

Chronique

Droit des familles et égalité

Proposition de citation :

Perrenoud Stéphanie, Matthey Fanny, Le congé de paternité : un petit pas pour les pères, un tout petit pas pour l'égalité, Newsletter DroitMatrimonial.ch octobre 2020

**Art. 329g CO ;
16i-m LAPG**

Le congé de paternité : un petit pas pour les pères, un tout petit pas pour l'égalité

Stéphanie Perrenoud, Fanny Matthey

I. Objet de la chronique

L'objet de la présente chronique consiste à présenter le congé de paternité qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2021¹. Le congé de paternité est une mesure de politique sociale qui a pour but de « *permettre au père d'être présent auprès de l'enfant et de la mère lors des premiers jours suivant la naissance* »², en facilitant la conciliation de la vie familiale et de la vie professionnelle au moment de la naissance d'un enfant. Le congé de paternité (art. 329g CO) sera assorti d'allocations pour perte de gain (art. 16i-m LAPG), et sa durée sera de deux semaines. Un peu plus de quinze ans après la reconnaissance du droit des mères à un congé et à des allocations de maternité (art. 329f CO³ et art. 16b-h LAPG⁴), le 1^{er} juillet 2005⁵, les pères pourront ainsi désormais eux aussi, mais dans une moindre mesure, interrompre leur

¹ Si le Conseil fédéral n'a pas encore formellement fixé la date de l'entrée en vigueur de la modification de la LAPG du 27 septembre 2019, qui a été adoptée lors de la votation populaire du 27 septembre 2020, l'OFAS indique qu'il s'agit du 1^{er} janvier 2021. Cette information est disponible sur le site internet de l'OFAS, à l'adresse : <https://www.bsv.admin.ch/bsv/fr/home/assurances-sociales/eo-msv/reformen-und-revisionen/eo-vaterschaftsurlaub-200927.html> (consulté le 24 octobre 2020).

² Rapport du Conseil fédéral « *Congé de paternité et congé parental, Etat des lieux et présentation de divers modèles* », en réponse au postulat Fetz (11.3492) du 6 juin 2011, du 30 octobre 2013 (cité : Rapport du Conseil fédéral « *Congé de paternité et congé parental* »), p. 2.

³ Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) du 30 mars 1911 (CO), RS 220.

⁴ Loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité du 25 septembre 1952 (LAPG), RS 834.1.

⁵ Modification de la LAPG du 3 octobre 2003, RO 2005 1429. Cf. aussi Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national au sujet de l'initiative parlementaire « *Révision de la loi sur les allocations pour perte de gain. Extension du champ d'application aux mères exerçant une activité lucrative* » du 3 octobre 2002, FF 2002 6998 ; Avis du Conseil fédéral relatif au rapport du 3 octobre 2002 de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national au sujet de l'initiative parlementaire « *Révision de la loi sur les allocations pour perte de gain. Extension du champ d'application aux mères exerçant une activité lucrative* » du 6 novembre 2002, FF 2003 1032.

activité professionnelle au moment de la naissance de leur enfant, tout en bénéficiant d'une protection économique. Cette chronique a également pour but d'analyser les conditions d'octroi et l'incidence des différents congés accordés à la suite de la naissance d'un-e enfant sous l'angle du principe de l'égalité de traitement, aussi bien au regard du genre de l'ayant droit que de la forme de la famille dans laquelle celui-ci évolue (famille homoparentale ou hétéroparentale).

II. Contexte de la chronique

A l'heure où nous écrivons ces lignes, le congé de paternité n'est pas encore une réalité en Suisse. Dans les rapports de travail soumis au droit privé, la protection de la paternité se résume en effet à l'octroi d'un « *congé usuel* » au sens de l'art. 329 al. 3 CO. Il s'agit d'un congé accordé en raison, notamment, d'« *événements sociaux* » (mariage, décès de proches parents, adoption ou naissance, p. ex.), rémunéré⁶, dont la durée oscille entre un et deux jours. Si des congés de paternité de plus longue durée existent dans certains secteurs de l'économie (conventions collectives de travail) et entreprises⁷, les pères sont loin d'être placés sur un pied d'égalité, ce d'autant plus que les travailleurs du secteur public bénéficient généralement déjà d'un congé de paternité rémunéré de deux semaines, voire plus⁸. Les cantons n'ont par ailleurs pas la possibilité d'introduire un congé de paternité, rémunéré ou non, pour les pères occupés en dehors de la fonction publique⁹.

L'introduction d'un congé de paternité, rémunéré par le biais d'allocations pour perte de gain et généralisé dans toute la Suisse, est un changement important qui fait suite à de

⁶ Le fondement du droit au salaire durant le congé de paternité au sens de l'art. 329 al. 3 CO réside dans l'art. 322 CO. Cf. TF, arrêt 4C.459/1997 du 7 avril 1998, c. 4 et 4a: « *L'art. 329 CO n'oblige pas l'employeur à verser le salaire au travailleur en cas de congé au sens de cette disposition. Le salaire n'est dû qu'en vertu d'un accord ou de l'usage, selon l'art. 322 CO, ou en cas d'empêchement de travailler inhérent à la personne de l'intéressé, selon l'art. 324a CO. [...]. Selon la doctrine, lorsque le travailleur est payé au mois, il est d'usage que l'employeur verse le salaire en cas de congé [...]. Toutefois, une telle présomption ne saurait être absolue. Elle s'applique sans doute au congé hebdomadaire ou aux absences pour cause de mariage, de naissance ou de décès* ».

⁷ Pour une vue d'ensemble des conventions collectives de travail accordant des congés de paternité et des pratiques en vigueur dans les grandes entreprises suisses, cf. Rapport du Conseil fédéral « *Congé de paternité et congé parental* » (note 2), pp. 81-88.

⁸ Conformément à l'art. 40 al. 3 *lit.* b O-OPers (Ordonnance du Département fédéral des finances [DFF] concernant l'ordonnance sur le personnel de la Confédération [OPers] du 6 décembre 2001, RS 172.220.111.31) un congé de paternité rémunéré de dix jours est accordé aux pères travaillant dans l'administration fédérale ; le congé peut être pris, en bloc ou séparément, durant les douze mois suivant la naissance d'un ou plusieurs enfants (cf. aussi art. 17a al. 4 de la loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 [LPers], RS 172.220.1). Les cantons accordent également des congés de paternité rémunérés à leur personnel. Pour un aperçu des pratiques cantonales en matière de congé de paternité, cf., p. ex., Rapport du Conseil fédéral « *Congé de paternité et congé parental* » (note 2), pp. 89-101.

⁹ Bien que l'art. 16h LAPG autorise les cantons à mettre en place un congé d'adoption financé par le prélèvement de cotisations sociales, cette compétence ne s'étend ni au congé de paternité, ni au congé parental. En outre, dans la mesure où le droit du travail fait l'objet d'une réglementation fédérale exhaustive en matière de congés (art. 36 LTr [Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964, RS 822.11], art. 324a-b et 329 ss CO, notamment), les cantons se retrouvent dans l'impossibilité d'introduire un congé de paternité ou un congé parental pour les personnes occupées en dehors de la fonction publique cantonale (cf. art. 342 al. 1 *lit.* b CO et art. 71 *lit.* c LTr). Sur ce point, cf. Réponse du Conseil fédéral du 27 février 2008 à l'interpellation « *Financer un congé-paternité. Possibilité pour les cantons* » (Ip. 07.3809 ; Antonio Hodgers). Cf. également OFJ, Avis de droit du 13 février 2004, JAAC 69.74, n^{os} 2.1-2.2 ; Rapport du Conseil fédéral « *Congé de paternité et congé parental* » (note 2), p. 8.

nombreuses interventions parlementaires¹⁰ et à une initiative populaire « *Pour un congé de paternité raisonnable – en faveur de toute la famille* » déposée le 4 juillet 2017¹¹. La modification de la LAPG adoptée par le Parlement le 27 septembre 2019¹², puis lors de la votation populaire du 27 septembre 2020 par 60.34 % des voix, résulte donc d'un contre-projet indirect à cette initiative populaire¹³.

