



Procédure de consultation  
FER No 20-2018

Personne responsable:  
Mme Roxane Zappella

Date de réponse:  
12 juin 2018

## **Modification de la loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité (LAPG).**

### **Rallonger la durée de l'allocation de maternité en cas de séjour prolongé du nouveau-né à l'hôpital**

#### **Contexte et but de la modification**

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 doit rester hospitalisé durant plus de trois semaines juste après l'accouchement.

Considérant 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, le Conseil fédéral propose de prolonger de 56 jours au maximum la durée de l'octroi de l'allocation de maternité suite à l'hospitalisation du nouveau-né.

En outre, des adaptations sont effectuées dans le code des obligations, à savoir que 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.

#### **Modifications proposées**

##### **1) Prolongation de la durée du versement de l'allocation de maternité dans la LAPG**

Dans le régime actuel, la mère bénéficie d'une allocation de maternité durant 98 jours dès le jour de l'accouchement. Toutefois, si le nouveau-né doit rester hospitalisé durant 3 semaines au moins directement après l'accouchement, la mère peut demander de reporter le début du droit à l'allocation de maternité jusqu'au jour où le nouveau-né peut quitter l'hôpital.

Durant la période du report de l'allocation de maternité, aucun revenu de substitution n'est prévu dans la LAPG. La question de l'obligation de l'employeur de verser le salaire durant cette période n'a pas été tranchée par le Tribunal fédéral. Toutefois, il est généralement admis que l'employeur doit une rémunération à certaines conditions et pour un temps limité. L'interdiction légale faite à la mère de travailler durant les huit semaines qui suivent l'accouchement (art. 35a LTr) d'une part, et l'obligation légale des parents de prendre soin d'un enfant malade d'autre part sont en principe considérées comme des empêchements non fautifs de travailler ouvrant le droit au salaire en vertu de l'art. 324a CO.

Toutes les mères accouchées n'ont toutefois pas l'assurance de percevoir un revenu durant la période de report du droit aux allocations de maternité. Ainsi, par exemple, les femmes ayant un statut d'indépendante, de même que les salariées qui ont épuisé leur crédit annuel de salaire au sens de l'art. 324a CO se retrouvent sans revenu durant cette période.

Afin de combler cette lacune de revenu, le Conseil fédéral propose de modifier la LAPG en prévoyant une prolongation de la durée du versement de l'allocation de maternité en cas d'hospitalisation prolongée du nouveau-né. 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. 35a, al. 3, LTr. Ainsi, le versement de l'allocation de maternité est prolongé lorsque l'hospitalisation dure plus de trois semaines, pour la durée effective de l'hospitalisation, mais se limite à un maximum de 56 jours, soit une extension de huit semaines au plus. La durée du droit à l'allocation de maternité passe dans ce cas de 98 à 154 jours consécutifs. Cette solution permettrait de compenser la perte de gain dans environ 80 % des cas d'hospitalisation prolongée.

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. 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.

Le projet de modification de la LAPG prévoit l'introduction d'une nouvelle condition pour que la mère puisse prétendre à la prolongation de la durée du versement des allocations. Outre l'exigence d'une hospitalisation du nouveau-né d'au moins trois semaines immédiatement après l'accouchement, il est prévu que la mère apporte la preuve qu'au moment de l'accouchement elle prévoyait de reprendre une activité lucrative à la fin de son congé de maternité. Cette exigence n'existe pas dans le régime actuel puisque la mère peut parfaitement demander un report de l'allocation de maternité alors même qu'elle n'a pas l'intention de poursuivre une activité lucrative après le congé maternité.

La justification de cette nouvelle exigence réside dans le fait qu'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, raison pour laquelle il a été décidé de limiter la possible prolongation du droit aux allocations aux seules femmes qui continuent à travailler après le congé maternité.

Il ressort du rapport qu'il incomberait aux caisses de compensation AVS qui sont chargées du versement de l'allocation de maternité de vérifier cette nouvelle condition. 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 caisses AVS devront se baser 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 prévu un congé de maternité prolongé par des vacances ou si elle a envisagé une réduction du 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'indépendante au sens de la LAVS à l'issue du congé de maternité. Il n'est en revanche pas déterminant si, après l'accouchement, par exemple à la suite de l'hospitalisation prolongée du nouveau-né, la mère décide d'interrompre son activité professionnelle.

