

ARRÊTÉ

relatif à la validité de l'initiative populaire cantonale
184 « Pour un congé parental maintenant ! »

25 mai 2022

LE CONSEIL D'ÉTAT

I. EN FAIT

1. Par courrier daté du 6 août 2021, le comité d'initiative a informé le Conseil d'Etat du lancement d'une initiative constitutionnelle intitulée « Pour un congé parental maintenant ! ». Manuelle Pernoud Nussbaum était désignée comme mandataire et Aurélien Barakat comme remplaçant (ci-après : les initiants ou le comité).
2. Par le biais de cette initiative 184 (ci-après : IN 184 ou l'initiative), le comité propose de modifier l'article 205 de la constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 (A 2 00 ; Cst-GE) de la manière suivante :

Art. 205 Famille (nouvelle teneur)

¹ L'Etat met en œuvre une politique familiale. Il reconnaît le rôle social, éducatif et économique des familles.

² Il fixe les allocations familiales minimales.

³ Il garantit, en complément de la législation fédérale, une assurance financée à part égale par les employeurs et employés de 16 semaines au moins en cas de maternité et de 8 semaines au moins pour l'autre parent. Sur demande commune des 2 bénéficiaires de l'assurance, l'Etat garantit la possibilité pour l'un des bénéficiaires de reporter deux semaines de l'assurance en faveur de l'autre bénéficiaire.

⁴ L'alinéa 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.

3. A l'appui de ces propositions de modifications, l'exposé des motifs figurant sur la formule de récolte de signatures indique :

« En septembre 2020, les Genevois.e.s ont plébiscité un congé paternité de 2 semaines. Il ne permet pourtant pas un réel partage des tâches et des responsabilités lors de la venue d'un enfant. Actuellement, les femmes renoncent encore trop souvent à une carrière professionnelle ou la mettent entre parenthèses. Afin de progresser vers une égalité entre parents et renforcer les liens avec leur enfant, il est temps d'instaurer dans le canton de Genève un véritable congé parental, destiné aux parents hétérosexuels, homosexuels, aux parents adoptifs ainsi qu'aux parents d'accueil permanent. Ce congé parental de 24 semaines (d'un minimum de 16 semaines en cas de maternité et 8 pour l'autre parent) sera financièrement supportable. »

4. Le 12 août 2021, le service des votations et élections (ci-après : SVE) a validé la formule de récolte de signatures, et ce conformément à l'article 87 de la loi sur l'exercice des droits politiques, du 15 octobre 1982 (A 5 05 ; LEDP).
5. Le 16 août 2021, le lancement et le texte de l'IN 184 ont été publiés dans la FAO, avec un délai de récolte des signatures échéant le lundi 16 décembre 2021.
6. Les 15 octobre, 30 novembre et 14 décembre 2021, le comité d'initiative a déposé les listes de signatures auprès du SVE.
7. Par arrêté du 26 janvier 2022, publié le 28 janvier 2022 dans la FAO, le Conseil d'Etat a constaté que les signatures avaient été déposées dans les délais et en nombre suffisant, de sorte que l'initiative avait abouti.
8. Par le même arrêté, le Conseil d'Etat a fixé les délais de traitement de l'initiative, en particulier en ce qui concerne l'arrêté relatif à la validité de l'initiative et le rapport sur la prise en considération de celle-ci. Ces délais arrivent à échéance le 28 mai 2022.
9. Par courrier du 4 mars 2022, la chancelière d'Etat a informé l'Office fédéral des assurances sociales (ci-après : OFAS) que le Conseil d'Etat l'invitait, avant de statuer sur la validité de l'IN 184, à lui faire part de ses observations quant à la conformité au droit supérieur de l'initiative dans un délai fixé au 4 avril 2022.
10. Par courrier du 4 mars 2022, la chancelière d'Etat a informé le comité d'initiative que le Conseil d'Etat l'invitait, avant de statuer sur la validité de l'IN 184, à lui faire part de sa détermination dans un délai fixé au 4 avril 2022.
11. Le comité a notamment été interpellé sur la possibilité d'instaurer un congé parental cantonal dans le cadre des rapports de travail de droit privé et le financement envisagé, en particulier si celui-ci s'effectuera par le prélèvement de cotisations paritaires ou d'une autre manière. Les initiants ont en outre été invités à se prononcer sur une éventuelle participation des indépendants, et le cas échéant, sur le respect du principe de la généralité de l'impôt. Enfin, il leur a été demandé de préciser la notion « d'accueil avec hébergement à caractère permanent » ainsi que, s'agissant de l'article 205, alinéa 4 du texte proposé par l'initiative, la manière dont les initiants envisageaient une application « par analogie » de l'alinéa 3 dès lors que l'éventualité d'une maternité n'est pas possible en cas d'accueil ou d'adoption.
12. L'Office fédéral de la justice (ci-après : OFJ) a transmis ses observations par courrier daté du 10 mars 2022. En substance, il indique que 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. S'agissant de l'introduction d'un congé parental ou de paternité cantonal pour travailleurs au bénéfice d'un contrat de travail de droit privé, l'OFJ estime que c'est plus délicat, dès lors qu'une telle réglementation ne doit pas empiéter sur les compétences du législateur fédéral en matière de droit civil. Toutefois, de l'avis de l'OFJ, 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 intérêt public que le droit fédéral n'a pas réglé de manière exhaustive comme il l'a fait pour la protection des travailleurs. Selon l'OFJ, un tel intérêt public cantonal pourrait être, par exemple, la protection de l'enfant ou l'égalité entre femmes et hommes.
13. S'agissant du financement d'un congé parental de droit cantonal, selon l'OFJ, il n'est pas possible de prévoir un financement par les allocations perte de gain (ci-après : APG), par un supplément cantonal aux cotisations APG ou par un financement paritaire entre les employeurs et les employés. A l'appui de son courrier, l'OFJ produit un avis de droit du 13 février 2004, relatif à la répartition des compétences en matière d'allocations

maternités. Les détails de cet avis de droit seront discutés ci-dessous dans la partie « EN DROIT » du présent arrêté.

14. Le comité d'initiative a déposé des observations dans un courrier du 23 mars 2022. Il relève que toutes les conditions de validité sont réunies et conclut donc à la validité de l'IN 184.
15. Les détails de cette prise de position seront, en tant que de besoin, discutés ci-dessous dans la partie « EN DROIT » du présent arrêté.

II. EN DROIT

A. Compétence du Conseil d'Etat

1. Aux termes de l'article 60, alinéa 1 de la constitution de la République et canton de Genève, du 14 octobre 2012 (Cst-GE ; A 2 00), le Conseil d'Etat examine la validité des initiatives populaires cantonales.

B. Délai de traitement de l'IN 184

2. L'article 62, alinéa 1, lettre a Cst-GE prévoit que la loi règle la procédure de manière à respecter les délais suivants dès la constatation de l'aboutissement de l'initiative, à savoir notamment 4 mois au plus pour statuer sur la validité de l'initiative. Ce même délai est repris à l'article 92A, alinéa 1 de la loi sur l'exercice des droits politiques, du 15 octobre 1982 (LEDP ; A 5 05).
3. Le délai de 4 mois pour statuer sur la validité de l'initiative arrive à échéance le 28 mai 2022, et ce conformément à l'arrêté du 26 janvier 2022 du Conseil d'Etat constatant l'aboutissement de l'initiative, publié dans la FAO le 28 janvier 2022.

C. Forme de l'IN 184

4. L'article 56, alinéa 1 Cst-GE permet de soumettre au Grand Conseil une proposition de révision totale ou partielle de la constitution.
5. Aux termes de l'article 56, alinéa 2 Cst-GE, la proposition peut être rédigée de toutes pièces (initiative formulée) ou conçue en termes généraux et susceptible de formulation par une révision de la constitution (initiative non formulée). Une initiative partiellement formulée est considérée comme non formulée.
6. En l'espèce, l'IN 184 propose une modification rédigée de l'article 205 Cst-GE, qui pourra s'insérer telle quelle dans la constitution.
7. Il s'agit dès lors d'une initiative constitutionnelle formulée, qui sera intégrée dans la constitution si elle devait être acceptée par le corps électoral.

