part, règle un cas concret ; une telle décision, à tout le moins en ce qui concerne la possibilité de l'entreprendre, doit être traitée comme une décision ordinaire lorsqu'elle peut être appliquée et exécutée sans autre mesure concrète d'une autorité¹¹¹. C'est donc le critère du besoin ou non d'une concrétisation ultérieure qui assigne l'acte à la catégorie des actes de nature générale et abstraite ou inversement à celle des actes concrets, pouvant être entrepris par la voie du recours¹¹².

Par ailleurs, hormis la réalisation du premier indice relatif à l'ancrage normatif de la mesure, lorsqu'un acte à portée interne affecte les droits et obligations d'une ou d'un agent public en tant que sujet de droit, il doit également être considéré comme une décision¹¹³. De ce fait, si la mesure en lien avec la flexibilisation affecte le paiement du salaire, en lien avec les modalités de compensation des heures travaillées en sus de l'horaire quantitativement fixé lors de l'engagement ou subséquemment, il s'agit également à notre sens d'un acte de nature décisionnelle soumis au contrôle du juge.

Il découle de ce qui précède que si les exigences en termes de densité normative des dispositifs en matière de flexibilisation ne sont guères élevées (*supra* B.1.), le choix de procéder par la voie de l'ordonnance administrative en lieu et place d'une solution normative ne soustrait pas les mesures concrétisant le dispositif du contrôle judiciaire, lorsque les droits et obligations des agentes et agents publics sont touchés, notamment leurs prétentions salariales en lien avec la prise en compte et la compensation des heures travaillées en sus de l'horaire quantitatif fixé.

IV. La flexibilisation non réglementée

Propos liminaires. – La question abordée ici est de déterminer dans quelle mesure, en cas d'accord entre l'agente ou l'agent public et l'entité employeuse, il est possible de parvenir

¹¹⁰ Il s'agit de l'état de fait ayant mené à l'arrêt TF 8C_130/2014 du 22 janvier 2015.

¹¹¹ TF 8C_130/2014 du 22 janvier 2015, c. 2.2.2. Eg. ATF 139 V 143, c. 1.2.

¹¹² Pour un cas-limite de distinction, portant sur la compensation du travail de garde de nuit en lien avec des questions de rétroactivité, cf. TF 8D_1/2019 du 15 mai 2020, c. 6.3.

¹¹³ ATF 136 I 323, c. 4.4.

à une solution de flexibilisation alors que la loi ne la prévoit pas. Le panorama empirique dressé en début de contribution illustre que certaines expériences de flexibilisation se font d'abord sur le terrain, avant que les possibilités soient ensuite intégrées dans un dispositif normatif. On rappellera donc ici la place d'une démarche consensuelle pour des flexibilisations non encore réglementées, alors que la relation de service doit répondre au principe cardinal de la légalité.

Les relations de travail dans la fonction publique ont ceci de particulier qu'elles peuvent être, selon le régime choisi par le législateur, de nature bilatérale – c'est le cas pour les employées et employés de la Confédération et du canton de Vaud, par exemple – ou unilatérale – ainsi les statuts dits traditionnels connus à Genève ou Neuchâtel, ainsi que dans de nombreuses communes¹¹⁴. Le régime unilatéral ou bilatéral influe sur l'analyse portant sur les relations négociées dans la relation de service, et plus particulièrement sur la qualification de la forme juridique du fruit de ces négociations.

La place pour une démarche consensuelle de flexibilisation. – La jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'admissibilité du contrat de droit administratif dans la relation administrative exige la réalisation de deux conditions. D'une part, la loi doit soit prévoir le contrat, soit lui laisser une place ou en tout cas ne pas l'exclure expressément, ce qui se détermine par interprétation. D'autre part, le contrat doit, compte tenu du sens et du but de la réglementation qu'il concrétise, être une forme d'action plus appropriée que la décision¹¹⁵. Ces conditions sont posées afin d'éviter que le principe de la légalité ne soit vidé de sa substance¹¹⁶.

L'entité employeuse qui se lance dans une solution de flexibilisation négociée avec une agente ou un agent public doit, partant, procéder dans un premier temps à l'interprétation de la réglementation en cause pour déterminer que celle-ci n'exclut pas une solution négociée. C'est ainsi que les cantons et communes et autres entités employeuses qui n'ont pas réglementé le partage de poste ont considéré que cette solution pouvait être proposée et implémentée au sein de leur personnel.

Cela étant fait, l'entité employeuse doit ensuite, de notre point de vue, s'assurer que la solution négociée ne porte pas atteinte à l'intérêt public et en particulier qu'elle ménage le bon fonctionnement du service concerné ainsi que les deniers publics ; l'examen de l'intérêt public se fait ici « en creux », car le plus souvent ce sont des aspirations privées de l'agente ou de l'agent public qui sont à l'origine si ce n'est au cœur de solutions de flexibilisation négociées. Comme nous l'avons déjà évoqué plus haut, bien que de nature

¹¹⁴ Pour une mise en perspective des différences très concrètes, et somme toute guère prononcées, de l'un ou l'autre régime, TANQUEREL 2015, pp. 315 ss. Eg. CANDRIAN, pp. 110 ss.

¹¹⁵ ATF 136 II 415, c. 2.6.1 ; ATF 136 I 142, c. 4.1. TANQUEREL 2021, pp. 21 s., est très critique à propos de cette seconde condition.

¹¹⁶ ATF 136 I 142, c. 4.1.

privée, ces aspirations concourent avec la réalisation de bonnes pratiques, voire de l'intérêt public (*supra* III.A.). Si ces conditions sont remplies, de notre point de vue, la seconde condition exigée par la jurisprudence est *de facto* réalisée, la solution négociée s'avérant plus appropriée que la décision car disponible. C'est dans cette perspective que des entités employeuses qui ne connaissent pas le congé non rémunéré accordent ce type de congés à celles et ceux des agentes et agents publics qui en font la demande.

Selon la nature unilatérale ou bilatérale de la relation de service. – Enfin, il s'agit de distinguer si la solution négociée de flexibilisation s'inscrit dans un cadre unilatéral ou bilatéral choisi par le législateur pour réglementer les relations de travail de la fonction publique.

L'acte par lequel l'agente ou l'agent public et l'entité employeuse s'entendent pour aménager une solution de flexibilisation doit être qualifié de clause contractuelle portant sur la modification du contrat dans la relation bilatérale. En revanche, dans un statut traditionnel de la fonction publique, la solution négociée pourra être qualifiée soit de décision sujette à acceptation comportant charges et conditions, soit de solution bilatérale, le critère de distinction étant ici le fondement de l'obligation de prester¹¹⁷. L'enjeu de la distinction n'est pas uniquement théorique, puisque l'on sait qu'un contrat résiste plus fortement à une modification législative ou réglementaire ou à un changement de pratique que ne le fait une décision.

V. Conclusion

Le panorama que nous avons dressé à propos de la flexibilisation du temps de travail dans la fonction publique et les questions que nous nous sommes posées, auxquelles nous avons en partie répondu, nous permettent de former les remarques conclusives suivantes.

Tout d'abord, les modèles de flexibilisation et l'agilité dont fait preuve la Confédération illustrent que la flexibilisation est évidemment possible dans les régimes de travail de droit public. Des modèles innovants et réactifs peuvent être mis en place. Il y a d'autant plus de souplesse que certains de ces modèles sont susceptibles d'être testés parfois hors de tout cadre réglementaire, dans le cadre d'essais pilotes, fondés sur des ordonnances administratives, avant d'être implémentés dans des textes afin d'assurer l'égalité de traitement pour l'ensemble des membres du personnel concerné. La relation de droit spécial liant les agentes et agents publics à l'entité employeuse permet au demeurant de se

¹¹⁷ TANQUEREL 2021, p. 22.

contenter de bases légales de rang réglementaire, faisant que l'obligation de légalité – et la rigidité qui en découle parfois – n'est pas un réel obstacle.

Par ailleurs, la flexibilisation du temps de travail doit être vue comme étant à l'avantage des agentes et agents publics – dans la perspective d'assurer l'équilibre dans leurs différents domaines de vie – ainsi qu'à l'avantage de l'entité employeuse, qui se profile comme un employeur attractif tout en profitant d'un potentiel non négligeable d'économies au regard du régime des heures supplémentaires. Nous avons soutenu ici que les mesures de flexibilisation doivent, néanmoins, s'adjoindre un dispositif protecteur de la santé des agentes et agents publics, pour les cas notamment où le modèle mis en place – en particulier l'horaire fondé sur la confiance – a pour effet de s'affranchir de l'horaire de travail au profit de la réalisation de la tâche confiée à l'agente ou l'agent public. Nous soutenons que l'entité employeuse est tenue d'assumer sa part de responsabilité en s'assurant que la flexibilisation ne se réalise pas au détriment de la santé des agentes et agents publics, lorsque des heures de travail excessives sont réalisées au détriment de la santé, indépendamment du fait que ces heures soient réalisées à la demande de l'entité employeuse ou du fait de la fidélité et de la diligence de l'agente ou de l'agent public. Il devrait de notre point de vue exister un seuil d'heures hebdomadaires ou mensuelles à ne pas systématiquement dépasser, qui ferait alors office de valeur d'alarme, afin d'éviter un surmenage chronique des personnes concernées, indépendamment des questions salariales. A cet effet, le moyen approprié est un enregistrement du temps de travail. A noter encore que le fondement d'une telle mesure protectrice ne découle probablement pas de la LTr, mais d'obligations supérieures, que ce soit de la protection constitutionnelle de l'intégrité physique et psychique, de la protection conventionnelle du respect de la vie privée et familiale ou des engagements internationaux que la Suisse pourrait ratifier en matière de protection des travailleuses et des travailleurs.

Bibliographie

- BONVIN/CIANFERONI/KEMPENEERS, Evaluation des effets des modifications aux règles concernant l'enregistrement du temps de travail (art. 73a et 73b OLT 1) entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2016, Genève 2019, disponible sous le lien https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Studien_und_Berichte/studie_aenderungen_arbeitszeiterfassung.html (consulté le 3 mars 2023), disponible sur www.seco.admin.ch > Service et publications > Conditions de travail > études et rapports.
- BROUGH/TIMMS/CHAN/HAWKES/RASMUSSEN, Work-Life Balance : Definitions, Causes, and Consequences, Handbook Series in Occupational Health Sciences, Cham 2020.
- CANDRIAN JÉRÔME, La double pertinence du principe de la bonne foi dans l'exécution des contrats de travail conclus par la Confédération : impératif contractuel et impératif de l'Etat de droit, *in* : Boillet/Favre/Largey/Martenet (édit.), La contractualisation en droit public, Zurich 2021, pp. 109-138.
- COMMISSION DE GESTION DU CONSEIL NATIONAL (CDG-N), Rapport « Loi sur le personnel de la Confédération : pilotage de la politique du personnel et atteinte des objectifs » du 23 octobre 2009, FF 2010 2615-2628 (cité : CGD-N 2009).
- COMMISSION DE GESTION DU CONSEIL NATIONAL (CDG-N), Rapport « Suivi de l'inspection "loi sur le personnel de la confédération : pilotage de la politique du personnel" » du 25 novembre 2011, FF 2012 3849-3894 (cité : CGD-N 2011).
- COMMISSION DE GESTION DU CONSEIL NATIONAL (CDG-N), Prise de position sur l'avis du Conseil fédéral du 22 février 2012 sur le rapport « Suivi de l'inspection "Loi sur le personnel de la Confédération : pilotage de la politique du personnel et atteinte des objectifs" » du 19 juin 2012, FF 2012 7445-7458 (cité : CGD-N 2012).
- CONSEIL FÉDÉRAL, Avis sur le rapport de la commission de gestion du Conseil national « Suivi de l'inspection "Loi sur le personnel de la Confédération : pilotage de la politique du personnel et atteinte des objectifs" » du 22 février 2012, FF 2012 3895-3902 (cité : CONSEIL FÉDÉRAL 2012).
- CONSEIL FÉDÉRAL, Modification des modèles d'horaires de travail pour le personnel de la Confédération, communiqué de presse du 5 décembre 2008, disponible sur www.admin.ch > Documentation > Communiqués (9.3.2022) (cité : CONSEIL FÉDÉRAL 2008).
- CONTRÔLE PARLEMENTAIRE DE L'ADMINISTRATION (CPA), Rapport « Evaluation du pilotage de la politique du personnel de la Confédération » à l'attention de la Commission de gestion du Conseil national du 17 juin 2009, Berne 2009 (cité : CPA 2009).
- DÉFAGO GAUDIN VALÉRIE, Les obstacles à la privatisation de la fonction publique, *in* : Dunand/Mahon/Perrenoud (édit.), Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins : Convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique, Neuchâtel 2016, pp. 259-278 (cité : DÉFAGO GAUDIN 2016).
- DÉFAGO GAUDIN VALÉRIE, Note à propos de l'ATF 146 I 105, *in* : RDAF 2021 I, pp. 25-30 (cité : DÉFAGO GAUDIN 2021).
- DÉFAGO GAUDIN VALÉRIE, Quelle autonomie pour l'Etat ?, *in* : ZSR/RDS, n° 137-2018 II, pp. 241-302 (cité : DÉFAGO GAUDIN 2018).

- DUNAND/RAEDLER, Commentaire *ad art.* 328 CO, *in* : Dunand/Mahon (édit.), Commentaire du contrat de travail, 2^e éd., Berne 2022.
- FLÜCKIGER ALEXANDRE, Commentaire *ad art.* 170 Cst., *in* : Martenet/Dubey (édit.), Commentaire romand de la Constitution fédérale, Art. 81 Cst. – dispositions finales, Bâle 2021 (cité : CR Cst. - FLÜCKIGER).
- GANZFRIED/MÄDER, Le travail à temps partiel en Suisse : importance croissante, défis et opportunités, Berne/Zurich 2022, disponible sous le lien <https://company.sbb.ch/fr/jobs-carriere/travailler-aux-cff/formes-de-travail/etude-travail-temps-partiel.html> (3 mars 2023).
- GEISER THOMAS, Avis de droit relatif à l'horaire de travail fondé sur la confiance dans l'administration fédérale rédigé à l'attention de la CdG-N de l'Assemblée fédérale, 7 juin 2011, Annexe au Rapport de la Commission de gestion du Conseil National « Suivi de l'inspection "loi sur le personnel de la confédération : pilotage de la politique du personnel" »), FF 2012 3869-3894.
- HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8^e éd., Zurich 2020
- HOFMANN DAVID, L'engagement et la gestion du personnel, *in* : Tanquerel/Bellanger (édit.), Les réformes de la fonction publique, Genève 2012, pp. 103-145.
- KODZ/HARPER/DENCH, Work-Life Balance : Beyond the Rhetoric, Brighton 2002.
- LEMPEN KARINE, Santé, horaires de travail et dialogue social à l'ère du digital, *in* : Dagron/Dupont/Lempen (édit.), Santé et sécurité au travail à l'heure de l'industrie 4.0, Genève 2021, pp. 99-133.
- MAHON/BENOÎT, Commentaire *ad art.* 71 LTr, *in* : Geiser/von Kaenel/Wyler (édit.), Loi sur le travail, Commentaire de la loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce, Berne 2005.
- MEIER-GUBSER STEFANIE, Aspects méconnus de la LTr : champ d'application, protection de la santé, durées du travail et du repos, *in* : TREX 2019, pp. 37-43.
- MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, Droit administratif, Volume III : L'organisation des activités administratives. Les biens de l'Etat, 2^e éd., Berne 2018.
- MÜLLER/MADUZ, ArG Kommentar, Arbeitsgesetz mit weiteren Erlassen im Bereich Arbeitsschutz, 8^e éd., Zurich 2017
- MÜLLER/OECHSLE, Die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung, *in* : AJP/PJA, n° 7-2007, pp. 847-855.
- OFFICE DU PERSONNEL DE L'ÉTAT DE LA RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE, Modalités internes d'application des horaires de travail au sein de l'administration cantonale, Version 1.4.4 du 8 décembre 2021, Genève 2021, disponible sous le lien <https://www.ge.ch/document/030101-modalites-application-horaires-travail-au-sein-administration-cantonale> (consulté le 3 mars 2023) (cité : OFFICE DU PERSONNEL DE L'ÉTAT GE).
- OFFICE FÉDÉRAL DU PERSONNEL, Partage de poste (jobsharging), fiche d'information, Berne 2015, disponible sur www.epa.admin.ch > Rechercher > Jobsharing (consulté le 3 mars 2023).
- POLTIER ÉTIENNE, Commentaire *ad art.* 178 Cst., *in* : Martenet/Dubey (édit.), Commentaire romand de la Constitution fédérale, Art. 81 Cst. – dispositions finales, Bâle 2021 (cité : CR Cst. - POLTIER).
- RUDOLPH ROGER, L'obligation d'enregistrement de la durée du travail selon la nouvelle réglementation, *in* : TREX 2016, pp. 38-46.

- SECRETARIAT D'ETAT À L'ÉCONOMIE (SECO), Commentaire de la loi sur le travail et des ordonnances 1 et 2, Berne avril 2022, disponible sur www.seco.admin.ch > Services et publications > Publications > Travail > Conditions de travail > Commentaires relatifs à la loi sur le travail > Commentaire de la loi sur le travail et des ordonnances 1 et 2 (consulté le 15 mars 2023) (cité : SECO 2022).
- SECRETARIAT D'ETAT À L'ÉCONOMIE (SECO), Enregistrement du temps de travail – adaptation de la pratique, communiqué de presse du 19 décembre 2013 et documents annexés, disponibles sur www.seco.admin.ch > le SECO > communiqués de presse 2013 (cité : SECO 2013).
- SECRETARIAT D'ETAT À L'ÉCONOMIE (SECO), Modalités de l'enregistrement du temps de travail, version 12.2018, disponible sur www.seco.admin.ch > Travail > Conditions de travail > Protection des travailleurs > Durée du travail et du repos > Enregistrement de la durée du travail (consulté le 14 mars 2023) (cité : SECO 2018).
- SECRETARIAT D'ETAT À L'ÉCONOMIE (SECO), Révision de l'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail (OLT 1), enregistrement de la durée du travail – Rapport sur les résultats de la procédure de consultation, octobre 2015, disponible sur www.fedlex.admin.ch > Procédures de consultation terminées > 2015 (procédure de consultation n° 2015/13) (cité : SECO 2015).
- TANQUEREL THIERRY, Les grands principes : origine, état des lieux et perspectives, *in* : Bellanger/Bernard (édit.), Les grands principes du droit administratif, Genève 2022, pp. 9-35 (cité : TANQUEREL 2022).
- TANQUEREL THIERRY, Au-delà des apparences : le contrat de droit public est-il vraiment bilatéral ?, *in* : Boillet/Favre/Largey/Martenet (édit.), La contractualisation en droit public, Zurich 2021, pp. 19-43 (cité : TANQUEREL 2021).
- TANQUEREL THIERRY, De quelques idées reçues en droit de la fonction publique, *in* : Wyler/Meier/Marchand (édit.), Regards croisés sur le droit du travail : Liber Amicorum pour Gabriel Aubert, Genève 2015, pp. 311-320 (cité : TANQUEREL 2015).
- TANQUEREL THIERRY, Droit public et droit privé : unité et diversité du statut de la fonction publique, *in* : Tanquerel/Bellanger (édit.), Les réformes de la fonction publique, Zurich 2012, pp. 49-81 (cité : TANQUEREL 2012).

Troisième partie :

Aspects de sécurité sociale

STÉPHANIE PERRENOUD

Les incidences de la flexibilisation du temps de travail sur les assurances sociales

Sommaire	Page
I. Introduction	162
II. Le travail à temps partiel et le travail sur appel	164
A. L'assurance-vieillesse, invalidité et survivants	166
1. L'exemption des activités accessoires de minime importance de l'obligation de cotiser	166
2. L'incidence du travail à temps partiel sur le montant des rentes	166
3. L'évaluation de l'invalidité	168
a) L'évaluation de l'invalidité des travailleurs à temps partiel	169
aa) L'affaire di Trizio c. Suisse	170
bb) La « nouvelle » méthode mixte	171
b) Le taux d'occupation réduit : un critère déterminant de l'étendue de l'abattement à opérer sur le salaire statistique d'invalidité	175
B. La prévoyance professionnelle	176
1. La fixation d'un salaire minimal en tant que condition d'accès au deuxième pilier	178
2. Le salaire coordonné et la déduction de coordination	180
3. L'évaluation de l'invalidité des travailleurs à temps partiel	181
C. L'assurance-accidents	184
D. L'assurance-chômage	187
1. L'assurance-chômage et le travail à temps partiel	188
a) Les conditions du droit à l'indemnité de chômage	188
aa) Les conditions relatives à la période de cotisation	189
bb) La condition afférente au chômage	190
cc) L'aptitude au placement et la perte de travail à prendre en considération	191
b) La détermination du gain assuré	193
2. Les particularités de l'assurance-chômage en cas de travail sur appel	194
a) Le droit à l'indemnité de chômage durant un rapport de travail sur appel	194
b) Le travail sur appel, un travail convenable ?	195
c) Le contrat de travail sur appel conclu en vue de diminuer le dommage	196
E. Les prestations parentales	197
III. Le congé non payé	199
A. L'assurance-vieillesse, invalidité et survivants	199
B. La prévoyance professionnelle	201
C. L'assurance-accidents	203

D. L'assurance-chômage	205
E. Les prestations parentales	206
Bibliographie	209

I. Introduction

La flexibilisation du temps de travail est un thème qui occupe le devant de la scène depuis plusieurs années. Le travail à temps partiel (travail exercé à un taux d'occupation allant jusqu'à 89 %) est en effet de plus en plus répandu : en 2021, 37,1 % de la population active a travaillé à temps partiel, contre seulement 30,7 % en 2001, et 25,4 % en 1991¹. Des assouplissements à l'enregistrement du temps de travail ont par ailleurs été introduits le 1^{er} janvier 2016 (art. 73a-b OLT 1²)³ et les interventions parlementaires requérant

¹ Le travail à temps partiel concerne majoritairement les femmes. En 2021, 58,6 % des travailleuses ont en effet exercé une activité à temps partiel (59,1 % en 2020), contre seulement 18,2 % des travailleurs de sexe masculin (18,3 % en 2020). Cf. Office fédéral de la statistique (OFS), Tableau « Taux d'occupation, de 1991 à 2021, en % » (consultable à l'adresse : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/situation-economique-sociale-population/egalite-femmes-hommes/activite-professionnelle/travail-temps-partiel.html>; consulté le 4 janvier 2023). Au sujet des inégalités (matérielles) entre les sexes que peut induire le travail à temps partiel et de leurs causes, cf. p. ex., PERRENOUD, Durées du travail et discrimination, pp. 657-682 ; PERRENOUD, Familles et sécurité sociale en Suisse, pp. 513-677.

² Ordonnance 1 relative à la loi sur le travail du 10 mai 2000 (OLT 1), RS 822.111.

³ Modification de l'OLT 1 du 4 novembre 2015, RO 2015 4809.

davantage de flexibilisation dans les horaires de travail⁴ et/ou de protection pour les travailleurs concernés⁵ se sont multipliées ces dernières années.

