Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

FF 2019
www.droitfederal.admin.ch
La version électronique
signée fait foi

18.092

Message relatif à la modification de la loi sur les allocations pour perte de gain

(Allocation de maternité en cas de séjour prolongé du nouveau-né à l'hôpital)

du 30 novembre 2018

Madame la Présidente,
Monsieur le Président,
Mesdames, Messieurs,

Par le présent message, nous vous soumettons le projet de modification de la loi sur les allocations pour perte de gain, en vous priant de l'adopter.

Nous vous proposons simultanément de classer l'intervention parlementaire suivante:

2017	M	16.3631	Rallonger la durée de l'allocation de maternité en cas de séjour prolongé du nouveau-né à l'hôpital (E 13.12.16, Commission de la sécurité sociale et de la santé publique CE; N 7.6.17)

Nous vous prions d'agréer, Madame la Présidente, Monsieur le Président, Mesdames, Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

30 novembre 2018

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Alain Berset
Le chancelier de la Confédération, Walter Thurnherr

Condensé

L'objectif de la modification est de prévoir, dans le régime des allocations pour perte de gain, une disposition qui prolonge la durée de versement de l'allocation de maternité pour les mères dont l'enfant reste hospitalisé durant au moins trois semaines juste après l'accouchement.

Contexte

Ce projet de révision répond à la motion de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des États (16.3631) «Rallonger la durée de l'allocation de maternité en cas de séjour prolongé du nouveau-né à l'hôpital» adoptée par le Conseil des États le 13 décembre 2016 et par le Conseil national le 7 juin 2017. Cette motion charge le Conseil fédéral de proposer une solution visant à prévoir, dans la loi sur les allocations pour perte de gain (LAPG), la prolongation de la durée de l'allocation de maternité pour les mères dont l'enfant reste hospitalisé durant plus de trois semaines juste après l'accouchement.

*Selon la législation actuelle, les mères dont le nouveau-né est hospitalisé pendant au moins trois semaines immédiatement après sa naissance peuvent demander un report du versement de l'allocation de maternité et, partant, de leur congé de maternité (art. 16c, al. 2, LAPG). Pour ces femmes, se pose alors la question du versement de leur salaire durant cette période d'autant plus que la loi sur le travail, qui concerne la majorité des femmes actives, prévoit que la mère n'a pas le droit de travailler durant les huit semaines suivant l'accouchement (art. 35*a*, al. 3). La situation juridique actuelle n'offre pas de certitude et manque d'uniformité. La LAPG ne prévoit pas de prestation pendant la durée du report et aucune autre assurance sociale ou privée n'est à même de garantir une couverture suffisante. Le droit au salaire fondé sur l'art. 324*a *du code des obligations (CO), relatif à l'empêchement de travailler, est plafonné à trois semaines pendant la première année de service et dépend par la suite de la libre appréciation des juges; il donne donc lieu à des incertitudes et à des lacunes dans certains cas. Quant aux conventions collectives de travail, elles ne s'appliquent pas à toutes les femmes et n'offrent pas toutes de couverture pour la perte de revenu dans ce cas-là.*

Contenu du projet

Le Conseil fédéral est d'avis qu'il est nécessaire de remédier à la situation actuelle qui est peu satisfaisante et qui résulte d'une lacune lors de l'introduction de l'allocation de maternité. Il propose de prolonger dans la LAPG la durée de l'octroi de l'allocation de maternité suite à l'hospitalisation du nouveau-né. Tout comme l'allocation de maternité est limitée à 98 jours, sa prolongation doit également être limitée dans le temps. 56 jours d'allocations supplémentaires sont proposés à cet effet. En outre, les adaptations nécessaires sont effectuées dans le CO: le congé de

maternité et la protection contre le licenciement en temps inopportun sont prolongés dans la même mesure que le droit à l'allocation. S'agissant de la réduction de la durée des vacances, la formulation actuelle permet d'inclure la prolongation du congé.

Table des matières

Condensé **142**

1 Contexte **146**

1.1 Origine du projet 146
1.1.1 Solution proposée et retenue 146
1.1.2 Évolution de l'allocation de maternité 147
1.1.3 Hospitalisation prolongée des nouveau-nés 148
1.1.4 Autres projets dans le cadre de la LAPG 149

1.2 Droit en vigueur 150
1.2.1 Ajournement de l'allocation de maternité dans la LAPG 150
1.2.2 Versement du salaire selon le CO 151
1.2.3 Versement du salaire selon les conventions collectives de travail 154
1.2.4 Revenu de substitution 155
1.2.5 Autres prestations 156

1.3 Nécessité d'agir 156

1.4 Relation avec le programme de la législature 158

1.5 Classement d'une intervention parlementaire 158

2 Procédure de consultation **158**

3 Comparaison avec le droit étranger **159**

4 Présentation du projet **160**

4.1 Réglementation proposée 160
4.1.1 Prolongation de la durée du versement de l'allocation de maternité dans la LAPG 160
4.1.2 Durée de la prolongation du versement de l'allocation 161
4.1.3 Cercle des bénéficiaires 161
4.1.4 Prolongation du congé de maternité dans le CO 162
4.1.5 Protection contre le licenciement 162

4.2 Mise en œuvre 162

5 Commentaire des dispositions **163**

6 Conséquences **166**

6.1 Conséquences financières pour les APG 166

6.2 Conséquences pour la Confédération et les cantons 166
6.2.1 Conséquences financières 166
6.2.2 Conséquences sur les besoins en personnel 167

6.3 Conséquences économiques 167

7 Aspects juridiques **167**

7.1 Constitutionnalité 167

7.2 Compatibilité avec les obligations internationales 167

7.3 Compatibilité avec d'autres lois 168
7.3.1 Coordination avec la loi sur le travail 168
7.3.2 Coordination avec l'assurance-vieillesse et survivants et l'assurance-invalidité 169
7.3.3 Coordination avec la prévoyance professionnelle 169
7.3.4 Coordination avec l'assurance-accidents 169
7.3.5 Coordination avec l'assurance-chômage 170
7.4 Forme de l'acte à adopter 170
7.5 Frein aux dépenses 170
7.6 Délégation de compétences législatives 171
7.7 Protection des données 171

Annexe: budget des APG **172**

Loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité (Loi sur les allocations pour perte de gain, LAPG)
(Projet) **173**

Message

1 Contexte

1.1 Origine du projet

1.1.1 Solution proposée et retenue

Le présent projet de révision répond à la motion de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des États (CSSS-E) (16.3631) «Rallonger la durée de l'allocation de maternité en cas de séjour prolongé du nouveau-né à l'hôpital» adoptée par le Conseil des États le 13 décembre 2016 et par le Conseil national le 7 juin 2017. Cette motion charge le Conseil fédéral de proposer une solution visant à prévoir, dans la loi du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain (LAPG)[1], la prolongation de la durée de l'allocation de maternité pour les mères dont l'enfant reste hospitalisé durant plus de trois semaines juste après l'accouchement.

En cas d'hospitalisation prolongée du nouveau-né immédiatement après l'accouchement, la mère peut demander le report de l'allocation de maternité (art. 16*c*, al. 2, LAPG). Elle ne reçoit pas d'allocation dans l'intervalle. Un droit au salaire sur la base de l'art. 324*a* du code des obligations (CO)[2] n'est pas non plus garanti dans tous les cas. La loi du 13 mars 1964 sur le travail (LTr)[3], qui concerne la majorité des femmes actives, prévoit que la mère n'a pas le droit de travailler durant les huit semaines suivant l'accouchement et qu'elle ne peut être forcée à reprendre le travail les huit semaines suivantes (art. 35*a*, al. 3). Par conséquent, alors même qu'elle se trouve dans une situation difficile, son revenu ne lui est pas assuré entre le moment de la naissance et le début du versement de l'allocation.

Dans son rapport[4] consécutif aux postulats Maury Pasquier (10.3523) «Quel revenu pendant les huit semaines d'interdiction de travailler suivant l'accouchement, en cas de report du droit aux prestations de l'assurance-maternité suite à l'hospitalisation du nouveau-né» et Teuscher (10.4125) «Droit à une allocation de maternité équitable en cas d'ajournement du congé de maternité», le Conseil fédéral met en évidence le risque de lacunes dans le revenu durant la période du report de l'allocation de maternité. Il y présente également des possibilités de modifier le droit en vigueur. Selon la motion de la CSSS-E (16.3631), l'option la mieux à même d'éviter les inégalités de traitement, qui serait aussi la moins coûteuse et qui ne place pas le paiement du salaire à la seule charge des employeurs, consisterait à prévoir, dans la LAPG, une prolongation du droit à l'allocation de maternité, actuellement limitée à 98 jours.

1 RS **834.1**
2 RS **220**
3 RS **822.11**
4 Rapport du Conseil fédéral du 20 avril 2016: «Revenu de la mère en cas d'ajournement de l'allocation de maternité suite à l'hospitalisation prolongée du nouveau-né».

Le Conseil fédéral est d'avis qu'il est nécessaire de remédier à la situation actuelle, qui est peu satisfaisante et qui résulte d'une lacune lors de l'introduction de l'allocation de maternité. Il soutient par conséquent la solution proposée par la motion.

1.1.2 Évolution de l'allocation de maternité

Le 1er juillet 2005 entraient en vigueur les nouvelles dispositions de la LAPG accordant une allocation de maternité aux femmes actives. Ces dispositions s'accompagnaient d'une modification du CO (art. 324*a*, al. 3, CO avec la suppression du terme accouchement) et de l'introduction d'un nouvel art. 329*f* CO concernant le congé de maternité et précisant qu'en cas de maternité, la travailleuse a droit, après l'accouchement, à un congé d'au moins quatorze semaines.

L'instauration d'une assurance-maternité est inscrite dans la Constitution (Cst.)[5] depuis 1945, mais sa concrétisation a pris beaucoup de temps. Jusqu'à sa mise en œuvre en 2005, l'occasion d'assurer la maternité s'est présentée de nombreuses fois. Mais soit les projets ont été rejetés dès la procédure préliminaire, soit ils ont échoué auprès du Parlement, et ceux qui avaient passé ont échoué auprès du peuple.