D. Conditions de validité d'une initiative

8. Les conditions de validité d'une initiative expressément mentionnées par la constitution cantonale sont au nombre de trois et comprennent l'unité du genre (art. 60, al. 2 Cst-GE), l'unité de la matière (art. 60, al. 3 Cst-GE) et la conformité au droit (art. 60, al. 4 Cst-GE).
9. S'ajoutent à ces conditions l'exigence de clarté du texte d'une initiative populaire qui, si elle ne fait pas partie des conditions de validité expressément mentionnées dans la constitution cantonale, découle de la liberté de vote garantie à l'article 34, alinéa 2 de la

constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999 (Cst. féd. ; RS 101) et plus particulièrement de l'exigence d'une formulation claire de la question soumise au vote. Les électeurs appelés à s'exprimer sur le texte de l'initiative doivent être à même d'en apprécier la portée, ce qui n'est pas possible si le texte est équivoque ou imprécis (ATF 133 I 110, consid. 8 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_659/2012, du 24 septembre 2013, consid. 5.1 ; arrêt 1C_146/2020, du 7 août 2020, consid. 4.2 ; ACST/8/2020 du 6 février 2020, consid. 6c).

10. Enfin, la dernière condition de validité est que les initiatives doivent être exécutoires (arrêt du Tribunal fédéral 1P.454/2006 du 22 mai 2007, consid. 3.1; arrêt du Tribunal fédéral 1C_146/2020 du 7 août 2020, consid. 3.1; ACST/23/2017 du 11 décembre 2017, consid. 5.b et ACST/8/2020 du 6 février 2020).

E. Unité du genre

11. Aux termes de l'article 60, alinéa 2 Cst-GE, l'initiative qui ne respecte pas l'unité du genre est déclarée nulle.
12. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'article 66, alinéa 1 de l'ancienne constitution de la République et canton de Genève (aCst-GE, abrogée le 1^{er} juin 2013), une initiative populaire ne peut tendre simultanément à l'adoption de normes appartenant à des rangs différents. Dès lors que l'ordre juridique implique une hiérarchie des normes et soumet chaque échelon à un contrôle démocratique distinct, il serait abusif de proposer simultanément une disposition constitutionnelle et la législation qui la met en œuvre. Cela découle notamment du principe de la liberté de vote : les titulaires de droits politiques doivent savoir s'ils se prononcent sur une modification constitutionnelle ou simplement législative et doivent avoir le droit, le cas échéant, de se prononcer séparément sur les deux questions (ATF 130 I 185, consid. 2.1 et les références citées ; S. GRODECKI, L'initiative populaire cantonale et municipale à Genève, 2008, § 995).
13. En l'espèce, l'IN 184 porte exclusivement sur une modification de la constitution genevoise, par la modification de l'alinéa 3 et l'ajout d'un nouvel alinéa à l'article 205 existant. Il n'y a donc pas de mélange des niveaux normatifs constitutionnels et législatifs.
14. Par conséquent, l'IN 184 respecte le principe de l'unité de genre.

F. Unité de la matière

15. L'article 60, alinéa 3 Cst-GE prévoit que l'initiative qui ne respecte pas l'unité de la matière est scindée ou déclarée partiellement nulle, selon que ses différentes parties sont en elles-mêmes valides ou non.
16. A défaut, ou si le non-respect de l'unité de la matière est manifeste d'emblée, l'initiative est déclarée nulle (art. 60, al. 3, phr. 2 Cst-GE).
17. L'exigence de l'unité de la matière découle de la liberté de vote et, en particulier, du droit à la libre formation de l'opinion des citoyens et à l'expression fidèle et sûre de leur volonté, conformément à l'article 34, alinéa 2 Cst. féd. Cette exigence interdit de mêler, dans un même objet soumis au peuple, plusieurs propositions de nature ou de but différent, qui forceraient ainsi le citoyen à une approbation ou à une opposition globale, alors qu'il pourrait n'être d'accord qu'avec une partie des propositions soumises. Il doit ainsi exister, entre les diverses parties d'une initiative, un rapport intrinsèque ainsi qu'une unité de but, c'est-à-dire un rapport de connexité qui fasse apparaître comme

objectivement justifiée la réunion de plusieurs propositions en une seule question soumise au vote (ATF 130 I 185, consid. 3 et la jurisprudence citée).

18. Selon le Tribunal fédéral, la portée du principe de l'unité de la matière peut différer selon les domaines. Ainsi, les exigences sont plus strictes en cas de révision partielle de la constitution qu'à l'égard de projets de rang législatif. Ce principe s'impose par ailleurs de façon plus rigoureuse aux projets issus d'une initiative populaire qu'à ceux proposés par l'autorité (ATF 123 I 63, consid. 4b). En outre, les initiatives entièrement rédigées doivent être traitées de façon plus stricte que les propositions conçues en termes généraux, lesquelles nécessitent encore l'élaboration d'un texte par le parlement (ATF 130 I 185, consid. 3.1 ; ATF 123 I 63 consid. 4b ; art. 61, al. 4 Cst-GE). Ce dernier dispose en effet d'une certaine marge de manœuvre et peut, le cas échéant, corriger un éventuel vice en rédigeant les dispositions voulues (ATF 123 I 63, consid. 4b).
19. Une initiative se présentant comme un ensemble de propositions diverses, certes toutes orientées vers un même but, mais recouvrant des domaines aussi divers qu'une politique économique, une réforme fiscale, le développement de la formation, la réduction du temps de travail, la réinsertion des sans-emploi, etc., viole la règle de l'unité de la matière. En revanche, une initiative populaire peut mettre en œuvre des moyens variés, pour autant que ceux-ci soient rattachés sans artifice à l'idée centrale défendue par les initiants. L'unité de la matière fait ainsi défaut lorsque l'initiative présente en réalité un programme politique général, lorsqu'il n'y a pas de rapport suffisamment étroit entre les différentes propositions, ou encore lorsque celles-ci sont réunies de manière artificielle ou subjective (ATF 130 I 185, consid. 3.2 et les références citées).
20. Exposé de manière positive, cela signifie que l'unité de la matière est respectée lorsque (GRODECKI, op. cit., § 1015) :
 - une initiative poursuit un seul but ;
 - une initiative concerne une seule thématique dont tous les objets sont en étroite connexité.
21. C'est à la lumière de ces principes que l'article 60, alinéa 3 Cst-GE doit être interprété.
22. En l'espèce, l'IN 184 vise à instaurer un congé parental cantonal de 24 semaines, deux semaines pouvant être reportées à l'un ou l'autre bénéficiaire, profitant à l'ensemble des parents, soit aux couples homosexuels et hétérosexuels, ainsi qu'aux parents adoptifs et aux parents d'accueil permanent, dans le but de progresser vers une égalité entre parents et renforcer le lien avec l'enfant.
23. Elle n'a dès lors qu'une seule idée centrale. Telle qu'elle est formulée, l'IN 184 ne mêle pas dans un même objet plusieurs propositions de nature ou de buts différents.
24. Partant, le principe de l'unité de la matière est respecté.

G. Clarté

25. L'exigence de clarté du texte d'une initiative populaire ne fait pas partie des conditions de validité expressément mentionnées à l'article 60 Cst-GE. Il s'agit néanmoins d'un postulat qui découle de la liberté de vote telle que garantie par l'article 34, alinéa 2 Cst. féd. Ce principe est défini comme suit par le Tribunal fédéral : l'électeur doit pouvoir inférer quelles seront les conséquences pratiques de son vote, ce qui n'est pas possible si le texte d'une initiative est équivoque ou imprécis (ATF 133 I 110, consid. 8 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_659/2012, du 24 septembre 2013, consid. 5.1). Le principe de clarté exige ainsi une formulation adéquate des questions soumises au vote (ACST/8/2020 du 6 février 2020, consid. 4c).

