

## JAAC 69.74

Avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 13  
février 2004

---

***Compétence législative des cantons en matière d'assurance-maternité,  
en particulier au regard du nouvel art. 16h LAPG.***

***1. La Constitution fédérale prévoit, à l'art. 116 al. 3 et 4 Cst., une  
compétence fédérale concurrente en matière d'assurance-maternité.  
Elle n'impose pas au législateur fédéral d'instituer une assurance selon  
le principe de l'universalité (ch. 1.1.1 et 1.1.2).***

***2. Le législateur fédéral, en adoptant une assurance-maternité dans  
le cadre du système des allocations pour perte de gain (APG), a fait un  
usage partiel de sa compétence. Ce faisant, il n'entendait pas épuiser la  
matière. Les cantons restent donc compétents dans les domaines où le  
législateur fédéral n'a pas entendu légiférer (ch. 1.2.1).***

***3. Dans le domaine où le législateur fédéral a légiféré, les cantons n'ont  
de compétences législatives que dans la mesure où la loi fédérale leur en  
rétrocède (ch. 1.2.2).***

***4. Là où le législateur fédéral n'a pas légiféré, les cantons peuvent  
prévoir des prestations de maternité aux conditions qu'ils fixent  
eux-mêmes, mais en les finançant par leurs propres ressources et sans  
recourir aux cotisations du régime APG (ch. 2.1).***

***5. Dans les domaines énumérés exhaustivement à l'art. 16h LAPG  
(compétences rétrocédées), les cantons peuvent prévoir des prestations  
supplémentaires et les financer par des cotisations particulières, du  
type de celles des APG (ch. 2.2).***

---

***Gesetzgebungskompetenz der Kantone im Bereich der  
Mutterschaftsversicherung, insbesondere im Hinblick auf den neuen  
Art. 16h EOG.***

**1. Die Bundesverfassung sieht in Art. 116 Abs. 3 und 4 BV eine konkurrierende Kompetenz des Bundes im Bereich der Mutterschaftsversicherung vor. Sie schreibt dem Bundesgesetzgeber nicht vor, eine Versicherung nach dem Universalitätsprinzip zu schaffen (Ziff. 1.1.1 und 1.1.2).**

**2. Der Bundesgesetzgeber hat seine Kompetenz teilweise wahrgenommen, indem er eine Mutterschaftsversicherung nach dem System des Erwerbssersatzes (EO) eingeführt hat. Damit hat er die Materie nicht erschöpfend geregelt. Die Kantone bleiben demnach in jenen Bereichen zuständig, in welchen der Bundesgesetzgeber nicht tätig geworden ist (Ziff. 1.2.1).**

**3. Für jenen Bereich, in welchem der Bundesgesetzgeber tätig geworden ist, verbleibt den Kantonen nur dann eine Gesetzgebungskompetenz, wenn der Bundesgesetzgeber sie ihnen zurückübertragen hat (Ziff. 1.2.2).**

**4. Wo der Bundesgesetzgeber nicht legiferiert hat, können die Kantone Mutterschaftsleistungen zu Bedingungen vorsehen, welche sie selber festlegen, welche sie aber aus eigenen Mitteln finanzieren müssen und wofür sie nicht auf die Beiträge aus der Erwerbssersatzordnung zurückgreifen dürfen (Ziff. 2.1).**

**5. In den abschliessend aufgezählten Bereichen von Art. 16h EOG (zurückübertragene Kompetenzen) können die Kantone zusätzliche Leistungen vorsehen und diese durch besondere Beiträge nach dem System der EO finanzieren (Ziff. 2.2).**

---

**Competenza legislativa dei Cantoni in materia di assicurazione maternità, in particolare riguardo al nuovo art. 16h LIPG.**

**1. La Costituzione federale prevede, all'art. 116 cpv. 3 e 4 Cost., una competenza federale concorrente in materia di assicurazione maternità. Ciò non obbliga il legislatore federale ad istituire un'assicurazione secondo il principio dell'universalità (n. 1.1.1 e 1.1.2).**

