

Révision du code des obligations (congé de maternité)

**Avant-projet
et
Rapport explicatif**

pour la procédure de consultation

Juin 2001

Table des matières

1	Situation initiale	3
11	Droit actuel	3
12	Propositions parlementaires	4
2	Projet de révision du code des obligations	5
21	En général	5
22	Dispositions particulières	5
221	Art. 324a	5
222	Art. 324a ^{bis}	6
223	Art. 324a ^{ter}	8
224	Art. 324b	8
225	Art. 329	8
226	Art. 329b, al. 2 et 3	8
227	Art. 329f	9
228	Art. 362, al. 1	9
3	Principaux effets socio-économiques de la révision	9
31	Effets pour les travailleuses concernées et sur l'offre de main-d'œuvre féminine.....	9
311	Effets pour les travailleuses concernées	9
312	Effets sur l'offre de main-d'œuvre féminin	11
32	Conséquences financières pour les employeurs, effets sur la demande de travail féminin et effets sur les salaires	11
321	Conséquences financières pour les employeurs	11
322	Effets sur la demande de travail féminin	14
323	Effets sur les salaires	15
4	Effets sur l'état du personnel et conséquences financières pour la Confédération et les cantons	15
5	Relation avec le droit européen	15
	<i>Avant-projet</i>	16

1 Situation initiale

11 Droit actuel

Les travailleuses soumises à la loi sur le travail (LTr; RS 822.11) ne peuvent pas travailler pendant les huit semaines qui suivent l'accouchement; pendant les huit semaines qui suivent elles ne peuvent être occupées que si elles y consentent (art. 35a, al. 3, LTr).

La loi sur le travail ne dit pas si ces femmes ont droit au salaire pendant ces huit ou seize semaines. S'agissant des travailleuses actives dans le secteur privé, cette question est tranchée par l'art. 324a du code des obligations (CO; RS 220).

Selon cette disposition, les travailleuses qui sont empêchées de travailler sans faute de leur part pour des causes inhérentes à leur personne, telles que maladie, accident, grossesse ou accouchement, ont droit au salaire pour un temps limité, dans la mesure où les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois.

Pendant la première année de service, l'employeur doit payer le salaire de trois semaines ; ensuite, il paie le salaire pour une période plus longue fixée équitablement, compte tenu de la durée des rapports de travail (art. 324a, al. 2 et 3 CO). Dans la pratique, la durée de l'obligation de payer le salaire à partir de la deuxième année de service est déterminée par des "échelles". Les deux échelles les plus importantes prévoient les solutions suivantes :

Année de service	Durée selon l'échelle bernoise	Durée selon l'échelle zurichoise
1 ^{ère}	3 semaines	3 semaines
2 ^{ème}	1 mois	8 semaines
3 ^{ème}	2 mois	9 semaines
4 ^{ème}	2 mois	10 semaines
5 ^{ème}	3 mois	11 semaines
6 ^{ème}	3 mois	12 semaines
7 ^{ème}	3 mois	13 semaines
8 ^{ème}	3 mois	14 semaines
9 ^{ème}	3 mois	15 semaines
10 ^{ème}	4 mois	16 semaines
11 ^{ème}	4 mois	17 semaines
12 ^{ème}	4 mois	18 semaines
13 ^{ème}	4 mois	19 semaines
14 ^{ème}	4 mois	20 semaines
15 ^{ème}	5 mois	21 semaines
16 ^{ème}	5 mois	22 semaines
17 ^{ème}	5 mois	23 semaines
18 ^{ème}	5 mois	24 semaines
19 ^{ème}	5 mois	25 semaines
20 ^{ème}	6 mois	26 semaines

La durée des périodes d'empêchement survenues pendant une année doivent être additionnées, indépendamment de leur cause. Ceci a pour effet de diminuer, voire même de réduire à rien le temps durant lequel la travailleuse a droit à son salaire en cas d'empêchement dû à l'accouchement (congé de maternité) si, pendant l'année

en question, elle a, par exemple, été empêchée de travailler en raison de la grossesse ou d'une maladie.

La réglementation prévue par l'art. 324a CO peut avoir pour conséquence choquante que la travailleuse ne perçoit pas de salaire pendant les huit semaines durant lesquelles la loi sur le travail lui interdit de travailler. Les travailleuses touchées sont, par exemple, celles qui comptent peu d'années de service (pendant la première année de service selon l'échelle zurichoise, pendant la première et la deuxième année selon l'échelle bernoise), même si elles n'ont pas été empêchées de travailler avant l'accouchement.

12 Propositions parlementaires

Immédiatement après le rejet de l'assurance maternité en votation populaire du 13 juin 1999, de nombreuses propositions parlementaires ont été déposées, ayant comme objet le congé de maternité.

Le présent rapport traite uniquement les quatre propositions qui, à l'instar du présent avant-projet, demandent une révision du code des obligations et se limitent ainsi à une solution financée exclusivement par les employeurs. Il s'agit d'une part de la motion de Madame la Conseillère nationale Ursula Hafner du 14 juin 1999 (99.3255) et de l'Initiative parlementaire de Madame la Conseillère aux Etats Christiane Brunner du 15 juin 1999 (99.424), qui proposent un congé de maternité payé de quatorze semaines. Il s'agit d'autre part de la motion de Madame la Conseillère aux Etats Vreni Spoerry du 15 juin 1999 (99.3269) et de l'Initiative parlementaire de Madame la Conseillère nationale Christine Egerszegi-Obrist du 17 juin 1999 (99.429), qui exigent un congé de maternité payé de 8 semaines.