La vérification de la condition prévue par l'art. 16c al. 3 let. b P-LAPG nous semble très compliquée à mettre en pratique. En effet, la preuve à apporter consiste en un élément subjectif et interne à l'employée, soit l'intention de la mère au jour de l'accouchement. Or, la demande de l'allocation de maternité intervient dans les faits plusieurs jours, voire semaines après l'accouchement et après que des événements pénibles se soient déroulés. Il est probable dans ces conditions que ni la mère, ni l'employeur ne comprennent exactement le sens de la requête des caisses de compensation. Le système prévu peut engendrer une certaine confusion puisque, si la mère prend la décision d'interrompre son activité lucrative quelques jours

après l'accouchement, par exemple en raison de l'état de santé de son enfant, le droit à la prolongation du versement des allocations resterait acquis.

En outre, le système proposé impose en quelque sorte aux caisses de compensation de se positionner comme arbitre de la bonne foi de l'employée, ce qui n'est ni souhaitable, ni praticable.

Nous relevons par ailleurs que la mère ne pourrait pas abuser du système mis en place puisqu'il repose sur une première condition objective non simulable, à savoir la durée de l'hospitalisation du nouveau-né. Cette première exigence nous semble parfaitement suffisante en l'espèce.

Enfin, aucune statistique ne semble déterminer le nombre de cas qui seraient concernés par cette mesure. On peut toutefois imaginer que ce dernier est faible et ne justifie clairement pas les contraintes administratives qu'il impose tant aux mères qu'aux employeurs et aux caisses de compensation. Cette exigence nous semble donc à la fois injustifiée, disproportionnée au regard des montants en jeu et contraire à l'esprit de la loi.

Pour les raisons qui précèdent, nous proposons de renoncer à la condition prévue à l'art. 16c al. 3 let. b P-LAPG.

**Notre Fédération est favorable à la prolongation du droit aux allocations de maternité en cas d'hospitalisation prolongée du nouveau-né. Cette solution permet d'assurer un revenu tant aux salariées, qu'aux femmes de condition indépendante en cas d'hospitalisation du nouveau-né. Par ailleurs, elle a l'avantage de ne pas être exclusivement à la charge de l'employeur et de le libérer d'une éventuelle obligation de payer le salaire durant cette période.**

**Nous relevons toutefois que l'exigence de preuve de la poursuite d'une activité lucrative à la fin du congé maternité pour ouvrir le droit à la prolongation du droit aux allocations n'est pas justifiée et risque de poser problème dans la pratique. Nous proposons donc de renoncer à cette exigence.**

**Enfin, les coûts occasionnés par la prolongation de la durée du versement de l'allocation de maternité (5,5 millions de francs par année) sont minimes, de sorte qu'ils ne devraient pas nécessiter de ressources financières supplémentaires et pourront être financés par les ressources actuelles des APG.**

## **2) Prolongation du congé de maternité dans le CO**

Le Conseil fédéral propose de modifier le Code des obligations (art. 329f CO) afin que le congé de maternité de 14 semaines prévu actuellement puisse être prolongé en cas d'hospitalisation du nouveau-né. Dans la mesure où le congé maternité a été introduit en même temps que le droit aux allocations de maternité afin de permettre une bonne coordination entre les deux systèmes, il se justifie parfaitement d'adapter la durée du congé maternité à l'évolution de la LAPG.

**Notre Fédération est favorable à cette modification qui permet d'aligner le congé maternité prévu par le Code des obligations sur la durée du versement de l'allocation de maternité, ce qui renforce la cohérence entre le droit du travail et les prestations sociales.**

## **3) Protection contre les licenciements en cas de maternité**

La modification proposée étend la protection contre le licenciement (16 semaines suivant l'accouchement – art. 336c CO) à la durée prolongée du congé de maternité en cas d'hospitalisation prolongée du nouveau-né de plus de trois semaines. La protection est prolongée en fonction de la durée effective de l'hospitalisation du nouveau-né mais au plus de huit semaines supplémentaires par rapport à aujourd'hui, soit 24 semaines au plus.

