

Tribunal fédéral – 9C_810/2013
(destiné à la publication)
II^{ème} Cour de droit social
Arrêt du 15 septembre 2014 (d)

Newsletter novembre 2014

Congé maternité ou
congé parental ?

Résumé et analyse

Art. 16b LAPG ; 329f CO ;
35a LTr ; 8, 13, 14 Cst. ;
8, 14 CEDH

Proposition de citation :

Sabrina Burgat, Fanny Matthey, De la portée
(douteuse) du critère biologique comme unique
justificatif à l'allocation maternité
(TF 9C_810/2013), Newsletter
DroitMatrimonial.ch, novembre 2014

De la portée (douteuse) du critère biologique comme unique justificatif à l'allocation maternité

Sabrina Burgat, Fanny Matthey

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt 9C_810/2013 se penche sur le congé maternité alloué aux mères pendant les 14 semaines qui suivent l'accouchement, afin de savoir si cette prestation pourrait être partagée avec les pères. Le Tribunal fédéral rejette cette hypothèse.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Suite à la naissance de son deuxième enfant, le père, soutenu par son employeur, dépose une demande d'allocations parentales de 6 semaines au sens de la Loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité (LAPG).

Par décision du 25 septembre 2012, la Caisse de compensation lui nie tout droit à une telle prestation. Le refus est confirmé par le Tribunal administratif du canton de Berne, puis par le Tribunal fédéral.

B. Le droit

L'art. 16b LAPG accorde un droit à une allocation maternité durant 14 semaines. Le Tribunal fédéral est amené à examiner si l'instance cantonale a refusé à juste titre les allocations pour perte de gain au recourant.

Le Tribunal cantonal soutient que la loi (16b LAPG) est claire : les ayants droits sont les femmes et il n'y aurait pas de place pour une interprétation extensive se fondant sur le principe de l'égalité.

Le recourant estime que le congé maternité remplit une double fonction, à la fois biologique et sociale. S'appuyant notamment sur l'art. 35a LTr ainsi que sur les normes de l'Organisation internationale du travail (OIT), le recourant est d'avis que les prestations maternité versées à partir de la 9^e semaine ne se fondent pas sur des motifs biologiques. Ce sont des raisons sociales qui sont aussi valables pour les pères. Toujours selon le recourant, l'art. 16b LAPG qui octroie un droit aux femmes se fonde sur une idée reçue de la société et viole les art. 8 al. 3, 13 al. 1 et 14 Cst., ainsi que

8 et 14 CEDH, de même que la Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et celle relative aux droits de l'enfant qui préconisent une égalité des droits entre la femme et l'homme dans les relations avec les enfants (consid. 3).

Pour son analyse, le Tribunal fédéral rappelle plusieurs principes généraux : celui de l'égalité de traitement qui interdit, à l'art. 8 al. 3 Cst., toute différence de traitement entre l'homme et la femme, sauf lorsque le critère de distinction relève d'un motif biologique ou fonctionnel (consid. 4) ; celui de l'immunité des lois fédérales, consacré à l'art. 190 Cst., qui veut que le Tribunal fédéral, s'il constate qu'une loi fédérale est contraire à la Constitution, ne peut qu'inviter le législateur à la modifier, mais ne peut pas refuser de l'appliquer (consid. 5) ; enfin, celui de la portée des différentes méthodes d'interprétation (littérale, historique, téléologique), qui préconisent que lorsque plusieurs interprétations sont possibles, il convient de privilégier celle qui correspond le mieux aux dispositions constitutionnelles (consid. 6).

La teneur de l'art. 16b LAPG est claire : seules les femmes ont droit à une allocation maternité. Même si les questions relatives à l'égalité ont gagné en importance, rien n'indique que le législateur ait voulu élargir la portée matérielle de cette disposition. Toutes les interventions parlementaires visant à étendre ce droit aux pères ont été rejetées jusqu'ici. La situation est donc clairement défavorable pour les pères (consid. 7).

L'article 16b LAPG lie le droit aux allocations maternité à l'accouchement de la femme. La différenciation liée au sexe est donc admissible, puisqu'elle résulte de considérations biologiques, ce que le recourant ne conteste pas pour les 8 semaines qui suivent l'accouchement. La question se pose uniquement pour un droit allant de la 9^e à la 14^e semaine après l'accouchement de la mère (consid. 8).