26. L'exigence de clarté en tant que condition indépendante de validité des initiatives populaires est également admise au sein de la doctrine, qui considère que la clarté et la cohérence doivent être satisfaites quant à la forme, mais aussi et surtout quant à son contenu (B. TORNAY, La démocratie directe saisie par le juge – L'empreinte de la jurisprudence sur les droits populaires en Suisse, 2008, p. 115-116).
27. Ainsi, selon la jurisprudence en matière de droits politiques (Alexandre FLUECKIGER/Stéphane GRODECKI, La clarté : un nouveau principe constitutionnel, in Revue de droit suisse, 2017, vol. 136, Halbbd. I, p. 56, et les références citées) :
- les questions soumises au vote doivent être claires : celles-ci ne doivent pas induire en erreur, ni être rédigées dans des termes propres à influencer sur la décision du citoyen ; chaque électeur doit pouvoir se former son opinion de la façon la plus libre possible, et exprimer son choix en conséquence (ce qui interdit, par exemple, les doubles négations) ;
 - les titres d'initiatives ou de référendums ne doivent pas être trompeurs (cf. art. 69, al. 2 de la loi fédérale sur les droits politiques, du 17 décembre 1976 [RS 161.1; LDP]; SJ 1989 90 consid. 2) ;
 - le texte lui-même doit être clair.
28. En l'espèce, le titre de l'IN 184 « Pour un congé parental maintenant ! » est clair et coïncide avec les modifications législatives proposées. Le texte de l'article proposé n'est pas incompréhensible ou contradictoire. Un citoyen est à même d'en apprécier la portée, dès lors que le langage choisi est simple et non équivoque.
29. On peut toutefois mentionner le nouvel alinéa 4 proposé qui traite des cas d'adoption et d'accueil avec hébergement : « *L'alinéa 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* ». La formulation de la première phrase manque de précision s'agissant de la manière dont il faut appliquer l'alinéa 3 par analogie, dès lors que le cas de la maternité, ne concerne pas l'adoption ou l'accueil avec hébergement. Par ailleurs, la 2^{ème} phrase, qui est censée expliciter cette analogie, donne faussement l'impression qu'une adoption ou un accueil permanent pourrait être le fait d'un seul des conjoints ou partenaires enregistrés, alors qu'en vertu du droit fédéral seule l'adoption conjointe est ouverte aux couples mariés ou en partenariat enregistré.
30. Cela étant, si la formulation manque de précision s'agissant des termes utilisés, l'interprétation la plus logique et conforme aux dispositions sur l'adoption et l'accueil d'un enfant est que les parents adoptant ou accueillant conjointement choisissent d'un commun accord lequel des deux bénéficiera de l'assurance dite de maternité (16 semaines), respectivement de l'assurance de l'autre parent (8 semaines).
31. Interpellé à ce sujet, le comité a confirmé cette interprétation dans son courrier du 23 mars 2022.
32. Au vu de ce qui précède, l'imprécision relevée à l'article 205, alinéa 4 de l'initiative n'est pas telle qu'elle rend sa teneur incompréhensible pour le citoyen.
33. Partant, le principe de clarté est respecté.

H. Conformité au droit

34. L'initiative dont une partie n'est pas conforme au droit est déclarée partiellement nulle si la ou les parties qui subsistent sont en elles-mêmes valides. A défaut, l'initiative est déclarée nulle (art. 60, al. 4 Cst-GE). La constitution emploie la notion de nullité. Matériellement, il s'agit cependant d'une invalidation (GRODECKI, op. cit., § 1181).

35. L'article 60, alinéa 4 Cst-GE codifie les principes généraux en matière de droits politiques dégagés par la jurisprudence du Tribunal fédéral, pour lequel les initiatives populaires cantonales ne doivent rien contenir de contraire au droit supérieur, qu'il soit cantonal, intercantonal, fédéral ou international (ATF 133 I 110, consid. 4.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_357/2009, du 8 avril 2010, consid. 2.1). En vertu du principe de la primauté du droit fédéral ancré à l'article 49, alinéa 1 Cst. féd., les cantons ne sont pas autorisés à légiférer dans les matières exhaustivement réglementées par le droit fédéral. Dans les autres domaines, ils peuvent édicter des règles de droit, pour autant qu'elles ne violent ni le sens ni l'esprit du droit fédéral et qu'elles n'en compromettent pas la réalisation (ATF 134 I 125, consid. 2.1 ; ATF 133 I 286, consid. 3.1 et les arrêts cités).
36. Toujours selon la jurisprudence, la première règle d'interprétation d'une initiative est de prendre pour point de départ le texte de l'initiative, qu'il faut interpréter selon sa lettre et non pas selon la volonté des initiants (1C_659/2012, du 24 septembre 2013, consid. 4.2). Par ailleurs, l'autorité appelée à statuer sur la validité matérielle d'une initiative doit en interpréter les termes dans le sens le plus favorable aux initiants. Lorsque, à l'aide des méthodes reconnues, le texte d'une initiative se prête à une interprétation la faisant apparaître comme conforme au droit supérieur, l'initiative doit être déclarée valable et être soumise au peuple. L'interprétation conforme doit permettre d'éviter autant que possible les déclarations d'invalidité, conformément à l'adage *in dubio pro populo* (ATF 138 I 131, consid. 3 ; arrêts du Tribunal fédéral : 1C_357/2009 du 8 avril 2010, consid. 2.2 ; 1P.541/2006, du 28 mars 2007, consid. 2.5 ; 1P.451/2006, du 28 février 2007, consid. 2.1 ; 1P.129/2006, du 18 octobre 2006, consid. 3.1 ; ATF 128 I 190, consid. 4 ; ATF 125 I 227, consid. 4a).
37. L'Assemblée constituante a renoncé à la formulation contenue dans l'ancienne constitution cantonale qui voulait qu'une initiative ne soit annulée que si elle était « manifestement » non conforme au droit. En effet, cette formulation pouvait, en théorie, conduire à des décisions contradictoires. Face à une initiative populaire législative, le Tribunal fédéral ne pouvait en effet annuler celle-ci ou confirmer son annulation que si elle était « manifestement » non conforme au droit. Mais ensuite, saisi d'un recours contre la loi résultant de cette initiative, par hypothèse acceptée par le peuple, le Tribunal fédéral devait vérifier sa conformité « simple » et non seulement « manifeste » au droit fédéral (Michel HOTTELIER et Thierry TANQUEREL, La constitution genevoise du 14 octobre 2012, in SJ 2014 II 341, p. 373). Le constituant a en effet entendu prévenir qu'un même texte ne soit pas invalidé au stade du contrôle de la validité de l'initiative le proposant, mais le soit ensuite, une fois celui-ci devenu loi du fait de l'adoption de l'initiative, dans le cadre d'un contrôle abstrait des normes (BOACG tome V, p. 2342 ; HOTTELIER et TANQUEREL, op. cit., p. 373 ; Thierry TANQUEREL, Note sur l'ATF 132 I 282, RDAF 2007 I 332, p. 335, où l'auteur estime douteux qu'une telle situation soit « institutionnellement acceptable » ; ACST/17/2015, consid. 4).
38. Le contrôle de la conformité au droit d'une initiative rédigée de toutes pièces s'apparente à un contrôle abstrait des normes. Il ne s'agit pas de prévenir uniquement que les citoyens ne soient exposés à être appelés à voter sur un objet, qui, d'emblée, ne pourrait pas être finalement concrétisé conformément à la volonté exprimée. Une initiative populaire législative formulée se transforme en loi si elle est acceptée par le Grand Conseil ou en votation populaire (art. 61 et 53 Cst-GE ; art. 122A et 122B LRGC ; art. 94, al. 2 et 3 LEDP ; art. 5 ss LFPP), sans que son texte puisse être modifié (sous réserve de la correction d'erreurs matérielles de pure forme ou de peu d'importance mais manifeste [art. 216A LRGC]). Il y a lieu de contrôler librement la conformité du texte considéré avec le droit supérieur, tout en s'imposant une certaine retenue et d'annuler les dispositions considérées seulement si elles ne se prêtent à aucune interprétation conforme au droit ou si, en raison des circonstances, leur teneur fait craindre avec une certaine vraisemblance qu'elles soient interprétées ou appliquées de

façon contraire au droit supérieur. Pour en juger, il faut tenir compte notamment de la portée de l'atteinte aux droits en cause, de la possibilité d'obtenir ultérieurement, par un contrôle concret de la norme, une protection juridique suffisante et des circonstances dans lesquelles ladite norme serait appliquée, sans pour autant négliger les exigences qu'impose le principe de la légalité (arrêts du Tribunal fédéral 1C_59/2018 et 1C_60/2018 consid. 3.1 et les références citées).

39. Par ailleurs, ni les règles d'interprétation la plus favorable aux initiants, ni l'interprétation conforme au droit supérieur n'autorisent à s'écarter à tout le moins sensiblement du texte de l'initiative, ni à faire abstraction des exigences que le principe de la légalité impose (ACST/8/2020 du 6 février 2020, consid. 5).

