



Rapport explicatif concernant

l'avant-projet de la loi fédérale sur l'amélioration
de la conciliation entre activité professionnelle et
prise en charge de proches

27 juin 2018

Condensé

Les besoins croissants en assistance et en soins auxquels la santé publique ne peut faire face à elle seule, les nouvelles formes de vie de famille et la hausse continue du taux d'activité professionnelle des femmes ont placé les soins aux proches malades sous les feux de l'actualité politique, incitant le Conseil fédéral à adopter, le 5 décembre 2014, le « plan d'action de soutien et de décharge en faveur des proches aidants ».

Le 1^{er} février 2017, dans la perspective de concrétiser les modifications légales proposées par le plan d'action aux fins de mieux concilier activité professionnelle et prise en charge des proches, le Conseil fédéral a chargé le DFI d'élaborer le présent projet destiné à la consultation, en collaboration avec le Département fédéral de justice et police (DFJP) et le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR).

Éléments essentiels du projet

- L'introduction du nouvel art. 329g dans le code des obligations (CO RS 220) vise à régler le maintien du salaire d'une personne durant le congé pour la prise en charge d'un membre de la parenté ou d'un proche malade ou victime d'un accident

Le congé avec maintien du salaire doit permettre à un nombre maximum de personnes exerçant une activité lucrative d'assumer des tâches d'assistance de courte durée sans diminution de salaire. La durée maximale du congé de courte durée est de trois jours.

Allocation destinée aux parents qui s'occupent d'un enfant gravement atteint dans sa santé en raison d'une maladie ou d'un accident

En réponse au postulat Seydoux-Christe (09.4199) : « Congé rémunéré d'une durée suffisante pour les parents d'enfants gravement atteints dans leur santé », les modifications suivantes doivent être apportées :

- le nouvel art. 329h CO doit ancrer dans la loi le droit de prendre un congé d'une durée maximale de 14 semaines, dans les limites d'un délai-cadre de 18 mois, pour s'occuper d'un enfant gravement malade ou victime d'un accident grave ;
- pour ce type de congé, l'allocation de prise en charge est introduite dans la loi sur les allocations pour perte de gain (LAPG, RS 834.1), qui régit déjà les allocations pour perte de gain en cas de service dans l'armée et de maternité. Les dispositions du CO et de la LAPG sont couplées et harmonisées.

Le droit à l'allocation doit s'appliquer aux parents qui exercent une activité lucrative tout en s'occupant d'un enfant gravement malade ou victime d'un accident grave et qui, en raison des tâches d'assistance réalisées, se voient contraints d'interrompre leur activité professionnelle.

Extension du droit aux bonifications d'assistance dans le système de l'assurance-vieillesse et survivants

Afin de renforcer les possibilités des personnes concernées de mener une vie autonome chez elles, une modification de l'art. 299^{septies} de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS, RS 831.10) doit permettre d'accorder le droit aux bonifications d'assistance en cas d'impotence légère déjà. L'extension du droit à l'impotence faible favorise la reconnaissance des prestations d'assistance fournies par les proches aidants. Dans le même temps, la prise en charge de partenaires formant une communauté de vie (concubins) doit désormais elle aussi donner droit à des bonifications pour tâches d'assistance.

Conséquences financières

Confédération

Pour la Confédération, ni les modifications légales relatives aux dispositions applicables aux absences professionnelles de courte durée, ni l'introduction d'un congé de prise en charge n'ont d'incidence sur le personnel ni sur les finances.

L'extension du droit aux bonifications pour tâches d'assistance aux cas d'impotence légère se traduirait pour l'AVS par des charges supplémentaires de quelque 1 million de francs par an (sur un total de dépenses de l'AVS d'environ 42,5 milliards en 2016). Les coûts supplémentaires générés par l'extension du droit aux bonifications pour tâches d'assistance aux couples vivant en concubinage sont impossibles à chiffrer, car ces couples ne sont pas enregistrés et leur nombre n'est donc pas connu.

Entreprises, personnes exerçant une activité lucrative et économie publique

Selon l'enquête menée auprès de diverses entreprises dans le cadre de l'analyse d'impact de la réglementation, seule la moitié de toutes les sociétés interrogées a indiqué que des employés avaient fait valoir leur droit à une absence professionnelle de courte durée pour s'occuper d'un membre de leur parenté durant l'année 2016. Environ 70 % de ces absences étaient justifiées par la prise en charge d'un enfant malade ou victime d'un accident et quelque 30 % par l'accompagnement d'un autre membre de la famille (p. ex. parent ou conjoint). Dans près des deux tiers des absences professionnelles dues à la prise en charge d'un parent ou d'un autre membre de la famille, les entreprises ont continué à verser le salaire bien qu'aucune loi ne les y oblige.

Une nouvelle réglementation des absences professionnelles de courte durée assortie du maintien du salaire bénéficierait tout particulièrement au tiers du personnel qui ne reçoit actuellement pas de salaire en cas de congé dû à la prise en charge d'un membre de la parenté malade ou victime d'un accident. Il en résulterait un surcoût direct de quelque 30 millions de francs par an. Compte tenu des coûts indirects et autres qui s'y ajoutent, on peut estimer les coûts totaux à un montant situé entre 90 et 150 millions de francs. Dans l'hypothèse d'une nouvelle réglementation des absences professionnelles de courte durée qui n'imposerait pas le maintien du salaire, les coûts des entreprises ne devraient pas subir de modification substantielle. Toutefois, le risque est que certaines sociétés renoncent à l'avenir à assurer volontairement le versement du salaire.

Dans la même enquête auprès des entreprises, quelque 5 % d'entre elles ont déclaré employer ou avoir employé une personne ayant un enfant gravement atteint dans sa santé en raison d'une maladie ou d'un accident.

Chiffrer les conséquences financières du versement de l'allocation de prise en charge pour l'APG est ardu en raison de la difficulté à estimer le nombre de familles concernées. Si l'on table sur le fait qu'une hospitalisation d'une durée de plus de deux semaines indique que l'enfant concerné est gravement malade ou victime d'un accident grave, il devrait s'agir d'un maximum de 4400 familles par an. Avec un congé de prise en charge d'une durée maximale de 98 jours, les coûts grevant l'APG pourraient ainsi atteindre jusqu'à 77 millions de francs par an. Le taux de cotisation de l'APG (actuellement 0,45 %) devrait donc être relevé de 0,017 point de pourcentage, une hausse qui pourrait être réalisée par le biais de l'ordonnance (art. 27, al. 2, LAPG). Cette augmentation du taux de l'APG se traduirait tant pour l'employeur que pour le personnel par une légère majoration des cotisations sociales.

Table des matières

1	Grandes lignes du projet	6
1.1	Contexte.....	6
1.1.1	Assistance et soins dispensés par des proches	7
1.1.2	Défis en matière de politique de la santé.....	7
1.1.3	Défis en matière de politique sociale	9
1.1.4	Conciliation entre vie professionnelle et prise en charge de proches	10
1.1.5	Législation actuelle	11
1.1.5.1	Absences professionnelles de courte durée	11
1.1.5.2	Absences professionnelles de longue durée	14
1.1.5.3	Bonifications pour tâches d'assistance	14
1.2	Nouvelle réglementation proposée.....	15
1.2.1	Absences professionnelles de courte durée.....	15
1.2.2	Allocation pour la prise en charge d'un enfant gravement atteint dans sa santé en raison d'une maladie ou d'un accident (allocation de prise en charge)	16
1.2.2.1	Introduction.....	16
1.2.2.2	Ayants droit.....	17
1.2.2.3	Délai-cadre de 18 mois et de 14 semaines	18
1.2.2.4	Montant et calcul de l'allocation de prise en charge	19
1.2.2.5	Coordination avec les autres assurances sociales	19
1.2.2.6	Dispositions complémentaires et coordination avec le droit des obligations	19
1.2.3	Extension des bonifications pour tâches d'assistance	20
1.3	Harmonisation des tâches et des finances	20
1.4	Comparaison juridique, en particulier avec le droit européen.....	20
1.5	Mise en œuvre	22
1.5.1	Absences professionnelles de courte durée.....	22
1.5.2	Allocation pour la prise en charge d'un enfant gravement atteint dans sa santé en raison d'une maladie ou d'un accident	22
1.6	Classement d'interventions parlementaires	23
2	Commentaire article par article	23
2.1	Absences professionnelles de courte durée	23
2.2	Allocation pour la prise en charge d'un enfant gravement atteint dans sa santé en raison d'une maladie ou d'un accident (allocation de prise en charge)	24
2.3	Extension des bonifications pour tâches d'assistance	28
3	Conséquences	29
3.1	Conséquences pour la Confédération en matière de finances et de personnel	29
3.1.1	Absences professionnelles de courte durée.....	29
3.1.2	Allocation pour la prise en charge d'un enfant gravement atteint dans sa santé en raison d'une maladie ou d'un accident	29
3.1.3	Extension des bonifications pour tâches d'assistance	29
3.2	Conséquences pour les cantons et les communes ainsi que pour les centres urbains, les agglomérations et les régions de montagne	30
3.3	Conséquences pour les entreprises et l'économie	30
3.3.1	Étude relative à l'analyse d'impact de la réglementation.....	30
3.3.2	Absences professionnelles de courte durée.....	31
3.3.3	Absences professionnelles de longue durée	33
3.4	Conséquences pour la société	34
3.4.1	Absences professionnelles de courte durée.....	34
3.4.2	Absences professionnelles de longue durée	34

3.5	Conséquences pour l'environnement	35
4	Rapport avec le programme de législature et les stratégies du Conseil fédéral.....	35
4.1	Rapport avec le programme de législature	35
4.2	Rapport avec les stratégies du Conseil fédéral.....	35
5	Aspects juridiques.....	35
5.1	Constitutionnalité	35
5.1.1	Absences professionnelles de courte durée	35
5.1.2	Allocation pour la prise en charge d'un enfant gravement atteint dans sa santé en raison d'une maladie ou d'un accident	36
5.2	Compatibilité avec les accords internationaux de la Suisse.....	36
5.2.1	Absences professionnelles de courte durée	36
5.2.2	Allocation pour la prise en charge d'un enfant gravement atteint dans sa santé en raison d'une maladie ou d'un accident	37
5.3	Forme de l'acte législatif	38
5.3.1	Absences professionnelles de courte durée	38
5.3.2	Allocation pour la prise en charge d'un enfant gravement atteint dans sa santé en raison d'une maladie ou d'un accident	38
5.4	Assujettissement au frein aux dépenses	38
5.5	Délégation législative	38
5.6	Protection des données	38

1 Grandes lignes du projet

1.1 Contexte

Les besoins croissants en assistance et en soins auxquels la santé publique ne peut faire face à elle seule, les nouvelles formes de vie de famille et la hausse continue du taux d'activité professionnelle des femmes ont placé les soins aux proches malades sous les feux de l'actualité politique.

Entre 2009 et 2013, le Parlement et le Conseil fédéral ont octroyé divers mandats faisant suite à des interventions visant à améliorer la situation des proches aidants, dont le postulat Seydoux-Christe (09.4199) : « Congé rémunéré d'une durée suffisante pour les parents d'enfants gravement atteints dans leur santé », le postulat de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national (13.3366) : « Prévoir des allocations d'assistance et des possibilités de décharge pour les personnes qui prennent soin d'un proche » ainsi que la mesure 65 de l'arrêté fédéral sur le programme de la législature du 15 juin 2012 : « Encourager la conciliation entre activité professionnelle et prise en charge de proches » (art. 18).

Dans son rapport « Soins palliatifs, prévention du suicide et assistance organisée au suicide » de juin 2011, le Conseil fédéral a également chargé le Département fédéral de l'intérieur (DFI) de proposer des mesures pour favoriser une meilleure compatibilité entre l'exercice d'une activité professionnelle et les soins aux proches. Les mesures du domaine d'action n° 1 « Garantir la qualité de la vie » figurant parmi les priorités fixées dans la stratégie Santé2020 approuvée par le Conseil fédéral le 23 janvier 2013 visent elles aussi à adapter les structures, les processus et les offres des systèmes ambulatoire et hospitalier de manière à répondre à l'évolution sociétale, médicale et technique en cours.

Dans son rapport sur le « Soutien aux proches aidants » du 5 décembre 2014, le Conseil fédéral a établi les besoins existants et adopté un plan d'action correspondant¹. Les diverses mesures des domaines d'action n° 1 « Information et données » et n° 2 « Qualité des offres de décharge et accès aux prestations » doivent d'une part améliorer l'accès des proches aidants aux informations pertinentes et d'autre part aider les cantons et les communes à développer un réseau solide de services sociaux et de structures de jour et de nuit.

Les domaines d'action n° 3 « Compatibilité entre activité professionnelle et prise en charge d'un proche malade et en situation de dépendance » et n° 4 « Congé pour tâches d'assistance ou autres formes de soutien » visent en outre à adapter les dispositions légales existantes comme suit. À cette fin, le Conseil fédéral a défini, le 1^{er} février 2018, les jalons suivants :

- amélioration de la sécurité juridique en cas d'absences de courte durée : il convient de réfléchir à la manière de définir la durée des absences prises durant une courte période par des proches pour s'occuper de personnes, mineures ou adultes, ayant besoin d'assistance et de soins, et d'édicter une législation uniforme concernant le maintien du salaire durant ces congés ;
- adoption d'une base légale introduisant un congé de prise en charge, avec ou sans maintien du salaire, ou d'autres formes de soutien pour des absences de longue durée dues à des tâches d'assistance assumées auprès d'un proche malade : l'examen devrait porter sur la durée, les conditions, le droit aux prestations et les modalités de financement d'un congé de prise en charge ou d'une autre forme de soutien aux proches aidants, ainsi que sur les dispositions complémentaires à intégrer au code des obligations ;
- extension des bonifications pour tâches d'assistance du système de l'assurance-vieillesse et survivants (AVS) : s'agissant de la prévoyance vieillesse de proches en âge de travailler qui n'exercent pas d'activité lucrative, il conviendrait d'établir dans quelle mesure le droit aux bonifications pour tâches

¹ <<https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/themen/strategien-politik/nationale-gesundheitspolitik/aktionsplan-pflegende-angehoerige.html>> État : 9 août 2017

d'assistance au sens de l'art. 29^{septies} de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS)² pourrait être étendu à d'autres personnes proches comme les beaux-parents et les partenaires non mariés, etc., ainsi qu'à des cas d'impotence faible.

Le 1^{er} février 2017, le Conseil fédéral a chargé le DFI d'adapter la législation, en collaboration avec les autres départements concernés, le DFJP et le DEFR, afin d'améliorer la sécurité juridique et la reconnaissance des proches aidants. Le présent avant-projet de loi fédérale sur l'amélioration de la conciliation entre activité professionnelle et prise en charge de proches répond à ce mandat.

La possibilité de mieux concilier activité professionnelle et tâches d'assistance et de soins remplit également l'objectif fixé par l'initiative visant à combattre la pénurie de personnel qualifié (FKI plus) lancée par la Confédération et les cantons en 2015, à savoir mieux exploiter le potentiel indigène de personnel qualifié. Dans le cadre de FKI plus, le Conseil fédéral a approuvé, le 4 mars 2016, le programme de promotion « Offres visant à soutenir et à décharger les proches aidants »³. Ce programme, qui s'étend de 2017 à 2020, a pour ambition particulière de contribuer à établir une base de connaissances pratiques destinée à faciliter la conciliation entre vie professionnelle et tâches d'assistance. Par ailleurs, il vise d'une part à mieux cerner les besoins et la situation des proches aidants, afin de permettre l'élaboration d'offres de soutien et de décharge adaptées, et d'autre part à analyser l'utilisation et l'organisation des offres existantes, afin que les prestataires concernés puissent développer leurs offres professionnelles et informelles en faveur des proches aidants.