**2. Il legislatore federale, adottando un'assicurazione maternità nel quadro del sistema delle indennità per perdita di guadagno (IPG), ha fatto un uso particolare della sua competenza. Non ha però regolato in modo esaustivo la materia. I Cantoni restano quindi competenti negli ambiti in cui il legislatore federale non ha voluto legiferare (n. 1.2.1).**

**3. Nel campo in cui il legislatore federale ha legiferato, i Cantoni hanno competenze legislative solo nella misura in cui la legge federale restituisce loro tali competenze (n. 1.2.2).**

**4. Laddove il legislatore federale non ha legiferato, i Cantoni possono prevedere prestazioni per la maternità alle condizioni che essi stessi fissano, ma finanziandole attraverso le loro proprie risorse e senza ricorrere ai contributi del regime IPG (n. 2.1).**

**5. Negli ambiti elencati in modo esaustivo all'art. 16h LIPG (competenze restituite), i Cantoni possono prevedere prestazioni supplementari e finanziarle attraverso contributi particolari, del tipo di quelli dell'IPG (n. 2.2).**

---

## 1. La compétence fédérale en matière d'assurance-maternité

### 1.1 Le partage constitutionnel

**1.1.1** L'art. 116 al. 3 1<sup>ère</sup> phrase de la Constitution fédérale du 18 avril 1999[96] dispose que la Confédération institue une assurance-maternité. L'al. 4 de cette même disposition précise encore que le législateur peut déclarer l'assurance-maternité obligatoire de manière *générale* ou pour *certaines catégories* de personnes. La Constitution n'impose donc pas l'obligation d'instituer une assurance selon le principe de l'universalité (personnes avec et sans activité lucrative), mais autorise aussi une assurance sectorielle, limitée à une ou plusieurs catégories de personnes, déterminées, par exemple, en fonction de la situation professionnelle ou économique. Ainsi a-t-on pensé à des catégories telles que les salariés, les indépendants et les non-actifs[97].

**1.1.2** Quant à sa nature, la compétence donnée à l'art. 116 al. 3 Cst. n'est pas exclusive, mais *concurrente*. Il résulte du caractère concurrent de la compétence fédérale et de l'art. 3 Cst. que les cantons peuvent légiférer dans le domaine *aussi longtemps que et dans la mesure où* la Confédération ne l'a pas fait. Mais, pour établir le partage concret entre compétences fédérales et compétences cantonales, il faut analyser l'usage que le *législateur* fédéral a fait de la compétence constitutionnelle et considérer, par conséquent, la *loi* fédérale qui la met en œuvre[98]. ‘

### 1.2 Le partage selon la LAPG

**1.2.1** La révision du 3 octobre 2003[99] de la loi sur les allocations pour perte de gain du 25 septembre 1952[100] rend obligatoire l'affiliation à un régime d'indemnités journalières des personnes *exerçant une activité lucrative*, que celle-ci soit dépendante (salariée) ou indépendante (cf. art. 16b LAPG). Faisant usage de la possibilité que lui offrait l'al. 4 de l'art 116 Cst., le législateur fédéral a donc opté pour un régime sectoriel et professionnel (cf. ch. 1.1.1). Mais rien dans les travaux préparatoires ne conduit à admettre qu'en faisant ce choix, le législateur fédéral entendait épuiser l'ensemble de la compétence que lui donne l'art. 116 Cst. et, corrélativement, priver les cantons de toute compétence législative en ce domaine. Au contraire, on perçoit, à différents stades des délibérations parlementaires, des déclarations générales attestant la volonté de respecter le droit des cantons de prévoir d'autres régimes. Ainsi, dans une réponse à un membre de la commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national (CSSS-N), le représentant de l'administration fédérale déclarait: «[...] Prima vista gehen wir davon aus, dass wir keine ausschliessliche Bundeskompetenz haben, so dass es den Kantonen

