

# Les compétences de la Confédération en matière d'accueil extrafamilial et parascolaire

Avis de droit

établi à la demande  
de la Jacobs Foundation, Zurich

## Résumé

(reprend la partie V de l'avis)

### A. Le contexte politique, socio-économique et statistique

1. ***La conciliation entre vie professionnelle et vie familiale et l'égalité entre femmes et hommes, en particulier en matière d'accès à la vie professionnelle.*** – La première partie de l'avis, dédiée à la présentation, sommaire, du contexte politique, socio-économique et statistique de la problématique, permet de dresser trois constats et enseignements utiles à l'analyse juridique.

Tout d'abord, il apparaît que la parentalité – c'est-à-dire l'arrivée d'enfant(s) – accroît les inégalités entre les femmes et les hommes. Les statistiques démontrent que la problématique de l'articulation entre vie professionnelle et vie familiale est principalement, sinon essentiellement, une problématique féminine, qui n'impacte que très marginalement les pères.

D'autre part, les choix individuels et familiaux des couples – et des femmes – en termes d'activité professionnelle sont largement influencés par les politiques sociales, notamment l'existence de mesures qui favorisent la conciliation entre vie professionnelle et vie familiale. Les politiques actives encouragent ainsi les couples à choisir des pratiques plutôt égalitaires, alors que les politiques moins interventionnistes tendent à inciter les couples à se cantonner dans un modèle de répartition traditionnel, « genré ». La Suisse se caractérise à cet égard par une politique familiale plutôt modeste en comparaison internationale, tout particulièrement en ce qui concerne l'accueil extrafamilial et parascolaire. Les couples sont ainsi conduits à privilégier un modèle traditionnel dans lequel les pères investissent la sphère professionnelle et les mères celle des soins aux enfants. L'insuffisance des mesures de garde et d'accueil extrafamilial semble même être une des causes à la persistance de ce modèle plutôt traditionnel.

Or, ces mesures de garde et d'accueil extrafamilial sont une composante essentielle de l'insertion et de la réinsertion des mères au travail, de sorte que l'amélioration de la conciliation entre vie professionnelle et vie familiale est devenue aujourd'hui un objectif majeur des politiques en matière d'égalité de genre. Cet objectif est souvent justifié aussi par des considérations de politique économique, notamment le souci d'exploiter au mieux le personnel

indigène qualifié, notamment l'activité professionnelle et l'emploi des mères de famille à forte qualification professionnelle. Le Conseil fédéral considère ainsi ces mesures comme un moyen incitant les mères à travailler davantage et donc à renoncer au temps partiel en faveur du temps plein, ce qui a des répercussions bénéfiques en matière d'égalité des genres au sein du couple.

Dans la mesure où 80% des mères travaillent, ces structures d'accueil extrafamilial et parascolaire peuvent donc être vues aussi comme relevant – en plus et/ou à côté de la politique familiale traditionnelle – de mesures qui visent à garantir l'égalité entre femmes et hommes en général, mais aussi, en particulier, dans l'accès à la vie professionnelle.

La pratique des autorités, tout comme la doctrine juridique, a toujours considéré les mesures d'accueil extrafamilial et parascolaire des enfants comme relevant de la protection de la famille et de la politique familiale. Il semble toutefois que ce rattachement doive être nuancé aujourd'hui. En effet, la doctrine relative à l'élimination des inégalités entre les femmes et les hommes attribue à ces mesures une place essentielle dans l'élimination des rôles stéréotypés entre les deux sexes, en offrant les outils permettant aux femmes d'intégrer pleinement le marché du travail sans se préoccuper de la garde d'enfants et de travailler à temps plein si elles le souhaitent. Dans la mesure où l'existence d'infrastructures d'accueil semble être une condition nécessaire à l'effectivité du droit des femmes au travail, ces mesures paraissent glisser aujourd'hui dans la sphère de protection des travailleuses autant que dans la sphère de protection de la famille.