III. Analyse

A. Les ayants droit et les conditions du droit au congé de paternité

1. Considérations autour de la personne titulaire du droit

Le congé et les allocations de paternité sont destinés au père légal de l'enfant (*cf.* art. 252 al. 2 CC¹⁴). Aux termes des art. 329g al. 1 CO et 16i al. 1 *lit.* a LAPG, le droit à l'allocation de paternité est en effet reconnu à l'homme qui est le père légal de l'enfant au moment de la naissance ou qui le devient au cours des six mois qui suivent cet événement, étant précisé que selon le droit de la famille, la paternité découle en particulier du mariage avec la mère (art. 255 et 259 CC), d'une reconnaissance de paternité (art. 260-260c CC) ou d'une action en paternité (art. 261-263 CC)¹⁵. Si un lien de filiation est établi après ces six mois, le père n'a pas droit au congé et à l'allocation de paternité, puisque le congé, durant lequel est versée l'allocation, doit être pris dans les six mois qui suivent la naissance de l'enfant (*cf.* art. 329g al. 2 CO, 16j al. 1-2 LAPG). Bien qu'un lien de filiation puisse également être établi par l'adoption (art. 264-266 CC), ce mode d'établissement de la filiation ne permet pas de prétendre au congé et à l'allocation de paternité, étant donné qu'il n'existe pas (encore) de droit à un congé et à des allocations en cas d'adoption en Suisse¹⁶. Si des allocations

¹⁰ Au sujet des interventions parlementaires ayant requis, ces dernières années, l'introduction d'un congé de paternité, *cf.* FF 2019 3309 (3310-3313) ; Rapport du Conseil fédéral « *Congé de paternité et congé parental* » (note 2), pp. 71-74 et 79-80.

¹¹ Initiative populaire « *Pour un congé de paternité raisonnable – en faveur de toute la famille* » (lv. po. 18.052), déposée le 4 juillet 2017 (FF 2017 5145). Cette initiative, qui requérait une modification de l'art. 116 Cst. [Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101] et l'introduction d'un congé de paternité de quatre semaines (*cf.* Message concernant l'initiative populaire « *Pour un congé de paternité raisonnable – en faveur de toute la famille* » du 1^{er} juin 2018, FF 2018 3825), a été retirée le 7 octobre 2019 par le comité d'initiative à la condition que la modification de la LAPG du 27 septembre 2019 entre en vigueur (FF 2019 6509). Dans la mesure où cette modification a été adoptée lors de la votation populaire du 27 septembre 2020, l'initiative populaire a été définitivement retirée. Un rejet de la loi en votation populaire aurait signifié que l'initiative populaire aurait alors été réactivée, puis soumise ultérieurement au vote du peuple et des cantons.

¹² Modification de la loi fédérale sur les allocations pour perte de gain (LAPG) du 27 septembre 2019, FF 2019 6501. *Cf.* aussi Avis du Conseil fédéral relatif au rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats du 15 avril 2019 sur l'initiative parlementaire « *Contre-projet indirect à l'initiative pour un congé de paternité* » du 22 mai 2019, FF 2019 3743 ; Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats relatif à l'initiative parlementaire « *Contre-projet indirect à l'initiative pour un congé de paternité* » (18.441) du 15 avril 2019, FF 2019 3309.

¹³ Initiative parlementaire « *Contre-projet indirect à l'initiative pour un congé de paternité* » (lv. Pa. 18.441 ; Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats) du 21 août 2018, FF 2019 3327.

¹⁴ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC), RS 210.

¹⁵ *Cf.* aussi FF 2019 3309 (3315) (note 12).

¹⁶ A cet égard, différentes interventions ont requis l'introduction d'un congé et d'allocations en cas d'adoption. *Cf.*, notamment, Initiative parlementaire « *Introduire des allocations en cas d'adoption d'un*

d'adoption ont été introduites ces dernières années, notamment par les cantons de Vaud et de Genève, sur le modèle des allocations de maternité¹⁷, celles-ci sont en principe réservées aux mères adoptives. Seul Genève se distingue en ce qu'il reconnaît, depuis le 1^{er} avril 2018, le droit à l'allocation d'adoption aux parents adoptifs, en leur laissant le choix de décider qui du père ou de la mère en bénéficiera. Les réglementations qui excluent les pères adoptifs du cercle des ayants droit à l'allocation d'adoption posent problème sous l'angle de l'égalité entre les sexes (art. 8 al. 3 Cst.), dans la mesure où, contrairement à la maternité, l'adoption ne nécessite pas d'accorder un congé à la mère pour lui permettre de récupérer de la grossesse et de l'accouchement. Par ailleurs, les cantons ayant introduit des allocations d'adoption n'ont pas la compétence pour obliger les employeurs et employeuses à reconnaître à leurs employé-es le droit à un congé d'adoption. Les congés faisant l'objet d'une réglementation fédérale exhaustive (art. 36 LTr, art. 324a-b et 329 ss CO, notamment), les cantons ne peuvent en effet pas introduire de congé d'adoption pour les personnes occupées en dehors de la fonction publique cantonale (cf. art. 342 al. 1 lit. b CO et art. 71 lit. c LTr).

Dans une famille hétéroparentale, la situation est donc relativement simple : c'est le père juridique qui bénéficiera du congé et de l'allocation de paternité. S'agissant des partenaires enregistrés, les pères ne peuvent se voir reconnaître le droit à un congé et à une allocation de paternité que si un lien de filiation a été établi par reconnaissance dans le délai-cadre de six mois ; contrairement au mariage (cf. art. 255 et 259 CC), la conclusion d'un partenariat enregistré ne suffit en effet pas pour créer un lien de filiation¹⁸. Il résulte de ce qui précède que dans un cadre homoparental masculin, seul l'un des pères de l'enfant pourra prétendre à un congé de paternité. En effet, le second père ne pourra pas reconnaître à son tour l'enfant¹⁹. Par ailleurs, bien qu'il existe, depuis le 1^{er} janvier 2018, une possibilité d'adopter l'enfant de son partenaire de vie (art. 264a CC) – et de devenir ainsi le second parent (en l'espèce, le second père) –, cette hypothèse exclut toutefois l'ouverture du droit à un congé de paternité, pour des questions de délais. Dans la mesure où selon les conditions générales de l'adoption, la personne qui entend adopter un·e enfant doit lui avoir prodigué des soins et avoir pourvu à son éducation pendant au moins un an (art. 264 al. 1 CC)²⁰, et où le congé de paternité doit être pris dans un délai-cadre de six mois après la naissance de l'enfant (cf. art. 329g al. 2 CO, 16j al. 1-2 LAPG), le second père se retrouve en effet privé d'un éventuel droit à un congé et à une allocation de paternité.

enfant » (lv. pa. 13.478 ; Marco Romano), déposée le 12 décembre 2013. Sur cette initiative parlementaire, voir également *infra*, D., 2.

¹⁷ A cet égard, l'art. 16h LAPG autorise les cantons à introduire une allocation d'adoption, dont le financement peut être réalisé par le biais du prélèvement de suppléments aux cotisations AVS. Les cantons de Genève et de Vaud ont fait usage de cette possibilité (GE : allocation couvrant le 80 % du salaire, versée pendant 16 semaines, cf. art. 7-8 LAMat-GE [Loi genevoise instituant une assurance en cas de maternité et d'adoption du 21 avril 2005, RSG J 5 07] ; VD : allocation couvrant le 80 % du salaire, versée pendant 14 semaines, cf. art. 20 LVLAfam [Loi vaudoise d'application de la loi fédérale sur les allocations familiales et sur des prestations cantonales en faveur de la famille du 23 septembre 2008, RSV 836.01]).

¹⁸ A ce sujet, cf. FF 2019 3309 (3318) (note 12).

¹⁹ Voir, dans ce sens, l'art. 260 al. 1 CC, qui, en ce qu'il prévoit que « [l]orsque le rapport de filiation existe seulement avec la mère, le père peut reconnaître l'enfant », exclut en effet une seconde reconnaissance de paternité.

²⁰ Cf. aussi FF 2019 3309 (3318) (note 12).

Même sous l'angle de la révision en cours du Code civil (« *Mariage civil pour tous* »²¹), les nouvelles dispositions de la LAPG sont suffisamment claires pour empêcher une interprétation de l'art. 16*i* LAPG qui permettrait au « deuxième parent » d'un couple de même sexe de bénéficier également d'une allocation de paternité, à savoir, par exemple, la mère sociale ou juridique, mais non biologique de l'enfant²². On aurait pu se poser cette question sous l'angle du projet de modification de l'art. 252 al. 2 CC qui prévoit qu'« à l'égard de l'autre parent, [la filiation] est établie par son mariage avec la mère [...] »²³. Selon la nouvelle teneur proposée de cette disposition, les deux mères sont des mères juridiques dès la naissance de l'enfant. Toutefois, cette qualification juridique ne permet pas de prétendre à un congé pour la seconde mère – celle qui n'a pas porté l'enfant – dans la mesure où l'art. 16*i* LAPG définit « l'homme » comme l'ayant droit à l'allocation de paternité. Le Tribunal fédéral avait déjà clarifié la question de l'ayant droit à l'allocation de maternité (art. 16*b* LAPG) dans un arrêt de 2014²⁴, en précisant que seule la femme ayant accouché avait droit à cette prestation. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral renonçait à reconnaître une possibilité pour le père de bénéficiaire (en l'occurrence d'une partie) de cette allocation. On comprend donc qu'ici aussi, il serait difficile d'interpréter l'art. 16*i* LAPG comme permettant d'octroyer un congé et une allocation de paternité à la seconde mère.