Le travail avec un horaire flexible peut revêtir de nombreuses formes. Si l'on pense en premier lieu au travail à temps partiel, le travail sur appel et les congés non payés apportent également de la flexibilisation au temps de travail. Bien que cette flexibilisation présente, pour les travailleurs, des avantages sous l'angle de la conciliation des vies familiale et professionnelle⁶, elle n'est cependant pas exempte d'inconvénients. Opter pour un emploi qui s'écarte de l'emploi « normal » exercé à plein temps toute l'année peut en effet être synonyme de travail moins qualifié et moins bien rémunéré, de conditions d'emploi plus précaires et d'opportunités moindres en termes de formation continue et de carrière⁷. Une telle décision soulève également des questions en lien avec la couverture sociale des travailleurs concernés. C'est sur celles-ci que la présente contribution se propose de revenir, en examinant les incidences du travail à temps partiel et du travail sur appel (*infra* II.), ainsi que des congés non payés (*infra* III.), en droit des assurances sociales.

⁴ Cf. p. ex., Motion « *Faciliter les adaptations du temps de travail pour les parents* » (Mo. 21.413 ; Fabien Fivaz), déposée le 9 mars 2021 et à laquelle le Conseil national a refusé de donner suite le 6 décembre 2022 ; Motion « *Administration fédérale. 20 pour cent de postes à temps partiel pour les hommes d'ici à 2020* » (Mo. 14.3948 ; Aline Trede), déposée le 26 septembre 2014 ; Interpellation « *Promouvoir les possibilités de travail à temps partiel pour les hommes* » (I. 13.3723 ; Ursula Schneider Schüttel) du 18 septembre 2013 ; Interpellation « *Encouragement du travail à temps partiel* » (I. 11.3300 ; Barbara Schmid-Federer) du 18 mars 2011 ; Interpellation « *Mise en œuvre du temps partiel et des emplois partagés* » (I. 09.4256 ; Katharina Prelicz-Huber) du 11 décembre 2009 ; Motion « *Topsharing. Encouragement du partage des responsabilités de direction* » (Mo. 09.3315 ; Brigit Wyss), déposée le 20 mars 2009 ; Motion « *Création de postes à temps partiel et de postes partagés* » (Mo. 09.3066 ; Katharina Prelicz-Huber), déposée le 9 mars 2009 ; Postulat « *Choisir son temps de travail* » (Po. 06.3531 ; Jean-Claude Rennwald), déposé le 5 octobre 2006 ; Postulat « *Travail à temps partiel pour les hauts cadres de l'administration fédérale* » (Po. 04.3674 ; Maria Roth-Bernasconi), déposé le 14 décembre 2004.

⁵ Cf. p. ex., Motion « *Adapter les allocations pour perte de gain* » (Mo. 21.3807 ; Marina Carobbio Guscetti), déposée le 17 juin 2021 et rejetée par le Conseil des Etats le 27 septembre 2021 ; Postulat « *Réglementer le travail sur appel* » (Po. 19.3748 ; Robert Cramer), déposé le 20 juin 2019 et classé le 9 juin 2022 après avoir été adopté par le Conseil des Etats le 11 septembre 2019.

⁶ Au sujet des avantages présentés par la flexibilisation des horaires de travail pour l'employeur, cf. p. ex., ZEIN, p. 523.

⁷ Sur ce point, cf. p. ex., Motion « *Formation professionnelle. Favoriser l'accès aux procédures de qualification des travailleurs à temps partiel* » (Mo. 15.3554 ; Marina Carobbio-Guscetti), déposée le 11 juin 2015.

II. Le travail à temps partiel et le travail sur appel

Le travail à temps partiel, qui se définit par un temps de travail réduit par rapport au travail à plein temps, offre de multiples possibilités de flexibiliser l'horaire de travail. On pense en particulier au travail à temps partiel avec un horaire de travail calculé sur une base journalière (travail chaque jour, selon un horaire quotidien individuel fixe ou variable de trois, quatre, cinq ou six heures, p. ex.), hebdomadaire (distribution des heures de travail sur les jours de la semaine, tel l'exercice d'une activité lucrative toute la journée, sur un nombre réduit de jours par semaine)⁸ ou annualisé (travail à 50 % toute l'année, deux jours et demi par semaine, à raison de jours fixes ou non ; travail à 50 % en alternant les semaines à deux jours et trois jours pleins de travail, à raison de jours fixes ou non ; travail à un taux de 60 % pendant six mois et à 40 % pendant les six autres mois ; travail à 100 % durant six mois et pas de travail les six autres mois, etc.).

Si le travail à temps partiel permet une meilleure conciliation des vies professionnelle et familiale et contribue à une répartition plus égalitaire des tâches au sein d'un couple, il peut cependant être synonyme d'une couverture sociale insuffisante, notamment dans la prévoyance professionnelle, puisque seuls les travailleurs qui réalisent un salaire annuel minimal de CHF 22'050.- auprès d'un même employeur sont soumis à l'assurance obligatoire (art. 2 al. 1 et 7 al. 1 LPP⁹). Les personnes travaillant à temps partiel peuvent aussi être moins bien protégées en cas d'accidents (cf. art. 7 al. 2 et 8 al. 2 LAA¹⁰, art. 13 OLAA¹¹) et être préférentiellement lorsqu'elles présentent une invalidité.

Dans la mesure où le travail sur appel est une forme particulière de travail à temps partiel avec un horaire de travail irrégulier (ou variable), les travailleurs sur appel sont susceptibles d'être confrontés aux mêmes inconvénients que les travailleurs à temps partiel. Le travail sur appel se distingue toutefois du travail à temps partiel, en ce que les périodes de travail sont définies selon les besoins de l'employeur, si bien que le travailleur ne peut pas fixer la durée ou les horaires de travail de manière autonome dans un certain cadre¹². A cet égard, le travail sur appel peut être proprement dit ou improprement dit. Si dans les deux hypothèses, l'horaire et la durée du temps de travail sont fixés unilatéralement par l'employeur en fonction de ses besoins, en cas de travail sur appel proprement dit, le travailleur s'oblige à fournir la prestation de travail chaque fois que

⁸ Sur ces aspects, cf. PERRENOUD, Durées du travail et discrimination, pp. 681-682 et les références.

⁹ Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 (LPP), RS 831.40.

¹⁰ Loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981 (LAA), RS 832.20.

¹¹ Ordonnance sur l'assurance-accidents du 20 décembre 1982 (OLAA), RS 832.202.

¹² Sur ce point, cf. CF, Rapport « Réglementer le travail sur appel », p. 6.

l'employeur fait appel à lui ; lorsque le travailleur a le droit de refuser une mission proposée par l'employeur, on parle alors de travail sur appel improprement dit¹³. En ce qu'il peut refuser les offres potentielles de l'employeur, le travailleur sur appel improprement dit garde la maîtrise de son temps et peut donc s'engager plus facilement qu'un travailleur sur appel proprement dit auprès d'autres employeurs afin de disposer d'autres revenus¹⁴. Le travail sur appel proprement dit est donc une forme de travail particulièrement précaire puisque le travailleur, obligé de rester à disposition pour pouvoir accepter les offres de l'employeur, ne peut pas disposer librement de son temps et peut se retrouver privé de revenu s'il ne reçoit pas d'offres de travail de l'employeur. La « *problématique de fond* » de cette forme d'emploi réside ainsi dans « *l'absence de travail combinée à l'obligation d'être à disposition pour le travailleur, corrélée à la liberté, pour l'employeur, d'appeler ou non le travailleur* »¹⁵. Le travail sur appel soulève dès lors des questions particulières, avant tout en relation avec l'assurance-chômage. A ce propos, le travail sur appel se distingue du travail auxiliaire ou occasionnel, en ce que le travailleur sur appel accomplit ses missions dans le cadre d'un seul rapport de travail durable, alors qu'en cas de travail auxiliaire, il n'existe pas de contrat-cadre, les rapports de travail reposant sur la multiplication de contrats de travail de durée déterminée, conclus pour chaque mission et prenant fin sans résiliation à l'expiration de la période de travail prévue¹⁶.

Les principaux inconvénients inhérents au travail à temps partiel en droit des assurances sociales seront examinés dans les lignes qui vont suivre, en mettant également en évidence ceux susceptibles de concerner spécifiquement les travailleurs sur appel.

¹³ En cas de travail sur appel proprement dit, le temps pendant lequel le travailleur est à disposition doit être considéré comme du temps de travail et, de ce fait, être rémunéré (au taux plein si le travailleur doit attendre dans les locaux de l'employeur, respectivement à un taux réduit par rapport au salaire de base si le travailleur peut quitter le lieu de travail et se contenter d'être joignable). Au sujet du travail sur appel proprement dit, cf. CF, Rapport « *Réglementer le travail sur appel* », pp. 7-13. Cf. aussi, notamment, TF 4A_534/2017 du 27 août 2018, c. 3.2 et 4.1 ; ATF 125 III 65 ; ATF 124 III 249. Sur la distinction entre le travail sur appel proprement et improprement dit, cf. p. ex., TF 4A_334/2017 du 4 octobre 2017, c. 2.2 ; TF 8C_318/2014 du 21 mai 2015, c. 5.1 ; TF 4A_509/2009 du 7 janvier 2010, c. 2.3.

¹⁴ CF, Rapport « *Réglementer le travail sur appel* », p. 6.

¹⁵ CF, Rapport « *Réglementer le travail sur appel* », pp. 6-7.

¹⁶ Pour déterminer si le rapport de travail est continu, la pratique tranche généralement en se fondant sur des critères objectifs comme la fréquence et la durée des prestations du travailleur. Un indice de continuité est notamment la succession des prestations effectuées à intervalles relativement courts ou réguliers ou, à défaut, la durée relativement longue des relations de travail. Cf. TF 8C_318/2014 du 21 mai 2015, c. 5.1. Au sujet de la délimitation entre le travail sur appel et d'autres formes de travail (notamment le service de piquet et le travail occasionnel) cf. p. ex., ZEIN, pp. 531-533.

A. L'assurance-vieillesse, invalidité et survivants

Dans l'assurance-vieillesse, invalidité et survivants, le fait de travailler à temps partiel n'a pas d'incidence sur l'affiliation. L'assurance est en effet obligatoire pour toute personne domiciliée en Suisse (art. 1a al. 1 lit. a LAVS¹⁷) ou qui y exerce une activité lucrative (art. 1a al. 1 lit. b LAVS), quel qu'en soit le taux d'occupation. Si, en principe, des cotisations sont prélevées sur l'intégralité du salaire perçu, une exception existe pour les activités accessoires de minime importance (*infra* 1.). Par ailleurs, le fait d'exercer une activité à temps partiel peut avoir une incidence sur le montant des rentes du premier pilier (*infra* 2.) et l'évaluation de l'invalidité des travailleurs à temps partiel fait l'objet de règles particulières (*infra* 3.).

1. L'exemption des activités accessoires de minime importance de l'obligation de cotiser

Conformément à l'art. 4 al. 1 LAVS, les cotisations des assurés qui exercent une activité lucrative sont calculées en pour cent du revenu provenant de l'exercice de l'activité dépendante et indépendante. Les cotisations sont en principe prélevées sur le salaire déterminant (cf. art. 5 LAVS¹⁸), quel qu'en soit le montant, et lorsque l'assuré exerce plusieurs activités à temps partiel, il est tenu de cotiser sur l'ensemble des salaires perçus. L'art. 34d RAVS, adopté en vertu de la délégation de compétence figurant à l'art. 14 al. 5 LAVS, introduit toutefois une exception. Lorsque le salaire déterminant n'excède pas CHF 2'300.- par année civile et par employeur (« *salaire de minime importance* »), les cotisations ne sont en effet perçues qu'à la demande de l'assuré. Cette faculté, qui permet d'exempter des activités exercées à temps très partiel ou pour une très courte durée de la perception de cotisations, est cependant subordonnée à l'existence d'une activité principale¹⁹. Si l'exonération de cotisations pour plusieurs activités lucratives accessoires de minime importance est en principe possible, ces activités ne doivent toutefois pas être exercées de manière si intensive en termes de temps et de sollicitation qu'il ne resterait plus de place pour une activité principale à distinguer ou que les différentes activités accessoires constitueraient ensemble l'activité principale²⁰.

2. L'incidence du travail à temps partiel sur le montant des rentes

Le fait de travailler à temps partiel a une incidence sur le montant des rentes versées par l'assurance-vieillesse et survivants (rente de vieillesse et rentes de survivants) et

¹⁷ Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS), RS 831.10.

¹⁸ Règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS), RS 831.101.

¹⁹ ATF 124 V 145, c. 3 ; TFA H 171/05 du 1^{er} décembre 2006, c. 4 ; ATF 113 V 247, c. 4c.

²⁰ ATF 113 V 247, c. 4c.

l'assurance-invalidité (rente d'invalidité). Cette incidence est cependant moindre dans le premier que dans le deuxième pilier (*infra* B.), au vu de la prise en compte, pour déterminer le montant de la rente du premier pilier, des années de cotisations et des bonifications pour tâches éducatives et d'assistance, en sus des revenus de l'exercice d'une activité lucrative²¹.

En effet, les rentes du premier pilier sont calculées en fonction de deux éléments : les années de cotisations et le revenu annuel moyen de l'assuré (art. 29^{bis} al. 1 LAVS). Les années de cotisations déterminent l'échelle de rente applicable. Une durée complète de cotisations²² permet de prétendre à une rente complète, en application de l'échelle 44, qui contient les rentes les plus élevées ; des rentes partielles sont servies aux assurés qui présentent une durée incomplète de cotisations (échelles 43 à 1 ; cf. art. 29 al. 2 LAVS). Dans la mesure où tant les personnes qui travaillent en Suisse que celles qui y sont domiciliées sont soumises à l'obligation de cotiser à l'AVS/AI (cf. art. 1a al. 1 lit. a et b et 3 LAVS, 2 LAI²³), le fait de travailler à temps partiel ne produit pas d'effet sur l'échelle de rente applicable²⁴. A l'inverse, cette circonstance a une incidence sur le revenu annuel moyen, soit sur l'élément qui détermine le montant de la rente au sein de l'échelle de rente applicable (soit une rente mensuelle d'un montant atteignant entre CHF 1'225.- et CHF 2'450.- dans l'échelle 44²⁵). Le revenu annuel moyen correspond en effet à la somme des revenus de l'activité lucrative réalisés durant la période de cotisation²⁶, divisée par le

²¹ L'écart entre les rentes de vieillesse versées aux femmes et aux hommes en témoigne. Il s'élève en effet à 2,7 % dans l'AVS, contre 63 % dans le deuxième pilier (cf. FLUDER/SALZGEBER/VON GUNTEN/KESSLER/FANKHAUSER, Ecart de rentes en Suisse : différences entre les rentes de vieillesse des femmes et des hommes, Aspects de la sécurité sociale, Rapport de recherche n° 12/16, OFAS, Berne 27 février et 9 octobre 2015, pp. 26-27). Concernant l'incidence de l'exercice d'une activité à temps partiel sur le montant des rentes du premier pilier, cf. PERRENOUD, Familles et sécurité sociale en Suisse, pp. 515-520.

²² La durée de cotisations est réputée complète lorsqu'une personne présente le même nombre d'années de cotisations que les assurés de sa classe d'âge (art. 29^{ter} al. 1 LAVS).

²³ Loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (LAI), RS 831.20.

²⁴ Par ailleurs, les périodes pour lesquelles des bonifications pour tâches éducatives ou d'assistance peuvent être créditées (cf. art. 29^{sexies-septies} LAVS) comptent comme années de cotisations (art. 29^{ter} al. 2 lit. c LAVS).

²⁵ Au sein d'une échelle, la rente maximale correspond en effet au double de la rente minimale (art. 112 al. 2 lit. c de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst., RS 101], art. 34 al. 3 LAVS). Le montant minimal de la rente de vieillesse complète (échelle 44) figure à l'art. 34 al. 5 LAVS.

²⁶ Il s'agit des revenus d'une activité lucrative sur lesquels des cotisations ont été prélevées (art. 29^{quinquies} al. 1 LAVS). Pour les personnes sans activité lucrative, le revenu d'une activité lucrative est obtenu en multipliant les cotisations (dont le montant est déterminé en fonction de la condition sociale ; cf. art. 10 LAVS) par 100, puis en divisant ce montant par le double du taux de cotisation (cf. art. 29^{quinquies} al. 2 LAVS).

nombre d'années de cotisations (art. 30 LAVS). Afin de tenir compte des tâches éducatives ou d'assistance effectuées par l'assuré, les bonifications qui lui ont été créditées entre le 1^{er} janvier qui suit la date où il a eu 20 ans révolus et le 31 décembre qui précède la réalisation du risque assuré doivent être ajoutées aux revenus de l'activité lucrative avant d'opérer ce calcul (art. 29^{bis} et 29^{quater} LAVS, 36 al. 2 LAI)²⁷. Par ailleurs, pour les couples mariés et ceux liés par un partenariat enregistré, les revenus de l'exercice d'une activité lucrative sont partagés entre les membres du couple lorsqu'ils ont tous les deux droit à la rente, lorsqu'une veuve ou un veuf a droit à une rente de vieillesse ou lorsque le mariage est dissous par le divorce (cf. art. 29^{quinquies} al. 3 LAVS)²⁸. Ce procédé, qui a pour but de partager entre les membres du couple les effets de la répartition des tâches convenues durant l'union, permet à celui des conjoints ou des partenaires enregistrés qui a interrompu l'exercice de son activité lucrative afin de s'occuper des enfants ou du ménage, ou qui a seulement exercé une activité professionnelle à un taux d'occupation réduit, de bénéficier d'une rente plus élevée grâce à la prise en compte d'une partie des revenus réalisés par l'autre membre du couple.

Le travail à temps partiel soulève également des questions en lien avec le financement du premier pilier. Dans la mesure où, à l'inverse du montant des rentes, le revenu soumis à cotisations n'est pas plafonné, les personnes qui, malgré l'exercice d'une activité à temps partiel, présentent un revenu annuel moyen équivalent ou supérieur à CHF 88'200.- ont droit à la rente maximale de l'échelle applicable, soit une rente d'un montant identique à celui de la rente à laquelle elles auraient eu droit si elles avaient travaillé toute leur carrière à plein temps. Les cotisations acquittées pour bénéficier de la rente maximale sont cependant inférieures à celles qui auraient été versées si l'activité avait été exercée à plein temps, d'où, de notre point de vue, une diminution de la solidarité entre les revenus, et, partant, des difficultés à prévoir pour l'avenir du financement de l'AVS, si le travail à temps partiel venait à se généraliser chez les personnes percevant des revenus importants (forte proportion d'hommes réduisant leur taux d'occupation à 80 %, p. ex.).

3. L'évaluation de l'invalidité

Pour déterminer le taux d'invalidité de la personne assurée, les offices AI ont recours à trois méthodes d'évaluation différentes (cf. art. 28a LAI), qui dépendent du statut de

²⁷ Au sujet des bonifications pour tâches éducatives ou d'assistance (art. 29^{sexies-septies} LAVS), qui ont été introduites lors de l'entrée en vigueur de la 10^e révision de la LAVS, le 1^{er} janvier 1997 (RO 1996 2466), cf. PERRENOUD, Familles et sécurité sociale en Suisse, pp. 1009-1035.

²⁸ Sur le partage des revenus entre les conjoints et les partenaires enregistrés (art. 29^{quinquies} al. 3 LAVS), introduit également lors de l'entrée en vigueur de la 10^e révision de la LAVS, le 1^{er} janvier 1997 (RO 1996 2466), cf. PERRENOUD, Familles et sécurité sociale en Suisse, pp. 1035-1041.

l'assuré (cf. art. 24^{septies} RAI²⁹) : la méthode ordinaire de comparaison des revenus, la méthode spécifique et la méthode mixte. La méthode ordinaire est appliquée aux assurés qui exercent une activité lucrative à un taux d'occupation de 100 % ou plus ; l'invalidité, qui prend la forme d'une incapacité de gain est évaluée sur la base de critères économiques, en comparant le revenu avec et sans invalidité (art. 28a al. 1 LAI, 16 LPGA³⁰, 24^{septies} al. 2 lit. a et 25-26^{bis} RAI ; *infra* b). L'invalidité des assurés qui ne sont pas actifs professionnellement est évaluée en application de la méthode spécifique, en fonction de leur incapacité à accomplir leurs travaux habituels (art. 28a al. 2 LAI, 24^{septies} al. 2 lit. b et 27 RAI)³¹. La méthode mixte, qui résulte d'une combinaison des méthodes ordinaire et spécifique, est appliquée pour évaluer l'invalidité des assurés qui exercent une activité lucrative à temps partiel (art. 28a al. 3 LAI, 24^{septies} al. 2 lit. c et 27^{bis} RAI ; *infra* a).

a) L'évaluation de l'invalidité des travailleurs à temps partiel

Dans l'assurance-invalidité, le fait de travailler à temps partiel signifie que l'invalidité sera évaluée en application non pas de la méthode ordinaire de comparaison des revenus, mais conformément à la méthode mixte (art. 28a al. 3 LAI, 24^{septies} al. 2 lit. c et 27^{bis} RAI)³². Cette méthode d'évaluation de l'invalidité conduit généralement à un taux d'invalidité moindre que celui auquel on parviendrait si l'invalidité avait été évaluée en application de la méthode ordinaire³³.

Depuis l'entrée en vigueur du « *Développement continu* » de l'AI (ou 7^e révision), le 1^{er} janvier 2022³⁴, l'invalidité des travailleurs à temps partiel qui n'accomplissent pas de travaux habituels mais consacrent leur temps libre à des loisirs doit être évaluée en

²⁹ Règlement sur l'assurance-invalidité du 17 janvier 1961 (RAI), RS 831.201.

³⁰ Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA), RS 830.1.

³¹ Au sujet de l'évaluation de l'incapacité d'accomplir les travaux habituels (méthode spécifique) et de la prise en compte de l'aide des proches dans l'évaluation de l'invalidité présentée dans la sphère ménagère, cf. PERRENOUD, Familles et sécurité sociale en Suisse, pp. 544-555, 1054-1055 et 1058-1062.

³² Concernant les différentes méthodes d'évaluation de l'invalidité et les avantages et inconvénients de celles-ci sous l'angle de l'égalité matérielle entre les sexes, cf. PERRENOUD, Familles et sécurité sociale en Suisse, pp. 531-581. Cf. aussi BYRNE-SUTTON, pp. 250-268.

³³ Sur ce point, cf. Rapport du Conseil fédéral « *Assurance-invalidité : évaluation du taux d'invalidité des personnes travaillant à temps partiel* » du 1^{er} juillet 2015, en réponse au postulat de Beat Jans (Po. 12.3960 ; « *Assurance-invalidité. Les travailleurs à temps partiel sont désavantagés* ») du 28 septembre 2012. Au sujet des désavantages présentés par la méthode mixte d'évaluation de l'invalidité, cf. PERRENOUD, Familles et sécurité sociale en Suisse, pp. 555-581.