H.1. Conformité au droit international

40. Conformément à l'article 5, alinéa 4 Cst. féd., la Confédération et les cantons doivent respecter le droit international. Cet alinéa instaure le principe de la primauté du droit international (AUBERT/MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Schulthess Médias Juridiques SA, Zurich, Bâle, Genève 2003, p. 47).
41. En l'espèce, de nombreux textes internationaux prônent et recommandent l'instauration d'un congé parental (article 10 de la Recommandation n°191 de l'Organisation internationale du Travail ; article 5 de la Directive 2019/1158 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et des aidants et abrogeant la directive 2010/18/UE du Conseil ; Recommandation R (96) 5 du Comité des ministres du Conseil d'Europe sur la conciliation de la vie professionnelles et de la vie familiale).
42. En particulier, le Conseil de l'Europe – dont est membre la Suisse – dispose de différents instruments qui sont orientés en faveur de l'instauration du congé parental. Ainsi, notamment, l'article 27 § 2 de la Charte sociale européenne révisée (CSEr), qui enjoint aux Etats parties de prévoir la possibilité pour chaque parent, au cours d'une période après le congé de maternité, d'obtenir un congé parental pour s'occuper d'un enfant, dont la durée et les conditions seront fixées par la législation nationale, les conventions collectives ou la pratique (la CSEr n'ayant toutefois pas été ratifiée par la Suisse, cette disposition ne saurait obliger le législateur helvétique à adopter une réglementation sur le congé parental). Ainsi également, différentes résolutions et recommandations de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (ci-après : APCE) qui invitent instamment les Etats membres à instaurer le congé parental, telles la Résolution 1018 (1994) relative à l'égalité des droits entre les hommes et les femmes, la Résolution 1274 (2002) « Congé parental », la Recommandation 1769 (2006) « Nécessaire conciliation de la vie professionnelle et de la vie familiale » et la Résolution 1939 (2013) « Le congé parental, moyen d'encourager l'égalité des sexes ». Dans cette dernière Résolution, l'APCE encourage d'ailleurs, à long terme, « les Etats membres du Conseil de l'Europe à remplacer les différents types de congés actuellement en place (maternité, paternité, parental et garde d'enfants) par un congé parental unique, accessible aux mères comme aux pères, et à le répartir de manière égale entre eux ».
43. En outre, l'IN 184 qui prévoit un congé parental tout en assurant un congé maternité de 16 semaines au moins est conforme à l'article 4 de la Convention n° 183 de l'OIT sur la protection de la maternité (RS 0.822.728.3), entrée en vigueur pour la Suisse le 4 juin 2015, lequel garantit aux femmes le droit à un congé maternité minimal incompressible de 14 semaines.
44. Partant, l'IN 184 n'est pas contraire aux engagements internationaux de la Suisse.

H.2. Conformité au droit fédéral

45. Les initiatives doivent respecter le droit fédéral, soit la répartition des compétences entre les cantons et la Confédération, les droits fondamentaux et l'ensemble de la législation fédérale (art. 3 et 49 Cst. féd. ; GRODECKI, op. cit., § 1069).
46. Conformément à l'article 3 Cst. féd., les cantons exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération. La Confédération accomplit les tâches que lui attribue la Constitution (art. 42, al. 1 Cst. féd.). Les cantons définissent les tâches qu'ils accomplissent dans le cadre de leurs compétences (art. 43 Cst. féd.).
47. En vertu du principe de la primauté du droit fédéral ancré à l'article 49, alinéa 1 Cst. féd., les cantons ne sont pas autorisés à légiférer dans les matières exhaustivement réglementées par le droit fédéral. Dans les autres domaines, ils peuvent édicter des règles de droit pour autant qu'elles ne violent ni le sens ni l'esprit du droit fédéral, et qu'elles n'en compromettent pas la réalisation (ATF 143 I 403, consid. 7.1 et les références citées).
48. Cela concerne en particulier les règles de droit public cantonal qui sont en concours avec le droit civil fédéral, dans leurs rapports avec ce droit. De telles règles, que les cantons peuvent édicter en vertu de l'article 6 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210), ne sont admissibles qu'à la triple condition que le législateur fédéral n'ait pas entendu réglementer la matière de manière exhaustive, que les règles cantonales soient justifiées par un intérêt public pertinent et, enfin, qu'elles n'éludent ni ne contredisent le sens ou l'esprit du droit civil fédéral (ATF 143 I 403, consid. 7.1 et les références citées).
49. L'existence ou l'absence d'une législation fédérale exhaustive constitue donc le premier critère pour déterminer s'il y a conflit avec une règle cantonale. Toutefois, même si la législation fédérale est considérée comme exhaustive dans un domaine donné, une loi cantonale peut subsister dans le même domaine si elle poursuit un autre but que celui recherché par le droit fédéral. Ce n'est que lorsque la législation fédérale exclut toute réglementation dans un domaine particulier que le canton perd la compétence pour adopter des dispositions complétives, quand bien même celles-ci ne contrediraient pas le droit fédéral ou seraient même en accord avec celui-ci (ATF 143 I 403, consid. 7.1 et les références citées).
50. En l'espèce, afin de répondre à la question de savoir qui de la Confédération ou des cantons dispose de la compétence pour instituer un dispositif de congé parental, il convient d'opérer une distinction entre le volet « création du droit à un congé » en tant que tel, et le volet « assurance parentale et son financement ».

De la compétence des cantons d'instaurer un congé parental

a. Les rapports de travail de droit public

51. En ce qui concerne les rapports de travail relevant du droit public, les employeurs publics disposent de l'autonomie nécessaire pour adopter des règles propres pour leur personnel, pour autant qu'ils se conforment aux lois de droit public qui les régissent.
52. Les cantons règlent ainsi les rapports de travail avec leurs collaborateurs, étant rappelé qu'il ne sont, en principe, pas soumis aux dispositions du Code des obligations (art. 342, al. 1 CO), ni de la LTr (art. 2, al. 1, let. a).
53. Par conséquent, les cantons disposent de la compétence pour instaurer un congé parental pour les rapports de travail de droit public.

b. Les rapports de travail de droit privé

54. Dans son courrier du 23 mars 2021, le comité d'initiative a indiqué que le texte de l'IN 184 n'instituait aucune obligation affectant les rapports de droit du travail entre employés et employeurs mais ne visait que le second volet du congé, soit son financement.
55. Cela étant, quand bien même l'IN 184 ne porte pas sur l'instauration d'un congé parental en tant que tel, force est de constater que l'introduction d'une nouvelle assurance resterait lettre morte si les travailleurs ne pouvaient prétendre effectivement au congé que ladite assurance est supposée financer.
56. Il convient dès lors de traiter de la conformité au droit supérieur de l'instauration d'un congé parental au niveau cantonal, ce à tout le moins sous l'angle de l'exécutabilité de l'initiative.
57. En vertu de l'article 122, alinéa 1 Cst. féd., la Confédération est compétente pour légiférer en matière de droit privé. Celle-ci s'est acquittée de cette tâche en particulier en édictant le Code civil du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210) et le Code des obligations du 30 mars 1911 (CO ; RS 220) qui ne laissent en principe pas de marge de manœuvre aux cantons.
58. Conformément à l'article 110, alinéa 1, lettre a Cst. féd., la Confédération est également compétente pour légiférer en matière de protection des travailleurs. Cette disposition fonde la législation de droit public du travail. Le législateur fédéral a adopté en particulier la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce, du 13 mars 1964 (LTr; RS 822.11).
59. En vertu de son champ d'application, la LTr règle d'une manière exhaustive la protection des travailleurs en tant que telle ; la LTr n'empêche cependant pas l'adoption de mesures qui, sans avoir pour but principal de protéger les travailleurs, ont accessoirement un effet protecteur (ATF 143 I 403 consid. 7.5.2 et les références citées).
60. La question des vacances et congés dans les rapports de droit privé est réglée dans le CO (art. 329ss CO) ainsi que dans la LTr (durée du travail et repos, notamment congé hebdomadaire et jours fériés).
61. Le 1^{er} juillet 2005, le législateur fédéral a introduit le congé maternité d'au moins 14 semaines à l'article 329f CO. L'article 35a, alinéa 3 LTr dispose en outre que les travailleuses ne peuvent être occupées jusqu'à la seizième semaine suivant l'accouchement, que si elles y consentent.
62. Le congé de maternité a pour but de permettre à la mère de se remettre de sa grossesse et de son accouchement et de s'occuper intensément de son nouveau-né durant ses premières semaines de vie (FF 2003 1032).
63. Entré en vigueur le 1^{er} janvier 2021, l'article 329g CO prévoit que le travailleur dont le contrat de travail est soumis au droit privé suisse a droit à un congé de paternité de deux semaines s'il est le père légal de l'enfant au moment de la naissance de l'enfant ou s'il le devient au cours des six mois qui suivent.
64. Le congé paternité a quant à lui pour but de permettre au père d'être présent auprès de l'enfant et de la mère durant les premiers jours, semaines ou mois suivant la naissance, et de s'impliquer dans les changements familiaux qu'implique l'arrivée du nouveau-né (FF 2019 3309).
65. L'introduction d'un congé paternité, permettant au travailleur soumis à un contrat de droit privé d'être libéré de l'obligation de travailler, est ainsi, à priori, du ressort de la Confédération.