Le 19 septembre 2000, le Conseil des Etats a accepté la motion Spoerry, alors que le Conseil national a décidé, le 23 juin 2000, de ne pas donner suite à l'Initiative parlementaire Egerszegi-Obrist, qui a la même teneur. Le 19 septembre 2000, le Conseil des Etats n'a, par ailleurs, pas donné suite à l'Initiative parlementaire Brunner. Les motions Hafner et Spoerry n'ont pas encore été traitées par le Conseil national.

Il importe de souligner deux aspects de la motion Spoerry clairement relevés lors des débats au Conseil des Etats (cf. BO 2000 E 500 ss). Le premier est que la motion veut introduire un véritable congé de maternité, en ce sens que le droit au salaire y afférent n'est pas réduit si la travailleuse est empêchée de travailler avant l'accouchement pour d'autres raisons, tels que des problèmes liés à la grossesse. Le second est qu'elle ne veut pas exclure l'application des échelles utilisées dans la pratique. Ainsi, excepté le progrès consistant dans le fait que l'on ne cumule plus les absences dues à d'autres motifs, la motion Spoerry améliorerait "uniquement" la situation des travailleuses en première année de service selon l'échelle zurichoise ou en première et en deuxième année de service selon l'échelle bernoise. En effet, toutes les autres travailleuses ont déjà droit à un congé de maternité payé de même durée ou (à partir de la troisième année de service selon l'échelle zurichoise et à partir de la cinquième année de service selon l'échelle bernoise) de durée supérieure.

Il faut enfin signaler la motion du 7 avril 2000 de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national (Protection de la maternité et financement mixte; 00.3182), qui demande un financement mixte du congé de maternité, selon lequel l'employeur verserait le salaire à la travailleuse accouchée les huit premières semaines du congé, alors que la perte du salaire afférent aux six semaines suivantes serait en principe couverte par des prestations de la caisse des APG. Cette motion a

été adoptée par les deux Chambres. Toutefois, le Conseil fédéral est d'avis qu'il ne convient pas de lui donner suite actuellement, dans la mesure où elle propose une solution fondée sur une assurance.

2 Projet de révision du code des obligations

21 En général

Le but principal de la révision proposée est d'introduire un véritable congé de maternité.

A cette fin, l'avant-projet (AP) prévoit, d'une part, que chaque travailleuse ayant accouché a droit à un congé de maternité de quatorze semaines (art. 329f AP). Cette solution profitera aux travailleuses qui ne sont pas soumises à la loi sur le travail (cf. art. 2 et 3 LTr); les autres travailleuses - comme déjà mentionné (cf. ci-avant, ch. 11) - peuvent ne pas travailler pendant les seize semaines qui suivent leur accouchement, indépendamment d'un problème de santé.

D'autre part, l'avant-projet règle la question de la durée du droit au salaire de la travailleuse pendant le congé de maternité (art. 324a^{bis} AP). Il propose deux variantes. L'une prévoit que la travailleuse qui a accouché reçoit le salaire intégral pendant douze semaines ; l'autre fixe la durée du droit au salaire en fonction du nombre d'années de service : dès la première année de service la travailleuse touche l'intégralité du salaire pendant huit semaines et à partir de la huitième année de service elle perçoit le salaire pendant quatorze semaines de travail, soit la durée maximum prévue par cette variante.

Il importe de souligner que - contrairement à la solution actuelle - le droit au salaire pendant le congé de maternité existe, selon les deux variantes, même si la travailleuse, pendant l'année en question, a été empêchée de travailler pour une autre raison, par exemple pour cause de maladie, d'accident ou de grossesse.

A l'instar du droit en vigueur (cf. art. 324a, al. 4, CO), l'avant-projet prévoit également pour le congé de maternité la possibilité de déroger par contrat - c'est-à-dire par accord (écrit), contrat-type ou convention collective de travail - à la réglementation légale, pour autant que la réglementation contractuelle accorde aux travailleurs et aux travailleuses des prestations au moins équivalentes (art. 324a^{ter} AP).

Il est encore prévu que l'employeur n'a pas le droit de réduire les vacances de la travailleuse qui a bénéficié d'un congé de maternité (art. 329b, al. 3, AP).

Enfin, l'avant-projet classe les dispositions relatives au congé de maternité parmi les règles relativement impératives (art. 362, al. 1 AP). Les dérogations conventionnelles ne sont dès lors valables que si elles sont plus favorables aux travailleuses que les solutions légales.

22 Dispositions particulières

221 Art. 324a

L'introduction d'un nouvel art. 324a^{bis} relatif au salaire pendant le congé de maternité entraîne une modification de la systématique des art. 324a et 324b. Ainsi, le titre marginal actuel de l'art. 324a est maintenant "2. En cas d'empêchement du travailleur / a. En général" à la place de "2. En cas d'empêchement du travailleur / a. Principe".