³⁴ Modification de la LAI du 19 juin 2020, RO 2021 705 ; Modification du RAI du 3 novembre 2021, RO 2021 706.

application de la méthode mixte, au même titre que pour les travailleurs à temps partiel qui accomplissent des travaux habituels. Auparavant, leur taux d'invalidité était déterminé en recourant à la méthode ordinaire de comparaison des revenus (cf. art. 28a al. 1 et 3 LAI, en relation avec l'art. 27^{bis} al. 1 RAI, dans leur teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2021)³⁵.

aa) *L'affaire di Trizio c. Suisse*

Dans un arrêt rendu le 2 février 2016 dans le cadre de l'affaire *di Trizio c. Suisse*, la Cour européenne des droits de l'Homme (CourEDH) a jugé que dans la mesure où la méthode mixte d'évaluation de l'invalidité défavorise financièrement les personnes souhaitant travailler à temps partiel, soit très majoritairement des femmes, par rapport aux personnes qui exercent une activité lucrative à plein temps et à celles qui ne travaillent pas (en les limitant dans leur choix pour répartir leur vie privée entre le travail, les tâches ménagères et la prise en charge des enfants), elle n'est pas compatible avec le principe de l'égalité de traitement et de l'interdiction des discriminations (art. 14 CEDH³⁶), en relation avec le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH)³⁷. En l'espèce, Madame di Trizio s'était vu supprimer son droit à la demi-rente d'invalidité dont elle bénéficiait jusqu'alors, à la suite de la naissance de ses jumeaux. La déclaration de l'intéressée, selon laquelle si elle n'avait pas été invalide elle aurait travaillé à temps partiel depuis qu'elle était devenue mère, avait eu pour effet qu'elle avait cessé d'être considérée comme une personne active à plein temps et était désormais qualifiée de personne exerçant une activité lucrative à temps partiel consacrant son temps libre à l'accomplissement de travaux habituels. Il en découlait que l'évaluation de son taux d'invalidité devait être effectuée en application de la méthode mixte (en lieu et place de la méthode ordinaire de comparaison des revenus), changement qui se traduisait concrètement par la perte de son droit à une rente d'invalidité. Saisi d'une demande de révision à la suite de l'arrêt rendu par la CourEDH (cf. art. 122 LTF³⁸), le Tribunal fédéral a reconnu le droit de Madame di Trizio de continuer de

³⁵ Au sujet de l'évolution de l'évaluation de l'invalidité des travailleurs à temps partiel n'accomplissant pas de travaux habituels, cf. PERRENOUD, Familles et sécurité sociale en Suisse, pp. 538-544.

³⁶ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conclue à Rome le 4 novembre 1950 et entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974 (CEDH), RS 0.101.

³⁷ CourEDH, aff. *di Trizio c. Suisse* (requête n° 7186/09), arrêt du 2 février 2016. Pour un commentaire de cet arrêt, qui a été rendu à la suite de l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_49/2008 du 28 juillet 2008, cf., p. ex., PÄRLI KURT, Gemischte Methode der Invaliditätsbemessung verstösst gegen die EMRK – Besprechung des EGMR-Urteils vom 2. Februar 2016, « *Affaire di Trizio c. Suisse, Requête n 7186/09* », in : SZS/RSAS, n° 4-2016, pp. 390-400 ; PERRENOUD STÉPHANIE/BURGAT SABRINA/MATTHEY FANNY, L'affaire Di Trizio contre la Suisse – La méthode mixte d'évaluation de l'invalidité et l'égalité de traitement, ou quand deux et deux ne font pas quatre..., in : AJP/PJA, n° 9-2016, pp. 1187-1211.

³⁸ Loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF), RS 173.110.

bénéficiaire de la demi-rente d'invalidité qui lui avait été servie jusqu'à son accouchement³⁹. Si cet arrêt a apporté un épilogue heureux à l'affaire di Trizio, le Tribunal fédéral y a précisé que ce n'est que dans l'hypothèse où le droit à une rente d'invalidité est réduit ou supprimé, dans le cadre d'une révision du droit aux prestations ou d'un premier octroi de rente couplé avec une réduction ou une limitation dans le temps de la rente, en raison d'un motif d'ordre familial (la naissance d'enfants et la réduction de l'activité professionnelle qui en découle, ou la reprise d'une activité lucrative à temps partiel à la suite d'une diminution des tâches d'assistance éducative) conduisant à un changement de statut de « *personne exerçant une activité lucrative à plein temps* » à « *personne exerçant une activité lucrative à temps partiel consacrant son temps libre à l'accomplissement de travaux habituels* », ou de « *personne sans activité lucrative* » à « *personne exerçant une activité lucrative à temps partiel consacrant son temps libre à l'accomplissement de travaux habituels* », que le recours à la méthode mixte contrevient à l'art. 14 CEDH en liaison avec l'art. 8 CEDH⁴⁰.

bb) *La « nouvelle » méthode mixte*

A la suite de l'arrêt *di Trizio c. Suisse*, le Conseil fédéral a modifié les modalités de la méthode mixte. Cette modification des art. 27 et 27^{bis} RAI est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018⁴¹. Si l'invalidité des personnes occupées à temps partiel et accomplissant leurs travaux habituels doit toujours être évaluée dans les deux domaines d'activité (cf. art. 28a al. 3 LAI, 27^{bis} al. 2 aRAI, dans sa teneur jusqu'au 31 décembre 2021, puis art. 27^{bis} al. 1 RAI)⁴², le revenu sans invalidité est déterminé selon un nouveau mode de

³⁹ ATF 143 I 50.

⁴⁰ ATF 143 I 50, c. 4. Cf. aussi p. ex., TF 8C_591/2019 du 23 décembre 2019, c. 3.3 ; TF 9C_417/2019 du 20 novembre 2019, c. 4.3.2 ; TF 8C_728/2019 du 10 juin 2020, c. 6.2 ; ATF 144 I 28, c. 4.5-4.6 ; TF 9C_625/2017 du 26 mars 2018, c. 5.3 ; TF 9C_233/2017 du 19 décembre 2017, c. 3.3.2 ; TF 9C_232/2017 du 3 octobre 2017, c. 5.1 ; TF 9C_33/2017 du 18 septembre 2017, c. 4.2 ; ATF 144 I 21, c. 4.3-4.7 ; ATF 143 V 77, c. 3.2 ; ATF 143 I 60 ; TF 9C_473/2016 du 25 janvier 2017, c. 4.

⁴¹ Modification du RAI du 1^{er} décembre 2017, RO 2017 7581. Au sujet de la nouvelle méthode mixte cf. p. ex., CONTI MOREL EMILIE, Nouveaux paradigmes pour le calcul du taux d'invalidité des assurés exerçant une activité lucrative à temps partiel en assurance-invalidité et en prévoyance professionnelle, *in* : RSAS, n° 4-2018, pp. 367-382 ; LEUENBERGER RALPH/MAURO GISELLA, Changements dans la méthode mixte, *in* : CHSS, n° 1-2018, pp. 40-46 ; RENKER JANA, Die neue « *gemischte Methode* » der Bemessung des Invaliditätsgrads : Berechnungsmodell, Übergangsbestimmungen, offene Fragen, *in* : Jusletter du 22 janvier 2018.

⁴² En application de la méthode mixte, le taux d'invalidité doit être déterminé en lien tant avec l'activité lucrative que les travaux habituels (art. 28a al. 3 LAI, art. 27^{bis} RAI) : l'invalidité dans la sphère professionnelle est évaluée selon la méthode ordinaire de comparaison des revenus (art. 16 LPGa et 28a al. 1 LAI), respectivement l'invalidité ménagère selon la méthode spécifique (art. 28a al. 2 LAI ; cf. ATF 137 V 334, c. 4.1). La méthode mixte impose ainsi de procéder en deux étapes, puisqu'il s'agit d'abord de déterminer les parts respectives de l'activité lucrative et de l'accomplissement des travaux

calcul, qui permet une meilleure prise en compte des interactions existant entre les différents domaines d'activité : la détermination du taux d'invalidité professionnelle est désormais fondée sur l'hypothèse de l'exercice à temps plein d'une activité lucrative en parallèle de l'accomplissement des travaux habituels. Pour le calcul du taux d'invalidité dans la sphère professionnelle, le revenu que l'assuré aurait pu obtenir de l'activité lucrative exercée à temps partiel s'il n'était pas invalide doit en effet dorénavant être extrapolé pour la même activité lucrative exercée à plein temps ; la perte de gain ainsi exprimée en pourcentage doit ensuite être pondérée au moyen du taux d'occupation qu'aurait l'assuré s'il n'était pas invalide (cf. art. 27^{bis} al. 2 RAI)⁴³. La nouvelle méthode mixte met dès lors un terme au principe de la double pondération du taux d'invalidité professionnelle⁴⁴. Le calcul du taux d'invalidité dans la sphère ménagère n'est en revanche

habituels (à cet égard, le pourcentage relatif à l'accomplissement des travaux habituels correspond, en principe, à l'écart séparant le taux effectif auquel l'assuré exerce son activité lucrative et un taux d'occupation de 100 %, si bien que lorsqu'un assuré travaille à 60 %, la part des travaux habituels atteint 40 % ; cf. ATF 141 V 15, c. 4.5), pour ensuite calculer le taux d'invalidité d'après l'incapacité présentée dans les deux domaines d'activité (cf. ATF 137 V 334, c. 3.1.3 ; ATF 131 V 51, c. 5.1.2). Jusqu'au 31 décembre 2017, la procédure à suivre était la suivante : le taux d'invalidité professionnelle, obtenu en déduisant le revenu résiduel du revenu sans invalidité, puis en convertissant le montant obtenu en pour cent du revenu sans invalidité pour l'activité à temps partiel, conformément à la méthode générale de comparaison des revenus (taux d'invalidité professionnelle = [(revenu sans invalidité – revenu résiduel) / (revenu sans invalidité × 100)] × taux d'occupation), devait être pondéré en fonction du taux d'occupation de l'assuré (principe de la double pondération du taux d'invalidité professionnelle ; soit : [taux d'invalidité professionnelle × taux d'activité professionnelle sans invalidité]) ; il en allait de même du taux d'invalidité ménagère (évalué en comparant les différents types d'activité, selon la méthode spécifique), qui était pondéré en fonction du taux que consacrait l'assuré à l'accomplissement de ses travaux habituels (taux d'invalidité ménagère × taux d'activité ménagère sans invalidité). L'invalidité totale correspondait à l'addition des deux taux d'invalidité (invalidité professionnelle et invalidité ménagère), après la double pondération (c'est-à-dire en appliquant la formule suivante : [taux d'invalidité professionnelle × taux d'activité professionnelle sans invalidité] + [taux d'invalidité ménagère × taux d'activité ménagère sans invalidité]). Concernant la méthode mixte et ses évolutions, cf. PERRENOUD, Familles et sécurité sociale en Suisse, pp. 555-581.

⁴³ Le Tribunal fédéral a précisé que pour déterminer la perte de gain selon l'art. 27^{bis} al. 3 RAI, tant le revenu sans invalidité que le revenu d'invalide doivent être rapportés à une activité exercée hypothétiquement à plein temps. Ainsi, dans le cas d'un assuré travaillant à 75 % et présentant une incapacité de travail dans toute activité de 50 %, le taux d'invalidité professionnelle s'obtient en comparant le salaire qui aurait été perçu en cas d'exercice de l'emploi à 100 % (revenu sans invalidité ; en l'espèce, CHF 99'047.-) avec la moitié de ce salaire (revenu d'invalide ; en l'espèce, CHF 49'053.50), et non avec la moitié du salaire qu'aurait perçu l'assuré s'il avait continué à exercer son emploi à 75 % (cf. ATF 145 V 370, c. 3-4). Cette précision figure désormais dans le RAI depuis l'entrée en vigueur du « Développement continu » de l'AI, le 1^{er} janvier 2022 (cf. art. 27^{bis} al. 2 RAI).

⁴⁴ Le principe de la double pondération (« *doppelte Gewichtung* ») du taux d'invalidité professionnelle avait été posé par le Tribunal fédéral à la fin des années 1990 (cf. ATF 125 V 146). A l'origine, lors de l'introduction de la méthode mixte en 1977, le travail à temps partiel n'était imputé qu'une seule fois,

pas concerné par la modification entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018, si bien qu'il continue à être opéré en application des mêmes règles que précédemment (détermination du pourcentage que représentent les limitations dans les travaux habituels par rapport à la situation dans laquelle l'assuré serait sans invalidité, selon la méthode spécifique, puis pondération de ce pourcentage en fonction de la différence entre le taux d'occupation professionnelle et une activité lucrative exercée à plein temps ; cf. art. 27^{bis} al. 3 RAI).

Ainsi, par exemple, une mère de famille qui travaillait à 60 % et s'occupait de ses enfants et de la tenue du ménage le reste du temps, qui ensuite d'une invalidité ne peut exercer une activité lucrative qu'à un taux de 40 % et effectuer ses travaux ménagers à raison de 60 % de ce qu'elle accomplissait auparavant est invalide à 45,6 % (soit 36 % [60 % d'invalidité professionnelle⁴⁵, pondérés à 60 %] + 9,6 % [24 % d'invalidité ménagère⁴⁶, pondérés à 40 %] ; cf. art. 27^{bis} al. 3-4 RAI)⁴⁷, ouvrant le droit à 37,5 % de rente (cf. art. 28b al. 4 LAI)⁴⁸. Avec le nouveau mode de calcul, le taux d'invalidité de la personne assurée (45,6 %), bien qu'inférieur à celui qui aurait été le sien si elle avait exercé une activité à plein temps (60 %), est supérieur à celui qui lui aurait été reconnu si elle s'était occupée de ses travaux habituels à plein temps (40 %). Sous l'empire de l'ancienne méthode mixte (avec double pondération du taux d'invalidité professionnelle selon l'ATF 125 V 146), le taux d'invalidité de l'intéressée aurait atteint 29,58 % (soit 19,98 % [33,3 % d'invalidité

lors du calcul du taux d'invalidité professionnelle ; il fallait ensuite procéder à l'addition du taux d'invalidité professionnelle, sans nouvelle pondération, avec le taux d'invalidité ménagère, qui lui était pondéré en fonction du taux consacré par l'assuré à l'accomplissement de ses travaux habituels (principe de la simple pondération du taux d'invalidité professionnelle, selon la formule : [taux d'invalidité professionnelle] + [taux d'invalidité ménagère × taux d'activité ménagère sans invalidité]). Le changement jurisprudentiel opéré dans les modalités d'application de la méthode mixte (substitution du principe de la double pondération du taux d'invalidité professionnelle à celui de la simple pondération du taux d'invalidité professionnelle) s'était révélé pénalisant pour les employés à temps partiel, puisqu'il en était résulté un plus faible taux d'invalidité.

⁴⁵ Soit : $(100\% - 40\%) / 100\% = 60\%$. Formule : $(\text{taux d'activité professionnelle à plein temps} - \text{taux d'activité professionnelle avec invalidité}) / \text{taux d'activité professionnelle à plein temps} = \text{taux d'invalidité professionnelle}$.

⁴⁶ Soit : $(40\% \times 60\%) \times 100 = 24\%$.

⁴⁷ Soit : $(60\% \times 60\%) + (40\% \times 24\%) = 45,6\%$. Formule : $(\text{taux d'activité professionnelle sans invalidité} \times \text{taux d'invalidité professionnelle}) + (\text{taux d'activité ménagère sans invalidité} \times \text{taux d'invalidité ménagère})$.

⁴⁸ Si la rente avait été accordée avant l'entrée en vigueur du « Développement continu » de l'AI, le 1^{er} janvier 2022, elle aurait atteint un quart (cf. art. 28 al. 2 aLAI, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2021).

professionnelle⁴⁹, pondérés à 60 %] + 9,6 % [24 % d'invalidité ménagère⁵⁰, pondérés à 40 %]⁵¹, insuffisant pour ouvrir le droit à une rente de l'assurance-invalidité (cf. art. 28b al. 4 LAI). La nouvelle méthode mixte est également plus favorable que la méthode mixte telle qu'elle devait être appliquée au moment de son introduction, en 1977, c'est-à-dire avant que la jurisprudence ne pose le principe de la double pondération du taux d'invalidité professionnelle à la fin des années 1990⁵². En application de la méthode mixte « *originelle* », le taux d'invalidité de l'assurée de l'exemple ci-dessus aurait en effet atteint 42,9 % (soit 33,3 % d'invalidité professionnelle⁵³ + 9,6 % [24 % d'invalidité ménagère⁵⁴, pondérés à 40 %]⁵⁵, permettant de bénéficier d'un quart de rente (cf. art. 28 al. 2 LAI, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2021).

A supposer que la personne de l'exemple précédent n'accomplissait pas de travaux habituels, son taux d'invalidité atteindrait 36 % (60 % d'invalidité professionnelle, pondérés à 60 %)⁵⁶.

Selon l'OFAS, dans la mesure où avec le nouveau mode de calcul introduit avec effet au 1^{er} janvier 2018, les personnes qui exercent une activité lucrative à temps partiel tout en accomplissant des travaux habituels « *ne [sont] plus désavantagées par rapport aux autres* », le passage à une activité lucrative à temps partiel, qu'il trouve ou non sa cause dans des raisons familiales, peut à nouveau constituer un motif de révision⁵⁷. Ce point de vue a été confirmé par le Tribunal fédéral, qui, dans un arrêt rendu le 27 octobre 2020, a jugé que le nouveau mode calcul selon l'art. 27^{bis} al. 2-4 aRAI (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2021, reprise par la suite à l'art. 27^{bis} al. 1-3 RAI) permet de

⁴⁹ Soit : $(60\% - 40\%) / 60\% = 33,3\%$. Formule : $(\text{taux d'activité professionnelle sans invalidité} - \text{taux d'activité professionnelle avec invalidité}) / \text{taux d'activité professionnelle sans invalidité} = \text{taux d'invalidité professionnelle}$.

⁵⁰ Soit : $(40\% \times 60\%) \times 100 = 24\%$.

⁵¹ Soit : $(60\% \times 33,3\%) + (40\% \times 24\%) = 29,58\%$. Formule : $(\text{taux d'activité professionnelle sans invalidité} \times \text{taux d'invalidité professionnelle}) + (\text{taux d'activité ménagère sans invalidité} \times \text{taux d'invalidité ménagère})$.

⁵² Cf. ATF 125 V 146.

⁵³ Soit : $(60\% - 40\%) / 60\% = 33,3\%$. Formule : $(\text{taux d'activité professionnelle sans invalidité} - \text{taux d'activité professionnelle avec invalidité}) / \text{taux d'activité professionnelle sans invalidité} = \text{taux d'invalidité professionnelle}$.

⁵⁴ Soit : $(40\% \times 60\%) \times 100 = 24\%$.

⁵⁵ Soit : $(33,3\%) + (40\% \times 24\%) = 42,9\%$. Formule : $(\text{taux d'invalidité professionnelle}) + (\text{taux d'activité ménagère sans invalidité} \times \text{taux d'invalidité ménagère})$.

⁵⁶ Soit : $(60\% \times 60\%) + (0\%) = 36\%$. Formule : $(\text{taux d'activité professionnelle sans invalidité} \times \text{taux d'invalidité professionnelle}) + (\text{taux d'activité ménagère sans invalidité} \times \text{taux d'invalidité ménagère})$.

⁵⁷ OFFICE FÉDÉRAL DES ASSURANCES SOCIALES (OFAS), Lettre circulaire AI n° 372 – Disposition transitoire suite à la modification du RAI, au 1^{er} janvier 2018, concernant l'évaluation de l'invalidité des assurés exerçant une activité lucrative à temps partiel, du 9 janvier 2018.

satisfaire aux exigences posées par la CourEDH dans l'affaire *di Trizio c. Suisse* et n'entraîne pas une discrimination envers les femmes qui réduisent leur taux d'activité après la naissance d'un enfant⁵⁸. En l'espèce, il s'agissait d'une assurée au bénéfice d'une rente entière d'invalidité depuis sa majorité (taux d'invalidité de 88 %), qui avait mis un terme à l'activité qu'elle exerçait dans un environnement protégé au moment de la naissance de son enfant, et indiqué que, sans l'atteinte à la santé, elle exercerait désormais une activité professionnelle à 20 % sur le marché primaire de l'emploi et serait ménagère à 80 %. Ce changement de statut s'était traduit par la perte du droit à la rente (taux d'invalidité de 20 %). En bref, le Tribunal fédéral a considéré que les différences de traitement qui subsistent entre les personnes exerçant une activité lucrative à plein temps et celles qui exercent une activité lucrative à temps partiel tout en consacrant le reste de leur temps à l'accomplissement de leurs travaux habituels sont raisonnables et proportionnées. Selon lui, d'une part, la nouvelle méthode de calcul a permis de supprimer la double pondération du taux d'invalidité professionnelle⁵⁹, et d'autre part, il est dans la nature des choses qu'une atteinte à la santé limite généralement de manière plus importante une personne dans l'exercice d'une activité professionnelle que dans l'accomplissement des activités ménagères, au vu de la flexibilité organisationnelle et temporelle accrue dont bénéficie l'intéressé dans ce dernier domaine⁶⁰.

b) Le taux d'occupation réduit : un critère déterminant de l'étendue de l'abattement à opérer sur le salaire statistique d'invalidé

Lorsque l'invalidité est évaluée en application de la méthode ordinaire de comparaison des revenus (art. 28a al. 1 LAI, art. 24^{septies} al. 2 lit. a et 25-26^{bis} RAI), un abattement peut être opéré sur le revenu hypothétique avec invalidité lorsque celui-ci est déterminé sur la base de salaires statistiques (c'est-à-dire en l'absence d'un revenu effectivement réalisé), afin de tenir compte des désavantages induits sur le plan de la rémunération pour les personnes qui présentent des limitations même pour accomplir des activités légères par rapport aux travailleurs jouissant d'une pleine capacité de travail et pouvant être engagés comme tels⁶¹.

Le taux d'abattement, c'est-à-dire la mesure dans laquelle le revenu d'invalidé déterminé sur la base des salaires ressortant des statistiques doit être réduit, dépend de l'ensemble des circonstances personnelles et professionnelles du cas particulier (limitations liées au

⁵⁸ ATF 147 V 124, c. 5-7. Cette jurisprudence a depuis lors été confirmée (cf. p. ex., TF 9C_77/2021 du 4 mars 2021, c. 3.3 ; TF 9C_122/2020 du 26 février 2021, c. 3.3.1 ; TF 8C_280/2020 du 21 décembre 2020, c. 3.5 et 4).

⁵⁹ Cf. ATF 147 V 124, c. 5.2.

⁶⁰ Cf. ATF 147 V 124, c. 6.2.

⁶¹ Cf. p. ex., TF 8C_405/2021 du 9 novembre 2021, c. 6.2 ; TF 9C_554/2020 du 14 avril 2021, c. 6.2 ; ATF 124 V 321, c. 3b/bb.

handicap, âge, années de service, nationalité/catégorie d'autorisation de séjour et taux d'occupation), étant précisé qu'une déduction globale maximale de 25 % permet de tenir compte des différents éléments qui peuvent influencer le revenu d'une activité lucrative⁶².

S'agissant du critère du taux d'occupation réduit, la jurisprudence considère qu'il peut et doit être pris en compte pour déterminer l'étendue de l'abattement à opérer sur le salaire statistique d'invalide lorsque le travail à temps partiel se révèle proportionnellement moins rémunéré que le travail à plein temps : si le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de constater que le travail à plein temps n'est pas nécessairement proportionnellement mieux rémunéré que le travail à temps partiel (dans certains domaines d'activités, les emplois à temps partiel sont en effet répandus et répondent à un besoin de la part des employeurs, qui sont prêts à les rémunérer en conséquence)⁶³, le travail à temps partiel peut néanmoins, selon les statistiques, être synonyme d'une perte de salaire pour les travailleurs de sexe masculin⁶⁴. Lorsque tel est le cas, le taux d'occupation réduit doit alors être pris en compte pour fixer l'étendue de l'abattement à opérer⁶⁵.