Le présent avis s'attache donc à examiner si, d'un point de vue juridique et constitutionnel, un tel rattachement à la protection des travailleuses est envisageable.

## B. L'analyse juridique

### 1. L'avis de de droit de l'Office fédéral de la justice de 2001

2. **Un recours possible à l'art. 110 al. 1 let. a.** – Dans un avis de droit rendu en 2001, l'Office fédéral de la justice considérait déjà que dans la mesure où l'art. 34ter al. 1 let. a de la Constitution de 1874 a pu servir de fondement constitutionnel à la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, l'art. 110 al. 1 let. a de la nouvelle Constitution<sup>1</sup> pourrait, lui aussi, être considéré comme un fondement constitutionnel suffisant pour prendre des mesures allant dans le sens de l'initiative parlementaire Fehr, pour autant qu'il s'agisse de mesures qui concernent la situation des travailleuses et des travailleurs dans la vie professionnelle.

Ainsi, l'Office fédéral concluait dans son avis que la Constitution fédérale attribue, en son art. 116 al. 1, une compétence d'encouragement en faveur de la Confédération, qui habilite celle-ci à agir dans le sens de l'initiative parlementaire Fehr. En outre, il serait également envisageable, toujours selon l'Office fédéral, de recourir à l'art. 110 al. 1 let. a de la Constitution en tant que norme attributive de compétence.

### 2. L'analyse de la doctrine et de la pratique ultérieures : enseignements et appréciation

3. **Remarques liminaires.** – L'analyse de la doctrine et de la pratique postérieures à cette prise de position de l'Office de la justice permet de constater que la doctrine ne se prononce pas explicitement – ni de manière spécifique et précise – sur les questions posées au présent avis.

---

<sup>1</sup> Qui reprend pratiquement tel quel l'ancien art. 34ter al. 1 let. a.

Il est néanmoins possible de tirer de cette analyse quelques éléments qui sont utiles et pertinents, constats qui sont les suivants.

4. **L'art. 116 al. 1 de la Constitution.** – Il est incontestable et incontesté, tout d'abord, que l'art. 116 al. 1 de la Constitution fournit, par sa deuxième phrase, une base explicite et claire à une action de soutien de la Confédération – telle que celle qui est prévue par l'actuelle législation fédérale – à l'égard des mesures d'accueil extrafamilial et parascolaire prises par d'autres, les cantons, les communes ou d'autres institutions, même de droit privé.

Cette action n'a pas, du point de vue constitutionnel, à être soumise à une condition temporelle, en ce sens qu'elle ne doit pas être limitée dans le temps. Si elle l'est, c'est pour des motifs d'ordre politique, mais ce n'est pas en vertu du droit constitutionnel.

En revanche, cette compétence est limitée par le fait qu'elle est une compétence de soutien – ou d'encouragement – seulement, ce qui implique une double limite : d'une part, la Confédération n'a pas de compétence législative générale en matière de politique familiale en tant que telle, elle n'est autorisée à légiférer que dans la mesure nécessaire pour réglementer les activités de soutien aux familles (condition d'octroi du soutien financier et autres éléments connexes) ; d'autre part, la Confédération n'est habilitée à intervenir que pour encourager les mesures prises par d'autres, par des tiers ; autrement dit, son action est subsidiaire, et la compétence de la Confédération ne se substitue pas aux compétences cantonales.

5. **Les articles 41 et 8 al. 3 de la Constitution.** – Il est tout aussi clair – et admis de manière assez générale, pour ne pas dire unanime – que ni l'art. 41, relatif aux buts sociaux, ni l'art. 8 al. 3, 2<sup>ème</sup> phrase, relatif au mandat de réaliser l'égalité, de droit et de fait, entre femmes et hommes, ne constituent des dispositions qui attribuent à la Confédération une compétence de légiférer. Ces dispositions représentent toutes deux des mandats, certes impératifs, assignés tant à la Confédération qu'aux cantons, de poursuivre certains objectifs de politique sociale et de politique d'égalité des genres.

