



24.xxx

Message concernant la garantie des constitutions révisées des cantons de Berne, de Vaud, de Genève et du Jura

du 22 mai 2024

Monsieur le Président,
Madame la Présidente,
Mesdames, Messieurs,

Par le présent message, nous vous soumettons le projet d'un arrêté fédéral simple concernant la garantie des constitutions révisées des cantons de Berne, de Vaud, de Genève et du Jura, en vous proposant de l'adopter.

Nous vous prions d'agréer, Monsieur le Président, Madame la Présidente, Mesdames, Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

...

Au nom du Conseil fédéral suisse:

La présidente de la Confédération, Viola Amherd
Le chancelier de la Confédération, Viktor Rossi

Condensé

L'Assemblée fédérale est invitée à accorder, par la voie d'un arrêté fédéral simple, la garantie fédérale aux constitutions révisées des cantons de Berne, de Vaud et du Jura ainsi qu'aux modifications de la constitution du canton de Genève relatives au droit à l'intégrité numérique et au droit à l'alimentation. Par contre, la modification de la constitution du canton de Genève relative à l'assurance de parentalité ne peut être que partiellement garantie.

En vertu de l'art. 51, al. 1, de la Constitution fédérale, chaque canton doit se doter d'une constitution démocratique. Celle-ci doit avoir été acceptée par le peuple et pouvoir être révisée si la majorité du corps électoral le demande. Conformément à l'al. 2 du même article, les constitutions cantonales doivent être garanties par la Confédération. Cette garantie est accordée si elles ne sont pas contraires au droit fédéral. Si une disposition constitutionnelle cantonale ne remplit pas cette condition, la garantie fédérale est refusée.

Les modifications constitutionnelles en question ont pour objet:

dans le canton de Berne:

- les freins à l'endettement;*

dans le canton de Vaud:

- la protection du climat;*

dans le canton de Genève:

- le droit à l'intégrité numérique;*
- le droit à l'alimentation;*
- l'assurance de parentalité;*

dans le canton du Jura:

- la destitution des membres d'autorités cantonales et communales.*

À l'exception de la modification de la constitution du canton de Genève concernant l'assurance de parentalité, les modifications susmentionnées sont conformes au droit fédéral et peuvent donc recevoir la garantie fédérale. Par contre, la modification de la constitution du canton de Genève concernant l'assurance de parentalité ne peut être garantie que partiellement: la loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain (LAPG) prévoit que les cantons peuvent prélever des cotisations cantonales sur le modèle des assurances sociales fédérales, c'est-à-dire des cotisations versées paritairement par les employeurs et les employés, seulement en cas d'octroi d'allocations cantonales de maternité ou d'adoption plus élevées ou de plus longue durée que celles du droit fédéral. Dans les autres cas, la LAPG ne prévoit pas une telle compétence des cantons. Par conséquent, la modification de la constitution du canton de Genève concernant l'assurance de parentalité est conforme au droit fédéral et peut donc être garantie dans la mesure où elle prévoit, en complément de la législation fédérale, une assurance financée à parts égales par les employeurs et

les employés de seize semaines au moins en cas de maternité (cf. art. 16h LAPG) et, par analogie, en cas d'adoption (cf. art. 16x LAPG). Pour le reste, elle n'est pas conforme au droit fédéral et ne peut donc être garantie. Toutefois, à l'exception de l'accueil avec hébergement à caractère permanent, le reste de la modification pourrait lui aussi être garanti si, dans le domaine de l'allocation à l'autre parent, une disposition analogue à l'art. 16h LAPG entrerait en vigueur. Or, un avant-projet instituant une telle compétence des cantons a justement été mis en consultation par le Conseil fédéral le 22 décembre 2023: si la LAPG était modifiée en ce sens, il proposera de garantir l'assurance cantonale pour l'autre parent dans un futur message sur les garanties fédérales.

Message

1 Révisions constitutionnelles

1.1 Constitution du canton de Berne

1.1.1 Votation populaire du 18 juin 2023

Lors de la votation populaire du 18 juin 2023, le corps électoral du canton de Berne a accepté, par 211 824 voix contre 96 535, la modification des art. 101a et 101b de la constitution du 6 juin 1993 du canton de Berne¹ (cst. BE) concernant les freins à l'endettement. Par courrier du 18 octobre 2023, le président du Conseil-exécutif et le chancelier d'État ont demandé la garantie fédérale au nom du Conseil-exécutif.

1.1.2 Freins à l'endettement

Ancien texte

Art. 101a Frein à l'endettement appliqué au compte de fonctionnement
[titre marginal]

¹ Le budget ne peut présenter d'excédent de charges.

² L'excédent de charges du rapport de gestion est reporté au budget du deuxième exercice suivant, dans la mesure où il ne peut pas être couvert par le capital propre.

³ Lors de l'adoption du budget, le Grand Conseil peut déroger à l'al. 1, si trois cinquièmes au moins de ses membres le décident. Lors de l'approbation du rapport de gestion, l'al. 2 n'est pas applicable au montant de l'excédent de charges fixé dans le budget. Le découvert doit être amorti dans les quatre ans.

⁴ Lors de l'approbation du rapport de gestion, le Grand Conseil peut déroger à l'al. 2, dans une mesure à déterminer, si trois cinquièmes au moins de ses membres le décident. Le découvert doit être amorti dans les quatre ans.