B. La prévoyance professionnelle

Comme son nom l'indique, le deuxième pilier ou prévoyance « professionnelle » est un régime qui s'adresse uniquement aux personnes qui exercent une activité lucrative⁶⁶, soit à un cercle de personnes nettement plus restreint que l'AVS/AI.

Le fait de travailler à temps partiel a d'abord une influence sur le montant des rentes de la prévoyance professionnelle (rentes de vieillesse, de survivants et d'invalidité). Cette incidence est plus marquée que dans le premier pilier, étant donné que le deuxième pilier est un régime de capitalisation, où les prestations dépendent des propres cotisations et revenus de l'assuré (principe de la redistribution ou de l'équivalence individuelle, en vertu

⁶² Cf. p. ex., TF 9C_18/2022 du 9 novembre 2022, c. 3.2 ; TF 9C_537/2019 du 25 février 2020, c. 2.2 ; ATF 126 V 75, c. 5b/aa-cc.

⁶³ Cf. TF 9C_373/2019 du 18 juillet 2019, c. 5.2 ; TF 9C_273/2019 du 18 juillet 2019, c. 6.2 ; TF 9C_10/2019 du 29 avril 2019, c. 5.2.1 ; TF 8C_49/2018 du 8 novembre 2018, c. 6.2.2.2 ; TF 9C_629/2017 du 28 novembre 2017, c. 2 ; TF 8C_503/2012 du 3 août 2012, c. 7 ; TF 9C_751/2011 du 30 avril 2012, c. 4.2.2 ; ATF 126 V 75, c. 5a/cc.

⁶⁴ Cf. TF 9C_18/2022 du 9 novembre 2022, c. 3.2 ; TF 8C_211/2018 du 8 mai 2018, c. 4.4 ; TF 8C_805/2016 du 22 mars 2017, c. 3.2 et les arrêts cités.

⁶⁵ Pour des exemples, cf. TF 9C_18/2022 du 9 novembre 2022, c. 3.3 ; TF 9C_10/2019 du 29 avril 2019, c. 5.2.2.

⁶⁶ Si l'assujettissement est obligatoire pour les salariés et les personnes qui bénéficient d'indemnités de chômage (cf. art. 113 al. 2 lit. b Cst., 2 LPP), il est seulement facultatif pour les indépendants (cf. art. 113 al. 2 lit. d Cst., 4 et 44-45 LPP).

duquel « *[p]lus on paie, plus on reçoit ; qui ne paie rien ne reçoit rien* »⁶⁷). Dans la prévoyance obligatoire, les prestations sont calculées en fonction du capital accumulé par l'assuré au cours de sa carrière (avoir de vieillesse), lequel est converti en rente au moyen du taux de conversion (cf. art. 14 et 24 al. 3 LPP ; système de la primauté des cotisations).

Ensuite, dans la mesure où la perception d'un revenu annuel minimal auprès d'un même employeur (fixé à CHF 22'050.- depuis le 1^{er} janvier 2023 ; cf. art 2 al. 1, art. 7 et 9 LPP, art. 3a et 5 OPP 2⁶⁸ ; *infra* 1.) est une condition de l'affiliation au régime obligatoire et où seule la part du salaire comprise entre CHF 25'725.- et CHF 88'200.- est assurée (cf. art. 8 LPP ; *infra* 2.), l'accès au deuxième pilier est rendu plus difficile pour les personnes occupées à temps partiel. Par ailleurs, dans la prévoyance professionnelle, l'invalidité doit être évaluée en se fondant uniquement sur les conséquences de l'invalidité professionnelle et le revenu perçu pour une activité exercée à temps partiel ne doit pas être extrapolé pour la même activité exercée à plein temps (*infra* 3.).

Bien que les interventions parlementaires requérant une meilleure prise en considération de la situation des travailleurs occupés à temps partiel par un ou plusieurs employeurs dans le cadre du deuxième pilier se soient multipliées ces dernières années⁶⁹, toutes les tentatives entreprises dans ce sens sont à l'heure actuelle demeurées vaines. Un abaissement, voire une suppression, du seuil d'accès et de la déduction de coordination sont pourtant des mesures à préconiser pour améliorer la situation des travailleurs à temps partiel, dès lors qu'elles permettraient une extension du champ d'application personnel de la LPP en faveur des personnes qui perçoivent de petits revenus et/ou qui exercent plusieurs emplois. De telles mesures ont été discutées dans le cadre de la réforme

⁶⁷ AUBERT MAURICE, *La LPP et les femmes*, in : RCC 1987, pp. 344-353, p. 350.

⁶⁸ Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 18 avril 1984 (OPP 2), RS 831.441.1.

⁶⁹ Cf. p. ex., Motion « *Améliorer la prévoyance professionnelle pour les salariés occupant plusieurs postes à temps partiel* » (Mo. 14.3624 ; Jürg Grossen), déposée le 20 juin 2014 ; Motion « *Prévoyance des personnes travaillant pour plusieurs employeurs ou ayant de bas revenus* » (Mo. 12.3974 ; Béa Heim), déposée le 12 octobre 2012 ; Interpellation « *Mesures contre la discrimination du travail à temps partiel dans la LPP* » (I. 12.3492 ; Josiane Aubert) du 13 juin 2012 ; Postulat « *Améliorer la prévoyance professionnelle des salariés à employeurs multiples* » (Po. 12.3318 ; Anita Fetz), déposé le 13 mars 2012 ; Initiative parlementaire « *Personnes travaillant à temps partiel. Des prestations LPP plutôt que l'aide sociale* » (Iv. pa. 11.482 ; Christa Markwalder), déposée le 30 septembre 2011 ; Interpellation « *Assurés travaillant à temps partiel. Réduction des prestations pour cause de surassurance ou de surindemnisation* » (I. 10.3982 ; Hildegard Fässler-Osterwalder) du 15 décembre 2010. Cf. aussi Rapport de l'OFAS « *Analyse de solutions éventuelles en vue d'améliorer l'assujettissement au régime obligatoire LPP des travailleurs atypiques, conformément à l'art. 2, al. 4, 1^{ère} phrase, LPP* » du 11 mars 2008.

« LPP 21 »⁷⁰ (abaissement du seuil d'accès et diminution de la déduction de coordination) et elles existent dans la prévoyance plus étendue⁷¹.

1. La fixation d'un salaire minimal en tant que condition d'accès au deuxième pilier

Les art. 2 al. 1 et 7 al. 1 LPP définissent le cercle des personnes obligatoirement assujetties à la prévoyance professionnelle, en référence notamment à la perception d'un salaire minimum, qui fait office de seuil d'accès. Actuellement, seuls peuvent en effet avoir accès au deuxième pilier les salariés qui perçoivent, auprès d'un même employeur⁷², un revenu

⁷⁰ Cf. Message concernant la modification de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (Réforme LPP 21) du 25 novembre 2020, FF 2020 9501 ; Projet de loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (Réforme LPP 21), FF 2020 9597. Si aucune diminution du montant du seuil d'accès n'avait initialement été proposée par le Conseil fédéral (cf. FF 2020 9501 [9558]), le 7 décembre 2021, le Conseil national s'était toutefois prononcé en faveur d'une diminution du seuil d'accès, qui dût être fixé à CHF 12'548.-, correspondant au nouveau montant de la déduction de coordination proposé par le Conseil fédéral dans son message du 25 novembre 2020 (cf. BO CN 2021, pp. 2412-2420). Après que le Conseil des Etats a décidé du renvoi du projet en commission pour des analyses complémentaires, le 15 juin 2022 (cf. BO CE 2022, pp. 547-564), la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats (CSSS-E) a proposé un abaissement du seuil d'accès à CHF 17'208.- et de la déduction de coordination à 15 % du salaire AVS, proposition que le Conseil des Etats a acceptée le 29 novembre 2022 (cf. BO CE 2022, pp. 1085-1102). A la suite de divergences entre le Conseil national (débat parlementaire des 28 février et 13 mars 2013) et le Conseil des Etats (débat parlementaire des 2 et 14 mars 2023), qui ont donné lieu à une séance de la Conférence de conciliation des CSSS-N et CSSS-E, le 15 mars 2023, le seuil d'accès a finalement été fixé à CHF 19'845.- et la déduction de coordination à 20 % du salaire AVS (séances du Conseil national des 15 et 17 mars 2023 et du Conseil des Etats des 16 et 17 mars 2023). Un référendum sera probablement lancé et le peuple appelé à se prononcer au sujet du texte adopté par le Parlement.

⁷¹ Sur ce point, cf. PERRENOUD, Familles et sécurité sociale en Suisse, pp. 597-598.

⁷² L'art. 1j al. 1 lit. c OPP 2 (adopté en vertu de la délégation de compétence contenue à l'art. 2 al. 4 LPP) exempte de l'assurance obligatoire les salariés qui exercent une activité accessoire, s'ils sont déjà assujettis à l'assurance obligatoire pour une activité lucrative exercée à titre principal. Le Tribunal fédéral a précisé que lorsqu'un salarié exerce deux activités lucratives équivalentes avec un taux d'occupation de 50 % chacune, on ne peut pas parler d'activité principale et d'activité accessoire, si bien que l'employé doit être assuré obligatoirement auprès des institutions de prévoyance des deux employeurs, si les salaires versés atteignent le seuil d'entrée selon l'art. 2 al. 1, en relation avec l'art. 7 al. 1 LPP (ATF 129 V 132, c. 3). L'exercice d'une activité accessoire a également été nié et l'obligation d'assurance admise pour trois activités lucratives à temps partiel avec un taux d'occupation de 50 %, 30 % et 20 % (ATF 136 V 390, c. 3.1). Par ailleurs, lorsqu'un salarié exerce pour le compte du même employeur aussi bien une activité principale qu'une activité accessoire, le Tribunal fédéral a précisé qu'il convient d'additionner les salaires obtenus dans les deux activités en application de l'art. 2 al. 1 LPP, si bien que l'art. 1j al. 1 lit. c OPP 2 ne s'applique pas (cf. ATF 148 V 234, c. 5).

annuel supérieur à CHF 22'050.- (cf. art. 2 al. 1 et 7 al. 1 LPP)⁷³. Les personnes qui cessent de percevoir un salaire soumis à l'AVS ou dont le salaire annuel devient inférieur à CHF 22'050.- ne sont plus soumises à la prévoyance professionnelle obligatoire (art. 10 al. 2 LPP) et ne peuvent que maintenir leur prévoyance professionnelle, à titre facultatif, conformément à l'art. 47 LPP (*infra* III.B.).

Le seuil d'accès a pour conséquence qu'il est moins aisé d'accéder au deuxième pilier pour les travailleurs à temps partiel que pour ceux occupés à plein temps. Le salaire annuel minimal de CHF 22'050.- est en effet applicable indépendamment du taux d'activité et une réduction de celui-ci n'entre en ligne de compte que pour les personnes partiellement invalides (cf. art. 4 OPP 2).

Il est également plus difficile pour les personnes en situation de multiactivité de franchir le seuil d'accès. Les personnes qui exercent plusieurs emplois à temps partiel, mais dont aucun ne procure annuellement un salaire atteignant CHF 22'050.-, sont en effet exclues du deuxième pilier, nonobstant le fait que le cumul des différents salaires peut être supérieur au seuil d'accès. Les salariés au service de plusieurs employeurs, dont le salaire annuel total dépasse 22'050.-, peuvent cependant, s'ils ne sont pas déjà obligatoirement assurés, s'assurer à titre facultatif auprès de l'institution de prévoyance à laquelle est affilié l'un de leurs employeurs (si les dispositions réglementaires le prévoient) ou auprès de l'institution supplétive (art. 46 al. 1 LPP ; cf. aussi art. 28-29 OPP 2)⁷⁴. Dans le même sens,

⁷³ Le but du deuxième pilier consiste, avec les prestations de l'AVS/AI, à « *maintenir le[...] niveau de vie antérieur de façon appropriée* » (Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 19 décembre 1975, FF 1976 I 117 [125]). Cet objectif est atteint lorsque les rentes des premier et deuxième piliers permettent ensemble de garantir à l'assuré le 60 % de son dernier revenu, jusqu'à concurrence d'un montant annuel maximum d'environ CHF 85'000.- (cf. Message concernant la réforme de la prévoyance vieillesse 2020 du 19 novembre 2014, FF 2015 I [13]). Pour les personnes de condition modeste, le maintien du niveau de vie et la couverture des besoins vitaux tendent à se confondre, si bien que la protection découlant du premier pilier est suffisante (cf. ATF 136 V 313, c. 3.2 ; cf. aussi Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet portant révision de la Constitution dans le domaine de la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité et rapport sur l'initiative populaire pour une véritable retraite populaire du 10 novembre 1971, FF 1971 II 1609 [1631-1632] ; cf. également NEF, p. 88).

⁷⁴ A cet égard, une motion « *LPP. Etendre l'assurance aux emplois à temps partiel multiples* » (Mo. 21.4338 ; CSSS-N), qui demande au Conseil fédéral d'étudier les options et de proposer une modification de la LPP afin d'étendre l'obligation de s'assurer aux employés exerçant une activité au service de plusieurs employeurs mais qui n'atteignent pas ou que partiellement le seuil d'entrée de la LPP, a été déposée le 28 octobre 2021 et adoptée par le Conseil national le 8 décembre 2021. Le Conseil fédéral a proposé de rejeter la motion. En bref, il a considéré que la solution à privilégier pour améliorer la couverture d'assurance des salariés au service de plusieurs employeurs consiste à abaisser le seuil d'accès et la déduction de coordination.

si l'employé est déjà assuré obligatoirement auprès d'une institution de prévoyance, il peut contracter auprès d'elle (si les dispositions réglementaires ne s'y opposent pas) ou auprès de l'institution supplétive, une assurance complémentaire pour le salaire versé par les autres employeurs (cf. art. 46 al. 2 LPP). Dans les deux hypothèses, la déduction de coordination de CHF 25'725.- (cf. art. 8 al. 1 LPP) n'est imputée qu'une seule fois, sur le montant total des salaires assurés à titre obligatoire et facultatif (cf. art. 29 al. 2 OPP 2 ; *infra* 2.), et l'assuré, qui s'acquitte directement des cotisations auprès de l'institution de prévoyance, a droit au remboursement par chaque employeur de la moitié des cotisations afférentes au salaire qu'il lui a versé (cf. art. 46 al. 3 LPP ; cf. aussi art. 30-31 OPP 2).

2. Le salaire coordonné et la déduction de coordination

Conformément à l'art. 8 LPP, seul le revenu annuel compris entre CHF 25'725.- et CHF 88'200.- (soit actuellement, CHF 62'475.-) est obligatoirement assuré (salaire coordonné)⁷⁵. La déduction de coordination, qui est un montant fixe (CHF 25'725.-), indépendant du taux d'occupation, doit être déduite du salaire effectif pour obtenir le salaire coordonné. Lorsque celui-ci n'atteint pas CHF 3'675.- par an, il est toutefois arrondi à ce montant (art. 8 al. 2 LPP).

La déduction de coordination a pour conséquence de limiter l'accès au deuxième pilier des personnes qui exercent une activité lucrative à temps partiel. Elle est également défavorable aux personnes en situation de multiactivité.

La situation d'une personne, sous l'angle de la prévoyance professionnelle, n'est en effet pas identique selon qu'elle travaille pour un ou plusieurs employeurs, quand bien même percevrait-elle globalement le même salaire. Ainsi, par exemple, la personne qui exerce deux activités à 50 % et reçoit deux salaires de CHF 30'000.- chacun (soit un salaire annuel total de CHF 60'000.-), cotisera sur un salaire assuré de CHF 8'550.-⁷⁶. En revanche, si cette personne travaillait pour le compte d'un seul employeur et percevait un revenu annuel de CHF 60'000.-, son salaire assuré s'élèverait à CHF 34'275.-⁷⁷. Une exception existe en faveur des travailleurs au service de plusieurs employeurs, qui perçoivent un revenu annuel total dépassant CHF 22'050.-, mais aucun salaire atteignant annuellement ce montant (cf. art. 46 al. 1 LPP). Dans ce cas, la déduction de coordination est en effet imputée une seule fois, sur le montant total des salaires assurés facultativement (cf. art. 29 al. 1 OPP 2)⁷⁸. Le salarié qui est déjà assuré obligatoirement auprès d'une institution de prévoyance, et qui contracte auprès d'elle ou auprès de l'institution supplétive, une

⁷⁵ Sur la notion de « *salaire coordonné* », soit le salaire assuré au sens de la LPP cf. p. ex., BRECHBÜHL/GECKELER HUNZIKER, *in* : Schneider/Geiser/Gächter, *ad* art. 8 LPP, pp. 116-133.

⁷⁶ Soit : (le premier salaire de CHF 30'000.- – la déduction de coordination de CHF 25'725.-) + (le second salaire de CHF 30'000.- – la déduction de coordination de CHF 25'725.-) = CHF 8'550.-.

⁷⁷ Soit : le salaire de CHF 60'000.- – la déduction de coordination de CHF 25'725.-.

⁷⁸ Cf. p. ex., PIEGAI, pp. 6-7.

assurance complémentaire pour le salaire versé par les autres employeurs (cf. art. 46 al. 2 LPP), bénéficie de la même exception, puisqu'en pareille hypothèse, la déduction de coordination de CHF 25'725.- (cf. art. 8 al. 1 LPP) n'est imputée qu'une seule fois, sur le montant total des salaires assurés à titre obligatoire et facultatif (cf. art. 29 al. 2 OPP 2).

Il découle de ce système qu'une personne qui exerce trois activités à temps partiel et perçoit trois salaires de CHF 20'000.- chacun (soit CHF 60'000.- au total) bénéficie d'une meilleure situation, sous l'angle du deuxième pilier, qu'une personne qui travaille à temps partiel auprès de deux employeurs et reçoit deux salaires de CHF 30'000.- chacun (soit CHF 60'000.- au total également). En effet, dans la première hypothèse, en cas d'adhésion à l'assurance facultative selon l'art. 46 LPP, le salaire assuré global s'élèvera à CHF 34'275.- puisque la déduction de coordination ne sera prélevée qu'une fois, sur le total des salaires⁷⁹; dans la seconde hypothèse, en revanche, la personne est assujettie obligatoirement à la LPP (cf. art. 2 al. 1 et 7 al. 1 LPP) et son salaire assuré global n'atteindra que CHF 8'550.-, étant donné que la déduction de coordination sera imputée sur chacun des salaires⁸⁰.

De notre point de vue, la solution prévalant dans l'assurance facultative (art. 29 OPP 2), qui permet d'imputer une déduction de coordination qu'une seule fois, sur le montant total des salaires assurés, devrait être étendue à l'assurance obligatoire. Bien que les deux cas se distinguent conceptuellement, en ce que le législateur a fondé l'assurance facultative sur le principe que l'ensemble du revenu est assuré auprès d'une seule institution de prévoyance, cela n'exclut pas une répartition du salaire coordonné en application de l'art. 29 OPP 2 pour les personnes assurées à titre obligatoire auprès de plusieurs institutions de prévoyance. Une réglementation du salaire coordonné pour les employés en situation de multiactivité sur le modèle de l'art. 29 OPP 2 devrait être prévue dans la LPP et non uniquement au niveau de l'ordonnance, faute de base légale suffisante⁸¹.

3. L'évaluation de l'invalidité des travailleurs à temps partiel

Dans la mesure où le deuxième pilier est un régime professionnel, l'invalidité doit être évaluée en se fondant uniquement sur les conséquences de l'invalidité professionnelle, sans tenir compte de l'invalidité présentée dans la sphère ménagère⁸². Il en découle que lorsqu'un travailleur à temps partiel devient partiellement invalide, il ne peut prétendre à une rente que si le taux d'occupation pour lequel il était assuré avant la survenance de

⁷⁹ CHF 34'275.- = CHF 60'000.- - CHF 25'725.-.

⁸⁰ CHF 8'550.- = (CHF 30'000.- - CHF 25'725.-) + (CHF 30'000.- - CHF 25'725.-).

⁸¹ Au sujet de cette solution, cf. PERRENOUD/HÜRZELER, N 158-159 et 189.

⁸² Concernant l'absence de prise en compte des conséquences de l'invalidité dans la sphère ménagère, cf. PERRENOUD, Familles et sécurité sociale en Suisse, pp. 605-607.

l'invalidité est supérieur à sa capacité de travail résiduelle. Dans le cas d'une assurée qui travaillait en tant qu'infirmière à 40 % et qui bénéficiait d'une demi-rente de l'assurance invalidité (taux d'invalidité de 52 % ; cf. art. 28 al. 2 aLAI, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2021), le Tribunal fédéral a ainsi nié toute obligation de prester de l'institution de prévoyance⁸³. Dans le cas d'une assurée qui exerçait une activité lucrative à 60 % et pour laquelle l'office AI avait fixé le taux d'invalidité à 52 %, en application de la méthode mixte (soit 70 % d'invalidité professionnelle et 25 % d'invalidité ménagère⁸⁴), le Tribunal fédéral a considéré que l'institution de prévoyance était tenue d'allouer une rente d'invalidité correspondant à un taux d'invalidité de 70 %, soit une rente entière (cf. art. 24 al. 1 lit. a aLPP, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2021, reprise depuis lors par l'art. 24a al. 3 LPP)⁸⁵. Il a précisé, à cet égard, que dans la mesure où le salaire assuré est inférieur en cas d'exercice d'une activité à temps partiel qu'à temps plein, les personnes travaillant à temps partiel ne bénéficient pas d'un avantage indu par rapport aux personnes travaillant à plein temps⁸⁶. La jurisprudence a encore précisé que lorsqu'un assuré, qui est obligatoirement affilié à plus d'une institution de prévoyance du fait de l'exercice de plusieurs activités à temps partiel, doit abandonner l'un de ses emplois en raison d'une invalidité, la caisse de pensions de l'employeur avec lequel le rapport de travail a pris fin à cause des empêchements rencontrés doit s'acquitter de la rente d'invalidité calculée en se fondant sur le taux d'occupation exercé dans l'activité partielle abandonnée, alors que les autres institutions de prévoyance ne sont pas tenues à prestations ; l'invalidité à charge de l'institution de prévoyance dont l'employé a arrêté l'activité lucrative se calcule sur la base de la totalité de l'activité exercée à temps partiel, si bien que l'assuré a droit à une rente entière s'il cesse entièrement son activité à temps

⁸³ Cf., TF 9C_161/2007 du 6 septembre 2007, c. 2.

⁸⁴ Lorsque l'assuré exerce une activité lucrative à temps partiel, l'institution de prévoyance n'est liée par la force contraignante de l'évaluation de l'invalidité effectuée par les organes de l'assurance-invalidité que s'agissant de l'invalidité dans la sphère professionnelle. Cf. p. ex., ATF 144 V 72, c. 4.2 ; ATF 120 V 106, c. 4b.

⁸⁵ Cf. ATF 120 V 106, c. 4b.

⁸⁶ Cf. ATF 120 V 106, c. 4b.

partiel⁸⁷. De cette façon, les personnes invalides travaillant à temps partiel ne sont pas prétéritées lorsqu'elles exercent plusieurs activités lucratives parallèles⁸⁸.