Même si, matériellement, de par leur contenu, ces dispositions visent et incluent les mesures en faveur de l'accueil extrafamilial et parascolaire des enfants, qui sont d'ailleurs mentionnées à ce titre par la doctrine, elles n'ont pas – du moins à elles seules – la nature de normes d'attribution de compétences législatives.

Pour ce qui est de l'art. 41, cela résulte explicitement du texte même de la disposition (art. 41 al. 3), de la systématique du texte constitutionnel et des travaux préparatoires, comme l'a du reste montré l'Office fédéral de la justice en 2001. La position de la doctrine, aujourd'hui, n'est pas différente, la doctrine ne reconnaissant d'ailleurs à l'art. 41 qu'une portée normative assez limitée. L'art. 41 n'est du reste en principe jamais invoqué, en pratique, à l'appui des lois fédérales.

Pour ce qui est de l'art. 8 al. 3, 2<sup>ème</sup> phrase, la même conclusion résulte du fait que le mandat de réaliser l'égalité de droit et de fait s'adresse à la *loi* de manière générale, par quoi il faut entendre, de l'avis unanime de la doctrine, aussi bien la loi cantonale ou communale que la loi fédérale. Il en résulte que, là encore, la disposition n'est pas susceptible de fonder – à elle seule du moins – une compétence législative en faveur de la Confédération. Cela résulte aussi de la systématique du texte constitutionnel.

Néanmoins, pour ce qui est de l'art. 8 al. 3, on peut considérer que le mandat contenu par la deuxième phrase de cette disposition, qui est appuyé de plus par diverses obligations internationales qui lient la Suisse, est sensiblement plus contraignant et impératif que les mandats résultant de l'art. 41, de sorte qu'il ne paraît pas absolument exclu que l'art. 8 al. 3 soit utilisé pour appuyer, à côté de – et avec – une (autre) norme constitutionnelle attributive de compétence, une compétence législative fédérale.

Tel a du reste été le cas, en pratique, pour la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, qui se fonde notamment sur l'art. 8 al. 3, à côté d'autres normes de la Constitution fédérale, sans que la doctrine n'ait, sauf quelques exceptions, véritablement protesté contre un tel usage.

6. **L'art. 110 al. 1 let. a de la Constitution.** – La réponse à la question principale posée au présent avis – de savoir si l'art. 110 al. 1 let. a de la Constitution peut ou pourrait aussi constituer le ou un fondement constitutionnel d'une législation fédérale en matière d'accueil extrafamilial et parascolaire des enfants – est moins évidente.

L'Office fédéral de la justice l'a admis dans son avis de droit du 25 octobre 2001 sans toutefois approfondir complètement la problématique. Pour ce qui est de la doctrine, elle ne donne pas de réponse spécifique à la question.

Tous les auteurs admettent certes – sans trop s'y arrêter – que matériellement, de par son contenu, la disposition, dont le champ d'application est *a priori* très large, peut théoriquement ou pourrait viser et inclure des mesures comme celles de l'accueil extrafamilial et parascolaire des enfants, qui sont d'ailleurs explicitement mentionnées à ce titre par plusieurs auteurs. La doctrine souligne néanmoins que la compétence accordée à la Confédération par cette disposition est restreinte – ou limitée – au travail *salarié*, d'une part, ainsi que, d'autre part, au moins pour certains auteurs, à la « relation de travail » ou, mieux, à la relation entre l'État et les employeurs ou entre l'État et les travailleurs.

On peut donc se demander si cela constitue un obstacle ou une limite à une compétence législative fondée sur cette disposition ou, en d'autres termes, si la législation en la matière devrait être limitée aux seules personnes salariées et à un seul objectif étroit de « protection des travailleuses et des travailleurs ».

