



Le congé de paternité

La présente contribution a pour but de présenter le congé paternité, nouvelle mesure de politique sociale entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2021.

De manière résumée, le législateur a instauré un congé de paternité de deux semaines pour le père salarié ou indépendant ou celui qui en devient le père légal peu après la naissance de l'enfant. Ce congé peut être pris sous la forme de semaines ou de journées, dans les six mois qui suivent la naissance de l'enfant (art. 329g du Code des obligations - CO). Le congé de paternité est assorti d'une allocation de paternité en vertu des art. 16i à 16m de la loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain en cas de service, de maternité et de paternité (LAPG).

Les conditions d'octroi du congé de paternité

Tant le congé de paternité que l'allocation de paternité sont destinés au père légal de l'enfant au moment de la naissance. Cela dit, si un homme devient le père légal de l'enfant dans les six mois après la naissance, il pourra aussi bénéficier du congé et de l'allocation. Il faut entendre par là un lien de filiation établi par le droit de la famille (mariage avec la mère, reconnaissance ou action en paternité). L'adoption ne donne pas droit au congé ou à l'allocation de paternité. Seul le canton de Genève ouvre le droit à une allocation cantonale d'adoption aux parents adoptifs.

Le congé de paternité prévu à l'art. 329g CO s'adresse à tous les pères au sens décrit ci-dessus qui sont au bénéfice d'un contrat de travail de droit privé suisse. Le congé en question n'est pas soumis à d'autres conditions, contrairement à l'octroi de l'allocation de paternité (voir plus bas). Il est donc possible qu'un père salarié ait droit au congé, mais pas à l'allocation de paternité.

Jusqu'à l'entrée en vigueur du congé de paternité, le père salarié, sauf dispositions plus favorables prévues notamment dans son contrat ou dans une convention collective de travail, pouvait prétendre à un congé usuel payé d'un jour au sens de l'art. 329 al. 3 CO. Il paraît donc logique que le nouveau congé de paternité remplace le congé usuel d'alors. La question - à vrai dire assez théorique - peut toutefois se poser de savoir si le père qui ne remplit pas les conditions d'octroi de l'allocation de paternité pourrait néanmoins obtenir son salaire pour un jour à l'occasion de la naissance. Il faut répondre par la négative.

Le congé de paternité ne concerne que les naissances à compter du 1^{er} janvier 2021. Le congé doit en outre être pris impérativement dans les six mois qui suivent la naissance de l'enfant. Une naissance multiple (p. ex. de jumeaux) ne donne droit qu'à un seul congé de paternité de deux semaines. Cela étant, rien n'empêche qu'un père salarié puisse bénéficier de plusieurs congés de paternité s'il devient père plusieurs fois à l'intervalle rapprochés.

La durée du congé de paternité

La durée du congé de paternité est de deux semaines. Il peut être pris d'un seul bloc ou par semaine, ou encore par journées isolées, dans le délai de six mois. Le père salarié n'est pas tenu de prendre le congé en question, il est libre d'en faire usage ou non. Ainsi, le congé de paternité ne saurait constituer un empêchement non fautif de travailler au sens des art. 324a ou 324b CO, de sorte que l'employeur n'est pas tenu de compléter l'allocation de paternité, ni de verser le salaire au père qui ne remplit pas les conditions d'octroi de l'allocation de paternité (voir plus bas), mais qui souhaite malgré tout bénéficier du congé.

Les dispositions préexistantes

De nombreuses entreprises accordaient déjà des prestations au titre d'un congé de paternité avant le 1^{er} janvier 2021. Il va de soi que ces prestations, dans la mesure où elles ne sont pas modifiées, doivent être maintenues dans la mesure où elles étaient plus favorables au travailleur.