L'avant-projet introduit à l'*al.* 1 la notion de grossesse parmi les exemples cités de cas où les travailleuses et les travailleurs ont droit au salaire bien qu'ils soient empêchés de travailler. Il ne s'agit pas d'une modification matérielle, car le cas de l'empêchement dû à la grossesse est déjà réglé - avec le cas de l'empêchement dû à l'accouchement - par l'actuel art. 324a, al. 3, CO, qui prévoit que le salaire est fixé selon les mêmes principes que pour les autres causes d'empêchement prévues à l'art. 324a, al. 1, CO. L'avant-projet règle dans une disposition spéciale, l'art. 324a^{bis}, la question du salaire en cas d'empêchement dû à l'accouchement, c'est-à-dire la question du salaire dû pendant le congé de maternité. Il est dès lors justifié de traiter le cas de la grossesse avec les autres cas d'empêchement de travailler prévus par l'*al.* 1 et de biffer l'*al.* 3 de l'art. 324a.

L'*al.* 4 de l'actuel art. 324a CO réserve l'application de conventions qui dérogent à la réglementation légale si elles accordent aux travailleurs et aux travailleuses des prestations au moins équivalentes. La disposition revêt un caractère général. Elle doit par conséquent s'appliquer également aux conventions portant sur le salaire dû pendant le congé de maternité. Pour cette raison, l'avant-projet reprend cet *al.* 4 dans un nouvel art. 324a^{ter}, qui couvre tant l'art. 324a que l'art. 324a^{bis}. L'*al.* 4 de l'actuel art. 324a CO peut dès lors être abrogé.

222 Art. 324a^{bis}

L'*art.* 324a^{bis} constitue la disposition centrale de l'avant-projet. Il règle la question du salaire dû pendant le congé de maternité. L'avant-projet soumet *deux variantes* à consultation.

Les deux variantes prévoient que le droit au salaire n'existe que si les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois (*al.* 1). S'agissant d'un contrat de travail de durée déterminée, cette condition est remplie s'il est conclu pour trois mois ou plus. S'agissant d'un contrat de travail de durée indéterminée, elle est remplie, selon la jurisprudence et la doctrine, lorsque les rapports de travail durent depuis trois mois ou lorsqu'ils ne peuvent prendre fin, compte tenu du terme et du délai de congé, dans les trois mois qui suivent le commencement de l'activité.

Ce délai de carence de trois mois a été fortement critiqué par la doctrine (cf. U. Streiff/A. von Kaenel, *Arbeitsvertrag*, 5^e éd., Zurich 1992, N 2 à l'art. 324a CO, avec renvois), et le Conseil fédéral, dans sa réponse à la motion Schwaab du 20 septembre 2000 (Paiement du salaire en cas de maladie, art. 324a, al. 1, CO; 00.3445), s'est déclaré prêt à examiner la question de savoir si le droit au salaire prévu par l'art. 324a CO ne devrait pas exister dès le premier jour de travail. Il est toutefois d'avis qu'une obligation de payer sans contrepartie le salaire pendant huit ou douze semaines au minimum peut être soumise à la condition que les rapports de travail aient eu ou auront sûrement une certaine durée, si minime soit-elle. Cela vaut du moins pour le paiement du salaire en cas de maternité proposé par la présente révision.

Les deux variantes prévoient que le droit au salaire naît le jour de l'accouchement et que la travailleuse a droit à une indemnité équitable si elle touchait une partie du salaire en nature.

La *variante 1* échelonne la durée du droit au salaire en fonction du nombre d'années de service accomplies chez l'employeur. Si cette solution ne correspond pas à la tendance actuelle qui veut que les travailleuses et les travailleurs soient mobiles, elle correspond à l'esprit de notre droit du travail qui fait souvent référence aux années

de service (cf. notamment les art. 324a, 335b, 335c, 336c, al. 1, let. b, CO) ; elle en constitue un élément généralement reconnu.

Selon la variante 1, la travailleuse a droit au salaire correspondant à huit semaines de travail pendant les deux premières années de service, à neuf semaines pendant la troisième année, à dix semaines pendant la quatrième, à douze semaines pendant la cinquième et la sixième, à treize semaines pendant la septième et à quatorze semaines pendant la huitième année de service et les années suivantes.

Le tableau suivant (pour simplifier : 1 mois = quatre semaines) montre que jusqu'à la huitième année de service la durée du congé payé déterminée par la variante 1 n'est jamais inférieure à celle calculée selon les échelles bernoise ou zurichoise.

Année de service	Durée selon l'échelle bernoise	Durée selon l'échelle zurichoise	Durée selon la variante 1
1 ^{ème}	3 semaines	3 semaines	8 semaines
2 ^{ème}	4 semaines	8 semaines	8 semaines
3 ^{ème}	8 semaines	9 semaines	9 semaines
4 ^{ème}	8 semaines	10 semaines	10 semaines
5 ^{ème}	12 semaines	11 semaines	12 semaines
6 ^{ème}	12 semaines	12 semaines	12 semaines
7 ^{ème}	12 semaines	13 semaines	13 semaines
8 ^{ème}	12 semaines	14 semaines	14 semaines
9 ^{ème}	12 semaines	15 semaines	14 semaines
10 ^{ème}	16 semaines	16 semaines	14 semaines

La *variante 2* accorde à la travailleuse un congé de maternité payé de douze semaines à partir de la première année de service.