La pratique des autorités fédérales, notamment du législateur, fournit à cet égard quelques indices. Tout d'abord, on peut constater que l'art. 110 al. 1 let. a est assez souvent invoqué comme fondement de lois relativement différentes les unes des autres, mais qu'il est le plus souvent invoqué en combinaison avec d'autres bases constitutionnelles, et cela dans la mesure où ces législations poursuivent, à côté et en plus de la protection des travailleuses et des travailleurs, d'autres intérêts publics. La limitation au seul « travail salarié » et à la seule « protection » des travailleuses et travailleurs passe ainsi quelque peu au second plan.

Cela vaut par exemple, en plus de la *loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes*, pour la *loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif*, de 2007, et la *loi fédérale sur la protection contre les substances et les préparations dangereuses (loi sur les produits chimiques)*, de 2000, mais même, aussi, pour des lois plus anciennes, comme la *loi fédérale sur la circulation routière*, de 1958.

Il apparaît ainsi que l'art. 110 al. 1 let. a de la Constitution a été invoqué assez fréquemment, dans la pratique, en tant que fondement constitutionnel partiel, à côté d'autres, à l'appui de lois fédérales qui n'avaient pas – parfois même loin s'en faut – pour objet principal ou prioritaire de régler des questions strictement liées aux relations de travail (relevant du seul travail *salarié*, c'est-à-dire dépendant), ni pour but premier de protéger les travailleuses et les travailleurs. Dans tous ces cas, toutefois, l'art. 110 accompagnait et épaulait, en quelque sorte, un autre fondement constitutionnel, principal, dans la mesure où la loi en question comportait aussi, à côté de son objet principal, une dimension, le plus souvent accessoire, de protection des travailleuses et des travailleurs.

### 3. Conclusions et réponses aux questions posées

7. **Une compétence fédérale plus étendue fondée sur les articles 116 al. 1, 110 al. 1 let. a et 8 al. 3 de la Constitution.** – Il résulte de ce qui précède que, comme l'avait déjà indiqué, sans toutefois entrer dans le détail, l'Office fédéral de la justice dans son avis du 25 octobre 2001, il nous paraît possible – ou du moins pas exclu – d'invoquer aussi, à côté de l'art. 116 al. 1, d'autres normes de la Constitution fédérale, en particulier une combinaison de l'art. 110 al. 1 let. a et de l'art. 8 al. 3, pour fonder une compétence de la Confédération qui dépasse le cadre de la compétence actuelle basée uniquement sur l'art. 116 al. 1.

Il n'est donc à notre avis pas exclu d'envisager que l'action législative de la Confédération puisse se fonder, en plus ou à côté de l'art. 116 al. 1, sur les articles 110 al. 1 let. a et 8 al. 3 de la Constitution.

Cela au même titre, en quelque sorte, que la *loi sur l'égalité entre femmes et hommes* est fondée sur plusieurs dispositions, qui « couvrent » chacune une partie de la loi : l'art. 110 al. 1 let. a pour le droit public du travail (et le droit de la fonction publique cantonale et communale), l'art. 122 pour le droit privé du contrat de travail et l'art. 173 al. 2 pour le droit du personnel fédéral, l'art. 8 al. 3 soutenant l'objectif général de la loi, à savoir la concrétisation de l'égalité de genre commandée par la Constitution.

Au même titre aussi que la *loi sur le tabagisme passif*, qui poursuit à la fois un objectif de protection de la santé en général et, en même temps, de protection des travailleuses et des travailleurs, est fondée sur les articles 118 (al. 2 let. b) et 110 (al. 1 let. a) de la Constitution, ou encore que la *loi sur les produits chimiques* ou même la *loi sur la circulation routière* sont basées elles aussi, en partie, sur l'art. 110 al. 1 let. a, en plus d'autres dispositions constitutionnelles.

8. **Conditions et limites d'une telle extension de la compétence fédérale.** – Cette possibilité est toutefois subordonnée à certaines conditions et limites, qui sont étroitement liées à la fois au but et à l'objet concret de la législation envisagée.