Sous l'angle des ayants droit et du principe de l'égalité entre les genres, l'introduction du congé et de l'allocation de paternité conduit au constat suivant : les enfants né-es au sein d'une famille hétéroparentale pourront en principe profiter de la présence de leurs parents pendant 16 semaines au maximum (14 semaines pour la mère et 2 semaines pour le père), alors que les enfants né-es dans une famille homoparentale auront droit à un « régime » très différent. S'il s'agit d'un couple de femmes, la mère biologique (et juridique) aura droit aux 14 semaines du congé de maternité et la mère sociale (voire juridique) n'aura droit à aucun congé. Dans le cas d'un couple d'hommes, seul un des pères (pour autant qu'il soit juridiquement reconnu comme tel) pourra disposer d'un congé payé de deux semaines. Par conséquent, le principe d'égalité de traitement est encore loin d'être réalisé dans ce domaine et on privilégie encore et toujours des rôles genrés, de maternité (en particulier biologique) et de paternité, à la notion plus neutre et plus égalitaire de parentalité.

2. Conception et conditions du congé de paternité

Le congé de paternité (art. 329*g* CO) s'adresse à tous les pères qui sont partie à un contrat de travail soumis au droit privé suisse. Contrairement à l'allocation de paternité au sens des art. 16*i-m* LAPG, le droit au congé ne dépend pas d'autres conditions ; il se peut donc qu'un père ait droit au congé de paternité (art. 329*g* CO), mais ne puisse prétendre à une indemnité journalière de paternité²⁵. Tel serait par exemple le cas du père qui n'aurait

²¹ Projet de modification du Code civil suisse (Mariage pour tous), FF 2019 8169. Pour plus de détails sur cet objet, voir l'initiative parlementaire « *Mariage civil pour tous* » (Iv. pa. 13.468 ; Kathrin Bertschy), déposée le 5 décembre 2013.

²² La mère biologique a, pour sa part, droit à un congé et à une allocation de maternité (art. 329*f* CO et 16*b-h* LAPG).

²³ Teneur de la proposition telle qu'adoptée par le Conseil national le 11 juin 2020.

²⁴ ATF 140 I 305, c. 7. Sur cet arrêt, voir notamment BURGAT Sabrina, MATTHEY Fanny, De la portée (douteuse) du critère biologique comme unique justificatif à l'allocation maternité (TF 9C_810/2013), Newsletter DroitMatrimonial.ch, novembre 2014 ; PERRENOUD Stéphanie, Le congé de maternité : une discrimination à l'égard des pères ?, AJP/PJA, n° 6-2014, pp. 1652-1671.

²⁵ Cf. FF 2019 3309 (3320) (note 12).

débuté une activité lucrative que peu de temps avant la naissance de son enfant. L'art. 16i al. 1 *lit.* c LAPG subordonne en effet le droit à l'allocation de paternité, entre autres conditions, à celle que le père ait exercé une activité lucrative durant au moins cinq mois, dans les neuf mois précédant la naissance.

L'allocation de paternité (art. 16i-m LAPG) a été conçue sur le modèle des allocations de maternité (art. 16b-h LAPG)²⁶. Cela signifie que le père doit avoir été assuré obligatoirement à l'assurance-vieillesse et survivants durant les neuf mois précédant la naissance de l'enfant (*cf.* art. 16i al. 1 *lit.* b LAPG), avoir exercé, au cours de cette période, une activité lucrative durant au moins cinq mois (*cf.* art. 16i al. 1 *lit.* c LAPG), et, à la date de la naissance de l'enfant, être salarié au sens de l'art. 10 LPG²⁷, exercer une activité indépendante au sens de l'art. 12 LPG, ou travailler dans l'entreprise de son épouse contre un salaire en espèces (*cf.* art. 16i al. 1 *lit.* d LAPG)²⁸. Les hommes qui n'exercent pas d'activité lucrative sont à l'inverse exclus du cercle des bénéficiaires, quand bien même ils contribuent au financement de ce régime d'assurance (*cf.* art. 26-27 LAPG, art. 36 RAPG²⁹ et art. 3 LAVS³⁰).

B. L'étendue et la durée du droit au congé de paternité

Le droit au congé de paternité consiste en la libération du travailleur de son obligation de travailler durant deux semaines. Il s'agit d'une faculté offerte au travailleur, qui est libre de faire ou non usage de celle-ci³¹. L'employeur ou l'employeuse a en revanche l'obligation d'accorder le congé au travailleur qui en fait la demande. Dans la mesure où l'art. 329g CO est une disposition relativement impérative (*cf.* art. 362 al. 1 CO), il ne peut y être dérogé qu'en faveur de l'employé et celui-ci ne saurait renoncer contractuellement à faire usage de son droit au congé de paternité.

Par analogie avec l'allocation de maternité, l'allocation de paternité s'élève à 80 % du revenu moyen de l'activité lucrative obtenu avant le début du droit, mais au maximum à CHF 196.- par jour (*cf.* art. 16f et 16l al. 3 LAPG), et est versée sous forme d'indemnités journalières (*cf.* art. 16k al. 1 et 16l LAPG). Au vu du plafonnement de son montant, l'allocation de paternité ne suffira pas à garantir aux travailleurs dont le salaire dépasse CHF 7'350.- par mois, le 80 % de celui-ci. Dans la mesure où le régime des allocations pour perte de gain est une assurance obligatoire au sens de l'art. 324b CO, se pose la question de savoir si l'employeur ou l'employeuse aura l'obligation de compléter cette allocation afin qu'elle couvre effectivement le 80 % du salaire du travailleur (*cf.* art. 324b al. 2 CO). Il convient de répondre à cette question par la négative. En effet, l'obligation de l'employeur ou l'employeuse de

²⁶ *Cf.* FF 2019 3309 (3315 et 3318) (note 12) : « [...] le droit à l'allocation pour perte de gain est soumis aux mêmes conditions que le droit à l'allocation de maternité » (3315). Pour une présentation du droit au congé de maternité et aux allocations de maternité, *cf.*, p. ex., PERRENOUD Stéphanie, La protection de la maternité – Etude de droit suisse, international et européen, IDAT n° 39, Berne 2015, pp. 1102-1263.

²⁷ Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA), RS 830.1.

²⁸ Comme c'est également le cas pour l'octroi de l'allocation de maternité (*cf.* art. 16b al. 3 LAPG, art. 27, 29 et 30 RAPG), la durée d'assurance prévue à l'art. 16i al. 1 *lit.* b LAPG est réduite en conséquence si l'enfant naît avant la fin du 9^e mois de grossesse (art. 16i al. 2 LAPG), et le Conseil fédéral règle le droit à l'allocation des hommes qui, pour cause d'incapacité de travail ou de chômage, ne remplissent pas les conditions prévues à l'art. 16i al. 1 *lit.* c LAPG ou ne sont pas considérés comme salariés ou indépendants au moment de la naissance de l'enfant (art. 16i al. 3 LAPG).

²⁹ Règlement sur les allocations pour perte de gain du 24 novembre 2004 (RAPG), RS 834.11.

³⁰ Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS), RS 831.10.

³¹ *Cf.* FF 2019 3309 (3320) (note 12).

verser le différentiel entre l'allocation de maternité (CHF 196.- par jour ; *cf.* art. 16f al. 1 LAPG) et le 80 % du salaire n'existe que durant les huit semaines *post-partum* durant lesquelles la travailleuse est soumise à l'interdiction légale de travailler (art. 35a al. 3 LTr), le caractère relativement impératif de l'art. 329f CO ne suffisant pas pour assimiler l'intégralité du congé de maternité de quatorze semaines à un empêchement non fautif de travailler tombant sous le coup de l'art. 324a CO³². Faute d'une interdiction légale de travailler, l'employeur ou l'employeuse n'aura donc pas l'obligation de compléter l'allocation de paternité afin de garantir aux employés le versement effectif du 80 % de leur salaire pendant le congé de paternité. Pour la même raison, en cas d'absence de droit à l'allocation de paternité, le droit au salaire continuera d'être régi par l'art. 322 CO, et il n'existera que pour la période de « *congé usuel* » au sens de l'art. 329 al. 3 CO, qui, on le rappellera, est d'un à deux jours en général (*supra*, II.)³³. En l'état actuel du droit, en ce qu'ils ne font que reconnaître aux jeunes parents le droit à un congé, sans les obliger à prendre celui-ci, les art. 329f-g CO ne permettent pas de considérer les congés de maternité et de paternité, en tant que tels, comme des empêchements non fautifs de travailler au sens des 324a-b CO.