66. La question est dès lors de savoir si, compte tenu de l'article 122 de la Constitution fédérale, en lien avec l'article 6 du Code civil suisse, le droit cantonal peut tout de même imposer un congé parental.
67. En matière du droit du travail, le Tribunal fédéral a considéré que les cantons restaient libres d'édicter des dispositions de droit public visant un autre but que la protection des travailleurs (ATF 143 I 403 consid. 7 et les références citées). Il a notamment admis l'introduction d'un salaire minimum cantonal, en tant que mesure de politique sociale destinée à lutter contre la pauvreté dans le canton de Neuchâtel et à améliorer les conditions des travailleurs qui, bien qu'exerçant une activité réelle et effective, touchent un revenu qui ne suffit pas pour vivre ou faire vivre leur famille. L'institution du salaire minimum permet en effet d'améliorer les conditions de vie des travailleurs, en leur assurant de vivre de leur emploi sans devoir recourir à l'aide sociale. Il a plus généralement pour but de lutter contre la pauvreté, de contribuer au respect de la dignité humaine et d'assurer aux travailleurs des conditions de vie décentes. Selon notre Haute cour, les objectifs poursuivis par la législation cantonale neuchâteloise relèvent, de façon prépondérante, de la politique sociale. Les mesures consacrées par la loi cantonale modifiée s'insèrent ainsi dans la législation protectrice de droit public que les cantons demeurent en principe autorisés à adopter, en dépit des dispositions de droit civil fédéral relatives au travail, ainsi qu'en complément aux mesures de droit public fédéral que consacrent la LTr et ses ordonnances.
68. Dans son courrier du 10 mars 2022, l'OFJ a par ailleurs confirmé ce qui précède, en indiquant qu'il ne lui 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.
69. En l'espèce, il ressort de l'exposé des motifs figurant sur la formule de récolte de signatures, que l'instauration d'un congé parental a pour objectif « de progresser vers une égalité entre parents et renforcer les liens avec leur enfant ».
70. L'exposé des motifs met également en avant le fait que le congé paternité actuel de 2 semaines ne permet pas un réel partage des tâches et des responsabilités lors de la venue de l'enfant et que les femmes renoncent encore trop souvent à une carrière professionnelle ou la mettent entre parenthèse.
71. Ainsi, l'instauration d'un congé parental est, en l'occurrence, essentiellement motivée par une mesure de politique sociale visant à promouvoir l'égalité des sexes et le bien-être de l'enfant.
72. Il convient de rappeler que le principe d'égalité entre l'homme et la femme, notamment dans les domaines de la famille et du travail, est consacré à l'article 8 Cst. féd.
73. Par ailleurs, conformément à l'article 41, alinéa 1, lettre c Cst. féd. (Buts sociaux), tant la Confédération que les cantons sont tenus d'agir afin de protéger les familles en tant que communautés d'adultes et d'enfants.
74. Parmi les mesures de protection et d'encouragement des familles – aspects rappelant les strates obligationnelles déterminant les droits fondamentaux – sont susceptibles de figurer, hormis le droit à des allocations familiales ou l'assurance-maternité (cf. art. 116 Cst.) : d'autres formes de subsides de l'Etat, des mesures, également fiscales, visant à concilier la vie familiale avec le monde du travail, des congés parentaux, des horaires de travail plus flexibles et la garantie du poste de travail, le droit à une place en crèche pour l'enfant en bas âge, des solutions de garde pour les enfants durant les heures de

travail, le subventionnement de logements familiaux et la promotion de la formation et consultation pour parents (CR Cst., Chatton, 1ère éd. 2021, art. 41 N 43).

75. Partant, il est possible de considérer que les mesures consacrées par les propositions de modifications de la Cst-GE, à savoir la création d'un congé parental, peuvent s'insérer dans la législation protectrice de droit public que les cantons demeurent en principe autorisés à adopter, en dépit des dispositions de droit civil fédéral relatives au travail.
76. A ce propos, il convient de relever qu'en date du 26 juin 2020, en vue de pallier cette insécurité juridique liée à la répartition des compétences, le canton du Jura a déposé une initiative (20.320), demandant aux Chambres fédérales d'édicter de nouvelles bases légales afin de permettre aux cantons la possibilité de légiférer sur un congé parental ou de paternité et donc d'avoir la compétence d'introduire ces types de congés ainsi que d'en fixer la durée et les modalités. Cette initiative a été rejetée aussi bien au niveau du Conseil des Etat que du Conseil national.
77. C'est aussi le lieu de préciser que l'OFJ a, dans son courrier du 10 octobre 2021 adressé au canton du Tessin, indiqué, en substance, que seule une décision judiciaire pourra répondre à la question de savoir si les cantons peuvent édicter des règles en matière de congé paternité. Dans l'intervalle, ladite question restera ouverte.
78. Au vu de ce qui précède, l'issue juridique n'est ni certaine ni évidente.
79. Toutefois, conformément au principe *in dubio pro populo*, l'on peut considérer que, s'agissant de l'instauration d'un congé parental dans les rapports de droit privé, l'IN 184 peut être interprétée conformément à la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons (art. 3 Cst. féd.).

De l'instauration d'une assurance parentale et de son financement paritaire

80. L'initiative prévoit l'instauration d'une assurance parentale en complément de la législation fédérale, financée à part égale par les employeurs et les employés.
81. Selon les explications des initiants, « *le texte de l'initiative prévoit l'instauration d'un système sous la forme d'une assurance sociale visant à permettre le prélèvement de cotisations auprès des employeurs et employés pour couvrir la survenance de coûts liés à une absence suite à un cas de parentalité, quand bien même l'ensemble des personnes visées ne bénéficieront pas forcément de cette assurance (selon le principe même de l'assurance sociale)* ».
82. A l'aune des principes constitutionnels exposés précédemment, il convient à présent d'examiner si les cantons disposent de la compétence pour instaurer une assurance sociale, telle que proposée par l'IN 184, pour couvrir, par le versement d'un revenu de substitution (des allocations) les coûts liés à une absence au travail en raison d'un cas de parentalité (art. 3 Cst. féd.).
83. Si le droit fédéral est très nettement prédominant dans le domaine de la sécurité sociale, il y a lieu de considérer aussi les droits cantonaux : dans certains cas, ils concrétisent des aspects du droit fédéral (p.ex. institution d'une caisse cantonale de compensation AVS, d'un office cantonal AI), dans d'autres cas, les cantons bénéficient d'une autonomie plus ou moins large (p.ex. en matière de prestations familiales ou encore dans le domaine de l'aide sociale, où les cantons sont très libres) (Greber Pierre-Yves/Kahil-Wolff Bettina/Frésard-Fellay Ghislaine/Molo Romolo, Droit suisse de la sécurité sociale, Volume I, Berne 2010, p. 21).

84. Dans notre Etat fédératif, les cantons, voire les communes, sont aussi compétents pour légiférer en matière de sécurité sociale (Duc Jean-Louis, Les assurances sociales en Suisse, Lausanne, 1995, p. 33 N10).
85. Selon l'article 41, alinéa 1, lettre a Cst. féd., la Confédération et les cantons s'engagent, en complément de la responsabilité individuelle et de l'initiative privée, à ce que toute personne bénéficie de la sécurité sociale.
86. La sécurité sociale est consacrée au chapitre 2 (compétences), section 8 (Logement, travail, sécurité sociale et santé) de la Constitution fédérale, en particulier aux articles 111 à 117 Cst. féd.
87. L'article 116 Cst. féd. confère à la Confédération la compétence législative en matière d'allocations familiales et d'assurance-maternité.
88. L'article 116 Cst. féd. dispose ainsi que :

¹ Dans l'accomplissement de ses tâches, la Confédération prend en considération les besoins de la famille. Elle peut soutenir les mesures destinées à protéger la famille.

² Elle peut légiférer sur les allocations familiales et gérer une caisse fédérale de compensation en matière d'allocations familiales.