Exemple : une entreprise accordait déjà depuis quelques années un congé de paternité d'une semaine, rémunéré à 100%. Dès lors que le congé paternité a passé obligatoirement à deux semaines depuis le 1^{er} janvier 2021, la question se pose de savoir comment rémunérer un travailleur dont le salaire brut est, par exemple, de CHF 204'000.--. Si l'enfant était né en 2020, le travailleur aurait reçu, pour la semaine de congé, la somme de CHF 3'966.-- (204'000 : 360 x 7). Si l'enfant naît en 2021, le travailleur en question a clairement droit à deux semaines de congé. La question est de savoir comment il faut le rémunérer, étant entendu que l'allocation de paternité prise en charge par la caisse AVS est dans son cas plafonnée à CHF 196.-- par jour. Deux raisonnements sont possibles :

- Le minimum légal auquel il aurait droit en 2021 serait de CHF 2'744.-- (14 x 196). Dans la mesure où son contrat lui garantit la somme de CHF 3'966.-- au titre d'un congé paternité, c'est cette dernière somme que l'employeur lui doit.
- La première semaine de congé paternité lui est payée comme auparavant, soit CHF 3'966.--, et la deuxième lui est rémunérée au minimum légal, soit pour lui CHF 1'372.-- (7 x 196).

Il faut pencher pour la deuxième solution, car la première aurait pour effet que le travailleur ne toucherait aucune rémunération pour la deuxième semaine de son congé de paternité.

L'employeur a l'obligation d'accorder le congé de paternité au père qui en fait la demande, car l'art. 329g CO fait partie de la liste des dispositions relativement impératives au sens de l'art 362 al. 1 CO ; le père salarié ne saurait valablement renoncer contractuellement à prendre son congé de paternité. Le congé de paternité ressemble en quelque sorte à une libération de l'obligation de travailler du père salarié pendant deux semaines au plus.

Les mesures protectrices liées au congé de paternité

Ces mesures sont au nombre de trois.

Vacances. L'art. 329b al. 3 CO prévoit que l'employeur n'est pas autorisé à diminuer les vacances lorsque le travailleur prend un congé de paternité. Cela signifie en d'autres termes que les jours pris au titre du congé de paternité ne sauraient entrer en ligne de compte dans un calcul de réduction du droit aux vacances.

Prévoyance professionnelle. L'art. 8 al. 3 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle (LPP) prévoit que, si le salaire diminue temporairement en raison du congé de paternité, le salaire coordonné est maintenu au moins pour la durée du congé. La personne assurée peut toutefois demander la réduction du salaire coordonné.

Résiliation du contrat. Selon l'art. 335c al. 3 CO, si l'employeur résilie le contrat de travail et que le travailleur bénéficie d'un congé de paternité au sens de l'art. 329g CO avant la fin du contrat de travail, le délai de congé est prolongé du nombre de jours de congé qui n'ont pas été pris. Cette prolongation n'est pas applicable si le père donne lui-même sa démission.

Les diverses interprétations de l'art. 335c al. 3 CO

Le CO ne prévoit pas à quel moment l'employeur doit se poser la question de savoir si le travailleur qu'il entend licencier bénéficie d'un solde de congé de paternité. Les travaux préparatoires laissent à penser qu'il faut se placer au moment du licenciement, y compris si l'employeur ignore que le travailleur va devenir père par la suite. Si un père a été licencié le 12 décembre 2020 pour le 31 mars 2021, il n'y aura pas de prolongation si l'enfant est né encore en 2020 ; par contre il y aura prolongation de 14 jours calendaires si l'enfant naît entre le 1^{er} janvier et le 31 mars 2021 et plus aucune prolongation si l'enfant naît après le 31 mars 2021. Certains auteurs, à raison, estiment que cette manière de voir les choses ne saurait fonctionner lorsque l'employeur résilie le contrat en respectant un délai plus long que le délai légal ou contractuel et que le congé de paternité a été pris avant le début du délai de congé. En effet, si on part de l'idée que l'employeur résilie le contrat de travail le 15 juin 2021 pour le 31 décembre 2021, alors que le délai de congé est de trois mois et que le travailleur en question, devenu père le 25 juillet 2021, a pris l'entier de son congé de paternité à fin juillet-début août 2021, il n'y a pas de raison objective que le délai de congé soit prolongé de deux semaines.

Le CO ne dit pas non plus dans quel sens le délai de congé doit être prolongé. Il semble qu'il faille prolonger le délai initial de congé à la fin de celui-ci. Ainsi, s'il reste au père licencié le 28 mars 2021 pour le 30 juin 2021 (délai de trois mois pour la fin d'un mois) un solde de sept jours de congé paternité, le contrat prendra fin le 7 juillet 2021. Cette solution est pour le moins contestable, car le contrat se terminera irrémédiablement en cours de mois et non comme prévu à la fin d'un mois, moment où il est courant de débiter un nouvel emploi. La question peut se poser de savoir si - afin de satisfaire à la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle le délai de congé se calcule rétroactivement à compter du terme de celui-ci - le congé n'aurait pas dû être notifié au plus tard le 23 juin 2021 déjà. Il sera donc intéressant de voir comment les tribunaux trancheront cette question.