Le tableau suivant compare cette variante avec les échelles bernoise et zurichoise (pour simplifier : 1 mois = 4 semaines).

Année de service	Durée selon l'échelle bernoise	Durée selon l'échelle zurichoise	Durée selon la variante 2
1 ^{ème}	3 semaines	3 semaines	12 semaines
2 ^{ème}	4 semaines	8 semaines	12 semaines
3 ^{ème}	8 semaines	9 semaines	12 semaines
4 ^{ème}	8 semaines	10 semaines	12 semaines
5 ^{ème}	12 semaines	11 semaines	12 semaines
6 ^{ème}	12 semaines	12 semaines	12 semaines
7 ^{ème}	12 semaines	13 semaines	12 semaines
8 ^{ème}	12 semaines	14 semaines	12 semaines
9 ^{ème}	12 semaines	15 semaines	12 semaines
10 ^{ème}	16 semaines	16 semaines	12 semaines

Le salaire dû à la travailleuse pendant le congé de maternité ne peut pas être réduit parce que dans l'année de service en question la travailleuse a été empêchée de travailler pour d'autres raisons que la maternité. Il s'agit d'un principe important et nouveau qui, de plus, ne correspond pas à la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'actuel art. 324a CO (cf. SJ 1993 349 s., JAR 1995 112 ss). C'est pourquoi

l'avant-projet le prévoit expressément (cf. art. 324a, al. 3, de la variante 1 et art. 324a, al. 2, de la variante 2).

Il faut enfin relever que la réglementation, quelle que soit la variante adoptée, s'applique exclusivement dans toute la Suisse. Les échelles qui fixent la durée du paiement du salaire selon l'art. 342a CO ne peuvent dès lors plus être utilisées dans les cas de congé de maternité, même si elles accordent un congé de maternité payé plus long, compte tenu des années de service. Elles joueront cependant encore un rôle important dans la pratique dans les autres cas d'empêchement de travailler (par exemple, en cas de maladie, d'accident ou de grossesse).

223 Art. 324a^{ter}

Le nouvel *art. 324a^{ter}* reprend sans le modifier l'art. 324a, al. 4, CO actuel (cf. ch. 221 ci-avant). Ainsi, la possibilité de déroger contractuellement à la loi prévue pour le salaire dû en cas d'empêchement au travail sans faute de la travailleuse ou du travailleur est étendue au cas du congé de maternité.

224 Art. 324b

Suite aux modifications apportées à la systématique (cf. ch. 221 ci-avant), le Titre marginal de l'*art. 324b* CO devient "d. Exceptions".

225 Art. 329

L'introduction d'un nouvel art. 329f concernant le congé de maternité rend nécessaire une modification du titre marginal de l'art. 329 ("VIII. Congé hebdomadaire, vacances et congé pour les activités de jeunesse extrascolaires"), qui deviendra "VIII. Congé hebdomadaire, vacances, congé pour les activités de jeunesse et congé de maternité".

226 Art. 329b, al. 2 et 3

L'actuel art. 329b, al. 3, CO permet à l'employeur, à certaines conditions et dans certaines limites, de réduire les vacances d'une travailleuse qui a été empêchée de travailler en raison d'une grossesse et d'un accouchement. La diminution des vacances dans les autres cas d'empêchement de travailler sans faute de la travailleuse est traitée à l'art. 329b, al. 2, CO.

L'*art. 329b, al. 3*, de l'avant-projet règle uniquement l'empêchement de travailler dû à l'accouchement et prévoit que l'employeur, dans ce cas, ne peut pas réduire les vacances de la travailleuse parce que celle-ci a pris un congé de maternité.

En conformité avec l'art. 324a, al. 1, de l'avant-projet concernant le droit au salaire - qui distingue l'empêchement dû à l'accouchement de l'empêchement dû à la grossesse et met ce dernier au même niveau que les autres cas d'empêchement -, l'*art. 329b, al. 2*, règle la réduction de la durée des vacances en cas de grossesse avec les autres cas d'empêchement non fautif. Ce changement a pour conséquence que les vacances de la travailleuse peuvent être réduites si l'absence pour cause de grossesse a été supérieure à deux mois, alors que, selon le droit actuel, elles ne peuvent l'être que si l'absence a été supérieure à trois mois. Ce "pas en arrière" dans le cas de la grossesse est toutefois compensé par le fait que l'empêchement de tra-

vaiquer dû au congé de maternité (à l'accouchement) ne donnera plus lieu à une réduction de la durée des vacances.

227 Art. 329f

L'*al. 1* du nouvel *art. 329f* ancre le droit des travailleuses à prendre un congé de maternité de quatorze semaines à compter du jour de l'accouchement.

L'introduction d'un tel droit au congé est déterminée essentiellement par la prise en compte de l'intérêt de la santé des travailleuses qui ne sont pas soumises à la loi sur le travail (cf. ci-avant, ch. 21) et de leurs enfants.