C'est sous l'impulsion d'une initiative parlementaire déposée en 2001 (Triponez 01.426) que le régime actuel a été introduit. Le projet était plus modeste que les précédents: afin de ne pas le compromettre, les conditions de droit étaient plus strictes, les prestations plus réduites, l'allocation plafonnée et réservée aux femmes exerçant une activité lucrative. Elle ne concernait pas les cas d'adoption. Par ailleurs, le projet prévoyait un droit obligatoire au congé de maternité de quatorze semaines indemnisé à hauteur de 80 % du revenu. Il a été adopté en vote final par le Parlement le 3 octobre 2003, mais un référendum a été lancé avec pour principal argument la nécessité de consolider les assurances sociales et non pas de créer de nouvelles prestations. Une autre critique concernait la discrimination liée au fait que les femmes sans activité professionnelle n'avaient pas droit à des prestations. Le projet de révision de la LAPG prévoyant l'extension du champ d'application aux mères exerçant une activité lucrative a été accepté à 55,5 % en septembre 2004. L'allocation de maternité est entrée en vigueur le 1er juillet 2005. En 2016, plus de 80 000 mères en ont bénéficié.

Ainsi, 60 ans après son introduction dans la Cst., l'assurance-maternité a été concrétisée de manière simple et efficace. En effet, elle a été intégrée au régime des APG en cas de service dont le champ d'application a été étendu aux mères actives et le congé obligatoire a été inscrit dans le CO. La possibilité de relever le taux de cotisation de 0,1 % pour financer l'allocation de maternité a été prévue dans la loi, mais le fonds du régime des APG disposait d'importantes réserves pour financer cette nouvelle prestation pendant les premières années. De ce fait, il n'a pas été nécessaire de relever immédiatement le taux de cotisation APG. Cela n'a été fait qu'en 2011 (passage de 0,3 à 0,5 %). Le 1er janvier 2016, ce taux a été abaissé à 0,45 % pour une période de 5 ans, soit jusqu'au 31 décembre 2020. Le Conseil fédéral réévaluera

5 RS **101**

la situation avant la fin de cette période, afin de prendre les mesures nécessaires pour la suite.

1.1.3 Hospitalisation prolongée des nouveau-nés

Depuis 2014, environ 85 000 enfants voient le jour chaque année en Suisse. Si la tendance est en hausse ces dernières années pour les maisons de naissance, la plupart des nouveau-nés (97 %) naissent à l'hôpital. En cas d'accouchement normal, la durée du séjour en maternité est généralement de deux à trois jours. Après un accouchement par césarienne, elle peut être d'environ cinq jours. Cependant, dans certains cas, l'état de santé du nouveau-né peut donner lieu à une hospitalisation bien plus longue, notamment lors de naissances prématurées.

En 2016, les naissances prématurées représentaient 7 % des naissances en Suisse[6]. On considère comme prématurée une naissance avant la 37e semaine de grossesse. Les grands prématurés (nés avant la 32e semaine de gestation) représentent 1 % des nouveau-nés.

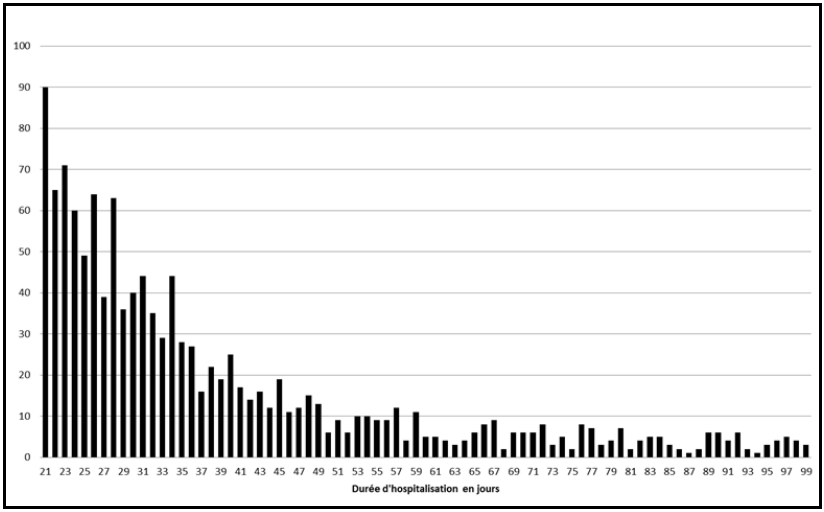
Un séjour d'au moins trois semaines à l'hôpital ouvre le droit au report de l'allocation de maternité. Actuellement, il n'existe aucune donnée administrative ni sur le nombre de mères qui ajournent le versement de l'allocation de maternité, ni sur la durée de cet ajournement. Les statistiques sur l'hospitalisation donnent toutefois des indications sur le nombre des mères qui pourraient faire usage de cette possibilité.

Il faut toutefois tenir compte de certaines limites concernant l'estimation du nombre de cas potentiels. En outre, il convient de relever que chaque naissance en Suisse ne donne pas droit à une allocation de maternité puisque les mères non actives en particulier ne sont pas couvertes par l'assurance-maternité. Par ailleurs les femmes qui décident d'arrêter de travailler après la naissance de leur enfant n'ont pas besoin d'une prolongation de la durée du versement de l'allocation de maternité puisque rien ne les empêchera de rester auprès de leur enfant au-delà du délai de quatorze semaines. Enfin, il reste difficile de prévoir le comportement des mères de statut indépendant.

En 2015, 1326 nouveau-nés ont été hospitalisés durant 21 jours et plus, pour un total de 58 410 jours[7]. Parmi les nouveau-nés hospitalisés plus de 21 jours, la durée d'hospitalisation n'a pas dépassé 56 jours dans 80 % des cas. Ces chiffres sont relativement constants depuis 2009.

6 Santé des nouveau-nés 2016, OFS
7 Statistique médicale des hôpitaux 2017, OFS

Nombre de nouveau-nés par durée d'hospitalisation de plus de 21 jours (2015)



Il ressort de la statistique médicale des hôpitaux que, dans pratiquement 60 % des cas, la durée d'hospitalisation des nouveau-nés ne dépasse pas 35 jours. Au-delà, plus la durée d'hospitalisation augmente, plus le nombre de cas diminue. Un séjour hospitalier de plus de 95 jours ne concerne qu'environ 6 % des cas, soit environ 80 nouveau-nés en 2015. Pour les cas très graves, environ 60 enfants, la durée du séjour se répartit entre 100 et 366 jours. On constate en conséquence que le nombre d'enfants dont l'état de santé demande une très longue hospitalisation est relativement restreint.

1.1.4 Autres projets dans le cadre de la LAPG

Différents projets sont actuellement en cours de traitement dans le cadre de la LAPG. L'initiative parlementaire Romano (13.478) demande d'introduire des allocations en cas d'adoption d'un enfant. Aujourd'hui, les parents qui adoptent un enfant n'ont droit à aucun congé spécifique au niveau fédéral pour l'accueillir. Ce projet propose d'introduire un tel congé dans le cadre de la LAPG afin de répondre aux besoins des parents accueillants et de l'enfant adopté. Un deuxième projet concerne le soutien aux proches aidants. Le Conseil fédéral a adopté en décembre 2014 le plan d'action de soutien et de décharge en faveur des proches aidants qui découle de son programme global «Santé 2020». Ce plan s'articule autour de quatre domaines d'action. Un de ces domaines concerne l'examen de l'introduction d'un congé pour les parents d'enfants gravement malades ou gravement accidentés. Enfin un troisième projet concerne l'introduction d'un congé de paternité. L'initiative populaire «Pour un congé de paternité raisonnable – en faveur de la famille» a abouti en août 2017. Elle demande l'introduction d'un congé de paternité d'au moins

quatre semaines. L'allocation de paternité serait réglée dans la LAPG de manière analogue à l'allocation de maternité. Le 1er juin 2018, le Conseil fédéral a transmis son message relatif à l'introduction d'un congé de paternité dans le cadre de la LAPG. Il invite le Parlement à rejeter l'initiative. Si le Conseil fédéral reconnaît la pertinence d'un tel congé, il accorde cependant la priorité au développement d'une offre d'accueil extrafamilial adaptée aux besoins des familles. La CSSS-E a opposé à cette initiative un contre-projet indirect de congé de paternité de deux semaines lors de sa séance du 21 août 2018.

1.2 Droit en vigueur

1.2.1 Ajournement de l'allocation de maternité dans la LAPG

Le début du droit à l'allocation est fixé au jour de l'accouchement (art. 16*c*, al. 1, LAPG). Dès la naissance de l'enfant, la mère bénéficie d'une allocation de maternité durant 98 jours, ce qui lui permet de se remettre de la grossesse et de l'accouchement, tout en disposant du temps nécessaire pour s'occuper du nouveau-né durant ses premiers mois de vie. Toutefois, si le nouveau-né doit rester plus longtemps à l'hôpital pour des raisons de santé, la durée du congé de maternité permettant à la mère de se consacrer exclusivement à son enfant s'en trouve réduite. Pour cette raison, une disposition a été prévue (art. 16*c*, al. 2, LAPG) qui donne à la mère la possibilité de reporter le début du droit à l'allocation de maternité, en cas d'hospitalisation prolongée de son nouveau-né, au jour où le nouveau-né pourra quitter l'hôpital. Il faut relever que seul l'état de santé de l'enfant permet l'ajournement et non celui de la mère, même si une hospitalisation prolongée de cette dernière a les mêmes conséquences, à savoir l'impossibilité de s'occuper du nouveau-né. Mais dans ce cas-là, l'allocation de maternité à laquelle la mère a droit exclut le versement des indemnités journalières d'autres assurances sociales (assu-rance-invalidité ou accident par exemple). Lorsque le droit à l'allocation de maternité est échu, ce sont les autres assurances qui prennent le relais si la mère est encore en incapacité de travail.

Le droit à l'ajournement de l'allocation de maternité implique que l'hospitalisation dure au moins trois semaines immédiatement après la naissance (art. 24, al. 1, du règlement du 24 novembre 2004 sur les allocations pour perte de gain [RAPG][8]). Une maladie du nouveau-né survenant quelques jours après son retour à la maison et nécessitant une hospitalisation ne permet plus le report de l'allocation. De plus, l'état de santé doit être attesté par un certificat médical. Enfin, la mère doit indiquer expressément sur le formulaire approprié qu'elle souhaite ajourner le versement de l'allocation de maternité. Une fois toutes ces conditions remplies ou en cas de révocation du report avant le retour de l'enfant à la maison, le versement des prestations débutera lorsque le report aura pris fin, soit le jour où le nouveau-né quitte l'hôpital ou à la date de révocation. Dans ce cas de figure, le versement de l'allocation ne coïncide plus avec le jour de l'accouchement.