1.1.1 Assistance et soins dispensés par des proches

Les soins et l'accompagnement assurés par des membres de la famille auprès de leurs enfants, en particulier, mais aussi auprès d'adultes nécessitant une aide, sont indispensables. Lors d'urgences médicales, notamment, les proches se voient souvent contraints d'assurer un accompagnement ou une prise en charge à court terme. Les personnes qui s'occupent de proches malades ou nécessitant une aide fournissent pour l'essentiel un soutien psychologique et social, effectuent des tâches ménagères, gèrent les transports et règlent des questions organisationnelles et administratives. Si elles sont amenées à offrir des soins, leurs prestations viennent compléter les soins professionnels dispensés par les services d'aide et de soins à domicile, les hôpitaux ou les EMS.

Dans le cadre de l'assistance et des soins, les proches, tout comme les personnes qu'ils prennent en charge, traversent des phases critiques et éprouvent des émotions comme la peur, le doute, mais aussi l'espoir. Les inconnues sont nombreuses et l'évolution de la maladie incertaine. On observe ainsi que les proches aidants sont souvent dépassés, surmenés et finissent par souffrir d'épuisement et d'autres problèmes de santé. Lorsqu'ils exercent en parallèle une activité professionnelle, les difficultés à concilier leurs deux fonctions peuvent poser des problèmes supplémentaires, voire mettre en danger leur carrière et leurs moyens de subsistance.

Aux yeux de la Confédération, la société ne devrait pas exercer de pression sur les membres d'une famille pour qu'ils soignent et accompagnent le plus possible leurs proches. Pour les personnes qui sont néanmoins disposées à assumer cette prise en charge, il convient d'introduire des mesures leur permettant d'assumer au mieux leurs tâches d'assistance s'ils exercent une activité professionnelle.

1.1.2 Défis en matière de politique de la santé

Grâce à des conditions de vie appropriées et à un bon système de santé, la population suisse jouit d'une forte longévité. Il est aujourd'hui possible de traiter de nombreuses maladies qui, par le passé, étaient pratiquement toujours mortelles. Les phases aiguës d'une maladie peuvent cependant impliquer une prise en charge et des soins très lourds et il n'est pas toujours possible d'éviter les atteintes

² RS 831.10

³ <<https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/themen/strategien-politik/nationale-gesundheitspolitik/aktionsplan-pflegende-angehoerige.html>> État au 1^{er} mars 2018

définitives à la santé susceptibles d'en résulter.

Enfants gravement atteints dans leur santé en raison d'une maladie ou d'un accident

Les progrès médico-thérapeutiques ont permis à une majorité d'enfants atteints de maladies jadis incurables, qui seraient autrefois morts précocement, de recouvrer la santé ou d'atteindre l'âge adulte malgré des handicaps liés à leur maladie. Chez les enfants, les phases aiguës d'une maladie nécessitent une prise en charge importante étant donné qu'ils doivent être accompagnés au minimum par l'un de leurs parents à chaque visite chez le médecin ou à chaque hospitalisation.

Les maladies et les accidents provoquant de graves problèmes de santé sont souvent synonymes de longues et/ou multiples hospitalisations (cf. tableau 1). Pour l'année 2015, la Statistique médicale des hôpitaux de l'Office fédéral de la statistique (OFS) fait état pour les enfants et adolescents de 8400 séjours hospitaliers de plus d'une semaine. Près de 4400 hospitalisations ont duré plus de deux semaines. Quelque 60 % de tous les séjours hospitaliers d'enfants et d'adolescents ayant duré plus de 14 jours concernent des jeunes âgés d'au moins 12 ans. En 2015, 7700 enfants et adolescents ont subi plusieurs traitements hospitaliers. Quelque 2000 d'entre eux ont été hospitalisés au moins trois fois. Durant la même année, 160 enfants ont nécessité plus de huit hospitalisations.

Tableau 1 Nombre de séjours hospitaliers par classe d'âge et durée du séjour en 2015

Âge	1 à 2 jours	3 à 7 jours	8 à 14 jours	15 jours et plus	Total
De 91 jours à 5 ans	18 945	7 936	1 440	892	29 213
De 6 à 11 ans	10 688	3 720	811	713	15 932
De 12 à 17 ans	16 003	8 111	1 826	2 758	28 698
Total	45 636	19 767	4077	4 363	73 843

Source : Évaluation OFS, Statistique médicale des hôpitaux. Nombre de cas de patients âgés de 3 mois à 17 ans (âge révolu au moment de l'hospitalisation) sans les cas traités en ambulatoire.

Par ailleurs, quelque 9200 familles s'occupent à domicile d'un enfant atteint d'une infirmité grave, la plupart du temps congénitale, exigeant une prise en charge permanente⁴.

Adultes présentant des problèmes de santé

Une étude réalisée en 2012 révèle qu'environ 40 % de la population âgée de 50 à 64 ans souffrent d'une ou plusieurs maladies chroniques⁵. Ce pourcentage augmente avec l'âge pour dépasser les 70 % chez les personnes de plus de 80 ans. Les maladies chroniques peuvent certes être traitées, mais pas guéries. Au vu du vieillissement de la population, le nombre absolu de personnes atteintes d'une ou de plusieurs maladies chroniques continuera à progresser au cours des prochaines années et décennies. Il s'agit dans la plupart des cas de maladies cardiovasculaires, de cancers, de maladies des voies respiratoires, de diabètes, de dépressions et de maladies musculo-squelettiques. Le grand âge est souvent aussi lié à l'apparition de troubles dégénératifs du cerveau, comme la démence, qui peuvent considérablement restreindre la possibilité de vivre de manière autonome.

En conséquence, le nombre de personnes qui, au fil des ans, souffrent de problèmes de santé et nécessitent, en cas de détérioration aiguë de leur état de santé mais aussi souvent dans leur quotidien, l'assistance de services de soins et d'accompagnement dispensés par des professionnels et/ou par des membres de la parenté ou d'autres proches ne cesse d'augmenter⁶.

⁴ Office fédéral des assurances sociales (OFS). Statistique AI 2013. Berne, p. 38

⁵ Moreau-Gruet Florence. La multimorbidité chez les personnes de 50 ans et plus. Obsan Bulletin 4/2013. Neuchâtel, Observatoire suisse de la santé

⁶ Berthod Marc-Antoine, Papadaniel Yannis, Brzak Nicole. Les proches aidants : entre monde du travail et accompagnement de fin de vie, Lay Summary, End of Life National Research Programme NRP 67, Lausanne, 2016

Dernière phase de vie

Indépendamment de l'âge de la personne malade et tributaire de soins, la dernière phase de vie requiert de la part des proches un degré de prise en charge considérable. Une étude réalisée dans le cadre du programme national de recherche 67 « Fin de vie » révèle que les personnes les plus importantes pour préserver la qualité de vie d'une personne en fin de vie sont ses proches⁷. Au vu de l'évolution démographique, le nombre de décès annuel devrait passer de 64 200 en 2015 à environ 83 200 en 2035⁸. Près de 60 % des décès enregistrés font suite à une maladie évolutive grave (p. ex. cancer). La durée de la phase de maladie est variable. Dans les cas de démence, elle peut aller jusqu'à dix ans, en fonction de la forme et de l'évolution de la maladie⁹.

Recours aux prestations de soins et d'assistance

Le recours aux prestations fournies par des organisations de soins et d'aide au ménage (p. ex. services d'aide et de soins à domicile) sont un indicateur important pour établir les besoins de prise en charge à domicile. Selon la statistique « Aide et soins à domicile » de l'OFS, le recours aux prestations marque une hausse constante depuis 2011. Entre 2011 et 2016, les prestations d'aide et de soins à domicile (nombre de clients) ont ainsi progressé de 35 % : alors qu'en 2011, un peu plus de 250 000 personnes ont bénéficié de ces services, elles étaient près de 340 000 en 2016¹⁰, soit quelque 4 % de la population. En 2016, plus de 44 % des personnes nécessitant de l'aide étaient âgées d'au moins 80 ans. Les deux tiers de la clientèle étaient des femmes. Souvent, les personnes qui ont besoin d'assistance sollicitent aussi bien des soins que de l'aide au ménage : en 2016, les heures facturées par client pour des prestations de soins s'élevaient en moyenne à 52, contre 51 heures pour l'économie domestique et l'accompagnement social¹¹.

1.1.3 Défis en matière de politique sociale

Parallèlement aux services professionnels et institutionnels d'assistance et de soins, la prise en charge assurée par des membres de la famille ou des proches représente une ressource importante pour la société. Il est important que les tâches de soins et d'accompagnement n'entraînent pas un risque de pauvreté pour leurs prestataires¹². Une étude internationale à laquelle la Suisse a participé indique que les parents d'enfants atteints d'un cancer font état d'un revenu plus bas et d'un risque de pauvreté accru. Les parents ne bénéficiant pas d'un niveau de formation élevé sont particulièrement menacés¹³.

La priorité consiste donc à introduire des mesures visant à favoriser la conciliation entre vie professionnelle et prise en charge de proches. Ces mesures sont d'autant plus indispensables que la plupart des femmes, qui assumaient jusqu'ici des tâches d'assistance non rémunérées, exercent aujourd'hui une activité professionnelle. Depuis 1991, le taux d'activité des femmes âgées de 15 à 64 ans ne cesse d'augmenter : en 2016, il s'élevait ainsi à 79,5 % pour les femmes et 88,2 % pour les hommes¹⁴. Pour pouvoir exploiter le potentiel de main d'œuvre disponible en Suisse, il est essentiel que les femmes soient plus solidement ancrées encore dans le monde du travail. En ces temps de pénurie de personnel qualifié, l'économie n'a pas d'autre choix¹⁵.

⁷ Borasio Gian D., Bernard Mathieu, Gamondi Palmesin Claudia. Meaning in life, personal values, and spirituality at the end of life. Lay Summary, End of Life National Research Programme NRP 67, Lausanne, 2016

⁸ Office fédéral de la statistique (OFS) : Les scénarios de l'évolution de la population de la Suisse 2015-2045. Neuchâtel, 2015, p. 9

⁹ <<https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/themen/strategien-politik/nationale-gesundheitsstrategien/nationale-demenzstrategie.html>> État : 25 février 2018

¹⁰ <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiken/gesundheit/erhebungen/spitex.html>> État : 26 février 2018

¹¹ <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiken/gesundheit/gesundheitswesen/hilfe-pflege-hause.html>> État : 14 mars 2018

¹² Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG). Reconnaissance et revalorisation du travail de care. Agir pour l'égalité. Berne, 2010

¹³ Mader Luzius, Roser Katharina, Baenziger Julia et al. Household income and risk-of-poverty of parents of long-term childhood cancer survivors. *Pediatr Blood Cancer* 2017 ; août ; 64(8) : 326245

¹⁴ <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/travail-remuneration/activite-professionnelle-temps-travail/personnes-actives/taux-activite.html>> État : 13 mars 2018

¹⁵ <<https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/Fachkraefteinitiative.html>> État : 26 février 2018

Concilier vie professionnelle et prise en charge est particulièrement problématique pour les personnes se trouvant dans l'incapacité de partager ces tâches avec un partenaire ou avec d'autres membres de la parenté. Selon le Rapport sur les familles 2017 du Conseil fédéral, les personnes vivant seules représentent le plus grand groupe de l'ensemble des ménages, soit 35 %. Les ménages constitués d'une personne vont continuer à progresser à l'avenir. Ce rapport révèle également que les formes de vie en commun se sont diversifiées et que les ménages qui comptent plusieurs personnes exerçant une activité professionnelle jouissent d'une meilleure situation financière¹⁶.

1.1.4 Conciliation entre vie professionnelle et prise en charge de proches

Considérant d'une part la pénurie généralisée de main d'œuvre qualifiée et d'autre part les objectifs de la politique de croissance du Conseil fédéral, il convient de maintenir le taux d'activité professionnelle au plus haut niveau, car il constitue un facteur déterminant du développement économique de la Suisse. Les femmes disposant d'une bonne formation professionnelle, en particulier, offrent un potentiel supplémentaire mobilisable. Les investissements dans la formation professionnelle des femmes doivent en outre pouvoir être exploités au profit du marché du travail, comme dans le cas des hommes. Toutefois, les mesures visant à mieux concilier l'activité professionnelle et la prise en charge de proches malades ou en situation de dépendance ne sauraient prêter les chances (p. ex. obstacle à la sélection lors d'un engagement) sur le marché du travail des personnes actives occupées, un phénomène qui toucherait majoritairement les femmes et les travailleurs plus âgés.

Dans le cadre de l'Enquête suisse sur la population active (ESPA), l'OFS collecte tous les trois à quatre ans, dans un module complémentaire introduit en 1997, les données relatives au travail non rémunéré réalisé tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du ménage, dont l'assistance apportée aux adultes ayant besoin de soins. En 2016, quelque 300 000 personnes âgées de plus de 15 ans ont effectué en Suisse un travail non rémunéré auprès de personnes nécessitant une prise en charge.

Selon les exploitations de données menées par l'OFS sur la base de l'ESPA en 2016, près de 56 000 personnes en activité professionnelle âgées de 15 à 64 ans font ménage commun avec une personne tributaire de prestations d'aide. Celles qui assument des tâches d'assistance y consacrent en moyenne 8,5 heures par semaine. Avec 11,2 heures par semaine, les femmes investissent plus de temps dans ce travail que les hommes, qui comptent 6,5 heures¹⁷. Quelque 127 000 personnes exerçant une activité professionnelle ont indiqué avoir fourni des prestations d'encadrement ou de soins pour des adultes vivant dans d'autres ménages au cours des quatre semaines précédentes. En moyenne, ces personnes y consacrent 3,7 heures par semaine.

Tableau 2 : Personnes exerçant une activité professionnelle qui assument des tâches d'assistance pour des proches nécessitant des soins, en milliers

Femmes exerçant une activité professionnelle		Hommes exerçant une activité professionnelle	
Dans son propre ménage	À l'extérieur du ménage	Dans son propre ménage	À l'extérieur du ménage
22	78	35*	48

Source : Évaluation spéciale de l'OFS, 2016 / *Si l'on tient compte uniquement des personnes exerçant une activité lucrative âgées de 15 à 64 ans, le nombre d'hommes se trouvant dans cette situation est supérieur à celui des femmes, car les femmes sans activité lucrative sont plus nombreuses que les hommes.

Selon l'OFS, les proches aidants en Suisse ont fourni un total de 80 millions d'heures de travail non rémunéré sous forme d'accompagnement et de soins en 2016. En admettant qu'une heure de travail coûte en moyenne 45,50 francs, cela représente une valeur monétaire de 3,7 milliards de francs par an¹⁸.

¹⁶ <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/population/evolution-future/scenarios-menages.html>. État : 13 mars 2018

¹⁷ <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/travail-remuneration/enquetes/espas> État : 1^{er} septembre 2017

¹⁸ <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/travail-remuneration/travail-non-remunere/compte-satellite-production-menages.html> État : 14 mars 2018

Problèmes de conciliation entre vie professionnelle et prise en charge de proches

Pour les proches aidants qui conservent une activité professionnelle, il convient de trouver un équilibre entre le temps consacré aux tâches d'assistance et les horaires de travail. La possibilité de concilier vie professionnelle et prise en charge de proches dépend de différents facteurs : la situation personnelle au travail (marge d'autonomie), le type de tâches et l'organisation du travail (possibilité d'être remplacé en cas d'absence, modèles de temps de travail flexibles) ainsi que la culture d'entreprise.

L'étude comparative des congés d'assistance de courte durée et de longue durée au niveau international montre que pour la majeure partie des personnes exerçant une activité professionnelle chargées d'assumer des tâches d'assistance pendant une longue période, l'aménagement d'horaires de travail flexibles ne remplace pas un congé d'assistance ou que dans la pratique le temps de travail flexible est irréalisable. Pour les personnes qui disposent d'un revenu faible, occupent le bas de la hiérarchie ou ont des horaires de travail irréguliers (p. ex. travail par équipes), en particulier, il est généralement très difficile d'organiser son temps de travail de manière flexible. De même, les horaires de travail flexibles ne permettent pas de soulager les familles avec plusieurs enfants dont l'un est gravement atteint dans sa santé en raison d'une maladie ou d'un accident, car les différentes exigences et tâches sont soumises à des contraintes horaires et la présence sur place est en partie indispensable¹⁹.

Les personnes exerçant une activité professionnelle qui doivent s'absenter du travail durant une courte période, réduire provisoirement leur taux d'activité ou prendre un congé pour assumer des tâches d'assistance devraient avoir la possibilité de le faire sans mettre en danger leur situation financière, leur carrière ou leur prévoyance vieillesse ultérieure. Au vu de la pénurie de main d'œuvre, les personnes, jeunes ou âgées, qui prennent en charge des proches tout en poursuivant une activité professionnelle doivent pouvoir préserver leurs chances sur le marché du travail. Dans le même esprit, il convient de réduire le risque de voir des coups du sort compromettre les chances de préserver ou de retrouver un emploi.

1.1.5 Législation actuelle

1.1.5.1 Absences professionnelles de courte durée

La loi fédérale du 13 mars 1964²⁰ sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (loi sur le travail, LTr) régit les conditions de travail des employeurs privés et partiellement des employeurs publics. L'art. 36, al.1, LTr définit les travailleurs ayant des responsabilités familiales. Sont réputées responsabilités familiales l'éducation des enfants jusqu'à l'âge de 15 ans et la prise en charge de membres de la parenté ou d'autres proches exigeant des soins. Selon cette disposition, l'employeur doit tenir compte de la situation familiale de ses employés dans l'aménagement du temps de travail, notamment en leur accordant des pauses plus longues et en évitant de leur imposer des heures supplémentaires. A son alinéa 3, l'article 36 LTr limite le droit aux congés de courte durée pour prise en charge de proches à la prise en charge d'enfants malades, sans faire mention de l'aide apportée à d'autres membres de la parenté ou à d'autres proches exigeant des soins. En vertu de l'art. 36, al. 3, LTr, l'employeur est tenu, sur présentation d'un certificat médical, de donner congé à l'employé pour le temps nécessaire à la garde d'un enfant malade, jusqu'à concurrence de trois jours. La loi sur le travail ne contient aucune disposition concernant le maintien du salaire.

S'agissant des rapports de travail soumis au droit privé, les dispositions applicables sont celles du code des obligations (CO)²¹. L'art. 324a CO régit l'obligation de l'employeur de verser le salaire lorsque la

¹⁹ Schmidt Andrea E, Fuchs Michael, Rodrigues Ricardo. Vergleichende Studie zu Betreuungsurlauben für Angehörige im internationalen Vergleich : Gesetzgebung und politische Massnahmen, Vienne, 2016

²⁰ RS 822.11

²¹ RS 220

personne employée est empêchée de travailler pour des causes inhérentes à sa personne, ce qui est le cas si elle ne peut assumer son obligation de travailler ou si celle-ci ne peut être raisonnablement exigée d'elle. Cette obligation de verser le salaire est due non seulement en cas de maladie ou d'accident de la personne employée, mais aussi lorsque celle-ci doit accomplir une obligation légale (art. 324a, al. 1, CO). Par obligation légale, il faut entendre en particulier l'obligation d'entretien des enfants (art. 276 du code civil suisse, CC²²), du conjoint ou du partenaire enregistré (art. 163 CC), à l'exclusion des personnes menant de fait une vie de couple, c'est-à-dire des relations de couple stables durant depuis plusieurs années. L'obligation d'entretien ne s'applique pas non plus à l'un ou l'autre des parents ni aux frères et sœurs, ces derniers n'y étant plus soumis depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2000, de la version révisée des art. 328 et 329 CC²³, et le soutien prévu dans ces dispositions étant de toute façon uniquement de nature financière. Bien qu'une décision cantonale et une partie de la doctrine reconnaissent l'empêchement de travailler pour cause d'obligation d'entretien fondée sur un devoir moral, celui-ci n'est juridiquement pas établi²⁴. L'obligation de verser le salaire ne perdure en outre que jusqu'à ce que le travailleur ait trouvé une solution de remplacement appropriée ou, dans le cas d'un enfant malade ou victime d'un accident, lorsque la prise en charge par les parents est considérée comme nécessaire pour des raisons médicales²⁵. Les solutions de remplacement envisageables incluent notamment les offres de garde de tiers.

L'obligation de verser le salaire est en outre limitée dans le temps. Durant la première année de service, l'art. 324a, al. 2, CO prévoit un contingent maximal de trois semaines. Le salaire est ensuite versé pour une « période plus longue fixée équitablement », compte tenu de la durée des rapports de travail et des circonstances particulières. Dans la pratique, on utilise des barèmes appelés respectivement échelle bâloise, échelle bernoise et échelle zurichoise pour déterminer la durée du maintien du salaire²⁶. Selon ces trois échelles, un total de 16 semaines est par exemple considéré comme approprié pour des rapports de travail d'une durée d'au moins six ans. Le crédit de temps correspondant s'applique à toutes les absences dues à un empêchement au sens de l'art. 324a, al. 2, CO. Les tribunaux peuvent s'écarter de ces échelles, comme en témoigne la jurisprudence cantonale en lien avec la prise en charge d'enfants en bas âge²⁷. Cela présuppose toutefois que, lorsque la personne employée n'est pas d'accord, elle agisse devant les tribunaux et sollicite l'aide d'un avocat, ce qui, à son tour, constitue un obstacle important à l'exercice du droit au salaire.

Cette réglementation présente à la fois des avantages et des inconvénients : d'un côté, au vu de la large marge d'appréciation du tribunal, le droit au salaire n'est pas garanti durant l'intégralité de la période de la prise en charge, car son application peut être évaluée différemment selon le tribunal concerné et implique une procédure longue et coûteuse. Si, en plus, la personne employée qui s'occupe d'un proche nécessitant des soins tombe elle-même malade durant cette année-là, le nombre de jours de congé de

²² Code civil suisse, RS 210

²³ Voir le message du Conseil fédéral du 15 novembre 1995 concernant la révision du code civil suisse (état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la famille, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtoage matrimonial), FF 1996 I 1 ss, ch. 245

²⁴ Arrêt du tribunal du travail de Zurich, 20 mars 1981, RSJ / SJZ 1981, 234 ss. Empêchement pour un motif autre qu'une obligation légale ; ZK-STAEHELIN, n° 17 ad art. 324a CO ; HENSCH, Angela, Arbeitnehmer mit Familienpflichten, AJP 2016, 1631 ss, 1639 ; CH-EMMEL, n° 1 ad art. 324a CO ; STREIFF, Ullin/VON KAENEL, Adrian/RUDOLPH, Roger, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu den Art. 319-362 OR, 7^e édition, Zurich/Bâle/Genève 2012, n° 20 ad art. 324a CO («für deren Pflege man verantwortlich ist») ; BRÜHWILER, Jürg, Einzelarbeitsvertrag – Kommentar zu den Art. 319-343 OR, 3^e édition, Bâle 2014, n° 2 ad art. 324a CO (schwere Erkrankung eines Elternteils) ; SUBILIA, Olivier/DUC, Jean-Michel, Droit du travail – Éléments de droit suisse, 2^e édition, Lausanne 2010, n° 20 ad art. 324a CO (maladie grave d'un proche) ; GEISER, Thomas/MÜLLER, Roland, Arbeitsrecht in der Schweiz, 3^e édition, Berne 2015, n° 428 (Betreuung nahestehender Angehöriger) ; BSK-PORTMANN/RUDOLPH, n° 47 ad art. 324a CO (Erkrankung nahestehender Angehöriger)

Empêchement motivé uniquement par une obligation légale : Arrêt du Tribunal fédéral du 7 avril 1998, 4C.459/1997, consid. 4 et CS-LONG-CHAMP, 13 ad art. 324a CO ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, 11 ad art. 324a CO ; EGLI, Hans-Peter, Lohnfortzahlung und Versicherungsschutz gemäss Art. 324a OR, AJP 2000, 1065, 1067 ; RÜETSCHI, David, Die Rechte des Arbeitnehmers bei der Betreuung kranker Kinder und anderer Angehöriger, in : Andrea Büchler Markus Müller-Chen (éd.). Private Law – national global – comparative. Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag (vol. I et II), Berne 2011, 1449 ss, 1461 ; VISCHER, Frank/MÜLLER, Roland M., Der Arbeitsvertrag, 4^e édition, Bâle 2014, n° 10, §12 ; WYLER, Rémy/HEINZER, Boris, Droit du travail, 3^e édition, Berne 2014, 223-224 ; BRUNNER, Christiane/BÜHLER, Jean-Michel/WAEBER, Jean-Bernard/BRUCHEZ, Christian, Commentaire du contrat de travail, 3^e édition, Lausanne 2010, n° 8 ad art. 324a CO ; KUKO OR-PIETRUSZAK, n° 5 ad art. 324a CO ; CR-AUBERT, n° 28

²⁵ Arrêt du Tribunal fédéral du 7 avril 1998, 4C.459/1997, consid. 4b

²⁶ <<http://www.arbeitsverhinderung.ch/lohnfortzahlung/lohnfortzahlungsskalen>> État : mercredi, 2 août 2017

²⁷ Arrêt du tribunal cantonal de Berne du 27 juillet 2004, JAR 2005, 352, 356

prise en charge rémunérés est réduit d'autant. Par ailleurs, le Tribunal fédéral fait preuve de retenue dans l'examen des décisions cantonales rendues ²⁸ avec pour conséquence que les décisions divergentes des différents tribunaux cantonaux ne sont pas forcément uniformisées. De l'autre, l'examen au cas par cas permet de tenir compte de chaque situation concrète.

Les absences prises pour s'occuper de proches malades à l'égard desquels il n'existe aucune obligation d'entretien légale peuvent être considérées comme des heures et des jours de congé usuels au sens de l'art. 329, al. 3, CO²⁹. La date et la durée du congé doivent être fixées équitablement selon les circonstances, en tenant compte des intérêts de l'employeur et du travailleur (art. 329, al. 4, CO). L'art. 329, al. 3, CO ne prévoit pas de versement du salaire durant cette absence, celui-ci devant être convenu ou usuel (art. 322, al. 1, CO).

On pourrait ainsi résumer les réglementations actuelles en disant que la LTr prévoit uniquement un congé pour la prise en charge d'enfants malades. Pour ce qui est du droit des obligations, il convient de constater que dans le cas d'absences pour tâches d'assistance en faveur de personnes à l'égard desquelles il n'existe pas d'obligation légale, l'obligation de verser le salaire n'est pas établie par la jurisprudence et est controversée dans la doctrine. Lorsque la personne employée est elle-même malade ou victime d'un accident ou lorsqu'il existe un devoir de prise en charge envers plusieurs personnes, par exemple en présence de plusieurs enfants, il n'est par ailleurs pas exclu que le nombre limité de jours d'absence excusés donnant droit au versement du salaire soit insuffisant. Ce problème est particulièrement aigu durant les premières années de service ou pour les mères qui ont eu plusieurs complications durant la grossesse et dont l'enfant nécessite un traitement continu après la naissance.

La législation en vigueur est illustrée ci-après.

Tableau 3 Aperçu des absences de courte durée en vertu du droit en vigueur

Personne employée	Article 324a CO		Article 36 LTr	
	Congé	Maintien du salaire	Congé	Maintien du salaire
Personne employée avec enfant malade (obligation d'entretien)	Oui, jusqu'à solution de remplacement ou tant que présence des parents nécessaire, et selon échelles	En principe contingent selon échelles	3 jours de travail par événement	Pas réglé
Personne employée avec conjoint ou partenaire enregistré malade (obligation d'entretien)	Oui, jusqu'à solution de remplacement	En principe contingent selon échelles	Pas réglé	Pas réglé
Partenaires menant de fait une vie de couple (pas d'obligation d'entretien)	Controversé ; pas de sécurité juridique	Controversé ; pas de sécurité juridique	Pas réglé	Pas réglé
Liens de parenté directs (p. ex. parent vivant seul, frère ou sœur vivant seul)	Controversé ; pas de sécurité juridique	Controversé ; pas de sécurité juridique	Pas réglé	Pas réglé
Personnes proches	Controversé ; pas de sécurité juridique	Controversé ; pas de sécurité juridique	Pas réglé	Pas réglé

Dispositions applicables au personnel de la Confédération

Les dispositions déterminantes pour les rapports de travail de droit public dans les cantons sont celles

²⁸ P. ex. en cas de licenciement avec effet immédiat pour justes motifs : ATF 130 III 28, consid. 4.1

²⁹ Arrêt du Tribunal fédéral du 7 avril 1998, 4C.459/1997, consid. 3 ; arrêt du Tribunal fédéral du 31 janvier 2006, 4C.298k/2005, consid. 5.2

du droit public cantonal et, au niveau fédéral, la loi sur le personnel de la Confédération et les ordonnances y relatives. En vertu de l'art. 40, al. 3, let. c, de l'ordonnance du Département fédéral des finances (DFF) du 6 décembre 2001³⁰ concernant l'ordonnance sur le personnel de la Confédération (O-OPers), les employés de la Confédération peuvent bénéficier d'un congé payé pouvant aller jusqu'à trois jours de travail par événement en cas de premiers soins et d'organisation des soins ultérieurs à donner à un membre de la famille ou au partenaire tombé malade ou victime d'un accident.

1.1.5.2 Absences professionnelles de longue durée

Il n'existe aujourd'hui pas de véritable compensation de la perte de gain causée par une absence prolongée du travail due à la survenance d'un besoin de prise en charge. Un droit prolongé au salaire ne peut découler que de l'art. 324a CO. Au vu des conditions et des restrictions de ladite disposition, ce droit est en principe limité dans le temps, en particulier en raison de l'obligation de trouver une solution de remplacement et du plafond annuel fixé pour la durée du congé. Le maintien prolongé du salaire a été accordé pour la prise en charge d'enfants en bas âge, autrement dit dans des cas pour lesquels il n'est pas nécessaire de trouver une solution de remplacement, la présence personnelle d'un parent étant jugée indispensable.

S'agissant des mesures de soutien supplémentaires, elles ne bénéficient actuellement qu'aux parents d'enfants atteints d'une infirmité congénitale. Le cas échéant, l'AI rembourse les prestations d'aide et de soins pédiatriques à domicile dispensées dans le cadre d'un traitement et verse aux mineurs l'allocation pour impotent et un supplément pour soins intenses³¹. Ces indemnités, octroyées de manière forfaitaire et calculées indépendamment du salaire, ne sont en principe versées qu'à l'échéance d'une année, lorsqu'il est établi que l'impotence est durable. Une contribution d'assistance peut en outre être attribuée lorsque les parents engagent un tiers pour s'occuper de leur enfant malade³².

1.1.5.3 Bonifications pour tâches d'assistance

Des bonifications pour tâches d'assistance sont accordées à des personnes qui s'occupent d'un proche ayant droit à une allocation pour une impotence de degré moyen au moins. Ces bonifications sont une illustration de la reconnaissance de la société envers les proches aidants. Il s'agit de revenus fictifs qui correspondent au triple du montant de la rente minimale annuelle (2018 : 42 300 francs par année civile). Elles sont prises en compte dans le calcul de la rente AVS et augmentent le salaire moyen qui détermine le montant de cette rente. Ainsi, elles compensent les éventuelles pertes de revenu et contribuent, à l'instar des bonifications pour tâches éducatives, à atteindre une rente plus élevée. Pendant les années durant lesquelles elles déclarent des enfants de moins de 16 ans, les personnes assurées bénéficient aussi de bonifications pour tâches éducatives.

En vertu de l'art. 29^{septies} LAVS³³, les assurés qui prennent en charge des parents de ligne ascendante ou descendante ou des frères et sœurs au bénéfice d'une allocation de l'AVS, de l'AI, de l'assurance-accidents obligatoire ou de l'assurance militaire pour une impotence de degré moyen au moins ont droit à une bonification pour tâches d'assistance à condition qu'ils puissent se déplacer facilement auprès de la personne prise en charge. Sont assimilés aux parents, les conjoints, les beaux-parents et les enfants d'un autre lit. Il n'est pas possible de prétendre simultanément à plusieurs bonifications. Autrement dit, la prise en charge de plusieurs personnes ou enfants ne donne pas droit à plus d'une bonification. De même, aucune bonification pour tâches d'assistance ne peut être attribuée si, durant la même période, il existe un droit à une bonification pour tâches éducatives.