Le droit à un congé de maternité de quatorze semaines n'implique pas que la travailleuse touche le salaire pendant toute la durée du congé. La durée du droit au salaire est en effet indépendante du droit au congé. Elle est réglée à l'*art. 324a^{bis}*, auquel l'*al. 2* renvoie expressément. Selon la variante 1 de l'*art. 324a^{bis}*, la travailleuse totalisant moins de huit années de service subit une perte de salaire correspondant à six semaines de salaire pendant la première et la deuxième année de service, à cinq semaines pendant la troisième année, à quatre semaines pendant la quatrième, à deux semaines pendant la cinquième et la sixième et à une semaine pendant la septième. Selon la variante 2, elle perd dans tous les cas deux semaines de salaire.

228 Art. 362, al. 1

L'*art. 362, al. 1*, de l'avant-projet qui énumère, comme l'actuel *art. 362, al. 1, CO*, les dispositions auxquelles un accord, un contrat-type de travail ou une convention collective ne peut déroger au détriment de la travailleuse ou du travailleur, est complété par les deux nouvelles dispositions de l'avant-projet sur le salaire pendant le congé de maternité (*art. 324a^{bis}*) et le droit au congé de maternité (*art. 329f*).

3 Principaux effets socio-économiques de la révision

31 Effets pour les travailleuses concernées et sur l'offre de main-d'œuvre féminine

Ce chapitre traite les principaux effets socio-économiques de la nouveauté la plus importante prévue par l'avant-projet, à savoir l'introduction d'un congé de maternité payé d'une durée échelonnée de huit à quatorze semaines en fonction des années de service (variante 1) ou de douze semaines (variante 2).

311 Effets pour les travailleuses concernées

L'Enquête suisse sur la population active 1991-2000 (ESPA) établit le nombre de femmes ayant donné naissance à un enfant dans les douze mois qui ont précédé l'enquête¹.

¹ L'Enquête ne prend pas en compte les femmes dont les enfants, au moment de l'enquête, ne vivaient plus dans le ménage de leur mère, par exemple, parce qu'ils ont été confiés à leur père après la séparation de leurs parents ou qu'ils sont décédés. Mais cet élément n'est pas déterminant.

Le tableau ci-après, fondé sur l'ESPA, indique, par année de service, le pourcentage de travailleuses ayant eu un enfant. Il est ainsi possible de déterminer le nombre de semaines pendant lesquelles elles ont droit au salaire, de par la loi, en cas d'empêchement de travailler non fautif².

Années de service	Répartition en %
1 ^{ère} et 2 ^{ème}	25.3
3 ^{ème}	14.1
4 ^{ème}	11.8
5 ^{ème} et 6 ^{ème}	19.6
7 ^{ème}	5.4
8 ^{ème} à 10 ^{ème}	23.8
Total	100

Ce tableau permet de constater que, lors de la naissance d'un enfant, un quart des travailleuses se trouve en première ou en deuxième année de service; actuellement, ces travailleuses ont donc droit au salaire pendant une courte durée.

Selon la *variante 1*, ces femmes auront droit à un congé de maternité payé de huit semaines au minimum. En outre, leur prétention n'est plus réduite si elles ont été empêchées de travailler pour d'autres raisons. La situation de ces travailleuses est donc sensiblement améliorée.

Les femmes ayant de trois à sept années de service, soit la moitié des travailleuses, conservent en principe la même durée du droit au salaire, à la différence que cette durée ne peut plus être réduite par d'autres empêchements de travailler.

Enfin, s'agissant des femmes qui ont huit années de service ou plus, soit un autre quart des travailleuses, certaines voient la durée de leur droit au salaire augmenter de une ou deux semaines, alors que pour d'autres elle est réduite de seize à quatorze semaines.

La variante 1 permet à plus de la moitié des mères de bénéficier d'un meilleur congé de maternité, même si ce n'est que dans une modeste mesure. En effet, 31 % des travailleuses bénéficieraient d'une augmentation moyenne de 3,3 semaines et 22 % de 0,9 semaine.

Elle consacre dans la loi les solutions les plus favorables prévues par les échelles zurichoise et bernoise pour la deuxième à la huitième année de service.

² Les éventuelles conventions collectives de travail prévoyant une réglementation du congé de maternité plus favorable à la travailleuse ne sont pas prises en considération. En outre, les données fournies par l'ESPA n'ont pas permis d'établir si le droit au salaire avait déjà été réduit en raison d'autres empêchements de travailler (par exemple suite à une maladie) pendant l'année de service en question. Par contre, les données - il est vrai plus anciennes - sur lesquelles se fonde le calcul des coûts du congé de maternité (cf. ch. 321 ci-après) tiennent compte des conventions collectives.

La *variante 2*, en prévoyant un congé de maternité de douze semaines, améliore considérablement la situation des femmes ayant une à quatre années de service, soit la moitié des travailleuses; en effet, celles-ci n'ont actuellement droit au salaire que pendant une période variant entre trois et dix semaines.

Par contre, la situation des femmes ayant plus de quatre années de service, soit l'autre moitié des travailleuses, reste inchangée ou est moins favorable.

La variante 2 a pour effet d'améliorer sensiblement la situation des femmes dont la perte de gain n'est actuellement pas suffisamment couverte en raison de l'inexistence de conventions collectives de travail et/ou de la courte durée des rapports de service. En effet, elle prolonge le congé, en moyenne, de 7,7 semaines pour environ un tiers des travailleuses et de 2,8 semaines pour un quart de celles-ci.

La variante 2 présente en outre l'avantage d'être une solution uniforme et claire; elle améliore en outre la situation d'un bon nombre de travailleuses.