Le droit au congé et à l'allocation de paternité se distingue du droit au congé et à l'allocation de maternité par sa durée, qui est de quatorze jours au maximum (art. 16k al. 2 LAPG), et par le fait qu'il peut être exercé en plusieurs fois (art. 16k al. 3-4 LAPG)³⁴. L'art. 329g CO précise en effet que le congé de paternité, dont la durée va de pair avec celle du versement de l'allocation, peut être pris dans les six mois qui suivent la naissance (art. 329g al. 2 CO, art. 16j LAPG)³⁵, en bloc, sous la forme de semaines, ou de manière fractionnée, sous la forme de journées (art. 329g al. 3 CO)³⁶.

Si une seule allocation de paternité est versée en cas de naissance multiple, comme c'est aussi le cas de l'allocation de maternité, lorsqu'un homme devient père plusieurs fois au

³² Au sujet de l'obligation de l'employeur ou l'employeuse de verser le différentiel entre les allocations de maternité et le 80 % du salaire de la travailleuse, et pour un aperçu des différentes autres opinions doctrinales, *cf.*, spécifiquement, PERRENOUD, La protection de la maternité (note 26), pp. 1174-1187.

³³ Concernant l'obligation de l'employeur ou l'employeuse de verser le salaire aux travailleuses qui ne remplissent pas les conditions du droit aux allocations de maternité, qui est limitée aux huit semaines *post-partum* sur lesquelles porte l'interdiction légale de travailler (art. 35a al. 3 LTr), *cf.* PERRENOUD, La protection de la maternité (note 26), pp. 1226-1245.

³⁴ Le droit au congé et à l'allocation de maternité n'est, à l'inverse, pas fractionnable. Sur ce point, *cf.* PERRENOUD, La protection de la maternité (note 26), pp. 1105 et 1160-1164.

³⁵ Conformément à l'art. 16j LAPG, l'allocation peut être perçue dans un délai-cadre de six mois (art. 16j al. 1 LAPG), étant précisé que ce délai commence à courir le jour de la naissance de l'enfant (art. 16j al. 2 LAPG).

³⁶ La durée d'une part de congé ne peut toutefois pas être inférieure à une journée (*cf.* FF 2019 3309 [3321] [note 12]). Lorsque le congé est pris sous la forme de semaines, le père touche sept indemnités journalières par semaine (art. 16k al. 3 LAPG). S'il est pris sous la forme de journées, l'intéressé perçoit, pour cinq jours indemnisés, deux indemnités journalières supplémentaires (art. 16k al. 4 LAPG). Dans cette dernière hypothèse, le père peut prendre dix jours de congé sur ses jours de travail usuels puisque deux semaines de congé de paternité correspondent à dix jours de travail. L'octroi de deux indemnités journalières supplémentaires au bout de cinq jours pris répond à un « *souci d'équité* », puisque cette règle doit permettre de garantir la couverture du revenu de l'activité lucrative pour deux semaines à 80 %, sous réserve du plafond de CHF 196.- par jour, y compris lorsque le congé est pris sous la forme de dix journées (*cf.* FF 2019 3309 [3319] [note 12]).

cours d'une année, il peut bénéficier de plusieurs congés et allocations de paternité durant la même année³⁷.

Comme l'allocation de maternité (art. 16g al. 1 LAPG), l'allocation de paternité prime et exclut le versement des indemnités journalières de l'assurance-chômage, de l'assurance-invalidité, de l'assurance-accidents et de l'assurance militaire, ainsi que des allocations pour perte de gain en cas de service (art. 16m al. 1 LAPG). En vertu du principe de la garantie des droits acquis, lorsqu'un droit à de telles prestations existait jusqu'au début du droit à l'allocation de paternité (ou de maternité), le montant de l'allocation s'élève au moins au montant de l'indemnité journalière versée jusqu'alors (art. 16g al. 2 et 16m al. 2 LAPG). Etant donné que l'indemnité journalière à laquelle l'allocation de paternité (ou de maternité) se substitue équivaut déjà à une fraction du revenu de la personne assurée, le principe de la garantie des droits acquis a pour but d'éviter une perte de gain supplémentaire. Ce principe n'est toutefois pas prévu s'agissant des allocations de service (cf. art. 16m al. 1 *lit.* e LAPG en relation avec l'art. 16m al. 2 LAPG), ce qui s'explique par le fait que l'allocation de base en cas de service (cf. art. 4 et 9-10 LAPG) se calcule en principe de la même manière que l'allocation de paternité ou de maternité (cf. art. 11 et 16e al. 2 et 16l al. 2 LAPG) et s'élève à 80 % du revenu moyen acquis avant le service³⁸ (art. 10 al. 1 LAPG)³⁹, mais au plus à CHF 196.- par jour (soit 80 % du montant maximal de l'allocation totale, fixé à CHF 245.- ; cf. art. 16 al. 4 et 16a al. 1 LAPG). Si le montant de l'allocation de paternité (ou de maternité) ne sera donc pas inférieur à celui de l'allocation de base en cas de service à laquelle elle succède, des suppléments peuvent cependant être ajoutés à l'allocation de base en cas de service (allocation pour enfant, allocation pour frais de garde et allocation d'exploitation ; cf. art. 6-8, 13 et 15 LAPG), avec pour conséquence que le montant de l'allocation totale en cas de service peut atteindre jusqu'à CHF 245.- par jour (cf. art. 16a al. 1 LAPG). Ces suppléments ne sont à l'inverse pas ajoutés à l'allocation de paternité (ou de maternité)⁴⁰. Compte tenu du but des allocations de maternité et de

³⁷ Cf. FF 2019 3309 (3318) (note 12).

³⁸ Le revenu moyen acquis avant l'entrée en service correspond en principe au revenu déterminant pour le calcul des cotisations dues conformément à la LAVS (cf. art. 5 al. 2 LAVS ; art. 11 LAPG et art. 4-11 RAPG).

³⁹ Le montant de l'allocation de base dépend en réalité de la période de service visée (cf. art. 9-10a LAPG). Si l'allocation de base correspond en principe à 80 % du revenu moyen acquis avant le service (cf. art. 10 LAPG), durant le recrutement, l'école de recrues et l'instruction de base de personnes qui accomplissent leur service sans interruption (personnes en service long), l'allocation journalière de base ne s'élève toutefois qu'à 25 % du montant maximal de l'allocation totale (cf. art. 9 al. 1 LAPG), soit à CHF 62.- (soit, 25 % de CHF 245.- ; cf. art. 16a al. 1 LAPG). Une exception n'existe que pour les conscrit-es, les recrues et les personnes accomplissant l'instruction de base en service long qui ont droit à des allocations pour enfants, et qui exerçaient une activité lucrative avant d'entrer en service, puisque, pour ces personnes, l'allocation journalière de base est calculée conformément à l'art. 10 al. 1 LAPG (cf. art. 9 al. 2 et 10 al. 2 LAPG).

⁴⁰ La décision de ne pas ajouter les suppléments au sens des art. 6-8 LAPG à l'allocation de maternité a été prise pour des raisons de maîtrise des coûts, afin de ne pas compromettre les chances de succès de cette prestation de voir (enfin) le jour. Dans la mesure où l'allocation de paternité a été conçue sur le modèle de l'allocation de maternité, lesdits suppléments ne sont pas non plus accordés aux pères durant leur congé de paternité. Cf. FF 2002 6998 (7023) (note 5) : « A la différence de l'allocation versée aux personnes faisant du service, l'allocation de maternité ne comprend ni allocation pour enfant, ni allocation pour frais de garde, ni allocation d'exploitation, mais uniquement l'allocation de base. Si l'allocation de maternité était conçue sur le modèle des allocations en faveur des personnes faisant du service, le surcoût qui en résulterait serait de l'ordre de 160 millions de francs ». Cf. aussi Avis du Conseil fédéral du 29 mai 2019 relatif à la motion « Allocations pour perte de gain. Mettre le service militaire et la maternité sur un pied

paternité, qui consiste précisément à procurer aux travailleurs et travailleuses un revenu de substitution pendant le temps où ils ou elles demeurent éloigné-es de leur travail afin de s'occuper du nouveau-né ou de la nouvelle-née, il ne se justifie *a priori* pas d'accorder des allocations pour frais de garde durant le congé de maternité ou de paternité. En revanche, il apparaît contradictoire de verser des allocations pour enfant aux personnes faisant du service, sans reconnaître ce même droit aux parents qui, du fait de la naissance, se retrouvent justement dans une situation où ils ont (au moins) un-e enfant à charge. Quant à l'absence de droit à une allocation d'exploitation en sus de l'allocation de maternité ou de paternité, si le Tribunal fédéral a récemment jugé, s'agissant de la situation des mères exerçant une activité indépendante, qu'elle ne contrevient pas à l'égalité entre les sexes⁴¹, il faut espérer qu'il y sera remédié rapidement. Plusieurs motions ont en effet été déposées au Parlement ces dernières années en vue de l'octroi, aux mères indépendantes, du droit à une allocation d'exploitation durant la période de perception de l'allocation de maternité⁴². Pour des raisons d'égalité entre les sexes, il s'agira de reconnaître ce même droit aux hommes durant leur congé de paternité.