möglich wäre, eine günstigere gesetzliche Ordnung neben der Bundesregelung beizubehalten. Man könnte sich allerdings fragen, ob zur Klärung im Gesetz festzuhalten sei, dass es um keine ausschliessliche Bundeskompetenz gehe und dass weiter gehende private oder öffentliche Regelungen nicht tangiert seien.»[101] D'autres déclarations allant dans un sens proche, tout en restant très globales, ont ponctué les travaux parlementaires et montrent que le législateur fédéral se souciait de ménager les régimes cantonaux existants[102]. Cela nous conduit à admettre qu'en instituant le régime fédéral d'allocations pour perte de gain en cas de maternité, le législateur fédéral a voulu n'utiliser qu'une partie de la compétence que lui donne l'art. 116 al. 3 Cst., et laisser aux cantons une compétence législative pour instituer ou maintenir des régimes complémentaires de protection de la maternité. Cette manière de faire ressemble d'ailleurs fort à ce qui a été fait en matière d'allocations familiales, où la Confédération s'est bornée à légiférer pour la seule catégorie de personnes occupées dans le secteur agricole (travailleurs agricoles, paysans de montagne et petits paysans de plaine, pêcheurs professionnels), laissant aux cantons le soin de légiférer en matière d'allocations familiales pour les autres secteurs[103].

**1.2.2** Le législateur fédéral n'a légiféré et, par conséquent, occupé le terrain que pour la catégorie des *personnes exerçant une activité lucrative*. Pour cette catégorie de personnes, les cantons n'ont donc de compétence législative que si la loi leur en rétrocède une partie (compétences déléguées)[104]. Or c'est ce que fait l'art. 16h LAPG[105]. En vertu de cette disposition, les cantons sont habilités à compléter les prestations fédérales dans trois domaines énumérés exhaustivement (allocation plus élevée, allocation plus longue, allocation d'adoption) et à financer ces prestations plus généreuses par des «cotisations particulières» (en allemand, «besondere Beiträge»). Il est important de voir que cette disposition contient deux idées qui sont liées l'une à l'autre, ce qui est déterminant pour une bonne compréhension du texte: l'art. 16h LAPG permet aux cantons non seulement d'instaurer un régime d'allocation plus généreux dans les trois domaines cités exhaustivement, mais encore de le financer par des cotisations qui pourraient être prélevées auprès des mêmes cotisants (assurés à l'assurance-vieillesse et survivants [AVS] et employeurs) et fixées paritairement pour les salariés et les employeurs[106]. Toute la portée normative de l'art. 16h LAPG tient dans cette double idée. Il faut relever ici que les travaux préparatoires ne livrent aucune explication à propos de cette notion de «cotisations particulières»[107]. Mais rien ne laisse supposer qu'il s'agirait d'un genre de cotisations structurellement différentes de celles perçues dans le cadre des allocations pour perte de gain (APG). On peut, dès lors, admettre que l'art. 16h LAPG autorise, dans les domaines énumérés, un financement calqué sur le modèle des APG, qui pourrait prendre la forme de «suppléments cantonaux» aux cotisations du régime APG, y compris les cotisations d'employeurs. Ces cotisations seraient «particulières» en ce qu'elles seraient fondées sur le droit cantonal et présentées, dans les bordereaux, comme distinctes des cotisations fédérales. Pour le reste, ce seraient des cotisations du type APG.

Préciser cette question du mode de financement était absolument nécessaire si le législateur fédéral voulait autoriser les cantons à compléter, tout en restant dans le cadre des APG, les prestations fédérales. En revanche, hors du cadre des APG, le législateur fédéral n'avait pas à se préoccuper de régler la question

de la faculté des cantons d'instituer des régimes de protection de la maternité pour d'autres catégories de personnes et de leur mode de financement. Une disposition en ce sens n'aurait eu qu'une valeur déclaratoire[108].

## 2. Conséquences concrètes pour les cantons

### 2.1 Compétences là où le législateur fédéral n'a pas légiféré

Au vu de ce qui précède, les cantons ont conservé des compétences dans le domaine de la protection de la maternité de deux manières: d'une part, là où le législateur fédéral n'a pas légiféré, et, d'autre part, là où il a légiféré, mais a rétrocédé une partie des compétences aux cantons.