³ Elle institue une assurance-maternité. Elle peut également soumettre à l'obligation de cotiser les personnes qui ne peuvent bénéficier des prestations d'assurance.

⁴ Elle peut déclarer l'affiliation à une caisse de compensation familiale et l'assurance-maternité obligatoires, de manière générale ou pour certaines catégories de personnes, et faire dépendre ses prestations d'une juste contribution des cantons.

89. L'article 116, alinéa 3 Cst féd. attribue à la Confédération la compétence d'instituer l'assurance-maternité. Cette compétence législative est obligatoire, globale et concurrente (CR Cst.- PERRENOUD, art. 116 N 26).
90. La Confédération a fait usage de sa compétence en introduisant les articles 16b à 16h de loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service, de maternité et de paternité du 25 septembre 1952 (LAPG; 834.1). Acceptées par le peuple le 26 septembre 2004, ces dispositions sont entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2005 (RO 2005 1429).
91. L'allocation de maternité poursuit le double objectif de procurer à la travailleuse un revenu de substitution pendant le temps où elle demeure éloignée de son poste de travail et de lui permettre de bénéficier d'une période de ménagement après son accouchement, nécessaire à sa convalescence et à son repos, ainsi qu'au développement de liens affectifs avec son enfant (Avis du CF relatif au rapport du 3.10.2002 de la CSSS-N au sujet de l'initiative parlementaire « Révision de la loi sur les allocations pour perte de gain. Extension du champ d'application aux mères exerçant une activité lucrative » du 6.11.2002, FF 2003 1032, 1034).
92. La Confédération a ainsi légiféré, et par conséquent, occupé le terrain en matière d'assurance-maternité, de sorte que les cantons ont perdu leur compétence dans ce domaine. Le législateur fédéral a toutefois réservé le droit aux cantons de prévoir une allocation de maternité plus élevée ou de plus longue durée, ainsi qu'une allocation d'adoption, et de prélever des cotisations particulières pour financer ces prestations (compétences déléguées).
93. En effet, en vertu de l'article 16h LAPG, les cantons sont habilités à compléter les prestations fédérales en cas de maternité dans les trois domaines énumérés

exhaustivement et à financer ces prestations plus généreuses en prélevant des cotisations particulières.

94. S'agissant de la notion de « cotisations particulières », elle doit être comprise comme impliquant 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 employeurs. Ces cotisations sont qualifiées de « 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 (avis de droit de l'OFJ, du 13 février 2004).
95. Suite à l'acceptation par le peuple le 27 septembre 2020 de la modification de la loi sur les allocations pour perte de gain (contre-projet indirect à l'initiative populaire « Pour un congé de paternité raisonnable – en faveur de toute la famille »), le CO et la LAPG ont été modifiés pour introduire le congé et les allocations pour perte de gain en cas de paternité. Entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2021, les nouvelles dispositions (art. 329g CO et chap. IIIb, art. 16i à 16m LAPG) prévoient que les pères ont droit à un congé de deux semaines au cours des six premiers mois suivant la naissance de leur enfant.
96. Auparavant, le cas « paternité » était régi uniquement par l'article 329, alinéa 3 CO, disposition qui permet l'octroi de « congés usuels », soit des congés accordés en raison, notamment, d'événements sociaux.
97. Le versement d'allocations de paternité a ainsi pour but de compenser la perte de revenu durant la période de congé du père.
98. A l'instar du congé maternité, le congé paternité tire son fondement de l'article 116, alinéa 3 de la Constitution fédérale (Rapport du Conseil fédéral « Congé de paternité et congé parental – Etat des lieux et présentation de divers modèles » en réponse au postulat Fetz (11.3492) du 30 octobre 2013 (ci-après : « Rapport Fetz 2013 »).
99. Le Conseil fédéral a en effet relevé qu'il y a un lien de connexité entre, d'une part, la maternité et, d'autre part, le congé de paternité ou le congé parental accordé à la suite de la naissance de l'enfant, puisque dans tous ces cas comme dans celui du congé maternité, le congé a pour but de permettre à l'un des parents de prendre le temps nécessaire pour accueillir le nouvel enfant.
100. Compte tenu de ce lien de connexité et au regard de la pratique du Parlement fédéral, le Conseil fédéral a admis que l'article 116, alinéa 3, de la Constitution fédérale donne à la Confédération la compétence de légiférer aussi sur l'octroi des allocations pour perte de gain en cas de congé de paternité ou de congé parental au titre de l'assurance maternité. Cela implique que le législateur fédéral peut prévoir un financement de ces allocations par des cotisations paritaires.
101. Selon le Conseil fédéral, il est donc possible de considérer que l'article 116, alinéa 3, de la Constitution fédérale donne à la Confédération la compétence d'étendre les prestations de l'assurance-maternité à des allocations en cas de congé de paternité ou de congé parental.
102. Dans la mesure où la Confédération a légiféré et introduit une assurance paternité, demeure la question de savoir si les cantons peuvent tout de même édicter des règles en matière d'assurance parentale ou s'il s'agit là d'une compétence exclusive de la Confédération.
103. Ici également, la question de la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons est délicate et fait l'objet de discussions.
104. D'un point de vue littéral, il est d'abord relevé que la Constitution se réfère explicitement aux cas de maternité. Le texte clair de la constitution ne fait toutefois aucune mention

expresse au sujet d'une assurance permettant de financer un congé paternité ou parental.

105. Le Tribunal fédéral a par ailleurs explicitement laissé ouverte la question de savoir si l'article 116, alinéa 3 Cst. féd. autorisait le législateur fédéral à instaurer une assurance parentale (ATF 140 I 305, consid. 7.2).
106. Sous l'angle téléologique et historique, selon notre Haute Cour, au moment de l'acceptation par le peuple de l'article 116 Cst. féd. (34quinquies aCst. féd.), le 25 novembre 1945, la conscience sociale de l'égalité juridique entre femmes et hommes était bien plus faible qu'aujourd'hui et l'accent était probablement mis en premier lieu sur les prestations dues à la mère, suite à son accouchement. L'idée de la création d'un congé paternité n'était pas socialement évidente (ATF 140 I 305, consid. 7.2 et références citées).
107. Le Conseil fédéral a également examiné cette question dans le Rapport Fetz.
108. Il a constaté, qu'à la lecture de la Constitution, aucune disposition n'attribuait explicitement la compétence à la Confédération d'instaurer une assurance pour financer le congé paternité et/ou le congé parental (Rapport Fetz 2013, p. 33).
109. Dans ce même rapport, le Conseil fédéral a en outre indiqué que, d'un point de vue de la répartition des compétences, il n'y avait à priori pas d'obstacle constitutionnel au financement d'un congé parental par le biais de cotisations paritaires instituées par une réglementation cantonale (Rapport Fetz, p. 32 et les références citées).
110. L'OFJ a, quant à lui, un avis différent du Conseil fédéral. Dans son courrier du 10 mars 2022, il indique que les cantons ne disposent pas de compétence pour un financement du congé parental par les allocations pertes de gain (ci-après: APG), par un supplément cantonal aux cotisations APG ou par un financement paritaire entre les employeurs et les employés.
111. A l'appui de ses explications, l'OFJ se réfère à son avis de droit du 13 février 2004 concernant la répartition des compétences en matière d'assurance-maternité.
112. Il ressort en substance de cet avis que l'article 116, alinéa 3 Cst. féd. crée une compétence concurrente entre les cantons et la Confédération en matière d'assurance maternité. 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.
113. Selon l'OFJ, là où le législateur fédéral n'a pas légiféré, le domaine est resté, conformément au principe de l'article 3 Cst. féd., 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. Ainsi, l'avis de droit évoque l'hypothèse d'une instauration d'un régime d'allocations de maternité pour les personnes qui n'exercent pas d'activité lucrative (non-prévu par la LAPG). L'OFJ indique que dans un tel cas, le canton pourrait prévoir un financement de type fiscal, c'est-à-dire à travers un supplément à l'impôt cantonal direct, 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.
114. En l'état, la Confédération a légiféré en matière d'allocations de maternité, tout en rétrocédant, respectivement en déléguant aux cantons la possibilité d'octroyer des allocations de maternité plus élevées ou de plus longue durée et de prélever, pour le financement de ces prestations, des cotisations particulières. Une même délégation est prévue en matière d'allocations d'adoption (l'art. 16h LAPG en vigueur, respectivement le nouvel art. 16x LAPG lorsqu'il sera entré en vigueur). Il convient toutefois de relever

que le législateur fédéral n'a pas prévu de disposition similaire concernant le rapport avec les réglementations cantonales s'agissant de l'assurance paternité.