Au même titre que le droit à l'allocation de maternité, le droit à l'allocation de paternité s'éteint après perception du nombre maximal d'indemnités journalières (art. 16d et 16j al. 3 lit. b LAPG) ou lors du décès de son titulaire (art. 16d et 16j al. 3 lit. c LAPG). Il cesse cependant également au terme du délai-cadre de six mois à compter de la naissance (art. 16j al. 3 lit. a LAPG) ou lorsque le lien de filiation est rompu (retrait de la paternité par jugement ; art. 16j al. 3 lit. e LAPG), et il n'existe que si et tant que l'enfant est en vie. Le décès de l'enfant entraîne en effet la perte du droit à l'allocation de paternité (art. 16j al. 3 lit. d LAPG), alors que cette circonstance demeure sans incidence sur le droit à l'allocation de maternité⁴³. Cette distinction est justifiée par le but du congé de paternité, qui « *doit permettre en priorité au père de s'impliquer dans les changements familiaux qu'implique*

d'égalité » (Mo. 19.3373 ; Priska Seiler Graf), déposée le 22 mars 2019 : « *Les prestations pour les mères résultent de la volonté du législateur et de compromis politiques obtenus après de longues négociations. A cette époque, la priorité absolue consistait à remplir le mandat constitutionnel qui attendait d'être mis en œuvre depuis près de soixante ans* ».

⁴¹ TF, arrêt 9C_737/2019 du 22 juin 2020 (publication prévue). En bref, le Tribunal fédéral a considéré qu'une discrimination à raison du sexe par rapport aux hommes et aux femmes exerçant une activité indépendante qui accomplissent un service n'entre pas en ligne de compte, à défaut de situations comparables. A cet égard, le Tribunal fédéral a rappelé que l'assurance-maternité est liée à la maternité biologique (accouchement, convalescence *post-partum* et allaitement) et qu'il s'agit donc d'un événement qui ne peut concerner que les femmes. Ainsi, cela signifie, d'une part, que les hommes ne subissent juridiquement pas de discrimination en raison de la législation relative à l'assurance-maternité, même s'ils sont exclus du cercle des ayants droit aux prestations correspondantes. D'autre part, les femmes ne peuvent pas se prévaloir d'une discrimination juridique fondée sur le sexe si une autre assurance sociale prévoit éventuellement un mode d'indemnisation différent.

⁴² Cf. Motion « *Allocation de maternité pour les indépendantes. Allocation d'exploitation* » (Mo. 19.4110 ; Min Li Marti), déposée le 24 septembre 2019, adoptée par le Conseil national le 20 décembre 2019 (BOCN 2019 2427) ; Motion « *Allocation de maternité pour les indépendantes. Allocation d'exploitation* » (Mo. 19.4270 ; Liliane Maury Pasquier), déposée le 26 septembre 2019, adoptée par le Conseil des Etats le 12 décembre 2019 (BOCE 2019 1161). Cf. aussi Motion « *Allocations pour perte de gain. Mettre le service militaire et la maternité sur un pied d'égalité* » (Mo. 19.3373 ; Priska Seiler Graf), déposée le 22 mars 2019.

⁴³ Le droit à l'allocation de maternité existe dès que la grossesse a duré au moins 23 semaines, même si l'enfant est mort-e-né-e, et il perdure en cas de décès de l'enfant après la naissance. Cf. PERRENOUD, La protection de la maternité (note 26), pp. 1144-1145 et 1161.

l'arrivée du nouveau-né »⁴⁴. Cela semble toutefois faire très peu de cas de la création du lien émotionnel entre l'enfant et son père tout en maintenant celui-ci dans son rôle – un peu paternaliste – de soutien domestique plutôt que de véritable membre de la cellule familiale. L'allocation de maternité doit pour sa part permettre à la mère, en sus de développer des liens affectifs avec son enfant, également de bénéficier d'une période de ménagement après son accouchement, nécessaire à sa convalescence et à son repos⁴⁵. Sous cet angle, le Tribunal fédéral a jugé que l'octroi d'un congé de maternité aux seules femmes ne contrevient donc pas au principe de l'égalité entre les sexes⁴⁶.

Lorsque le père n'a pas fait usage de son droit au congé dans les six mois suivant la naissance (art. 329g al. 2 CO), ce droit est définitivement perdu (péremption). Le droit à l'allocation de paternité s'éteint quant à lui cinq ans après la fin du délai-cadre de six mois prévu par l'art. 16j al. 1-2 LAPG (cf. art. 20 al. 1 *lit. c* LAPG). Cette hypothèse vise en particulier le cas de l'employé qui prendrait son congé de paternité dans le délai-cadre de six mois, mais qui ne percevrait pas l'allocation de paternité parce que son employeur ou employeuse n'aurait pas accompli les démarches à cette fin.

C. Les autres nouvelles mesures protectrices en lien avec le congé de paternité

La révision de la LAPG du 27 septembre 2019 portant introduction du congé et de l'allocation de paternité garantit également une protection de la durée du droit aux vacances puisque l'employeur ou l'employeuse ne sera pas autorisé-e à diminuer les vacances lorsqu'un travailleur prend un congé de paternité au sens de l'art. 329g CO (art. 329b al. 3 *lit. c* CO). Le droit aux vacances des pères sera ainsi protégé au même titre que celui des mères pendant la période de congé⁴⁷. Tout comme les mères, les pères bénéficieront également du maintien de la prévoyance professionnelle pendant le congé de paternité au sens de l'art. 329g CO (cf. art. 8 al. 3 LPP⁴⁸)⁴⁹.

En revanche, une protection contre le licenciement en temps inopportun (art. 336c CO) pendant le congé de paternité n'a pas été introduite⁵⁰. Si on peut comprendre que le risque de licenciement est certainement moins élevé en raison de la durée peu importante du

⁴⁴ FF 2019 3309 (3319) (note 12).

⁴⁵ Cf. FF 2003 1032 (1034) (note 5) : « *Il importe d'accorder à la mère une période de repos après l'accouchement, lui permettant de récupérer, de s'occuper du nouveau-né et de développer la relation mère-enfant sans être accablée par des soucis financiers* » ; FF 2002 6998 (7021) (note 5). Cf. aussi ATF 142 II 425, c. 5.4.

⁴⁶ Cf. ATF 140 I 305. A propos de cet arrêt, cf. BURGAT/MATTHEY (note 24) ; PERRENOUD, Le congé de maternité (note 24).

⁴⁷ Au sujet de la protection du droit aux vacances durant la maternité (art. 329b al. 3 CO), cf., p. ex., PERRENOUD, La protection de la maternité (note 26), pp. 919-936 et 1271-1276.

⁴⁸ Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 (LPP), RS 831.40.

⁴⁹ Sur le maintien du salaire coordonné pendant le congé de maternité (art. 329b al. 3 CO), cf., p. ex., PERRENOUD, La protection de la maternité (note 26), p. 1212.

⁵⁰ S'agissant des travailleuses, l'art. 336c al. 1 *lit. c* CO interdit le licenciement pendant toute la grossesse et les seize semaines qui suivent l'accouchement. Le congé donné pendant la période de protection est nul ; s'il a été donné avant cette période et si le délai de congé n'a pas expiré avant cette période, ce délai est suspendu et ne continue à courir qu'après la fin de la période (art. 336c al. 2 CO). Au sujet de la protection contre la résiliation en temps inopportun durant la maternité, cf., p. ex., PERRENOUD, La protection de la maternité (note 26), pp. 827-906 et 1267-1268.

congé de paternité, il n'en demeure pas moins que sous l'angle de l'égalité entre les hommes et les femmes, cette mesure est problématique. En cas de licenciement avant la naissance ou pendant les six mois durant lesquels le congé de paternité peut être pris (cf. art. 329g al. 2 nCO), il est ainsi seulement prévu que le père bénéficie de la possibilité de prendre le reste des deux semaines de congé jusqu'à l'échéance de son contrat de travail, et que le délai de congé soit prolongé du nombre de jours qui n'ont pas été pris (art. 335c al. 3 nCO)⁵¹. Un licenciement qui interviendrait en raison de la prise d'un congé de paternité devrait cependant être considéré comme un congé-représailles, et donc comme étant abusif au sens de l'art. 336 al. 1 *lit.* d CO. Dans ce cas, le père ne pourra pas demander l'annulation du congé, mais uniquement le versement d'une indemnité, qui ne pourra pas excéder six mois de son salaire (cf. art. 336a CO). Le travailleur lésé devra faire opposition au congé par écrit auprès de son employeur ou employeuse au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé, puis agir par voie d'action en justice dans les 180 jours à compter de la fin du contrat, sous peine de péremption (cf. art. 336b CO).