⁵ Les gains comptables et les amortissements réalisés sur les placements du patrimoine financier ne sont pas pris en compte dans l'application des al. 1 et 2.

Nouveau texte

Art. 101a Frein à l'endettement appliqué au compte de résultats
[titre marginal]

¹ Le budget ne peut présenter d'excédent de charges que si celui-ci est couvert par un excédent du bilan.

² Un excédent de charges dans le rapport de gestion doit être amorti dans un délai de deux ans, à moins qu'il ne soit couvert par un excédent du bilan.

³ Lors de l'adoption du budget, le Grand Conseil peut déroger à l'al. 1 avec l'approbation de trois cinquièmes de ses membres. Lors de l'approbation du rapport de gestion, l'al. 2 n'est pas applicable au montant de l'excédent de charges fixé dans le budget. Un découvert doit être amorti dans les cinq ans.

⁴ Lors de l'approbation du rapport de gestion, le Grand Conseil peut déroger à l'al. 2 avec l'approbation de trois cinquièmes de ses membres, dans une mesure à déterminer. Le découvert doit être amorti dans les cinq ans.

⁵ Les gains comptables et les corrections de valeur réalisés sur les placements du patrimoine financier ne sont pas pris en compte dans l'application des al. 1 et 2.

¹ RS 131.212

Ancien texte

Art. 101b Frein à l'endettement appliqué au compte des investissements [titre marginal]

² Si le degré d'autofinancement de l'investissement net inscrit dans le budget est inférieur à 100 pour cent, il doit être compensé dans le plan intégré «mission-financement».

³ Un découvert figurant dans le rapport de gestion doit être compensé dans le budget de la deuxième année qui suit ainsi que les trois années suivantes.

⁴ Le Grand Conseil peut décider à la majorité de trois cinquièmes de ses membres de prolonger à huit ans le délai de la compensation du découvert ou de renoncer entièrement à la compensation.

⁵ Les al. 1 à 4 s'appliquent uniquement lorsque la quote-part de l'endettement brut, qui se définit comme le rapport entre l'endettement brut et le revenu cantonal, excède un taux de 12 pour cent. La valeur déterminante est la quote-part à la fin de l'année civile qui précède.

Nouveau texte

Art. 101b, al. 2 à 5

² Si le degré d'autofinancement de l'investissement net inscrit au budget est inférieur à 100 pour cent, il doit être compensé dans le plan intégré mission-financement, dans la mesure où il n'est pas couvert par des excédents de financement des cinq années précédant l'exercice du budget.

³ Un découvert figurant dans le rapport de gestion doit être compensé dans un délai de cinq ans, dans la mesure où il n'est pas couvert par des excédents de financement des cinq années précédant l'exercice du rapport.

⁴ Avec l'approbation de trois cinquièmes de ses membres, le Grand Conseil peut décider de prolonger à neuf ans le délai de la compensation du découvert ou de renoncer entièrement à la compensation.

⁵ Les al. 1 à 4 s'appliquent uniquement lorsque la quote-part de l'endettement net, qui se définit comme le rapport entre l'endettement net I et le produit intérieur brut cantonal, excède un taux de six pour cent. La valeur déterminante est la quote-part à la fin de l'année civile qui précède.

Aux termes de l'art. 100, al. 4, de la Constitution fédérale (Cst.)², la Confédération, les cantons et les communes fixent leur politique budgétaire en prenant en considération la situation conjoncturelle. La souveraineté des cantons au sens de l'art. 3 Cst. comprend également leur autonomie d'organisation. La Confédération respecte cette autonomie (art. 47, al. 2, Cst.). La modification de la cst. BE prévoit des ajustements aux freins à l'endettement, dont le plus important est l'optique pluriannuelle appliquée au compte des investissements³. Le canton pourra désormais attribuer les montants des excédents dégagés au cours des années précédentes au financement des investissements, ce que ne permettait pas l'ancien droit⁴. La modification concerne la politique budgétaire au niveau cantonal et l'autonomie d'organisation du canton. Elle est conforme au droit fédéral et peut donc être garantie.

1.2 Constitution du Canton de Vaud**1.2.1 Votation populaire du 18 juin 2023**

Lors de la votation populaire du 18 juin 2023, le corps électoral du canton de Vaud a accepté, par 117 218 voix contre 65 375, plusieurs modifications de la constitution du

² RS 101

³ Cf. p. 2 de la brochure cantonale relative à la votation populaire cantonale du 18 juin 2023.

⁴ *id.*

14 avril 2003 du Canton de Vaud⁵ (cst. VD) concernant la protection du climat. Par courrier du 16 août 2023, la présidente du Conseil d'État et le chancelier ont demandé la garantie fédérale au nom du Conseil d'État du Canton de Vaud.

1.2.2 Protection du climat

Ancien texte

Art. 6 Buts et principes
[titre marginal]

Nouveau texte

Art. 6, al. 1, let. e, et 2, let. f

¹ L'État a pour buts:

- e. la protection du climat et de la biodiversité ainsi que la lutte contre le réchauffement climatique et les dérèglements qu'il génère.

² Dans ses activités, il:

- f. tient compte de l'urgence environnementale.

Art. 52b Protection du climat
[titre marginal]

¹ Dans l'exercice de leurs tâches, l'État et les communes veillent à la protection du climat et luttent contre le réchauffement climatique et les dérèglements qu'il génère.

² Afin d'accomplir cet objectif, l'État et les communes réduisent significativement les impacts climatiques négatifs de chacune de leurs politiques.