115. Dès lors, l'OFJ semble considérer que les principes dégagés dans son avis de droit précité s'appliquent en matière de congé parental.
116. En d'autres termes, il apparaît que, selon l'OFJ, en légiférant sur les allocations paternité bénéficiant aux personnes actives (art. 16i à 16m LAPG), la Confédération a fait usage de sa compétence. Dans la mesure où elle n'a toutefois pas rétrocedé de compétences législatives, les cantons ne peuvent prévoir des allocations de paternité plus généreuses, en recourant à des cotisations du régime APG ou particulières, telles que mentionnées aux articles 16h et 16x LAPG.
117. Il sera toutefois précisé que l'avis de droit produit par l'OFJ concerne principalement le cas de congé maternité.
118. Au vu des éléments précités et des interprétations divergentes en la matière, il semblerait toutefois que les interprétations littérale, téléologique et historique de l'article 116 Cst. féd. 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 paternité ou de congé parental.
119. Autrement dit, une compétence des cantons ne paraît pas définitivement exclue.
120. L'éventuelle instauration d'une assurance au niveau cantonal en vue de financer un congé parental présente donc une insécurité juridique, d'un point de vue de la conformité au droit supérieur et de la répartition des compétences.
121. Néanmoins, c'est ici le lieu de rappeler que, conformément à l'adage *in dubio pro populo*, il faut favoriser une interprétation conforme au droit supérieur afin d'éviter autant que possible les déclarations d'invalidité de l'initiative.
122. C'est en gardant ce principe à l'esprit que le Conseil d'Etat privilégiera, faute de contrariété manifeste avec le droit supérieur, l'issue la plus favorable aux initiants, au détriment de l'avis de l'OFJ.
123. Partant, si le législateur fédéral a fait une interprétation large de l'article 116 Cst. féd. pour fonder sa compétence en matière de congé paternité, le Conseil d'Etat retiendra que son actualisation par le biais des articles 16i à 16m LAPG n'a pas d'effet sur les compétences cantonales et n'empêche pas les cantons d'édicter des règles en lien avec un congé paternité, et *a fortiori*, un congé parental.
124. En d'autres termes, la compétence conférée à la Confédération, peut être considérée comme parallèle à celles des cantons.
125. Les compétences parallèles permettent la coexistence de compétences fédérales et cantonales dans un domaine déterminé. Cette coexistence est durable et concerne aussi bien les principes que les règles de mise œuvre (CR Cst.-Martenet, art. 3 N 60).
126. Il convient encore de noter que, même s'il s'agissait d'une compétence concurrente, il ne ressort pas clairement des travaux préparatoires, et notamment des débats parlementaires, que le législateur fédéral ait voulu régler exhaustivement la question du congé paternité et épuiser la matière. Il sera précisé, à cet égard, que l'IN 184 porte sur l'introduction d'un congé parental dont la finalité dépasse les seuls congés maternité ou paternité.
127. Plusieurs éléments plaident en faveur de cette hypothèse.
128. Tout d'abord, il sera relevé que le congé paternité actuel de deux semaines a été introduit au niveau fédéral le 1^{er} janvier 2021, en réponse à l'initiative populaire « Pour un congé de paternité raisonnable – en faveur de toute la famille » déposée en juillet 2017, laquelle demandait que tous les pères exerçant une activité lucrative aient droit à

un congé payé de quatre semaines. Le Conseil fédéral et le Parlement ont rejeté cette initiative, la jugeant trop coûteuse. En septembre 2019, les deux Chambres ont ainsi adopté un contre-projet indirect proposant un congé payé de deux semaines. L'initiative populaire a alors été retirée à la condition que ce contre-projet entre en vigueur. Partant, l'assurance paternité, soit les articles 16i à 16m LAPG, résulte en réalité d'un compromis politique, soit d'une solution minimale acceptable par le plus grand nombre, en vue de faire passer le contre-projet. Beaucoup d'intervenants ont par ailleurs indiqué qu'il s'agissait d'un tout premier pas en vue d'un congé parental (18.441, 18.052). Il ne ressort ainsi pas des travaux préparatoires une volonté de verrouiller absolument les compétences cantonales mais tout au plus un consensus alliant l'ensemble des partis.

129. Ensuite, une rétrocession de compétences aux cantons uniquement pour les cas de maternité (art. 16h LAPG) et d'adoption (art. 16x LAPG) permettrait *de facto* des régimes plus favorables pour les personnes concernées et créerait une inégalité de traitement entre les familles sans justification raisonnable. L'on pense en particulier ici au père « adoptant » qui pourrait bénéficier d'un congé plus généreux que le père « biologique ».
130. Enfin, il ne paraît pas justifié de donner des notions différentes au terme « maternité » selon la disposition concernée, à savoir à l'article 116 Cst. féd. (notion large permettant d'admettre une compétence attributive en matière de congé paternité au législateur fédéral) et dans la LAPG (notion stricte depuis l'introduction du congé paternité, où la maternité se limiterait désormais strictement au cas de la mère qui accouche pour exclure le cas « paternité »).
131. En tout état de cause, si une interprétation très restrictive de la notion de « maternité » devait être appliquée dans la LAPG, l'on pourrait considérer que la Confédération n'a pas légiféré pour le cas « congé parental », de sorte que les cantons demeureraient compétents.
132. Conformément au principe *in dubio pro populo*, l'ensemble de ces éléments amènent le Conseil d'Etat à privilégier une interprétation de l'initiative conforme au droit supérieur dès lors que celle-ci est possible, quand bien même il existerait une insécurité juridique concernant l'instauration d'une assurance parentale pour permettre de verser un revenu de substitution en raison d'un cas de parentalité.
133. Par conséquent, au vu de ce qui précède, il faut considérer que l'IN 184 peut être interprétée conformément à la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons s'agissant de l'instauration de l'assurance parentale pour couvrir, par le biais d'allocations spécifiques, la survenance des coûts liés à un cas de parentalité (art. 3 Cst. féd.) et qu'elle est donc conforme au droit à cet égard.
134. En conséquence, et compte tenu de ce qui précède, s'agissant du financement de l'assurance envisagé par les initiants, à savoir par des cotisations à part égales entre les employeurs et les employés, un tel financement devrait être possible, conformément au principe *in dubio pro populo*, ce en dépit de l'avis contraire exprimé par l'OFJ.
134. Au vu de ce qui précède, on peut considérer que l'IN 184 peut être interprétée conformément à la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons sur ce volet également.
135. En conclusion, l'IN 184 est conforme au droit fédéral.

H.3. Conformité au droit intercantonal

136. Les initiatives doivent également respecter les conventions intercantionales aussi longtemps qu'elles n'ont pas été dénoncées, au même titre que le droit fédéral (GRODECKI, op. cit., § 1069).
137. En l'espèce, en l'absence de droit intercantonal en la matière, le texte de l'initiative ne saurait y contrevenir.

H.4. Conformité au droit cantonal

138. S'agissant d'une initiative de rang constitutionnel, la question de la conformité au droit cantonal ne se pose pas.

I. Commentaires relatifs aux ayants droits

139. Il est relevé que le congé parental envisagé par l'initiative concerne différentes communautés d'adultes.
140. Selon le projet d'article 205, alinéa 4 Cst. féd. proposé par l'IN 184, et l'exposé des motifs, le congé parental pourra bénéficier aux parents adoptifs du même sexe.
141. Il convient de préciser à cet égard, que dès l'entrée en vigueur des modifications du Code civil suisse résultant de la réforme « Mariage civil pour tous », le 1^{er} juillet 2022, les couples homosexuels mariés pourront adopter conjointement.
142. Un lien de filiation s'établira donc entre l'enfant et les parents du même sexe.
143. Par ailleurs, un congé d'adoption de deux semaines est prévu par l'article 329j CO, dont l'entrée en vigueur n'a pas encore été fixée par le Conseil fédéral, pour toute travailleuse ou tout travailleur qui accueille un enfant en vue d'une adoption.
144. Il ressort des explications des initiants que dans le cas d'adoption (de parents hétérosexuels ou homosexuels), les parents décideront d'entente entre eux lequel des deux bénéficiera du congé « maternité » de 16 semaines, respectivement de « l'autre parent », soit 8 semaines.
145. Ainsi, compte tenu du nouveau droit, l'initiative ne soulève pas de questions particulières s'agissant de l'adoption conjointe par des couples du même sexe.
146. Selon le projet d'article 205, alinéa 4 Cst-GE proposé par l'IN 184, sont également visées les situations d'accueil à caractère permanent. Dans leur courrier du 23 mars 2022, les initiants ont expliqué à cet égard que l'initiative vise les situations d'accueil de longue durée durant lesquelles l'enfant séjourne la majorité de son temps chez ses parents d'accueil.
147. A ce propos, il importe de rappeler le projet de loi 12312 du 5 avril 2018 visant précisément à instituer une allocation d'accueil à Genève, dont l'entrée en matière, après plusieurs auditions, a été refusée à l'unanimité par la commission des affaires sociales en mars 2020. Ce projet prévoyait une allocation d'accueil basée sur ce qui prévaut en cas d'adoption et consistant notamment à octroyer une allocation au parent d'accueil, pendant 112 jours, à certaines conditions. Cette allocation d'accueil au sens du PL 12312 était uniquement dévolue à l'un des parents et aucune extension du droit à un congé n'était prévue en faveur de l'autre parent contrairement à ce que propose l'IN 184.