Là où le législateur fédéral n'a pas légiféré, le domaine est resté, conformément au principe de l'art. 3 Cst., dans la compétence législative des cantons, qui peuvent prévoir diverses prestations de maternité, aux conditions qu'ils fixent eux-mêmes, mais en les finançant par leurs propres ressources, sans pouvoir recourir aux cotisations du régime APG.

En particulier, on pense ici à l'instauration d'un régime d'allocations pour les personnes qui n'exercent pas d'activité lucrative. Le législateur fédéral de 2003 les a exclues du régime fédéral parce que leur inclusion dans la défunte loi fédérale, du 18 décembre 1998, sur l'assurance-maternité[109] passait pour avoir été l'une des raisons de son échec dans le référendum de juin 1999. Si maintenant un législateur *cantonal* considère qu'il y a là une lacune sociale insoutenable, il peut légiférer pour la combler lui-même. Il doit cependant le faire dans le respect des principes constitutionnels, parmi lesquels celui de l'égalité, qui est important notamment en matière de financement[110]. Il pourrait, par exemple, prévoir un financement de type fiscal, c'est-à-dire à travers un supplément à l'impôt direct cantonal, voire simplement à travers le budget général du canton. Il pourrait aussi prévoir un financement en prélevant des cotisations auprès des seuls assurés. Il pourrait encore combiner les modes précités. En revanche, il ne pourrait financer cette prestation cantonale par des suppléments aux cotisations APG. Il ne pourrait pas davantage utiliser, pour la financer, des ressources prélevées, dans une mesure même proportionnelle au nombre d'habitants ou aux cotisants du canton concerné, sur le fonds des APG, ce fonds étant alimenté par les assurés de toute la Suisse et devant donc rester à la disposition de l'ensemble de la population[111].

### 2.2 Compétences là où le législateur fédéral a légiféré (art. 16h LAPG).

Là où il a légiféré, le législateur fédéral a expressément autorisé les cantons à prévoir des prestations de maternité plus élevées ou de plus longue durée, voire des prestations pour un *autre* cas de «maternité» (voire de «paternité»), qui est l'adoption, et à financer ces prestations supplémentaires par des cotisations particulières. Si l'on reprend les trois sortes de prestations énumérées à l'art. 16h LAPG, on peut penser aux possibilités suivantes:

*Prestations de maternité plus élevées.* La loi fédérale prévoit une indemnité journalière égale à 80% du revenu moyen de l'activité lucrative (art. 16e al. 2 LAPG), avec un maximum de 172 francs par jour (art. 16f al. 1 LAPG). Une loi cantonale pourrait aller plus loin, par exemple à 90% du revenu (...).

*Prestations de maternité de plus longue durée.* La loi prévoit une indemnité journalière pendant 98 jours, c'est-à-dire quatorze semaines (art. 16d LAPG). Ici également, une loi cantonale pourrait aller plus loin, par exemple à 112 jours, c'est-à-dire seize semaines, comme il en a été question lors de l'élaboration de la loi fédérale. Peut-être même plus loin encore, tout en tenant compte, pour les personnes salariées, des obligations qui leur incombent en raison de leur rapport de travail.

*Prestations en cas d'adoption.* La loi fédérale n'en prévoit pas, mais elle autorise les cantons à en introduire. Une loi cantonale pourrait user de cette autorisation, déterminer le bénéficiaire (l'homme ou la femme qui adopte), l'âge maximum de la personne adoptée, le montant et la durée de l'allocation.

[96] Cst., RS 101.

[97] Pascal Mahon, *Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, Zurich, Bâle, Genève 2003, Art. 116, n° 15; Luzius Mader, *Die schweizerische Bundesverfassung*, Zurich, Bâle, Genève, Lachen 2002, Art. 116, n°s 11 et 12. Voir aussi le rapport, du 3 octobre 2002, de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national «Révision de la loi sur les allocations pour perte de gain - Extension du champ d'application aux mères exerçant une activité lucrative», cité, ci-après, rapport du 3 octobre 2002, FF 2002 6998 et ss, 7033.