D. Perspectives et appréciation critique des nouveautés introduites

1. La nécessité de mesures favorisant les tâches éducatives et la prise en charge de proches

L'entrée en vigueur du congé de paternité, le 1^{er} janvier 2021, constitue incontestablement un progrès s'agissant de la conciliation de la vie familiale et de la vie professionnelle, et un petit pas en direction de l'égalité entre les sexes. Cela étant, bien que des congés parentaux aient vu le jour depuis les années 1970-1980 (en Finlande, Norvège, Suède, Espagne, France, Italie, p. ex.)⁵², et que l'Union européenne enjoigne aux Etats membres d'octroyer un droit individuel à un congé parental aux personnes qui travaillent, hommes ou femmes, en raison de la naissance ou de l'adoption d'un-e enfant, de manière à leur permettre de prendre soin de cet-e enfant jusqu'à ce qu'il ou elle atteigne un âge déterminé pouvant aller jusqu'à huit ans (Dir. 2010/18/UE⁵³, puis Dir. 2019/1158/UE⁵⁴)⁵⁵, le congé parental⁵⁶ n'existe pas en

⁵¹ Cf. FF 2019 3309 (3321) (note 12).

⁵² Cf. Message sur l'initiative populaire « *Pour une protection efficace de la maternité* » du 17 novembre 1982, FF 1982 III 805 (825-826).

⁵³ La Directive 2010/18/UE du Conseil du 8 mars 2010 portant application de l'accord-cadre révisé sur le congé parental conclu par BUSINESSSEUROPE, l'UEAPME, le CEEP et la CES et abrogeant la Directive 96/34/CE (Dir. 2010/18/UE, JO L 68 du 18 mars 2010, pp. 13-20) enjoint aux Etats membres d'octroyer un congé parental de quatre mois aux travailleurs et travailleuses en raison de la naissance ou de l'adoption d'un-e enfant, dont un mois au moins non transférable entre les parents.

⁵⁴ La Directive (UE) 2019/1158 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et des aidants (Dir. 2019/1158/UE, JO L 188 du 12 juillet 2019, pp. 79-93), qui abrogera la Dir. 2010/18/UE au 2 août 2022 (cf. art. 19 § 1 Dir. 2019/1158/UE), prévoit que deux des quatre mois du congé parental ne sont désormais pas transférables d'un parent à l'autre et qu'ils doivent être rémunérés (art. 5 et 8 §§ 1 et 3 Dir. 2019/1158/UE).

⁵⁵ Pour un aperçu des pratiques en vigueur dans certains Etats membres de l'Union européenne, cf. Rapport du Conseil fédéral « *Congé de paternité et congé parental* » (note 2), pp. 102-107.

⁵⁶ La fonction d'un congé parental est de permettre aux jeunes parents, à la suite d'une naissance ou d'une adoption, d'interrompre temporairement leur activité lucrative afin de s'occuper de leur enfant, tout en étant assurés du maintien de leurs rapports de travail. Selon le Conseil fédéral, il s'agit d'un « *congé pouvant indifféremment être pris par la mère à l'issue du congé de maternité ou par le père* », qui « *s'inspire d'une conception nouvelle du rôle dévolu aux hommes dans la famille, conception qui ne fait plus reposer exclusivement sur les femmes la responsabilité des soins aux enfants et l'éducation de ceux-ci* » (FF 1982 III 805 [825] [note 52]). Cf. aussi Rapport du Conseil fédéral « *Congé de paternité et congé*

Suisse, à tout le moins dans les rapports de travail soumis au droit privé⁵⁷. Et ce n'est pas faute d'avoir essayé, puisque la première requête en ce sens remonte au 13 décembre 1977⁵⁸.

Nonobstant les nombreuses interventions parlementaires déposées afin de requérir l'introduction d'un congé parental⁵⁹, le Conseil fédéral n'y est pas favorable. Dans son rapport « *Congé de paternité et congé parental, Etat des lieux et présentation de divers modèles* » du 30 octobre 2013, par lequel il a répondu au postulat « *Congé parental et prévoyance familiale facultatifs* »⁶⁰ qui lui demandait d'étudier et de présenter plusieurs

parental » (note 2), p. 1 : « [...] le congé parental est proposé aux deux parents et est généralement d'une durée plus longue que le congé de paternité ».

⁵⁷ Dans les rapports de travail soumis au droit privé, certaines conventions collectives de travail et entreprises accordent toutefois des congés parentaux (pour une vue d'ensemble des conventions collectives de travail accordant des congés parentaux et des pratiques en vigueur dans les grandes entreprises suisses, cf. Rapport du Conseil fédéral « *Congé de paternité et congé parental* » [note 2], pp. 81-88). Si une base légale concernant le congé parental existe depuis le 1^{er} juillet 2013 en droit de la fonction publique fédérale (cf. art. 17a al. 4 LPers: « *Le Conseil fédéral fixe le nombre minimal de jours de vacances et la durée minimale du congé parental en cas de naissance ou d'adoption* »), aucune disposition d'exécution n'a érigé le congé parental en un congé distinct des congés standards soumis aux art. 17a al. 1 LPers (Modification de la loi sur le personnel de la Confédération [LPers] du 14 décembre 2012, RO 2013 1493 ; cf. aussi Message concernant une modification de la loi sur le personnel de la Confédération du 31 août 2011, FF 2011 6171 [6185]). Les collaborateurs et collaboratrices qui souhaitent interrompre momentanément leur activité professionnelle afin de s'occuper de leur enfant dans les premiers mois suivant sa naissance, bénéficient ainsi uniquement de la possibilité de demander un congé standard payé, partiellement payé ou non payé (art. 17a al. 1 LPers et 68 de l'Ordonnance sur le personnel de la Confédération du 3 juillet 2001 [OPers ; RS 172.220.111.3]). Cela étant, ils et elles ont cependant le droit, après la naissance ou l'adoption d'un-e enfant, à une réduction de leur taux d'occupation de 20 % au plus, pour autant que celui-ci ne devienne pas inférieur à 60 % ; ce droit doit être exercé dans les douze mois qui suivent la naissance ou l'adoption de l'enfant et débute, au plus tard, le premier jour qui suit l'expiration de ce délai de douze mois (art. 60a OPers ; Modification de l'Ordonnance sur le personnel de la Confédération [OPers] du 1^{er} mai 2013, RO 2013 1515). La plupart des législations cantonales sur la fonction publique prévoient un congé parental non rémunéré (pour une vue d'ensemble des différentes législations accordant un congé parental aux employé-es des administrations cantonales et communales, cf. Rapport du Conseil fédéral « *Congé de paternité et congé parental* » [note 2], pp. 95-101).

⁵⁸ Initiative parlementaire « *Politique familiale* » (lv. pa. 77.231; Gabrielle Nanchen), déposée le 13 décembre 1977 (BOCN 1983, pp. 439-451 et 457-471 ; BOCN 1986, pp. 135-152 ; BOCN 1987, pp. 215-219).

⁵⁹ Cf., p. ex., Initiative parlementaire « *Congé parental de deux fois quatorze semaines – mêmes chances sur le marché du travail pour les deux parents* » (lv. pa. 20.472 ; Kathrin Bertschy), déposée le 25 septembre 2020 et non encore traitée ; Motion « *Instaurer un congé parental souple et moderne* » (Mo. 19.3738 ; Philipp Müller), déposée le 20 juin 2019 et rejetée par le Conseil des Etats le 12 septembre 2019 ; Motion « *Congé parental* » (Mo. 14.4161 ; Aline Trede), déposée le 11 décembre 2014 et rejetée par le Conseil national le 29 septembre 2016 ; Motion « *Congé parental. Davantage de liberté sans augmentation des coûts* » (Mo. 14.3109 ; Andrea Caroni), déposée le 18 mars 2014 et classée le 18 mars 2016 ; Motion « *Remplacer l'allocation de maternité par un congé parental* » (Mo. 14.3068 ; groupe Vert'libéral), déposée le 12 mars 2014 et classée le 18 mars 2016 ; Motion « *Appuyer les parents de jeunes enfants* » (Mo. 10.4117 ; Roger Nordmann), déposée le 17 décembre 2010 et classée le 17 décembre 2012 ; Motion « *Congé parental partiel. Modification de la loi sur les allocations pour perte de gain* » (Mo. 08.3506 ; Barbara Schmid-Federer), déposée le 23 septembre 2008 et classée le 1^{er} octobre 2010. Les interventions parlementaires ayant requis, ces dernières années, un congé parental sont répertoriées in : Rapport du Conseil fédéral « *Congé de paternité et congé parental* » (note 2), pp. 6-8 et 75-78.