Le TF a déjà eu l'occasion de se prononcer sur le droit des pères à une allocation maternité en 1994 (2P.296/1992). Ce droit a été nié. Le Tribunal fédéral avait considéré qu'il appartenait au législateur de prendre les mesures nécessaires pour renforcer l'égalité entre hommes et femmes sur ce point, en tenant compte de la durée nécessaire à accorder à la femme pour des raisons biologiques (consid. 9.1). Le recourant invoque l'art. 8 CEDH et plus particulièrement l'affaire *Markin c. Russie* du 22 mars 2012 (requête no 30078/06) dans laquelle la Russie a été condamnée pour violation de l'art. 14 CEDH, en relation avec l'art. 8 CEDH. En l'espèce, la Cour a considéré qu'il n'existait pas de justification à limiter le congé parental de trois ans aux seules recrues de sexe féminin (consid. 9.2.1). Dans l'affaire *Hulea c. Roumanie* du 2 octobre 2012 (requête no Nr. 33411/05), la Roumanie a été condamnée pour violation des mêmes dispositions, car elle s'était rendue coupable de formalisme excessif en refusant à un père de bénéficier du solde du congé parental laissé par la mère simplement parce qu'il n'avait pas justifié avoir payé ses contributions au système d'assurances sociales (consid. 9.2.2).

En Suisse, le législateur a clairement opté pour un congé maternité de 14 semaines et pas pour un congé parental. Il s'agit d'une indemnisation en faveur de la mère du fait de la naissance de l'enfant. Cette durée se situe dans la moyenne des pays de l'Union européenne. La réglementation des congés parentaux dans ces pays est incontestablement souhaitable d'un point de vue de l'égalité des sexes, mais elle dépasse alors largement la durée de 14 semaines prévues en Suisse (36 mois par parent en Allemagne, 24 mois au total en Autriche, 12 mois par parent en France, en Finlande, Italie, au Luxembourg et 6 mois aux Pays-Bas). Une telle réglementation exigerait en Suisse une base légale qui devrait traiter les questions liées à la protection de la mère et de l'enfant, en tenant compte de l'art. 4 de la Convention no 183 de l'OIT sur la protection de la maternité qui garantit un congé maternité d'au minimum 14 semaines (consid. 10.1-10.2).

Le recourant invoque l'ATF 139 I 16 dans lequel le Tribunal fédéral a affirmé dans un *obiter dictum* qu'en présence d'un conflit de normes entre le droit fédéral et le droit international, le droit international oblige la Suisse. En l'espèce, il n'y a pas conflit de normes entre le droit fédéral et le droit international dans la mesure où l'art. 16b LAPG n'est pas discriminatoire au sens de la CEDH (consid. 11).

III. Analyse

Si cet arrêt ne surprend pas dans son résultat, il convient de se questionner sur les arguments développés par le Tribunal fédéral dans son analyse.

En premier lieu, il convient de noter que le Tribunal fédéral ne se prononce nullement sur l'argument principal du recourant qui consiste à affirmer que le fondement du congé maternité n'est pas le même tout au long du congé. Selon ce père, un congé accordé exclusivement à la mère est biologiquement justifié pour les 8 premières semaines après l'accouchement, durée qui correspond en outre à la fois au droit à un congé de l'art. 329f CO et à l'interdiction de travailler consacrée à l'art. 35a LTr. En revanche, de la 9^e à la 14^e semaine, le congé ne se justifierait que pour des raisons « sociales », de lien avec l'enfant.

En se fondant sur la jurisprudence de la CourEDH qui fait une distinction entre le congé post-natal accordé uniquement aux mères et le congé parental qui revient tant aux mères qu'aux pères, le Tribunal fédéral aurait au moins pu faire usage de la marge de manœuvre laissée par l'art. 190 Cst. pour rendre le législateur attentif au décalage existant entre la situation juridique actuelle de l'art. 16b LAPG et l'évolution sociétale.

Le Tribunal fédéral a toutefois préféré garder une approche conservatrice et orientée vers le passé. D'abord, il se réfère à une précédente jurisprudence de 1994 (2P.296/1992), dans laquelle il avait, d'une part, laissé ouverte la question de savoir combien de temps devait durer un congé maternité exclusivement justifié pour des raisons biologiques, et d'autre part, renvoyé au législateur la possibilité de mettre sur pied un éventuel congé pour les pères. Le rappel de cet arrêt ne permet pas de faire avancer la réflexion, bien au contraire. Ensuite, dans l'arrêt qui nous occupe ici, le Tribunal fédéral admet que les questions d'égalité ont gagné en importance depuis l'adoption de l'art. 34^{quinquies} aCst. en 1945, mais il estime que rien n'indique clairement que le constituant ait voulu élargir la portée matérielle de cette disposition lors de sa reformulation en 1999, pour devenir l'art. 116 de la nouvelle Constitution. A charge, le Tribunal fédéral rapporte qu'outre certaines interventions parlementaires, deux propositions ont été rejetées par votation populaire en 1984 et 1999. Si l'on conçoit que le premier objet, rejeté en 1984, relatif à l'introduction d'un congé parental vienne appuyer ses dires, on comprend moins pourquoi le Tribunal fédéral mentionne le projet de loi fédérale sur l'assurance-maternité (LAMat) du 18 décembre 1998 qui prévoyait d'étendre les prestations aux mères sans activité lucrative et n'a donc pas de lien avec l'introduction d'un congé paternité ou parental.