³ Les caisses de pension de l'État et des communes relevant du droit public concourent également à la réalisation de cet objectif.

Art. 162 Participations
[titre marginal]

Art. 162, al. 1bis

1bis L'État et les communes veillent à ce que ces personnes morales mènent leurs activités de manière à contribuer au moins au respect des engagements de la Suisse en matière de lutte contre le réchauffement climatique et les dérèglements qu'il engendre.

⁵ RS 131.231

Ancien texte**Nouveau texte**

Art. 179b Disposition transitoire de l'art. 52b [titre marginal]

¹ Dans l'exercice de leurs tâches, l'État et les communes doivent atteindre la neutralité carbone d'ici à 2050 au plus tard. A cette fin, ils élaborent des plans d'action avec des objectifs intermédiaires pour 2030 et 2040.

² Pour contribuer à atteindre la neutralité carbone d'ici à 2050 au plus tard, les caisses de pension de l'État et des communes relevant du droit public adoptent tous les cinq ans des stratégies en matière d'investissements responsables et respectueux du climat.

Art. 179c Disposition transitoire de l'art. 162, al. 1^{bis} [titre marginal]

¹ L'État et les communes veillent à ce que les personnes morales au sens de l'art. 162, al. 1, élaborent des plans d'action de réduction massive des flux financiers et placements qui contreviennent aux objectifs climatiques internationaux de la Suisse (désinvestissement des énergies fossiles), avec des objectifs intermédiaires pour 2030 et 2040.

² L'État et les communes veillent à ce que les montants dégagés par ce désinvestissement soient réinvestis dans des activités suivant les principes de l'art. 52b tout en étant également socialement responsables.

Aux termes de l'art. 74, al. 1, Cst., la Confédération légifère sur la protection de l'être humain et de son environnement naturel contre les atteintes nuisibles ou incommodes. Par ce mandat, la Confédération dispose d'une compétence législative générale, concurrente, dotée d'un effet dérogatoire subséquent⁶. Vu cette compétence, l'Assemblée fédérale, dans le domaine de la protection du climat, a notamment adopté la loi du 23 décembre 2011 sur le CO₂⁷ et la loi du 30 septembre 2016 sur l'énergie⁸. Les cantons conservent des compétences législatives là où la Confédération n'a pas épuisé la sienne ou dans leurs domaines de compétences propres, lorsque leur législation peut venir en appui du droit fédéral de l'environnement, soit en le complétant, soit en le renforçant⁹. Dans ce domaine, les mesures concernant la consommation d'énergie dans les bâtiments sont par exemple au premier chef du ressort des cantons (art. 89, al. 4, Cst.).

La modification de la cst. VD prévoit notamment que la protection du climat et de la biodiversité ainsi que la lutte contre le réchauffement climatique et les dérèglements

⁶ Cf. Anne-Christine Favre in: Vincent Martenet / Jacques Dubey (éd.), Constitution fédérale, Commentaire romand, Bâle 2021, art. 74, n° 14.

⁷ RS **641.71**

⁸ RS **730.0**

⁹ Cf. *ib.*, art. 74, n° 15.

qu'il génère sont des buts de l'État. Dans l'exercice de leurs tâches, l'État et les communes doivent parvenir à la neutralité carbone d'ici à 2050 au plus tard. Afin d'atteindre cet objectif, l'État et les communes réduiront significativement les impacts climatiques négatifs de chacune de leurs politiques. Ils élaboreront des plans d'action avec des objectifs intermédiaires pour 2030 et 2040. Pour contribuer à atteindre la neutralité carbone d'ici à 2050 au plus tard, les caisses de pension de l'État et des communes relevant du droit public adopteront tous les cinq ans des stratégies en matière d'investissements responsables et respectueux du climat. L'État et les communes veilleront à ce que les personnes morales dans lesquelles ils détiennent des participations élaborent des plans d'action de réduction massive des flux financiers et placements qui contreviennent aux objectifs climatiques internationaux de la Suisse (désinvestissement des énergies fossiles), avec des objectifs intermédiaires pour 2030 et 2040.

Les objectifs de la modification de la cst. VD vont dans le même sens que ceux de la Confédération, qui a adopté l'objectif de zéro émission net d'ici à 2050¹⁰. Les objectifs du canton de Vaud impliquent notamment des mesures dans le domaine de la consommation d'énergie dans les bâtiments, domaine où les compétences de la Confédération sont limitées. En remplissant leurs tâches selon les art. 52b, al. 3, et 179b, al. 2, cst. VD, les caisses de pension de l'État et des communes relevant du droit public doivent notamment respecter la législation fédérale applicable dans le domaine de la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité. En remplissant leurs tâches selon les art. 162, al. 1^{bis}, et 179c cst. VD, l'État et les communes doivent, notamment quand il s'agit des participations de droit privé, respecter le droit fédéral applicable en la matière. La modification de la cst. VD est conforme au droit fédéral et peut donc être garantie. L'application des nouvelles dispositions constitutionnelles et les dispositions cantonales d'exécution devront cependant être compatibles avec le droit supérieur, en particulier avec la loi sur le CO₂, la loi sur l'énergie et la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité¹¹.