⁶⁰ Postulat « *Congé parental et prévoyance familiale facultatifs* » (Po. 11.3492 ; Anita Fetz), déposé le 6 juin 2011 et classé le 10 juin 2014.

modèles de défiscalisation partielle et temporaire permettant de financer sur une base privée une assurance en cas de congé parental et/ou un modèle de prévoyance familiale, il a expliqué que si l'introduction d'un congé parental représente certes une mesure apte à « faciliter la conciliation vie familiale et vie professionnelle » et à « contribuer à améliorer le partage des tâches au sein de la famille en permettant à la mère et au père de participer intensivement, et ce dès la naissance, à la garde et à l'éducation de l'enfant comme au travail domestique », il ne s'agit pas de « la première priorité en matière de conciliation de la vie familiale et de la vie professionnelle dans la mesure où, contrairement aux offres d'accueil de jour extrafamilial et parascolaire, les dispositifs de congé ne concernent qu'une période limitée dans le temps et proche de la naissance de l'enfant »⁶¹. Le fait de justifier sa réticence envers les différents types de congés parentaux par une position favorable aux structures d'accueil extrafamilial n'a cependant pas empêché le Conseil fédéral de se prononcer, en 2018, en défaveur d'une prolongation des aides financières accordées par la Confédération (prévues alors jusqu'au 31 janvier 2019) en application de la loi fédérale sur les aides financières à l'accueil extrafamilial pour enfants (LAAcc)^{62,63}. La frilosité du Conseil fédéral face au congé parental n'a cependant pas freiné la volonté de plusieurs organisations désireuses de continuer à aller de l'avant dans ce domaine. Le jour même de l'adoption, par le peuple, du congé de paternité, plusieurs personnalités et associations se sont réunies pour revendiquer la poursuite du développement de la politique familiale⁶⁴. Nul doute que dans ce domaine, nombreuses sont les mesures qui pourraient être prises afin de garantir une meilleure conciliation des obligations professionnelles et parentales. Si l'introduction d'un congé parental représenterait à cet égard un pas décisif vers l'égalité des sexes, il permettrait également de réaliser l'égalité entre les familles homoparentales et hétéroparentales. Par sa conception précisément « parentale », ce congé est en effet ouvert aux couples de même sexe et n'est ainsi lié ni au genre ni au sexe des parents (*infra*, 2.).

Pour conclure sur une note plus optimiste, le 20 décembre 2019, le Parlement a adopté une loi fédérale sur l'amélioration de la conciliation entre activité professionnelle et prise en charge de proches⁶⁵. Si cette loi n'introduit pas de congé parental, elle reconnaît cependant

⁶¹ Rapport du Conseil fédéral « *Congé de paternité et congé parental* » (note 2), pp. I-II. Dans le même sens, cf. aussi FF 2019 3743 (3745-3747).

⁶² Loi fédérale sur les aides financières à l'accueil extrafamilial pour enfants du 4 octobre 2002 (LAAcc), RS 861.

⁶³ Le Conseil fédéral a justifié sa position en arguant que les cantons et les communes n'avaient pas fait tout ce qui était en leur pouvoir pour instaurer une offre adéquate en matière de structures d'accueil extrascolaires et qu'ils devaient désormais assumer cette tâche de manière autonome (cf. Avis du Conseil fédéral sur le Rapport de la Commission de la science, de l'éducation et de la culture du Conseil national du 12 avril 2018 relatif à l'initiative parlementaire « *Aides financières à l'accueil extrafamilial pour enfants. Prolonger le programme d'impulsion de la Confédération* » du 16 mai 2018, FF 2018 3479 [3484]). Nonobstant cet avis, les deux Chambres ont adopté, en septembre 2018, la modification de la LAAcc, prolongeant ainsi les aides financières fédérales jusqu'en 2023 (cf. Modification de la LAAcc du 28 septembre 2018, RO 2019 349).

⁶⁴ Voir leur communiqué : « *L'heure du congé parental est venue – dans l'intérêt de tous* » du 27 septembre 2020, disponible notamment à cette adresse : http://www.crop.ch/images/coordination/pdf/parentalite/Medienmitteilung_Elternzeit_2792020_FR_OUI_.pdf (consulté le 25 octobre 2020).

⁶⁵ Loi fédérale sur l'amélioration de la conciliation entre activité professionnelle et prise en charge de proches du 20 décembre 2019, FF 2019 8195. Cf. aussi 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.

le droit des parents à un congé pour la prise en charge d'un enfant gravement atteint dans sa santé en raison d'une maladie ou d'un accident, assorti d'une allocation de prise en charge couvrant le revenu à hauteur de 80 %, d'une durée de quatorze semaines par cas au maximum (art. 329i CO et art. 16n-s LAPG)⁶⁶. Ce congé, qui entrera en vigueur le 1^{er} juillet 2021, ne sera pas le seul à venir compléter la gamme des congés existants. Un congé rémunéré de courte durée pour la prise en charge d'un membre de la famille ou du/de la partenaire atteint-e dans sa santé (art. 329h CO, art. 36 al. 3-4 LTr) entrera en effet en vigueur le 1^{er} janvier 2021 déjà, c'est-à-dire en même temps que le congé de paternité⁶⁷.

2. Les congés parentaux et d'adoption : garants de l'égalité entre les genres et les différentes formes de familles ?

Quoi qu'il en soit de la situation actuelle, l'introduction d'un futur congé parental présente un clair intérêt pour les familles homoparentales. En effet, il devrait permettre aux deux parents, quel que soit leur genre, de pouvoir prétendre à un congé. Du point de vue du principe de l'égalité entre les différentes formes de familles, un congé parental serait donc le bienvenu. On éviterait ainsi – sur le principe du moins – des différences entre les familles hétéroparentales (qui pourront bénéficier, en tout, de 16 semaines de congé à la naissance d'un enfant) et homoparentales (qui sont encore traitées de manière distincte selon qu'il s'agit de deux mères [14 semaines pour l'une, rien pour l'autre] ou de deux pères [un seul congé de deux semaines pour l'un des pères] ; *supra*, A., 1.). Evidemment, cette possible égalité entre les différentes formes de familles n'est envisageable que si deux conditions sont réunies : en premier lieu, il faut que les prestations soient orientées sur la parentalité (et non sur des rôles distincts de père et de mère) – mais on peut espérer que ce soit l'objectif même d'un congé « parental » – ; en second lieu, la quotité du congé et de l'allocation doit être la même pour toutes les familles, quel que soit le genre des personnes qui forment le couple.

L'introduction d'un congé parental peut cependant se révéler plus délicate en ce qui concerne l'égalité entre les femmes et les hommes. Il faudra en effet veiller à ce qu'un tel congé – probablement formellement égalitaire, c'est-à-dire ne fixant pas une durée déterminée pour chaque parent, mais laissant le soin au couple d'organiser librement la répartition du congé entre les deux parents – ne conduise pas à de nouvelles inégalités sur le plan matériel. Pour ce faire, il importe à notre sens que les modalités du congé soient pensées de manière à ce qu'il ne se traduise pas – dans les faits – par un prolongement du congé de maternité et une minimisation, voire une inexistence, d'un congé pour les pères.

Différentes études⁶⁸ montrent en effet que le risque est grand que les habitudes, fondées sur un congé de maternité et un congé de paternité déséquilibrés en termes de durée

⁶⁶ Concernant le congé de longue durée pour la garde d'un enfant gravement atteint dans sa santé (art. 329i CO) et l'allocation de prise en charge (art. 16i-n LAPG), cf. FF 2019 3941 (3962, 3971-3976, 3978-3981 et 3983-3987). Cf. aussi PERRENOUD Stéphanie, La situation des parents et des proches aidants en droit suisse, *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, n° 3-2020.

⁶⁷ La date de l'entrée en vigueur des nouveaux congés au sens des art. 329h-i CO a été communiquée par le Conseil fédéral dans un communiqué du 7 octobre 2020 (cf. <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-80596.html> ; consulté le 24 octobre 2020).