En résumé, le congé maternité proposé représente un progrès pour la situation financière de nombre de travailleuses: la *variante 1* améliore sensiblement la situation d'un quart des mères et la *variante 2* celle de la moitié des mères. Les deux variantes favorisent dans une plus large mesure les femmes qui ont aujourd'hui le congé le plus court, soit un quart des travailleuses.

312 Effets sur l'offre de main-d'œuvre féminine

L'amélioration de la situation des travailleuses en âge d'avoir un enfant grâce aux nouvelles dispositions du code des obligations devrait augmenter leur participation au marché du travail (que celle-ci se traduise par l'entrée, le maintien ou le retour sur le marché du travail). Outre une augmentation plus marquée de l'offre de travail, la variante 2 devrait également produire un effet positif sur la mobilité des femmes concernées, car, selon cette variante, les années de service n'exercent pas d'influence sur la durée du congé payé.

Il est à souligner que l'augmentation de la participation des femmes sur le marché du travail constitue un objectif politique et économique aujourd'hui reconnu par tous. En effet, l'évolution démographique prévue pour les prochaines décennies laisse augurer d'une pénurie de main-d'œuvre à moyen et long terme sur le marché suisse du travail. Le recours au réservoir de la main-d'œuvre féminine (le potentiel d'exploitation de la main-d'œuvre masculine étant largement épuisé) constitue l'une des possibilités d'y remédier.

32 Conséquences financières pour les employeurs, effets sur la demande de travail féminin et effets sur les salaires

321 Conséquences financières pour les employeurs

Le tableau ci-après³ montre les *coûts*⁴ *actuels*, en millions de francs, du congé de maternité. Il établit trois catégories de travailleuses, en fonction de la durée du congé

³ Ce tableau et les calculs de ce chapitre sont basés sur une étude de Tobias Bauer (*Belastung der Arbeitgeber durch Erwerbsersatz bei Mutterschaft*, Berne 1997), qui montre les charges que représente pour les employeurs la continuation du versement du salaire en cas de grossesse, en particulier sur la base des conventions collectives de travail. Comme, depuis le milieu des années nonante, la situation ne s'est pas modifiée de manière importante et qu'elle s'est même en partie

de maternité payé actuellement: premièrement, celles dont le congé dure huit semaines au maximum (groupe A; 36 % des travailleuses), deuxièmement, celles ayant un congé de huit à quatorze semaines (groupe B; 35 % des travailleuses) et troisièmement, celles qui bénéficient d'un congé de quatorze semaines au minimum (groupe C; 29 % des travailleuses).

Tableau 1

**Coûts du congé de maternité en fonction de la durée du droit au salaire
Situation actuelle**

Groupe	Coûts pour les 8 premières semaines	Coûts pour le congé de 8 à 14 semaines	Coûts pour le congé de 14 semaines et plus	Coûts totaux en millions de francs
A	53			53
B	144	50		194
C	73	54	37	164
Total	270	104	37	411

Les coûts totaux engendrés par le congé de maternité - financés soit exclusivement par les employeurs soit (dans le cas d'une assurance) en partie également par les travailleurs - s'élèvent à 411 millions de francs.

Ils représentent dès lors 0,18 % de la masse salariale totale actuellement versée, laquelle est estimée à 220 milliards de francs.

La *variante 1* échelonne le congé de maternité en fonction de la durée des années de service (elle prévoit précisément un congé de huit semaines pendant les deux premières années de service, de neuf semaines pendant la troisième année, de dix semaines pendant la 4^{ème} année, de douze semaines pendant la cinquième et la 6^{ème} année, de treize semaines pendant la 7^{ème} année et de quatorze semaines à partir de la 8^{ème} année de service).

Le tableau suivant indique en caractère gras les coûts supplémentaires occasionnés par cette variante ainsi que les coûts totaux qui en résulteraient, en reprenant les groupes de travailleuses A, B et C du tableau précédent.

stabilisée (moins de naissances, mais plus de femmes salariées), cette étude peut servir de base pour les présents calculs.

⁴ Par le terme de coûts on entend la continuation du versement du salaire, sans distinguer selon que les salaires sont payés directement par les entreprises ou couverts par une assurance.

Tableau 2
Coûts du congé de maternité en fonction de la durée du droit au salaire
Variante 1

Groupe	Coûts pour les 8 premières semaines	Coûts pour le congé de 8 à 14 semaines	Coûts pour le congé de 14 semaines et plus	Coûts totaux en millions de francs
A	53 + 46			99
B	144	50 + 8		202
C	73	54	37	164
Total	316	112	37	465

La variante 1 génère donc des coûts supplémentaires de 54 millions de francs (13 % des coûts actuels).

Les coûts totaux engendrés par cette variante (465 millions de francs) représentent 0,21 % de la masse salariale totale actuellement versée.

La variante 2 prévoit un congé de douze semaines, indépendamment de la durée de l'engagement.