1.3 Constitution de la République et canton de Genève

1.3.1 Votation populaire du 18 juin 2023

Lors de la votation populaire du 18 juin 2023, le corps électoral du canton de Genève a accepté, par 100 286 voix contre 6160, le nouvel art. 21A de la constitution du 14 octobre 2012 de la République et canton de Genève¹² (cst. GE) concernant le droit à l'intégrité numérique. Il a accepté en outre, par 71 264 voix contre 34 115, le nouvel art. 38A cst. GE concernant le droit à l'alimentation et, par 61 463 voix contre 44 683, la modification de l'art. 205 cst. GE concernant l'assurance de parentalité. Par trois courriers du 16 août 2023, le président du Conseil d'État et la chancelière d'État ont

¹⁰ Cf. art. 3 de la loi fédérale du 30 septembre 2022 sur les objectifs en matière de protection du climat, sur l'innovation et sur le renforcement de la sécurité énergétique (FF 2022 2403, projet soumis au référendum), acceptée en votation populaire le 18 juin 2023 (la loi n'est pas encore entrée en vigueur).

¹¹ RS 831.40

¹² RS 131.234

demandé la garantie fédérale au nom du Conseil d'État de la République et canton de Genève.

1.3.2 Droit à l'intégrité numérique

Ancien texte

Nouveau texte

Art. 21A Droit à l'intégrité numérique

¹ Toute personne a le droit à la sauvegarde de son intégrité numérique.

² L'intégrité numérique inclut notamment le droit d'être protégé contre le traitement abusif des données liées à sa vie numérique, le droit à la sécurité dans l'espace numérique, le droit à une vie hors ligne ainsi que le droit à l'oubli.

³ Le traitement des données personnelles dont la responsabilité incombe à l'État ne peut s'effectuer à l'étranger que dans la mesure où un niveau de protection adéquat est assuré.

⁴ L'État favorise l'inclusion numérique et sensibilise la population aux enjeux du numérique. Il s'engage en faveur du développement de la souveraineté numérique de la Suisse et collabore à sa mise en œuvre.

Aux termes de l'art. 13, al. 2, Cst., toute personne a le droit d'être protégée contre l'emploi abusif des données qui la concernent. Se fondant sur les art. 95, al. 1, 97, al. 1, 122, al. 1, et 173, al. 2, Cst., l'Assemblée fédérale a adopté la loi fédérale du 25 septembre 2020 sur la protection des données (LPD)¹³. Aux termes de l'art. 1 LPD, la loi vise à protéger la personnalité et les droits fondamentaux des personnes physiques dont les données personnelles font l'objet d'un traitement. La LPD règle de manière exhaustive le traitement de données personnelles concernant des personnes physiques effectué par des personnes privées et par des organes fédéraux¹⁴. Dès lors, dans le domaine de la protection des données, les cantons ne sont compétents que pour réglementer le traitement de données personnelles par les autorités cantonales et communales¹⁵.

L'art. 21A, al. 1, cst. GE inscrit un nouveau droit fondamental dans la cst. GE, à savoir le droit de toute personne à la sauvegarde de son intégrité numérique. Aux termes de l'art. 21A, al. 2, cst. GE, l'intégrité numérique inclut notamment le droit d'être protégé contre le traitement abusif des données liées à sa vie numérique, le droit à la sécurité dans l'espace numérique, le droit à une vie hors ligne ainsi que le droit à l'oubli. Il relève de la souveraineté des cantons au sens de l'art. 3 Cst. de garantir de nouveaux droits fondamentaux ou des droits fondamentaux plus étendus que ceux qui sont garantis par la Confédération. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les garanties cantonales de droits fondamentaux ont une portée propre dans la mesure où

¹³ RS 235.1

¹⁴ Cf. FF 1988 II 421 432 s.

¹⁵ Cf. FF 2017 6565 6605.

elles vont au-delà des droits consacrés par la Constitution fédérale ou la convention européenne des droits de l'homme (CEDH)¹⁶ ou concernent un droit que la Constitution fédérale ne garantit pas¹⁷. Ce nouveau droit cantonal ne protège les personnes concernées que contre le traitement de données personnelles par les autorités cantonales et communales, les établissements publics autonomes et tous les autres organismes de droit public ou de droit privé chargé d'accomplir des tâches de droit public cantonal ou communal¹⁸.

Aux termes de l'art. 21A, al. 3, cst. GE, le traitement des données personnelles dont la responsabilité incombe à l'État ne peut s'effectuer à l'étranger que dans la mesure où un niveau de protection adéquat est assuré. La LPD prévoit une disposition analogue pour les transferts de données personnelles à l'étranger effectués par des organes fédéraux ou des personnes privées (art. 16 LPD). Conformément à l'art. 21A, al. 4, cst. GE, l'État favorise l'inclusion numérique et sensibilise la population aux enjeux du numérique. Il s'engage en faveur du développement de la souveraineté numérique de la Suisse et collabore à sa mise en œuvre.

Le nouvel art. 21A cst. GE poursuit les mêmes objectifs que l'art. 13 Cst. et la LPD. Dans la mesure où il s'applique aux traitements de données effectués par les organes cantonaux et communaux, il relève de la compétence des cantons. Le législateur cantonal n'est en revanche pas compétent pour légiférer sur le droit à l'intégrité numérique dans les relations entre personnes privées.

1.3.3 Droit à l'alimentation

Ancien texte

Nouveau texte

Art. 38A Droit à l'alimentation

Le droit à l'alimentation est garanti. Toute personne a droit à une alimentation adéquate, ainsi que d'être à l'abri de la faim.