Le taux d'invalidité d'une personne travaillant à temps partiel doit être déterminé en se fondant sur un revenu sans invalidité correspondant au taux d'occupation assuré lors de la survenance de l'incapacité de travail dont la cause est à l'origine de l'invalidité (cf. art. 23 LPP), et non pas à une activité hypothétique exercée à plein temps, comme c'est le cas dans l'assurance-accidents (*infra* C.) et l'assurance-invalidité (A.2.a.)⁸⁹. Cette différence s'explique par le fait que la prévoyance professionnelle a pour but d'assurer seulement l'activité lucrative et que le droit à des prestations d'invalidité n'est donné que s'il existe une couverture d'assurance à ce moment-là (cf. art. 23 lit. a LPP)⁹⁰. En conséquence, lorsque l'assurance-invalidité a déterminé le taux d'invalidité en se fondant sur une activité à plein temps, la méthode de calcul la plus claire et la plus simple consiste, selon le Tribunal fédéral, à ce que l'institution de prévoyance tienne compte du revenu sans invalidité fixé par l'assurance-invalidité, auquel elle est en principe liée, et l'adapte en fonction du taux d'activité à temps partiel, puis procède sur cette base (ainsi que sur celle des autres paramètres qui la lient en principe) à une nouvelle comparaison des revenus⁹¹. Ainsi, dans le cas d'une assurée qui exerçait une activité lucrative à 75 % au moment où est survenue l'incapacité de travail à l'origine de l'invalidité (cf. art. 23 LPP), et pour laquelle l'office AI avait fixé le taux d'invalidité à 50 % en application de la méthode

⁸⁷ Cf. ATF 144 V 72, c. 5.3.4 ; ATF 136 V 390, c. 3-4 (en l'espèce, il s'agissait d'un assuré exerçant trois activités à temps partiel – à 50 %, 30 % et 20 % –, qui était obligatoirement affilié auprès de trois institutions de prévoyance différentes, et qui, en raison d'une atteinte à sa santé, avait dû abandonner l'activité qu'il exerçait auparavant à 50 %, mais était en mesure de poursuivre ses activités à 30 % et 20 % ; le Tribunal fédéral a admis l'obligation de la caisse de pensions de l'employeur, avec lequel le rapport de travail s'est terminé, de verser une rente entière d'invalidité, calculée sur le salaire perçu dans l'activité partielle abandonnée) ; ATF 129 V 132. Sur ces aspects, cf. aussi TF 9C_61/2021 du 1^{er} mars 2022.

⁸⁸ Cf. ATF 144 V 72, c. 5.3.4.

⁸⁹ L'extrapolation, pour le calcul du taux d'invalidité dans la sphère professionnelle, du revenu que l'assuré aurait pu obtenir de l'activité lucrative exercée à temps partiel pour la même activité lucrative exercée à plein temps, s'il n'était pas invalide, qui prévaut dans l'assurance-invalidité (« nouvelle » méthode mixte ; cf. art. 27^{bis} al. 2 RAI ; *supra* A.2.a.bb.) ne s'applique donc pas dans le deuxième pilier. Cf., p. ex., TF 9C_569/2021 du 22 décembre 2021, c. 3.4 ; TF 9C_552/2020 du 1^{er} décembre 2020, c. 3.2.2 ; ATF 144 V 63, c. 6.2, 6.3.2 et 7 ; ATF 144 V 72, c. 5.2 et 5.3. Au sujet de la fixation du revenu sans invalidité en fonction du taux d'activité exercé lors de la survenance de l'incapacité de travail, cf. aussi PERRENOUD, Familles et sécurité sociale en Suisse, pp. 608-610. Sur la possibilité d'extrapoler le revenu perçu par un travailleur à temps partiel pour une activité exercée à plein temps, cf. PERRENOUD, Familles et sécurité sociale en Suisse, pp. 612-613 ; PERRENOUD/HÜRZELER, N 158-159 et 189.

⁹⁰ Cf. ATF 144 V 72, c. 4.2 ; ATF 120 V 106, c. 4b.

⁹¹ ATF 144 V 63, c. 6.3.2.

générale de comparaison des revenus, en partant du principe que l'intéressée aurait travaillé à 100 % au moment de la naissance du droit à la rente (compte tenu que sa fille avait, en l'espèce, atteint l'âge de 15 ans), le Tribunal fédéral a jugé que le revenu sans invalidité retenu par l'office AI devait être adapté en fonction du taux d'activité effectif de l'assuré au moment déterminant selon l'art. 23 LPP (75 %), si bien qu'il en résultait un taux d'invalidité de 33 % dans le deuxième pilier⁹², insuffisant pour ouvrir le droit à la rente⁹³. Une augmentation (hypothétique) du taux de travail en raison d'un changement de la situation personnelle, familiale ou financière postérieure au début de l'incapacité de travail dont la cause est à l'origine de l'invalidité (cf. art. 23 LPP), ne peut en effet pas avoir pour effet d'étendre ou de diminuer la couverture d'assurance de la prévoyance professionnelle⁹⁴. Il en va de même d'une modification (au sens de l'art. 17 al. 1 LPGa) du statut fixé selon le droit applicable en matière d'assurance-invalidité ou de la part de l'activité lucrative, qui doit demeurer sans incidence pour la rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle en cours, et ne constitue donc pas un motif de modification en matière de prévoyance professionnelle⁹⁵. Dans le deuxième pilier, une évolution hypothétique du statut de l'assuré dans l'assurance-invalidité ne peut avoir un effet que lors du calcul d'une éventuelle surindemnisation (art. 34a LPP, 24 OPP 2)⁹⁶.

C. L'assurance-accidents

Dans l'assurance-accidents, régime obligatoire pour tous les salariés occupés en Suisse (cf. art. 1a al. 1 lit. a LAA, en relation avec l'art. 1 OLAA), le fait de travailler à temps partiel peut avoir une incidence sur les risques couverts⁹⁷. Lorsque la durée d'occupation est inférieure à huit heures par semaine auprès d'un même employeur⁹⁸, la couverture

⁹² Soit : $[75\% - 50\%] / 75\% = 33,33\%$.

⁹³ Cf. TF 9C_403/2015 du 23 septembre 2015, c. 5.2-5.3.

⁹⁴ Cf. TF 9C_307/2015 du 1^{er} décembre 2015, c. 4.2 ; TF 9C_403/2015 du 23 septembre 2015, c. 5.1.

⁹⁵ Cf. TF 9C_307/2015 du 1^{er} décembre 2015, c. 4.2 ; TF 9C_403/2015 du 23 septembre 2015, c. 5.1 ; ATF 141 V 127, c. 5.

⁹⁶ Cf. TF 9C_307/2015 du 1^{er} décembre 2015, c. 4.2. Sur ce point, cf. aussi PERRENOUD, Familles et sécurité sociale en Suisse, pp. 610-611.

⁹⁷ Au sujet de l'absence de couverture des accidents non professionnels en cas d'exercice d'une activité professionnelle à temps très partiel (moins de huit heures par semaine auprès d'un même employeur), cf. PERRENOUD, Familles et sécurité sociale en Suisse, pp. 621-625.

⁹⁸ Une personne qui travaille pour plusieurs employeurs, à chaque fois à raison de moins de huit heures par semaine, n'est pas assurée contre les accidents non professionnels. Les durées d'occupation effectuées auprès de plusieurs employeurs ne peuvent en effet pas être additionnées pour déterminer si la durée de travail minimale requise pour la couverture des accidents non professionnels est atteinte. Cf. ATF 134 V 412, c. 2.3. Au sujet du calcul du nombre d'heures hebdomadaires de travail en cas d'occupation irrégulière, cf. TF 8C_587/2021 du 4 février 2022 ; ATF 139 V 457.

d'assurance-accidents est en effet limitée aux accidents professionnels et aux maladies professionnelles ; les accidents non professionnels sont quant à eux couverts par l'assurance-maladie obligatoire, à titre subsidiaire (art. 7 al. 2 et 8 al. 2 LAA, 13 OLAA, 1a al. 2 lit. b et 28 LAMal⁹⁹)¹⁰⁰. L'exclusion des accidents non professionnels de la couverture d'assurance-accidents a pour but d'éviter la perception de primes « *démesurément élevées* » sur de bas salaires¹⁰¹. Elle est cependant synonyme, pour le travailleur, d'une moins bonne couverture d'assurance : en cas d'accident non professionnel, l'intéressé n'aura en effet accès qu'aux prestations de soins de l'assurance-maladie, et il devra participer aux coûts des prestations dispensées¹⁰².

Dans le domaine des prestations, en revanche, aucune distinction n'est en principe opérée en fonction du taux d'occupation. En particulier, le point de savoir si l'assuré exerçait une activité à temps partiel ou à plein temps avant l'accident n'est pas déterminant pour le calcul du taux d'invalidité. Le revenu hypothétique sans invalidité doit en effet toujours être déterminé en fonction du revenu correspondant à une activité lucrative exercée à plein temps. En cas d'exercice d'une activité à temps partiel, le revenu obtenu pour cette activité doit dès lors être extrapolé pour une activité exercée à 100 %¹⁰³. Ce principe ne signifie cependant pas que le travailleur à temps partiel devenu invalide à la suite d'un accident sera indemnisé dans la même mesure que s'il travaillait à temps complet. Le montant de la rente est en effet fonction du gain assuré, par quoi il faut entendre le salaire que l'assuré a reçu durant l'année qui a précédé l'accident (art. 15 al. 2 et 20 al. 1 LAA, 22 al. 4

⁹⁹ Loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMal), RS 832.10.

¹⁰⁰ S'agissant des accidents de trajet, ils sont en principe des accidents non professionnels (cf. art. 7 al. 1 et 8 al. 1 LAA ; cf. aussi ATF 139 V 148, c. 2.1). Une exception a toutefois été introduite en faveur des travailleurs à temps partiel occupés moins de huit heures par semaine auprès d'un même employeur, puisque pour ceux-ci les accidents de trajet sont assimilés à des accidents professionnels (art. 7 al. 2 LAA et 13 al. 1 et 2 OLAA). Cf. Message à l'appui d'un projet de loi fédérale sur l'assurance-accidents du 18 août 1976, FF 1976 III 143 (167-168). Cf. aussi ATF 139 V 148, c. 6.1.1.

¹⁰¹ Cf. FF 1976 III 143 (189).

¹⁰² Contrairement à l'assurance-accidents, qui alloue aussi bien des prestations en nature (cf. art. 10-14 LAA) qu'en espèces (cf. art. 15-35 LAA), l'assurance-maladie obligatoire prend en charge uniquement des prestations de soins (cf. art. 25-31 LAMal), soit des prestations en nature. Par ailleurs, tandis que dans l'assurance-accidents, le traitement médical doit être pris en charge dans la mesure où il est approprié (cf. art. 10 al. 1 LAA), dans l'assurance-maladie, les prestations remboursées sont répertoriées dans différentes listes (cf. art. 24 et 33 LAMal). En outre, dans ce régime d'assurance, les assurés sont tenus de participer aux coûts des prestations dont ils bénéficient (art. 64 LAMal). L'assuré peut également être le débiteur de la rémunération envers le fournisseur de prestations, ce qui implique qu'il doit s'acquitter des factures établies par les différents prestataires de soins, avant d'en demander le remboursement à sa caisse-maladie (système du tiers garant ; cf. art. 42 al. 1 LAMal).

¹⁰³ Cf., p. ex., ATF 144 V 72, c. 5.2 ; ATF 119 V 475, c. 2b. Sur ce point, cf. aussi BYRNE-SUTTON, pp. 332-336.

OLAA¹⁰⁴)¹⁰⁵. Le fait de travailler à temps partiel a également une incidence sur le montant des indemnités journalières, qui sera moins élevé que si l'activité était exercée à temps plein (cf. art. 15 al. 2 LAA : « *Est réputé gain assuré pour le calcul des indemnités journalières le dernier salaire que l'assuré a reçu avant l'accident* » ; cf. aussi art. 22 al. 3 OLAA et Annexe 2 OLAA). Des règles spéciales s'appliquent cependant au calcul des indemnités journalières, notamment lorsque l'assuré n'exerce pas d'activité lucrative régulière ou lorsqu'il reçoit un salaire soumis à de fortes variations, puisque dans ce cas, il convient de se fonder sur un salaire moyen équitable par jour (cf. art. 23 al. 3 OLAA, en relation avec l'art. 15 al. 3 LAA). La recommandation de la commission ad hoc LAA n° 3/1984 précise que pour les personnes exerçant une activité irrégulière (travailleurs à la tâche, travailleurs occasionnels, chauffeurs de taxi avec revenu dépendant du chiffre d'affaires, notamment), le salaire moyen équitable est déterminé en se fondant sur le salaire moyen réalisé durant les trois derniers mois et qu'il convient, en cas de très fortes variations, d'étendre cette période de référence à douze mois au maximum¹⁰⁶. Pour les travailleurs temporaires, il convient toutefois en principe d'appliquer la règle générale prévue par les art. 15 al. 2 LAA et 22 al. 3 OLAA, étant donné que la durée effective de l'engagement n'est pas un élément déterminant (cf. aussi art. 23 al. 3^{bis} OLAA, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2017)¹⁰⁷. L'art. 23 al. 5 OLAA prévoit finalement que si l'assuré était

¹⁰⁴ A teneur de l'art. 22 al. 4 OLAA, les rentes sont calculées sur la base du salaire que l'assuré a reçu d'un ou de plusieurs employeurs durant l'année qui a précédé l'accident (y compris les éléments de salaire non encore perçus et auxquels il a droit), étant précisé que si les rapports de travail ont duré moins d'une année, le salaire reçu au cours de cette période est converti en gain annuel. En cas d'activité prévue initialement pour une durée déterminée, la conversion se limite à la durée prévue, pour autant que le plan de carrière actuel ou prévu de l'assuré n'envisage pas pour la suite une autre durée normale de l'activité, la conversion étant par ailleurs limitée à la durée autorisée selon le droit applicable aux étrangers. Pour un cas d'application, cf. TFA U 145/93 du 31 mars 1994, *in* : RAMA n° 4-1994, n° U 196, pp. 212-218 (l'assuré qui a travaillé en tant que chauffeur auxiliaire avec des engagements irréguliers pour plusieurs sociétés de transport durant plusieurs années en parallèle de la gestion de son entreprise, ne peut pas prétendre à la conversion de ses gains en tant que chauffeur en gain annuel ; « [...] *dass bei unregelmässiger Tätigkeit, die vor dem Unfall länger als ein Jahr gedauert hat, der tatsächlich erzielte Verdienst massgebend ist und der mit dieser Tätigkeitsart zwangsläufig verbundene niedrigere Lohn nicht etwa durch eine Umrechnung ausgeglichen werden darf* » [c. 3e]).

¹⁰⁵ Cf. ATF 119 V 475, c. 2c.

¹⁰⁶ COMMISSION AD HOC SINISTRE LAA, Recommandations pour l'application de la LAA et de l'OLAA, n° 3/1984 « *Salaire déterminant pour les personnes exerçant une activité irrégulière et pour les travailleurs temporaires* », du 18 juillet 1984, révisée le 31 mars 2014.

¹⁰⁷ ATF 139 V 464 (l'art. 23 al. 3 OLAA n'est pas applicable aux travailleurs temporaires engagés pour une activité régulière et dont la rémunération est stable ; en l'espèce, dans le cas d'un travailleur temporaire victime d'un accident le premier jour du travail, le Tribunal fédéral a considéré qu'il convenait de calculer le gain assuré selon la règle ordinaire, soit sur la base du salaire convenu [soit, *in*

au service de plus d'un employeur avant l'accident, il y a lieu de se fonder sur le salaire provenant de l'ensemble des rapports de travail, que ceux-ci couvrent uniquement les accidents professionnels ou également les accidents non professionnels. Cette disposition a été modifiée avec effet au 1^{er} janvier 2017¹⁰⁸. Cet amendement a amélioré la situation des travailleurs en situation de multiactivité¹⁰⁹. Auparavant, l'art. 23 al. 5 OLAA prévoyait que si l'assuré était au service de plus d'un employeur avant l'accident, il y avait lieu de se fonder sur le total des salaires et la jurisprudence avait précisé que la notion de « *total des salaires* » devait être comprise comme « *le total des salaires sur lesquels des primes d'assurance LAA ont été prélevées pour couvrir le risque assuré* »¹¹⁰. En cas d'accident non professionnel, seuls les salaires sur lesquels des primes destinées à financer ce risque avaient été payées faisaient ainsi partie du salaire déterminant au sens de l'art. 23 al. 5 OLAA.

S'agissant finalement des primes, elles sont fixées en pour mille du gain assuré (art. 92 al. 1 LAA, 115 al. 1 OLAA), lequel est actuellement plafonné à CHF 148'200.- par année (art. 22 al. 1 OLAA). Afin d'éviter de soumettre les salaires des personnes occupées auprès de plusieurs employeurs (salaires de CHF 100'000.- et CHF 60'000.- pour deux activités exercées à temps partiel, p. ex.) à des primes plus élevées que celles qui seraient prélevées si l'activité était exercée à plein temps auprès d'un même employeur (salaire de CHF 160'000.-, p. ex.), l'art. 115 al. 2 OLAA précise que pour les assurés au service de plusieurs employeurs, le salaire est pris en compte dans chaque rapport de travail, au total jusqu'à concurrence du montant maximum du gain assuré et que si la somme des salaires dépasse ce montant maximum, il doit être réparti, au prorata des revenus, sur les divers rapports de travail¹¹¹. Ainsi, dans les deux cas de figure, le gain assuré s'élève à CHF 148'200.-.

D. L'assurance-chômage

Dans l'assurance-chômage, l'affiliation est obligatoire pour tout salarié, si bien que le fait de travailler à plein temps ou à temps partiel ne joue pas de rôle. L'obligation de cotiser

casu, un salaire mensuel de CHF 5'100.-, donnant droit à une indemnité journalière de CHF 134.- et non de CHF 2.10 comme l'avait retenu l'assureur-accidents en appliquant l'art. 23 al. 3 OLAA]).

¹⁰⁸ Modification de l'OLAA du 9 novembre 2016, RO 2016 4393.

¹⁰⁹ L'allocation des prestations en cas de pluralité d'employeur est réglée aux art. 77 LAA et 99 OLAA.

¹¹⁰ Cf. ATF 126 V 26, c. 3c. Cf. aussi TFA U 266/06 du 28 décembre 2006, c. 3.4, non publié in ATF 133 V 196.

¹¹¹ Cf. aussi ATF 114 V 181.

concerne aussi bien les travailleurs à plein temps que ceux occupés à temps partiel¹¹². Conformément à l'art. 2 al. 1 lit. a LACI¹¹³, est en effet tenu de payer des cotisations de l'assurance-chômage, le travailleur qui est assuré en vertu de la LAVS et qui doit payer des cotisations sur le revenu d'une activité salariée en vertu de cette loi¹¹⁴. S'agissant de l'indemnité de chômage, les travailleurs à temps partiel y ont droit au même titre que les travailleurs à plein temps, s'ils remplissent les conditions énoncées par l'art. 8 al. 1 LACI. Le montant de l'indemnité de chômage étant calculé en fonction du gain assuré (cf. art. 23 LACI), il sera toutefois plus faible si l'activité est exercée à temps partiel seulement (*infra* 1.).

Le travail sur appel soulève pour sa part différentes questions spécifiques en relation avec le droit à l'indemnité de chômage, en particulier lorsque le nombre d'appels se réduit ou cesse alors que le contrat n'est pas résilié, ou encore lorsqu'un contrat de travail sur appel est conclu en vue de diminuer le dommage (*infra* 2.).

1. L'assurance-chômage et le travail à temps partiel

a) Les conditions du droit à l'indemnité de chômage

L'art. 8 al. 1 LACI énumère les conditions du droit à l'indemnité de chômage. Certaines sont susceptibles de revêtir une importance particulière pour les travailleurs à temps partiel (être sans emploi ou partiellement sans emploi, avoir subi une perte de travail à prendre en considération, remplir les conditions relatives à la période de cotisation ou en être libéré, notamment).

¹¹² L'exemption des rémunérations de minime importance du prélèvement des cotisations sociales en vertu de l'art. 34d RAVS (*supra* A.1.) s'applique également dans l'assurance-chômage au vu du renvoi opéré par l'art. 2 LACI aux règles contenues dans la LAVS pour ce qui concerne l'obligation de cotiser. Sur ce point, cf. aussi BYRNE-SUTTON, pp. 292-293.

¹¹³ Loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (LACI), RS 837.0.

¹¹⁴ Dans la mesure où les cotisations sont prélevées jusqu'à concurrence du montant maximal du gain mensuel assuré dans l'assurance-accidents obligatoire (actuellement CHF 12'350.- ; cf. art. 22 al. 1 OLAA) et calculées en fonction du salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS, pour chaque rapport de travail (cf. art. 3 al. 1-2 LACI), les travailleurs qui retirent de hauts revenus de plusieurs emplois à temps partiel sont susceptibles de payer davantage de cotisations que s'ils n'exerçaient qu'un emploi à plein temps. Ainsi, par exemple, le travailleur qui occupe deux emplois à 50 % et perçoit pour chacun d'eux CHF 10'000.- de salaire mensuel, cotisera davantage que s'il exerçait un emploi à plein temps lui procurant un revenu de CHF 20'000.-. Sur ce point, cf. BYRNE-SUTTON, p. 292.

aa) Les conditions relatives à la période de cotisation

S'agissant des conditions relatives à la période de cotisation (art. 8 al. 1 lit. e et art. 13 LACI), il n'y a pas de distinction entre les travailleurs à temps partiel et à plein temps. L'art. 11 al. 4 OACI précise en effet que la période de cotisation des personnes occupées à temps partiel est calculée d'après les règles applicables aux travailleurs occupés à plein temps et que lorsque l'assuré exerce simultanément plusieurs activités à temps partiel, la période de cotisation ne compte qu'une seule fois. D'une manière générale, l'assuré doit avoir exercé une activité soumise à cotisation durant douze mois au moins dans le délai-cadre de cotisation de deux ans précédant le chômage (cf. art. 9 et 13 LACI) et la durée d'activité soumise à cotisation s'examine au regard de la durée formelle du rapport de travail considéré et non des jours effectifs de travail¹¹⁵. Chaque mois civil entier durant lequel l'assuré est soumis à cotisation dans le cadre d'un rapport de travail compte ainsi comme mois de cotisation (art. 11 al. 1 OACI). Les périodes de cotisation qui n'atteignent pas un mois civil entier sont additionnées et 30 jours sont réputés constituer un mois de cotisation (art. 11 al. 2 OACI)¹¹⁶. Il en découle que lorsque l'assuré fournit, régulièrement ou irrégulièrement, une prestation de travail dans le cadre d'un contrat de travail s'étendant sur plusieurs mois, chaque mois civil pendant lequel il aura travaillé – même un seul jour – sera considéré comme mois de cotisation ; à l'inverse, les mois civils inhérents à cette période de rapport de travail, mais au cours desquels l'assuré n'aura fourni aucune journée de travail, ne seront pas pris en considération¹¹⁷. L'élément décisif pour la détermination du nombre de mois de cotisation est donc de savoir si la prestation de travail, répartie temporellement sur plusieurs missions, s'inscrit dans le cadre d'un seul et même contrat de travail (à temps partiel) ou si l'on est en présence de missions uniques avec à chaque fois un nouveau contrat de travail¹¹⁸. En pareille hypothèse, l'art. 12a OACI prévoit que dans les professions où les changements fréquents d'employeur ou les contrats de durée limitée sont usuels (art. 8 OACI [soit notamment les musiciens, les acteurs, les artistes et les collaborateurs artistiques de la radio, de la télévision ou du cinéma]), la période de cotisation déterminée selon l'art. 13 al. 1 LACI est multipliée par deux pour les 60 premiers jours du contrat de durée déterminée¹¹⁹.

¹¹⁵ Cf. TF 8C_592/2019 du 8 septembre 2020, c. 3.2.2 ; TF 8C_555/2019 du 18 décembre 2019, c. 5 ; ATF 122 V 256, c. 4c/bb ; ATF 121 V 165, c. 2c/bb.

¹¹⁶ Dans ce cas, ce sont les jours effectifs de travail qui sont décomptés. Pour un exemple, cf. TF 8C_645/2014 du 3 juillet 2015. Cf. aussi BYRNE-SUTTON, p. 295.

¹¹⁷ Cf. TF 8C_592/2019 du 8 septembre 2020, c. 3.2.2 ; TF 8C_706/2017 du 24 novembre 2017, c. 7.2 ; ATF 121 V 165, c. 2c/bb.

¹¹⁸ Cf. TF 8C_592/2019 du 8 septembre 2020, c. 3.2.2.

¹¹⁹ Cf. TF 8C_592/2019 du 8 septembre 2020, c. 3.2.3 et 4.1.

Des motifs de libération des conditions relatives à la période de cotisation existent (cf. art. 14 LACI ; *infra* III.D.).

bb) La condition afférente au chômage

Concernant la condition afférente au chômage (art. 8 al. 1 lit. a et 10 LACI), le travailleur à temps partiel qui a perdu son emploi est considéré comme « *sans emploi* » s'il cherche à exercer une activité à plein temps, respectivement comme « *partiellement sans emploi* » s'il cherche à n'exercer qu'une activité à temps partiel (art. 10 al. 1 et 2 lit. a LACI).

Le travailleur qui perd un emploi accessoire n'est pas réputé être partiellement sans emploi au sens de l'art. 10 al. 2 LACI et n'a pas droit à l'indemnité de chômage¹²⁰. Selon l'art. 23 al. 3 LACI, un gain accessoire, soit « *tout gain que l'assuré retire d'une activité dépendante exercée en dehors de la durée normale de son travail ou d'une activité qui sort du cadre ordinaire d'une activité lucrative indépendante* », n'est en effet pas assuré¹²¹. Lorsque le travailleur n'exerce pas d'activité principale, mais uniquement une ou plusieurs activités à un faible taux d'occupation, il aura droit à l'indemnité de chômage s'il satisfait aux conditions posées par l'art. 8 al. 1 LACI, dans la mesure où son gain assuré atteint CHF 500.- par mois, étant précisé que les gains résultant de plusieurs rapports de travail s'additionnent (cf. art. 40 OACI, en relation avec l'art. 23 al. 1 LACI). Ce seuil de CHF 500.-, qui s'applique indépendamment du taux d'occupation, vise à s'assurer que des activités purement occasionnelles, de peu d'importance et même tout à fait sporadiques, ne puissent donner droit à des prestations, du seul fait du paiement de cotisation¹²².

Une personne encore partie à des rapports de travail peut être considérée comme étant au chômage, dès lors que le critère déterminant pour admettre qu'une personne est au chômage réside dans la fin factuelle – et non juridique – des relations de travail¹²³. Ainsi, au vu de la cessation des prestations caractéristiques du rapport de travail (travail et salaire), la personne partie à un contrat-cadre de travail, en vertu duquel l'entreprise de travail temporaire n'est tenue de payer le salaire que pendant la durée effective de la mission, est en principe réputée au chômage pendant la période qui s'écoule entre deux missions¹²⁴.

¹²⁰ Sur ce point, cf. BYRNE-SUTTON, p. 294.

¹²¹ Pour un exemple, cf. BYRNE-SUTTON, pp. 315-316.

¹²² Message concernant une nouvelle loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 2 juillet 1980, FF 1980 III 485 (581). Sur ce point, cf. aussi BYRNE-SUTTON, p. 297, qui relève que ce seuil est favorable aux travailleurs à temps partiel puisqu'il est relativement bas (CHF 500.- par mois).

¹²³ Cf. TF 8C_472/2018 du 22 janvier 2019, c. 5.3.1 ; ATF 126 V 368, c. 2a ; ATF 121 V 377, c. 3c ; ATF 119 V 156, c. 2a.

¹²⁴ Cf. CF, Rapport « *Réglementer le travail sur appel* », p. 15.

cc) *L'aptitude au placement et la perte de travail à prendre en considération*

Conformément à l'art. 15 al. 1 LACI, est réputé apte à être placé le chômeur qui est disposé à accepter un travail convenable et à participer à des mesures d'intégration et qui est en mesure et en droit de le faire. L'aptitude au placement (cf. art. 8 al. 1 lit. f et 15 LACI) comprend ainsi deux éléments : d'une part, la capacité de travail, c'est-à-dire la faculté de fournir un travail – plus précisément d'exercer une activité lucrative salariée – sans que l'assuré en soit empêché pour des causes inhérentes à sa personne (aptitude objective) ; d'autre part, la disposition à accepter un travail convenable au sens de l'art. 16 LACI, ce qui implique non seulement la volonté de prendre un tel travail s'il se présente, mais aussi une disponibilité suffisante quant au temps que l'assuré peut consacrer à un emploi et quant au nombre des employeurs potentiels (aptitude subjective)¹²⁵. L'aptitude au placement peut dès lors être niée notamment en raison de recherches d'emploi continuellement insuffisantes, en cas de refus réitéré d'accepter un travail convenable, ou encore lorsque l'assuré limite ses démarches à un domaine d'activité dans lequel il n'a, concrètement, qu'une très faible chance de trouver un emploi¹²⁶.

Lorsqu'un assuré est disposé à n'accepter qu'un travail à temps partiel, il doit être déclaré apte au placement dans le cadre d'une perte de travail partielle ; c'est ainsi sous l'angle de la perte de travail à prendre en considération (cf. art. 11 LACI) qu'il sied, le cas échéant, de tenir compte du fait qu'un assuré au chômage ne peut ou ne veut pas travailler à plein temps¹²⁷. Aussi, l'assuré qui exerçait une activité à plein temps avant le chômage et qui ne désire ensuite travailler qu'à 50 %, subit une perte de travail de moitié seulement, qui se traduit par la prise en considération de la moitié également de son gain assuré (cf. art. 23 LACI) pour le calcul de l'indemnité de chômage¹²⁸. Pour les assurés partiellement sans emploi, une règle particulière existe concernant la perte de travail à prendre en considération. Celle-ci ne doit en effet pas durer au moins deux journées de travail consécutives (cf. art. 11 al. 1 LACI), mais doit s'élever au moins à deux jours entiers de travail en l'espace de deux semaines (soit 20 % au moins d'une activité à plein temps ; cf. art. 5 OACI)¹²⁹. Les assurés partiellement sans emploi sont ainsi réputés aptes à être

¹²⁵ Cf., notamment, TF 8C_65/2020 du 24 juin 2020, c. 3.1 ; ATF 146 V 210, c. 3.1 ; ATF 125 V 51, c. 6a ; ATF 123 V 214, c. 3 ; ATF 112 V 137, c. 3a. Au sujet de l'aptitude au placement, en relation en particulier avec des responsabilités parentales, cf. BYRNE-SUTTON, pp. 300-304 ; PERRENOUD, Familles et sécurité sociale en Suisse, pp. 1457-1472.

¹²⁶ Cf., p. ex., ATF 123 V 214, c. 3 ; ATF 120 V 392, c. 1 ; ATF 115 V 434, c. 2a ; ATF 112 V 137, c. 3a.

¹²⁷ Cf. TF 8C_742/2019 du 8 mai 2020, c. 3.3 ; ATF 145 V 399, c. 2.2 ; ATF 136 V 95, c. 5.1 ; ATF 127 V 475, c. 2b/cc ; ATF 126 V 124, c. 2 ; ATF 125 V 51, c. 6a ; ATF 115 V 428, c. 2c/aa.

¹²⁸ Cf. ATF 126 V 124, c. 2.

¹²⁹ Pour des exemples, cf. TF 8C_455/2008 du 24 octobre 2008, c. 3.1 (la personne qui a manifesté sans ambiguïté sa volonté de rechercher une activité salariée à un taux d'occupation de 10 % [soit le taux

placées s'ils sont disposés et en mesure d'accepter un emploi convenable d'au moins 20 % d'un emploi à plein temps¹³⁰. Le droit à l'indemnité de chômage ne peut donc pas être subordonné à la condition que la personne sans emploi recherche une activité à plein temps ou à un taux d'occupation supérieur à celui qui était le sien avant la période de chômage (dans la mesure où ce taux atteint 20 % d'un emploi à plein temps)¹³¹. A cet égard, le Tribunal fédéral a jugé que l'art. 14 al. 1 aOACI¹³², à teneur duquel les assurés qui étaient occupés à temps partiel avant de tomber au chômage n'étaient réputés aptes au placement que s'ils étaient disposés à accepter une occupation d'au moins 50 % d'un emploi à plein temps et en mesure de le faire (art. 14 al. 1, première phrase, aOACI), étant précisé que lorsque la situation personnelle de l'assuré faisait apparaître comme convenable une occupation à plein temps, il n'était réputé apte au placement que s'il était disposé à accepter une telle occupation (art. 14 al. 1, seconde phrase, aOACI), n'était pas conforme à la loi¹³³.

Pour les assurés qui étaient occupés temporairement avant de tomber au chômage, l'art. 14 al. 3 OACI précise qu'ils ne sont réputés aptes au placement que s'ils sont disposés à accepter un emploi durable et en mesure de le faire. Le Tribunal fédéral a admis la légalité de cette disposition spéciale et précisé que l'aptitude au placement selon celle-ci ne présuppose pas que l'emploi durable que le travailleur temporaire est disposé et en mesure d'assumer soit une activité à plein temps ; il suffit en principe que l'intéressé soit disposé et en mesure d'accepter un emploi durable à temps partiel¹³⁴. Il a ajouté que les travailleurs concernés par l'art. 14 al. 3 OACI sont ceux qui se mettent uniquement à disposition pour des missions de travail de durée et de fréquence irrégulières, mais qui ne souhaitent pas accepter un emploi fixe, si bien qu'il s'agit de travailleurs qui doivent en principe assumer eux-mêmes le risque de perte d'emploi entre deux postes de travail qui en découle du point de vue de l'aptitude au placement¹³⁵.

d'occupation de l'emploi exercé jusqu'alors] ne satisfait pas à la condition afférente à la perte de travail à prendre en considération au sens de l'art. 5 OACI) ; ATF 115 V 428, c. 2b (la personne qui a perdu un emploi qu'elle occupait à raison de trois heures et demie chaque mardi et jeudi soir remplit la condition de la durée minimale de la perte de travail au sens de l'art. 5 OACI).

¹³⁰ ATF 120 V 385, c. 4c.aa ; ATF 115 V 428, c. 2c.aa.

¹³¹ Cf. ATF 115 V 434. Sur ce point, cf. aussi BYRNE-SUTTON, pp. 298-299.

¹³² RO 1983 1205.

¹³³ Cf. ATF 115 V 428, c. 2c.aa (s'agissant de l'art. 14 al. 1, première phrase, aOACI) ; ATF 115 V 434, c. 2c (s'agissant de l'art. 14 al. 1, seconde phrase, aOACI). L'art. 14 al. 1 aOACI a été abrogé avec effet au 1^{er} janvier 1992 (Modification de l'OACI du 28 août 1991, RO 1991 2132).

¹³⁴ Cf. ATF 120 V 385, c. 3b ; TFA C 38/88 du 20 octobre 1988, c. 2b et 3.

¹³⁵ Cf. ATF 120 V 385, c. 3b. Cf. aussi TFA C 38/88 du 20 octobre 1988, c. 2b : « [...] l'aptitude au placement d'un travailleur temporaire dépend, en définitive, essentiellement de la volonté de l'assuré

Enfin, sous l'angle des sanctions (art. 30 LACI), le droit à l'indemnité de chômage de l'assuré qui a été licencié parce qu'il a refusé d'augmenter son temps de travail (congé-modification), ne peut en principe pas être suspendu ; dans les limites de son obligation d'être apte au placement, l'assuré est en effet libre de disposer d'une partie de son temps à d'autres fins que le travail¹³⁶.

b) La détermination du gain assuré

L'indemnité de chômage s'élève en principe à 80 % du gain assuré (art. 22 al. 1 LACI)¹³⁷. Aux termes de l'art. 23 al. 1 LACI, est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS qui est obtenu normalement au cours d'un ou de plusieurs rapports de travail durant une période de référence, y compris les allocations régulièrement versées et convenues contractuellement, dans la mesure où elles ne sont pas des indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail. Le montant maximum du gain assuré (art. 18 LPGA) correspond à celui de l'assurance-accidents obligatoire (actuellement, CHF 148'200.- ; cf. art. 22 al. 1 OLAA). Le gain n'est pas réputé assuré lorsqu'il n'atteint pas un montant minimum. Le Conseil fédéral détermine la période de référence et fixe le montant minimum.

Conformément à l'art. 40 OACI, le gain n'est pas assuré lorsque, durant la période de référence, il n'atteint pas CHF 500.- par mois, étant précisé que les gains résultant de plusieurs rapports de travail s'additionnent (*supra* 1.a.bb.).

S'agissant de la période de référence pour le calcul du gain assuré, l'art. 37 al. 1-2 OACI précise que le gain assuré est calculé sur la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisation (art. 11 OACI) qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation (al. 1), respectivement sur la base du salaire moyen des douze derniers mois de cotisation précédant le délai-cadre d'indemnisation si ce salaire est plus élevé (al. 2)¹³⁸. Cette règle permet en particulier de tenir compte de la situation des personnes percevant un salaire irrégulier.

de trouver un emploi permanent ; celui qui tient à n'exercer que des activités temporaires doit être considéré comme inapte à être placé » ; ATF 110 V 210, c. 2a ; ATF 108 V 95, c. 1b.

¹³⁶ Cf., p. ex., RUBIN, N 30 ad art. 30 LACI, p. 308. Cf. aussi TFA C 283/94 du 10 mars 1995, c. 3b, *in* : DTA 1995, n° 18, pp. 106-111.

¹³⁷ L'indemnité s'élève toutefois à 70 % du gain assuré si l'assuré n'a pas d'obligation d'entretien envers des enfants de moins de 25 ans, s'il bénéficie d'une indemnité journalière entière dont le montant dépasse CHF 140 francs et s'il ne touche pas une rente d'invalidité correspondant à un taux d'invalidité d'au moins 40 % (art. 22 al. 2 LACI).

¹³⁸ La période de référence commence à courir le jour précédant le début de la perte de gain à prendre en considération quelle que soit la date de l'inscription au chômage, l'assuré devant, à ce jour, avoir cotisé douze mois au moins pendant le délai-cadre applicable à la période de cotisation (art. 37 al. 3 OACI).

2. Les particularités de l'assurance-chômage en cas de travail sur appel

a) Le droit à l'indemnité de chômage durant un rapport de travail sur appel

Lorsque le contrat de travail sur appel est résilié (dans le respect du délai de congé légal ou contractuel), le travailleur a droit à l'indemnité de chômage selon les mêmes modalités que tout autre travailleur à temps partiel (*supra* 1.)¹³⁹. En revanche, lorsque le contrat de travail sur appel n'est pas résilié, le droit à l'indemnité de chômage ne peut être reconnu qu'à titre exceptionnel¹⁴⁰. Selon la jurisprudence constante¹⁴¹, lorsque le travailleur sur appel n'est pas appelé, il ne subit en principe aucune perte de travail à prendre en considération (art. 8 al. 1 lit. b et 11 LACI) : en l'absence d'une durée normale de travail hebdomadaire convenue entre l'employeur et le travailleur, le nombre de jours où il est amené à travailler est en effet considéré comme normal. Une exception existe toutefois puisqu'une perte de travail et de gain peut être prise en considération lorsque les appels diminuent après que l'assuré a été appelé de manière plus ou moins constante pendant une période prolongée (période de référence), étant précisé que plus les appels ont été réguliers, plus la période de référence sera courte. Pour établir le temps de travail normal, il convient en principe de prendre pour période de référence les douze derniers mois ou toute la durée du rapport de travail s'il a duré moins de douze mois ; en dessous de six mois d'occupation, il est cependant impossible de déterminer un temps de travail normal, avec pour conséquence, l'absence de droit à l'indemnité de chômage¹⁴². Par ailleurs, pour qu'un temps de travail puisse être présumé normal, il faut que ses fluctuations mensuelles ne dépassent pas 20 %, en plus ou en moins, du nombre moyen des heures de travail fournies mensuellement pendant la période d'observation de douze mois (ou 10 % si cette période est de six mois seulement)¹⁴³. Si les fluctuations dépassent ne serait-ce qu'un seul mois le plafond admis, il ne peut plus être question d'un temps de travail normal et, en conséquence, la perte de travail et la perte de gain ne peuvent pas être prises en

¹³⁹ Cf. CF, Rapport « Réglementer le travail sur appel », p. 17.

¹⁴⁰ Sur ce point, cf. CF, Rapport « Réglementer le travail sur appel », pp. 17-19. Cf. aussi BYRNE-SUTTON, pp. 304-308.

¹⁴¹ Cf. p. ex., ATF 146 V 112, c. 3.2 ; TF 8C_812/2017 du 23 août 2018, c. 5.3.1 ; TF 8C_532/2017 du 6 octobre 2017, c. 2.2 ; TF 8C_318/2014 du 21 mai 2015, c. 2.2 ; TF 8C_379/2010 du 28 février 2011, c. 1.2 ; ATF 107 V 59, c. 1.

¹⁴² Cf. p. ex., TF 8C_812/2017 du 23 août 2018, c. 5.3.2 ; TF 8C_318/2014 du 21 mai 2015, c. 2.3.

¹⁴³ Si la période d'observation est inférieure à douze mois mais supérieure à six, le taux plafond des fluctuations admises sera proportionnellement ajusté. Ainsi, par exemple, pour une période d'observation de neuf mois, le plafond est de 15 % (20 : 12 x 9). Cf. p. ex., TF 8C_812/2017 du 23 août 2018, c. 5.3.2 ; TF 8C_318/2014 du 21 mai 2015, c. 2.2.

considération¹⁴⁴. Cette méthode d'évaluation est appropriée en ce qui concerne les contrats de travail sur appel d'une durée relativement courte, ce qui est en principe le cas jusqu'à deux ans d'activité¹⁴⁵. Lorsque les rapports de travail ont duré plus de deux ans (rapports de longue durée), il convient de prendre en compte le nombre d'heures de travail annuel et les fluctuations par rapport à la moyenne annuelle¹⁴⁶, étant précisé que l'on se fondera au maximum, sur les cinq années précédant la baisse de travail¹⁴⁷.

Les règles applicables aux contrats de travail sur appel pour déterminer l'existence d'une perte de travail à prendre en considération le sont également aux rapports de travail auxiliaire ou occasionnel¹⁴⁸.

b) Le travail sur appel, un travail convenable ?

Afin de satisfaire à son obligation de diminuer le dommage, l'assuré est tenu d'accepter immédiatement tout travail convenable (cf. art. 16 LACI)¹⁴⁹. Le travail sur appel qui exige du travailleur une disponibilité sur appel constante, dépassant le cadre de l'occupation garantie, n'est pas considéré comme convenable (cf. art. 16 al. 2 lit. g LACI). L'assignation d'un tel travail n'est en effet pas dans l'intérêt de l'assurance-chômage, dès lors qu'une disponibilité sur appel constante entrave l'appréciation de l'aptitude au placement restante¹⁵⁰. Il en découle qu'aucune sanction ne pourra être prononcée à l'égard du travailleur, qui résilie un contrat de travail sur appel en raison du caractère trop extrême et

¹⁴⁴ Cf. p. ex., TF 8C_812/2017 du 23 août 2018, c. 5.3.2 ; TF 8C_318/2014 du 21 mai 2015, c. 2.3.

¹⁴⁵ Cf. p. ex., TF 8C_812/2017 du 23 août 2018, c. 5.3.2 ; TF 8C_318/2014 du 21 mai 2015, c. 2.3 ; TF 8C_379/2010 du 28 février 2011, c. 2.2.2-2.2.3. Cf. p. ex., TF 8C_812/2017 du 23 août 2018, c. 5.4 (lorsque durant la période de référence de douze mois avant la perte de travail [de juin 2015 à mai 2016], la personne assurée n'a pas travaillé pendant deux mois [juillet et août 2015] et n'a travaillé que deux et six jours durant deux autres mois [septembre et octobre 2015], il y a d'emblée lieu de considérer que les fluctuations du temps de travail étaient trop importantes pour admettre que l'activité exercée était suffisamment régulière pour tenir compte d'une perte de travail à prendre en considération, avec pour conséquence l'absence de droit à l'indemnité de chômage).

¹⁴⁶ Cf. p. ex., ATF 146 V 112, c. 3.2 ; TF 8C_625/2013 du 23 janvier 2014, c. 2.2 ; TF 8C_417/2013 du 30 décembre 2013, c. 5.2.2 ; TF C 266/06 du 26 juillet 2007, c. 3.2 ; TFA C 9/06 du 12 mai 2006, c. 3.3 ; TFA C 29/05 du 17 mars 2005, c. 3.2.

¹⁴⁷ Cf. CF, Rapport « Réglementer le travail sur appel », p. 18.

¹⁴⁸ TF 8C_318/2014 du 21 mai 2015, c. 2.4 ; TF 8C_379/2010 du 28 février 2011, c. 2.3.

¹⁴⁹ Cette condition est étroitement liée à celle de l'aptitude au placement au sens des art. 8 al. 1 lit. f et 15 LACI (*supra* 1.a.cc.).

¹⁵⁰ Message à l'appui de la deuxième révision partielle de la loi sur l'assurance-chômage (LACI) du 29 novembre 1993, FF 1994 I 340 (357).

imprévisible des fluctuations, dès lors que l'intéressé ne peut pas être considéré comme étant sans travail par sa propre faute au sens de l'art. 30 al. 1 lit. a LACI¹⁵¹.

c) Le contrat de travail sur appel conclu en vue de diminuer le dommage

Conformément à l'art. 17 al. 1 LACI, l'assuré qui fait valoir des prestations d'assurance doit entreprendre tout ce qu'on peut raisonnablement exiger de lui pour éviter le chômage ou l'abréger. L'acceptation d'un rapport de travail sur appel après la perte d'un emploi à plein temps afin de diminuer le dommage doit en principe être considérée comme une activité de transition, si bien qu'elle ne doit pas avoir pour effet de priver l'assuré des prestations d'assurance auxquelles il aurait eu droit en vertu de son dernier rapport de travail ordinaire¹⁵². Toutefois, si le rapport de travail sur appel s'inscrit dans la durée – ce qui est le cas lorsqu'il dure depuis plus d'un an –, il acquiert alors un caractère de normalité, de sorte que le principe de diminution du dommage perd de sa pertinence et que le droit à l'indemnité de chômage doit alors être examiné comme pour tout travailleur sur appel (*supra a.*)¹⁵³.

Le travail sur appel effectué dans le seul but de réduire le manque à gagner résultant du chômage peut également être considéré comme un gain intermédiaire au sens de l'art. 24 LACI. Le gain intermédiaire correspond à tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle (art. 24 al. 1 LACI). Lorsque l'assuré réalise un gain intermédiaire, la perte de gain indemnisée par l'assurance chômage équivaut à la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire, ce dernier devant être conforme, pour le travail effectué, aux usages professionnels et locaux, étant précisé que les gains accessoires au sens de l'art. 23 al. 3 LACI (*supra* 1.a.bb.) ne sont pas pris en considération (art. 24 al. 3 LACI). En cas de contrat de travail sur appel, lorsque celui-ci a été conclu au cours d'un délai-cadre d'indemnisation et qu'il a également été pris en considération à titre de gain intermédiaire pour le droit aux prestations dans le délai-cadre suivant, on ne peut plus parler, dans le cadre du nouvel examen des conditions du droit aux prestations pour l'ouverture éventuelle d'un délai-cadre supplémentaire, d'une activité exercée en vue de diminuer le dommage, compte tenu de la longue durée du rapport de travail¹⁵⁴. Le Tribunal fédéral a récemment confirmé que seule une protection sociale temporaire doit être accordée par l'assurance-chômage en cas de travail sur appel effectué dans le seul but de réduire le manque à gagner résultant du chômage. Il a à cet égard précisé

¹⁵¹ Cf. CF, Rapport « Réglementer le travail sur appel », pp. 20 et 22.

¹⁵² Cf. TFA C 266/06 du 26 juillet 2007, c. 3.2.

¹⁵³ Cf. ATF 139 V 259, c. 5. Pour des exemples, cf. aussi CF, Rapport « Réglementer le travail sur appel », p. 21.

¹⁵⁴ Cf. ATF 139 V 259, c. 5 ; TF 8C_46/2014 du 24 avril 2014.

que le procédé consistant à admettre l'existence d'une perte de travail en raison de l'emploi fixe exercé précédemment (en tant que dernier rapport de travail au sens de l'art. 4 al. 1 OACI) doit être limité à la durée d'un premier délai-cadre d'indemnisation compte tenu de la systématique de la loi et de l'égalité de traitement entre assurés¹⁵⁵.

E. Les prestations parentales

Le fait de travailler à temps partiel n'a pas d'incidence sur le droit aux allocations de maternité, de paternité, de prise en charge et d'adoption. La condition afférente à l'exercice d'une activité lucrative durant au moins cinq mois au cours des neuf mois précédant la naissance ou l'adoption (cf. art. 16b al. 1 lit. b, 16i al. 1 lit. c et 16t al. 1 lit. b LAPG¹⁵⁶) est en effet remplie sans égard au taux d'occupation de la personne assurée (activité exercée à plein temps ou à temps partiel)¹⁵⁷. Le montant des prestations est en revanche en principe plus faible, dès lors que le revenu de l'activité lucrative sert de base au calcul des prestations (cf. art. 16e al. 2 LAPG : « *L'indemnité journalière est égale à 80 % du revenu moyen de l'activité lucrative obtenu avant le début du droit à l'allocation* » ; cf. aussi art. 16l, 16r et 16w LAPG). Lorsque ces prestations sont octroyées à des personnes exerçant une activité salariée, elles doivent être calculées sur la base du dernier salaire déterminant au sens de l'art. 5 LAVS¹⁵⁸, acquis avant le début du droit aux prestations et converti en gain journalier moyen (art. 31, 35f et 35n RAPG¹⁵⁹, en relation avec les art. 11, 16e al. 2 et 16l al. 2, 16r al. 2 et 16w al. 2 LAPG, ainsi que 5 RAPG). Il existe une exception pour les personnes qui ont des revenus irréguliers, puisque le gain journalier moyen doit être établi en se fondant sur le gain obtenu pendant les trois mois précédant l'ouverture du droit aux prestations, respectivement sur le gain d'une période plus longue si le revenu moyen ainsi déterminé n'est pas approprié (art. 6 RAPG, en relation avec l'art. 11 LAPG et les art. 31 al. 3, 35f al. 3 et 35n al. 2 RAPG). Ainsi, par exemple, en cas de travail à temps partiel irrégulier rémunéré à l'heure, l'allocation doit être calculée sur la base de la rémunération moyenne des douze derniers mois, dans la mesure où aucun horaire de travail

¹⁵⁵ Cf. ATF 146 V 112, c. 3-5.

¹⁵⁶ Loi fédérale sur les allocations pour perte de gain du 25 septembre 1952 (LAPG), RS 834.1.

¹⁵⁷ Le droit à l'allocation de prise en charge d'un enfant gravement atteint dans sa santé (art. 16n-s LAPG) n'est pas subordonné à une durée préalable minimale d'assurance ou d'exercice d'une activité professionnelle, contrairement à ce qui est le cas pour les autres allocations parentales prévues par la LAPG. Sur ce point, cf. *infra* III.E.

¹⁵⁸ Cf. ATF 133 V 431, c. 4.3.

¹⁵⁹ Règlement sur les allocations pour perte de gain du 24 novembre 2004 (RAPG), RS 834.11.

concret n'a été prévu pour la période d'absence¹⁶⁰. Sont considérés, en règle générale, comme des salariés n'ayant pas de revenus réguliers, les travailleurs journaliers ou temporaires, les employés saisonniers ou encore les voyageurs de commerce ; il s'agit de salariés qui ont pour « *dénominateur commun une situation professionnelle précaire, caractérisée par l'incertitude quant à leur avenir professionnel proche et/ou par la fragilité et le caractère profondément aléatoire de leurs revenus* »¹⁶¹.

S'agissant du droit à l'allocation de maternité, il convient de mentionner qu'il peut prendre fin de manière prématurée si la mère reprend une activité avant l'échéance de la quatorzième semaine suivant la naissance et ce, quel que soit le taux de l'activité reprise de manière anticipée (cf. art. 25 RAPG, en relation avec l'art. 16d al. 3 LAPG). Une exception existe cependant, en ce sens que la reprise d'une activité procurant un revenu de minime importance au sens de l'art. 34d RAVS (*supra* A.1.) ne met pas fin au droit à l'allocation de maternité¹⁶².

En matière d'allocations familiales, si l'exercice d'une activité à temps partiel n'a pas d'incidence sur le montant des prestations, il s'agit en revanche d'une circonstance qui peut avoir une influence en cas de concours de droits¹⁶³. Lorsqu'une personne exerce des activités auprès de plusieurs employeurs (concoure de droits chez une même personne), la caisse de compensation pour allocations familiales compétente est celle de l'employeur qui verse le salaire le plus élevé ; cf. art. 13 al. 4 lit. b LAFam¹⁶⁴ et 11 al. 1 OAFam¹⁶⁵) et il n'existe pas de droit au versement de la différence dans l'hypothèse où la législation cantonale dont relève la caisse de compensation non prioritaire introduirait des allocations familiales d'un montant plus élevé que la législation du canton dans lequel est sise la caisse de compensation compétente¹⁶⁶. En cas de concours de droits entre les parents, le taux d'occupation n'est en revanche pas en soi un critère déterminant (cf. l'ordre en cascade arrêté à art. 7 al. 1 LAFam).

¹⁶⁰ TF 8D_1/2012 du 21 décembre 2012, c. 3.2.2 : « *Bei Angestellten im Stundenlohn mit unregelmässigen Einsätzen wird in der Regel mit dem Durchschnittslohn der vorangehenden zwölf Monate gerechnet, sofern für die betreffende Zeit der Abwesenheit kein konkreter Einsatzplan vorliegt* ».

¹⁶¹ TF 9C_824/2009 du 1^{er} juin 2010, c. 5.3.

¹⁶² Cf. ATF 148 V 253, c. 7 ; ATF 139 V 250, c. 4. Sur ce point, cf. aussi PERRENOUD STÉPHANIE, Extinction anticipée du droit à l'allocation de maternité : analyse de lege lata et réflexions de lege ferenda, in : HAVE/REAS, n° 3/2022, pp. 281-293.

¹⁶³ Au sujet du concours de droits à des allocations familiales, cf. PERRENOUD, Les allocations familiales en Suisse, N 79-96, pp. 182-189.

¹⁶⁴ Loi fédérale sur les allocations familiales et les aides financières allouées aux organisations familiales du 24 mars 2006 (LAFam), RS 836.2.

¹⁶⁵ Ordonnance sur les allocations familiales du 31 octobre 2007 (OAFam), RS 836.21.

¹⁶⁶ ATF 140 V 485.

III. Le congé non payé

Le congé non payé (congé sabbatique ou congé sans solde), qui présuppose l'accord de l'employeur¹⁶⁷ et entraîne la suspension des obligations contractuelles¹⁶⁸, permet au travailleur de demeurer éloigné de son poste de travail pendant une période plus ou moins longue et de disposer ainsi de temps pour effectuer d'autres activités que celle pour laquelle il a été engagé (voyager, prendre du repos, effectuer une formation, s'occuper d'enfants en bas âge ou d'un proche âgé ou malade, p. ex.). La prise d'un tel congé n'est toutefois pas dépourvue de conséquences en matière d'assurances sociales. Les périodes d'interruption de l'activité professionnelle se traduisent en effet en principe par une absence de cotisations versées à certains régimes. Ainsi, dans le deuxième pilier, l'obligation d'être assuré cesse, notamment, lorsque le salaire minimum n'est plus atteint (art. 10 al. 2 lit. c LPP). Par ailleurs, la couverture de l'assurance-accidents s'éteint à la fin du 31^e jour qui suit le jour où a pris fin le droit au demi-salaire au moins (art. 3 al. 2 LAA) et le droit à l'indemnité de chômage est subordonné, entre autres conditions (cf. art. 8 LACI), à l'exercice d'une activité soumise à cotisation durant douze mois au moins dans le délai-cadre de deux ans précédant l'inscription au chômage (art. 9 al. 3 et 13 LACI). Les principales conséquences du congé non payé en droit des assurances sociales seront présentées dans les paragraphes qui suivent.

A. L'assurance-vieillesse, invalidité et survivants

Un congé non payé n'a pas d'incidence sur la couverture d'assurance au premier pilier. Le travailleur reste en effet obligatoirement assuré dans la mesure où il conserve son domicile en Suisse (art. 1a lit. a LAVS). Il demeure également en principe soumis à l'obligation de cotiser en tant que personne exerçant une activité lucrative¹⁶⁹. L'intéressé sera toutefois

¹⁶⁷ Si le Code des obligations règle le droit aux vacances et aux congés hebdomadaires et usuels (art. 329-329j CO), il est en revanche muet sur le congé non payé. Le travailleur n'a donc pas droit à un tel congé et doit négocier celui-ci auprès de son employeur (cf. p. ex., REHBINDER, p. 80). L'art. 35a LTr, qui régit l'occupation durant la maternité, confère cependant le droit à un congé non payé aux femmes enceintes ; celles-ci disposent en effet de la faculté, sur simple avis, de se dispenser d'aller au travail ou de le quitter (art. 35a al. 2 LTr). Au sujet des droits conférés aux travailleuses enceintes par l'art. 35a LTr, cf. PERRENOUD, La protection de la maternité, pp. 749-755.

¹⁶⁸ Cf. ATF 136 III 562, c. 3. Cf. aussi TF 8C_472/2018 du 22 janvier 2019, c. 5.1.1 ; ATF 136 V 339, c. 6.4 ; TF B 109/06 du 16 mai 2007, c. 4.2.1 ; TFA B 37/94 du 31 mars 1995, c. 3a, in : SZS/RSAS 1998, pp. 128-133.

¹⁶⁹ *Contra* : DIETSCHY-MARTENET, p. 187, qui affirme que lorsqu'un employé prend un congé sabbatique, il « versera les cotisations pour personnes sans activité lucrative (art. 10 LAVS) », sans toutefois étayer son point de vue.

tenu de cotiser en tant que personne sans activité lucrative (art. 10 LAVS), s'il est considéré comme une personne n'exerçant pas durablement une activité lucrative à plein temps et dont les cotisations provenant d'une activité lucrative (part de l'employeur comprise) n'atteignent pas, par année civile, la cotisation minimale (CHF 514.- depuis le 1^{er} janvier 2023¹⁷⁰) ou sont inférieures à la moitié des cotisations qu'il devrait payer en tant que personne sans activité lucrative (cf. art. 28^{bis} RAVS ; cf. aussi ch. 2041 DIN). Une activité lucrative n'est pas considérée comme exercée à plein temps lorsque l'assuré n'exerce pas son activité lucrative durant la moitié au moins du temps usuellement consacré au travail (ch. 2039 DIN). Elle n'est pas considérée comme durable, lorsqu'elle est exercée durant une période de l'année civile inférieure à neuf mois (ch. 2035 DIN). Pour déterminer si les cotisations calculées sur le revenu d'un travail atteignent ou non la moitié des cotisations dues comme non actif, il faut procéder à un calcul comparatif (ch. 2042 DIN)¹⁷¹.

Exemple : un employé souhaite prendre un congé non payé du 1^{er} juillet au 31 décembre 2023. Son revenu mensuel s'élevant à CHF 15'000.-, les cotisations dues pour l'exercice de l'activité lucrative du 1^{er} janvier au 30 juin 2023 atteignent CHF 9'540.- (soit 10,6 %¹⁷² de CHF 90'000.-). A supposer que l'intéressé ait une fortune de CHF 1'500'000.-, les cotisations dues en tant que personne sans activité lucrative pour l'année civile considérée se seraient élevées à CHF 3'052.80, respectivement à CHF 25'700.- (cotisation maximale) si la fortune avait atteint CHF 8'740'000.- ou plus (cf. art. 28 RAVS, art. 1^{bis} al. 2 RAI, art. 36 al. 2 RAPG). Dans le premier cas, l'employé cotise en tant que personne exerçant une activité lucrative pour l'année 2023 car les cotisations prélevées sur le revenu de l'activité lucrative (CHF 9'540.-) atteignent plus de la moitié des cotisations dues en tant que personne sans activité lucrative (CHF 1'526.40), si bien que le congé non payé n'a pas d'incidence sur le montant des cotisations dues. Dans la seconde hypothèse, l'intéressé est considéré comme une personne sans activité lucrative car les cotisations dues pour l'activité lucrative (CHF 9'540.-) atteignent moins de la moitié des cotisations dues en tant que personne sans activité lucrative (CHF 12'850.-). Partant, il doit s'acquitter de cotisations d'un montant plus élevé du fait du congé sabbatique (CHF 25'700.-)¹⁷³. A cet égard, si l'intéressé est marié ou lié par un partenariat enregistré à une personne qui s'acquitte de cotisations équivalant au moins au double de la cotisation minimale, il sera toutefois exempté de l'obligation de cotiser en tant que personne sans activité lucrative (art. 3 al. 3 lit. a LAVS). Si le travailleur est une personne célibataire, la prise du congé à

¹⁷⁰ CHF 514.- = CHF 422.- (cotisation minimale AVS ; cf. art. 10 LAVS) + CHF 68.- (cotisation minimale AI ; cf. art. 3 al. 1^{bis} LAI) + CHF 24.- (cotisation minimale APG ; cf. art. 36 al. 2 RAPG).

¹⁷¹ Pour des exemples, cf. ch. 2043 et Annexe 6 DIN.

¹⁷² 10,6 % = 8,7 % (cotisations AVS ; cf. art. 5 et 13 LAVS) + 1,4 % (cotisations AI ; cf. art. 3 al. 1 LAI) + 0,5 % (cotisations APG ; cf. art. 36 al. 1 RAPG).

¹⁷³ L'assuré peut demander que les cotisations versées pour l'année en question sur le revenu de l'activité lucrative soient imputées sur celles qu'il doit acquitter comme personne sans activité lucrative (art. 30 al. 1 RAVS).

cheval sur deux années civiles peut se révéler être une solution à privilégier. A supposer que dans la seconde hypothèse (fortune de CHF 8'740'000.- ou plus), l'intéressé opte pour la prise de son congé du 1^{er} octobre 2023 au 31 mars 2024, il demeurerait soumis à l'obligation de cotiser en tant que personne exerçant une activité lucrative pour les années 2023 et 2024 (les cotisations dues en tant que personne active pour chacune des années considérées s'élèveraient à CHF 14'310.- [10,6 % de CHF 135'000.-], soit un montant supérieur à la moitié des cotisations dues en tant que personne sans activité lucrative [CHF 12'850.-]), si bien que le congé non payé ne se traduirait pas par une augmentation des cotisations dues.

En définitive, la fortune, le revenu et l'état civil de l'employé, tout comme la durée du congé sabbatique sont autant de circonstances dont il faut tenir compte pour déterminer si celui-ci aura ou non des conséquences financières pour l'intéressé tant en termes de cotisations que s'agissant du montant de la future rente. A ce propos, si au même titre que le travail à temps partiel, le congé non payé n'a pas d'influence sur le nombre d'années de cotisations (dans la mesure où l'intéressé conserve son domicile en Suisse ; cf. art. 1a al. 1 lit. a LAVS), soit sur l'échelle de rente applicable, il peut en revanche avoir une incidence sur le revenu annuel moyen, soit sur l'élément qui détermine le montant de la rente au sein de l'échelle de rente applicable (*supra* II.A.2.).

B. La prévoyance professionnelle

La prise d'un congé non payé peut aussi avoir des répercussions dans le domaine de la prévoyance professionnelle.

En ce qu'il s'accompagne d'une diminution du salaire annuel, le congé sabbatique est généralement synonyme de rentes plus faibles, tout comme le travail à temps partiel (*supra* II.B.1.). Le congé non payé est également susceptible d'avoir des répercussions sur l'affiliation au régime de la prévoyance professionnelle. Si le salaire annuel devient inférieur au seuil d'accès (fixé à CHF 22'050.- depuis le 1^{er} janvier 2023 ; art. 2 al. 1 et 7 al. 1 LPP, *supra* II.B.1.), l'assurance obligatoire prend en effet fin (cf. art. 10 al. 2 lit. c LPP) et l'intéressé demeure assuré auprès de l'ancienne institution de prévoyance pour les risques de décès et d'invalidité pendant un mois après la fin des rapports avec l'institution de prévoyance (art. 10 al. 3 LPP)¹⁷⁴. Lorsque l'assurance obligatoire prend fin, le

¹⁷⁴ Si l'assuré a la possibilité de demeurer assuré à titre facultatif (cf. art. 47 LPP), il doit alors s'acquitter seul de l'intégralité des cotisations. Au sujet de l'absence d'assurance obligatoire à la prévoyance professionnelle durant les périodes d'interruption de la carrière professionnelle et de l'absence de prise en compte du travail non rémunéré dans ce régime d'assurance, cf. PERRENOUD, Familles et sécurité sociale en Suisse, pp. 585-589. Concernant la fin de l'assurance obligatoire selon l'art. 10 al. 2 lit. c et

travailleur peut s'affilier à titre facultatif (soit auprès de la même institution de prévoyance, si les dispositions réglementaires le permettent, soit auprès de l'institution supplétive), afin de maintenir sa prévoyance professionnelle ou sa seule prévoyance vieillesse, dans la même mesure que précédemment (cf. art. 47 LPP). Dans cette hypothèse, nous sommes d'avis que, sauf disposition réglementaire contraire, les cotisations sont intégralement à la charge par le travailleur ; étant donné que les obligations contractuelles sont suspendues pendant un congé non payé, une obligation de l'employeur de cotiser ne peut en effet pas être déduite de l'art. 331 al. 3 CO¹⁷⁵. Si malgré le congé non payé, le salaire (non converti en gain annuel) demeure supérieur ou égal au seuil d'accès, l'assurance obligatoire ne prend pas fin, mais le salaire coordonné (soit la partie du salaire annuel comprise entre CHF 25'725.- et CHF 88'200.- ; cf. art. 8 al. 1 LPP) diminue ; la couverture d'assurance est alors maintenue pour l'année considérée, pour autant que l'institution de prévoyance procède au décompte annuel des cotisations et que le règlement ne prévoit pas d'autre solution¹⁷⁶.

L'art. 8 al. 3 LPP, qui garantit le maintien du salaire coordonné en cas de diminution temporaire du salaire par suite de maladie, d'accident, de chômage, de maternité, de paternité ou d'autres circonstances semblables, introduit une exception au principe selon lequel les interruptions de l'activité lucrative ont généralement pour corollaire une diminution de l'avoir de vieillesse et une possible sortie de l'assurance obligatoire. Le maintien du salaire coordonné vaut au moins pour la durée de l'obligation légale de l'employeur de verser le salaire selon l'art. 324a CO ou des congés de maternité, de paternité, de prise en charge ou d'adoption selon les art. 329f, 329g, 329i et 329j CO et la personne assurée est libre de demander la réduction du salaire coordonné (art. 8 al. 3 LPP)¹⁷⁷. Dans la mesure où le congé non payé ne fonde pas l'obligation de l'employeur de verser le salaire en application de l'art. 324a CO, l'art. 8 al. 3 LPP ne trouve pas application

al. 3 LPP, notamment en cas de congé non payé, cf., p. ex., BSK Berufliche Vorsorge-AMSTUTZ/KRATZ-ULMER, N 35-44 et 47-53 *ad* art. 10 LPP, pp. 121-125.

¹⁷⁵ Au sujet de l'obligation de l'employeur de cotiser à parts égales lorsqu'un employé maintient sa prévoyance en application de l'art. 47 LPP, cf. p. ex., GEISER/SENTI, *in* : Schneider/Geiser/ Gächter, N 48-50 *ad* art. 47 LPP, pp. 810-811, qui admettent une telle obligation de l'employeur, mais sans toutefois se prononcer sur l'hypothèse où le maintien de la prévoyance intervient en raison de la prise d'un congé non payé.

¹⁷⁶ Cf. TF B 109/06 du 16 mai 2007, c. 4.2.1 ; TFA B 37/94 du 31 mars 1995, c. 3, *in* : SZS/RSAS 1998, pp. 128-133. Sur ce point, cf. aussi BSK Berufliche Vorsorge-AMSTUTZ/KRATZ-ULMER, N 40 *ad* art. 10 LPP, p. 122 ; BSK Berufliche Vorsorge-GLÄTTLI, N 7 *ad* art. 7 LPP, pp. 81-82 ; HÜRZELER, N 90, pp. 137-138.

¹⁷⁷ Au sujet du maintien du salaire coordonné selon l'art. 8 al. 3 LPP, cf., p. ex., BRECHBÜHL/GECKELER HUNZIKER, *in* : Schneider/Geiser/Gächter, N 18-39 *ad* art. 8 LPP, pp. 123-131 ; BSK Berufliche Vorsorge-GLÄTTLI, N 15-38 et 46 *ad* art. 8 LPP, pp. 98-104 et 106.

dans cette hypothèse¹⁷⁸. Il convient donc de se référer aux dispositions réglementaires adoptées par l'institution de prévoyance pour savoir si le salaire coordonné peut être maintenu durant un congé non payé¹⁷⁹.

Exemple : une travailleuse enceinte, qui perçoit un salaire mensuel brut de CHF 2'300.- (soit un salaire annuel brut de CHF 27'600.-), prend un congé non payé de deux mois (en faisant usage de la faculté que lui confère l'art. 35a al. 1-2 LTr¹⁸⁰), de sorte que son salaire annuel brut sera réduit à CHF 23'000.-, soit un salaire supérieur au seuil d'accès, garantissant le maintien de l'assurance obligatoire. Sauf disposition réglementaire contraire, l'assurée n'a cependant pas la possibilité de demander le maintien du salaire coordonné étant donné que le congé non payé ne fonde pas l'obligation de l'employeur de verser le salaire selon l'art. 324a CO. Si la travailleuse avait pris un congé non payé de trois mois, à défaut de réglementation plus favorable prévue par l'institution de prévoyance, l'assurance obligatoire aurait alors pris fin pour l'année en cause car le salaire annuel se serait élevé à CHF 20'700.- (cf. art. 10 al. 2 lit. c LPP) et la travailleuse aurait pu s'assurer à titre facultatif et à ses frais, afin de maintenir sa prévoyance professionnelle ou sa seule prévoyance vieillesse (cf. art. 47 LPP).