[98] Andreas Auer, Giorgio Malinverni, Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, Berne 2000, vol. I, n°s 941 et ss, en particulier n°s 946, 980 et 990; *JAAC* 65.92 p. 1035.

[99] Cf. FF 2003 6051 et ss. Les nouvelles dispositions doivent entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2005.

[100] LAPG, RS 834.1.

[101] Séance du 26 juin 2002 de la CSSS-N, procès-verbal (PV), p. 18. La commission décida alors qu'il suffisait de préciser la chose dans le rapport, ce qui, pourtant, n'a pas été fait en des termes aussi généraux, qui replacent la problématique dans la perspective des différents types de compétences constitutionnelles et de leurs conséquences pour les cantons.

[102] Rapport du 3 octobre 2002, p. 6999; avis du Conseil fédéral du 6 novembre 2002, FF 2003 1032 et ss, 1036; intervention de la cheffe du Département fédéral de l'intérieur à la séance du 14 novembre 2002 de la CSSS-N, PV, p. 3.

[103] Pascal Mahon (note 2), Art. 116, n° 9.

[104] Andreas Auer, Giorgio Malinverni, Michel Hottelier (note 3), n°s 993 et ss.

[105] Cet article a la teneur suivante: Art. 16h Rapport avec les réglementations cantonales. En complément au chap. IIIa, les cantons peuvent prévoir l'octroi d'une allocation de maternité plus élevée ou de plus longue durée et l'instauration d'une allocation d'adoption et prélever, pour le financement de ces prestations, des cotisations particulières.

[106] Dans son rapport du 3 octobre 2002, la CSSS-N commente en ces termes cette disposition: «*Même après l'entrée en vigueur d'une assurance-maternité au plan fédéral, les cantons doivent garder la possibilité d'introduire une assurance-maternité prévoyant l'octroi de prestations plus généreuses que*

*les APG. Ils doivent également avoir la possibilité, à cet effet, de financer leur assurance-maternité complémentaire par le prélèvement de cotisations particulières»; FF 2002 7024.*

[107] Une norme comparable figure à l'art. 24 al. 1 let. a de la loi fédérale du 20 juin 1952 sur les allocations familiales dans l'agriculture (LFA, RS 836.1). Cette disposition, introduite dans la LFA en 1962, parle de «contributions spéciales», mais l'allemand disait déjà, comme fait la loi du 3 octobre 2003, «besondere Beiträge». Or il ressort du message explicatif de la révision de la LFA de 1962 que cette disposition devait lever toute ambiguïté notamment quant à la faculté des cantons de financer les prestations complémentaires accordées aux travailleurs agricoles en prélevant des cotisations supplémentaires aussi auprès des employeurs de l'agriculture; cf. FF 1961 II 457, 485.

[108] Voir une analyse comparable à propos des compétences cantonales en matière d'allocations familiales, dans le rapport, du 20 novembre 1998, de la CSSS-N «Prestations familiales (Fankhauser)», FF 1999 2942 et ss, 2952, ad art. 2.

[109] LAMat, FF 1998 4973.

[110] Cf. l'arrêt, du 4 juillet 2003, de la II<sup>e</sup> Cour de droit public du Tribunal fédéral, Fédération des syndicats patronaux et consorts c / Grand Conseil de la République et canton de Genève (2P.329/2001), qui dénonce le caractère inconstitutionnel (violation des art. 8 et 127 Cst.) du financement du nouveau régime des allocations familiales dans le canton de Genève, Pratique juridique actuelle (PJA/AJP) 2004, p. 97.

[111] Cf. la réponse du Conseil fédéral à l'interpellation Roth-Bernasconi (99.3253) Assurance-maternité pour les cantons latins, BO 1999 N 2260 s.

## **JAAC 69.74 - Avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 13 février 2004**

In	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
Dans	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
In	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
Jahr	2005
Année	
Anno	
Band	69
Volume	
Volume	
Seite	---
Page	
Pagina	
Ref. No	150 007 064

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert.  
Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale.  
Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.