8 RS **834.11**

L'art. 24 RAPG fixe la durée prolongée en milieu hospitalier à trois semaines au moins, mais sans prévoir de durée maximale de l'ajournement, le report du droit au congé de maternité prenant fin le jour où le nouveau-né quitte l'hôpital. À noter que l'ajournement de l'allocation implique, selon l'interprétation généralement admise aujourd'hui, le report du congé prévu à l'art. 329*f* CO. Bien que cette disposition ne le prévoie pas expressément, le législateur a en effet voulu coordonner le congé de maternité avec le versement de l'allocation de maternité. Le report de ce versement entraîne donc aussi le report du congé de maternité. Comme le report du versement de l'allocation de maternité n'est actuellement pas limité, le moment de la reprise du travail ne peut être déterminé.

Ainsi, lors de l'introduction de l'allocation de maternité, le législateur était bien conscient de la situation particulière de la mère dont le nouveau-né doit rester plus longtemps que prévu à l'hôpital. Pour cette raison, il a voulu laisser la possibilité à la mère d'ajourner, si elle le souhaite, son allocation de maternité jusqu'à l'arrivée de l'enfant à la maison. Il n'a toutefois pas expressément voulu prolonger le paiement de l'allocation de maternité en cas de report, ni résoudre la question du paiement du salaire dans ce cas. Cela signifie que, pour la durée de l'hospitalisation de l'enfant, soit du jour de l'accouchement au début du versement de l'allocation de maternité, la LAPG ne prévoit aucune prestation.

1.2.2 Versement du salaire selon le CO

Dans la mesure où aucun revenu de substitution n'est prévu par la LAPG, la question du versement du salaire par l'employeur sur la base du CO se pose.

Une obligation de verser le salaire est prévue à l'art. 324*a* CO en cas d'empêchement non fautif de travailler de l'employé. Une exception est prévue à l'art. 324*b*, al. 1, CO: l'employeur ne doit pas verser de salaire lorsque le travailleur est assuré obligatoirement contre les conséquences économiques d'un empêchement de travailler qui ne provient pas de sa faute, mais est dû à des raisons inhérentes à sa personne, pour autant que les prestations d'assurance couvrent les 4/5 au moins du salaire.

La doctrine est partagée concernant l'applicabilité de ces articles aux femmes qui ont accouché. Pour certains[9], les empêchements découlant de l'accouchement n'entrent plus dans le champ d'application des art. 324*a* et 324*b* CO depuis que la révision introduisant une allocation de maternité a biffé le terme «accouchement» de l'art. 324*a* CO. Pour eux, les nouvelles dispositions de la LAPG qui ouvrent le droit à l'allocation de maternité ne peuvent pas être considérées comme une assurance obligatoire au sens de l'art. 324*b* CO, qui est uniquement applicable aux empêchements de travailler visés à l'art. 324*a* CO. Dès lors, l'employeur n'aurait pas à payer

9 Zürcher Kommentar-Staehelin, nº 16*a* ad art. 324*a* CO; Berner Kommentar-Rehbinder/Stöckli, nº 6 ad art. 324*a* CO; Streiff, Ullin/von Kaenel, Adrian/Rudolph, Roger, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu den Art. 319–362 OR, 7e éd., Zurich/Bâle/Genève 2012, nº 16 ad art. 324*a*/*b* CO; Vischer, Frank/Müller, Roland M., Der Arbeitsvertrag, 4e éd., Bâle 2014, § 12 nº 9, 38 et 39; CHK-Emmel, nº 9 ad art. 324*a* CO; Commentaire romand-Aubert, nº 24 ad art. 324*a* CO

à la travailleuse la différence entre les 80 % du salaire effectif et l'indemnité journalière maximale (art. 324*b*, al. 2, CO) ou les 80 % du salaire durant la période du report où aucune prestation n'est versée (art. 324*b*, al. 3, CO). Cette interprétation n'est cependant pas acceptée par tous[10]. Elle n'a pas non plus été retenue dans la jurisprudence cantonale[11]. Le Tribunal fédéral ne s'est pas encore prononcé sur ce point, mais a toutefois relevé dans un arrêt récent que la volonté d'assurer la sécurité financière de la mère, au moyen de l'allocation de maternité, primait la volonté de décharger l'employeur[12], invoquée pour justifier que les art. 324*a* et 324*b* CO ne s'appliquent pas à la maternité.

Certes, l'hospitalisation prolongée du nouveau-né n'empêche pas la mère d'exercer son activité, mais elle fait intervenir l'obligation légale des parents de prendre soin d'un enfant malade. Cette obligation est considérée comme un empêchement de travailler au sens de l'art. 324*a*, al. 1, CO, en raison de l'accomplissement d'une obligation légale. La jurisprudence n'admet toutefois un empêchement que pendant le temps nécessaire à trouver une solution de substitution, une solution de garde par exemple[13]. Cette limite connaît des exceptions. Si la présence des parents auprès de l'enfant est nécessaire, la jurisprudence cantonale a reconnu l'existence d'un empêchement de travailler même si l'enfant était pris en charge par le personnel soignant de l'hôpital[14].

L'art. 324*a*, al. 2, CO définit une durée maximale par année pendant laquelle le travailleur a droit au salaire. Cette durée est valable pour tous les motifs d'empêchement couverts par l'art. 324*a* CO. Elle est de trois semaines la première année de service. Dès la deuxième année, la durée totale n'est pas déterminée par la loi. L'art. 324*a*, al. 2, CO prévoit qu'il doit s'agir d'une période plus longue fixée équitablement, compte tenu de la durée des rapports de travail et des circonstances particulières. Il revient donc aux tribunaux de fixer en équité la durée pendant laquelle

10 Basler Kommentar-Portmann/Rudolph, nº 39 ad art. 324*a* CO; Wyler, Rémy/Heinzer, Boris, Droit du travail, 3e éd., Berne 2014, 218–219; Subilia, Olivier/Duc, Jean-Michel, Droit du travail – Eléments de droit suisse, 2e éd., Lausanne 2010, nº 164–168 ad art. 324*a* CO; Brühwiler, Jürg, Einzelarbeitsvertrag – Kommentar zu den Art. 319–343 OR, 3e éd., Bâle 2014, nº 22b ad art. 324*a* CO; Carruzzo, Philippe, Le contrat individuel de travail, Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations, Zurich/Bâle/Genève 2009, nº 7, 9 et 11 ad art. 324*b* CO; Subilia, Olivier, La nouvelle loi sur les allocations pour perte de gain et maternité, PJA 2005, 1469 ss, 1475–1476; Duc, Jean-Michel, L'allocation de maternité et la coordination avec les autres prestations des assurances, AJP 2005, 1010 ss, 1010–1011; Bruchez, Christian, La nouvelle assurance-maternité et ses effets sur le droit du contrat de travail, SJ 2005, vol. II, 247 ss, 267; Brunner, Christiane/Bühler, Jean-Michel/Waeber, Jean-Bernard/Bruchez, Christian, Commentaire du contrat de travail, 3e éd., Lausanne 2010, nº 26 ad art. 324*a* CO; CS-Cerottini, nº 13 ad art. 329*f* CO, Perrenoud, Stéphanie, La protection de la maternité – Etude de droit suisse, international et européen, Berne 2015, 1155.

11 Arrêt de la Cour d'appel du canton de Genève, du 17 octobre 2008, CAPH/184/2008, consid. 2.1.2.

12 ATF **142** II 425, consid. 5.4

13 Arrêt du Tribunal fédéral du 7 avril 1998, 4C.459/1997, JAR 1999, 232 ss, consid. 4b

14 Arrêt du Kantonsgericht de Saint-Gall du 10 juin 1992, JAR 1994, 147 s., 148 (dernier paragraphe); arrêt de la Cour suprême du canton de Berne du 27 juillet 2004, JAR 2005, 352 ss, consid. 5; arrêt de la Cour d'appel du canton de Genève du 17 octobre 2008, CAPH/184/2008, consid. 2.1.4; Regionalsgericht Bern-Mittelland, CIV 12 6727 BAK, décision du 24 janvier 2013, consid. 3.4.6.

le salaire est dû. Certains tribunaux ont établi des échelles qui fixent la durée de versement du salaire en fonction des années de service du travailleur. Ce sont les échelles bernoise, bâloise et zurichoise. Communément appliquées par les tribunaux en Suisse, elles ne sont toutefois pas obligatoires. Le législateur a en effet expressément exclu tout lien rigide entre la durée des rapports de travail et le versement du salaire en cas d'empêchement[15]. Conformément à l'intention du législateur, les tribunaux s'écartent des échelles en présence de circonstances particulières.

À noter que l'employeur qui accorde une couverture supérieure à la couverture légale pour certains empêchements et en exclut d'autres n'offrira pas une couverture équivalente au sens de l'art. 324*a*, al. 4, CO[16]. Ainsi, une couverture généreuse de la maladie, de l'accident et de la maternité ne dispense pas l'employeur de son obligation légale de verser le salaire en cas de soins donnés à un enfant malade.

Par ailleurs, indépendamment de l'hospitalisation du nouveau-né, l'accouchement est suivi d'une période de protection de seize semaines, qui consiste en une interdiction de travailler pendant les huit premières semaines, suivie de huit semaines pendant lesquelles la mère ne peut être occupée que si elle y consent (art. 35*a*, al. 3, LTr). Le versement du salaire pendant ce temps n'est pas réglé par la LTr. La jurisprudence et la doctrine reconnaissent que l'interdiction de travailler pendant les huit semaines qui suivent l'accouchement est un empêchement de travailler au sens de l'art. 324*a*, al. 1, CO[17]. Par contre, la faculté de refuser de travailler donnée à la mère entre la neuvième et la seizième semaine ne constitue pas, selon l'opinion dominante, un empêchement au sens de cette disposition[18].

15 Message du 25 août 1967 du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision des titres dixième et dixième bis du code des obligations (Du contrat de travail), FF **1967** II 249, 342.

16 Streiff/von Kaenel/Rudolph, nº 24 ad art. 324*a*/*b* CO: Berner Kommentar-Rehbinder/Stöckli, nº 31 ad art. 324*a* CO.

17 Avant l'entrée en vigueur de l'assurance-maternité: arrêt du Tribunal fédéral du 6 avril 1994, JAR 1995, 128 ss, consid. 3d, cc; arrêt de la Chambre d'appel du canton de Genève du 20 août 2002, JAR 2003, 180 s., consid. 4. Après l'entrée en vigueur de l'assurance-maternité: arrêt du 31 juillet 2014 du Tribunale d'appello du canton du Tessin, 16.2013.11, consid. 6; également: Streiff/von Kaenel/Rudolph, nº 16 ad art. 324*a*/*b* CO; Basler Kommentar-Portmann/Rudolph, nº 41 ad art. 324*a* CO.