Aux termes de l'art. 12 Cst., quiconque est dans une situation de détresse et n'est pas en mesure de subvenir à son entretien a le droit d'être aidé et assisté et de recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine. Par l'art. 38A cst. GE, un nouveau droit fondamental est introduit dans la cst. GE, à savoir le droit à l'alimentation. Aux termes de cette disposition, toute personne a droit à une alimentation adéquate et d'être à l'abri de la faim. Comme il a été exposé au chapitre précédent, il relève de la souveraineté des cantons au sens de l'art. 3 Cst. de garantir de nouveaux droits fondamentaux ou des droits fondamentaux plus étendus que ceux qui sont garantis par la Confédération. Ces droits cantonaux n'ont une portée propre que dans la mesure où ils vont au-delà des droits consacrés par la Cst. ou la CEDH ou

¹⁶ Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, RS **0.101**

¹⁷ ATF **121 I 267** consid. 3a

¹⁸ Cf. p. 18 du rapport du 2 mai 2022 de la commission des Droits de l'Homme (droits de la personne) du Grand Conseil chargée d'étudier le projet de loi constitutionnelle PL 12945 « Pour une protection forte de l'individu dans l'espace numérique ».

concernent un droit que la Cst. ne garantit pas. Le nouvel art. 38A cst. GE concerne la souveraineté des cantons. La modification est conforme au droit fédéral et peut être garantie.

1.3.4 Assurance de parentalité

Ancien texte

Art. 205 Famille

³ Il [L'État] garantit, en complément de la législation fédérale, une assurance de seize semaines au moins en cas de maternité ou d'adoption.

Nouveau texte

Art. 205, al. 3 et 4

³ Il garantit, en complément de la législation fédérale, une assurance financée à part égale par les employeurs et employés de seize semaines au moins en cas de maternité et de huit semaines au moins pour l'autre parent. Sur demande commune des deux bénéficiaires de l'assurance, l'État garantit la possibilité pour l'un des bénéficiaires de reporter deux semaines de l'assurance en faveur de l'autre bénéficiaire.

⁴ L'al. 3 s'applique par analogie en cas d'adoption ou d'accueil avec hébergement à caractère permanent. Le conjoint ou partenaire enregistré du parent adoptant ou accueillant bénéficie alors de l'assurance de l'autre parent.

Aux termes de l'art. 116, al. 3, Cst., la Confédération institue une assurance-maternité. Cette compétence législative de la Confédération est obligatoire, globale et concurrente¹⁹. Les cantons peuvent dès lors seulement légiférer dans ce domaine dans la mesure où la Confédération n'a pas fait usage de sa compétence²⁰. Dans son rapport du 15 avril 2019 relatif à l'initiative parlementaire 18.441 « Contre-projet indirect à l'initiative pour un congé de paternité »²¹, la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des États (CSSS-E) a analysé la portée de l'art. 116, al. 3, Cst. Elle a examiné en particulier si cette disposition conférerait à la Confédération la compétence d'introduire également une assurance de paternité ou une assurance parentale. Elle s'est notamment référée au rapport « Congé de paternité et congé parental. État des lieux et présentation de divers modèles », que le Conseil fédéral a adopté le 30 octobre 2013 en réponse au postulat 11.3492 Fetz (ci-après: rapport Fetz 2013)²², et a conclu que la notion d'assurance-maternité pouvait être comprise dans un sens large, couvrant non seulement le risque de la maternité au sens commun, soit le fait de porter et de mettre au monde un enfant, mais également ceux liés à des

¹⁹ Cf. Stéphanie Perrenoud in: Vincent Martenet / Jacques Dubey (éd.), Constitution fédérale, Commentaire romand, Bâle 2021, art. 116, n° 26.

²⁰ Cf. JAAC 2001, 65.92, ch. 2.

²¹ FF 2019 3309

²² www.parlament.ch/fr > Travail parlementaire > Recherche Curia Vista > 11.3492 > Rapport en réponse à l'intervention parlementaire > Congé de paternité et congé parental; État des lieux et présentation de divers modèles. Rapport du Conseil fédéral du 30 octobre 2013 en réponse au postulat Fetz (11.3492) du 6 juin 2011

situations qui s'apparentent à la maternité, à savoir en particulier l'adoption²³. La CSSS-E a en outre précisé que le mandat de légiférer en matière d'assurance-maternité imposé par l'art. 116, al. 3, Cst. ne signifiait pas que la Confédération était obligée d'instituer aussi des allocations pour perte de gain (APG) en cas de congé parental²⁴. Elle a retenu que, dans ses différents travaux préparatoires, le Parlement fédéral avait interprété l'art. 116, al. 3, Cst. comme ne se limitant pas à ce seul mandat législatif, mais avait considéré qu'il allait au-delà²⁵. Elle a conclu que le législateur était habilité à prendre des mesures en lien avec l'assurance-maternité (telles que l'octroi d'APG en relation avec une adoption, un congé de paternité ou un congé parental) sans toutefois y être tenu²⁶.