Plus généralement, dans son analyse, le Tribunal fédéral ne tient nullement compte des évolutions sociétales qui existent dans les pays européens, mais également en Suisse. Il mentionne l'existence de congés parentaux offerts aux deux parents notamment en Allemagne, en Autriche, en France, en Finlande, en Italie, au Luxembourg et aux Pays-Bas et reconnaît que de tels congés sont favorables à l'égalité entre les sexes. Mais il renonce toutefois à affirmer qu'une telle prestation entre dans la protection accordée par l'art. 14 CEDH, en lien avec l'art. 8 CEDH.

Outre les solutions des pays voisins, il est aussi intéressant de noter qu'en Suisse, certains cantons (notamment Vaud et Genève) proposent des allocations « maternité » qui peuvent être octroyées tant au père qu'à la mère à la suite de l'adoption d'un enfant. Ce n'est donc pas le critère biologique qui est déterminant dans ce cas-là, mais bien le critère du lien social.

Le critère biologique utilisé par le Tribunal fédéral dérange, parce qu'il justifie une discrimination dont la portée a des effets qui s'étendent au-delà de la durée du congé maternité. Elle commence par la répartition des tâches au sein du couple après la naissance. A cet égard, selon les statistiques de l'OFS, le modèle familial le plus courant en Suisse en 2013 est celui de l'homme travaillant à plein temps et de la femme travaillant à temps partiel, alors que le modèle de l'homme travaillant à plein temps avec la femme au foyer représente 20% des ménages ayant au moins un enfant de moins de 7 ans ([OFS, Newsletter N° 2, informations démographiques Octobre 2014](#)). La discrimination se poursuit ensuite inévitablement sur le marché du travail, avec les inégalités salariales que l'on connaît ([Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes, Vers l'égalité des salaires ! Faits et tendances, Berne, 2013](#)) et la sous-représentation des femmes dans les postes à responsabilités. Les statistiques mettent également en évidence les inégalités au moment du divorce, mais cette fois-ci en défaveur des hommes, qui ne sont qu'une minorité à obtenir la garde des enfants, puisqu'en cas de désaccord entre les parents, le juge accordera en principe la garde des enfants au parent qui présente une plus grande disponibilité à s'occuper personnellement de l'enfant. Cette comparaison statistique peut également se poursuivre en matière d'aide sociale par exemple : en 2009, 16,9% des ménages monoparentaux ont bénéficié d'une aide sociale, alors que ces ménages sont composés dans 95,4% des cas de femmes avec enfants ([OFS, Rapport social statistique suisse, 2011, n. 5.2.4 p. 82](#)).

Nul doute qu'avec un système social qui limite délibérément les prestations étatiques pour les suites d'une naissance à la mère, le principe de l'égalité entre l'homme et la femme restera mis à mal, aussi bien au sein du foyer que sur le marché du travail.

Nous sommes dès lors d'accord sur un point avec le Tribunal fédéral : une réglementation analogue à celle des pays européens en matière de congé parental afin de favoriser l'égalité entre hommes et femmes est incontestablement souhaitable pour la Suisse. A cet égard, la directive 2010/18/UE prévoit un droit individuel à un congé parental d'au moins quatre mois, accordé aux travailleurs, hommes et femmes, en raison de la naissance ou de l'adoption d'un enfant. Pour favoriser l'égalité entre les deux parents en matière de congé parental et en particulier encourager les pères à prendre le congé, le congé n'est en principe pas transférable d'un parent à l'autre. Or, le Conseil fédéral ne semble pas prêt à s'inspirer de la législation européenne : dans son [rapport du 30 octobre 2013](#) sur le congé de paternité et le congé parental, le Conseil fédéral affirmait en effet que « l'introduction d'un congé de paternité ou d'un congé parental ne constitue pas la principale priorité en matière de conciliation de la vie familiale et de la vie professionnelle. [...] Il n'est pas possible de tirer des conclusions de portée générale concernant l'ampleur et surtout la pérennité des effets du congé de paternité ou du congé parental sur l'égalité entre les femmes et les hommes ».

Il faut se rendre à l'évidence. Ce critère biologique utilisé par le Tribunal fédéral n'est pas souhaitable pour justifier une discrimination dans le droit aux allocations étatiques après la naissance d'un enfant : non seulement il favorise une répartition des tâches de plus en plus contestée aujourd'hui et a des répercussions qui vont au-delà du simple congé postnatal, mais de surcroît, il ne résistera pas à l'évolution du droit de la filiation. En effet, le législateur devra tenir compte, dans l'intérêt des enfants, de la situation des parents adoptifs. Mais il ne pourra pas non plus faire abstraction, dans un avenir plus ou moins proche, de la situation des parents qui recourent à la procréation médicalement assistée. L'évolution dans ce domaine a pour conséquence que la mère biologique de l'enfant n'est pas nécessairement la mère qui accouche ou la mère « sociale ». C'est pourquoi, le critère biologique devra certainement être remplacé par un critère plus adéquat favorisant une meilleure égalité de traitement entre les personnes exerçant le rôle social de parent lors de la venue d'un enfant au sein d'une cellule familiale.