18 Dispense de travailler pendant la grossesse (art. 35*a*, al. 1 et 2, LTr): ATF **118** II 58, consid. 2b; arrêt du 20 août 2001 de la Cour d'appel du canton de Genève, JAR 2003, p. 180, consid. 4; Geiser, Thomas/Müller, Roland, Arbeitsrecht in der Schweiz, 3e éd., Berne 2015, nº 1051–1052; Streiff/von Kaenel/Rudolph, nº 16 ad art. 324*a*/*b* CO; Berner Kommentar- Rehbinder/Stöckli, nº 6 ad art. 324*a* CO; Basler Kommentar-Portmann/Rudolph, nº 35 ad art. 324*a* CO; Wyler/Heinzer, 220–221; Brühwiler, nº 22b ad art. 324*a* CO. Avis contraire: Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, nº 6 ad art. 324*a* CO.

1.2.3 Versement du salaire selon les conventions collectives de travail

Le versement du salaire peut être prévu dans une convention collective de travail (CCT). Le rapport du Conseil fédéral du 20 avril 2016 a étudié de manière détaillée les règles existantes dans les CCT couvrant 5000 assujettis ou plus[19]. Cet examen montre que de nombreuses CCT prévoient un congé payé de quelques jours pour garder un enfant malade.

Ces règles conventionnelles ne peuvent déroger à l'art. 324*a* CO au détriment du travailleur. Les art. 324*a*, al. 1 et 3, CO figurent en effet dans la liste des dispositions relativement impératives de l'art. 362, al. 1, CO et l'art. 324*a*, al. 2, CO n'admet que les délais plus longs. Le versement du salaire pendant une durée plus longue pourra donc être dû malgré les durées maximales prévues conventionnellement, si les conditions de l'art. 324*a* CO sont remplies. L'art. 324*a*, al. 4, CO assouplit ce régime puisqu'il admet les dérogations au minimum légalement garanti à condition que les prestations accordées au travailleur soient, dans l'ensemble, au moins équivalentes.

Deux CCT[20] prévoient le paiement du salaire en cas de report de l'allocation de maternité, pendant les huit semaines suivant l'accouchement. Deux CCT[21] donnent la possibilité de reporter le congé de maternité conventionnel, coordonnant ainsi le régime conventionnel avec la LAPG. Elles n'accordent par contre pas de revenu entre la naissance et le début du congé de maternité différé. Ces deux dernières CCT et quinze autres CCT[22] accordent des prestations en cas de maternité plus étendues que celles garanties par la LAPG, en prévoyant une durée d'indemnisation plus longue ou des indemnités plus élevées. Les quinze CCT ne règlent pas la question du report.

19 Voir ch. 2.2.2 et 6.1 du rapport du Conseil fédéral du 20 avril 2016: «Revenu de la mère en cas d'ajournement de l'allocation de maternité suite à l'hospitalisation prolongée du nouveau-né». Depuis la publication du rapport, de nouvelles conventions ont été adoptées dans les branches et entreprises suivantes: Hôtellerie-restauration; location de service; secteur principal de la construction; industrie horlogère et microtechnique; Branche du nettoyage, Suisse alémanique; CFF; Swisscom; Industrie de la peinture et de la plâtrerie.

20 Maison mère de la COOP, CCT Swisscom 2018. La CCT Maison mère COOP limite le paiement du salaire aux huit semaines suivant l'accouchement.

21 CCT Industrie des machines, des équipements électriques et des métaux; CCT Industrie horlogère et microtechnique.

22 CCT Industrie des machines, des équipements électriques et des métaux; CCT Secteur principal de la construction; CCT Industrie horlogère et microtechnique; CCT Personnel bancaire; CCT Branche du nettoyage, Suisse alémanique; CCT Industrie graphique; CCT Kaufmännisch-technische Angestellte, AG; CCT Dienstleistungsbereich, Region Basel; CCT nationale Groupe Migros; CCT La Poste; CCT CFF; CCT Branche suisse de l'installation électrique et de télécommunication; CCT Branche des techniques du bâtiment; CCT Industrie de la peinture et de la plâtrerie; CCT Basler Pharma-, Chemie-, und Dienstleistungsunternehmen; CCT SRG SSR idée suisse; CCT Branche de la décoration d'intérieur, de la sellerie et du mobilier.

1.2.4 Revenu de substitution

Un revenu de substitution pourrait également être alloué dans le cadre de l'assurance d'indemnités journalières LAMal ou d'une assurance privée.

L'assurance-maladie sociale, régie par la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal)[23], comprend l'assurance obligatoire des soins et une assurance facultative d'indemnités journalières. Des prestations sont allouées en cas de maladie, d'accident ou de maternité (art. 1*a*, al. 2, LAMal). L'assurance d'indemnités journalières (art. 67ss LAMal) ne couvre, en cas de maladie ou d'accident, que la perte de gain liée à une atteinte à la santé physique, mentale ou psychique de l'assuré (art. 3 et 4 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales [LPGA][24]). Par conséquent, le droit au versement d'indemnités journalières se limite aux incapacités de travail résultant d'une atteinte à la santé de la mère (art. 72, al. 2, LAMal et art. 6 LPGA). Le cas où la maladie de l'enfant nécessite la présence de la mère n'est donc pas couvert. De même, la maternité, qui comprend la grossesse, l'accouchement et la convalescence qui suit ce dernier (art. 5 LPGA), se rapporte à la situation de la mère. En cas de maternité, des indemnités sont dues pendant seize semaines, dont huit au moins après l'accouchement (art. 74, al. 2, LAMal). L'assurance d'indemnités journalières soumise à la LAMal offre donc un revenu à la mère au moins pendant les huit semaines qui suivent l'accouchement. Ce revenu sera dû en cas de report de l'allocation de maternité. Mais ces indemnités sont limitées à plusieurs égards. Tout d'abord, l'assurance est facultative. La mère n'en bénéficiera que si elle a conclu une assurance individuelle ou si l'employeur a contracté une assurance collective soumise à la LAMal. Ensuite, l'art. 74, al. 1, LAMal prévoit un délai de préassurance de 270 jours. Enfin, en pratique, les indemnités prévues par l'assurance individuelle soumise à la LAMal sont dans la grande majorité des cas très basses (entre 5 et 40 francs) et l'assurance indemnités journalières fondée sur la LAMal ne joue qu'un rôle mineur par rapport à celle fondée sur la loi du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (LCA)[25, 26].

Des indemnités journalières peuvent aussi être dues sur la base d'une assurance facultative soumise à la LCA. Dans ce cadre, la couverture d'assurance peut être librement déterminée par les parties. La perte de salaire en cas de garde d'un enfant malade ou d'hospitalisation du nouveau-né peut donc théoriquement être couverte. Les offres usuelles couvrent toutefois la maladie, l'accident et la maternité. Dans ce cas, contrairement au régime de la LAMal (art. 72, al. 1), le risque de la maternité peut être librement exclu. Une durée d'indemnisation n'est de même pas garantie après l'accouchement. Le délai de préassurance est en outre supérieur aux 270 jours prévus à l'art. 74, al. 1, LAMal[27]. Enfin, vu le montant élevé des primes, les sala-

23 RS **832.10**
24 RS **830.1**
25 RS **221.229.1**
26 Voir Rapport du Conseil fédéral du 30 septembre 2009: «Evaluation du système d'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie et propositions de réforme», respectivement ch. 4.1 et 4.4
27 Voir Rapport du Conseil fédéral du 20 avril 2016: «Revenu de la mère en cas d'ajournement de l'allocation de maternité suite à l'hospitalisation prolongée du nouveau-né», ch. 2.2.2.2.

riées contractent rarement une assurance individuelle supplémentaire d'indemnités journalières.

1.2.5 Autres prestations

Depuis le 1er janvier 2009, le canton de Vaud accorde une allocation de maternité aux femmes salariées ou indépendantes, domiciliées dans le canton, lorsque la LAPG n'intervient pas, ainsi qu'aux femmes sans activité lucrative dont le niveau des ressources est inférieur à une certaine limite. Cette réglementation prévoit une prolongation de la durée du versement de l'allocation de un à six mois en fonction de l'état de santé de la mère ou de l'enfant, si celui-ci rend nécessaire la présence constante de la mère au foyer. En cas d'affection grave qui exige la présence constante d'un parent au foyer, l'allocation peut être maintenue durant une période supplémentaire pouvant aller jusqu'à douze mois.

Le canton de Neuchâtel a introduit, en juin 2011, dans sa réglementation sur la fonction publique, un congé en cas d'hospitalisation prolongée du nouveau-né d'une durée équivalente à celle de l'hospitalisation, mais de quatre mois au maximum. Ce congé peut aussi être partagé avec le père si la mère y consent et pour autant que la part de son propre congé soit d'au moins huit semaines.

1.3 Nécessité d'agir

La possibilité d'ajourner l'allocation de maternité laisse donc des lacunes concernant le versement du salaire ou d'un revenu de remplacement durant la période du report.

L'application de l'art. 324*a* CO en cas d'ajournement tend à s'établir dans la pratique juridique, mais elle n'a pas encore été jugée par le Tribunal fédéral. Si la garde d'un enfant malade n'est pas en soi contestée comme empêchement de travailler, certaines questions restent ouvertes. Ainsi, le Tribunal fédéral n'a pas eu à juger du caractère nécessaire de la présence de la mère en cas d'hospitalisation prolongée du nouveau-né. Des jurisprudences cantonales allant dans des directions opposées ne peuvent être exclues.

Pendant la première année de service, les empêchements couverts par l'art. 324*a* CO donnent droit au paiement du salaire pendant trois semaines au maximum. En cas de report, la mère touchera donc son salaire pendant trois semaines au maximum, pour peu que ce crédit ne soit pas déjà entamé ou épuisé. Au-delà de la première année de service, la durée pendant laquelle un revenu doit être versé est déterminée en équité par le juge. Les échelles développées et appliquées par les tribunaux améliorent la prévisibilité. Toutefois, si les tribunaux s'en tiennent aux échelles, la mère ne recevra pas son salaire si le crédit annuel à sa disposition est épuisé en raison d'absences antérieures. Par ailleurs, comme il ressort de l'étude réalisée pour l'OFAS par le

Bureau d'études de politique sociale BASS «Erwerbsunterbrüche vor der Geburt»[28], près de 80 % des femmes enceintes interrompent leur activité lucrative pour des raisons de santé durant leur grossesse. Ces interruptions durent en moyenne six semaines. Dès lors, ce crédit est très souvent déjà entamé au moment de l'accouchement.