Se fondant sur cette compétence constitutionnelle, le législateur fédéral a introduit non seulement l'allocation de maternité (art. 16*b* à 16*h* de la loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain, LAPG²⁷), mais aussi l'allocation à l'autre parent (art. 16*i* à 16*m* LAPG; jusqu'au 31 décembre 2023: allocation de paternité) et l'allocation d'adoption (art. 16*t* à 16*x* LAPG). Se fondant sur l'art. 117, al. 1, Cst., il a encore introduit l'allocation pour les parents qui prennent en charge un enfant gravement atteint dans sa santé en raison d'une maladie ou d'un accident (art. 16*n* à 16*s* LAPG)²⁸. La LAPG ne contient une réserve en faveur des cantons qu'en ce qui concerne l'allocation de maternité et l'allocation d'adoption: aux termes des art. 16*h* et 16*x* LAPG, les cantons peuvent prévoir l'octroi d'une allocation de maternité ou d'adoption plus élevée ou de plus longue durée et prélever, pour le financement de cette prestation, des cotisations particulières²⁹. Lors des délibérations parlementaires relatives au congé de paternité, plusieurs minorités ont proposé des dispositions en faveur des cantons analogues à celle de l'allocation de maternité (art. 16*h* LAPG) dans un art. 16*j* LAPG (allocation de parentalité) ou 16*n* LAPG (allocation de paternité)³⁰. Toutes ces propositions de minorité ont été rejetées³¹. Dès lors, ce n'est que pour l'allocation de maternité et l'allocation d'adoption que les cantons peuvent, par exemple, aller au-delà du délai de versement de quatorze semaines fixé par le droit fédéral pour l'allocation de maternité (art. 16*c*, al. 2, LAPG) et prévoir deux semaines supplémentaires qui seraient financées par un supplément cantonal aux cotisations APG³².

La modification de l'art. 205, al. 3, cst. GE prévoit que l'État garantit, en complément de la législation fédérale, une assurance financée à parts égales par les employeurs et les employés de seize semaines au moins en cas de maternité et de huit semaines au moins pour l'autre parent. Sur demande commune des deux bénéficiaires de l'assurance, il garantit la possibilité pour l'un des bénéficiaires de reporter deux semaines de l'assurance en faveur de l'autre bénéficiaire. Aux termes de l'art. 205, al. 4,

23 FF 2019 3309 3314

24 *id.*

25 *id.*

26 *id.*

27 RS 834.1

28 FF 2019 3941, 3997 s

29 On peut entendre par cotisations particulières 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, cf. JAAC 2005, 69.74, ch. 1.2.2.

30 BO 2019 N 1487 s

31 *id.*

32 Cf. JAAC 2005, 69.74, ch. 2.1.

cst. GE, l'al. 3 s'applique par analogie en cas d'adoption ou d'accueil avec hébergement à caractère permanent. Le conjoint ou le partenaire enregistré du parent adoptant ou accueillant bénéficie alors de l'assurance de l'autre parent.

Suite à une demande du Conseil d'État de la République et canton de Genève, l'Office fédéral de la justice (OFJ) s'est exprimé dans sa lettre du 10 mars 2022 sur la conformité du projet de cette modification de la cst. GE avec le droit fédéral. De l'avis de l'OFJ, le législateur cantonal a en tout cas la compétence d'introduire, pour les travailleurs au bénéfice d'un contrat de travail de droit public, un congé parental cantonal ou un congé de paternité cantonal plus étendu que ce qui est prévu par le droit fédéral, pour autant que le financement ne soit pas prévu par les APG ou par un supplément cantonal aux cotisations APG. L'introduction d'un congé parental ou de paternité cantonal pour les travailleurs au bénéfice d'un contrat de travail de droit privé est plus délicate. Elle ne doit pas empiéter sur les compétences du législateur fédéral en matière de droit civil. Toutefois, il ne paraît pas exclu que les cantons disposent d'une marge de manœuvre pour introduire un congé parental ou de paternité qui ne contrevienne pas au droit fédéral, s'ils poursuivent un but d'intérêt public que le droit fédéral n'a pas réglé de manière exhaustive comme il l'a fait pour la protection des travailleurs. Un tel intérêt public cantonal pourrait être par exemple la protection de l'enfant ou l'égalité entre femmes et hommes. Pour le financement d'un tel congé cantonal, les restrictions susmentionnées s'appliquent, c'est-à-dire qu'il n'est pas possible de prévoir un financement par les APG, par un supplément cantonal aux cotisations APG ou par un financement paritaire entre employeurs et employés.

Par arrêté du 25 mai 2022³³, le Conseil d'État de la République et canton de Genève a déclaré valide l'initiative populaire cantonale n° 184, qui demande la modification susmentionnée de l'art. 205, al. 3 et 4, cst. GE. Aucun recours contre cet arrêté n'a été porté auprès de la chambre constitutionnelle de la Cour de justice de la République et canton de Genève; l'arrêté est dès lors entré en force. Dans son arrêté, le Conseil d'État constate que le Conseil fédéral confirme dans son rapport Fetz 2013 qu'il n'y a pas, *a priori*, d'obstacle constitutionnel au financement d'un congé de paternité ou d'un congé parental par le biais de cotisations paritaires instituées par une réglementation cantonale³⁴. Selon le Conseil d'État, l'OFJ a dès lors un avis différent du Conseil fédéral, puisque l'OFJ, dans sa lettre du 10 mars 2022, a exclu un tel financement cantonal³⁵. Le Conseil d'État estime que les interprétations littérale, téléologique et historique de l'art. 116, al. 3, Cst. ne permettent pas de conclure, de manière absolue, à l'existence d'une compétence concurrente de la Confédération, non limitée au principe, en matière de congé de paternité ou de congé parental³⁶. Une compétence parallèle à celles des cantons en la matière ne paraît, selon le Conseil d'État, pas définitivement exclue³⁷.