Ainsi, il faut tout d'abord que la réglementation envisagée ait un lien avec le droit du travail, en principe *salarié*<sup>2</sup>, et de la protection des travailleuses et des travailleurs, au sens de l'art. 110 al. 1 let. a, c'est-à-dire que, par son contenu, cette réglementation ait pour objet de régir la condition de ces travailleuses et travailleurs, ou le comportement des employeuses et employeurs. Tel serait le cas par exemple :

- de mesures qui inciteraient – par des campagnes de sensibilisation ou un soutien financier –, voire obligeraient les entreprises à améliorer la conciliation entre vie professionnelle et vie familiale, notamment par la création de places d'accueil extrafamilial et parascolaire ;
- de mesures qui auraient pour but de régler le statut des personnes qui travaillent dans le secteur de l'accueil extrafamilial et parascolaire, notamment pour leur assurer – tout spécialement à celles et ceux qui travaillent dans le secteur informel – des conditions de travail minimales<sup>3</sup> ;
- ou encore de mesures consistant à affecter les aides financières de la Confédération à la réduction des tarifs des places d'accueil extrafamilial et parascolaire en faveur des parents

<sup>2</sup> Même si, par extension, les mesures envisagées touchaient aussi, accessoirement, par effet réflexe en quelque sorte, la protection des personnes de condition indépendante.

<sup>3</sup> Un peu à l'image de ce qu'a fait en son temps la loi fédérale sur le travail au noir, du 17 juin 2005 (RS 822.41).

qui travaillent, de manière à faciliter la conciliation entre vie familiale et vie professionnelle<sup>4</sup>.

Sur la base de cette condition, il est ainsi tout à fait possible, à notre avis, de concevoir que l'art. 110 al. 1 let. a de la Constitution soit invoqué, en plus et à côté de l'art. 116 al. 1, pour élargir le champ d'application matériel de la réglementation fédérale sur l'accueil extrafamilial et parascolaire des enfants, de manière à compléter la législation en question avec des mesures qui relèvent de la protection des travailleuses et des travailleurs et qui auraient pour but d'améliorer la conciliation entre vie professionnelle et vie familiale et, par voie de conséquence, de concrétiser le mandat constitutionnel relatif à l'égalité entre femmes et hommes.

En revanche, concevoir l'art. 110 al. 1 let. a comme le fondement exclusif – ou principal – d'une législation fédérale en matière d'accueil extrafamilial et parascolaire paraît plus délicat. Cela supposerait en effet de considérer que l'existence même de places d'accueil – en nombre suffisant – relève, en soi, en tant que mesure nécessaire à la réalisation de l'égalité entre femmes et hommes dans l'accès à une activité professionnelle, de la protection des travailleurs et, essentiellement, des travailleuses et tombe ainsi dans le champ d'application de l'art. 110 al. 1 let. a. Même si les données factuelles, statistiques et socio-politiques, exposées dans la première partie du présent avis, paraissent aller clairement dans ce sens, une telle conception représente sans doute un pas important qui élargirait assez sensiblement l'interprétation qui a été donnée jusqu'ici, en doctrine notamment, à l'art. 110 al. 1 let. a de la Constitution. On relèvera cependant qu'un tel élargissement de la sphère d'application de l'art. 110 a déjà été prévu en réalité – et admis par la doctrine et la pratique – lors de l'adoption de la *loi sur l'égalité entre femmes et hommes*.

Neuchâtel, le 18 janvier 2021

Pascal Mahon

Bathsheba Huruy

---

<sup>4</sup> Ainsi que le demandait, par exemple, le postulat Kathrin Bertschy, 19.4343, *Accueil extrafamilial des enfants. Affecter les aides financières de la Confédération à la réduction des tarifs en faveur des parents qui travaillent*, déposé en septembre 2019, au Conseil national.