148. Bien que répondant à une problématique importante – et notamment en regard du nombre d'enfants en hospitalisation sociale aux Hôpitaux universitaires de Genève et de la nécessité d'encourager les parents accueillants – il avait été établi que ce projet de loi visant à introduire une allocation pour perte de gain en cas de placement d'un enfant hors de son foyer familial dans une famille d'accueil soulevait plusieurs questions de conformité au droit fédéral. Il avait notamment été conclu que, dans la mesure où il n'existe pas d'allocation d'accueil dans la LAPG, les cantons ne pouvaient, à l'instar de l'article 16h LAPG pour l'assurance maternité, se baser sur une disposition fédérale leur permettant d'instaurer en complément dans leur législation une allocation d'accueil plus généreuse et/ou étendue ni prélever des cotisations particulières pour assurer son financement.
149. Le Conseil d'Etat est toutefois d'avis que le développement relatif à l'instauration d'une assurance parentale s'applique *mutadis mutandis* au cas des familles d'accueil. Une interprétation conforme au droit supérieur doit également être privilégiée *in casu*, de sorte à admettre une compétence des cantons en la matière.
150. En effet, il ne fait aucun doute que le but poursuivi par les initiants en l'espèce, notamment l'égalité des sexes, le fait de tisser des liens affectifs avec l'enfant, de tendre à son intégration au sein de la famille et à son bien-être, demeure valable pour les cas d'accueil avec hébergement à caractère permanent.
151. Il sera toutefois précisé que cette constellation diffère néanmoins sur plusieurs points, lesquels devraient être pris en compte dans la loi d'application.
152. En effet, lors d'un placement, il est difficile de prévoir d'emblée que celui-ci sera permanent. Il sera également mentionné que le même enfant pourrait donner lieu à plusieurs allocations, notamment aux parents biologiques, mais également à (plusieurs) parents qui pourraient l'accueillir.
153. Comme mentionné par les initiants, il appartiendra au législateur de fixer des critères précis, non seulement pour qualifier la permanence de l'accueil mais également pour limiter l'âge de l'enfant au-delà duquel les allocations ne seraient plus possibles.

J. Exécutabilité

154. Selon la jurisprudence, une initiative populaire doit être invalidée si son objet est impossible. Il ne se justifie pas, en effet, de demander au peuple de se prononcer sur un sujet qui n'est pas susceptible d'être exécuté. L'invalidation ne s'impose toutefois que dans les cas les plus évidents. L'obstacle à la réalisation doit être insurmontable : une difficulté relative est insuffisante, car c'est avant tout aux électeurs qu'il appartient d'évaluer les avantages et les inconvénients qui pourraient résulter de l'acceptation de l'initiative. Par ailleurs, l'impossibilité doit ressortir clairement du texte de l'initiative ; si celle-ci peut être interprétée de telle manière que les vœux des initiants sont réalisables, elle doit être considérée comme valable. L'impossibilité peut être matérielle ou juridique (Arrêt du Tribunal fédéral 1P.52/2007 du 4 septembre 2007, consid. 3.1, et les références citées).
155. En l'espèce, il ressort des éléments développés dans la partie « Conformité au droit » que l'initiative présente des insécurités juridiques. Un doute subsiste en effet s'agissant de la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons, tant sur la question de l'instauration d'un congé parental obligatoire dans les rapports de travail de droit privé que sur l'introduction d'une assurance parentale et son financement par des cotisations paritaires. En outre, comme exposé précédemment, des conditions devraient également être posées, lors de la concrétisation de l'initiative, en lien avec les

cas d'accueil avec hébergement à caractère permanent. Par ailleurs, si la loi d'application de l'initiative devait confier des tâches aux caisses de compensation, en application de l'article 63, alinéa 4, de la loi sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS), du 20 décembre 1946, l'autorité fédérale devrait préalablement autoriser les caisses de compensation à encaisser les cotisations paritaires destinées à financer les allocations parentales et à verser ces prestations.

156. Par ailleurs, il faudra prendre en considération le fait que cette initiative s'inscrit dans un cadre légal complexe, caractérisé tant par la multitude de domaines de droit concernés (droit constitutionnel, droit des assurances sociales, droit du travail, droit de la filiation et de protection de l'enfant) que par l'évolution récente du droit. La mise en œuvre du congé parental, tel que proposé par l'IN 184, soulèvera ainsi des questions de coordination avec le droit fédéral de la sécurité sociale, notamment en lien avec la loi sur l'assurance-accidents, du 20 mars 1981 (LAA ; RS 832.20) et la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle, du 25 juin 1982 (LPP ; RS 831.40), comme le relève le rapport sur la prise en considération.
157. Enfin, outre les difficultés liées à l'articulation de l'initiative avec le droit existant, sa mise en œuvre soulèvera des questions de coordination avec le droit fédéral qui entrera prochainement en vigueur, à savoir la réforme du mariage civil pour tous dès le 1^{er} juillet 2022 et l'introduction au plan fédéral de la nouvelle allocation d'adoption, respectivement du congé d'adoption, dont l'entrée en vigueur doit encore être fixée.
158. En tout état de cause, nonobstant l'issue juridique incertaine et la complexité de sa mise en œuvre, l'initiative ne présente pas de difficultés insurmontables qui devraient conduire à son invalidation, étant au demeurant rappelé qu'elle est de rang constitutionnel et qu'elle devra encore être concrétisée par une loi d'application.
159. Partant, l'IN 184 respecte l'exigence d'exécutabilité.

K. Conclusion

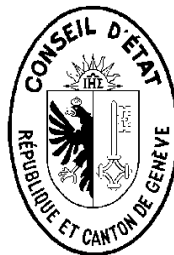
160. En conclusion, les conditions de validité de l'initiative sont toutes réalisées. L'IN 184 sera donc déclarée valide.
161. Conformément à l'article 92A, alinéas 2 à 4 LEDP, le présent arrêté sera notifié aux initiants, transmis au Grand Conseil et publié dans la FAO.

Par ces motifs,

ARRÊTE :

L'initiative populaire cantonale 184 « Pour un congé parental maintenant ! » est déclarée valide.

Conformément aux articles 130B, alinéa 1, lettre c de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (E 2 05 ; LOJ), 17, alinéa 4, 62, alinéa 1, lettre a, 64 et 65 de la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985 (E 5 10 ; LPA), le présent arrêté est susceptible de faire l'objet d'un recours auprès de la chambre constitutionnelle de la Cour de justice (Rue de Saint-Léger 10, case postale 1956, 1211 Genève 1) dans les **30 jours**, pour le comité d'initiative, qui suivent sa notification audit comité (art. 92A, al. 2 LEDP) et, pour les tiers, qui suivent sa publication dans la Feuille d'avis officielle (art. 92A, al. 4 LEDP). Le délai est suspendu pendant les périodes prévues à l'article 63, alinéa 1 LPA. L'acte de recours doit être signé et parvenir à l'autorité ou être remis à son adresse à un bureau de poste suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse au plus tard le dernier jour du délai avant minuit. Il doit indiquer, sous peine d'irrecevabilité, l'arrêté attaqué, les conclusions de la recourante ou du recourant, les motifs et moyens de preuve. Le présent arrêté et les pièces dont dispose la recourante ou le recourant doivent être joints à l'envoi.



Certifié conforme,

La chancelière d'Etat :
Michèle Righetti

Publié dans la Feuille d'avis officielle le 27 mai 2022