³³ Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (FAO) du 27 mai 2022

³⁴ Cf. arrêté du 25 mai 2022 du Conseil d'État de la République et canton de Genève relatif à la validité de l'initiative populaire cantonale 184 « Pour un congé parental maintenant ! », n° 109.

³⁵ Cf. *ib.*, n° 110.

³⁶ Cf. *ib.*, n° 118. Cf. aussi ATF 140 I 305 du 15 septembre 2014, dans lequel le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte (consid. 7.2).

³⁷ Cf. *ib.*, n° 119 et 124.

Le Conseil fédéral constate qu'il n'y a pas d'indication, ni dans le rapport de la CSSS-E sur l'initiative parlementaire 18.441 « Contre-projet indirect à l'initiative pour un congé de paternité »³⁸, ni lors des délibérations parlementaires relatives à ce projet³⁹, que l'Assemblée fédérale a envisagé une compétence parallèle des cantons en matière d'assurance de paternité ou de parentalité permettant aux cantons le financement d'une assurance cantonale sur le modèle des assurances sociales fédérales. En rejetant les propositions minoritaires susmentionnées, l'Assemblée fédérale a même exclu explicitement une compétence cantonale analogue à celle qui existe dans le domaine des assurances de maternité et d'adoption. Dans ces domaines, les cantons ont la compétence de prévoir des cotisations paritaires cantonales dans les cas spécifiés aux art. 16h et 16x LAPG. Dans le domaine de l'assurance à l'autre parent ou de l'assurance de parentalité, ils ne l'ont pas. Certes, on pourrait se demander si la décision du législateur fédéral de ne pas prévoir une compétence cantonale qui permettrait d'étendre le congé paternité se limite à exclure un complément d'assurance cantonal qui serait financé par les APG ou s'applique de manière générale à toute forme de prestation d'assurance complémentaire financée paritairement. Les propos du représentant du Conseil fédéral au plénum, de même que le souci exprimé par la majorité de ne pas faire peser trop de charges sur les entreprises, plaident pour la seconde interprétation. Cette interprétation s'est vu confirmée par le refus subséquent de l'Assemblée fédérale de donner suite à l'initiative cantonale 20.320 « Les cantons doivent avoir la possibilité de légiférer sur le droit et la durée d'un congé parental ou d'un congé paternité »⁴⁰, qui aurait donné entre autres la possibilité aux cantons, sans ambiguïté, de prélever un supplément de cotisation. En l'absence de délégation législative, la possibilité pour les cantons de prévoir des prestations plus généreuses en matière de congé paternité se limite dès lors à des prestations qui visent un but autre, relevant de la compétence cantonale. Ainsi, les cantons gardent la compétence d'accorder un congé paternité plus généreux comme employeurs du secteur public ou de verser des allocations d'aide sociale à des familles en difficulté, en les finançant par le budget général.

La lettre du 10 mars 2022 de l'OFJ à laquelle se réfère le Conseil d'État ne contredit pas le Conseil fédéral quand elle exclut le financement d'un congé parental ou de paternité cantonal au moyen de cotisations paritaires cantonales. Le rapport Fetz date de 2013 alors que le congé de paternité a été instauré au niveau fédéral en 2021. En raison de l'effet dérogatoire du droit fédéral (art. 49, al. 1, Cst.), les cantons n'ont plus la compétence, depuis 2021, de prévoir un tel financement cantonal. Le rapport Fetz 2013 n'est plus d'actualité sur ce point.

³⁸ FF 2019 3309

³⁹ Cf. BO 2019 E 554, 2019 N 1442. En réponse à la minorité VII, dont la seule proposition est l'introduction d'une compétence en faveur des cantons pour pouvoir prélever des cotisations particulières en cas d'allocation de paternité cantonale (art. 16n LAPG; proposition finalement rejetée), le conseiller fédéral Alain Berset précise que « dès le moment où le congé maternité et le congé-paternité seraient réglés sur le plan fédéral, alors on ne pourrait plus considérer qu'il s'agit d'un vide dans lequel pourraient s'engouffrer les cantons pour faire ce qui leur plaît » (BO 2019 N 1477). Le Conseil fédéral part dès lors aussi du principe que la compétence de légiférer sur les APG de paternité et, par conséquent, de parentalité est une compétence concurrente de la Confédération et pas seulement une compétence parallèle.

⁴⁰ BO 2021 E 888, 2021 N 2666

Au vu de ce qui précède, le Conseil fédéral propose à l'Assemblée fédérale de ne garantir que partiellement la modification de l'art. 205, al. 3 et 4, cst. GE. Elle est conforme au droit fédéral et peut être garantie dans la mesure où elle prévoit, en complément de la législation fédérale, une assurance financée à parts égales par les employeurs et les employés de seize semaines au moins en cas de maternité (cf. art. 16*h* LAPG) et, par analogie, en cas d'adoption (cf. art. 16*x* LAPG). Pour le reste, elle n'est pas conforme au droit fédéral et ne peut donc être garantie⁴¹. Toutefois, une modification de la LAPG a été mise en consultation par le Conseil fédéral qui pourrait à l'avenir rendre la disposition constitutionnelle genevoise conforme au droit fédéral, à l'exception de l'accueil avec hébergement à caractère permanent, en prévoyant la possibilité pour les cantons d'étendre le congé paternité et de le financer, par exemple, par un supplément cantonal aux cotisations APG⁴². Si la LAPG était modifiée en ce sens, le Conseil fédéral proposera d'office à l'Assemblée fédérale dans un futur message sur les garanties d'accorder la garantie fédérale à l'assurance pour l'autre parent.