Actuellement, la durée de la protection de l'art. 336c, al. 1, let. c, CO (16 semaines suivant l'accouchement) ne correspond ni à la durée du congé maternité de l'art. 329f CO (14 semaines au moins après l'accouchement), ni à la durée du droit aux allocations fédérales en cas de maternité (98 jours dès l'accouchement). En revanche, elle correspond à la durée prévue par la loi sur le travail (art. 35a LTr), pendant laquelle la mère ne peut être occupée par son employeur suite à l'accouchement (interdiction absolue de travailler durant les 8 semaines qui suivent l'accouchement et consentement obligatoire de la mère de la neuvième à la seizième semaine). Nous relevons ici que les auteurs du projet n'ont pas jugé nécessaire d'adapter les périodes d'occupation restreinte figurant dans la loi sur le travail à l'évolution prévue de la LAPG, considérant que ces périodes ne sont pas en lien direct avec les congés prévus dans d'autres lois. Le lien entre la protection contre les licenciements, prévue à l'art. 336c CO et la protection de la maternité prévue à l'art. 35a LTr est pourtant étroit. Denis Weber, dans son ouvrage traitant de la protection des travailleurs contre les licenciements en temps inopportun (Lausanne, 1992, p. 121), fait un parallèle entre la protection contre les congés du CO et la protection de la mère accouchée figurant dans la LTr, rappelant qu'elles ont une finalité commune, à savoir la protection des travailleurs et de la maternité.

Si la coordination entre la durée du congé maternité de 14 semaines prévu à l'art. 329f et la durée du droit aux allocations de maternité au sens de la LAPG semble indispensable, il n'en est pas forcément de même s'agissant de la durée de la protection contre les congés au sens de l'art. 336c CO. D'ailleurs, le régime actuel permet à l'employeur de résilier le contrat de travail d'une employée qui bénéficie de son congé maternité dans l'hypothèse où elle a fait une demande de report de son droit aux allocations de maternité en cas d'hospitalisation prolongée du nouveau-né.

Nous estimons que la prolongation de la protection contre les congés en cas de prolongation du droit aux allocations ne se justifie pas.

Le but de l'art. 336c CO est de protéger le travailleur contre le congé pendant des périodes où son engagement par un autre employeur est peu vraisemblable. Le Code des obligations limite toutefois cette protection à plusieurs égards. Ainsi, les périodes de protection en cas de maladie ou d'accident sont limitées à 30 jours, 90 jours ou 180 jours en fonction de l'ancienneté du travailleur. L'employeur peut ainsi librement résilier le contrat de travail d'un collaborateur à la fin de la période de protection, même si l'employé est toujours en arrêt de travail. De même, les périodes de protection sont indépendantes de la durée du droit au salaire. Nous ne voyons pas pourquoi il en serait autrement en cas de maternité. La protection prévue par la loi en cas de maternité est déjà particulièrement longue et peut s'avérer très lourde pour l'employeur qui rencontre par exemple des difficultés financières et qui est contraint de procéder à des suppressions de postes ou à une restructuration. Il doit ainsi respecter la période de protection de seize semaines suivant l'accouchement avant de prononcer un licenciement économique, alors qu'il pourrait résilier le contrat de travail d'un employé incapable de travailler. Par ailleurs, contrairement à d'autres cas d'incapacité de travail, rappelons que le droit aux allocations est garanti, même après la fin du contrat de travail.

Enfin, sur un plan plus pratique, le système actuel garantit une certaine prévisibilité pour l'employeur. Le système proposé rendrait beaucoup plus compliqué le calcul exact de la durée de la période de protection en cas d'hospitalisation du nouveau-né.

**Notre Fédération s'oppose à la prolongation de la période de protection en cas de maternité dans l'hypothèse d'une hospitalisation prolongée du nouveau-né. Une telle prolongation n'est pas nécessaire et ne se justifie pas au regard du but de la loi.**