Il est à relever qu'il est loisible à l'employeur de résilier le contrat de travail pendant que son travailleur prend un congé de paternité. Le congé de paternité ne figure en effet pas dans la liste des périodes au cours desquelles le licenciement par l'employeur est considéré comme donné en temps inopportun. Le travailleur qui serait licencié en raison du fait qu'il prend un congé de paternité, peut clairement faire valoir une indemnité pour congé abusif au sens de l'art. 336a CO, par exemple pour congé-représailles.

L'allocation de paternité

La LAPG prévoit une allocation de paternité à certaines conditions pour les pères salariés et pour les pères indépendants. Il n'est pas prévu d'accorder des indemnités au père sans activité lucrative, ainsi qu'en cas d'adoption.

Les bénéficiaires (art. 16i LAPG). A droit à l'allocation de paternité l'homme qui est le père légal de l'enfant au moment de la naissance ou le devient au cours des six mois qui suivent et qui été assuré obligatoirement à la LAVS durant cinq mois au moins au cours des neuf qui précèdent la naissance. Cette notion d'assurance obligatoire suppose soit un domicile en Suisse, soit l'exercice en Suisse d'une activité lucrative (comme frontalier par exemple). Les périodes d'assurance obligatoires dans les Etats de l'Union européenne et de l'AELE sont prises en compte dans le cadre de la détermination de la période minimale d'assurance (art. 26 du règlement du 24 novembre 2002 sur les allocations pour perte de gain - RAPG). Cette période est toutefois réduite en conséquence si l'enfant naît avant la fin du 9^{ème} mois de grossesse.

En outre, au cours de cette période de neuf mois, le père doit avoir effectivement exercé une activité lucrative durant cinq mois au moins, mais pas forcément de manière continue. Il n'existe toutefois pas d'obligation d'effectuer un nombre défini de jours ou d'heures de travail et peu importe que le père soit occupé à temps complet ou à temps même très partiel. Les périodes d'activité lucrative dans les Etats de l'Union européenne et de l'AELE, de même que les périodes de service, sont prises en compte dans le cadre de la détermination de la durée minimale d'activité (art. 28 et 28a RAPG).

Enfin, à la date de naissance de l'enfant, le père doit être considéré comme salarié. Cela suppose que le père soit à ce moment au bénéfice d'un contrat de travail ou d'apprentissage. Le père qui exerce une activité indépendante et le père qui travaille dans l'entreprise de son épouse contre un salaire en espèces a aussi droit à l'allocation de paternité. A aussi droit à l'allocation de paternité le père qui percevait effectivement des indemnités de l'assurance-chômage au moment de la naissance (art. 29 al. 2 RAPG). Le père qui est en incapacité de travail au moment de la naissance de l'enfant a droit à l'allocation s'il a perçu jusqu'à la naissance de l'enfant des indemnités pour perte de gain en cas de maladie ou d'accident d'une assurance sociale ou privé, ou des indemnités journalières de l'assurance-invalidité. Il en va de même s'il bénéficiait d'un rapport de travail encore valable au moment de la naissance de l'enfant et avait précédemment épuisé son droit au salaire (art. 30 RAPG).

Le délai-cadre, le début et la fin du droit à l'allocation (art. 16j LAPG). L'allocation de paternité peut être perçue dans un délai-cadre de six mois. Le délai-cadre commence à courir le jour de la naissance de l'enfant. Le droit à l'allocation ne naît que lorsque l'enfant est né viable (art. 23 al. 1 RAPG). Le droit à l'allocation s'éteint au terme du délai-cadre, après perception du nombre maximal d'indemnités journalières, si le père décède, si l'enfant décède ou si la filiation paternelle s'éteint par jugement.