Le juge peut néanmoins s'écarter des échelles. L'hospitalisation d'un nourrisson pourrait être considérée comme une situation particulière justifiant le paiement du salaire au-delà du maximum fixé dans les échelles. La mère pourrait donc bénéficier d'une couverture large, voire du versement du salaire pour toute la durée de l'hospitalisation. Mais une incertitude et un manque d'uniformité dans les solutions adoptées par les tribunaux ne peuvent être exclus. De plus, le rôle du Tribunal fédéral est limité, car il ne revoit les décisions en équité prises en dernière instance cantonale qu'avec réserve. Il intervient lorsque la décision s'écarte des règles de la libre appréciation posées par la doctrine et la jurisprudence, lorsqu'elle prend en compte des faits qui ne devraient jouer aucun rôle ou omet des éléments qui auraient absolument dû être pris en considération, ou lorsque la décision aboutit à un résultat manifestement injuste ou à une iniquité choquante[29]. Une décision cantonale plus restrictive que d'autres ne sera donc pas nécessairement corrigée.

Par ailleurs, si l'interdiction de travailler pendant les huit semaines qui suivent l'accouchement prévue dans la LTr est constitutive d'un empêchement, cette loi, qui prévoit de nombreuses exceptions à son champ d'application (art. 2 à 4 LTr), ne s'applique pas à toutes les femmes.

Pour ce qui est des conventions collectives de travail, les prestations fondées sur elles n'offrent pas de couverture suffisante. Tout d'abord, toute la population active salariée n'est pas soumise à une CCT. Ensuite, les CCT ne coordonnent que rarement les prestations de maternité conventionnelles avec les allocations fédérales dans ces cas. Enfin, parmi les conventions qui règlent le report des prestations conventionnelles, une seule prévoit le versement du salaire pendant la durée de l'ajournement.

Pour terminer, l'assurance d'indemnités journalières de la LAMal offre une certaine protection, mais elle est limitée et insatisfaisante pour plusieurs raisons: assurance facultative, niveau très bas des indemnités journalières, régime marginal en pratique comparée au régime LCA. Les assurances privées d'indemnités journalières ne couvrent en général pas l'éventualité du report ou de l'hospitalisation du nouveau-né. La couverture d'assurance est par ailleurs déterminée librement, ce qui ne garantit pas une solution uniforme ni des tarifs abordables pour les travailleuses.

Dès lors, la situation n'est pas satisfaisante, en raison des lacunes possibles et du manque de prévisibilité et d'uniformité juridique. Le Conseil fédéral estime donc qu'il est nécessaire d'agir afin que les femmes concernées, qui vivent déjà une

28 Rudin, Melania; Stutz, Heidi; Bischof, Severin; Jäggi, Jolanda; Bannwart Livia (2018): Interruptions de travail avant l'accouchement (en allemand avec résumé en français); [Berne: OFAS]. Aspects de la sécurité sociale; rapport de recherche nº 2/18.

29 Par exemple, s'agissant des justes motifs de résiliation avec effet immédiat: ATF **130** III 28, consid. 4.1; **137** III 303, consid. 2.1.1.

situation extrêmement difficile, n'aient pas encore à se soucier des problèmes financiers et à procéder devant les juridictions civiles pour établir leur droit au salaire.

1.4 Relation avec le programme de la législature

Le projet n'a été annoncé ni dans le message du 27 janvier 2016 sur le programme de la législature 2015 à 2019[30], ni dans l'arrêté fédéral du 14 juin 2016 sur le programme de la législature 2015 à 2019[31]. Il répond à la motion de la (CSSS-E) (16.3631) «Rallonger la durée de l'allocation de maternité en cas de séjour prolongé du nouveau-né à l'hôpital» adoptée par le Conseil des États le 13 décembre 2016 et par le Conseil national le 7 juin 2017.

1.5 Classement d'une intervention parlementaire

Le présent projet répond à la motion de la CSSS-E (16.3631) «Rallonger la durée de l'allocation de maternité en cas de séjour prolongé du nouveau-né à l'hôpital». Proposition est faite de classer la motion.

2 Procédure de consultation

L'avant-projet a été adopté par le Conseil fédéral le 2 mars 2018 et soumis à la consultation publique du 2 mars au 12 juin 2018[32]. Il a été très bien accueilli par tous les cantons, les partis politiques et les associations, tant au niveau de la prolongation de la durée du versement de l'allocation de maternité que par rapport aux protections prévues dans le CO. La grande majorité des participants à la consultation salue la proposition qui s'inscrit dans un cadre clair et délimité sans engendrer de hausse des dépenses des APG et qui permet de renforcer la sécurité juridique. Seules l'Union démocratique du centre (UDC) et l'Union suisse des arts et métiers (USAM) sont opposées au projet du fait de l'extension des prestations que cela induit. L'UDC estime que, dans les rares cas concernés, la responsabilité revient à la mère de trouver une solution avec son employeur. L'USAM relève que les coûts engendrés par le projet ne sont pas négligeables et que les conditions de la reprise d'une activité lucrative sont difficiles à mettre en œuvre.

Certains participants, notamment l'Union syndicale suisse et Travail.Suisse, considèrent que le projet ne va pas suffisamment loin et que d'autres lacunes restent non comblées, par exemple lorsque l'enfant est hospitalisé durant plus de 98 jours ou lorsque l'enfant doit être à nouveau hospitalisé après un séjour à la maison.

Les conditions liées à la reprise de l'activité lucrative au terme du congé de maternité ont donné lieu à des remarques et des critiques de la part de plusieurs partici-

30 FF **2016** 981
31 FF **2016** 4999
32 Le rapport des résultats est disponible à l'adresse www.admin.ch > Droit fédéral > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées > 2018 > DFI.

pants. Certains cantons et la Conférence des caisses cantonales de compensation demandent des précisions au niveau de la loi ou de l'ordonnance concernant les conditions de preuve de la reprise de l'activité (taux d'activité, attestations, contrats), les délais dans lesquels la mère devra exercer son droit à la prolongation, le cas des mères au chômage, les éventuels changements d'avis après l'accouchement et l'extinction du droit.

Quelques participants ont souligné la complexité de la mise en œuvre de la condition relative à la reprise de l'activité lucrative et en demande la suppression, tandis que d'autres (VD, GE, le Parti socialiste suisse notamment) proposent d'étendre la prolongation de l'allocation de maternité à toutes les femmes qui ont droit à cette allocation indépendamment du fait qu'elles reprennent ou non une activité professionnelle après le congé.

3 Comparaison avec le droit étranger

Les grands pays voisins de la Suisse ne prévoient pas de mécanisme comparable à celui projeté. L'Italie connaît certes un régime particulier en cas d'hospitalisation du nouveau-né, mais il ne donne toutefois lieu qu'à un report et à une suspension du congé de maternité et pas à sa prolongation. La France se limite quant à elle à prolonger la durée du congé de maternité et de l'indemnisation y relative en cas de naissance prématurée, à la condition que la naissance ait eu lieu plus de six semaines avant la date prévue d'accouchement et que l'enfant soit hospitalisé dans un établissement spécialisé afin d'y recevoir des soins spécifiques liés à sa naissance prématurée. En Autriche aussi, des dispositions particulières ne sont prévues qu'en cas de naissance prématurée. Seule l'Allemagne tient également compte de la fragilité de certains enfants nés à terme dans le cadre des prestations de maternité. En effet, la durée de versement de celles-ci peut être prolongée non seulement en cas de naissance prématurée mais aussi si l'enfant est handicapé. La mère a alors droit à des prestations de maternité pendant douze semaines après l'accouchement, en lieu et place des huit semaines habituelles (en sus des six semaines précédant l'accouchement). Le handicap doit être attesté par un médecin dans les huit semaines suivant l'accouchement. S'agissant de la qualification du handicap, l'article topique renvoie à la définition générale du handicap. Les personnes handicapées sont ainsi celles ayant des déficiences physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle de façon durable à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres. Une limitation est considérée comme durable s'il est probable qu'elle dure plus de six mois.

Par ailleurs, aucun instrument international non contraignant pour la Suisse ne prévoit de disposition similaire à celle projetée[33].

33 Voir *infra* ch. 7.2

4 Présentation du projet

Pour combler la lacune de revenu pendant la période du report, il est proposé d'introduire une prolongation de la durée du versement de l'allocation de maternité dans la LAPG, et de régler les questions touchant la coordination nécessaire avec le droit du travail et avec les autres assurances sociales.

4.1 Réglementation proposée

4.1.1 Prolongation de la durée du versement de l'allocation de maternité dans la LAPG

La solution retenue par le Conseil fédéral est celle d'une assurance perte de gain; elle passe par une modification de la LAPG et prévoit une prolongation de la durée du versement de l'allocation de maternité en cas d'hospitalisation prolongée du nouveau-né. Moins onéreuse qu'une solution prévoyant l'obligation de verser le salaire sur la base du CO, elle a pour avantage d'inclure aussi les femmes indépendantes et de ne pas être à la charge exclusive de l'employeur. Afin de répondre au mandat de la motion, le Conseil fédéral prévoit de limiter la prolongation de l'allocation de maternité à un nombre d'indemnités maximal et de restreindre ce droit aux femmes qui continuent de travailler après le congé de maternité. Cela assure une couverture adéquate dans la majorité des cas.

Actuellement, la condition requise pour que la mère puisse reporter le versement de l'allocation de maternité réside dans l'hospitalisation du nouveau-né durant une période minimale de trois semaines (art. 24 RAPG). Cette condition reste la même et le projet prévoit de l'inscrire dans la loi. Si la durée de l'hospitalisation du nouveau-né ne dépasse pas 21 jours, le nombre d'indemnités journalières de maternité reste fixé à 98 jours. Une prolongation de la durée du versement est également exclue si, après le retour à la maison de l'enfant, sa santé nécessite une nouvelle hospitalisation. Par ailleurs, la loi actuelle ne fixe aucun terme à la durée du report. En effet, le droit au report prend fin au moment où le nouveau-né quitte l'hôpital. Or, il n'est pas souhaitable de prolonger le versement de l'allocation de maternité et de prévoir un droit au congé sans limite dans le temps. Il est donc nécessaire de fixer une période adéquate qui permette de couvrir la grande majorité des cas. Une prise en charge complète dans tous les cas n'est pas légitime, car des hospitalisations prolongées peuvent aller jusqu'à une année, voire au-delà, et on peut s'attendre à ce qu'une autre solution soit trouvée pour ces situations très difficiles. En outre, accorder des prestations d'assurances sociales sans fixer de terme irait à l'encontre du régime des APG. Tout comme le versement de l'allocation de maternité est limité à 98 jours, sa prolongation doit également être limitée dans le temps. Pour une durée de prolongation appropriée, le projet se base sur les données statistiques concernant l'hospitalisation des nouveau-nés.