1.4 Constitution du Canton du Jura

1.4.1 Votation populaire du 18 juin 2023

Lors de la votation populaire du 18 juin 2023, le corps électoral du canton du Jura a accepté, par 14 701 voix contre 2096, le nouvel art. 66*a* de la constitution du 20 mars 1977 de la République et Canton du Jura⁴³ (cst. JU) concernant la destitution des membres d'autorités cantonales et communales. Par courrier du 16 août 2023, le président et le chancelier d'État ont demandé la garantie fédérale au nom du gouvernement de la République et Canton du Jura.

41 Ainsi n'est garantie que la partie suivante de la modification de l'art. 205 cst. GE:
«³ Il garantit, en complément de la législation fédérale, une assurance financée à part égale par les employeurs et employés de seize semaines au moins en cas de maternité.

42 L'al. 3 s'applique par analogie en cas d'adoption. »
Cf. art. 16*m*^{bis} avant-projet du 22 décembre 2023 de la LAPG (ci-après: AP-LAPG); www.fedlex.admin.ch > Procédures de consultation terminées > 2023 > DFI > Harmonisation des prestations dans le régime des APG. Par contre, ni la LAPG actuelle ni l'art. 16*x* AP-LAPG ne réservent la possibilité aux cantons de prévoir l'octroi d'une allocation d'accueil avec hébergement à caractère permanent et de prélever, pour le financement de cette prestation, des cotisations particulières.

43 RS 131.235

1.4.2 Destitution des membres d'autorités cantonales et communales

Ancien texte

Nouveau texte

Art. 66a Destitution

¹ La loi peut prévoir la destitution des membres du Gouvernement, des autorités judiciaires et des conseils communaux en cas de faute grave ou d'incapacité durable à exercer la fonction. Elle en règle la procédure et les conditions.

² La loi peut prévoir la dissolution du Gouvernement en cas de démission d'une majorité des membres de celui-ci à la suite d'une procédure de destitution visant l'un d'eux. Elle en règle la procédure et les conditions.

Aux termes de l'art. 39, al. 1, Cst., les cantons règlent l'exercice des droits politiques aux niveaux cantonal et communal. Aux termes de l'art. 50, al. 1, Cst., l'autonomie communale est garantie dans les limites fixées par le droit cantonal. La souveraineté des cantons au sens de l'art. 3 Cst. comprend également leur autonomie d'organisation. La Confédération respecte cette autonomie (art. 47, al. 2, Cst.). Aux termes du nouvel art. 66a est. JU, la loi peut prévoir la destitution des membres du Gouvernement, des autorités judiciaires et des conseils communaux en cas de faute grave ou d'incapacité durable à exercer la fonction. Elle peut prévoir en outre la dissolution du Gouvernement en cas de démission d'une majorité des membres de celui-ci à la suite d'une procédure de destitution visant l'un d'eux. Elle en règle la procédure et les conditions. La présente modification concerne les droits politiques cantonaux et communaux, l'autonomie communale et l'autonomie d'organisation du canton. Elle est conforme au droit fédéral et peut être garantie⁴⁴.

2 Aspects juridiques

2.1 Conformité au droit fédéral

L'examen effectué montre que les modifications des constitutions des cantons de Berne, de Vaud et du Jura remplissent les conditions posées par l'art. 51 Cst. Elles peuvent donc recevoir la garantie fédérale. Il en va de même des modifications de la constitution du canton de Genève relatives à l'art. 21A (droit à l'intégrité numérique) et à l'art. 38A (droit à l'alimentation).

Par contre, la modification de la constitution du canton de Genève relative à l'art. 205, al. 3 et 4 (assurance de parentalité), ne peut être que partiellement garantie. En effet, elle n'est conforme au droit fédéral et ne peut être garantie que dans la mesure où elle prévoit, en complément de la législation fédérale, une assurance financée à parts

⁴⁴ Cf. une disposition similaire à l'art. 50a de la constitution du 24 septembre 2000 de la République et Canton de Neuchâtel (RS 131.233), à laquelle l'Assemblée fédérale a accordé la garantie fédérale le 16 mars 2022 (FF 2022 780).

égales par les employeurs et les employés de seize semaines au moins en cas de maternité (cf. art. 16*h* LAPG) et, par analogie, en cas d'adoption (cf. art. 16*x* LAPG). Pour le reste, elle n'est pas conforme au droit fédéral et ne peut être garantie. Toutefois, à l'exception de l'accueil avec hébergement à caractère permanent, le reste de la modification pourrait lui aussi être garanti si, dans le domaine de l'allocation à l'autre parent, une disposition analogue à l'art. 16*h* LAPG entrerait en vigueur. Si tel est le cas, le Conseil fédéral proposera la garantie dans un futur message sur les garanties.

2.2 Compétence de l'Assemblée fédérale

En vertu des art. 51, al. 2, et 172, al. 2, Cst., l'autorité compétente pour accorder la garantie est l'Assemblée fédérale.

2.3 Forme de l'acte à adopter

La garantie est octroyée sous la forme d'un arrêté fédéral simple, ni la Cst. ni la loi ne prévoyant de référendum (cf. art. 141, al. 1, let. c, en relation avec l'art. 163, al. 2, Cst.).