La forme de l'allocation et le nombre d'indemnités journalières (art. 16k LAPG). L'allocation est versée sous la forme d'indemnités journalières pour les jours de congé pris. Le père a droit à un maximum de quatorze indemnités journalières. Si le congé est pris sous la forme de semaines, le père touche sept indemnités journalières par semaine. Si le congé est pris sous la forme de journées, le père touche, pour cinq jours indemnisés, deux indemnités journalières supplémentaires.

Le montant et le calcul de l'allocation (art. 16l LAPG). L'indemnité journalière est égale à 80% du revenu moyen de l'activité lucrative obtenu avant le début du droit à l'allocation. Elle est calculée sur la base du dernier salaire déterminant. Le montant maximal de l'allocation est de CHF 196.-- par jour. Actuellement, ce montant correspond à un salaire mensuel brut de CHF 7'350.-- (ou CHF 88'200.-- par année).

Exemple : un père travaille à plein temps comme employé de commerce et gagnait avant la naissance de son enfant un salaire de CHF 5'400.--, ce qui correspond à un salaire journalier de CHF 180.-- (5'440 : 30). L'allocation de paternité s'élève donc à CHF 144.-- par jour (80% CHF 180.--). Le père obtiendra ainsi la somme de CHF 2'016.-- au total (14 x 144).

La coordination avec les autres assurances sociales (art. 16m LAPG). L'allocation de paternité exclut le versement des indemnités journalières de l'assurance-chômage, de l'assurance-invalidité, de l'assurance-accidents, de l'assurance-militaire et des allocations de service. Toutefois, si de telles indemnités journalières étaient versées jusqu'au début du droit à l'allocation de paternité, cette dernière doit alors être au moins du même montant.

La demande d'allocation (art. 17 LAPG, 34 et 34a RAPG). La caisse de compensation compétente pour le dépôt de la demande et pour la fixation et le paiement de l'allocation paternité est, pour les pères astreints au paiement de cotisations AVS, la caisse qui a perçu les cotisations lorsque le père a pris son dernier jour de congé de paternité ; pour les pères résidents à l'étranger qui ne sont plus obligatoirement assurés à l'AVS, il s'agit de la Caisse suisse de compensation.

Des formules de demande de prestations sont disponibles auprès des caisses de compensation. En règle générale, la demande doit être remplie conjointement par le père et son employeur. Pour le père qui exerçait une activité salariée au moment de la naissance de l'enfant, l'employeur atteste sur le formulaire de demande le montant du salaire déterminant pour le calcul de l'allocation, le montant du salaire versé durant la période d'indemnisation et la durée d'occupation. Pour le père qui était au chômage ou en incapacité de travail au moment de la naissance de l'enfant, le dernier employeur atteste sur le formulaire de demande le montant du salaire déterminant pour le calcul de l'allocation et la durée d'occupation. L'employeur auprès duquel le père est engagé durant le congé de paternité ou la caisse de chômage du père atteste que les jours de congé ont été pris.

Le droit aux allocations de paternité non versées s'éteint cinq ans après la fin du délai-cadre de six mois, qui commence à courir le jour de la naissance de l'enfant (art. 20a LAPG).

Le versement de l'allocation (art. 19LAPG). En principe, les prestations sont servies à l'employeur, à charge pour lui de les reverser au travailleur. Si des circonstances particulières le justifient (différend avec l'employeur, insolvabilité de l'employeur, etc.), l'allocation peut être versée directement au père bénéficiaire.

L'allocation de paternité est versée en une seule fois, lorsque le droit à l'allocation a pris fin (art. 35 al. 3 RAPG).

La déduction des charges sociales (art. 19a LAPG)

L'allocation de paternité fait l'objet des déductions sociales habituelles et est donc soumise aux cotisations AVS/AI/APG et, pour les pères salariés, aux cotisations à l'assurance-chômage. La part « employeur » est à la charge du Fonds de compensation du régime des APG. S'agissant des cotisations LPP, elles sont par contre supportées paritairement par l'employeur et par l'employé durant le congé de paternité. Aucune prime d'assurance-accidents obligatoire n'est prélevée sur l'allocation de paternité (art. 115 al. 1 litt. d de l'ordonnance du 20 décembre 1982 sur l'assurance-accidents-OLAA). Le père au bénéfice de l'allocation de paternité reste assuré - gratuitement - à l'assurance-accidents.

L'allocation de paternité est, le cas échéant, aussi soumise à l'impôt à la source.