4.1.2 Durée de la prolongation du versement de l'allocation

Il est proposé, pour combler les lacunes de revenus, de couvrir au maximum 56 jours d'hospitalisation prolongée du nouveau-né, ce qui correspond aux huit semaines d'interdiction de travailler prévues à l'art. 35*a*, al. 3, LTr. Comme pour l'allocation de maternité sans hospitalisation prolongée, les 56 jours supplémentaires sont composés des jours de la semaine, jours fériés et fin de semaine compris, et ne correspondent pas à des jours de travail. Ainsi, le versement de l'allocation de maternité est prolongé lorsque l'hospitalisation dure au moins trois semaines, pour la durée effective de l'hospitalisation, mais se limite à un maximum de 56 jours, soit une extension de huit semaines. La durée du droit à l'allocation de maternité passe dans ce cas de 98 à 154 jours consécutifs. Cette solution permet de compenser la perte de gain dans environ 80 % des cas d'hospitalisation prolongée. Pour les 20 % restants, le droit à une éventuelle prolongation du congé dépassant les 56 jours (par exemple congé non payé) devra être convenu entre l'employeur et l'employée sans couverture légale par la LAPG ou découlera éventuellement de l'art. 324*a* CO si le salaire doit être versé sur la base de cette disposition.

4.1.3 Cercle des bénéficiaires

Selon les estimations, le nombre de mères dont l'enfant doit rester à l'hôpital de façon prolongée et qui pourraient donc bénéficier de la prolongation de la durée du versement de l'allocation de maternité devrait être de 1000 à 1200 par année. Étant donné qu'il s'agit uniquement de prolonger la durée du versement de l'allocation de maternité, les conditions du droit et le calcul de l'allocation de maternité restent les mêmes (cf. art. 16*b* LAPG). Toutefois, comme le Conseil fédéral l'avait relevé dans son rapport[34] et comme l'a souhaité le Parlement dans le cadre de l'adoption de la motion[35], l'introduction d'une restriction de la prolongation de la durée du versement de l'allocation aux femmes qui continuent à travailler après le congé de maternité s'avère fondée. En effet, une perte de gain ne se justifie que dans la mesure où l'hospitalisation prolongée cause une perte de salaire au-delà des 14 semaines de congé.

Actuellement, les femmes actives, salariées ou indépendantes, et les mères en incapacité de travail (chômage, maladie, accident) au moment de l'accouchement ont droit à l'allocation de maternité. Les mères non actives mais qui remplissent les conditions d'octroi des indemnités de chômage y ont également droit. Le droit à l'allocation de maternité n'est pas soumis à la condition d'une reprise de l'activité lucrative au terme du congé de maternité, mais toute reprise du travail avant ce délai met fin au droit au versement de l'allocation de maternité. En pratique, une partie des femmes ayant accouché décident d'interrompre leur activité lucrative suite à l'accouchement. Dans ce cas et si le nouveau-né doit rester hospitalisé au moins

34 Rapport du Conseil fédéral du 20 avril 2016: «Revenu de la mère en cas d'ajournement de l'allocation de maternité suite à l'hospitalisation prolongée du nouveau-né», p.16
35 BO **2017** N 937

trois semaines, l'extension du droit au congé et au versement de l'allocation de maternité ne se justifie pas, puisque la mère dispose déjà librement de son temps. En outre, le but de l'APG est de compenser la perte de salaire, or en cas d'arrêt planifié du travail au terme du congé de maternité, la mère ne subit pas de perte de gain en cas d'hospitalisation prolongée du nouveau-né.

Par conséquent, les conditions du prolongement du droit à l'allocation de maternité en cas d'hospitalisation prolongée doivent être limitées aux seules femmes qui continuent de travailler après le congé de maternité.

4.1.4 Prolongation du congé de maternité dans le CO

La doctrine admet aujourd'hui que le report de l'allocation de maternité implique également celui du congé de maternité, mais le CO ne le prévoit pas expressément. Pour des raisons de transparence et de sécurité juridique, le projet règle la prolongation du congé de maternité en cas d'hospitalisation du nouveau-né de plus de trois semaines à l'art. 329*f* CO. La prolongation doit correspondre à la durée d'hospitalisation effective, mais jusqu'à concurrence du terme maximal accordé dans la LAPG. Cette adaptation du congé de maternité dans le CO a en effet été jugée nécessaire par le Conseil fédéral et le Parlement[36].

4.1.5 Protection contre le licenciement

Aujourd'hui, le CO prévoit, à son art. 336*c* al. 1, let. c, une protection contre le licenciement pendant la grossesse et les seize semaines qui suivent l'accouchement. Le projet propose d'étendre la protection en cas d'hospitalisation prolongée du nouveau-né. En effet, sans cette adaptation, l'employée n'aurait pas la garantie du maintien de son emploi pendant qu'elle se trouve en congé de maternité. En cas d'hospitalisation prolongée du nouveau-né d'au moins trois semaines, le congé de maternité de la mère dépassera les seize semaines de protection contre le licenciement figurant actuellement à l'art. 336*c*, al. 1, let. c, CO. La modification proposée permet donc d'appliquer la protection jusqu'à la fin du versement de l'allocation de maternité. Cette protection a été jugée nécessaire par le Conseil fédéral et le Parlement[37].

4.2 Mise en œuvre

La proposition de modification n'introduit pas une nouvelle prestation mais étend la durée de versement de l'allocation de maternité existante dans une situation ciblée.

36 Rapport du Conseil fédéral du 20 avril 2016: «Revenu de la mère en cas d'ajournement de l'allocation de maternité suite à l'hospitalisation prolongée du nouveau-né», p.23 et BO **2017** N 937.

37 Rapport du Conseil fédéral du 20 avril 2016, *op. cit.*, p.23 et BO **2017** N 937.

Les moyens requis pour la mise en œuvre du projet sont en adéquation avec l'objectif visé.

Conformément à l'art. 21 LAPG, les caisses de compensation AVS sont chargées du versement de l'allocation de maternité. Elles devront vérifier la condition de la reprise de l'activité lucrative. Elles pourront se baser pour ce faire sur les informations fournies par l'employeur et la mère, et pourront aussi vérifier cette condition a posteriori sur la base des cotisations versées à l'AVS. Les mères en incapacité de travail au moment de l'accouchement sont assimilées aux mères actives.

Le nombre de mères qui pourront avoir recours à une prolongation de l'allocation de maternité étant relativement restreint, la mise en œuvre des adaptations rendues nécessaires par la modification de loi ne donnera pas lieu une augmentation des tâches pour les caisses de compensation et ne nécessitera pas de besoin supplémentaire en personnel.

5 Commentaire des dispositions

Modification de la LAPG

Art. 16b, al. 3, let. a

Cette modification corrige une erreur de renvoi. La let. a de l'al. 3 doit renvoyer à l'al. 1, let. b, du même article et non à l'al. 1, let. a. En effet, il s'agit bien de la condition relative à l'exercice d'une activité lucrative durant cinq mois qui pourrait être compromise par une période d'incapacité de travail ou de chômage. Cette disposition ayant toujours été appliquée ainsi, rien ne change matériellement.

Art. 16c, titre et al. 2 à 4

Début du droit et durée du versement de l'allocation

Le titre est modifié, car le projet prévoit que cet article règle désormais non seulement le début du droit, mais aussi la durée pendant laquelle l'allocation de maternité peut être perçue.

Al. 2: Cet alinéa règle la durée de base pendant laquelle l'allocation peut être perçue. Le décompte commence le jour de la naissance du droit. Comme l'al. 1 n'est pas modifié, le droit naît toujours le jour de l'accouchement. Du fait que le projet prévoit une prolongation de la durée du versement de l'allocation en cas d'hospitalisation prolongée du nouveau-né immédiatement après la naissance, la disposition relative à l'ajournement prévue actuellement par l'al. 2 n'a plus de sens. Devenue obsolète, la notion d'ajournement est donc supprimée.

Al. 3: Ce nouvel alinéa fixe la durée de la prolongation du versement de l'allocation en cas d'hospitalisation prolongée du nouveau-né ainsi que les conditions matérielles requises pour en bénéficier. La durée de la prolongation correspond en principe à la période d'hospitalisation du nouveau-né jusqu'à son retour à la maison. Elle s'ajoute aux 98 jours d'indemnisation de base octroyés à toutes les mères qui

remplissent les conditions de l'art. 16*b* LAPG. L'al. 3 prévoit toutefois une limite maximale de 56 jours à la prolongation du versement. Les conditions matérielles, cumulatives, pour la prolongation du versement de l'allocation de maternité sont énumérées aux let. a et b.

Let. a: L'hospitalisation du nouveau-né doit débuter directement après la naissance, durer au moins trois semaines et être ininterrompue. La durée minimale d'hospitalisation du nouveau-né exigée pour le prolongement du versement de l'allocation reprend celle qui vaut actuellement pour l'ajournement du versement de l'allocation et qui est réglée à l'art. 24, al. 1, let. *b*, RAPG. Comme la durée d'hospitalisation du nouveau-né constituera une condition pour obtenir le versement prolongé de l'allocation de maternité de 56 jours au maximum, elle est inscrite dans la loi, à ce nouvel al. 3, let. a. En revanche, les précisions quant à la forme de la demande de prolongation et aux justificatifs requis sont réglées dans le règlement, comme c'est le cas aujourd'hui pour le report de l'allocation de maternité.

Let. b: La prolongation de la durée du versement de l'allocation de maternité est réservée aux femmes actives au moment de l'accouchement et qui poursuivront l'exercice d'une activité professionnelle après la fin du congé de maternité. Peu importe que la femme reprenne l'activité exercée avant la naissance ou qu'elle en débute une nouvelle.