C. L'assurance-accidents

Dans l'assurance-accidents, la prise d'un congé non payé peut mettre fin à la couverture d'assurance. L'art. 3 al. 2 LAA prévoit en effet que l'assurance cesse de produire ses effets

¹⁷⁸ Il s'agit là d'une solution différente de celle que nous avons par le passé prônée (cf. PERRENOUD, La protection de la maternité, pp. 753-754). Nous considérons en effet désormais que la référence opérée à l'art. 8 al. 3 LPP à la durée de l'obligation légale de l'employeur de verser le salaire selon l'art. 324a CO ne concerne que les hypothèses dans lesquelles une telle obligation salariale existe, ce qui n'est pas le cas durant un congé non payé (cf. PERRENOUD, Familles et sécurité sociale en Suisse, pp. 587-589). Dans le même sens : BSK Berufliche Vorsorge-AMSTUTZ/KRATZ-ULMER, N 39-40 *ad* art. 10 LPP, p. 122 ; BRECHBÜHL/GECKELER HUNZIKER, *in* : Schneider/Geiser/Gächter, N 26-28 et 38 *ad* art. 8 LPP, pp. 126-127 et 130 ; BSK Berufliche Vorsorge-GLÄTTLI, N 29 et 46 *ad* art. 8 LPP, pp. 102 et 106 ; HÜRZELER, N 90, pp. 137-138. *Contra* : DIETSCHY-MARTENET, p. 187, selon laquelle la référence à l'obligation salariale de l'employeur selon l'art. 324a CO s'applique également durant un congé non payé, avec pour conséquence que le maintien du salaire coordonné peut être demandé en application de l'art. 8 al. 3 LPP pendant la durée de l'obligation salariale ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 11 *ad* art. 329a CO, p. 653.

¹⁷⁹ Pour un exemple, cf. l'art. 14.4 al. 1 du Règlement de prévoyance du Fonds de prévoyance de la Société Vaudoise de Médecine, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2022 : « *Sauf en cas d'invalidité ou de retraite partielle, l'assuré dont le salaire est réduit ou supprimé (congé non payé) peut demander, d'entente avec son employeur, à rester assuré sur la base de son dernier salaire assuré* ».

¹⁸⁰ Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (LTr), RS 822.11.

à la fin du 31^e jour qui suit le jour où prend fin le droit au demi-salaire au moins¹⁸¹. Lorsque tel est le cas, l'assureur doit offrir à l'assuré la possibilité de prolonger l'assurance contre les accidents non professionnels, par convention spéciale, pour une durée maximale de six mois (art. 3 al. 3 LAA, 8 OLAA) et l'employeur est tenu d'informer le travailleur de cette faculté (cf. art. 72 OLAA). La couverture d'assurance prolongée porte uniquement sur les accidents non professionnels si bien que cette possibilité ne s'adresse qu'aux travailleurs qui étaient occupés au moins huit heures par semaine chez un même employeur avant la prise du congé non payé (art. 13 al. 1 OLAA, en relation avec les art. 7 al. 2 et 8 al. 2 LAA)¹⁸². Si la durée du congé non payé est supérieure à six mois ou si le travailleur ne souhaite pas conclure une convention de prolongation de la couverture d'assurance-accidents, il doit le signaler à sa caisse-maladie qui réactivera la couverture subsidiaire contre les accidents non professionnels (cf. art. 8-10 LAMal). L'employeur doit informer par écrit le travailleur de cette obligation (art. 10 al. 1 LAMal).

Des règles particulières régissent par ailleurs le calcul des rentes et des indemnités journalières en cas de prise d'un congé non payé. S'agissant des indemnités journalières, si l'art. 15 al. 2 LAA prévoit qu'est réputé gain assuré, le dernier salaire que l'assuré a reçu avant l'accident (cf. aussi art. 22 al. 3 OLAA), l'art. 23 al. 3 OLAA, selon lequel lorsque l'assuré n'exerce pas d'activité lucrative régulière ou lorsqu'il reçoit un salaire soumis à de fortes variations, il y a lieu de se fonder sur un salaire moyen équitable par jour, s'applique en cas de congé non payé¹⁸³. Concernant le calcul des rentes, pour lequel est déterminant le salaire que l'assuré a gagné durant l'année qui a précédé l'accident (art. 15 al. 2 LAA), l'art. 22 al. 4 OLAA précise que si les rapports de travail ont duré moins d'une année, le salaire reçu au cours de cette période est converti en gain annuel, si bien que l'on présume que l'assuré aurait travaillé toute l'année aux mêmes conditions¹⁸⁴. Cette règle s'applique notamment lorsque l'assuré a bénéficié d'un congé non payé durant l'année qui a précédé l'accident¹⁸⁵. Quant aux allocations pour impotent et aux indemnités pour atteintes à l'intégrité, leur montant ne dépend pas du revenu retiré d'une activité lucrative, puisqu'il correspond à un pourcentage du montant maximum du gain assuré (cf. art. 25 et

¹⁸¹ L'élément décisif sous l'angle de l'art. 3 al. 2 LAA réside dans l'absence de rémunération (absence de droit au demi-salaire au moins). La circonstance que les rapports de travail sont suspendus pendant le congé non payé n'est en revanche pas déterminante au regard de la couverture d'assurance-accidents. Cf. ATF 136 V 339, c. 6.4 ; ATF 136 III 562, c. 3.

¹⁸² Cf. ATF 126 V 26, c. 3c.

¹⁸³ Cf. TF 8C_648/2007 du 2 juillet 2008, c. 3.3 : « *Die in [Art. 23 Abs. 3 UVV] verwendete Formulierung "Lohn mit starken Schwankungen" umfasst auch eine einmalige "Schwankung" oder eben einmalige tiefere, aber auch höhere Lohnzahlungen – beispielsweise Dienstaltersgeschenke, Geburts- und Heiratszulagen und Ähnliches –, als sie üblicherweise erfolgen* ».

¹⁸⁴ TFA U 163/02 du 16 avril 2003, c. 3.3.

¹⁸⁵ Cf. TF 8C_648/2007 du 2 juillet 2008, c. 3.3 ; TFA U 163/02 du 16 avril 2003, c. 3.3 ; ATF 114 V 113, c. 3. Sur ce point, cf. aussi BYRNE-SUTTON, p. 329.

27 LAA, 38 OLAA et Annexe 3 OLAA), fixé actuellement à CHF 148'200.- par an, respectivement à CHF 406.- par jour (cf. art. 22 al. 1 OLAA, en relation avec les art. 15 al. 3 LAA et 18 LPGA).

D. L'assurance-chômage

Dans l'assurance-chômage, la prise d'un congé non payé peut avoir pour effet de priver l'assuré de son droit à l'indemnité de chômage. Pour percevoir cette prestation, l'assuré doit en effet, entre autres conditions, avoir exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisation pendant le délai-cadre de cotisation de deux ans précédant la demande d'indemnisation (art. 8 al. 1 lit. e, art. 9 et 13 LACI). Lorsque la durée du congé non payé est supérieure à douze mois, la condition de la période de cotisation n'est ainsi plus remplie et un éventuel droit à l'indemnité de chômage fait défaut, pour autant toutefois que l'assuré n'ait pas été libéré des conditions relatives à la période de cotisation (cf. art. 14 LACI)¹⁸⁶.

Si les personnes qui arrêtent de travailler ne sont plus tenues de cotiser à l'assurance-chômage (cf. art. 2 al. 1 lit. a LACI), ce régime d'assurance connaît cependant un mécanisme de prolongation du délai-cadre d'indemnisation ou de cotisation (art. 9b LACI), qui permet d'obtenir des indemnités de chômage lorsque l'assuré souhaite reprendre un emploi à la suite d'une interruption de l'activité lucrative en raison d'une période éducative¹⁸⁷.

Le droit à l'indemnité de chômage présuppose également que l'assuré soit sans emploi ou partiellement sans emploi (cf. art. 8 al. 1 lit. a et 10 LACI ; *supra* II.D.1.a.bb.). Cette condition peut être remplie durant un congé non payé, dès lors que le critère déterminant réside dans la fin factuelle – et non juridique – des rapports de travail¹⁸⁸. Tel est le cas lorsque l'assuré demeure disponible sur le marché du travail pendant la période de congé non payé¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Cf. TF 8C_472/2018 du 22 janvier 2019, c. 5.1.2. Au sujet de la libération des conditions relatives à la période de cotisations (art. 14 LACI), cf. PERRENOUD, Familles et sécurité sociale en Suisse, pp. 1430-1446.

¹⁸⁷ Sur ces aspects, cf. PERRENOUD, Familles et sécurité sociale en Suisse, pp. 1446-1457.

¹⁸⁸ Cf. TF 8C_472/2018 du 22 janvier 2019, c. 5.3.1 ; ATF 126 V 368, c. 2a ; ATF 121 V 377, c. 3c ; ATF 119 V 156, c. 2a.

¹⁸⁹ Cf. TF 8C_472/2018 du 22 janvier 2019, c. 5.3.2-5.3.3 (en l'espèce, il s'agissait d'une enseignante dans une école à Lausanne, qui avait obtenu un congé non payé d'une année pour accompagner sa famille à Bâle, à la suite d'une mutation temporaire de son époux dans cette ville ; le but du congé était de permettre à l'intéressée d'occuper à nouveau son poste lors du retour de la famille à Lausanne ; le Tribunal fédéral a admis que l'assurée satisfaisait à la condition posée par l'art. 10 LACI dès lors qu'elle était disponible sur le marché de l'emploi).

La prise d'un congé non payé ne permet pas de libérer l'assuré de son obligation de rechercher un nouvel emploi (art. 17 LACI). Cette obligation prend naissance avant le début du chômage, si bien que l'assuré a le devoir de rechercher un emploi pendant le délai de congé, dès la notification de la résiliation des rapports de travail¹⁹⁰. Ainsi, l'assuré qui une fois les rapports de travail juridiquement terminés, prend un congé non payé (pour effectuer un voyage à l'étranger, p. ex.) et n'effectue pas de recherches d'emploi durant celui-ci, s'expose à une suspension du droit à l'indemnité de chômage au moment de son inscription au chômage (art. 30 al. 1 lit. c LACI)¹⁹¹.

En ce qu'il a pour conséquence de diminuer le gain assuré, le congé non payé est finalement susceptible de priver l'assuré du droit à l'indemnité de chômage. Conformément à l'art. 40 OACI, le gain n'est en effet pas assuré lorsque, durant la période de référence, il n'atteint pas CHF 500.- par mois, étant précisé que les gains résultant de plusieurs rapports de travail s'additionnent (*supra* II.D.1.a.bb.). A cet égard, la réglementation afférente à la période de référence permet d'atténuer les conséquences d'un congé non payé, puisque le gain assuré doit être calculé sur la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisation (art. 11 OACI) qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation, respectivement sur la base du salaire moyen des douze derniers mois de cotisation précédant le délai-cadre d'indemnisation si ce salaire est plus élevé (art. 37 al. 1-2 OACI ; *supra* II.D.1.b.).

E. Les prestations parentales

La prise d'un congé non payé peut se traduire par la perte du droit à l'allocation de maternité (art. 16b-h LAPG), de paternité (art. 16i-m LAPG) ou d'adoption (art. 16t-x LAPG)¹⁹². Tel est le cas lorsque la durée du congé non payé est supérieure à quatre mois. Ces prestations ne sont en effet octroyées que dans la mesure où la personne requérante a, entre autres conditions, exercé une activité lucrative pendant cinq mois au moins, au cours des neuf mois précédant la naissance ou l'adoption (cf. art. 16b al. 1 lit. b, 16i al. 1 lit. c et

¹⁹⁰ Cf. p. ex., TF 8C_750/2021 du 20 mai 2022, c. 3.1 ; TF 8C_708/2019 du 10 janvier 2020, c. 3.1 ; ATF 139 V 524, c. 2.1.2.

¹⁹¹ Cf. TFA C 138/05 du 3 juillet 2006, c. 2.1 ; TFA C 208/03 du 26 mars 2004, c. 3.2.

¹⁹² Elle est en revanche sans incidence sur le droit à l'allocation de prise en charge d'un enfant gravement atteint dans sa santé (art. 16n-s LAPG). Cette prestation se distingue en effet des allocations de maternité, de paternité et d'adoption, en ce que son octroi n'est pas subordonné à une durée préalable minimale d'assurance ou d'exercice d'une activité professionnelle. Sur ce point, cf. Message concernant la loi fédérale sur l'amélioration de la conciliation entre activité professionnelle et prise en charge de proches du 22 mai 2019, FF 2019 3941 (3972-3973).

16t al. 1 lit. b LAPG)¹⁹³. Par ailleurs, la protection de l'art. 324a CO n'est pas invocable pendant un congé non payé, compte tenu que celui-ci entraîne la suspension des obligations contractuelles. Si par hypothèse une travailleuse enceinte se retrouve en incapacité de travail en raison de complications de grossesse pendant une période de congé non payé, elle ne pourra dès lors pas exiger son salaire en application de la disposition précitée¹⁹⁴. En revanche, le fait d'être en congé non payé au moment de la naissance, de l'adoption ou de la prise en charge de l'enfant ne fait pas perdre la qualité de salarié au sens des art. 16b al. 1 lit. c ch. 1, 16i al. 1 lit. d ch. 1 et 16n al. 1 lit. b ch. 1 et 16t al. 1 lit. c ch. 1 LAPG¹⁹⁵.

Le congé non payé peut également avoir des conséquences sur le montant des allocations parentales versées en application de la LAPG. Lorsque ces prestations sont octroyées à des personnes exerçant une activité salariée, elles doivent en effet être calculées sur la base du dernier salaire déterminant au sens de l'art. 5 LAVS¹⁹⁶, acquis avant la naissance du droit aux prestations et converti en gain journalier moyen (art. 31, 35f et 35n RAPG, en relation avec les art. 11, 16e al. 2 et 16l al. 2, 16r al. 2 et 16w al. 2 LAPG, ainsi que 5 RAPG). Un congé non payé (tout comme une diminution du taux d'activité avant la naissance, l'adoption ou la prise en charge d'un enfant gravement atteint dans sa santé, qui n'est pas liée à une incapacité de travail ou à une autre cause mentionnée aux art. 31 al. 1 lit. a-e, 35f al. 1 lit. a-g ou 35n al. 1 lit. a-h RAPG), doit être pris en compte pour la détermination du gain journalier moyen¹⁹⁷. Dans ce cas, il convient toutefois de se fonder sur un « *salaire moyen propre aux circonstances* », en ce sens que le revenu journalier moyen acquis avant l'ouverture du droit aux prestations doit être déterminé sur la base du gain obtenu pendant trois mois consécutifs, converti en revenu journalier, ou sur une période plus longue qui ne doit cependant pas dépasser douze mois si la prise en compte d'une période de trois mois ne permet pas d'obtenir un revenu journalier moyen adéquat (cf. ch. 5032-5033 DAPG, en relation avec les ch. 1122-1123 CAMaPat).

En cas de congé non payé, les allocations familiales sont versées dès le début du congé, pendant le mois en cours et les trois mois suivants (art. 10 al. 1^{bis} OAFam, en relation avec l'art. 13 al. 1, 2 et 4 LAFam)¹⁹⁸. L'OFAS a précisé que le mois déterminant à prendre en

¹⁹³ Au sujet de l'incidence d'un congé non payé sur le droit à l'allocation de maternité, cf. PERRENOUD, La protection de la maternité, pp. 1126-1127. Cf. aussi OFAS, CAMaPat, ch. 1092.

¹⁹⁴ Cf. CR CO I-PERRENOUD, N 57 ad art. 324a CO, p. 2381 ; PERRENOUD, La protection de la maternité, p. 755 et les références.

¹⁹⁵ Cf. OFAS, CAMaPat, ch. 1080-1081.

¹⁹⁶ Cf. ATF 133 V 431, c. 4.3.

¹⁹⁷ Cf. OFAS, CAMaPat, ch. 1122. Cf. aussi PERRENOUD, La protection de la maternité, p. 1168.

¹⁹⁸ Ce n'est qu'avec effet au 1^{er} janvier 2012 que le droit aux allocations familiales en cas de congé non payé a été introduit (entrée en vigueur de l'art. 10 al. 1^{bis} OAFam, RO 2011 4951). Avant cette date, le Tribunal fédéral avait jugé qu'à défaut de base légale, l'absence de droit à des allocations familiales en

compte est celui qui coïncide avec le dernier jour durant lequel le salarié a encore fourni sa prestation de travail et perçu un salaire. Ainsi, par exemple, si le salarié prend un congé non payé à partir du 1^{er} août, les allocations familiales lui seront octroyées jusqu'à la fin du mois octobre ; s'il travaille jusqu'au 3 août et prend son congé à compter du 4 août, son droit aux allocations familiales existe jusqu'à fin novembre¹⁹⁹. Le ch. 519.1 DAFam subordonne par ailleurs le maintien du droit aux allocations familiales pendant un congé non payé à la double condition que le revenu annuel atteigne encore CHF 7'350.- (cf. art. 13 al. 3 LAFam)²⁰⁰ et que la personne salariée reprenne le travail auprès du même employeur à l'échéance du congé non payé²⁰¹. Après un congé non payé (soit une interruption au sens de l'art. 10 al. 1^{bis} OAFam), le droit aux allocations familiales existe dès le premier jour du mois de la reprise du travail (art. 10 al. 1^{er} OAFam). Ainsi, en cas de reprise de l'activité lucrative le 30 novembre, les allocations familiales sont dues pour le mois entier.

cas de congé non payé n'était pas contraire à la loi. Cf. ATF 137 V 121, c. 5. Au sujet de la durée du droit aux allocations familiales, en particulier en cas de congé non payé et en cas d'empêchements non fautifs de travailler ou pendant le congé de maternité, cf. PERRENOUD, Les allocations familiales en Suisse, N 48-60, pp. 170-175.

¹⁹⁹ Cf. OFAS, DAFam, ch. 516.1.

²⁰⁰ Si le revenu annuel tombe en deçà de CHF 7'350.-, la personne ne doit plus être considérée comme une personne exerçant une activité lucrative (cf. art. 13 al. 3 LAFam). Un droit aux allocations familiales pour personnes sans activité lucrative existe alors si la personne satisfait aux conditions posées par l'art. 19 LAFam (en particulier, le revenu imposable du requérant doit être égal ou inférieur à une fois et demie le montant d'une rente de vieillesse complète maximale de l'AVS [soit CHF 44'100.- depuis le 1^{er} janvier 2023] et aucune prestation complémentaire de l'AVS/AI ne doit être perçue ; cf. art. 19 al. 2 LAFam).

²⁰¹ Ces exigences prévalent également lorsqu'une salariée prolonge son congé de maternité rémunéré de quatorze semaines au sens de la LAPG par un congé non payé. Cf. OFAS, DAFam, ch. 519-519.2.

Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur.

BYRNE-SUTTON PASCALE, Le contrat de travail à temps partiel, Zurich 2001.

CONSEIL FÉDÉRAL, Réglementer le travail sur appel, Rapport du 17 novembre 2021, donnant suite au postulat 19.3748, Cramer du 20 juin 2019 (cité : CF, Rapport « *Réglementer le travail sur appel* »).

DIETSCHY-MARTENET PATRICIA, Le congé non payé en droit du travail et des assurances sociales, *in* : RSAS/SZS, n° 4-2019, pp. 181-188.

HÜRZELER MARC, Berufliche Vorsorge, Ein Grundriss für Studium und Praxis, Bâle 2020.

HÜRZELER/STAUFFER (édit.), Berufliche Vorsorge, BVG, FZG und weitere einschlägige Bestimmungen, Basler Kommentar, Bâle 2021 (cité : BSK Berufliche Vorsorge-AUTEUR).

NEF URS, Versicherungsrechtliche Aspekte bei der Einführung von flexibler Arbeitszeit und Telearbeit, *in* : Manfred Rehbinder (édit.), Flexibilisierung der Arbeitszeit, Berne 1987, pp. 83-92.

OFFICE FÉDÉRAL DES ASSURANCES SOCIALES (OFAS), Circulaire sur les allocations de maternité et de paternité (CAMaPat), valable à partir du 1^{er} janvier 2021 (état au 1^{er} janvier 2023) (cité : OFAS, CAMaPat).

OFFICE FÉDÉRAL DES ASSURANCES SOCIALES (OFAS), Directives pour l'application de la loi fédérale sur les allocations familiales LAFam (DAFam), valables dès le 1^{er} janvier 2019 (état au 1^{er} janvier 2022) (cité : OFAS, DAFam).

OFFICE FÉDÉRAL DES ASSURANCES SOCIALES (OFAS), Directives sur les cotisations des travailleurs indépendants et des personnes sans activité lucrative dans l'AVS, AI et APG (DIN), valables dès le 1^{er} janvier 2008 (état au 1^{er} janvier 2023) (cité : DIN).

PERRENOUD STÉPHANIE, Durées du travail et discrimination : solutions dans la perspective de l'égalité des sexes, *in* : AJP/PJA, n° 4-2017, pp. 657-682 (cité : PERRENOUD, Durées du travail et discrimination).

PERRENOUD STÉPHANIE, Familles et sécurité sociale en Suisse : l'état civil, un critère pertinent ? Etat des lieux et perspectives sous l'angle de l'égalité entre les sexes et les communautés de vie, Neuchâtel/Bâle 2022 (cité : PERRENOUD, Familles et sécurité sociale en Suisse).

PERRENOUD STÉPHANIE, La protection de la maternité – Etude de droit suisse, international et européen, thèse, Lausanne/Berne 2015 (cité : PERRENOUD, La protection de la maternité).

PERRENOUD STÉPHANIE, Les allocations familiales en Suisse, *in* : Cahiers genevois et romands de sécurité sociale (CGSS), n° 51-2015, pp. 149-200 (cité : PERRENOUD, Les allocations familiales en Suisse).

PERRENOUD STÉPHANIE/HÜRZELER MARC, Inégalités dans la prévoyance professionnelle suisse et possibilités d'action/Gleichstellungsrechtliche Probleme und Handlungsoptionen in der schweizerischen beruflichen Vorsorge, Avis de droit réalisé sur mandat de la Conférence suisse des délégué·e·s à l'égalité (CSDE), Berne 2021.

PIEGAI JÉRÔME, Travail à temps partiel et prévoyance professionnelle, *in* : OFAS, Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 148 du 13 septembre 2018, ch. 994, pp. 6-8.

- REHBINDER MANFRED, Sonderurlaub, *in* : Manfred Rehbinder (édit.), Flexibilisierung der Arbeitszeit, Berne 1987, pp. 79-82.
- RUBIN BORIS, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Zurich/Bâle/Genève 2014.
- SCHNEIDER/GEISER/GÄCHTER (édit.), LPP et LFLP, 2^e éd., Commentaire des assurances sociales suisses, Berne 2020 (cité : AUTEUR, *in* : Schneider/Geiser/Gächter).
- STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2012.
- THÉVENOZ/WERRO (édit.), Commentaire romand : Code des obligations I, Bâle 2021 (cité : CR CO I-AUTEUR).
- ZEIN BASSEM, Aménager la durée de travail – Horaires de travail, service de piquet et travail sur appel, *in* : AJP/PJA, n° 4-2017, pp. 524-538.