Le tableau ci-après se base, comme les tableaux 1 et 2, sur trois groupes de travailleuses déterminés selon la durée du congé de maternité payé actuellement. En raison de la valeur constante des douze semaines prévue par la variante 2, la composition des groupes est toutefois différente de celle des tableaux 1 et 2. Ainsi, le groupe A est celui des travailleuses ayant un congé de huit semaines au maximum (36 % des travailleuses), le groupe B est celui des travailleuses avec un congé dont la durée varie entre huit et douze semaines (21 % des travailleuses) et le groupe C est celui des travailleuses bénéficiant d'un congé de douze semaines au minimum (43 % des travailleuses). Il montre en caractère gras les coûts supplémentaires occasionnés par la variante 2 ainsi que les coûts totaux qui en résulteraient.

Tableau 3
Coûts du congé de maternité en fonction de la durée du droit au salaire
Variante 2

Groupe	Coûts pour les 8 premières semaines	Coûts pour le congé de 8 à 12 semaines	Coûts pour le congé de 12 semaines et plus	Coûts totaux en millions de francs
A	53 + 46	+ 49		148
B	82	12 + 29		123
C	134	68	62	264
Total	315	158	62	535

Par rapport à la situation actuelle, la *variante 2 engendre donc au total des coûts supplémentaires de 124 millions de francs (30 % des coûts actuels)*.

Les coûts totaux de cette variante (535 millions de francs) représentent 0,24 % de la masse salariale totale actuellement versée.

322 Effets sur la demande de travail féminin

En raison de l'obligation de l'employeur de verser le salaire, le congé de maternité devrait entraîner, à court terme, une augmentation globale des coûts du travail.

L'avant-projet propose un financement individuel et non un système d'assurance-maternité généralisée. En conséquence, cette augmentation devra être supportée par chaque entreprise concernée. Par rapport à la situation actuelle, cela correspond à une augmentation des coûts pour l'employeur d'une accouchée dont la durée du congé de maternité serait prolongée par la nouvelle réglementation.

L'employeur aura la possibilité de continuer à verser le salaire ou - comme d'aucuns le pratiquent déjà à l'heure actuelle - de couvrir ces frais par le biais d'une assurance. Cette solution peut, dans certains cas, permettre de réduire les coûts salariaux supplémentaires impliqués par le congé de maternité. Un tel système permet également à l'employeur de faire supporter une part des coûts - la prime - par ses employés. Selon une enquête du Büro BASS les assureurs privés demandent, pour assurer pendant quatorze semaines des indemnités journalières d'accouchées correspondant à 80 % du salaire, une prime moyenne de 1 % de la masse salariale des femmes de l'entreprise. Cette estimation constitue cependant un plancher, dans la mesure où la prime en question est un prix de départ, qui peut être revu à la hausse en cas de "sinistre", mais non à la baisse en cas d'absence de "sinistre".

Les entreprises les plus touchées par la révision proposée sont celles qui ont une forte proportion de femmes en âge d'avoir un enfant et dont les conditions salariales offertes actuellement en cas de congé de maternité divergent largement de celles prévues par les nouvelles dispositions du code des obligations. Ainsi, en ce qui concerne les branches, par exemple, les entreprises du commerce de détail et de l'hôtellerie et la restauration devraient figurer parmi les perdantes, alors que pour celles de la coiffure, dont la couverture "maternité" actuelle est relativement généreuse, ne devrait pas subir de gros changements. Pour ce qui est de la taille des entreprises, on peut penser que les PME seraient tendanciellement plus touchées en raison de leurs conditions salariales actuelles, qui semblent en moyenne moins généreuses que celles des grandes entreprises.

S'agissant de la demande de travail, on peut craindre que le congé de maternité engendre une discrimination des femmes en âge de maternité, car l'employeur doit l'assumer financièrement de manière individuelle. Une telle discrimination est toutefois interdite par la loi sur l'égalité (LEg; RS 151.1). Le report des coûts supplémentaires occasionnés par ces employées sur l'ensemble des salaires des employés de l'entreprise (par exemple en bloquant les augmentations de salaire pendant un certain temps), sur d'autres coûts de production ou sur les prix pourrait amoindrir ce risque de discrimination.

323 Effets sur les salaires

Le congé de maternité est également susceptible de produire un effet sur les salaires. Les salaires des femmes en âge d'avoir un enfant pourraient subir une tendance à la baisse en raison de la diminution de la demande (une telle politique des salaires constituerait toutefois une discrimination au sens de l'art. 8, al. 3, de la Constitution fédérale et violerait la Convention 100 de l'OIT). Il est à noter qu'une telle évolution contribuerait à accentuer les inégalités salariales existantes toujours entre les hommes et les femmes. Par ailleurs, les salaires de l'ensemble des employés des entreprises les plus touchées par le congé de maternité pourraient également en pâtir, selon le report des coûts opéré par les employeurs concernés (cf. les remarques précédentes faites à ce sujet).

4 Effets sur l'état du personnel et conséquences financières pour la Confédération et les cantons

La révision proposée n'implique pas de nouvelles tâches d'exécution pour les pouvoirs publics et n'a dès lors aucune incidence sur l'effectif du personnel.

En principe, elle n'a pas non plus de conséquences financières, car elle ne s'applique pas aux personnes ayant un rapport de travail de droit public avec la Confédération, un canton ou une commune (cf. art. 342, let. a, CO). On ne peut toutefois pas exclure une possible augmentation des frais qui ne peut être ni quantifiée ni estimée, dans les cas - très rares - où les pouvoirs publics engageraient des femmes exclusivement sur la base du droit privé, en les soumettant à une réglementation du congé de maternité moins favorable que celles de l'avant-projet.