La législation actuelle présuppose ainsi une prise en charge d'une certaine intensité et ne reconnaît l'assistance à des proches qu'à partir d'une impotence de degré moyen. L'on ne saurait pourtant exclure

³⁰ RS 172.220.111.31

³¹ Art. 42^{bis} et 42^{ter}, al. 3, LAI

³² Art. 42^{quater} à 42^{sexties} LAI

³³ RS 830.11

que des personnes présentant une impotence légère aient besoin de l'aide de leurs proches.

1.2 Nouvelle réglementation proposée

1.2.1 Absences professionnelles de courte durée

L'avant-projet propose d'introduire dans le CO un nouvel art. 329g dans le CO, qui règle le congé pour tâches d'assistance de parents et de proches malades ou accidentés.

Par rapport à la situation actuelle, l'introduction du nouvel art. 329g CO apporte deux améliorations importantes : d'une part, l'octroi d'un congé pour des soins prodigués à des membres de la parenté envers lesquelles il n'existe pas d'obligation d'entretien légale (art. 324a CO), d'autre part, l'inapplicabilité des restrictions découlant de l'art. 324a CO et le comblement des lacunes qui en résultent. Le congé de trois jours, en particulier, n'est plus imputé au crédit annuel au sens de l'art. 324a CO. La nécessité de la prise en charge doit être prouvée ; cette condition, qui concerne en particulier l'absence de solution de remplacement ou la nécessité de la présence personnelle du membre de la parenté ou du proche concerné, doit déjà être remplie aujourd'hui dans le cadre de l'art. 324a CO.

L'introduction du nouvel article dans le CO vise à mieux concilier activité lucrative et vie familiale en définissant un cadre juridique clair. Elle se fonde sur les jours de congé qui existent déjà pour les membres de la famille à charge dans le droit en vigueur et sont courants dans la pratique d'entreprise (voir les résultats de l'enquête menée dans le cadre de l'évaluation des conséquences de la réglementation, sous ch. 3). À noter qu'il s'agit aussi d'accorder le temps nécessaire pour accompagner la personne concernée en cas d'urgence médicale et/ou prendre les premières mesures requises par sa prise en charge à long terme. Ancrer le maintien du salaire dans la loi doit permettre de garantir à la personne employée que les tâches d'assistance qu'elle assume n'aient pas des conséquences économiques négatives et vise particulièrement à lutter contre la précarisation des personnes à bas revenus.

La nouvelle réglementation proposée est exposée dans le tableau ci-après.

Tableau 4 Aperçu de la nouvelle réglementation des absences professionnelles de courte durée

Personne employée	Nouvel art. 329g dans le CO		Statu quo dans la LTr
	Congé	Maintien du salaire	Congé (art. 36, al. 3, LTr)
Personne employée avec enfant malade (obligation d'entretien)	3 jours de travail par événement	3 jours de travail par événement	3 jours de travail par événement
Personne employée avec conjoint ou partenaire enregistré malade en phase aiguë (obligation d'entretien)	3 jours de travail par événement	3 jours de travail par événement	Non
Partenaires menant de fait une vie de couple (pas d'obligation d'entretien)	3 jours de travail par événement	3 jours de travail par événement	Non
Liens de parenté directs (p. ex. parent vivant seul, frère ou sœur vivant seul)	3 jours de travail par événement	3 jours de travail par événement	Non
Personnes proches	3 jours de travail par événement	3 jours de travail par événement	Non

1.2.2 Allocation pour la prise en charge d'un enfant gravement atteint dans sa santé en raison d'une maladie ou d'un accident (allocation de prise en charge)

1.2.2.1 Introduction

Un problème de santé grave ou un accident d'un enfant bouleverse profondément la vie d'une famille, qui se retrouve en proie à une charge émotionnelle et à une pression temporelle énormes. La situation peut encore être aggravée par des problèmes financiers, en particulier lorsque l'un des parents interrompt son travail et subit donc une perte de revenu. Il faut réorganiser le quotidien de la famille et trouver des arrangements avec les employeurs. Pour soulager les parents et favoriser les chances et le processus de guérison de l'enfant, il convient d'instaurer un congé permettant aux parents d'interrompre leur activité professionnelle pendant une certaine période sans craindre de perdre leur emploi ou de connaître d'importantes pertes de salaire.

La législation relative aux allocations pour perte de gain³⁴ accorde actuellement des indemnités journalières en cas de service dans l'armée, le service civil et la protection civile ainsi qu'en cas de maternité. Étant donné qu'il existe un parallèle entre le congé prévu par la nouvelle réglementation pour la prise en charge d'un enfant gravement atteint dans sa santé en raison d'une maladie ou d'un accident et le congé de maternité, il semble logique de se référer à la loi sur les allocations pour perte de gain.

³⁴ RS 834.1

1.2.2.2 Ayants droit

Le droit aux allocations pour perte de gain est prévu pour les parents d'enfants gravement atteints dans leur santé en raison d'une maladie ou d'un accident et requérant un niveau accru d'accompagnement et de soins. Le rapport parents-enfant repose sur la définition donnée à l'art. 252 CC³⁵. L'état civil des parents est par conséquent sans importance. Il convient de prendre autant que possible en considération la diversité des constellations familiales pour éviter qu'un enfant soit désavantagé du fait de la situation de sa famille. Le droit des parents nourriciers à l'indemnité doit être réglé dans l'ordonnance.

Gravité de l'atteinte à la santé

Les parents d'enfants gravement atteints dans leur santé doivent pouvoir prétendre à cette allocation. La notion d'atteinte grave à la santé doit être définie dans l'ordonnance. Si la définition doit établir une distinction entre une atteinte grave à la santé et une maladie ou un accident bénin, elle doit aussi être suffisamment générale pour englober au mieux toute la diversité des atteintes graves à la santé.

La gravité de l'atteinte à la santé est d'abord déterminée par les symptômes observés. Il n'est pas indispensable de disposer d'un diagnostic ; les atteintes à la santé impliquent cependant fréquemment un traitement médical hospitalier et/ou ambulatoire de longue durée (plusieurs mois) qu'il est toutefois souvent encore difficile à évaluer lors de la première consultation.

Les atteintes graves à la santé nécessitent une prise en charge intense de la part des parents. Outre la gravité du cas, l'importance du besoin de prise en charge dépend essentiellement de l'âge de l'enfant. Pour le même problème de santé, un enfant de quatre ans ne nécessite pas le même accompagnement qu'un jeune de 15 ans. La même atteinte peut ainsi être jugée plus ou moins grave selon l'âge de l'enfant.

L'idée de fixer une condition liée à la durée minimale du traitement du cas, par exemple d'un mois, a été écartée, car elle ne permet pas d'exclure, par exemple, les fractures du bras ou de la jambe. Faire d'une durée minimale une condition d'octroi à l'indemnité retarderait en outre la naissance du droit, puisqu'il faudrait d'abord attendre l'échéance du délai requis. Cela irait à l'encontre du but visé par l'indemnité, à savoir atténuer rapidement les effets d'une situation aiguë.

Rapport de travail de l'un des parents

Le droit à la prestation prend naissance lorsqu'au moins un des parents est engagé dans un rapport de travail avec un employeur ou exerce une activité professionnelle indépendante. Contrairement aux conditions requises pour l'allocation de maternité, l'octroi de la prestation n'est soumis à aucune durée d'assujettissement ni aucune durée d'exercice d'une activité professionnelle préalables. La durée préalable de l'assujettissement qui s'applique à certaines assurances sociales, en particulier, vise à lutter contre le tourisme des prestations. Étant donné qu'une maladie grave ou un accident grave survient en général de manière inattendue, il est peu probable que quelqu'un se rende en Suisse pour un tel événement. Cette condition préalable n'est donc pas nécessaire.

Pour obtenir cette allocation, il suffit que l'un des parents exerce une activité lucrative. Il convient de renoncer à soumettre l'octroi du droit à la condition selon laquelle les deux parents sont tenus d'avoir un emploi. On peut présumer que dans les familles qui ont plusieurs enfants, l'un des parents est entièrement absorbé par les prestations d'accompagnement et de soins fournies à l'enfant gravement atteint dans sa santé et que, du fait de la répartition des rôles (activité professionnelle / prise en charge des enfants), il n'est plus en mesure de s'occuper de ses autres enfants. Dans de telles situations, il est important que le parent qui exerce une activité lucrative puisse prendre congé pour veiller sur les frères

³⁵ RS 210

et sœurs. Par ailleurs, les couples dans lesquels le même parent s'occupe de l'enfant et exerce une activité professionnelle alors que l'autre ne fait ni l'un ni l'autre doivent eux aussi pouvoir bénéficier de ce congé. Si les deux parents devaient avoir un emploi, cette constellation ne donnerait pas droit à l'allocation. La condition selon laquelle un seul parent doit exercer une activité lucrative garantit la prise en compte de toutes les formes familiales. Il faut prendre en compte que les familles dans lesquelles un seul parent a une occupation professionnelle pourraient être avantagées ; toutefois, il ne s'agira sans doute que de quelques cas, puisque les situations dans lesquelles un seul parent exerce une activité lucrative ne concernent qu'un quart des familles³⁶. Les abus potentiels seront évités vu l'obligation d'établir son droit (certificat médical) et la possibilité de contrôle de l'employeur.

Tableau 5 : Statut professionnel et droit à l'allocation

Statut professionnel	Droit
Famille monoparentale, activité professionnelle	14 semaines d'indemnités journalières dans les limites du délai-cadre
Un parent exerce une activité professionnelle, l'autre pas	14 semaines d'indemnités journalières dans les limites du délai-cadre
Les deux parents exercent une activité professionnelle	14 semaines d'indemnités journalières dans les limites du délai-cadre divisés en deux ou répartis selon accord
Aucun parent n'exerce d'activité professionnelle	0 jour d'indemnités journalières

1.2.2.3 Délai-cadre de 18 mois et de 14 semaines

L'investissement que représente la prise en charge d'un enfant gravement atteint dans sa santé est considérable et l'évolution de l'état de santé varie d'un cas à l'autre. De même, le besoin de prise en charge diffère en fonction de l'âge de l'enfant et du degré de l'atteinte. Il est possible que durant un certain temps, l'enfant n'ait plus besoin de l'aide supplémentaire de ses parents au point de leur permettre de reprendre leur activité professionnelle, puis qu'une présence aux côtés de l'enfant se révèle indispensable à une période ultérieure de sa vie, par exemple suite à une rechute. Selon les indications du Registre suisse du cancer de l'enfant (RSCE)³⁷, l'investissement moyen dans la prise en charge d'un enfant atteint d'un cancer représente 155 jours de travail. Il s'agit là du nombre de jours qu'un parent doit passer à l'hôpital avec son enfant, auxquels il faut ajouter le temps consacré aux soins à fournir en dehors des visites à l'hôpital. Cela signifie que l'année de la survenance d'un cancer chez un enfant, l'un de ses parents sera en principe absent de son travail pendant une année entière (environ 240 jours de travail). Si l'on y additionne les jours de prise en charge de la deuxième année (1 à 2 jours par semaine) et le temps nécessaire aux contrôles de suivi à long terme, les parents exerçant une activité professionnelle sont absents de leur travail durant un total de quelque 320 jours (240 l'année de la survenance de la maladie puis 80 répartis sur les années suivantes).

La durée du congé, soit 14 semaines pouvant être répartis sur 18 mois, ne couvre pas entièrement le besoin d'assistance des enfants atteints d'un cancer. Le congé de prise en charge devant toutefois aussi s'appliquer aux atteintes à la santé d'une durée plus courte, il ne saurait englober toutes les situations. Dans les cas de maladies graves, la durée proposée suffit donc uniquement à alléger la situation et à couvrir une partie de la perte de gain. Le congé doit pouvoir être pris par semaines entières. Pour le délimiter, un délai-cadre est introduit au cours duquel il est possible de prendre congé par semaines entières ou en bloc (cf. explications concernant l'art. 16j LAPG).

³⁶ <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/situation-economique-sociale-population/egalite-femmes-hommes/conciliation-emploi-famille/participation-meres-peres-marche-emploi.html>

³⁷ Schindler Mathias, Kuehni Claudia. *Betreuungsaufwand für Eltern von Kindern und Jugendlichen mit Krebs in der Schweiz*. Berne, 2014 ; www.bag.admin.ch >Faktenblatt_Pflegeaufwand_Kinderkrebs >betreuungsauwand

1.2.2.4 Montant et calcul de l'allocation de prise en charge

Le calcul de l'allocation de prise en charge repose sur les mêmes règles que celles applicables à l'allocation de maternité³⁸. L'indemnité journalière s'élève à 80 % du revenu obtenu avant le début du droit à l'allocation et est limitée par un montant maximal. Cette règle s'applique indépendamment du fait que les jours de congé soient pris séparément ou en une seule fois (cf. commentaire de l'art. 16k LAPG).

1.2.2.5 Coordination avec les autres assurances sociales

Introduction

La coordination avec les autres assurances sociales vise aussi bien à éviter une surindemnisation qu'à garantir que le congé de prise en charge ne se traduise par des lacunes dans d'autres assurances sociales.

Exclusion d'autres prestations mais primauté de l'allocation de maternité et du supplément pour soins intenses

En principe, aucune prestation provenant d'autres assurances sociales n'est versée durant la période de prestation de l'allocation de prise en charge. L'allocation de maternité constitue une exception à cet égard en ce sens que lorsqu'un enfant naît avec une grave maladie, la mère a droit à l'allocation de maternité et non pas à l'allocation de prise en charge (art. 16g LAPG). Il existe une deuxième exception en ce qui concerne le supplément pour soins intenses (SSI) octroyé par l'assurance-invalidité³⁹. En effet, les parents n'ont en principe pas droit à l'allocation de prise en charge ou ce droit s'éteint en cas de naissance ou d'existence d'un droit au supplément pour soins intenses. Il est toutefois possible de faire valoir ce droit lorsque le versement du supplément pour soins intenses est interrompu en raison de l'hospitalisation de l'enfant.

Cotisations aux assurances sociales

Sont payées sur l'allocation de prise en charge comme sur l'allocation de maternité des cotisations à l'AVS, à l'AI, à l'APG et à l'AC (art. 19a LAPG). La part de l'employeur est prélevée sur le Fonds, comme c'est le cas pour l'allocation de maternité. Cette disposition s'appliquant à toutes les indemnités régies par la LAPG, il n'est pas nécessaire de la modifier.

Assurance-accidents

En vertu de l'art. 7, al. 1, de l'ordonnance sur l'assurance-accidents⁴⁰, les indemnités versées au titre de la loi sur les allocations pour perte de gain sont réputées salaire au sens de la LAA, de sorte que le versement du salaire est garanti durant le congé de prise en charge.

Prévoyance professionnelle

La protection de l'assurance de la prévoyance professionnelle doit également s'appliquer durant le congé de prise en charge, raison pour laquelle l'art. 8, al. 3, de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle est complété par le congé de prise en charge au sens de l'art. 329h CO.

1.2.2.6 Dispositions complémentaires et coordination avec le droit des obligations

Tandis que la LAPG régleme l'indemnisation versée pour compenser la perte de revenu découlant du congé, le CO doit régir les conséquences du congé de prise en charge sur les rapports de travail en droit privé. L'essentiel à cet égard est de définir dans le CO le droit de la personne employée à faire valoir le congé auprès de son employeur. L'employeur vérifie l'existence de l'atteinte grave à la santé, généralement par le biais d'un certificat médical. Des mesures d'accompagnement s'imposent par ailleurs pour empêcher l'employeur de contourner le congé de prise en charge en licenciant son

³⁸ Art. 16e LAPG ; RS 834.1

³⁹ Art. 42^{ter}, al. 3 LAI ; RS 831.20

⁴⁰ RS 832.202

employé ou en réduisant la durée des vacances de ce dernier. Il est donc impératif de garantir une protection contre le licenciement et d'enlever la possibilité de raccourcir les vacances durant le délai-cadre (cf. Commentaire article par article). La coordination avec le droit au salaire selon l'art. 324a CO se fait conformément au droit en vigueur. L'art. 324b, al. 1, CO prévoit que l'employeur est libéré de l'obligation de payer le salaire si les quatre cinquièmes de celui-ci sont couverts par une assurance légale obligatoire. Si, en raison de ce plafond, l'allocation de prise en charge ne couvre pas 80 % du salaire, c'est-à-dire si les 80 % du salaire dépassent le plafond fixé dans la LAPG, ce sont les dispositions sur le maintien du salaire conformément à l'art. 324a et 324b du droit des obligations qui s'appliquent.

1.2.3 Extension des bonifications pour tâches d'assistance

Extension du droit aux cas d'allocation pour une impotence de degré léger

Actuellement, les proches aidants n'ont droit à une bonification pour tâches d'assistance de l'AVS que si la personne exigeant des soins bénéficie d'une allocation pour une impotence moyenne ou grave⁴¹. Afin de pouvoir promouvoir une vie autonome à la maison, le droit à la bonification pour tâches d'assistance doit être accordé en cas d'impotence légère déjà. L'extension du droit aux cas d'impotence faible favorise la reconnaissance des prestations d'assistance fournies par les proches aidants. Les conditions requises pour obtenir le droit de faire valoir une impotence de degré léger montrent qu'il s'agit déjà de situations susceptibles d'impliquer un investissement considérable de la part des proches. Une personne au bénéfice d'une allocation pour impotence faible a ainsi déjà besoin d'aide pour accomplir au moins deux actes ordinaires de la vie (se vêtir, se dévêtir, se lever, s'asseoir, se coucher ; manger ; faire sa toilette ; aller aux toilettes ou se déplacer). Une allocation pour impotence légère est également attribuée lorsqu'une personne a besoin d'une surveillance permanente, nécessite des soins astreignants en raison de son infirmité ou requiert l'aide d'autrui en raison d'une grave atteinte des organes sensoriels ou d'une grave infirmité corporelle l'empêchant d'entretenir des contacts sociaux sans l'assistance d'un tiers⁴².

Extension du droit aux couples formant une communauté de vie

Il arrive aussi qu'une prise en charge soit nécessaire dans des couples non mariés. Les tâches d'assistance fournies par le partenaire de vie doivent être reconnues de la même manière que celles assurées par un conjoint, raison pour laquelle les couples formant une communauté de vie doivent être assimilés aux couples mariés. Le droit aux bonifications pour tâches d'assistance doit ainsi désormais être octroyé aux partenaires de vie qui s'occupent d'un proche exigeant des soins au bénéfice d'une allocation pour impotent. Une communauté de vie ne donne droit aux bonifications pour tâches d'assistance que lorsque le couple fait ménage commun depuis au moins cinq ans.

1.3 Harmonisation des tâches et des finances

L'avant-projet de loi ne contient aucune nouvelle tâche que la Confédération serait tenue de réaliser suite à l'adoption du texte concerné. Le nouvel acte législatif n'a donc aucune répercussion sur les finances fédérales.

1.4 Comparaison juridique, en particulier avec le droit européen

Selon une étude menée en 2016 sur mandat de l'OFSP concernant les absences pour tâches d'assistance de courte durée et de longue durée, les pays analysés, à savoir l'Autriche, l'Allemagne, la

⁴¹ Art. 29^{septies} LAVS ; RS 831.10

⁴² Art. 66^{bis}, al. 1, RAVS, et art. 37, al. 1 et 2, let. a et b, ainsi qu'al. 3, let. a à d, RAI ; RS 831.101 et 831.201

France, l'Italie, les Pays-Bas et le Canada, ont récemment introduit des réglementations relatives aux absences professionnelles de courte ou de longue durée motivées par la nécessité d'accompagner ou de soigner un membre de la parenté ou un proche malade ou victime d'un accident⁴³.

Absences professionnelles de courte durée

Dans les pays étudiés, les législations ont limité les congés à une durée oscillant entre 5 et 36 jours par an et par personne employée. Le nombre annuel maximal ne peut être pris que dans le cadre de congés successifs d'une durée maximale de trois jours chacun. Alors que ces absences ne sont pas rémunérées en France et au Canada, le salaire entier ou partiel continue d'être versé, généralement par l'employeur, dans les quatre autres pays.

Absences professionnelles de longue durée

Pour les absences professionnelles de longue durée, les pays étudiés proposent une multitude d'approches différentes. La durée des congés pour tâches d'assistance ou les coûts attendus de ces absences peuvent être considérés dans les quatre perspectives suivantes :

- définition du besoin de soins de la personne prise en charge à partir duquel un congé est accordé ;
- cercle des ayants droit pouvant prétendre à un congé ;
- montant des prestations financières ; et
- durée des congés.

La durée des congés proposés par les pays étudiés varie entre 6 semaines (Pays-Bas) et 24 mois (Italie ou Allemagne en tant que variante à temps partiel). À noter que seuls 3 des 13 modèles de congé de longue durée examinés ne prévoient aucun soutien financier de l'État.

L'approche retenue dans les règlements spécifiques aux différents pays s'explique en partie par des raisons historiques : en Autriche, le débat sur l'euthanasie mené au niveau international dans les années 2000 a conduit au rejet de ce concept sur le plan national et, en corollaire, à l'introduction d'un congé de prise en charge de longue durée. Ce congé était initialement prévu principalement pour accompagner les membres de la parenté en phase terminale et les enfants gravement malades. Par la suite, il a été étendu à d'autres situations où des soins sont nécessaires.

Outre les quatre points mentionnés ci-avant, le droit légal, la couverture sociale et l'égalité des sexes sont autant de critères importants aux yeux des proches aidants. Un droit légal à un congé (de courte ou de longue durée) est inclus dans toutes les réglementations, à l'exception de celle de l'Autriche, qui ne comprend pas de congé pour tâches de soins. En Allemagne, ce droit légal n'est toutefois accordé que lorsque l'entreprise atteint une certaine taille. La couverture sociale est assurée dans tous les pays. Les droits à la retraite demeurent généralement les mêmes.

En 2017, l'Institut suisse de droit comparé (ISDC) à Lausanne a actualisé l'étude précitée réalisée en 2016 à la lumière des développements ultérieurs dans les pays concernés⁴⁴ : dans la province canadienne de Colombie britannique, le maintien du salaire a été amélioré et le délai d'attente pour obtenir un congé de longue durée a été raccourci. Au Canada, une législation a en outre été adoptée à l'échelle nationale afin d'apporter un net élargissement des droits accordés en cas d'absences professionnelles dues à des tâches d'assistance. En Allemagne, les conditions se sont également améliorées ; les motifs justifiant un congé ont évolué pour passer d'une nécessité des soins exprimée en temps à une définition reposant sur le besoin d'assistance requis par la personne exigeant la prise en charge. En Italie, le Tribunal constitutionnel a étendu le cercle des bénéficiaires aux relations de fait

43 Schmidt Andrea E., Fuchs Michael, Rodrigues Ricardo. Vergleichende Studie zu Betreuungsurlauben für Angehörige im internationalen Vergleich: Gesetzgebung und politische Massnahmen. Vienne, 2016

44 Nadakavukaren Krista, Fournier Johanna, Curran John, et. al. Care Leave in Austria, Germany, Italy and the Netherlands – an update of the report of 2016. Lausanne, 2017

stables (concubins). Les législations autrichienne et néerlandaise n'ont subi aucun changement depuis 2016.

Les législations analysées se réfèrent principalement au cercle des ayants droit et au degré de gravité d'une maladie ou d'un accident donnant droit à un congé de prise en charge de longue durée. Dans la plupart des cas, le droit au congé n'est lié à des obligations d'assistance définies légalement ni pour le congé de courte durée, ni pour celui de longue durée. En d'autres termes, des partenaires menant de fait une vie de couple, des frères et sœurs et des membres de la famille élargie ou des membres du ménage sont réputés ayants droit s'ils peuvent prouver qu'ils sont impliqués dans les tâches de soins.

En cas de réglementation du droit à une absence professionnelle de longue durée, le principal élément déterminant pris en compte est le degré de gravité de la maladie de la personne concernée. À l'âge adulte, le critère le plus fréquemment retenu pour accorder un congé de prise en charge de longue durée est la probabilité de la mort imminente. À cet égard, les ordres juridiques étudiés reposaient toujours sur l'expertise de professionnels de la santé. En Autriche et dans la province canadienne de la Colombie britannique, la réglementation relative au droit au congé de prise en charge de longue durée auprès d'enfants malades s'étend au-delà des maladies mortelles. En France, il suffit de présenter un certificat médical, sans autre forme d'explication complémentaire.

1.5 Mise en œuvre

1.5.1 Absences professionnelles de courte durée

La modification proposée s'applique uniquement aux rapports de travail en vigueur dans l'économie privée. La mise en œuvre des congés de courte durée relève ainsi avant tout de la responsabilité des employeurs et des personnes concernées. En cas de litige, l'exécution du C est du ressort des tribunaux civils.

1.5.2 Allocation pour la prise en charge d'un enfant gravement atteint dans sa santé en raison d'une maladie ou d'un accident

Précisions par voie d'ordonnance

S'agissant de la précision des dispositions légales par voie d'ordonnance, nous renvoyons au chiffre 1.2.2 ainsi qu'aux explications relatives à l'art. 16*i*, al. 5, LAPG.

Procédure de demande et caisse de compensation compétente

La demande d'allocation de prise en charge se fait dans le cadre d'une procédure de demande, au moyen d'un formulaire, comme pour l'allocation de maternité. Dans le cadre de cette démarche, l'employeur ou la personne ayant droit annonce à la caisse de compensation AVS les jours de congé pris et le salaire correspondant. La requête doit être accompagnée du certificat médical attestant de la gravité de l'atteinte à la santé. En sollicitant l'indemnité correspondant au congé, l'employeur confirme la crédibilité du certificat médical. Lorsque les deux parents exercent une activité professionnelle, l'établissement et le calcul de l'indemnité sont confiés à une seule et même caisse de compensation AVS, afin de faciliter la mise en œuvre. Le cas échéant, la caisse de compensation AVS compétente est celle auprès de laquelle la première demande a été déposée.

Contrairement à la démarche applicable à l'allocation de maternité, où le droit à la prestation peut être prouvé au moyen du certificat de naissance de l'enfant, la détermination des conditions d'octroi du droit dans le cas d'une atteinte grave à la santé est complexe. Cette indemnité étant toutefois prévue pour des situations aiguës, la décision concernant l'existence ou non de ce droit devrait être rendue

rapidement. Il en va de l'éventuelle cessation de l'activité professionnelle de l'un ou l'autre des parents qui, en cas de refus du droit à une allocation, peut entraîner des pertes financières considérables.

Les caisses de compensation AVS ne sont pas équipées pour vérifier si les conditions médicales requises sont remplies, mais pour examiner les conditions relatives à l'assurance ou à l'exercice de l'activité professionnelle antérieurs à la survenance du cas et pour verser les prestations correspondantes. L'idée de confier l'examen des aspects médicaux aux services de l'AI n'a pas été poursuivie, car les procédures de ces organes ne sont pas adaptées à des situations aiguës. Le projet d'introduction d'un service dédié a été abandonné pour les mêmes raisons. Afin de ne pas prolonger la procédure, la preuve de l'atteinte grave à la santé doit être apportée par le médecin traitant sans qu'il soit nécessaire de solliciter un deuxième avis. Au vu du délai-cadre de 18 mois, l'employeur doit toutefois avoir la possibilité, passé un certain temps, d'exiger un autre certificat confirmant la persistance du problème de santé.

Le certificat médical doit renseigner sur la gravité de l'atteinte, conformément aux exigences fixées par l'ordonnance, sur le besoin de prise en charge et, partant, sur la nécessité d'interrompre l'activité professionnelle pour s'occuper de l'enfant, ainsi que sur la date de la survenance de la maladie ou de l'accident.

1.6 Classement d'interventions parlementaires

Le postulat Seydoux-Christe 09.4199 « Congé rémunéré d'une durée suffisante pour les parents d'enfants gravement atteints dans leur santé » du 10 décembre 2009 chargeait le Conseil fédéral d'établir un rapport sur la possibilité d'introduire dans notre système d'assurances sociales un congé rémunéré d'une durée suffisante pour l'un ou l'autre parent accompagnant un enfant gravement atteint dans sa santé. Il pourrait s'agir d'une indemnité journalière dont les modalités, notamment le montant et la durée, seraient à déterminer, et qui pourrait bénéficier à l'un ou l'autre parent de familles en situation financière fragile ou précaire. Ce postulat a été accepté par le Conseil des États le 2 mars 2010, par 27 voix contre 10. Avec l'introduction du congé pour la prise en charge d'un enfant gravement malade ou victime d'un accident grave, les conditions requises pour classer ce postulat sont remplies.

2 Commentaire article par article

2.1 Absences professionnelles de courte durée

Art. 329g CO

Le nouvel art. 329g CO relatif au « congé pour la prise en charge de proches » s'appuie sur la terminologie de l'actuel art. 36 LTr, hormis l'exigence concernant le certificat médical, qui ne figure pas dans l'art. 329g CO. Au vu des règles générales applicables en droit civil en matière de preuve (art. 8 CC), la personne employée doit toutefois prouver que les faits qui donnent naissance à son droit, ce qui se fera en général au moyen d'un certificat médical.

La définition actuelle de « membres de la parenté exigeant des soins » et « proches » dans l'art. 36, al. 1, LTr est déterminante pour le nouvel art. 329g CO. Il n'est pas établi de liste définitive des personnes concernées. Il s'agit d'une définition large, qui s'appuie sur la situation personnelle des employés et leurs responsabilités, qui ne doit pas être à caractère juridique. Il est ainsi possible de tenir compte des différentes situations familiales actuelles (concubins, enfants qui s'occupent de l'épouse du père ou de l'époux la mère et inversement, etc.). Cette solution est adaptée pour des absences de

courte durée.

L'art. 36, al. 3, LTr doit aussi être pris en compte. Cette disposition qui concerne la prise en charge d'enfants malades, n'indique pas qu'il doit s'agir de mineurs. En évoquant « l'éducation des enfants jusqu'à l'âge de quinze ans », l'art. 36, al. 1, LTr est plus précis. Au regard de l'art. 36, al. 3, LTr, cette limite d'âge n'est pas appropriée, puisqu'elle contredit l'obligation d'entretien définie en droit civil qui perdure jusqu'au 18^e anniversaire de l'enfant et peut encore être prolongée dans certaines circonstances. Il arrive en outre que des parents doivent aider un enfant majeur, par exemple, si celui-ci tombe gravement malade ou se trouve dans un état critique exigeant des soins d'urgence. De même, la prise en charge de membres de la parenté ou de proches malades ou victimes d'un accident concerne avant tout des personnes adultes. Le terme juridique n'est cependant pas limité aux adultes et peut, suivant la situation, s'appliquer par exemple à un petit-fils mineur ou à une nièce mineure. La différence entre enfants mineurs et adultes intervient lorsqu'il s'agit de juger de la nécessité de l'assistance. Une prise en charge est en effet davantage considérée comme indispensable dans le cas d'un enfant. Bien souvent, une personne adulte peut prendre soin d'elle, alors que les mineurs – en particulier les jeunes enfants – ne sont pas en mesure de le faire.

La relation entre la nouvelle disposition et l'art. 324a CO doit encore être clarifiée ; le congé de trois jours exclut l'application de l'art. 324a CO. En effet, étant donné qu'il n'existe pas d'obligation de travailler durant le congé, il ne peut y avoir d'empêchement susceptible de libérer la personne employée de son obligation. Le congé est par conséquent indépendant du contingent annuel visé à l'art. 324a CO.

L'art. 324a CO peut en revanche s'appliquer à l'échéance du congé de trois jours pour autant que les conditions requises dans cette disposition (ch. 1.1.5.1) soient remplies et en particulier que l'avoir annuel correspondant n'ait pas été épuisé. Un congé pourrait théoriquement aussi être accordé à l'issue des trois jours en vertu de l'art. 329, al. 3, CO. Toutefois, le temps libre octroyé conformément à cette disposition ne dure en principe pas plus de trois jours.

Par conséquent, la relation entre l'art. 329g CO et le nouvel art. 329h CO relatif au « Congé pour la prise en charge d'un enfant gravement atteint dans sa santé en raison d'une maladie ou d'un accident » doit elle aussi être clarifiée. Au vu des fonctions différentes des congés et du temps nécessaire pour établir la nécessité du congé de longue durée, le congé de trois jours prévu à l'art. 329g CO peut être accordé indépendamment du congé au sens de l'art. 329h CO. Dans l'hypothèse, par exemple, où la maladie d'un enfant serait explicitement prouvée mais où sa gravité requerrait des clarifications supplémentaires ou serait contestée, les parents pourraient prendre le congé visé à l'art. 329g CO pour s'occuper de leur enfant malade.

2.2 Allocation pour la prise en charge d'un enfant gravement atteint dans sa santé en raison d'une maladie ou d'un accident (allocation de prise en charge)

Art. 16g LAPG

Lorsqu'un enfant naît avec une grave maladie, ses parents ne peuvent prétendre à l'allocation de prise en charge. Le cas échéant, la mère a droit à l'allocation de maternité, qui est donc prioritaire. Lorsque les conditions sont remplies, les parents peuvent cependant revendiquer un droit à l'allocation de prise en charge à la suite de l'allocation de maternité.

L'ajout « si elle concerne le même enfant » règle les cas des enfants qui viennent au monde dans une famille comprenant déjà un enfant gravement atteint dans sa santé (frère ou sœur). Le cas échéant, il peut y avoir simultanément un droit à l'allocation de maternité et un droit à l'allocation de prise en charge. À noter que seul le père peut bénéficier de ce dernier droit durant le congé de maternité.

Art. 16i LAPG

Al. 1 : Une personne qui a un enfant doit avoir avec lui un rapport de filiation au sens de l'art. 252 CC. L'état civil des parents est sans importance. Un droit ne peut être accordé que pour un enfant de moins de 18 ans (*let. a*). L'activité lucrative doit être interrompue par au moins un des parents (*let. b*). La perte du salaire qui en découle est déterminante pour l'octroi de la prestation. Les deux parents ne peuvent prétendre qu'à une seule allocation.

Al. 2 : Le droit est accordé par cas de maladie ou d'accident. Si un enfant est atteint d'une autre maladie grave, les parents peuvent prétendre à une nouvelle allocation. Les maladies en lien avec la maladie principale, qui découlent par exemple de l'affaiblissement du système immunitaire, ne sont pas considérées comme des nouvelles maladies et ne constituent donc pas des nouveaux cas. Une rechute qui survient après une longue période sans symptôme est en revanche reconnue comme étant un nouveau cas. Aux termes de la présente disposition, un autre droit peut toutefois aussi prendre naissance dans la même famille lorsqu'un deuxième enfant tombe gravement malade ou est victime d'un accident grave.

Al. 3 : En cas de droit simultané au supplément pour soins intenses (SSI) au sens de l'art. 42^{er}, al. 3, de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité⁴⁵, celui-ci prime. Sur le principe, il est toutefois possible que durant la période au cours de laquelle aucun droit au SSI ne peut encore prendre naissance, en particulier pendant l'année d'attente, il existe un droit à l'allocation de prise en charge (art. 42^{bis} LAI). Lorsqu'un enfant doit séjourner dans un home et que le versement du SSI est interrompu (art. 42^{er}, al. 3, LAI), il est possible, pour autant que les conditions d'octroi des prestations soient remplies, que l'allocation de prise en charge soit octroyée.

Al. 4, let. a : Le droit doit également être accordé à des personnes qui s'occupent en réalité de l'enfant comme des parents, bien qu'il n'existe aucun lien de filiation juridique entre eux. Ces situations sont déjà réglées dans le cadre de l'AVS en lien avec les rentes d'orphelins pour les enfants recueillis⁴⁶. Les dispositions de l'ordonnance doivent s'y conformer.

Lettre b : Comme pour l'allocation de maternité, les personnes qui se trouvent dans l'incapacité de travailler doivent pouvoir prétendre à la prestation. Cela concerne en particulier les personnes au bénéfice d'une rente AI, d'une indemnité journalière de l'AI ou d'une indemnité journalière de l'assurance-chômage.

Lettre c : La notion d'atteinte grave à la santé doit être définie dans l'ordonnance. La définition doit établir une distinction entre l'atteinte grave à la santé et celle présentant un degré de gravité moyen (fractures osseuses, diabète, pneumonie nécessitant un séjour hospitalier). Par ailleurs, l'allocation de prise en charge doit en principe permettre d'alléger les phases actives ou aiguës de maladie. Il convient toutefois également de veiller à ce qu'une maladie chronique caractérisée par des fluctuations puisse donner droit à des prestations lors de ses phases actives ou aiguës.

Une atteinte grave à la santé se distingue souvent par la nature incertaine et difficilement prévisible de son évolution. Cela peut signifier que l'évolution du processus de guérison s'accompagne de hauts et de bas, qu'il faut s'attendre à des rechutes et que l'issue du processus de guérison est ouverte. Il est également probable que l'évolution s'étende sur une longue période sans qu'il soit possible de fixer une durée minimale.

Lorsqu'un enfant est gravement atteint dans sa santé, il a besoin d'un accompagnement soutenu de l'un de ses parents. L'intensité de la prise en charge dépend essentiellement de la gravité et du type du problème de santé, de l'âge de l'enfant et de la situation familiale (réseau social, autres charges liées à des maladies, chômage, situation professionnelle, etc.). En établissant le certificat médical, le médecin

⁴⁵ RS 831.20

⁴⁶ Art. 25, al. 3 LAVS, RS 831.10 ; art. 49 OAVS, RS 831.101

traitant confirme aussi la nécessité de l'accompagnement soutenu des parents. Bien que la prise en charge doive être suffisamment intensive pour contraindre le proche aidant à interrompre son activité lucrative, on ne saurait exiger un nombre minimal d'actes ou d'heures d'encadrement et de soins par jour, même si l'accompagnement soutenu d'un enfant implique souvent des actes d'encadrement et de soins – comme le contrôle des fonctions corporelles, certaines mesures médicales simples, une aide pour accomplir des actes quotidiens, l'accompagnement aux thérapies et aux consultations médicales, etc. À noter que l'accompagnement soutenu doit aussi inclure des phases durant lesquelles il se limite à une simple présence (p. ex. durant un long séjour hospitalier) et où les soins et la prise en charge sont assurés exclusivement par des professionnels. C'est pourquoi il a été décidé de renoncer à définir les soins et la prise en charge tels qu'ils figurent, par exemple, dans l'assurance-invalidité⁴⁷ ou l'assurance-maladie⁴⁸.

Art. 16j LAPG

Al. 1 : Pour que les parents puissent prendre congé lorsque l'enfant a besoin d'eux, les semaines de congé indemnisées doivent pouvoir être prises dans un délai-cadre de 18 mois. Le délai-cadre sert à délimiter le congé et empêche que celui-ci ne s'étende sur plusieurs années. Par ailleurs, l'employeur peut ainsi mieux planifier les absences. De plus, le délai-cadre comporte une protection contre la résiliation du contrat, conformément à l'art. 336c, al. 1, let. c^{bis}, CO. Le délai-cadre permet aussi d'assurer que la protection contre les résiliations de contrats ne puisse pas être prolongée indéfiniment.

Al. 2 : Le délai-cadre commence à courir le jour où les conditions définies à l'art. 16i sont réunies et où la première indemnité est reçue. Le début du délai-cadre correspond donc au premier versement de l'allocation. Il ne saurait dépendre de la survenance de l'atteinte à la santé, car la gravité du problème n'est pas toujours déterminée à ce moment-là et n'est parfois identifiée qu'ultérieurement. Le délai-cadre serait en outre raccourci, ce qui serait incorrect au regard de la situation. Par ailleurs, si le début du délai-cadre tombe le jour du premier versement, les jours pris sous une autre forme de congé (p. ex. vacances, compensation des heures supplémentaires ou congé de prise en charge au sens de l'art. 329g CO [nouveau]) ne sont pas inclus dans le délai-cadre, Dans le cas contraire, il en serait raccourci. Les vacances prises pendant le délai-cadre ne le prolongent pas.

Les *al. 3 à 4* réglementent l'extinction du droit. Le droit s'éteint prématurément, en particulier, si l'enfant n'est plus gravement atteint dans sa santé avant que toutes les indemnités journalières aient été perçues. Par contre, le droit ne s'éteint pas lorsque l'enfant devient majeur avant l'échéance du délai-cadre.

Art. 16k LAPG

Al. 1 : Cet alinéa définit la forme de l'allocation. Comme pour les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité, l'allocation est établie sous la forme d'indemnités journalières.

Al. 2 et 3 : Comme dans le cas de l'allocation de maternité, l'ayant droit peut prétendre à 98 indemnités journalières. Contrairement à la démarche applicable à l'allocation de maternité, les indemnités journalières peuvent être demandées en une seule fois ou avec des interruptions en fonction des besoins, dans les limites du délai-cadre. Le plus petit versement possible correspond à une indemnité d'une semaine. Il n'est donc pas possible d'allouer des jours séparés. Le paiement à la semaine est déterminé par la fixation de l'indemnité journalière, qui correspond à celle de l'allocation de maternité. Cela permet d'assurer que, jusqu'à un plafond de 196 francs, 80 % du salaire soit couvert (cf. aussi explications concernant l'art. 16l).

Al. 4 : Cette disposition réglemente le droit à l'allocation des parents entre eux lorsqu'ils remplissent tous deux les conditions d'octroi de la prestation. Tandis que les parents jouissent en principe chacun de la moitié du congé, tout en ayant la possibilité de se répartir le congé différemment (cf. art. 329h,

⁴⁷ Voir la circulaire sur l'invalidité et l'impotence dans l'assurance-invalidité (CIIAI) ; réf. 8074

⁴⁸ Art. 7 de l'ordonnance sur les prestations de l'assurance des soins (OPAS) ; les soins de base ; RS 832.112.31

al. 3 CO), il est précisé que l'allocation est attribuée au parent qui prend le congé.

Art. 16l LAPG

S'agissant du montant et du calcul des indemnités journalières, les dispositions relatives à l'allocation de maternité s'appliquent par analogie. En d'autres termes, l'indemnité journalière est égale à 80 % du revenu moyen de l'activité lucrative obtenu avant le début du congé. Elle est limitée à 196 francs par jour. La coordination avec le droit au salaire au sens de l'art. 324a CO est établie conformément au droit en vigueur. L'art. 324b, al. 1, CO prévoit que l'employeur est libéré de l'obligation de verser le salaire lorsque les prestations d'assurance dues pour le temps limité couvrent les quatre cinquièmes au moins du salaire afférent à cette période.

Art. 16m LAPG

Al. 1 : Cette disposition visant à empêcher une surindemnisation, aucune autre assurance sociale n'est en principe versée durant la période de prestation de l'allocation de prise en charge. Il est toutefois concevable que la naissance d'un enfant tombe dans la même période que la maladie grave d'un autre enfant. Le cas échéant, les parents doivent pouvoir prétendre à l'allocation de prise en charge. Conformément au commentaire relatif à l'art. 16g LAPG, l'allocation de maternité prime cette indemnité.

Al. 2 : Le congé de maternité peut être suivi par le versement de l'allocation pour les parents d'un enfant gravement malade ou victime d'un accident grave. Le montant de l'indemnité est au moins égal à celui des prestations énumérées.

Art. 20, al. 1, LAPG

Les dispositions relatives à la prescription et à la facturation ayant une portée générale, elles figurent dans le chapitre « VI. Dispositions diverses ». La règle applicable à l'allocation de maternité peut être reprise par analogie : le droit aux allocations non versées s'éteint cinq ans après la prise du dernier jour de congé.

Titre marginal, art. 329 CO

Le titre marginal de l'art. 329 CO doit être complété du fait de l'inclusion de nouvelles dispositions relatives au congé de prise en charge dans le code des obligations.

Art. 329b, al. 3, let. c, CO

Comme dans le cas du congé de maternité, la durée des vacances ne peut être réduite en raison d'un congé de prise en charge.

Art. 329h CO

La réglementation du droit au congé pour la prise en charge d'un enfant gravement malade ou victime d'un accident grave est un ajout indispensable à l'allocation de prise en charge. Si le droit à ce congé n'était pas réglé dans le CO, les parents seraient en principe tenus de fournir leur prestation de travail. Le droit au congé au sens du CO n'est cependant accordé que dans la mesure où une allocation est due selon la LAPG.

Conformément à la durée de la prestation visée par la LAPG, le congé est accordé pour 14 semaines, pris en une fois ou à la semaine, dans les limites du délai-cadre de 18 mois (cf. commentaire de l'art. 16k, al. 2, LAPG).

Le congé de prise en charge doit également être octroyé lorsqu'un seul des parents exerce une activité lucrative ou lorsqu'un parent, voire les deux, travaille à temps partiel (point 1.2.2.2). Si les deux parents ont une occupation professionnelle, le congé de prise en charge est en principe réparti également entre

les parents, de sorte que chacun d'eux bénéficie de 7 semaines de congé. Les parents doivent toutefois aussi avoir la possibilité d'établir, d'un commun accord, une répartition différente. Cet accord est suffisant pour modifier la répartition. L'employeur ne doit pas l'approuver. Il en est informé conformément à l'al. 3. Cette précision permet de garantir, d'une part, que les deux parents jouissent dans la même mesure de leur droit et, d'autre part, que la durée du congé n'excède pas 14 semaines. Le congé peut être pris en une fois ou par semaines entières. Il doit également être possible aux parents de prendre congé simultanément.

Pour préserver autant que faire se peut les intérêts de l'employeur, celui-ci doit être informé immédiatement des modalités selon lesquelles le congé est pris, c'est-à-dire de la répartition du congé entre les parents et des jours de congé prévus. Cette obligation s'applique aussi à tout changement apporté aux modalités en raison des circonstances.

Art. 336c, al. 1, CO

Tant que dure le droit au congé, la personne employée bénéficie de la protection en cas de résiliation en temps inopportun. Cette protection s'applique aussi longtemps que le droit au congé existe. Il se peut que les conditions ne soient plus données, que les jours de congés aient été tous utilisés ou que le délai-cadre soit échu.

Art. 362, al. 1

Pour que le nouvel article 329h CO ne puisse pas être modifié au détriment de la personne employée, il est repris dans l'énumération des normes relativement impératives de l'art. 362, al. 1, CO.

Art. 8, al. 3, LAVS

Cet ajout garantit que la protection d'assurance est maintenue au même niveau durant le congé de prise en charge. La référence se rapporte à l'art. 329g CO.

Art. 10, al. 4, de la loi fédérale sur les allocations familiales dans l'agriculture⁴⁹

Pour que les allocations familiales continuent à être versées durant le congé de prise en charge, cette disposition doit être complétée par la mention de ce congé. La référence se rapporte à l'art. 329g CO.

2.3 Extension des bonifications pour tâches d'assistance

Art. 29^{septies} LAVS

La prise en charge de personnes avec lesquelles il existe une relation de couple de fait doit aussi donner droit à des bonifications pour tâches d'assistance. Il y a vie de couple de fait en cas de ménage commun depuis au moins cinq ans. La durée de cinq ans a été fixée par analogie aux dispositions en vigueur dans la prévoyance professionnelle⁵⁰. Contrairement à la prévoyance professionnelle⁵¹, l'octroi de la prestation présuppose toutefois l'existence d'un ménage commun destiné à servir de référence pour la mise en œuvre.

⁴⁹ RS 836.1

⁵⁰ Art. 20a, al. 1, let. a, de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP) ; RS 831.40

⁵¹ ATF 134 V 369

3 Conséquences

3.1 Conséquences pour la Confédération en matière de finances et de personnel

3.1.1 Absences professionnelles de courte durée

La LTr ne porte que de manière restreinte sur les collaborateurs de l'administration fédérale (art. 36a LTr). De même, les dispositions du code des obligations ne s'appliquent que de manière subsidiaire au personnel fédéral (art. 6, al. 2, LPers) ou à certaines catégories de personnel définies par le Conseil fédéral (art. 6, al. 5, LPers). Étant donné que l'art. 40, al. 3, let. c, O-OPers prévoit déjà un congé pour la prise en charge de proches, le nouveau congé de courte durée qui doit être introduit ne s'appliquera qu'aux catégories de personnel soumises au CO. Les conséquences en matière de personnel pour la Confédération sont donc négligeables.

3.1.2 Allocation pour la prise en charge d'un enfant gravement atteint dans sa santé en raison d'une maladie ou d'un accident

Pour la Confédération, l'introduction d'un congé pour la prise en charge d'un enfant gravement atteint dans sa santé en raison d'une maladie ou d'un accident n'a aucune conséquence en matière de finances ni de personnel.

3.1.3 Extension des bonifications pour tâches d'assistance

Aujourd'hui (2016), sur les plus de deux millions de bénéficiaires de rentes AVS, un peu plus de 5400 personnes ont sollicité des bonifications pour tâches d'assistance. Les augmentations de rente qui en découlent bénéficient à 3500 personnes et s'élèvent en moyenne à 40 francs par mois.

En 2016, l'AVS a versé des prestations à hauteur de quelque 42,5 milliards de francs. En comparaison, le montant des bonifications pour tâches d'assistance, à savoir 2,5 millions de francs, n'a que peu de poids. Si les bonifications pour tâches d'assistance étaient déjà accordées pour des cas d'impotence de faible degré, 2000 personnes recevraient une rente plus élevée. Il en résulterait pour l'AVS un surcoût de 1 million de francs par an. En 2016, les dépenses totales étaient de quelque 42,5 milliards de francs.

Les coûts supplémentaires générés par l'extension du droit aux bonifications pour tâches d'assistance aux couples vivant en concubinage sont impossibles à chiffrer sur la base des données actuelles.

Les charges administratives sont insignifiantes, car le système informatique est déjà utilisé dans ce but et devrait simplement être modifié aux fins d'inclure l'allocation pour impotence légère.

3.2 Conséquences pour les cantons et les communes ainsi que pour les centres urbains, les agglomérations et les régions de montagne

Pour les cantons et les communes, les modifications de lois proposées n'entraînent aucune tâche d'exécution et n'ont donc pas de répercussions sur les finances ou le personnel. Il ne peut toutefois être exclu que, suivant le droit du travail applicable, des personnes employées par des administrations ou autres institutions cantonales ou communales puissent profiter des nouvelles réglementations. En outre, l'introduction d'un congé de prise en charge au sens de la LAPG se traduira probablement par des économies du fait de la suppression des prestations sociales ou des prestations de soutien. Au vu du peu de cas concernés, l'incidence devrait cependant être minime.

3.3 Conséquences pour les entreprises et l'économie

3.3.1 Étude relative à l'analyse d'impact de la réglementation

Le 5 juillet 2017, l'OFSP a chargé la société B,S,S. *Volkswirtschaftliche Beratung*, à Bâle, de mener une analyse d'impact de la réglementation (AIR) portant sur les modifications de loi proposées, selon la décision de principe du Conseil fédéral du 1^{er} février 2017⁵². B,S,S a alors réalisé une enquête à l'échelle nationale auprès de diverses sociétés dans le but, d'une part, de comparer la situation actuelle aux effets attendus des nouvelles dispositions prévues et, d'autre part, d'analyser les coûts et les bénéfices des nouvelles dispositions envisagées dans la perspective des entreprises, de l'économie et de la société. Pour cette enquête auprès des sociétés, l'OFSP a remis à B,S,S. un échantillon de 6000 petites, moyennes et grandes entreprises représentatif de toutes les régions du pays. Les sociétés retenues employaient toutes au moins deux personnes. Au total, 2246 entreprises ont participé à l'enquête en ligne, ce qui correspond à un taux de réponse de 38 %. Si l'on extrapole ces chiffres, l'étude représente 302 000 entreprises employant 4,61 millions de personnes.

Dans le cadre de cette évaluation, B,S,S. a pondéré les résultats obtenus pour chaque question de l'AIR en fonction du nombre d'entreprises ou du nombre de personnes employées. Elle a ensuite vérifié la plausibilité des résultats auprès de représentants des entreprises et des personnes employées ainsi qu'auprès de plusieurs spécialistes de la prise en charge de proches le soin. Ce groupe d'experts ayant jugé les résultats de l'analyse plausibles, la base de données peut être considérée comme très bonne et les résultats comme solides. S'agissant des résultats présentés ci-après, il convient de relever que l'enquête auprès des entreprises s'adressait à la direction de la société ou aux responsables du personnel. Le point de vue des collaborateurs fait par conséquent défaut.

Position de principe des entreprises

Pour les entreprises, les absences professionnelles entraînent des coûts élevés. L'AIR montre qu'au cours des dernières années, diverses sociétés en Suisse ont développé leurs propres mesures en matière de politique familiale, dont certaines tiennent compte de la prise en charge de proches. Les principales raisons de leur engagement étaient de préserver la santé, la motivation et la capacité de production du personnel et de se positionner comme un employeur attractif. Les résultats de l'enquête auprès des entreprises menée par B,S,S., ainsi qu'une étude du Fonds national suisse⁵³, révèlent que pour mieux concilier activité professionnelle et prise en charge de proches, les sociétés proposent des

52 Frey Miriam, Suri Mirjam, Meier Harald. Regulierungsfolgenabschätzung zu den kurzen und länger dauernden Arbeitsabwesenheiten für Betreuungsaufgaben kranker Familienmitglieder. Bâle, 2018

53 Berthod Marc-Antoine, Papadaniel Yannis, Brzak Nicole. Les proches aidants : entre monde du travail et accompagnement de fin de vie. Lausanne, 2017

solutions spécifiques aux situations rencontrées. La culture prônée par l'entreprise exerce une influence considérable à cet égard. Les solutions convenues de cas en cas peuvent cependant s'avérer coûteuses. Elles risquent en outre de susciter des tensions tant entre l'employeur et les personnes employées qu'au sein de l'équipe⁵⁴.

3.3.2 Absences professionnelles de courte durée

Pratique actuelle

Toutes les entreprises peuvent potentiellement être concernées par des absences pour tâches d'assistance de la part de leur personnel. Pourtant, seule la moitié de toutes les sociétés interrogées a indiqué que des employés avaient fait valoir leur droit à une absence professionnelle de courte durée pour prendre en charge un proche malade ou victime d'un accident durant l'année 2016. Comme l'illustre le graphique 1, 84 % des personnes employées peuvent prendre congé ou bénéficier de modèles de temps de travail flexibles pour faire face à la maladie d'un enfant ou d'un parent en vertu du règlement de l'entreprise. Pour 15 autres % des personnes employées ayant un enfant malade et 12 % des personnes employées ayant un parent malade, la décision relève de la compétence de la hiérarchie.

Graphique 1 : Congé pour la prise en charge d'un enfant ou d'un parent



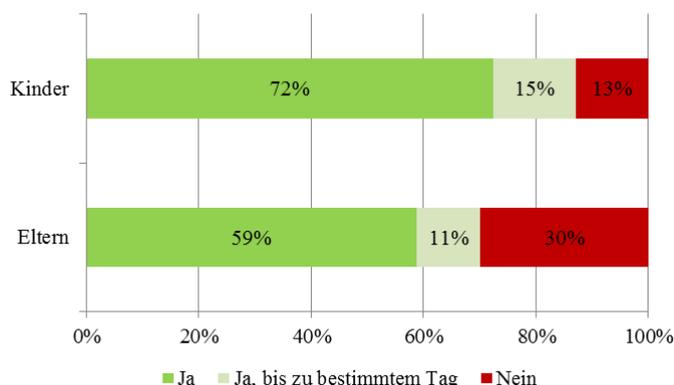
Source : Enquête de B.S.S. auprès des entreprises, pondération selon le nombre de collaborateurs. N = 2246, bien que la question soit restée sans réponse pour 2 % (enfants) respectivement 8 % (parents) des collaborateurs. Autre : en particulier décision par la hiérarchie. Exemple de lecture du tableau : 84 % des personnes employées peuvent en principe prendre congé pour s'occuper de leur enfant à court terme.

Dans les entreprises dans lesquelles le personnel peut prendre congé, la majorité bénéficie du maintien de son salaire. Il existe toutefois des différences :

- Enfants : 87 % des personnes employées perçoivent leur salaire pour les jours d'absence dus à la maladie d'un enfant mineur. Selon l'AIR, le fait que 13 % ne jouissent pas du versement de leur salaire en dépit de l'obligation définie dans le CO pourrait signifier que certaines entreprises ignorent l'actuelle réglementation juridique, qui est complexe.
- Parents : en cas de congé accordé pour la prise en charge d'un parent malade, 70 % des personnes employées bénéficient du maintien de leur salaire, bien que les entreprises ne soient pas légalement tenues de le verser. Le cas échéant, le personnel qui ne perçoit pas de salaire compense généralement les congés par le biais d'un horaire de travail flexible ou d'heures supplémentaires.

⁵⁴ Frey Miriam, Suri Mirjam, Meier Harald. Regulierungsfolgenabschätzung zu den kurzen und länger dauernden Arbeitsabwesenheiten für Betreuungsaufgaben kranker Familienmitglieder. Bâle, 2018 p. 30

Graphique 2 : Maintien du salaire en cas de prise en charge d'un enfant ou d'un parent



Source : Enquête de B,S,S. auprès des entreprises, pondération selon le nombre de collaborateurs. N = 2144 (à l'exclusion des entreprises n'accordant pas de congé), bien que la question soit restée sans réponse pour 13 % (enfants) respectivement 17 % (parents) des collaborateurs. Exemple de lecture du tableau : pour 30 % du personnel, le salaire n'est pas versé en cas d'absence pour une prise en charge de courte durée (parents).

Des analyses approfondies montrent qu'en termes de versement du salaire les grandes sociétés sont plus généreuses que les petites et moyennes entreprises. À noter que suivant la taille et le type de l'entreprise, il est plus facile de compenser une absence et, partant, de continuer à verser le salaire (p. ex. une boulangerie doit immédiatement trouver une solution de remplacement, alors que le travail peut attendre une journée dans une autre entreprise).

Coûts actuels pour les entreprises

Selon l'AIR, les absences professionnelles de courte durée dues à la prise en charge d'un proche qui sont rémunérées sont actuellement justifiées dans 70 % des cas par l'accompagnement d'un enfant malade et dans 30 % des cas par celui d'un autre membre de la parenté ou proche malade ou nécessitant des soins (tant les parents que d'autres personnes). La durée moyenne de l'absence est de 1,4 heure par personne employée et par an⁵⁵. Cela représente – pour un tarif moyen de 60 francs par heure de travail – des coûts salariaux moyens estimés à 80 francs par an et par personne. Le total des absences professionnelles de courte durée assorties d'un droit légal au maintien du salaire (p. ex. maladie de la personne employée elle-même) s'élève en moyenne à 22 heures par personne employée et par an.

Extrapolé à l'échelle de la Suisse, l'ensemble des absences professionnelles de courte durée dues à la prise en charge de proches engendre ainsi pour les entreprises des coûts annuels directs de 360 millions de francs. Si l'on considère exclusivement les absences prises pour s'occuper de proches envers lesquels il n'existe pas d'obligation d'entretien (p. ex. les parents), les coûts directs des entreprises totalisent 100 millions de francs par an.

Parallèlement aux coûts directs, les absences des collaborateurs concernés génèrent aussi pour les entreprises des coûts indirects (notamment frais d'organisation, heures supplémentaires d'autres collègues), auxquels s'ajoutent ce qu'il est convenu d'appeler des coûts d'opportunité (p. ex. mandats manqués, perte de productivité). Ces coûts additionnels sont entre deux à quatre fois supérieurs aux coûts directs. Les absences professionnelles de courte durée entraînent ainsi pour toutes les sociétés des coûts totaux estimés entre 1,08 et 1,8 milliard de francs par an. Les coûts annuels directs et indirects résultant d'absences pour la prise en charge de proches envers lesquels il n'existe pas d'obligation d'entretien (p. ex. les parents), représentent ainsi au total entre 300 et 500 millions de francs. Au vu de l'absence d'obligation légale les contraignant à donner congé et à verser le salaire, ces coûts sont actuellement supportés volontairement par les entreprises.

⁵⁵ Frey Miriam, Suri Mirjam, Meier Harald. Regulierungsfolgenabschätzung zu den kurzen und länger dauernden Arbeitsabwesenheiten für Betreuungsaufgaben kranker Familienmitglieder. Bâle, 2018

Coûts estimés d'une nouvelle réglementation comprenant le maintien du salaire

Une nouvelle réglementation des absences professionnelles de courte durée assortie du maintien du salaire bénéficierait au tiers du personnel qui ne reçoit pas de salaire en cas de congé dû à la prise en charge d'un membre de la parenté envers lequel il n'existe pas d'obligation d'entretien (p. ex. un parent). Il en résulterait pour les entreprises un surcoût direct de quelque 30 millions de francs par an. Les surcoûts totaux représenteraient ainsi entre 90 et 150 millions de francs par an – en plus des de 300 à 500 millions de francs découlant des absences professionnelles dues à la prise en charge d'un membre de la famille envers lequel il n'existe pas d'obligation d'entretien que les entreprises supportent aujourd'hui volontairement. Selon B,S,S., il s'agit là d'une estimation optimiste. Les résultats ne permettent pas d'évaluer si l'information sur la nouvelle réglementation conduira à un changement de comportement des personnes employées susceptible d'entraîner une hausse additionnelle des coûts pour les entreprises.

Dans l'hypothèse où la nouvelle réglementation des absences professionnelles de courte durée n'imposerait pas le maintien du salaire, l'AIR ne prévoit aucun changement majeur des coûts pour les entreprises. Il existe toutefois un risque que certaines sociétés renoncent à l'avenir à assurer volontairement le versement du salaire.

Point de vue des entreprises

Environ la moitié des entreprises interrogées considère qu'il est dans son principe pertinent et nécessaire de réglementer clairement l'extension des absences professionnelles de courte durée dues à la prise en charge d'autres proches ; l'autre moitié est opposée à la nouvelle réglementation.

3.3.3 Absences professionnelles de longue durée

Pratique actuelle

Environ 5 % des entreprises interrogées font état d'une absence de longue durée due à la prise en charge d'un enfant gravement atteint dans sa santé en raison d'une maladie ou d'un accident au cours de ces dernières années. Une solution d'un commun accord a pu être trouvée dans pratiquement toutes les entreprises. De manière générale, les mesures possibles énumérées par les sociétés consistaient pour la personne employée à réduire (provisoirement) son taux de travail, puis à prendre un congé non payé de plus ou moins longue durée. L'enquête indique qu'il n'existe pas de solution standardisée pour gérer ce type de situation. Le cas échéant, les parties concernées cherchent une solution individualisée adaptée à la situation, en particulier un assouplissement du mode de travail. Cet assouplissement peut prendre différentes formes ; les plus fréquemment citées étaient un lieu de travail flexible (télétravail), une répartition flexible des horaires de travail (horaires à la carte ou modèles annualisés) et la compensation des heures supplémentaires. En l'absence d'une solution valable, il n'est pas rare que la personne concernée se déclare elle-même malade.

Coûts actuels

Comme les solutions sont trouvées au cas par cas, les entreprises n'ont pas pu présenter les coûts actuels des absences professionnelles de longue durée.

Coûts de la nouvelle réglementation d'un « congé pour la prise en charge d'un enfant gravement atteint dans sa santé en raison d'une maladie ou d'un accident » couvert par l'APG

L'estimation repose sur les données de la Statistique médicale des hôpitaux de l'OFS (voir tableau 1, ch. 1.1.2). On peut partir du principe que la majorité des enfants et adolescents qui ont été hospitalisés durant plus de deux semaines (4363 enfants) remplissaient le critère consistant à être gravement atteints dans leur santé. L'indemnité journalière obtenue sur la base du salaire moyen des adultes, femmes et hommes, âgés de 18 à respectivement 64 ou 65 ans, correspond en moyenne à 102 francs pour les femmes et 164 francs pour les hommes. Pour un congé de prise en charge de 14 semaines, on peut donc s'attendre à ce que les coûts atteignent jusqu'à 77 millions de francs par an. La charge sur le taux de cotisation de l'APG (actuellement 0,45 %) sera de 0,017 point de pourcentage (art. 27, al. 2,

LAPG).

Avec une allocation aménagée de la sorte, les charges administratives sont négligeables.

Comme pour les absences professionnelles de courte durée, il convient d'ajouter aux coûts directs les coûts indirects et autres frais y relatifs. Bien que l'AIR ne permette pas d'affirmer sans équivoque si, dans le cas des absences de longue durée, ces coûts sont également entre deux et quatre fois supérieurs aux coûts directs (ce qui résulterait en un total des coûts de 36 à 320 millions de francs), il est évident que les coûts totaux excéderont les coûts directs. Contrairement au risque observé en lien avec les absences de courte durée, il n'y a pas à craindre que la nouvelle réglementation des absences de longue durée se traduise par des changements de comportement susceptibles d'entraîner des coûts supplémentaires.

Point de vue des entreprises

Alors que près des deux tiers des entreprises interrogées salueraient une nouvelle réglementation de la prise en charge à long terme d'enfants gravement atteints dans leur santé en raison d'une maladie ou d'un accident, environ un tiers considère qu'un congé de prise en charge couvert par la LPG serait inutile ou trop onéreux.

3.4 Conséquences pour la société

3.4.1 Absences professionnelles de courte durée

La nouvelle réglementation des absences professionnelles de courte durée permet de mieux concilier activité professionnelle et prise en charge de proches en cas de problèmes de santé aigus de membres de la parenté. En créant les mêmes conditions pour toutes les personnes exerçant une activité professionnelle, elle assure aussi la sécurité du droit. En effet, les personnes employées peuvent dès lors exécuter des tâches d'accompagnement à court terme auprès de leurs proches sans devoir craindre des problèmes juridiques avec leur employeur ou devant les tribunaux, ou une perte de salaire. Avec la nouvelle réglementation, les tâches d'accompagnement réalisées au sein de la famille jouissent en outre d'une meilleure reconnaissance dans la société.

3.4.2 Absences professionnelles de longue durée

L'introduction d'un « congé pour la prise en charge d'un enfant gravement atteint dans sa santé en raison d'une maladie ou d'un accident » renforce la sécurité juridique pour tous les acteurs impliqués. Un congé de prise en charge assorti d'une allocation au sens du présent avant-projet garantit la sécurité économique des parents. Enfin, ces mesures améliorent autant la conciliation entre vie professionnelle et prise en charge de proches pour les hommes que pour les femmes.

Aucune autre répercussion financière potentielle n'a pu être chiffrée de manière fiable dans l'AIR (p. ex. sensibilisation, amélioration des connaissances concernant les absences professionnelles de courte durée et les changements de comportement des entreprises et des employés qui en découlent).

Un congé de prise en charge destiné aux parents d'un enfant gravement atteint dans sa santé peut par ailleurs aussi constituer un allègement pour le système de santé : lorsque des enfants sont hospitalisés, il est essentiel pour les unités pédiatriques que les parents participent au moins partiellement à leur prise en charge.

3.5 Conséquences pour l'environnement

Aucune des modifications de loi n'a de répercussion sur l'environnement.

4 Rapport avec le programme de législature et les stratégies du Conseil fédéral

4.1 Rapport avec le programme de législature

La mise en œuvre du plan d'action de décharge et de soutien en faveur des proches aidants figure dans le message du 17 janvier 2016⁵⁶ sur le programme de la législature 2015–2019. Étant donné que les modifications légales s'inscrivaient dans un mandat de révision, l'avant-projet n'était pas annoncé dans l'arrêté fédéral du 14 juin 2016⁵⁷ sur le programme de la législature 2015-2019.

4.2 Rapport avec les stratégies du Conseil fédéral

La mise en œuvre du plan d'action de soutien en faveur des proches aidants fait partie intégrante de la stratégie Santé2020 approuvée par le Conseil fédéral en janvier 2013 dans le but d'appuyer les objectifs fixés et les mesures prises dans ce cadre pour garantir une offre de soins moderne.

Dans l'optique d'un système de santé durable et financièrement gérable, le travail réalisé gratuitement par les proches aidants est important, car nous ne disposons ni des professionnels ni des moyens financiers requis pour couvrir les besoins en soins institutionnels qui résulteraient de leur absence. La contribution de la Confédération consiste avant tout à adapter la législation. Les mesures mises en œuvre par la Confédération, les cantons et les organisations privées en lien avec le plan d'action peuvent avoir un large impact pour les proches aidants tant au sein du système sanitaire et social que dans le monde du travail. Ainsi, tous les résultats seront-ils, par exemple, directement repris dans la stratégie nationale en matière de démence 2014-2019 et transmis par le biais de la plate-forme d'échange « Soins palliatifs ». Les acteurs qui s'occupent de maladies psychiques et rares dans le cadre des activités de la Confédération profiteront eux aussi de l'amélioration des conditions offertes aux proches aidants.

Dans l'initiative visant à combattre la pénurie de personnel qualifié lancée par le Conseil fédéral en 2015, le « plan d'action de soutien et de décharge en faveur des proches aidants » correspond à la mesure 23.

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité

5.1.1 Absences professionnelles de courte durée

La compétence législative de la Confédération dans le domaine du droit privé s'appuie sur l'art. 122,

⁵⁶ FF 2016 1113

⁵⁷ FF 2016 4999

al. 1, Cst.

5.1.2 Allocation pour la prise en charge d'un enfant gravement atteint dans sa santé en raison d'une maladie ou d'un accident

L'allocation pour perte de gain accordée aux parents d'enfants gravement atteints dans leur santé en raison d'une maladie ou d'un accident est fondée sur l'art. 117, al. 1, Cst. qui charge la Confédération de légiférer sur l'assurance-maladie et sur l'assurance-accidents. Le législateur fédéral peut donc régler la couverture des risques « maladie » et « accident » par un régime d'assurance. L'activité des parents est une prestation en faveur d'une personne (l'enfant) qui est touchée par l'une de ces deux catégories de risques. Le régime de l'allocation pour perte de gain est une modalité de prise en charge par l'assurance, c'est-à-dire un mode de financement de cette prestation. Le législateur n'est pas tenu de régler la prise en charge de prestations uniquement dans les lois régissant usuellement l'assurance-maladie ou l'assurance-accident (LAMal, LAA). Une intégration dans l'assurance obligatoire des soins aurait été inopportune : non seulement les parents ne sont pas des fournisseurs de prestations au sens de la LAMal, mais la compensation de la perte de gain n'est pas une modalité de financement des prestations à charge de l'assurance obligatoire des soins. C'est pourquoi il convient de rattacher le financement de la prestation des parents au régime le plus adéquat, à savoir à celui des allocations pour perte de gain selon la LAPG. Cela signifie en particulier que les cotisations prévues par l'art. 27 LAPG se fonderont à l'avenir aussi sur l'art. 117, al. 1, Cst. dans la mesure où elles serviront à financer l'allocation pour perte de gain aux parents d'enfants gravement atteints dans leur santé. Le fait que les employeurs soient tenus de payer des cotisations finançant aussi une prestation fondée sur l'art. 117, al. 1, Cst. est conforme à cette disposition : la pratique en matière d'assurance-accidents et d'allocations pour perte de gain ainsi que la doctrine admettent en effet que des cotisations d'assurances sociales peuvent aussi être prélevées auprès des employeurs sans base constitutionnelle expresse.

L'intégration dans la LAPG de l'allocation pour perte de gain accordée aux parents d'enfants gravement atteints dans leur santé a pour conséquence que le champ d'application personnel de cette allocation est séparé de l'affiliation à l'assurance obligatoire des soins. C'est ainsi que les travailleurs frontaliers domiciliés dans l'Union européenne qui ont fait usage du droit d'option pour s'affilier (avec leur famille) à l'assurance-maladie de leur lieu de domicile pourront bénéficier des allocations pour perte de gain alors que leur enfant gravement atteint dans sa santé n'est pas assuré en Suisse auprès de l'assurance obligatoire des soins. Cela ne contrevient pas à l'art. 117 Cst., car le législateur peut prévoir un champ d'application personnel plus large pour une prestation particulière (ici l'allocation pour perte de gain) que pour le reste des prestations de l'assurance-maladie.

5.2 Compatibilité avec les accords internationaux de la Suisse

5.2.1 Absences professionnelles de courte durée

Les absences professionnelles de courte durée dues à la prise en charge d'un proche ne font l'objet d'aucun accord international conclu par la Suisse.

5.2.2 Allocation pour la prise en charge d'un enfant gravement atteint dans sa santé en raison d'une maladie ou d'un accident

Afin de faciliter la libre circulation, l'UE a instauré des règlements visant à coordonner les systèmes nationaux de sécurité sociale. La Suisse participe à ce système de coordination depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} juin 2002, de l'accord sur la libre circulation des personnes conclu le 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part (accord sur la libre circulation des personnes)⁵⁸. Le droit européen ne prévoit pas d'harmoniser les systèmes de sécurité sociale des différents États membres, qui sont libres de définir eux-mêmes les détails de ces systèmes pour autant qu'ils respectent les principes de coordination établis par le droit européen. En vertu de la Convention AELE révisée⁵⁹, il en va de même pour les relations entre la Suisse et les autres États de l'AELE.

Les allocations pour perte de gain en cas de service ne faisant pas partie des risques en matière de sécurité sociale régis par le droit international, elles peuvent être aménagées librement. Les prestations accordées en cas de maternité et les allocations pour perte de gain destinées aux parents d'enfants gravement malades ou victimes d'un accident grave peuvent par contre être considérées sur le plan international comme des allocations familiales ou comme des prestations assimilables aux allocations de maternité. Leur organisation doit donc respecter les engagements internationaux repris par la Suisse dans ce domaine.

Conformément à l'accord sur la libre circulation des personnes conclu avec l'UE et à la Convention AELE révisée, la Suisse applique les règlements (CE) n° 883/2004⁶⁰ et 987/2009⁶¹. Ces règlements sont également valables pour certaines prestations comprises dans le champ d'application de la LAPG (art. 28a LAPG). En vertu du Règlement 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 Règlement 883/2004) et de leur accorder des allocations pour parents d'enfants gravement malades ou victimes d'un accident grave dans la mesure où ils remplissent les conditions requises, en tenant compte si nécessaire des périodes d'assurance applicables dans l'État de l'UE/AELE concerné (art. 6 Règlement 883/2004). L'indemnité doit également être octroyée en cas de domiciliation dans l'espace de l'UE ou de l'AELE (art. 7 Règlement 883/2004), c'est-à-dire aux frontaliers.

Les mesures de la présente révision sont compatibles avec les dispositions de coordination précitées.

Aucune convention internationale ratifiée par la Suisse dans le domaine de la sécurité sociale ne prévoit de prestations similaires à celles de l'avant-projet. La convention n° 183 sur la protection de la maternité⁶² de l'Organisation internationale du Travail ratifiée par la Suisse, en particulier, ne contient aucune allocation de ce type.

En ce qui concerne le Conseil de l'Europe, la recommandation n° R (96) 5 du Comité des Ministres aux États membres sur la conciliation de la vie professionnelle et de la vie familiale préconisait en 1996 déjà la création de possibilités de congés pour soigner des membres malades et handicapés de la famille (§ 10). On peut également mentionner ici la recommandation Rec(2006)19 du Comité des Ministres aux

⁵⁸ RS 0.142.112.681

⁵⁹ RS 0.632.31

⁶⁰ Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, JO L 166 du 30 avril 2004, p. 1, dans la version applicable à la Suisse selon l'annexe II, section A de l'accord sur la libre circulation des personnes (RS 0.142.112.681) respectivement l'annexe K, appendice 2, section A de la Convention AELE (RS 0.632.31). Une version consolidée non contraignante de ce règlement est publiée dans le RS 0.831.109.268.1.

⁶¹ RS 0.831.109.268.11

⁶² RS 0.822.728.3

États membres relative aux politiques visant à soutenir une parentalité positive, selon laquelle il conviendrait de mettre en œuvre, dans l'optique d'une meilleure conciliation de la vie familiale et professionnelle, des mesures pour pouvoir s'occuper d'un enfant handicapé ou malade (ch. 6.3*li* de l'annexe à la recommandation). En introduisant une allocation pour les parents d'enfants gravement malades ou victimes d'un accident grave, le présent projet va dans la direction de ces deux textes.

5.3 Forme de l'acte législatif

5.3.1 Absences professionnelles de courte durée

Les modifications proposées exigent l'adoption d'une loi au sens formel.

5.3.2 Allocation pour la prise en charge d'un enfant gravement atteint dans sa santé en raison d'une maladie ou d'un accident

Les modifications proposées exigent l'adoption d'une loi au sens formel.

5.4 Assujettissement au frein aux dépenses

L'art. 159, al. 3, let. b, Cst⁶³ établit que les dispositions relatives aux subventions ainsi que les crédits d'engagement et les plafonds de dépenses, s'ils entraînent de nouvelles dépenses uniques de plus de 20 millions de francs ou de nouvelles dépenses périodiques de plus de 2 millions de francs, doivent être adoptés à la majorité des membres de chaque conseil. Le présent avant-projet n'entraînant pas de coûts supplémentaires pour la Confédération, il n'est pas assujetti au frein aux dépenses.

5.5 Délégation législative

Le droit des parents nourriciers doit être réglé par analogie aux dispositions pertinentes relatives à l'AVS (art. 25, al. 3, LAVS et art. 49 RAVS). Le droit des personnes qui ne remplissent pas les conditions générales requises en raison d'une incapacité de travail ou du chômage doit être réglé par analogie aux dispositions relatives à l'allocation de maternité (art. 16*b*, al. 3, et art. 29 RAPG). Il convient de définir la notion de maladie grave ou d'accident grave.

5.6 Protection des données

Le congé visé à l'art. 329*g* P-CO élargit le droit au congé de trois jours aux membres directs de la parenté et aux proches. Pour pouvoir faire valoir le droit au congé pour la prise en charge de la personne concernée, le travailleur ou la travailleuse doit donc, d'une part, fournir des indications sur son lien de parenté ou sur la relation de fait qu'il entretient avec cette personne. Certaines des données portant sur la santé, il s'agit de données personnelles sensibles au sens de l'art. 3, let. c, ch. 3, de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD)⁶⁴, dont le traitement est soumis à des exigences particulières (cf. p. ex. art. 12, al. 2, let. c, ou art. 14 LPD).

Dans cette triangulation, les principes relatifs au traitement fixés par la LPD requièrent une attention particulière. Ainsi, les données relatives au tiers concerné doivent-elles être limitées au strict nécessaire et accessibles uniquement aux personnes qui en ont besoin pour gérer le rapport de travail (c.-à-d. pour

⁶³ RS 101

⁶⁴ RS 235.1

confirmer le droit au congé) (application du principe de proportionnalité, art. 4, al. 2, LPD). Les tiers concernés doivent en outre être informés de la communication des données à l'employeur du proche aidant (principe de transparence, art. 4, al. 4, LPD).

En droit privé, un certificat médical n'est pas exigé comme à l'art. 36, al. 3, LTr. Tout moyen de preuve peut en effet être apporté pour établir le droit au congé. Le travailleur devra néanmoins livrer des données relatives à la maladie ou l'accident du parent ou du proche, ainsi qu'à son besoin de prise en charge, et l'employeur aura de ce fait à traiter des données de personnes tierces. Le traitement pourra se fonder sur la nécessité d'exécuter le contrat de travail (Art. 328*b*, al. 1, CO), vu qu'il s'agit d'accorder un congé au travailleur. La personne qui bénéficie de la prise en charge aura de même consenti à ce traitement de données en donnant le certificat médical ou les informations pertinentes en vue de leur transmission à l'employeur. De plus, la finalité du traitement sert son intérêt à la prise en charge, ce qui est à prendre en compte dans la pesée des intérêts selon l'art. 13, al. 1, LPD.

L'art. 329*h* P-CO prévoit le congé en relation avec les art. 16*i* ss P-LAPG. Le traitement des données relatives à l'enfant gravement malade ou accidenté par l'employeur se rapporte ici aussi à la nécessité d'exécuter le contrat de travail et sert les intérêts de l'enfant. Les principes de la LPD relatifs au traitement des données doivent là encore être respectés.