L'employeur ne peut pas licencier une femme durant sa grossesse ni pendant les seize semaines suivant l'accouchement. Par contre, la femme concernée peut arrêter de travailler sur une base volontaire et choisir d'arrêter de travailler après son congé de maternité. Les femmes qui, au moment de l'accouchement ont déjà décidé de mettre un terme à leur activité professionnelle après la fin de leur congé de maternité, ne peuvent donc pas obtenir une prolongation du versement de l'allocation. En effet, étant donné que cette disposition a pour but de garantir une meilleure protection de la mère en lui assurant un revenu de substitution pendant la période d'hospitalisation du nouveau-né et en prolongeant en conséquence le droit au congé de maternité ainsi que la protection contre le licenciement, il est justifié qu'elle soit réservée aux femmes qui poursuivront une activité lucrative à la fin du congé de maternité. Par exemple, si la mère a mis un terme à son contrat de travail avant l'accouchement en vue d'une cessation de son activité après le congé de maternité ou si son contrat de travail de durée déterminée prend fin durant le congé de maternité, l'hospitalisation prolongée du nouveau-né ne provoque pas une perte de salaire devant être compensée par le biais des APG.

Cette nouvelle condition sera vérifiée par les caisses de compensation AVS qui se baseront sur la situation effective au moment de l'accouchement. L'examen portera concrètement sur l'existence ou non, au moment de l'accouchement, d'un rapport de travail valable à l'issue du congé de maternité pour les mères salariées. Pour ce faire, la mère devra apporter une attestation de son employeur qui confirme que le contrat n'a pas été résilié et qu'elle prévoit de poursuivre son activité professionnelle à l'issue de son congé de maternité. A ce titre, il n'est pas déterminant si la mère a planifié, à la suite de son congé de maternité, de prendre des vacances, un congé non payé ou de réduire son taux d'activité. Dans le cas où la mère a prévu d'entreprendre une activité professionnelle auprès d'un autre employeur, elle devra également en apporter la preuve. Pour les mères de statut indépendant, la caisse de compensation

se basera sur l'existence du statut d'indépendant au sens de la LAVS à l'issue du congé de maternité.

Il n'est en revanche pas déterminant si après l'accouchement, notamment à la suite de l'hospitalisation prolongée du nouveau-né, la mère décide finalement d'interrompre son activité professionnelle.

Al. 4: Cette disposition donne au Conseil fédéral la compétence de régler les conditions qui s'appliqueront à la prolongation du versement de l'allocation de maternité pour les femmes en incapacité de travail ou au chômage au moment de l'accouchement et qui ne peuvent pas reprendre une activité lucrative directement après la fin de leur congé de maternité. Il est ainsi garanti que le Conseil fédéral puisse, au niveau du règlement, prévoir que les femmes qui, pour cause d'incapacité de travail ou de chômage, ne peuvent pas reprendre une activité lucrative à la fin de leur congé de maternité, ne seront pas écartées ou désavantagées.

Art. 16d Extinction du droit

L'art. 16*d* relatif à l'extinction du droit à l'allocation pour perte de gain est restructuré. Le droit à l'allocation de maternité s'éteint pour les raisons suivantes: à l'échéance du 98e jour qui suit l'accouchement (al. 1) ou à la fin de la prolongation du versement en cas d'hospitalisation prolongée du nouveau-né (al. 2), lors de la reprise de l'activité lucrative ou au décès de la mère (al. 3).

Al. 1: Comme actuellement, le droit à l'allocation s'éteint à la fin du 98e jour à partir duquel il a été octroyé dans les cas où l'allocation de maternité n'est pas prolongée.

Al. 2: En cas d'hospitalisation du nouveau-né, le droit est prolongé du nombre de jours d'hospitalisation effective pour autant que celle-ci dure trois semaines au moins. Toutefois, le droit s'éteint dans tous les cas à la fin du 154e jour après l'accouchement, même si l'hospitalisation du nouveau-né dure plus longtemps.

Al. 3: Ce nouvel alinéa reprend substantiellement la deuxième phrase de l'actuel article 16*d*. Le droit à l'allocation de maternité s'éteint dans tous les cas avant la fin de la durée du versement prévue aux al. 1 et 2 si la mère reprend une activité lucrative ou si elle décède.

Modification du Code des obligations (CO)

Art. 329f, al. 2

L'art. 329*f* CO est modifié afin que le congé de maternité puisse être prolongé en cas d'hospitalisation du nouveau-né au sens de l'art. 16*c*, al. 3, P-LAPG. Le congé est ainsi aligné sur le versement de l'allocation de maternité.

Art. 336c, al. 1, let. c^{bis}

La modification proposée étend la protection contre le licenciement à la durée prolongée du congé de maternité en cas d'hospitalisation d'au moins trois semaines selon la LAPG. La protection est par conséquent prolongée de la durée effective de

l'hospitalisation du nouveau-né mais de huit semaines supplémentaires au plus par rapport à aujourd'hui.

L'extension de la protection contre le licenciement au-delà de la 16e semaine ne vaut que si l'hospitalisation dure au moins trois semaines selon la LAPG. Ainsi, si un contrat ou une convention collective prévoit seize semaines de congé de maternité et une prolongation possible dès deux semaines d'hospitalisation, les deux semaines ne donnent pas droit à un congé selon l'art. 329*f* P-CO, une protection contre le licenciement ne sera pas donnée la 17e et la 18e semaine, à moins qu'elle soit prévue dans le contrat ou la convention collective.

6 Conséquences

6.1 Conséquences financières pour les APG

Les coûts occasionnés par la prolongation de la durée du versement de l'allocation de maternité de 56 jours sont estimés à 5,9 millions de francs par année.

Depuis le 1er juillet 2005, les dépenses du régime des APG ont connu une croissance importante suite à l'introduction de l'allocation de maternité et au relèvement des prestations pour les personnes faisant du service. À cet effet, le législateur avait envisagé de faire passer le taux de cotisation de 0,3 à 0,5 % au maximum en 2008. Les recettes du régime des APG ayant été plus importantes que prévu grâce à la bonne conjoncture de ces années-là, ce n'est qu'en 2010 que le Conseil fédéral a décidé de relever temporairement le taux de cotisation à 0,5 % du 1er janvier 2011 au 31 décembre 2015. Il s'agissait du taux maximal prévu par la loi. L'augmentation du taux de cotisation a permis d'améliorer la situation financière, c'est-à-dire d'assurer les liquidités et de reconstituer les réserves du fonds.

En 2015, les comptes des APG affichaient un résultat positif, ce qui a permis d'abaisser ce taux de cotisation à 0,45 % pour une nouvelle période de cinq ans, soit du 1er janvier 2016 au 31 décembre 2020. Le Conseil fédéral devra réévaluer la situation avant la fin de cette période, afin de prendre les mesures nécessaires pour la suite.

Les coûts minimes qu'engendre la prolongation de la durée du versement de l'allocation de maternité ne nécessitent pas de ressources financières supplémentaires et peuvent donc être financés par les ressources actuelles des APG.

6.2 Conséquences pour la Confédération et les cantons

6.2.1 Conséquences financières

Une prolongation de la durée du versement de l'allocation de maternité dans le régime des APG entraîne quelques légères conséquences financières et juridiques pour la Confédération et les cantons, qui, en tant qu'employeurs, devront adapter la réglementation pour le personnel pour le congé de maternité. Concrètement, pour la Confédération, cela signifie qu'en cas d'hospitalisation prolongée du nouveau-né, la

durée du congé de maternité sera prolongée de 16 à 22 semaines au maximum. Il en découlera des conséquences financières minimes car le salaire garanti à 100 % est en partie compensé par le régime des APG.

Les dispositions du CO sur la protection contre le licenciement et sur la réduction de la durée des vacances sont directement applicables.

6.2.2 Conséquences sur les besoins en personnel

En raison de sa portée limitée, la modification proposée ne nécessite pas de ressources supplémentaires en personnel.

6.3 Conséquences économiques

Actuellement, ce sont les employeurs qui ont l'obligation de verser le salaire lorsque la mère est empêchée de travailler parce qu'elle doit prendre soin de son enfant malade. Dorénavant, le financement par le régime des APG de la prolongation de la durée du versement de l'allocation de maternité déchargera les employeurs qui n'auront plus à verser le salaire dans ces situations aux conditions de l'art. 324*b* CO.

7 Aspects juridiques

7.1 Constitutionnalité

La modification proposée de la LAPG s'appuie sur l'art. 116, al. 3 et 4, Cst. La modification du CO s'appuie sur l'art. 122 Cst.

La LAPG est soumise à la LPGA, entrée en vigueur le 1er janvier 2003. Toutes les modifications prévues dans le cadre de ce projet sont compatibles avec la LPGA.

7.2 Compatibilité avec les obligations internationales

L'UE a mis en place des règles visant à coordonner les systèmes nationaux de sécurité sociale afin de faciliter la libre circulation des personnes. La Suisse participe à ce système de coordination depuis l'entrée en vigueur, le 1er juin 2002, de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes[38] (accord sur la libre circulation des personnes). Le droit de l'UE ne prévoit pas d'harmonisation des systèmes nationaux de sécurité sociale. Les États membres sont libres de déterminer comme ils l'entendent les modalités de leur propre système, à condition de respecter les principes de coordination du droit européen. En vertu de la Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association Européenne de Libre-

38 RS **0.142.112.681**

Echange[39] (Convention AELE), cela vaut aussi pour les relations entre la Suisse et les autres États de l'AELE.

L'allocation pour perte de gain en faveur des personnes qui font du service ne fait pas partie des risques réglementés par le droit international en matière de sécurité sociale et peut donc être aménagée sans contrainte aucune. L'aménagement des prestations en cas de maternité doit, en revanche, tenir compte des engagements internationaux qui lient la Suisse dans ce domaine. En vertu de l'accord sur la libre circulation des personnes ainsi que de la Convention AELE révisée, la Suisse applique les règlements (CE) nos 883/2004 (R 883/2004)[40] et 987/2009[41]. Ceux-ci portent aussi sur les prestations en cas de maternité comprises dans le champ d'application de la LAPG (art. 28*a* LAPG). Aux termes du R 883/2004, la Suisse est tenue de traiter les ressortissants d'un État de l'UE ou de l'AELE de la même manière que les citoyens suisses (art. 4 R 883/2004) et d'accorder aux mères une allocation de maternité si elles remplissent les conditions requises, en tenant compte, au besoin, de périodes d'assurance correspondantes accomplies dans un État de l'UE ou de l'AELE (art. 6 R 883/2004). L'allocation de maternité doit également être octroyée si l'assurée est domiciliée dans l'espace UE/AELE (art. 7 R 883/2004), et donc en particulier aux frontalières.

Les mesures proposées par la présente modification de loi sont compatibles avec ces prescriptions relatives à la coordination.

Par ailleurs, la Suisse a ratifié la convention no 183 de l'Organisation internationale du travail sur la protection de la maternité du 15 juin 2000[42]. La problématique corrigée par le présent projet de révision n'y est pas explicitement réglée.

Dès lors que la règlementation proposée offre une protection accrue aux femmes concernées, elle ne peut pas aller à l'encontre des obligations internationales de la Suisse.

7.3 Compatibilité avec d'autres lois

7.3.1 Coordination avec la loi sur le travail

La LTr vise la protection de la santé en général. Elle prévoit à cet effet, à son art. 35*a*, une interdiction de travail pour les mères durant les huit semaines qui suivent l'accouchement et ensuite, jusqu'à la 16e semaine, l'occupation n'est possible qu'avec leur consentement. Les périodes prévues par la LTr ne sont pas en lien direct avec des congés prévus par d'autres lois, le congé de maternité en particulier. La rémunération n'est pas non plus réglée par la LTr. Une modification de la LTr n'est par conséquent pas nécessaire.

39 RS **0.632.31**
40 RS **0.831.109.268.1**
41 RS **0.831.109.268.11**
42 RS **0.822.728.3**

7.3.2 Coordination avec l'assurance-vieillesse et survivants et l'assurance-invalidité

L'allocation de maternité est un revenu au sens de l'AVS. Dès lors, elle est traitée comme le salaire, c'est-à-dire que des cotisations à l'AVS, à l'assurance-invalidité, au régime des APG ainsi qu'à l'assurance-chômage sont prélevées sur la prestation. Le Fonds de compensation du régime des APG prend en charge la part de cotisation de l'employeur tandis que la part des salariées est portée en diminution de la prestation. Il en sera donc de même en ce qui concerne les allocations supplémentaires versées en cas d'hospitalisation prolongée du nouveau-né. Comme il s'agit d'une extension du versement de l'allocation de maternité, une modification de la loi n'est pas nécessaire.

7.3.3 Coordination avec la prévoyance professionnelle

Seul le salaire AVS effectivement réalisé peut en principe être assuré dans le cadre de la prévoyance professionnelle. Ce principe de base, inscrit à l'art. 1, al. 2, de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP)[43] est dicté avant tout par des considérations d'ordre fiscal. Il en découle qu'une mère dont le salaire AVS diminue temporairement devrait en principe voir diminuer également la protection offerte par le 2e pilier, à tout le moins. Or, lors de l'introduction de l'allocation de maternité dans le régime des APG en 2005, le Parlement a élargi le champ d'application de l'art. 8, al. 3, LPP, lequel prévoit précisément une dérogation à ce principe de réduction. Ainsi la protection du 2e pilier à l'égard de la travailleuse est maintenue au même niveau qu'auparavant (maintien du salaire coordonné antérieur) si son salaire diminue temporairement par suite de maternité. Cela doit également être le cas s'il y a report de l'allocation de maternité. S'agissant de la durée du maintien du salaire coordonné au niveau antérieur, la disposition actuelle renvoie aux art. 324*a* et 329*f* CO. Comme il s'agit d'une extension du droit à l'allocation de maternité en cas d'hospitalisation prolongée du nouveau-né, ce renvoi reste valable et une modification de loi n'est pas nécessaire, vu que l'art. 329*f* CO a été adapté pour inclure la durée de l'hospitalisation prolongée indemnisée par l'APG.

7.3.4 Coordination avec l'assurance-accidents

Aux termes de la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents (LAA)[44], l'assurance des accidents non professionnels cesse de produire ses effets à l'expiration du 31e jour qui suit celui où a pris fin le droit au demi-salaire au moins (art. 3, al. 2, LAA). Dans l'ordonnance du 20 décembre 1982 sur l'assurance-accidents (OLAA)[45], sont notamment réputés salaire, le salaire déterminant au sens de l'AVS et les indemnités journalières de l'assurance-accidents obligatoire, de l'assurance

43 RS **831.40**
44 RS **832.20**
45 RS **832.202**

militaire, de l'assurance-invalidité et celles des caisses-maladie et des assurances-maladie et accidents privées qui sont versées en lieu et place du salaire, les allocations du régime des APG, de même que les allocations d'une assurance-maternité cantonale (art. 7, al. 1, let. b, OLAA). Lors de l'introduction du congé de maternité, l'OLAA avait été modifiée afin que les prestations en cas de maternité dans le régime des APG soient expressément incluses dans les rémunérations considérées comme salaire de remplacement. Les mères assurées à titre obligatoire contre les accidents non professionnels avant le congé de maternité continuent à être assurées pendant toute la durée dudit congé dans la mesure où elles peuvent prétendre à une allocation de maternité qui représente au moins la moitié du salaire. Il en sera de même en cas d'extension de l'allocation de maternité suite à l'hospitalisation prolongée de l'enfant. Comme il s'agit d'une extension du droit à l'allocation de maternité, une modification de loi n'est pas nécessaire.

7.3.5 Coordination avec l'assurance-chômage

La femme enceinte qui est au chômage et en bonne santé est considérée comme étant apte au placement et touche donc des indemnités de chômage jusqu'au jour de l'accouchement. Ensuite, conformément à l'art. 16*g* LAPG qui instaure la primauté de l'allocation de maternité, le versement des indemnités de chômage est suspendu durant les quatorze semaines pendant lesquelles l'allocation de maternité est versée.

Ces conditions restent les mêmes en cas de prolongation du versement de l'allocation de maternité en raison de l'hospitalisation prolongée du nouveau-né. Les indemnités de chômage seront suspendues durant toute la période de perception de l'allocation de maternité. Ensuite, lorsque l'allocation de maternité n'est plus versée, les indemnités de l'assurance-chômage prendront le relais durant le délai-cadre d'indemnisation en cours si les conditions matérielles sont remplies. Une adaptation de loi n'est donc pas nécessaire.

7.4 Forme de l'acte à adopter

Conformément à l'art. 164, al. 1, Cst., toutes les dispositions importantes qui fixent des règles de droit doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale. Les présentes modifications relèvent donc de la procédure législative ordinaire.

7.5 Frein aux dépenses

Le projet ne prévoit ni subventions ni crédits d'engagement ou plafonds de dépenses qui entraîneraient une nouvelle dépense unique de plus de 20 millions de francs ou de nouvelles dépenses périodiques de plus de 2 millions de francs.

7.6 Délégation de compétences législatives

Le Conseil fédéral se voit confier la compétence d'édicter du droit réglementaire destiné à permettre l'application de la loi.

7.7 Protection des données

Les mesures proposées n'ont pas d'incidence en matière de protection des données.

Annexe

Budget des APG selon le régime en vigueur y c. la prolongation de l'allocation de maternité (56 jours)

Montants en millions de francs / aux prix de 2018

Situation: décompte 2017

Année	Dépenses				Recettes	Résultat répartition	Rendement capital	Résultat d'exploitation	Etat du fonds AVS		Indicateurs				
	Service	Maternité	Prolon-gation Maternité	Total dépenses	Total recettes	Résultat de répartition	Produit des placements	Résultat d'exploitation	Capital	dont liquidités	Dépenses Service en % salaires AVS 1)	Dépenses Maternité en % salaires AVS 1)	Dépenses autres mesures en % salaires AVS 1)	Total dépenses en % salaires AVS 1)	Liquidités en % des dépenses
2017	851	873	0.0	1 724	1 675	- 49	61	12	1 036	878	0.23	0.23	0.00	0.45	51
2018	833	890	0.0	1 723	1 700	- 23	26	3	1 040	870	0.22	0.24	0.00	0.46	50
2019	808	900	0.0	1 708	1 720	12	24	36	1 066	894	0.21	0.24	0.00	0.45	52
2020	786	912	0.0	1 698	1 745	47	26	73	1 131	956	0.20	0.24	0.00	0.44	56
2021	779	924	5.9	1 710	1 773	63	29	93	1 213	1 036	0.20	0.23	0.00	0.43	61
2022	811	966	6.0	1 784	1 799	15	31	46	1 247	1 068	0.20	0.24	0.00	0.44	60
2023	805	980	6.1	1 791	1 831	40	32	72	1 307	1 124	0.20	0.24	0.00	0.44	63
2024	801	992	6.3	1 799	1 862	63	34	97	1 391	1 205	0.19	0.24	0.00	0.43	67
2025	800	1003	6.4	1 809	1 893	84	37	122	1 499	1 310	0.19	0.24	0.00	0.43	72
2026	799	1013	6.5	1 818	1 924	106	40	146	1 630	1 438	0.19	0.24	0.00	0.43	79
2027	799	1022	6.6	1 827	1 954	127	45	172	1 786	1 591	0.18	0.24	0.00	0.42	87
2028	847	1070	6.6	1 924	1 984	60	48	109	1 877	1 679	0.19	0.24	0.00	0.43	87
2029	851	1078	6.7	1 936	2 014	78	51	130	1 988	1 787	0.19	0.24	0.00	0.43	92
2030	**855**	**1086**	**6.8**	**1 948**	**2 045**	**97**	**55**	**151**	**2 120**	**1 915**	**0.19**	**0.24**	**0.00**	**0.43**	**98**
2031	860	1094	6.9	1 961	2 076	115	59	174	2 272	2 065	0.19	0.24	0.00	0.43	105
2032	866	1102	7.0	1 975	2 108	132	63	196	2 445	2 235	0.18	0.24	0.00	0.42	113
2033	872	1111	7.1	1 990	2 139	150	69	218	2 640	2 426	0.18	0.23	0.00	0.41	122
2034	877	1118	7.2	2 003	2 171	168	75	242	2 856	2 639	0.18	0.23	0.00	0.41	132
2035	934	1175	7.3	2 117	2 202	85	80	165	2 992	2 772	0.19	0.24	0.00	0.43	131

Explications:

1) Taux salarial d'équilibre

Hypothèses concernant l'évolution économique en %: *OFAS / Version 12.06.2018 / 10.07.2018*

Année	2018	2019	2020	2021	2022	dès 2023
Indice des salaires (ISS)	0.7	1.0	1.2	1.5	1.5	1.9
Changement structurel	0.3	0.3	0.3	0.3	0.3	0.3
Renchérissement	1.0	0.8	0.9	1.0	1.0	1.0

Adaptation des rentes tous les deux ans *Scénario A-00-2015 Office fédéral de la statistiques OFS*