⁶⁸ A titre d'exemple : ALMQVIST Anna-Lena/DUVANDER Ann-Zofie, *Changes in gender equality ? Swedish fathers' parental leave, division of childcare and housework*, *Journal of Family Studies*, 2014, 20:1, pp. 19-27. Pour une recension de différentes publications relatives aux congés parentaux, voir MÜLLER Franziska/RAMSDEN

(comme c'est le cas actuellement, et comme cela le sera encore à compter du 1^{er} janvier 2021, puisque la durée du congé de maternité atteint 14 semaines, alors que celle du congé de paternité ne sera que de 2 semaines), perdurent, et que la mère demeure plus longtemps encore à la maison, centrée sur les tâches éducatives, alors que le père retourne rapidement à son activité lucrative. En sus de la répartition traditionnelle des rôles, lorsque le congé peut être librement réparti entre les parents, il existe une tendance certaine (et logique) à ce que la personne disposant du plus petit revenu prenne le congé et soit au bénéfice de l'allocation (puisque celle-ci s'élève – dans le cas des congés de maternité et de paternité du moins – à 80 % du salaire, et qu'elle est en sus plafonnée à CHF 196.- par jour, avec pour conséquence que les personnes percevant un revenu élevé, en l'occurrence, un salaire mensuel supérieur à CHF 7'350.-, bénéficient d'une allocation couvrant moins de 80 % de leur salaire). Au vu des inégalités salariales toujours présentes dans le monde du travail, il y a donc une très grande probabilité que le bas salaire soit celui de la femme.

Toujours dans le domaine de la politique familiale, un autre projet mérite d'être mentionné : il s'agit du congé et des allocations d'adoption⁶⁹. Certes, bien moins ambitieux qu'un congé parental en termes de nombre de familles concernées⁷⁰, ce projet est néanmoins intéressant en ce qu'il présente une égalité formelle entre les genres, puisqu'il prévoit (à ce stade de la procédure parlementaire) un congé de deux semaines pour les personnes qui « *accueillent un enfant de moins de 4 ans*⁷¹ en vue de son adoption ». Il faut cependant préciser que ce congé (rémunéré par le biais d'une allocation d'adoption sur le modèle des allocations de maternité et de paternité), tel qu'il a été retravaillé par les Chambres fédérales, est extrêmement modeste, puisqu'il s'élève – comme le congé de paternité – à deux semaines⁷² et qu'il est de surcroît prévu que, dans le cas d'une adoption conjointe, bien que les conditions d'adoption⁷³ doivent être remplies par les deux parents, seul·e l'un·e des deux doit avoir droit au congé et à l'allocation. Les parents pourront cependant à cet égard décider de se partager le congé et l'allocation qui l'accompagne. Comme pour le congé parental, la question de l'égalité matérielle reste ouverte puisqu'il y a une probabilité

Alma, *Connaissances scientifiquement fondées sur les effets du congé parental, du congé maternité et du congé paternité. Revue de la littérature à l'intention de la Commission fédérale de coordination pour les questions familiales (COFF)*, Interface Politikstudien Forschung Beratung, Lucerne 2017.

⁶⁹ Cf. Initiative parlementaire « *Introduire des allocations en cas d'adoption d'un enfant* » (lv. pa. 13.478 ; Marco Romano), déposée le 12 décembre 2013 ; Avis du Conseil fédéral au sujet du rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national du 5 juillet 2019 relatif à l'initiative parlementaire « *Introduire des allocations en cas d'adoption d'un enfant* » du 30 octobre 2019, FF 2019 6909 ; Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national relatif à l'initiative parlementaire « *Introduire des allocations en cas d'adoption d'un enfant* » du 5 juillet 2019, FF 2019 6723 ; Modifications de la LAPG (Projet), FF 2019 6741.

⁷⁰ En 2019, on a compté 41 enfants de moins de 4 ans adoptés en Suisse et les coûts d'un tel congé sont évalués à CHF 110'000.- par an. Pour ces chiffres, voir la dépêche ATS relative aux délibérations du Conseil national du 23 septembre 2020 disponible sur le site du Parlement fédéral : www.parlement.ch > objet 13.478.

⁷¹ Une minorité de la Commission [CSSS-N] souhaite que la limite d'âge soit fixée à 12 ans. Cf. art. 16i al. 1, *lit. a* du projet de modification de la LAPG, FF 2019 6741 (6742) (note 69).

⁷² Cf. art. 16k al. 1 du projet de modification de la LAPG, FF 2019 6741 (6743) (note 69). Initialement, le projet visait un congé de 12 semaines.

⁷³ Essentiellement similaires à celles du congé de paternité et de maternité, mais avec en sus une obligation pour les parents adoptifs d'avoir interrompu leur activité lucrative ou d'avoir réduit leur taux d'occupation de 20 % au moins pendant l'année qui suit l'accueil de l'enfant. Cf. art. 16i al. 1 du projet de modification de la LAPG, FF 2019 6741 (6742) (note 69).

importante, pour les raisons susmentionnées, que ce soit la mère adoptive qui prenne ce congé. Contrairement au congé parental, le congé d'adoption n'est en revanche pas ouvert aux couples de même sexe dont l'un-e des membres adopte l'enfant du ou de la partenaire au sens de l'art. 264c al. 1 CC ; l'art. 16i al. 5 LAPG tel que proposé exclut en effet expressément le droit à une allocation d'adoption dans cette hypothèse⁷⁴. Comme le congé de paternité, le congé d'adoption n'est ainsi pas non plus compatible avec le principe d'égalité entre les différentes formes de famille.

IV. Conclusions

Si l'introduction, le 1^{er} janvier 2021, du congé de paternité – minimaliste – prévu par l'art. 329g CO représente certes une avancée en termes de politique familiale, les considérations qui précèdent nous amènent à conclure que cette mesure ne constitue en réalité qu'un tout petit pas vers l'égalité.

D'une part, dans une constellation familiale traditionnelle, le congé de paternité apparaît encore insuffisant par rapport au congé de maternité. En effet, au moment de la naissance d'un enfant, l'absence la plus longue du marché du travail sera toujours le fait des mères, avec comme conséquence les désavantages qui peuvent en résulter (licenciements plus fréquents des jeunes mères ; refus d'embaucher une femme en âge d'avoir des enfants par crainte d'une absence de longue durée et/ou d'une diminution de la disponibilité due aux obligations familiales ; frein à l'évolution de la carrière, notamment).

D'autre part, la réflexion qui a présidé à l'adoption du congé de paternité ne s'inscrit pas du tout dans une perspective d'égalité entre les différentes formes de familles, quand bien même le Parlement tend – à travers le projet de mariage pour toutes et tous – à reconnaître aux couples de même sexe des droits qui s'approchent de ceux garantis aux couples de sexe différent. La situation des parents adoptifs n'a pas non plus été prise en compte dans le cadre de l'élaboration du congé de paternité puisque ceux-ci sont exclus du cercle des ayants droit.

Comme on le sait, en Suisse, la politique sociale est une politique des petits pas, qui s'approche plus de la tortue que du lièvre. Dans ce domaine, il est nécessaire d'avancer étape par étape pour ne pas risquer de compromettre les chances d'une nouvelle mesure d'aboutir. En témoignent le congé et l'allocation de maternité, dont la concrétisation a nécessité plus de 60 ans. Néanmoins, on ne peut que regretter qu'un projet de révision du droit civil, aussi important que celui du mariage pour toutes et tous, ne prenne pas en considération les effets que l'institution du mariage devrait produire en droit public et en particulier dans le domaine des congés entourant la naissance des enfants, lorsqu'elle lie des personnes de même sexe. D'un côté, en droit civil, on tente d'accorder des droits aux familles homoparentales qui soient équivalents à ceux dont bénéficient les familles hétéroparentales. De l'autre côté, en droit public, on recrée une discrimination pour les couples de parents de même sexe, qui se retrouvent privés de toute possibilité de pouvoir bénéficier, chacun-e, d'un congé et d'une allocation, que ce soit de paternité ou de maternité.

⁷⁴ FF 2019 6741 (6742) (note 69).

Si le principe d'égalité de traitement entre les différentes formes de familles ne semble pas être une priorité dans le domaine des prestations parentales, celui de l'intérêt supérieur de l'enfant n'apparaît pas non plus. La question des congés accordés au moment de la naissance d'un enfant ou pour l'accomplissement de tâches éducatives pourrait pourtant aussi être examinée sous cet angle. S'agissant des congés, on pourrait ainsi poser le principe « un enfant, un congé par parent », d'une manière analogue à ce qui prévaut dans le domaine des allocations familiales, où l'adage est « un enfant, une allocation ». Si cette conception permettait d'envisager une égalité de principe entre les formes de familles, elle devrait cependant – pour atteindre une égalité matérielle – être concrétisée par des congés de durée égale pour chacun des parents, indépendamment du genre et de la forme de famille.

L'objectif d'égalité de traitement, que ce soit entre les femmes et les hommes ou entre les différentes formes de familles, ne semble encore pas près d'être atteint. On a souvent l'impression que cette démarche s'apparente en quelque sorte à demander la lune... et que pour la décrocher, il faudra accomplir bien davantage de petits pas dans le sens de celui qui vient d'être fait avec l'introduction d'un congé de paternité de deux semaines.