5 Relation avec le droit européen

Le document déterminant de l'Union européenne dans le domaine de la protection de la maternité est la directive 92/85/CEE du 19 octobre 1992 concernant la mise en oeuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail.

Selon l'article 8 de cette directive, les travailleuses doivent bénéficier d'un congé de maternité minimum de quatorze semaines continues, qui peuvent être réparties avant et/ou après l'accouchement, conformément aux législations et/ou aux pratiques nationales. Une rémunération et/ou une prestation adéquate doit être garantie aux travailleuses pendant la durée du congé; cette prestation est adéquate lorsqu'elle assure des revenus au moins équivalents à ceux que percevait la travailleuse en cas d'empêchement de travailler pour des raisons de santé, dans la limite de l'éventuel plafond fixé par les législations nationales (art. 11, ch. 2, let. b et ch. 3).

La directive ne prévoit que des mesures minimales; la plupart des législations des Etats membres vont au-delà. Il leur est interdit de réduire la protection qu'ils accordent aux travailleuses enceintes au moment de l'adoption de la directive (art. 1, al. 3). Les Etats membres ont eu jusqu'au 19 octobre 1994 au plus tard pour transposer la directive dans leur législation nationale.

**Code des obligations
(congé de maternité)**

Avant-projet

Modification du

L'Assemblée de la Confédération suisse,
vu le message du Conseil fédéral du ...⁵

arrête :

I

Le code des obligations⁶ est modifié comme suit :

Art. 324a Titre marginal, al. 1, 3 et 4

2. En cas
d'empêchement
du travailleur
a. En général

¹ Si le travailleur ou la travailleuse est empêché de travailler sans faute de sa part pour des causes inhérentes à sa personne, telles que maladie, accident, grossesse, accomplissement d'une obligation légale ou d'une fonction publique, l'employeur lui verse le salaire pour un temps limité, y compris une indemnité équitable pour le salaire en nature perdu, dans la mesure où les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois.

³ et ⁴ Abrogés

Art. 324a^{bis} (nouveau)

Variante 1

b. Pendant le
congé de ma-
ternité

¹ Si les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois, l'employeur doit verser le salaire à la travailleuse, y compris une indemnité équitable pour le salaire en nature perdu, dès le jour de l'accouchement.

² L'employeur paie :

- a. le salaire de huit semaines pendant les première et deuxième années de service ;
- b. le salaire de neuf semaines pendant la troisième année de service ;
- c. le salaire de dix semaines pendant la quatrième année de ser-

⁵ FF

⁶ SR 220

vice ;

- d. le salaire de douze semaines pendant les cinquième et sixième années de service ;
- e. le salaire de treize semaines pendant la septième année de service ;
- f. le salaire de quatorze semaines pendant la huitième année de service et les années suivantes.

³ Il est tenu de payer le salaire selon l'alinéa 2 même s'il a versé à la travailleuse un salaire en vertu de l'article 324a pendant l'année de service considérée.

Art. 324a^{bis} (nouveau)

Variante 2

b. Pendant le congé de maternité

¹ Si les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois, l'employeur verse le salaire à la travailleuse, y compris une indemnité équitable pour le salaire en nature perdu, pendant douze semaines à compter du jour de l'accouchement.

² L'employeur est tenu de payer le salaire selon l'alinéa 1 même s'il a versé à la travailleuse un salaire en vertu de l'article 324a pendant l'année de service considérée.

Art. 324a^{ter} (nouveau)

c. Prestations équivalentes

Un accord écrit, un contrat-type de travail ou une convention collective peut déroger aux dispositions de l'article 324a ou de l'article 324a^{bis} à condition d'accorder au travailleur ou à la travailleuse des prestations au moins équivalentes.

Art. 324b Titre marginal

d. Exceptions

Art. 329 Titre marginal

VIII. Congé
hebdomadaire,
vacances,
congé pour les
activités de jeu-
nesse et congé
de maternité

Art. 329b al. 2 et 3

² Si la durée de l'empêchement n'est pas supérieure à un mois au cours d'une année de service, et si elle est provoquée, sans qu'il y ait faute de sa part, par des causes inhérentes à la personne du travailleur ou de la travailleuse, telles que maladie, accident, grossesse, accomplissement d'une obligation légale, exercice d'une fonction publique ou prise d'un congé-jeunesse, l'employeur n'a pas le droit de réduire la durée des vacances.

³ L'employeur n'a pas non plus le droit de réduire les vacances d'une travailleuse en raison d'un congé de maternité.

Art. 329f (nouveau)

4. Congé de
maternité

¹ Si les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois, la travailleuse a droit à un congé maternité de quatorze semaines à partir du jour de l'accouchement.

² Le droit au salaire de la travailleuse pendant le congé de maternité est réglé par l'article 324a^{bis}.

Art. 362 al. 1

¹ Il ne peut pas être dérogé aux dispositions ci-après par accord, contrat-type de travail ou convention collective, au détriment du travailleur:

...

article 324a^{bis} (salaire pendant le congé de maternité)

...

article 329f (congé de maternité)

...

II

¹ La présente loi est soumise au référendum.

² Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur.