

Mariage pour tous : implications en matière d'allocation  
d'adoption face à la modification de la loi fédérale sur les  
allocations pour perte de gain au 1<sup>er</sup> janvier 2023

MEMOIRE DE MAITRISE

présenté

par

**Victoria Fortuna**

sous la direction de la Professeure

**Bettina Hummer**

Genève, le 12 décembre 2022

## **Table des matières**

<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>II</b>
<b>TABLE DES ARRETS.....</b>	<b>VIII</b>
<b>TABLE DES ABREVIATIONS.....</b>	<b>IX</b>
<b>I. PREAMBULE.....</b>	<b>1</b>
<b>II. PREREQUIS.....</b>	<b>2</b>
1. Délimitation du champ de recherches.....	2
2. Modifications législatives.....	3
<b>III. LES ALLOCATIONS FAMILIALES.....</b>	<b>5</b>
<b>IV. L'ALLOCATION D'ADOPTION.....</b>	<b>8</b>
1. Droit international.....	8
2. Droit fédéral.....	12
3. Droit cantonal.....	14
<b>V. CONSEQUENCES DE L'ACCES A L'ALLOCATION D'ADOPTION PAR LES COUPLES DE MEME SEXE.....</b>	<b>18</b>
1. Un pas de plus vers l'égalité.....	19
2. Statistiques.....	21
3. Financement.....	23
<b>VI. L'EXEMPLE DES PAYS-BAS.....</b>	<b>24</b>
<b>VII. CRITIQUES.....</b>	<b>28</b>
<b>VIII. CONCLUSION.....</b>	<b>31</b>

## **Bibliographie**

### **Articles de presse**

AFP, *Allemagne : première adoption par un couple homosexuel*, disponible sur le site <https://www.lefigaro.fr/flash-actu/2017/10/10/97001-20171010FILWWW00103-alle-magne-premiere-adoption-par-un-couple-homosexuel.php>, consulté pour la dernière fois le 6 décembre 2022.

ATS, *Les couples homosexuels pourront se marier dès le 1<sup>er</sup> juillet* in Le Temps, Genève 17 novembre 2021 (cité : Le Temps, 17 novembre 2021).

BROWN Emma, *All you need to know about marriage and parental rights for same-sex couples in the Netherlands* in Dutchreview, Amsterdam 11 novembre 2022 (cité : BROWN, *All you need to know about marriage and parental rights for same-sex couples in the Netherlands*).

DUFOUR Audrey, *Quels sont les pays qui autorisent le mariage entre personnes de même sexe* in La Croix, Paris 7 décembre 2017 (cité : DUFOUR, *Pays qui autorisent le mariage des personnes de même sexe*).

RTS, *Le mariage pour toutes et tous est entré en vigueur en Suisse*, disponible sur le site : <https://www.rts.ch/info/suisse/13213446-le-mariage-pour-toutes-et-tous-est-entre-en-vigueur-en-suisse.html>, consulté pour la dernière fois le 18 août 2022.

RTS, *Tout savoir sur le mariage pour toutes et tous en quelques questions*, disponible sur le site : <https://www.rts.ch/info/suisse/12428282-tout-savoir-sur-le-mariage-pour-toutes-et-tous-en-quelques-questions.html>, consulté pour la dernière fois le 18 août 2022.

VINIACOURT Elise, *UE : c'est officiel, les parents homos et leurs enfants seront désormais reconnus comme une famille* in Libération, Paris 14 décembre 2021 (cité : VINIACOURT, *Familles homoparentales*).

### **Doctrine**

AUER Andreas/MALINVERNI Giorgio/HOTTELIER Michel, *Droit constitutionnel Suisse : Volume I : l'Etat*, 3<sup>e</sup> ed., Berne 2013.

BOVAY Nicolas/CARNAL Pierre-Yves, *Le financement des assures sociales : Deuxième partie*, Zurich 2015.

BRECHBÜHL Jürg, *Teil 3 / Von der Mutterschaftsversicherung zur Adoptionsentschädigung* in Kieser Ueli/Hürzeler Marc/Heinrich Stefanie J. (édits), *JaSo 2022, Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht*, Zurich/St.Gall 2022, p. 99ss.

BUCHER Silvia, *Die sozialrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts zum FZA und zu Anhang K des EFTA-Übereinkommens* in RSAS 2013, Berne 2013, p.215-250.

COPUR Eylem, *Chapitre 8 : L'homoparentalité*, in Ziegler Andreas R./Montini Michel/Copur Eylem (édits), *Droit LGBT, Droits des gays, lesbiennes, bisexuels et transgenres en Suisse : partenariat enregistré, communauté de vie de fait, questions juridiques concernant l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2015, p. 435ss.

CREVOISIER Cécile/COTTIER Michelle, *Gemeinsame originäre Elternschaft gleichgeschlechtlicher Paare. Aktuelle und zukünftige Rechtslage in der Schweiz und Reformbedarf* in La pratique du droit de la famille, Berne 2021, p.286-339.

FACINCANI Nicolas, *Aspects juridiques du nouveau congé d'adoption* in Treuhand, Suisse Schweizerischer (édits), *TREX : L'expert fiduciaire*, 2022.

GNAEGI Philippe/HOCH Nadine, *La politique familiale en Suisse*, Genève/Zurich 2021.

GONIN Luc, *Partie V : Le fédéralisme suisse / 20. La répartition verticale des compétences* in Droit constitutionnel suisse, Genève/Zurich/Bâle 2021, p. 425-439

GUILLOD Olivier/BURGAT Sabrina, *Droit des familles*, 6<sup>e</sup> éd., Bâle 2022.

HERZ Nadja/WALPEN Emilie, *Chapitre 4 : Couples de même sexe non enregistrés* in Ziegler Andreas R./Montini Michel/Copur Eylem (édits), *Droit LGBT, Droits des gays, lesbiennes, bisexuels et transgenres en Suisse : partenariat enregistré, communauté de vie de fait, questions juridiques concernant l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2015, p. 219ss.

PERRENOUD Stéphanie, *Familles et sécurité sociale en Suisse : l'état civil, un critère pertinent ? Etat des lieux et perspectives sous l'angle de l'égalité entre les sexes et les communautés de vie*, 1<sup>ère</sup> éd., Bâle 2022 (cité : PERRENOUD, *Familles et sécurité sociale*).

PERRENOUD Stéphanie, *Chapitre III : La compensation des charges familiales, I. – III, 1. Les différents types d'allocations familiales*, in La protection de la maternité, Berne 2015, p. 1011-1031 (cité : PERRENOUD, *Compensation des charges familiales*).

WORTHANNEKATRIN, *Teil 4 : Zukünftiges System von Schutz und Förderung im Sozialversicherungs und Steuerrecht / Kapitel 1 : Reformwürfe / I. V.* in Schutz und Förderung der Familie, Berne 2016, p. 191 – 218.

## **Documentation officielle**

CENTRE D'INFORMATION AVS/AI, *6.08 Allocations familiales : état au 1<sup>er</sup> janvier 2022*, Berne 2021 (cité : Centre d'information AVS/AI).

CHANCELLERIE FEDERALE (CHF), *Votation no 647 – Résultats dans les cantons*, Berne 2022 (cité : Votation no 647).

COMMISSION DES AFFAIRES JURIDIQUES DU CONSEIL NATIONAL, *Initiative parlementaire 13.468 « Mariage civil pour tous »*, *Avant-projet et rapport explication de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 14 février 2019*, Berne 2019 (cité : Initiative parlementaire 13.468).

CONFEDERATION SUISSE, *Initiative parlementaire : Introduire des allocations en cas d'adoption d'un enfant : rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national du 5 juillet 2019*, FF 2019 6723 (cité : FF 2019 6723).

CONSEIL DE L'EUROPE, *Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des Droits de l'Homme : Réponses à des questions fréquemment posées*, 2010 (cité : CONSEIL DE L'EUROPE, *réponses aux questions*).

CONSEIL FEDERAL, *Explications : votation populaire du 26 septembre 2021*, Berne septembre 2021, p. 6 (cité : Explications du CF : votation populaire du 26 septembre 2021).

DEPARTEMENT FEDERAL DE JUSTICE ET POLICE (DFJP), *Mariage pour tous : position du Conseil fédéral et du Parlement*, Berne 2021 (cité : *Mariage pour tous : position du Conseil fédéral et du Parlement*).

DEPARTEMENT FEDERAL DE JUSTICE ET POLICE (DFJP), *50 ans de suffrage féminin*, Berne 2021 (cité : DFJP : *50 ans de suffrage féminin*).

DEPARTEMENT FEDERAL DES AFFAIRES ETRANGERES (DFAE), *Politique européenne de la Suisse : vue d'ensemble*, Berne 2022 (cité : DFAE, *Politique européenne de la Suisse*).

DEPARTEMENT FEDERAL DE L'INSTRUCTION (DFI), *Un congé d'adoption de deux semaines dès le 1<sup>er</sup> janvier 2023*, Berne 2022 (cité : DFI : *Un congé d'adoption de deux semaines dès le 1<sup>er</sup> janvier 2023*).

GOVERNMENT OF THE NETHERLANDS, *Applying for an adoption allowance*, disponible sur le site : <https://www.government.nl/topics/adoption/applying-for-an-adoption-allowance>, consulté pour la dernière fois le 15 novembre 2022.

GOVERNMENT OF THE NETHERLANDS, *Conditions for adopting a Dutch child*, disponible sur le site : <https://www.government.nl/topics/adoption/adopting-a-dutch-child>, consulté pour la dernière fois le 14 novembre 2022.

L'ASSEMBLEE FEDERALE – LE PARLEMENT SUISSE, *Initiative parlementaire : Introduire des allocations en cas d'adoption d'un enfant*, Berne décembre 2013 (cité : *Initiative parlementaire du 12 décembre 2013*).

L'ASSEMBLEE FEDERALE – LE PARLEMENT SUISSE, *Initiative parlementaire : Mariage civil pour tous*, Berne décembre 2013 (cité : *Initiative parlementaire du 5 décembre 2013*).

LA BANQUE MONDIALE, *Données : PIB par habitant (\$ US courants) – Netherlands*, disponible sur le site : <https://donnees.banquemondiale.org/indicateur/NY.GDP.PCAP.CD?locations=NL>, consulté pour la dernière fois le 21 novembre 2022.

OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE (OFJ), *JAAC 69.74 - Avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 13 février 2004* in *Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération*, Berne 2005 (cité : *JAAC 69.74*).

OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE (OFJ), *L'adoption en Suisse*, Berne 2018 (cité : *OFJ, L'adoption en Suisse*).

OFFICE FEDERAL DES ASSURANCES SOCIALES (OFAS), *Allocations familiales*, Berne 2022 (cité : *OFAS, Allocations familiales*).

OFFICE FEDERAL DES ASSURANCES SOCIALES (OFAS), *Circulaire sur l'allocation d'adoption (CAAdop)*, Berne 2022 (cité : *OFAS, Circulaire sur l'allocation d'adoption (CAAdop)*).

OFFICE FEDERAL DES ASSURANCES SOCIALES (OFAS), *Concours de droit, versement de la différence, versement à un tiers et contentieux*, Berne 2020 (cité : *OFAS : Concours de droit*).

OFFICE FEDERAL DES ASSURANCES SOCIALES (OFAS), *Finances des allocations familiales*, Berne 2022 (cité : *OFAS : Finances des allocations familiales*).

OFFICE FEDERAL DES ASSURANCES SOCIALES (OFAS), *Lois et ordonnances*, Berne 2019 (cité : *OFAS : Lois et ordonnances*).

OFFICE FEDERAL DES ASSURANCES SOCIALES (OFAS), *Genres et montants des allocations familiales selon la LAFam, la LFA et les lois cantonales 2020, état au 1<sup>er</sup> avril 2020*, Berne 5 mars 2020 (cité : *OFAS, Genre et montants des allocations familiales 05.03.2020*).

## Sitographie

AGNES FAURE, *Le droit à l'avortement dans l'Union européenne*, disponible sur le site : <https://www.touteurope.eu/societe/le-droit-a-l-avortement-dans-l-union-europeenne/>, consulté pour la dernière fois le 4 décembre 2022.

BRACCHI Enrica/PAGANINI-RAINAUD Gloria, *L'homoparentalité en Italie, ou quand une « nouvelle parentalité » devient un cas national*, disponible sur le site : <https://journals.openedition.org/ges/940?lang=en#tocto1n2>, consulté pour la dernière fois le 6 décembre 2022.

CAISSE FEDERALE DE COMPENSATION (CFC), *La Caisse fédérale de compensation CFC*, disponible sur le site : <https://www.eak.admin.ch/eak/fr/home.html>, consulté pour la dernière fois le 5 décembre 2022.

CHSS, *Congé pour les parents adoptifs : quelles sont les règles ?* disponible sur le site : <https://soziale-sicherheit-chss.ch/fr/conge-pour-les-parents-adoptifs-queelles-sont-les-regles/>, consulté pour la dernière fois le 5 décembre 2022.

COMMISSION EUROPEENNE, *Emploi, affaires sociales et inclusion : Pays-Bas – Parentalité*, disponible sur le site : <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1122&langId=fr&intPageId=4987>, consulté pour la dernière fois le 18 novembre 2022.

CLEISS, *Le régime néerlandais de sécurité sociale*, disponible sur le site : [https://www.cleiss.fr/docs/regimes/regime\\_paysbas\\_salaries.html](https://www.cleiss.fr/docs/regimes/regime_paysbas_salaries.html), consulté pour la dernière fois le 18 novembre 2022.

GARCIA Cindy, *Adoption homoparentale en Belgique : ce qu'il faut savoir*, disponible sur le site : <https://europeavocats.eu/adoption-homoparentale-en-belgique-ce-qu'il-faut-savoir/>, consulté pour la dernière fois le 6 décembre 2022.

INFOR JEUNES BRUXELLES, *Interrompre sa grossesse – IVG*, disponible sur le site : <https://www.bruxelles-j.be/amour-sexualite/interrompre-sa-grossesse/>, consulté pour la dernière fois le 4 décembre 2022.

INSTITUT FRANÇAIS D'OPINION PUBLIQUE (IFOP), *Les LGBT, la famille et la parentalité : état des lieux et perspectives*, disponible sur le site : <https://www.ifop.com/publication/les-lgbt-la-famille-et-la-parentalite-etat-des-lieux-et-perspectives/>, consulté pour la dernière fois le 13 novembre 2022.

INTERNATIONAL WELCOME CENTER NORTH, *Child Benefit*, disponible sur le site : <https://iwcen.nl/newcomers/settling-in/child-matters/child-benefit/?en-reloaded=1>, consulté pour la dernière fois le 18 novembre 2022.

L'INTERNAUTE.FR, *LGBT définition*, disponible sur le site : <https://www.linternaute.fr/dictionnaire/fr/definition/lgbt/>, consulté pour la dernière fois le 10 octobre 2022.

LEGIGLOBE, *Adoption par un couple homosexuel en Europe*, disponible sur le site : <https://legiglobe.rf2d.org/adoption-par-un-couple-homosexuel-en-europe-de-at-be-dk-es-fi-hu-is-it-lu-no-nl-pl-pt-eng-wls-se/2012/01/04/>, consulté pour la dernière fois le 21 novembre 2022.

PAULINE TURUBAN, *Droit à l'avortement : où en est la Suisse ?*, disponible sur le site : <https://www.swissinfo.ch/fre/societe/droit-a-l-avortement--où-en-est-la-suisse-/47712954>, consulté pour la dernière fois le 4 décembre 2022.

PRO FAMILIA, *Allocations de naissance et d'adoption*, disponible sur le site : <https://www.profamilia.ch/fr/familles/guide-des-familles/mots-cles/allocations-de-naissance-et-allocations-dadoption-2>, consulté pour la dernière fois le 18 août 2022.

ROMY Katy, *Après le mariage pour tous, des combats restent à mener*, disponible sur le site : <https://www.swissinfo.ch/fr/economie/apres-le-mariage-pour-tous--des-combats-restent-a-mener/46198824>, consulté pour la dernière fois le 18 août 2022.

SWISSMEM, *Le « mariage pour tous » - et ses implications à partir du 1<sup>er</sup> juillet 2022*, disponible sur le site : <https://www.swissmem.ch/fr/actualites/vision-detaillee/le-mariage-pour-tous-et-ses-implications-a-partir-du-1er-juillet2022.html>, consulté pour la dernière fois le 18 août 2022.

TOUTELEUROPE.EU, *Pays-Bas*, disponible sur le site : <https://www.touteleurope.eu/pays/pays-bas/>, consulté pour la dernière fois le 18 novembre 2022.

UWV, *Ik adopteer een kind of neem een pleegkind in huis*, disponible sur le site : <https://www.uwv.nl/particulieren/zwanger-adoptie-pleegzorg/adoptie-pleegzorg/ik-word-adoptie-of-pleegouder/detail/adoptie-of-pleegzorgverlof-hoelang-en-wanneer>, consulté pour la dernière fois le 18 novembre 2022.

VINCENT LEQUEUX, *Le mariage homosexuel en Europe*, disponible sur le site : <https://www.touteleurope.eu/societe/le-mariage-homosexuel-en-europe/>, consulté pour la dernière fois le 4 décembre 2022.

## **Statistiques**

OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE (OFS), *Adoptions*, Neuchâtel 2022 (cité : OFS, *Statistiques adoptions*).

OFFICE FEDERAL DES ASSURANCES SOCIALES (OFAS), *Les familles en Suisse : Rapport statistique 2021*, Neuchâtel 2021 (cité : OFAS, *Statistiques familles 2021*).

OFFICE FEDERAL DES ASSURANCES SOCIALES (OFAS), *Statistiques des allocations familiales*, Berne 2022 (cité : OFAS, *Statistiques des allocations familiales*).



## **Table des arrêts**

Cour de droit public du canton de Genève, Chambre des assurances sociales, ATAS/1241/2021, arrêt du 25 novembre 2021.

CourEDH, Affaire Fretté c. France, arrêt du 26 février 2002, n° 365115/97.

CourEDH, Affaire C-490/20, V.M.A contre Stolichna obshtina, rayon « Pancharevo ».

Cour de justice de l'Union européenne, Communiqué de presse n°221/21 du 14 décembre 2021, arrêt dans l'affaire C-490/20, Stolichna obshtina, rayon « Pancharevo » (cité : CJUE : communiqué de presse du 14 décembre 2021).

CourEDH, E.B c. France, arrêt du 22 janvier 2008, n° 43546/02, §10.

CourEDH, E.B c. France, arrêt du 22 janvier 2008, n° 43546/02, note d'information sur la jurisprudence de la Cour 104, p. 1.

CourEDH, X et al. c. Autriche, arrêt du 19 février 2013, n° 190/07.

Tribunal fédéral, ATF 137 III 241, arrêt du 5 mai 2011, JdT 2012 II 147.

## Table des abréviations

ACF	Autorité centrale fédérale
ALCP	Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, RS 0.142.112.681
APG	Allocations pour perte de gain
art.	Article
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
AVS	Assurance vieillesse et survivants
CC	Code Civil suisse du 10 décembre 1907 (CC), RS 210
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CCT	Convention collective de travail
CFC	Caisse fédérale de compensation
CIFA	Caisse interprofessionnelle AVS de la Fédération des Entreprises Romandes
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Code des obligations) (CO), RS 220
Consid.	Considérant
Cst	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst), RS 101
DFI	Département fédéral de l'intérieur
DFJP	Département fédéral de justice et police
édit./édits	Éditeur/éditeurs
FF	Feuille fédérale
GPA	Gestation pour autrui
IFOP	Institut d'études d'opinion publique
IVG	Interruption volontaire de grossesse
LACI	Loi fédérale du 25 juin 1082 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI), RS 837.0
LAF	La Loi du 1 <sup>er</sup> mars 1996 sur les allocations familiales (LAF) <sup>1</sup> , RS/GE J 5 10.
LAFam	Loi fédérale du 24 mars 2006 sur les allocations familiales et les aides financières allouées aux organisation familiales (LAFam), RS 836.2
LAPG	Loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain (LAPG), RS 834.1

LAMat	Loi du 21 avril 2005 instituant une assurance en cas de maternité et d'adoption (LAMat), RS/GE J 5 07
LAI	Loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI), 831.20
LDIP	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP), 291
LFA	Loi fédérale du 20 juin 1952 sur les allocations familiales dans l'agriculture (LFA), RS 836.1.
LF-CLaH	Loi fédérale d'application relative à la Convention de la Haye du 22 juin 2001 sur l'adoption et aux mesures de protection de l'enfant en cas d'adoption internationale (LF-CLaH), RS 211.221.31
LGBT	Lesbienne, gay, bisexuel, transsexuel
LN	Loi du 20 juin 2014 sur la nationalité suisse (LN), RS 141.0.
LPart	Loi fédérale du 18 juin 2004 sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe (LPart), RS 211.231
LPGA	Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA), RS 830.1
LVLAFam	Loi d'application du 23 septembre 2008 de la loi fédérale sur les allocations familiales et sur des prestations cantonales en faveur de la famille (LVLAFam), RS/VD 836.01
N	Numéro
OAFam	Ordonnance du 31 octobre 2007 sur les allocations familiales (OAFam), RS 836.21
OCAS	Office cantonal des assurances sociales de Genève
OFAS	Office fédéral des assurances sociales
OFJ	Office fédéral de la justice
OFS	Office fédéral de la statistique
PIB	Produit intérieur brut
RAPG	Règlement du 24 novembre 2004 sur les allocations pour perte de gain (RAPG), RS 834.11
RS	Recueil systématique suisse
SJ	Semaine judiciaire
TVA	Taxe sur la valeur ajoutée
UE	Union européenne

## I. PREAMBULE

Le 5 décembre 2013, le groupe Vert'libéral dépose pour la première fois l'initiative parlementaire « Mariage civil pour tous »<sup>1</sup>. Cette initiative marque le début d'une longue marche vers l'égalité de traitement entre les couples de sexe opposé et les couples homosexuels. Suite à cette initiative, la Commission des affaires juridiques du Conseil national prévoit, dans son projet de loi, d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe mais d'également leur permettre d'avoir accès à la naturalisation facilitée ainsi qu'à l'adoption conjointe<sup>2</sup>.

Le 26 septembre 2021, huit ans après le début de ces premières démarches, le peuple et les cantons acceptent avec une majorité claire de 64.1% des voix le « Mariage pour tous »<sup>3</sup>. De ce droit au mariage découlent un certain nombre de conséquences juridiques dont les couples de même sexe ne bénéficiaient pas avant l'entrée en vigueur de la loi modifiée au 1<sup>er</sup> juillet 2022. Parmi ces droits se trouvent, notamment : la naturalisation facilitée de l'époux ou de l'épouse, l'accès au don de sperme pour les couples de femmes mariées ainsi que l'adoption conjointe pour les couples homosexuels<sup>4</sup>.

L'ouverture de l'adoption conjointe aux couples de même sexe a fait grand bruit et a divisé les partis. Certains invoquant une possible atteinte à l'intérêt de l'enfant s'il devait avoir deux papas ou deux mamans, d'autres rejetant toute autre forme de vie familiale ne correspondant pas au modèle familial « classique »<sup>5</sup>. Le constat général de ces dernières années démontre que la famille traverse une évolution profonde et dynamique et qu'elle ne correspond, de ce fait, plus forcément aux standards d'autrefois<sup>6</sup>. Il allait donc de soi de modifier la législation en vigueur pour que celle-ci puisse répondre à la réalité sociale actuelle<sup>7</sup>. En effet, selon le Rapport statistique 2021 de l'Office fédéral de la statistique (OFS), « 51% de la population pense qu'un enfant peut être aussi heureux et s'épanouir s'il est élevé par un couple de même sexe »<sup>8</sup>.

Le récent accès à l'adoption conjointe par les couples homosexuels leur offre désormais un statut similaire aux couples hétérosexuels face à l'adoption. Reste à régler la question de l'accès à l'allocation d'adoption pour les familles homoparentales. A ce sujet, la loi fédérale sur les allocations familiales et les aides financières allouées aux organisations familiales (LAFam)<sup>9</sup> et la loi fédérale sur les allocations familiales dans l'agriculture (LFA)<sup>10</sup>, prévoient le versement d'allocations familiales. Leur but s'insère dans la politique sociale et familiale helvétique qui

---

<sup>1</sup> Initiative parlementaire 13.468 du 5 décembre 2013.

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> Votation no 647.

<sup>4</sup> Explications du CF : votation populaire du 26 septembre 2021.

<sup>5</sup> Comités référendaires contre le « Mariage pour tous » : le PDC/Le Centre, l'UDF, le PEV et l'UDC.

<sup>6</sup> GNAEGI, p. 31 et 32.

<sup>7</sup> RTS, Tout savoir sur le mariage pour toutes et tous en quelques questions, disponible sur le site : <https://www.rts.ch/info/suisse/12428282-tout-savoir-sur-le-mariage-pour-toutes-et-tous-en-quelques-questions.html>, consulté pour la dernière fois le 18 août 2022.

<sup>8</sup> OFAS, *Statistiques familles 2021*, p. 4.

<sup>9</sup> Loi fédérale du 24 mars 2006 sur les allocations familiales et les aides financières allouées aux organisations familiales (LAFam), RS 836.2.

<sup>10</sup> Loi fédérale du 20 juin 1952 sur les allocations familiales dans l'agriculture (LFA), RS 836.1.

visé à compenser une partie des coûts engendrés par la naissance ou l'arrivée d'un enfant au sein de la famille<sup>11</sup>. Parmi ces allocations familiales, on trouve l'allocation d'adoption dont les familles homoparentales ayant adopté un enfant conjointement bénéficieront vraisemblablement dès le 1<sup>er</sup> janvier 2023<sup>12</sup>.

L'objectif de la présente contribution consiste à examiner le processus de modification de la loi aboutissant au droit à l'adoption conjointe pour les couples de même sexe ainsi qu'au droit à l'allocation d'adoption y relative. L'analyse des conséquences de ce droit à l'allocation d'adoption pour les familles homoparentales concernées mais également pour la société dans son ensemble occupera la seconde partie de ce travail.

Pour ce faire, nous commencerons par brièvement rappeler les prérequis nécessaires à la compréhension du paradigme de l'allocation d'adoption (II). Le troisième chapitre sera consacré à la définition de ce que sont les allocations familiales (III). Nous définirons par la suite la notion d'allocation d'adoption dans une dynamique internationale, fédérale et cantonale (IV). Nous poursuivrons avec l'observation des conséquences relatives à l'extension du champ d'application du droit à l'allocation d'adoption aux couples de même sexe (V). Le sixième chapitre propose une approche comparative du droit à l'adoption et aux allocations des familles homoparentales entre les Pays-Bas et la Suisse (VI). Enfin, nous apporterons un regard critique sur la problématique choisie (VII) et terminerons par une brève conclusion (VIII).

## **II. PREREQUIS**

### **1. Délimitation du champ de recherches**

Le champ de cette étude se limitera à l'adoption conjointe d'enfants mineurs par des couples de même sexe. La procréation médicalement assistée ainsi que le don de sperme ne feront pas partie de nos recherches bien que ces pratiques constituent également un sujet d'actualité important et qu'elles s'avèrent être étroitement liées au sujet qui fait l'objet de ce travail.

Trois types d'adoptions sont possibles conformément au Code civil (CC)<sup>13</sup> : l'adoption conjointe, l'adoption par une personne seule ou l'adoption de l'enfant du conjoint ou du partenaire. La thématique de cette contribution portant sur la capacité des couples de même sexe à adopter, il paraît évident d'écarter le deuxième type d'adoption du champ de recherche, quant au troisième type, il est déjà prévu dans la loi pour les personnes de même sexe depuis le mois de janvier 2018.

Notre étude se concentrera uniquement sur l'adoption d'enfants mineurs. En effet, il apparaît que les détracteurs du « Mariage pour tous » semblent avoir fondé les majeures raisons de leur opposition sur la remise en question de l'intérêt de l'enfant en cas d'accès aux couples de même sexe à l'adoption conjointe. De plus, les enfants requièrent une protection spécifique en tant qu'ils n'ont pas l'exercice des droits civils, raison pour laquelle il nous semble essentiel d'orienter notre problématique sur l'adoption des enfants mineurs.

---

<sup>11</sup> OFAS, *Allocations familiales*, p. 1.

<sup>12</sup> PERRENOUD, *Familles et sécurité sociale*, N 112.

<sup>13</sup> Code civil du 10 décembre 1907 (CC), RS 210.

## 2. Modifications législatives

Avant le 1<sup>er</sup> juillet 2022, les couples formés de deux individus du même sexe souhaitant s'unir avaient l'unique possibilité de conclure un partenariat enregistré. Cette institution est proche de celle du mariage mais elle ne confère pas exactement les mêmes droits aux couples formés de deux personnes de même sexe que ce que prévoit le mariage pour les couples de sexe opposé. De l'existence de ces deux institutions résulte une application différenciée de la loi selon que le couple soit hétérosexuel ou qu'il soit homosexuel. Le Code civil s'applique à l'union des couples de sexe différent tandis que la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe (LPart)<sup>14</sup> s'applique aux couples homosexuels. Cette distinction directement ancrée dans la loi jusqu'à l'été 2022 a entraîné un certain nombre d'inégalités.

En premier lieu, le mariage produit des effets automatiques de droit public, notamment dans le cadre des assurances sociales où, lorsque le seul fait d'être marié a une incidence en matière d'affiliation, d'obligation de cotiser ainsi que dans le versement des prestations<sup>15</sup>. Le droit de la nationalité est également touché par les différences de régime juridique entre le partenariat enregistré et le mariage. De ce fait, la loi sur la nationalité suisse (LN)<sup>16</sup> prévoit des conditions différentes quant à la procédure de naturalisation que le couple soit formé de deux personnes de même sexe ou de sexe différent<sup>17</sup>.

La terminologie pose également un certain nombre de problèmes. En effet, les couples hétérosexuels mariés sont communément appelés les « époux » tandis que les couples homosexuels unis par un partenariat enregistré sont des « conjoints », à tout le moins des « partenaires ». Cette différenciation terminologique imposée par le législateur crée dès lors deux catégories d'union dont le but est de garantir certains droits aux couples mariés et d'en restreindre l'accès aux couples liés par un partenariat enregistré. Par exemple, les couples liés par un partenariat enregistré n'ont de ce fait, pas accès à l'adoption conjointe conformément à l'art. 264a al. 1 CC qui réserve ce type d'adoption uniquement auxdits « époux ». Le texte de la LPart interdit d'ailleurs expressément l'adoption conjointe ainsi que l'accès à la procréation médicalement assistée pour les personnes de même sexe (art. 28 LPart) mais accorde cependant un droit à l'adoption de l'enfant du conjoint, conformément à l'art. 27a LPart.

De plus, la mention « partenaire enregistré » sur des documents officiels peut entraîner une possible stigmatisation pour les couples de même sexe, cette simple indication donnant une information sur l'orientation sexuelle de la personne concernée et pouvant ainsi lui porter préjudice et être constitutive d'une atteinte à la vie privée<sup>18</sup>. Cette différenciation terminologique entraîne une possible inégalité de traitement et une probable discrimination envers les couples homosexuels. Elle crée de ce fait différentes catégories d'union qui ne sont dès lors plus admissibles. L'art. 8 al. 1 de la Constitution suisse<sup>19</sup> interdit d'ailleurs toute forme de discrimination du fait du « *mode de vie* » ou du « *sexe* »<sup>20</sup>. L'objectif de l'initiative

---

<sup>14</sup> Loi fédérale du 18 juin 2004 sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe (LPart), RS 211.231.

<sup>15</sup> PERRENOUD, *Familles et sécurité sociale*, N 180.

<sup>16</sup> Loi du 20 juin 2014 sur la nationalité suisse (LN), RS 141.0.

<sup>17</sup> FF 2019 6723, p. 8139.

<sup>18</sup> HERZ/WALPEN, p. 221.

<sup>19</sup> Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101.

<sup>20</sup> Ibid.

« Mariage pour tous », déposée le 5 décembre 2013, était donc de permettre une avancée significative dans le domaine du droit de la famille au profit des couples de même sexe, tant sur le plan institutionnel que juridique<sup>21</sup>.

Au 1<sup>er</sup> juillet 2022, l'art. 94 CC est modifié comme suit : « *Le mariage peut être contracté par deux personnes âgées de 18 ans révolus et capables de discernement* ». Dès lors peu importe que le couple soit composé de deux personnes de même sexe ou de sexe opposé, les deux individus sont considérés comme mariés et « époux » au sens de la loi<sup>22</sup>. Cette modification permet ainsi de mettre fin à toute forme de différenciation et de discrimination entre les conjoints quelle que soit leur orientation sexuelle mais aussi d'harmoniser la loi pour permettre aux couples homosexuels d'avoir les mêmes droits que les couples de sexe différent<sup>23</sup>. Cette modification législative autorisant l'ouverture du « Mariage pour tous » entraîne l'ouverture au droit à l'adoption conjointe pour les couples de même sexe, l'accès aux dons de sperme pour les couples de femmes mariées ainsi que la naturalisation facilitée du conjoint<sup>24</sup>.

La LPart subit également quelques modifications permettant la transition entre l'ancien régime d'union par le partenariat enregistré et le mariage nouvellement reconnu. L'art. 1 LPart indique désormais que « *la loi règle les effets, la dissolution et la conversion en mariage du partenariat enregistré et qu'elle ne s'applique qu'aux unions ayant eu lieu avant la modification partielle du 18 décembre 2020 du code civil* ». Dès l'entrée en vigueur du « Mariage pour tous », il n'est donc plus possible pour les couples de même sexe de conclure un partenariat enregistré, en revanche, ils ont le droit de le convertir en un mariage en suivant la procédure prévue par le nouvel art. 35 LPart.

En matière de filiation, les nouvelles dispositions du Code civil ont entraîné la modification de l'art. 252 al. 2 CC ainsi que l'introduction de l'art. 255a CC. L'article 252 al. 2 CC modifié comme suit : « *à l'égard de l'autre parent, elle (la filiation) est établie par son mariage avec la mère ou, pour autant que cela soit prévu par la loi, par reconnaissance ou par jugement* », remplace le terme de « père » par « l'autre parent » permettant ainsi à la mère d'intention d'également créer un lien de filiation avec l'enfant<sup>25</sup>. Le nouvel article 255a al. 1 CC permet quant à lui de créer une présomption de parentalité de l'épouse ce qui n'était pas le cas avant le 1<sup>er</sup> juillet 2022<sup>26</sup>. Grâce à l'introduction de ce nouvel article, l'épouse de la mère peut désormais bénéficier du congé de paternité en tant que deuxième parent de l'enfant et ainsi bénéficier de l'allocation y relative<sup>27</sup>.

En ce qui concerne le nouveau droit de l'adoption : le 1<sup>er</sup> octobre 2021, l'Assemblée fédérale s'est prononcée en faveur d'un congé d'adoption de deux semaines. Le référendum facultatif

---

<sup>21</sup> Explications du CF : votation populaire du 26 septembre 2021, p. 6.

<sup>22</sup> Ibid, p. 30.

<sup>23</sup> GUILLOD/BURGAT, N106.

<sup>24</sup> RTS, *Le mariage pour toutes et tous est entré en vigueur en Suisse*, disponible sur le site : <https://www.rts.ch/info/suisse/13213446-le-mariage-pour-toutes-et-tous-est-entre-en-vigueur-en-suisse.html>, consulté pour la dernière fois le 18 août 2022 ; LE TEMPS, 17 novembre 2021.

<sup>25</sup> GUILLOD/BURGAT, N 143.

<sup>26</sup> GUILLOD/BURGAT, N 142.

<sup>27</sup> SWISSMEM, *Le « mariage pour tous » - et ses implications à partir du 1<sup>er</sup> juillet 2022*, disponible sur le site : <https://www.swissmem.ch/fr/actualites/vision-detaillee/le-mariage-pour-tous-et-ses-implications-a-partir-du-1er-juillet2022.html>, consulté pour la dernière fois le 18 août 2022.

relatif à ce projet a vu son délai référendaire expirer au 20 janvier 2022, il en résulte une entrée en vigueur du congé d'adoption au 1<sup>er</sup> janvier 2023<sup>28</sup>.

D'autres modifications législatives concernant l'adoption et l'allocation d'adoption ne sont pas nécessaires pour garantir l'égalité de traitement des couples homosexuels étant donné que le terme d'époux s'applique désormais à tous les couples quelle que soit leur composition<sup>29</sup>. En effet, avec le « Mariage pour tous », les couples composés de deux femmes ou de deux hommes peuvent établir un lien de filiation juridique avec un enfant<sup>30</sup>. De plus, les modifications récentes de la loi semblent utiliser de moins en moins le terme de « père » ou de « mère » pour faire référence aux parents de l'enfant. A titre d'exemple, comme indiqué plus haut, la modification de l'art. 252 al. 2 CC remplace le terme de « père » par le terme « d'autre parent », tout comme les nouveaux articles de la nLAPG<sup>31</sup> concernant l'allocation d'adoption qui donnent le droit au versement de l'allocation aux « personnes » qui en remplissent les conditions (art. 16t al. 1 nLAPG). Plus précisément l'art. 16t al. 2 nLAPG qui indique que les conditions doivent être remplies « par les deux parents ». Aucune mention du sexe du parent n'étant faite dans ces nouvelles dispositions légales, cela évite tout questionnement quant au sexe et à l'orientation sexuelle des parents de l'enfant adopté.

Le droit à l'adoption par les couples homoparentaux engendre une extension de la création des liens de filiation entre enfants et parents formant un couple de même sexe ainsi qu'une extension des prestations sociales prévues par les assurances sociales. A cet effet, la LaFam prévoit dans son champ d'application que « *les enfants avec lesquels l'ayant droit a un lien de filiation en vertu du code civil donnent droit aux allocations* », art. 4 al. 1 let. a LaFam. Depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2022, cette base légale s'applique donc désormais également aux couples homosexuels remplissant les conditions d'accès à l'adoption conjointe<sup>32</sup>. Nous précisons que ces changements s'appliquent dès le 1<sup>er</sup> juillet 2022 et ne sont pas rétroactifs<sup>33</sup>.

L'allocation d'adoption aux côtés de l'allocation pour enfants et de l'allocation de formation professionnelle constitue l'ensemble des allocations familiales prévues par le droit suisse. De ce fait, elles partagent toutes un certain nombre de conditions et de principes. Avant de se pencher sur ce qu'est l'allocation d'adoption, il convient donc d'avoir une brève connaissance préalable du fonctionnement des allocations familiales dans leur ensemble.

### III. LES ALLOCATIONS FAMILIALES

Le Conseil fédéral, dans son avis complémentaire du 10 novembre 2004 sur le rapport complémentaire de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national du 8 septembre 2004 affirme que la perception d'allocations familiales tend à faciliter la décision des parents d'avoir des enfants et apporte aux familles le soutien quelque fois

---

<sup>28</sup> FACINCANI, p. 301.

<sup>29</sup> GUILLOD/BURGAT, N 142.

<sup>30</sup> Ibid.

<sup>31</sup> La nLAPG fait référence à la nouvelle LAPG qui entrera en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2023.

<sup>32</sup> SWISSMEM, *Le « mariage pour tous » - et ses implications à partir du 1<sup>er</sup> juillet 2022*, disponible sur le site : <https://www.swissmem.ch/fr/actualites/vision-detaillee/le-mariage-pour-tous-et-ses-implications-a-partir-du-1er-juillet2022.html>, consulté pour la dernière fois le 18 août 2022.

<sup>33</sup> Ibid.



nécessaire à la prise en charge et à l'éducation de leur progéniture<sup>34</sup>. Les allocations familiales constituent dès lors un élément essentiel de la politique familiale et doivent être prévues dans la législation fédérale.

En droit fédéral, les allocations familiales sont prévues dans deux lois : la loi fédérale sur les allocations familiales (LAFam) ainsi que dans la loi fédérale spéciale sur les allocations familiales dans l'agriculture (LFA)<sup>35</sup>. Elles sont exclusivement affectées à l'entretien de l'enfant<sup>36</sup>. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA)<sup>37</sup> s'applique aux allocations familiales et prévoit une procédure uniforme pour tout type d'allocation prévue dans le droit fédéral<sup>38</sup>. La LAFam, conformément aux articles 2 LPGA et 1 LAFam applique les dispositions de la LPGA sur les allocations familiales, à moins que la présente loi n'y déroge expressément.

Toutes les informations relatives aux allocations familiales (compétence, montants, bénéficiaires, droits et interdictions) se trouvent dans la loi sur les allocations familiales (LAFam). Selon l'art. 2 LAFam : « *les allocations familiales sont des prestations en espèces, uniques ou périodiques, destinées à compenser partiellement la charge financière représentée par ou un plusieurs enfants* ». Elles comprennent l'allocation pour enfant, l'allocation de formation ainsi que l'allocation de naissance ou d'adoption<sup>39</sup>.

Selon l'art. 3 al. 1 LAFam, les allocations pour enfant et de formation relèvent de la compétence de la Confédération. Elles sont octroyées dès que les conditions relatives au versement desdites allocations sont remplies. Conformément à l'art. 3 al. 2 LAFam, les cantons peuvent prévoir un régime d'allocations familiales plus favorable aux bénéficiaires des allocations pour enfant et de formation en octroyant des taux minimaux plus élevés que ceux prévus par le droit fédéral. Ils peuvent également prévoir une allocation de naissance ou d'adoption, allocation que nous étudierons plus spécifiquement dans le chapitre suivant<sup>40</sup>. L'art. 3 al. 3 LAFam prévoit que le Conseil fédéral peut fixer d'autres conditions au versement de l'allocation de naissance et d'adoption. Celles-ci sont prévues dans l'Ordonnance sur les allocations familiales (OAFam)<sup>41</sup>. Nous y reviendrons plus précisément dans le chapitre concernant l'allocation d'adoption en droit fédéral (IV.2). La loi précise à l'art. 3 al 3 2<sup>ème</sup> phrase *in fine* LAFam que : « *l'adoption d'un enfant (mineur) au sens de l'art. 264c du code civil (adoption de l'enfant du conjoint ou du partenaire) ne donne pas droit à l'allocation* ». Si bien que l'allocation d'adoption n'est versée qu'en cas d'adoption par deux parents d'un enfant dont ils ne partagent pas de lien biologique avec ce dernier.

Les enfants donnant droit aux allocations sont listés à l'art. 4 LAFam. Parmi eux, « *les enfants avec lesquels l'ayant droit a un lien de filiation en vertu du code civil* », art. 4 al. 1 let. a LAFam.

---

<sup>34</sup> Cour de droit public du canton de Genève, Chambre des assurances sociales, ATAS/1241/2021, arrêt du 25 novembre 2021, consid. 10.10.

<sup>35</sup> Loi fédérale du 20 juin 1952 sur les allocations familiales dans l'agriculture (LFA), RS 836.1.

<sup>36</sup> OFAS, *Concours de droit*.

<sup>37</sup> Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA), RS 830.1.

<sup>38</sup> OFAS, *Lois et ordonnances*.

<sup>39</sup> OFAS, *Allocations familiales*.

<sup>40</sup> Art. 3 al. 2 LAFam ; chapitre IV.

<sup>41</sup> Ordonnance du 31 octobre 2007 sur les allocations familiales (OAFam), RS 836.21.

Les enfants adoptés conjointement par les couples hétérosexuels et homosexuels depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2022 donnent donc droit à ce type d'allocation<sup>42</sup>. Les montants minimaux des allocations familiales sont également prévus dans la LAFam à l'art. 5, étant précisé que ces montants peuvent être revus à la hausse si les cantons le souhaitent, art. 3 al. 2 LAFam.

Le principe de l'interdiction de cumul indique que chaque enfant ne donne droit qu'à une seule allocation familiale du même genre, art. 6 LAFam, tandis que l'art. 7 LAFam règle le concours de droits. En effet, lorsque plusieurs personnes peuvent faire valoir un droit aux allocations familiales pour le même enfant, l'attribution du versement de l'allocation s'effectue selon un ordre de priorité prédéfini dans la loi, art. 7 al. 1 let. a à f. Une seule personne uniquement est donc bénéficiaire de l'allocation familiale en question, sans qu'aucun choix ne puisse être fait entre les parties. Afin de respecter l'interdiction de cumul et de faciliter l'application du concours de droits, un registre des allocations familiales a été mis au service des organes d'exécution ainsi qu'au public au 1<sup>er</sup> janvier 2011<sup>43</sup>.

Le chapitre 3 de la loi portant sur le régime d'allocations familiales prévoit l'assujettissement des personnes exerçant une activité lucrative non agricole. Conformément à l'article 11 LAFam : « *Sont assujettis à la présente loi : (a) les employeurs tenus de payer des cotisations au titre de l'art. 12 de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS) ; (b) les salariés dont l'employeur n'est pas tenu de payer des cotisations selon l'art. 6 LAVS ; (c) les personnes exerçant une activité lucrative indépendante qui sont obligatoirement assurées à l'AVS à ce titre* ». L'art. 12 LAFam fait état du régime d'allocations familiales applicable et prévoit auprès de quelle caisse de compensation les personnes assujetties doivent s'affilier ainsi que dans quel canton. L'art. 13 LAFam indique qui a droit aux allocations familiales et à quelles conditions. Selon l'art. 13 al. 1 3<sup>ième</sup> phrase LAFam : « *le droit naît et expire avec le droit au salaire* », quelques exceptions sont possibles en cas de maladie, accident ou maternité<sup>44</sup>. L'art. 13 al. 3 LAFam précise que seules des allocations entières sont versées. En ce qui concerne les personnes sans activité lucrative, elles ont également un droit aux allocations familiales en tant qu'elles sont obligatoirement assurées à l'AVS et relèvent du canton dans lequel elles sont domiciliées, conformément à l'art. 19 LAFam. Une personne est considérée sans activité lucrative lorsque son revenu soumis à cotisation AVS est inférieur à 597 francs par mois, ou inférieur à 7170 francs par an<sup>45</sup>. Les personnes exerçant une activité lucrative agricole ont un égal droit aux allocations mais sont assujetties à la loi fédérale sur les allocations familiales dans l'agriculture (LFA).

Pour ce qui est du financement des allocations familiales, il est prévu que les cantons règlent ce dernier conformément aux art. 16 et 20 LAFam. Selon l'Office fédérale des assurances sociales (OFAS) : « *l'évolution financière des allocations familiales se détermine par le montant des prestations et les taux de cotisation, ainsi que par le nombre d'enfants et de jeunes donnant droit à une prestation* »<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> Cour de droit public du canton de Genève, Chambre des assurances sociales, ATAS/1241/2021, arrêt du 25 novembre 2021, consid. 5.5.1.

<sup>43</sup> Registre des allocations familiales (RAFam) ; OFAS, *Concours de droit*.

<sup>44</sup> OFAS, *Concours de droit*.

<sup>45</sup> Ibid.

<sup>46</sup> OFAS, *Finances des allocations familiales*.

A la lumière de l'étude des bases légales présentées ci-dessus, nous constatons que la base de la législation concernant les allocations familiales se trouve dans le droit fédéral. Pour le surplus, diverses lois cantonales légifèrent sur des points particuliers relatifs aux allocations familiales, par exemple sur le montant, l'organisation ou le financement de ces allocations<sup>47</sup>. L'art. 3 al. 2 LAFam prévoit en effet que les cantons peuvent prévoir un régime plus favorable d'allocations familiales mais qu'ils sont également en droit de prévoir une allocation d'adoption au niveau cantonal. Cette disposition subsistera après le 1er janvier 2023, date à laquelle l'allocation d'adoption sera prévue dans le droit fédéral, mais risque dès lors de perdre de sa pertinence.

Comme indiqué en début de chapitre, la LPGA s'applique à toutes les lois spéciales relatives aux assurances sociales et coordonne de ce fait celles-ci entre elles. L'examen des dispositions de la LAFam relatives aux assurances sociales étant terminé, nous pouvons dès lors examiner le champ plus spécifique de la loi fédérale sur les allocations pour perte de gain (LAPG)<sup>48</sup> qui traite de l'allocation d'adoption et des conditions à remplir pour pouvoir en bénéficier.

#### IV. L'ALLOCATION D'ADOPTION

L'allocation d'adoption a subi une récente évolution ; elle ne sera prévue par le droit fédéral que dès le 1<sup>er</sup> janvier 2023 aux articles 16t et suivants de la LAPG révisée que nous mentionnerons dans ce travail comme : « nLAPG ». Avant cette date, les cantons étaient libres d'attribuer ou non une allocation d'adoption aux personnes qui en remplissaient les conditions. Après le 1<sup>er</sup> janvier 2023, tous les parents qui remplissent les conditions de la nLAPG relatives au versement de l'allocation d'adoption y auront obligatoirement droit. Afin de déterminer d'où nous vient ce changement législatif, il convient tout d'abord d'examiner ce que prévoit le droit international et le droit de nos pays voisins en la matière.

##### 1. Droit international

La Suisse bien que n'appartenant pas à l'Union européenne (UE), participe pleinement à la vie économique et politique de cette dernière. Sa position géographique située au cœur du continent européen lui permet et l'oblige à adopter bon nombre d'accords, et ce, quels qu'en soient les domaines<sup>49</sup>. Les politiques familiales relatives à l'adoption internationale ne font pas exception.

Dans ce cadre, lorsque les problématiques familiales comportent une composante internationale, il faut consulter la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)<sup>50</sup> ainsi que la Convention de Lugano<sup>51</sup>. L'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP)<sup>52</sup> trouve également application lorsqu'il s'agit de problématiques internationales liées au versement d'une prestation. En effet, cet accord poursuit le but de coordonner les systèmes de sécurité

---

<sup>47</sup> Ibid.

<sup>48</sup> Loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain (LAPG), RS 834. 1.

<sup>49</sup> DFAE, *Politique européenne de la Suisse*.

<sup>50</sup> Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP), RS 291.

<sup>51</sup> Convention du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Convention de Lugano), RS 0.275.12 ; GUILLOT/BURGAT, N 50.

<sup>52</sup> Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part et la Communauté européenne ses membres, d'autres part, sur la libre circulation des personnes, RS 0.142.112.681.

sociale entre la Suisse et les pays membres de l'Union européenne. L'ALCP et la LAFam prévoient que les prestations familiales d'une personne qui exerce une activité lucrative dans l'un des Etats parties audit accord sont exportées sans restriction dans les pays membres de l'Union européenne<sup>53</sup>. L'art. 8 ALCP prévoit notamment d'assurer « *la totalisation, pour l'ouverture et le maintien du droit aux prestations, ainsi que le calcul de celles-ci, de toutes périodes prises en considération par les différentes législations nationales (art. 8 let. c ALCP)* » mais aussi d'assurer « *le paiement des prestations aux personnes résidant sur le territoire des parties contractantes (art. 8 let. d ALCP)* » ainsi que « *l'entraide et la coopération administratives entre les autorités et les institutions (art. 8 let. e ALCP)* ». Il ressort de cette base légale que les prestations sociales versées à un bénéficiaire par un Etat partie à l'accord sont dues même si la personne se déplace vers un autre Etat partie. Le versement desdites prestations est donc protégé et permet de ce fait une libre circulation des personnes sans impact sur le versement des prestations sociales. L'annexe II de l'ALCP traite précisément de toutes les questions relatives à la coordination des systèmes de sécurité sociale. La section A chiffre 1 let. b Annexe II ALCP ainsi que l'Annexe I ch. II du Règlement 883/2004<sup>54</sup> nous rendent cependant attentifs au fait que les allocations d'adoption et de naissance prévues par la législation cantonale qui se fondent sur l'art. 3 al. 2 LFA n'entrent pas dans le champ d'application matériel de l'ALCP ni dans celui du Règlement 883/2004, contrairement aux allocations pour enfant et de formation professionnelle<sup>55</sup>. Il nous semble donc que l'allocation d'adoption n'est pas coordonnée au niveau européen. En revanche, le 1<sup>er</sup> janvier 2023, la Circulaire sur l'allocation d'adoption (CAAdop)<sup>56</sup> entrera en vigueur. Cette circulaire indique que les personnes travaillant en Suisse et soumises à l'ALCP qui bénéficient d'un congé non payé tel que le congé d'adoption seront également considérées comme assurées à l'AVS pour la période de prise de congé si elles remplissent les conditions de l'art. 16u al. 2 nLAPG qui traite du délai-cadre et du début ainsi que de l'extinction du droit à la prise d'un congé d'adoption. Dès lors, le congé d'adoption pris par un travailleur suisse sera également coordonné au niveau européen, conformément à l'Annexe II ALCP et à l'Annexe I du Règlement 883/2004.

La Suisse est également signataire de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)<sup>57</sup>, entrée en vigueur en Suisse le 28 novembre 1974. Sa jurisprudence ne lie pas la Suisse mais donne un ordre de marche dans les décisions et comportements à adopter<sup>58</sup>. Les arrêts rendus par la Cour semblent avoir une influence grandissante sur les pays membres de la CEDH, notamment la Suisse<sup>59</sup>. Les derniers arrêts rendus par la CEDH concernant le droit de la famille tranchent des questions en rapport avec l'égalité des filiations, l'accès aux méthodes de procréation médicalement assistée ainsi que divers arrêts traitant notamment de la question des inégalités relatives à la différence de traitement entre les couples hétérosexuels et les couples homosexuels face à l'adoption<sup>60</sup>.

---

<sup>53</sup> BUCHER, N 78.

<sup>54</sup> Règlement (CE) n°883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, RS 0.831.109.268.1.

<sup>55</sup> BUCHER, N 46 ; du même avis PERRENOUD, *Compensation des charges familiales*, N 1029.

<sup>56</sup> OFAS, *Circulaire sur l'allocation d'adoption (CAAdop)*.

<sup>57</sup> Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), RS 0.101.

<sup>58</sup> CONSEIL DE L'EUROPE, *réponses aux questions*.

<sup>59</sup> GUILLOD/BURGAT, N 47.

<sup>60</sup> GUILLOD/BURGAT, N 47.

La jurisprudence de la CourEDH ne fait pas (encore) précisément état de la question relative aux discriminations possibles entre les couples homosexuels mariés et les couples hétérosexuels également mariés qui souhaiteraient adopter un enfant conjointement. Cependant, les arrêts cités ci-dessous démontrent que des différences de traitement subsistent encore entre les couples de sexe opposé et les couples de même sexe.

Dans la décision de la CourEDH, E.B c. France<sup>61</sup>, la Cour estime qu'une différence de traitement basée sur l'orientation sexuelle de la requérante constitue une violation de l'art. 14 CEDH portant sur l'interdiction de discrimination<sup>62</sup>. Dans cette affaire, la requérante s'est vue refuser l'adoption d'un enfant « *eu égard à ses conditions de vie* ». En effet, la demanderesse était homosexuelle et vivait en couple avec une femme avec laquelle elle souhaitait fonder une famille, cependant sa demande d'adoption se basait sur la procédure d'adoption par une personne seule<sup>63</sup>. Selon la Cour, le motif de l'absence de référent paternel dans le foyer invoqué en premier lieu par les autorités administratives et les juridictions saisies par la demanderesse viserait à vider de sa substance le droit des célibataires à l'adoption. Elle spécifie que « *ce motif aurait pu conduire à un refus arbitraire et servir de prétexte pour écarter la demande de la requérante en raison de son homosexualité. Les autorités internes ont opéré une distinction dictée par des considérations tenant à son orientation sexuelle, distinction qu'on ne saurait tolérer d'après la Convention. Or, le droit français autorise l'adoption d'un enfant par un célibataire, ouvrant ainsi la voie à l'adoption par une personne homosexuelle* »<sup>64</sup>.

Dans le même sens, un récent arrêt de la CourEDH, X et al. C. Autriche<sup>65</sup>, reconnaît qu'un couple de femmes a subi une discrimination par rapport à un couple hétérosexuel<sup>66</sup>. Ce dernier ayant accès à l'adoption coparentale de l'enfant tandis que ce type d'adoption était juridiquement impossible pour un couple homosexuel en droit autrichien. La Cour européenne des droits de l'Homme a donc été saisie par les requérants. Dans cette affaire, trois personnes ont été concernées : deux femmes et l'enfant de l'une d'entre elles né hors mariage. Les deux femmes entretenaient une relation stable et l'enfant avait été reconnu par son père à sa naissance mais vivait avec sa mère et sa compagne depuis l'âge de ses cinq ans. En 2005, les deux femmes ont souhaité créer un lien juridique entre la compagne de la mère de l'enfant et l'enfant afin que la loi reconnaisse et reflète les rapports unissant les trois requérants : cela sans interrompre le lien juridique entre l'enfant et sa mère biologique. Or, l'adoption de l'enfant du partenaire n'étant pas prévue dans le droit autrichien pour les couples de même sexe, l'établissement d'un lien de filiation avec un parent de même sexe que son parent biologique viendrait à rompre le lien de filiation avec ce dernier<sup>67</sup>. Ce qui n'est pas le cas lors de l'adoption de l'enfant du partenaire par le conjoint hétérosexuel. Il en résulte une différence de traitement entre un couple homosexuel et un couple hétérosexuel dans le cadre de l'adoption<sup>68</sup>. Selon la CourEDH : « *eu*

---

<sup>61</sup> CourEDH, E.B c. France, arrêt du 22 janvier 2008, n° 43546/02, §10.

<sup>62</sup> COPUR, p. 457.

<sup>63</sup> CourEDH, E.B c. France, arrêt du 22 janvier 2008, n° 43546/02, note d'information sur la jurisprudence de la Cour 104, p. 1.

<sup>64</sup> CourEDH, E.B c. France, arrêt du 22 janvier 2008, n° 43546/02, note d'information sur la jurisprudence de la Cour 104, p. 1.

<sup>65</sup> CourEDH, X et al. c. Autriche, arrêt du 19 février 2013, n° 190/07.

<sup>66</sup> COPUR, p. 459.

<sup>67</sup> CourEDH, X et al. c. Autriche, arrêt du 19 février 2013, n° 190/07, consid. 114.

<sup>68</sup> CourEDH, X et al. c. Autriche, arrêt du 19 février 2013, n° 190/07, consid. 116.

*égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, la Cour conclut que les requérants n'ont pas été traités comme l'aurait été un couple hétérosexuel non marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre. Dès lors que le traitement différent qui leur fut réservé était indissociablement lié au fait que les première et troisième requérantes formaient un couple homosexuel, il était fondé sur l'orientation sexuelle des intéressées »<sup>69</sup>.*

Dans l'*Affaire Fretté c. France*, la Cour fait savoir que « le droit des homosexuels à l'adoption paraissait traverser une phase de transition et connaissait des évolutions sociales justifiant l'octroi d'une large marge d'appréciation aux Etats membres, tout en précisant que cette marge d'appréciation ne pouvait être interprétée comme une carte blanche donnée aux Etats pour prendre des décisions arbitraires »<sup>70</sup>. Il en résulte que les condamnations pour discrimination basées sur les art. 8 et 14 CEDH (droit au respect de la vie privée et familiale, respectivement interdiction de la discrimination) ne sont dès lors pas systématiques mais nous constatons que petit à petit, une prise de conscience et surtout une prise de position européenne face aux problématiques discriminatoires envers les couples LGBT est en train de prendre forme.

En ce qui concerne l'application du droit européen dans la législation suisse, la Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale<sup>71</sup> ainsi que la loi fédérale qui lui est relative<sup>72</sup> trouvent également application en droit suisse<sup>73</sup>. Elles poursuivent principalement l'objectif de protéger les enfants à l'adoption lorsqu'une adoption internationale semble être la seule solution leur permettant de trouver une famille appropriée et permanente<sup>74</sup>.

En 2021, 29 pays, dont 16 situés sur le continent européen, reconnaissent le droit au mariage pour les personnes de même sexe ainsi que le droit à l'adoption conjointe pour les couples homosexuels<sup>75</sup>. Le 14 décembre 2021, la Cour de justice de l'Union européenne, dans l'*Affaire C-490/20, V.M.A contre Stolichna obshtina, rayon « Pancharevo »*<sup>76</sup>, décide que les 27 Etats membres de l'Union européenne doivent reconnaître que les couples de même sexe et leurs enfants forment une famille. Dans l'affaire précitée, deux femmes, l'une Bulgare, l'autre Britannique, sont les mères d'une petite fille née en Espagne en 2019 d'une procédure de procréation médicalement assistée. Les parents de l'enfant peinent à donner une nationalité à leur fille, cette dernière étant née en Espagne avec un acte de naissance espagnol mais issue d'une mère bulgare dont le pays ne délivre pas l'acte de naissance de l'enfant car il ne reconnaît pas l'homoparentalité et d'une deuxième mère britannique qui n'est pas la mère biologique de

---

<sup>69</sup> CourEDH, X et al. c. Autriche, arrêt du 19 février 2013, n° 190/07, consid. 130.

<sup>70</sup> CourEDH, *Affaire Fretté c. France*, arrêt du 26 février 2002, n° 365115/97.

<sup>71</sup> Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, RS 0.211.221.311.

<sup>72</sup> Loi fédérale d'application relative à la Convention de la Haye du 22 juin 2001 sur l'adoption et aux mesures de protection de l'enfant en cas d'adoption internationale (LF-CLaH), RS 211.221.31.

<sup>73</sup> GUILLOD/BURGAT, N 50.

<sup>74</sup> Préambule de la Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale.

<sup>75</sup> RTS, *Tout savoir sur le mariage pour toutes et tous en quelques questions*, disponible sur le site : <https://www.rts.ch/info/suisse/12428282-tout-savoir-sur-le-mariage-pour-toutes-et-tous-en-quelques-questions.html>, consulté pour la dernière fois le 18 août 2022.

<sup>76</sup> CourEDH, *Affaire C-490/20, V.M.A contre Stolichna obshtina, rayon « Pancharevo »*.

l'enfant, cette situation l'empêchant de lui transmettre sa nationalité<sup>77</sup>. L'enfant est donc apatride et ne peut ni quitter l'Espagne avec ses parents, ni avoir accès aux soins, ni à l'éducation et non plus à la sécurité sociale<sup>78</sup>. La Cour de justice de l'Union européenne, saisie de cette affaire indique que : « *s'agissant d'un enfant mineur, citoyen de l'Union dont l'acte de naissance délivré par les autorités compétentes de l'État membre d'accueil désigne comme ses parents deux personnes de même sexe, l'État membre dont cet enfant est ressortissant est obligé, d'une part, de lui délivrer une carte d'identité ou un passeport, sans requérir l'établissement préalable d'un acte de naissance par ses autorités nationales, ainsi que, d'autre part, de reconnaître, à l'instar de tout autre État membre, le document émanant de l'État membre d'accueil permettant audit enfant d'exercer, avec chacune de ces deux personnes, son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres* »<sup>79</sup>. Partant, les autorités bulgares sont tenues de délivrer des papiers d'identité bulgares à l'enfant, et ce sur la base de l'acte de naissance espagnol reconnaissant les deux mères juridiques comme parents de la petite fille. La Cour précise cependant que : « *Certes, l'état des personnes relève de la compétence des États membres, lesquels sont libres de prévoir ou non, dans leur droit national, le mariage pour des personnes de même sexe ou la parentalité de ces dernières. Or, dans l'exercice de cette compétence, chaque État membre doit respecter le droit de l'Union, en particulier les dispositions du traité relatives à la liberté de circulation et de séjour des citoyens de l'Union, en reconnaissant, à cette fin, l'état des personnes établi dans un autre État membre conformément au droit de celui-ci* »<sup>80</sup>. Cette décision permet d'harmoniser les législations européennes relatives à la création du lien de filiation au sein des familles homoparentales et a pour but principal de protéger l'unité de la famille et l'intérêt prépondérant de l'enfant.

En ce qui concerne les droits des personnes LGBT<sup>81</sup>, en 2001, soit il y a déjà plus de 20 ans, les Pays-Bas étaient le premier pays au monde à autoriser le mariage aux couples de même sexe ainsi que le droit à l'adoption conjointe pour ces mêmes couples<sup>82</sup>. En 2007, l'Espagne, la Norvège, la Suède et l'Islande font de même et prévoient également l'adoption et l'accès à la procréation médicalement assistée pour les couples homosexuels ainsi que la reconnaissance des deux parents de même sexe à la naissance de l'enfant<sup>83</sup>. La Suisse, poussée par cette avancée européenne, attendra jusqu'en 2022 pour garantir à sa population les mêmes droits maritaux et familiaux que ceux déjà prévus par une majorité des pays du continent européen.

## 2. Droit fédéral

Jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2023, la législation fédérale ne prévoyait aucune indemnisation permettant aux parents adoptifs d'interrompre ou de réduire leur activité lucrative en cas d'adoption d'un

---

<sup>77</sup> CJUE : communiqué de presse du 14 décembre 2021.

<sup>78</sup> VINIACOURT, *Familles homoparentales*.

<sup>79</sup> Ibid.

<sup>80</sup> VINIACOURT, *Familles homoparentales*.

<sup>81</sup> LGBT est un sigle pour « lesbiennes, gays, bisexuels, transgenres ». Il qualifie donc des personnes qui ne sont pas hétérosexuelles et/ou qui ne sont pas cisgenres ; L'INTERNAUTE.FR, *LGBT définition*, disponible sur le site : <https://www.linternaute.fr/dictionnaire/fr/definition/lgbt/>, consulté pour la dernière fois le 10 octobre 2022.

<sup>82</sup> COPUR, p. 454.

<sup>83</sup> ROMY Katy, *Après le mariage pour tous, des combats restent à mener*, disponible sur le site : <https://www.swissinfo.ch/fre/economie/après-le-mariage-pour-tous--des-combats-restent-à-mener/46198824>, consulté pour la dernière fois le 18 août 2022.

enfant<sup>84</sup>. En revanche, conformément aux art. 16h LAPG et 3 al. 2 et 3 LAFam, les cantons avaient la possibilité d'accorder ce droit s'il était prévu par la législation cantonale. Lorsque cela était le cas, les cantons devaient dès lors respecter les conditions prévues par le droit fédéral dans l'Ordonnance sur les allocations familiales (OAFam). A titre d'exemple, les cantons de Genève et du Tessin ont octroyé un congé payé pour l'un des parents adoptifs respectivement de 16 et 14 semaines<sup>85</sup>. L'art. 3 al. 1 OAFam prévoit qu'un droit à l'allocation d'adoption existe lorsque le régime cantonal d'allocations familiales prévoit une allocation d'adoption. L'art. 3 al. 3 OAFam indique quelles sont les conditions relatives à son versement.

Dès le 1<sup>er</sup> janvier 2023, les articles 16t et suivants nLAPG prévoiront, et ce, de manière obligatoire, le versement d'une allocation fédérale lors de l'adoption d'un enfant. L'entrée en vigueur de ces nouvelles dispositions requiert la modification du règlement (RAPG) et permet de combler une lacune fédérale en ce qui concerne la politique sociale et familiale suisse<sup>86</sup>. La compétence en matière d'allocation d'adoption ne sera cependant pas épuisée par la Confédération, les cantons auront donc toujours la possibilité de légiférer en matière d'allocation d'adoption à condition que cette législation ne soit pas contraire au droit fédéral et qu'elle propose un régime favorable aux bénéficiaires de ladite allocation, art. 16x nLAPG. Cette série de nouvelles dispositions fédérales sera financée par le régime des allocations pour perte de gain. Le but de la LAPG étant de compenser la perte de revenu des parents durant la période de congé d'adoption prise lors de l'accueil de l'enfant pour son adoption.

Les conditions d'octroi de l'allocation d'adoption se basent sur le modèle de l'allocation de maternité<sup>87</sup>. Conformément à l'art. 16t al. 1 nLAPG, l'allocation d'adoption est destinée aux parents qui : accueillent un enfant de moins de 4 ans en vue de son adoption (let. a) ; ont été assurés obligatoirement au sens de la LAVS durant les neuf mois qui précèdent l'accueil de l'enfant et ont exercé, au cours de cette période, une activité lucrative pendant au moins cinq mois (let. b) et, à la date de l'accueil de l'enfant : sont salariés au sens de l'art. 10 LPGA (chiffre 1), exercent une activité indépendante au sens de l'art. 12 LPGA (chiffre 2), ou travaillent dans l'entreprise de leur conjoint contre un salaire en espèces (chiffre 3). Les personnes assurées à l'AVS uniquement à titre facultatif ne sont pas couvertes par les allocations pour pertes de gain et ne sont donc pas éligibles pour percevoir une allocation d'adoption<sup>88</sup>.

Dans le cas d'une adoption conjointe, les conditions prévues à l'art. 16t al. 1 nLAPG doivent être remplies conjointement par les deux parents, art. 16t al. 2 nLAPG, mais il n'existe qu'un seul droit à l'allocation. Selon l'art. 16t al. 3 nLAPG, en cas de congé d'adoption, chacun des deux parents a droit à l'allocation pendant sa part du congé, ils peuvent se partager librement les 14 jours de congé à condition qu'ils ne les prennent pas en même temps<sup>89</sup>. Le congé d'adoption est prévu pour les parents qui sont partie à un contrat de travail de droit privé et qui

---

<sup>84</sup> Pro Familia, *Allocations de naissance et d'adoption*, disponible sur le site : <https://www.profamilia.ch/fr/familles/guide-des-familles/mots-cles/allocations-de-naissance-et-allocations-dadoption-2>, consulté pour la dernière fois le 18 août 2022.

<sup>85</sup> FF 2019 6723, 2.3.

<sup>86</sup> CHSS, *Congé pour les parents adoptifs : quelles sont les règles ?* disponible sur le site : <https://soziale-sicherheit-chss.ch/fr/conge-pour-les-parents-adoptifs-queelles-sont-les-regles/>, consulté pour la dernière fois le 5 décembre 2022.

<sup>87</sup> WORTHA, N 499.

<sup>88</sup> PERRENOUD, *Familles et sécurité sociale*, N 111.

<sup>89</sup> DFI, *Un congé d'adoption de deux semaines dès le 1<sup>er</sup> janvier 2023*.



remplissent les conditions spéciales relatives à l'allocation d'adoption prévues par la LAPG<sup>90</sup>. Pour les salariés travaillant dans le domaine du droit public, c'est la loi sur le personnel qui fait foi<sup>91</sup>.

En ce qui concerne le délai-cadre, le début et l'extinction du droit à l'allocation d'adoption, l'art. 16u nLAPG indique que : le droit à l'allocation d'adoption prend effet au jour de l'accueil de l'enfant dans la cellule familiale et non pas au jour de la décision d'adoption proprement dite ou au jour de l'acte administratif rendu<sup>92</sup>. Selon l'art. 16u al. 1 nLAPG, l'allocation peut être perçue dans un délai-cadre d'une année. L'art. 16u al. 3 nLAPG précise que le droit s'éteint lorsque le délai-cadre arrive à terme (let. a) ; après perception du nombre maximal d'indemnités journalières (let. b) ; si l'ayant droit ou l'enfant décède (let. c et d).

L'allocation d'adoption est perçue sous la forme d'indemnités journalières pour les jours de congé pris, le maximum de jours de congé prévus par le droit fédéral s'élevant à 14 jours, (art. 16v al. 1 et 2 nLAPG). Par analogie au versement de l'allocation de paternité, l'allocation d'adoption n'est pas nécessairement accordée en une seule fois ; les parents peuvent donc librement choisir de prendre 14 jours de congé de manière non consécutive, dans le respect du délai-cadre prévu par la loi, art. 16v al. 2 nLAPG. Le Code des obligations précise, à l'art. 329g CO<sup>93</sup>, que le droit à l'allocation est subordonné à la condition que le congé d'adoption soit effectivement pris<sup>94</sup>. Comme pour les indemnités relatives au congé maternité<sup>95</sup>, l'indemnité journalière est égale à 80% du revenu moyen de l'activité lucrative obtenu avant l'accueil de l'enfant en vue de son adoption, le montant maximal de ces indemnités s'élevant à 220 francs par jour<sup>96</sup>, art. 16w al. 1 et 2 nLAPG<sup>97</sup>. Dans l'hypothèse où les parents se partagent le congé d'adoption, l'allocation est calculée séparément pour chaque parent, art. 16w al. 4 nLAPG.

Pour le surplus, PERRENOUD indique que le congé d'adoption est assorti d'une protection de la durée du droit aux vacances, art. 329b al. 3 let. e CO, ainsi que du maintien de la prévoyance professionnelle pendant le congé, art. 8 al. 3 LPP, mais qu'aucune protection n'est prévue contre le licenciement en temps inopportun<sup>98</sup>.

Enfin, l'article 16x nLAPG indique que les cantons peuvent prévoir l'octroi d'une allocation d'adoption plus élevée ou de plus longue durée que ce qui est prévu par le droit fédéral. La compétence de la Confédération n'est donc pas épuisée et les cantons sont en droit de prévoir des dispositions plus favorables aux bénéficiaires de l'allocation d'adoption, raison pour

---

<sup>90</sup> , PERRENOUD, *Familles et sécurité sociale*, N 1879.

<sup>91</sup> CHSS, *Congé pour les parents adoptifs : quelles sont les règles ?* disponible sur le site : <https://soziale-sicherheit-chss.ch/fr/conge-pour-les-parents-adoptifs-queelles-sont-les-regles/>, consulté pour la dernière fois le 5 décembre 2022.

<sup>92</sup> FACINCANI, p. 302.

<sup>93</sup> Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Code des obligations) (CO), RS 220.

<sup>94</sup> PERRENOUD, *Familles et sécurité sociale*, N 1882.

<sup>95</sup> Art. 16f LAPG.

<sup>96</sup> Jusqu'au 31 décembre 2022, le montant maximal s'élevait à 196.- par jour. Dès le 1<sup>er</sup> janvier 2023, il s'élèvera à 220.- par jour (le montant est adapté selon l'art. 7 al. 2 de l'O 23 du 12 octobre 2022 sur les adaptations à l'évolution des salaires et des prix dans le régime de l'AVS, de l'AI et des APG).

<sup>97</sup> BRECHBÜHL, p. 100.

<sup>98</sup> PERRENOUD, *Familles et sécurité sociale*, N 1886.

laquelle il est nécessaire d'étudier ce que prévoient les différentes législations cantonales à cet égard.

### 3. Droit cantonal

Au cours de nos recherches concernant le droit à l'allocation d'adoption, tant dans les législations fédérales que cantonales, il apparaît que certains cantons prévoient le versement d'une allocation d'adoption tandis que d'autres ne le prévoient pas. Ceux qui ont choisi de mettre les parents au bénéfice d'une allocation d'adoption ont pu recourir soit au versement d'une allocation unique, soit au versement d'une allocation semblable à celle désormais prévue par le droit fédéral et financée par le régime des APG. Il en résulte qu'il existe différentes sortes d'allocations d'adoption et qu'elles divergent en fonction du canton. L'articulation entre droit fédéral et droit cantonal est donc difficile à établir, d'autant plus que ces lois ont subi de nombreux changements ces dernières années, sans indiquer quelle loi doit prendre le pas sur l'autre. Pour mieux comprendre comment fonctionne la coordination du versement de ces allocations, il convient dès lors de faire une incursion dans le droit constitutionnel et d'étudier ce qu'il prévoit en cas de compétences partagées entre la Confédération et les cantons.

De manière générale, la Constitution prévoit à son article 3 Cst que : « *Les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale et exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération* ». De plus, selon le principe général de la primauté du droit, le droit fédéral prime sur le droit cantonal qui lui est contraire, conformément à l'art. 49 al. 1 Cst. Dès lors, nous pouvons affirmer que l'adoption de lois fédérales a pour effet de « *restreindre la compétence des cantons, en tant que ceux-ci ne peuvent pas adopter ou appliquer de règles qui vont à l'encontre du sens ou de l'esprit de la législation fédérale. Cependant, l'adoption d'une loi fédérale ne signifie pas nécessairement que toute compétence cantonale disparaît ou que toute législation cantonale est impossible* »<sup>99</sup>.

En ce qui concerne les compétences de la Confédération et des cantons en matière d'allocations familiales, l'art. 116 Cst indique que la Confédération « *peut* » légiférer. Selon nous, il s'agit donc d'un partage des compétences entre la Confédération et les cantons sous la forme d'une compétence concurrente, plus précisément d'une compétence concurrente non limitée aux principes. Dans ce cas, le législateur fédéral peut légiférer de manière générale sur un domaine mais tant qu'il n'épuise pas sa compétence constitutionnelle, les cantons restent libres de prévoir un cadre normatif pour les questions non traitées par le droit fédéral à condition de respecter les principes du fédéralisme<sup>100</sup>.

L'introduction des nouveaux articles 16t et suivants dans la nouvelle LAPG<sup>101</sup> qui entreront en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2023 ne rendent pas les législations cantonales en la matière caduques à moins que ces dernières soient contraires au droit fédéral, art.16x nLAPG, art. 3 al. 2 et 3 LAFam, art. 2 al.1 et art. 3 OAFam. Avant le 1<sup>er</sup> janvier 2023, les réglementations cantonales pouvaient donc prévoir l'instauration d'un congé d'adoption même si cela n'était pas prévu par le droit fédéral, art. 16h LAPG. Les partenaires sociaux pouvaient aussi décider de prévoir un

---

<sup>99</sup> AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 1059.

<sup>100</sup> GONIN, N 1222.

<sup>101</sup> nLAPG.

congé d'adoption par la voie contractuelle ou dans des conventions collectives de travail (CCT)<sup>102</sup>.

D'après ce raisonnement, la législation cantonale est donc compatible avec le droit fédéral si elle le complète mais ne lui est pas contraire. C'est précisément ce que la LAPG prévoit à son art. 16x nLAPG dès le 1<sup>er</sup> janvier 2023, lorsque la loi donne expressément la compétence aux cantons d'instaurer une allocation d'adoption plus élevée ou de plus longue durée que ce que prévoit la législation fédérale<sup>103</sup>. Nous n'avons trouvé, pour l'instant, aucune source jurisprudentielle ni doctrinale portant sur la future application de l'art. 16x nLAPG concernant la coordination entre le versement de l'allocation d'adoption fédérale et cantonale si les deux devaient subsister. Or, l'entrée en vigueur, au 1<sup>er</sup> janvier 2023, de l'art. 16x nLAPG règle le rapport avec les réglementations cantonales comme le fait l'art. 16h LAPG entré en vigueur en 2005<sup>104</sup>. Nous proposons donc une interprétation par analogie de ces deux bases légales puisqu'elles poursuivent le même but de coordination entre le droit fédéral et le droit cantonal relatif au versement d'une allocation. En effet, l'art. 16h LAPG prévoit que : « *En complément au chap. IIIa, les cantons peuvent prévoir l'octroi d'une allocation de maternité plus élevée ou de plus longue durée et l'instauration d'une allocation d'adoption et prélever, pour le financement de ces prestations, des cotisations particulières* », alors que l'art 16x nLAPG indique exactement la même chose mais remplace le terme « *d'allocation de maternité* » par celui « *d'allocation d'adoption* ». Nous constatons que l'entrée en vigueur de l'allocation de maternité au niveau fédéral ayant eu lieu en 2005 s'est déroulée de la même manière que l'entrée en vigueur prochaine de l'allocation d'adoption au 1<sup>er</sup> janvier 2023 : suite à l'inscription dans la LAPG du nouveau droit à l'allocation de maternité au niveau fédéral, l'art. 16h LAPG s'y est ajouté afin de régler la coordination avec les allocations de maternité préexistantes prévues par le droit cantonal<sup>105</sup>. C'est le même procédé mis en place par le législateur avec le nouvel article 16t nLAPG concernant l'allocation d'adoption et l'art. 16x nLAPG concernant la coordination avec le droit cantonal<sup>106</sup>.

En introduisant au niveau fédéral un congé d'adoption et son indemnité y relative dans le cadre du système des allocations pour perte de gain (APG), la Confédération fait un usage partiel de sa compétence<sup>107</sup>. Les cantons peuvent donc continuer de légiférer sur les questions non réglées par le droit fédéral, conformément à la délégation de compétence prévue par l'art. 16x nLAPG<sup>108</sup>. Dans l'hypothèse où le législateur a déjà légiféré sur la question, les cantons restent libres de prévoir un régime favorable à celui déjà prévu par le droit fédéral<sup>109</sup>. Il en résulte que si l'application de l'art. 16x nLAPG suit celle de l'art. 16h LAPG, même si la Confédération légifère déjà sur le versement de l'allocation d'adoption, les cantons peuvent aller plus loin que ce que prévoit le droit fédéral en complétant l'allocation fédérale avec, par exemple, un nombre

---

<sup>102</sup> FACINCANI, p. 301.

<sup>103</sup> STÜCKELBERG, p. 319.

<sup>104</sup> LAPG, état au 22 mars 2005, RS 834.1.

<sup>105</sup> Ibid.

<sup>106</sup> Art. 16t et 16x nLAPG dès le 1<sup>er</sup> janvier 2023.

<sup>107</sup> JAAC 69.74, p. 1.

<sup>108</sup> JAAC 69.74, p. 3 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 1068.

<sup>109</sup> JAAC 69.74, p.6.

de jours plus élevé ou une durée de congé plus longue que ce que prévoient les minimas fédéraux<sup>110</sup>.

En ce qui concerne le versement de l'indemnité relative à la prise du congé d'adoption, il importe peu que cela soit la Confédération ou un canton qui ait prévu le versement de ladite allocation étant donné que la gestion de l'allocation d'adoption est centralisée à Berne par la Caisse fédérale de compensation (CFC)<sup>111</sup>. Dans l'hypothèse où les deux législations (cantonale et fédérale) s'appliquent et contrairement à la règle usuelle en matière de partage des compétences entre la Confédération et les cantons, c'est exclusivement la Caisse fédérale de compensation qui effectuera lesdits versements et non les caisses de compensations usuelles auxquelles sont affiliés les parents<sup>112</sup>. Ce phénomène s'explique par l'actuel petit nombre de cas concernés par le versement de l'allocation d'adoption<sup>113</sup>.

A titre d'exemple, le canton de Genève, dans la loi instituant une assurance en cas de maternité et d'adoption (LAMat)<sup>114</sup>, a pour but de compléter les prestations prévues par le droit fédéral et de verser une allocation pour perte de gain en cas de placement d'un enfant en vue de son adoption, art. 1 let. b LAMat. Cette loi prévoit par exemple, conformément à l'art. 16x nLAPG l'octroi d'un droit à l'allocation d'adoption plus étendu que ce que prévoit le droit fédéral en la matière. En effet, les prestations sont accordées aux futurs parents si l'enfant est âgé de moins de 8 ans<sup>115</sup> (et non moins de 4 ans) et ce pendant 112 jours<sup>116</sup> (et non 14 jours). L'art. 9 LAMat règle la coordination entre les indemnités fédérales et les autres indemnités sur les allocations d'adoption. De ce fait, la loi genevoise prévoit que l'allocation d'adoption cantonale n'est versée que dans la mesure où, ajoutée aux prestations fédérales, elle ne dépasse pas le montant maximum défini par la loi (80% du gain assuré maximum), art. 9 al. 1 et 2 LAMat. Au 1<sup>er</sup> janvier 2023, l'allocation d'adoption fédérale aura donc la priorité sur le versement de l'allocation d'adoption cantonale genevoise. Cette dernière viendra compléter le minimum légal prévu par le régime fédéral des APG à concurrence du montant maximum prévu par la loi<sup>117</sup>. Pour le reste, la législation cantonale genevoise se calque sur le droit fédéral en ce qui concerne, notamment le montant et le calcul de l'indemnité journalière<sup>118</sup>. En effet, la loi fixe, dès le 1<sup>er</sup> janvier 2023, un plafond de 220.- par jour, montant identique pour l'allocation de maternité et l'allocation d'adoption, art. 16f nLAPG et art. 16w nLAPG. L'allocation d'adoption cantonale peut excéder ce montant et le compléter à condition qu'il ne dépasse pas 80% du gain assuré, conformément aux art. 10 al. 3 LAMat et art. 17 al. 1 LAA. L'Office cantonal des assurances sociales genevois (OCAS) donne l'exemple d'une allocation de maternité fédérale plafonnée à 196 francs par jour<sup>119</sup> complétée par une allocation cantonale

---

<sup>110</sup> Ibid.

<sup>111</sup> CAISSE FEDERALE DE COMPENSATION (CFC), *La Caisse fédérale de compensation CFC*, disponible sur le site : <https://www.eak.admin.ch/eak/fr/home.html>, consulté pour la dernière fois le 5 décembre 2022.

<sup>112</sup> CHSS, *Congé pour les parents adoptifs : quelles sont les règles ?* disponible sur le site : <https://soziale-sicherheit-chss.ch/fr/conge-pour-les-parents-adoptifs-queelles-sont-les-regles/>, consulté pour la dernière fois le 5 décembre 2022.

<sup>113</sup> Ibid.

<sup>114</sup> Loi du 21 avril 2005 instituant une assurance en cas de maternité et d'adoption (LAMat), RS/GE J 5 07.

<sup>115</sup> Art. 7 al. 1 let. a LAMat.

<sup>116</sup> Art. 8 al. 1 LAMat.

<sup>117</sup> Art. 9 al. 1 LAMat.

<sup>118</sup> Art. 10 LAMat cum art. 16w LAPG.

<sup>119</sup> Montant maximal prévu par le droit fédéral à l'art. 16f LAPG jusqu'au 31 décembre 2022.

complémentaire permettant à la bénéficiaire de recevoir le montant maximum de 329.60.- par jour, ce montant ne s'élevant pas au-dessus des 80% de son gain assuré<sup>120</sup>. Ce raisonnement est applicable par analogie à l'allocation d'adoption.

Au vu de la modification prochaine de la LAPG, le canton de Genève se doit également d'adapter son droit cantonal. En effet, le 24 novembre 2022, le Grand conseil de la République et du canton de Genève a proposé une modification de la LAMat afin qu'elle soit en adéquation avec la future LAPG qui entrera en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2023<sup>121</sup>. Cette loi est soumise au référendum facultatif, dont le délai expirera au 23 janvier 2023<sup>122</sup>. La LAMat révisée introduit notamment un nouvel art. 1 let. b nLAMat (en application des art. 16h et 16x nLAPG portant sur le rapport du droit fédéral avec le droit cantonal) indiquant que l'allocation d'adoption cantonale vient compléter les prestations prévues par la loi fédérale. Un nouvel art. 8 A nLAMat voit également le jour et prévoit, à son alinéa 2 que : « (...) les prestations cantonales sont accordées après que, (...), le droit à l'allocation d'adoption en vertu de la loi fédérale a été entièrement exercé auprès de la caisse de compensation compétente ». Cette base légale démontre dès lors que le versement de l'allocation d'adoption cantonale, comme le versement de l'allocation de maternité, est subsidiaire au versement de l'allocation fédérale et vise à compléter l'allocation fédérale qui n'atteindrait pas les 80% du gain assuré du bénéficiaire de ladite prestation.

Une autre loi fédérale, proposant un autre type de prestation relatif à l'allocation d'adoption est également prévue par le droit cantonal genevois. La loi sur les allocations familiales (LAF)<sup>123</sup> prévoit le versement d'une allocation d'accueil sous la forme d'une prestation unique accordée pour l'enfant mineur placé en vue de son adoption dans une famille domiciliée en Suisse et qui y réside habituellement (art. 6 LAF). Cette allocation est versée à une seule occasion et se porte à hauteur de 2'000.- (art. 8 al. 1 LAF). En général, les allocations familiales sont versées au bénéficiaire (art. 11 al. 1 LAF). Le même type d'allocation est prévu par le droit cantonal vaudois dans la loi d'application de la loi fédérale, la LVLAfam<sup>124</sup>. L'art. 3 al. 3 LVLAfam prévoit le versement d'une prestation unique d'au minimum 1500.- aux conditions prévues par le droit fédéral. Le versement de ces prestations uniques n'est pas prévu en droit fédéral. Cependant, ces législations sont compatibles avec le droit fédéral en tant qu'elles le complètent et qu'elles ne lui sont pas contraires. Les deux lois cantonales exposées ci-dessus disposent de ce fait qu'elles se basent sur la loi fédérale, respectivement à l'article 2B let. a LAF et à l'art. 3 al. 3 LVLAfam.

Au 1<sup>er</sup> janvier 2023, l'allocation d'adoption financée par le régime des APG sera dès lors prévue dans le droit fédéral et s'appliquera à tous les couples, qu'ils soient formés de deux personnes de même sexe ou de deux personnes de sexe opposé. Les couples homosexuels ayant, depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2022, accès au mariage ainsi qu'à l'adoption conjointe, auront de ce fait un égal accès à l'allocation d'adoption.

---

<sup>120</sup> <https://www.ocas.ch/apg/amat>, consulté pour la dernière fois le 6 décembre 2022.

<sup>121</sup> Loi modifiant la loi instituant une assurance en cas de maternité et d'adoption (LAMat) (13177), J 5 07.

<sup>122</sup> Ibid.

<sup>123</sup> La Loi du 1<sup>er</sup> mars 1996 sur les allocations familiales (LAF)<sup>123</sup>, RS/GE J 5 10.

<sup>124</sup> Loi d'application du 23 septembre 2008 de la loi fédérale sur les allocations familiales et sur des prestations cantonales en faveur de la famille (LVLAfam), RS/VD 836.01

Après avoir fait l'étude du droit actuel et futur en la matière, il convient dès lors d'analyser, voire d'hypothétiser quelles seront les conséquences de l'élargissement de l'accès à l'allocation d'adoption aux couples de même sexe.

## V. CONSEQUENCES DE L'ACCES A L'ALLOCATION D'ADOPTION PAR LES COUPLES DE MEME SEXE

L'accès aux couples de même sexe à l'adoption conjointe représente un changement tant au niveau sociétal qu'au niveau financier. Nous pensons que cet élargissement du droit à l'adoption conjointe et à l'allocation y relative permet une plus grande égalité au sein des diverses communautés familiales : entre les couples de même sexe et de sexe opposé, mais aussi entre les parents biologiques et les parents adoptifs ainsi que dans le couple de manière plus générale. Nous commencerons dès lors par déterminer quelles seront les conséquences de l'accès à l'allocation d'adoption par les couples homoparentaux sous l'angle de l'égalité. Dans un second temps, nous étudions les statistiques permettant de déterminer combien de couples supplémentaires seront éligibles au versement d'une allocation d'adoption au 1er janvier 2023. Nous finirons par faire l'analyse du financement et des changements que la modification législative concernant l'adoption conjointe entraîne pour l'administration suisse et le contribuable.

### 1. Un pas de plus vers l'égalité

Divers cas concernant une possible discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ont occupé les tribunaux suisses ces dernières années. Ces cas ne sont pas exceptionnels et nous n'en feront pas la liste exhaustive. Cependant, il nous paraît intéressant d'en étudier un certain nombre afin de démontrer quels seront les changements et les améliorations apportés par la modification législative du 1<sup>er</sup> janvier 2023.

A la lecture de la jurisprudence antérieure au « Mariage pour tous », nous constatons que la différence de traitement entre un couple hétérosexuel marié ou un couple de même sexe alors lié par un partenariat enregistré n'était pas toujours constitutive d'une discrimination basée sur l'orientation sexuelle au sens de la loi.

En effet, dans l'ATF 137 III 241<sup>125</sup>, le Tribunal a jugé que la décision de refus de l'adoption de l'enfant du conjoint par son partenaire enregistré rendue par l'autorité inférieure n'était pas discriminatoire car les requérantes ne remplissaient de toute manière pas les conditions fixées par le Code civil à l'art. 264a al. 3 CC. En effet, pour adopter l'enfant de son conjoint, la loi requiert que le couple soit marié depuis cinq ans au minimum. Or, lors du dépôt de la demande, les requérantes étaient liées par un partenariat enregistré depuis trois ans uniquement (consid. 5). Les requérantes demandaient dès lors un traitement préférentiel auquel les couples hétérosexuels mariés n'avaient pas droit sous la législation suisse. Selon le Tribunal fédéral, aucune raison discriminatoire n'était donc à la source de la décision de refus d'adoption rendue étant donné que le refus s'est basé sur la non-conformité du cas d'espèce d'avec les conditions prévues par l'art. 264a al. 3 CC. Selon nous, il ressort de la lecture de cet arrêt que le Tribunal fédéral a éludé la question d'une possible discrimination basée sur l'orientation sexuelle,

---

<sup>125</sup> Tribunal fédéral, ATF 137 III 241, arrêt du 5 mai 2011, JdT 2012 II 147.

l'ancien droit interdisant l'adoption par les couples de même sexe, quelle que soit la procédure envisagée (adoption de l'enfant du conjoint ou adoption conjointe).

Un arrêt récent de la Chambre des assurances sociales du canton de Genève<sup>126</sup>, fait état d'une problématique liée au versement d'une allocation de naissance au père biologique de deux enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui (GPA). Sous l'ancien droit, en application de la délégation de compétence prévue à l'art. 3 al. 3 LAFam, le Conseil fédéral a fixé à l'art. 2 al. 3 let. b aOAFam<sup>127</sup> que le versement de l'allocation de naissance requérait que la mère ait eu son domicile ou sa résidence habituelle en Suisse durant les neuf mois précédant la naissance de l'enfant. Or, dans le cas d'espèce, la mère porteuse ne remplissait pas les conditions prévues par la loi mais surtout, aucun lien de filiation maternel n'avait été établi. Il en résulte qu'en l'absence de mère légale, le père biologique devait supporter seul tout le poids financier de la venue au monde de ses deux filles alors que le but premier de l'allocation de naissance vise notamment à « *soulager financièrement les familles d'une partie des frais liés à la naissance d'un enfant et qu'elle peut être versée indifféremment aux deux parents, si les conditions sont réunies* »<sup>128</sup>. Le père n'a donc pas bénéficié d'une allocation de naissance alors que lui-même avait son domicile en Suisse depuis plus de neuf mois, de même pour son partenaire enregistré ; l'ayant droit de l'allocation devant être « la mère de l'enfant » au sens de l'art. 2 al. 3 let. b OAFam.

Cette situation était discriminatoire, un couple de femmes ayant pu obtenir ladite allocation aux mêmes conditions, la seule différence étant qu'elles formaient un couple de femmes répondant ainsi l'une et/ou l'autre, à la définition de « mère de l'enfant » leur octroyant le versement de l'allocation de naissance. Cet arrêt a été rendu sous l'ancien droit (avant le droit à l'adoption conjointe par les couples de même sexe). L'année prochaine, la législation en matière d'allocation d'adoption changera et permettra ainsi de régler ces problématiques dans leur ensemble. Les couples homoparentaux n'auront dès lors plus besoin de passer par l'allocation de naissance prévue par l'OAFam pour bénéficier d'une aide financière étatique.

Ces modifications législatives devraient empêcher que de nouvelles affaires similaires soient portées devant les tribunaux. L'entrée en vigueur des nouvelles dispositions de la LAPG au 1<sup>er</sup> janvier 2023 devrait également mettre sur un même pied d'égalité les parents biologiques et les parents adoptifs. En effet, l'initiative parlementaire du 5 juillet 2019 visant l'introduction des allocations en cas d'adoption d'un enfant, indique notamment que « *la relation entre un enfant adopté et ses parents adoptifs doit être mise sur le même plan que les liens de parenté biologiques* »<sup>129</sup>. Pour se faire, les parents doivent pouvoir bénéficier des allocations familiales quel que soit le lien qui les unit à leurs enfants.

Le rapport de la Commission de la sécurité sociale dans l'initiative parlementaire visant à introduire des allocations en cas d'adoption d'un enfant indique notamment que : « *La commission considère qu'il serait opportun d'introduire une allocation en cas d'adoption en complément de l'allocation de maternité afin de respecter l'égalité entre l'adoption et les liens*

---

<sup>126</sup> Cour de droit public du canton de Genève, Chambre des assurances sociales, ATAS/1241/2021, arrêt du 25 novembre 2021.

<sup>127</sup> Ancienne OAFam, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2021.

<sup>128</sup> Ibid.

<sup>129</sup> FF 2019 6723, 2.1. e.

*de parenté biologiques et de prendre en considération le fait que les parents adoptifs doivent faire face aux mêmes défis que les parents biologiques* »<sup>130</sup>. A nos yeux, cette égalité entre les parents biologiques et les parents adoptifs est indispensable et ce, quelle que soit la constellation familiale choisie par les partenaires. L'accueil d'un enfant qu'il soit biologique ou adopté est une étape attendue et préparée mais importante et il nous semble injustifié d'avoir imposé une différence de traitement entre les parents selon que l'enfant soit né dans la famille ou qu'il y soit arrivé dans les mois ou les années suivant sa naissance. Il relève du bien de l'enfant que ses parents soient présents lors de son arrivée dans le foyer et que ces derniers puissent avoir le temps de s'en occuper sans faire de concessions quant à leur activité professionnelle, ni quant à leurs finances dans les premiers jours de vie de l'enfant au sein de la famille.

La durée du congé octroyé lors de l'adoption d'un enfant sera discutée au point VI car elle mérite une analyse approfondie et qu'elle relativise quelque peu la notion d'égalité entre les parents biologiques et les parents adoptifs. La modification de la LAPG octroyant une allocation d'adoption à tous les couples, permet de définitivement briser la répartition traditionnelle des rôles entre les partenaires, jusqu'alors sous l'empire de l'ancien droit matrimonial et fortement influencé par une société patriarcale<sup>131</sup>. Le législateur a expressément prévu que le versement de l'allocation d'adoption est indépendant du sexe des parents : ils peuvent se partager les 14 jours de congé comme bon leur semble, cela permet de respecter l'égalité de traitement au sein de la famille<sup>132</sup>.

Il résulte de l'analyse des conséquences de l'accès à l'allocation d'adoption par les couples de même sexe sous l'angle de l'égalité que la possibilité pour les couples homoparentaux de pouvoir, au même titre que les couples hétérosexuels, bénéficier d'un congé d'adoption est une avancée pour les droits des personnes LGBT mais permet surtout d'obtenir l'égalité entre les différentes formes de vie familiales qui sont une réalité sociale depuis maintenant un certain nombre d'années.

## 2. Statistiques

Depuis les années 1980, les statistiques de la Confédération démontrent une baisse significative des adoptions<sup>133</sup>. Ce phénomène s'explique par l'amélioration de la protection de l'enfant apportée par les diverses modifications législatives, la diminution des grossesses involontaires, une meilleure acceptation des mères célibataires dans la société mais aussi par la lenteur, le prix et les difficultés rencontrées tout au long de la procédure d'adoption qui s'avère être une étape difficile pour les futurs parents, dont une partie ne parvient pas toujours à arriver à la fin des démarches nécessaires à l'accueil d'un enfant au sein de la famille<sup>134</sup>. L'évolution du contexte international est également responsable de la diminution des adoptions d'enfants à l'international. En effet, la baisse du nombre d'abandon d'enfants et de la mortalité maternelle, le développement socio-économique des pays émergents et l'augmentation des adoptions

---

<sup>130</sup> FF 2019 6723, 2.1.

<sup>131</sup> PERRENOUD, *Familles et sécurité sociale*, N 1158.

<sup>132</sup> PERRENOUD, *Familles et sécurité sociale*, N 1884.

<sup>133</sup> Sans prise en compte des chiffres relatifs aux adoptions de l'enfant du conjoint.

<sup>134</sup> OFS, *Statistiques adoptions*.



nationales ont pour conséquence de réduire les enfants à l'adoption et ne permettent pas à toutes les familles souhaitant adopter d'accueillir un enfant dans leur foyer<sup>135</sup>.

La Suisse différencie deux types d'adoption, selon que les parents décident d'adopter un enfant à l'intérieur du territoire suisse ou à l'international. L'adoption d'un enfant provenant d'un autre pays est une mesure subsidiaire de protection de l'enfant, possible uniquement dans la mesure où l'enfant n'a pas trouvé de famille d'adoption dans son pays d'origine et est soumise au régime de la Convention de la Haye<sup>136</sup>. La procédure d'adoption est le fruit de la collaboration entre l'Autorité centrale fédérale (ACF), les autorités centrales des Etats d'origine des enfants et les autorités centrales cantonales<sup>137</sup>.

Les récentes statistiques démontrent un faible taux général d'adoption en Suisse, taux encore plus faible lorsqu'il concerne des couples homosexuels adoptant des enfants de moins de 4 ans : proportion dont nous faisons l'étude exclusive dans cette contribution. A priori, nous pouvons donc penser que le coût de la modification de la LAPG concernant l'octroi de l'allocation d'adoption aux couples de même sexe souhaitant adopter un enfant âgé de moins de 4 ans sera négligeable, voire inexistant face aux dépenses totales relatives aux allocations familiales. Nous en ferons le calcul dans le sous-chapitre 3 concernant le financement de ladite allocation.

Les statistiques des dernières années établies par l'Office fédéral de la statistique présentent des tableaux indiquant le nombre d'enfants adoptés en 2019, 2020 et 2021. Au total, en 2021, 467 enfants ont été adoptés par des couples hétérosexuels contre 86 enfants adoptés par des couples de même sexe<sup>138</sup>. Les chiffres concernant les adoptions par les couples homosexuels indiqués dans les statistiques ne concernent que les adoptions de l'enfant du conjoint étant donné que l'adoption conjointe par les couples homosexuels n'est entrée en vigueur qu'au 1<sup>er</sup> juillet 2022. Sur les 86 adoptions d'enfants par des couples de même sexe, 73 ont eu lieu pour des enfants âgés de moins de 4 ans, âge déterminant selon l'art. 16t al. 1 let. a nLAPG pour bénéficier de l'allocation d'adoption prévue par le législateur au 1<sup>er</sup> janvier 2023. En ce qui concerne les adoptions par les couples hétérosexuels, seuls 48 enfants sur 467 ont été adoptés avant l'âge de 4 ans. Au vu de ces chiffres, nous constatons que l'allocation d'adoption est, proportionnellement au nombre d'adoptions, plus largement octroyée aux couples de même sexe qu'aux couples de sexe opposé, ces derniers adoptant des enfants âgés de plus de 4 ans dans la grande majorité des cas. La prochaine entrée en vigueur de la modification législative du 1<sup>er</sup> janvier 2023 permettant aux couples de même sexe ou de sexe opposé de bénéficier d'une aide étatique et d'un congé relatif au récent accueil de leur enfant va probablement faire augmenter le nombre d'adoptions en Suisse<sup>139</sup>. Nous faisons donc l'hypothèse d'une légère modification des statistiques qui ne sera observable que dans les années à venir.

La Suisse ne fait pas état de statistiques à l'égard du désir des couples homosexuels d'adopter un enfant, nous avons donc observé les statistiques des pays voisins. Il ressort d'une enquête allemande datant de 2014 que 30% de gays et 40% de lesbiennes aspirent à fonder une

---

<sup>135</sup> OFJ, *L'adoption en Suisse*, p.22.

<sup>136</sup> OFJ, *L'adoption en Suisse*, p. 4.

<sup>137</sup> OFJ, *L'adoption en Suisse*, p. 8.

<sup>138</sup> OFS, *Statistiques adoptions*.

<sup>139</sup> La modification du Code civil étant entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> juillet 2022.

famille<sup>140</sup>. Une même enquête française a révélé dans un sondage effectué en 2018 par l'Institut d'études opinion publique (IFOP), que plus de la moitié des couples homosexuels (52%) aspire à mener une vie familiale avec des enfants dont ils seraient les parents adoptifs ou biologiques<sup>141</sup>. Ces observations nous permettent de penser qu'une même volonté au sein des couples homosexuels présents en Suisse existe et d'ainsi prévoir une augmentation des adoptions conjointes homoparentales dans les années à venir. L'augmentation des adoptions entraîne de ce fait une augmentation des familles au bénéfice des versements d'allocations d'adoption. Il nous paraît intéressant d'essayer de chiffrer le prix de cette augmentation afin d'en prévoir l'étendue et les conséquences financières sur le contribuable.

### 3. Financement

Avant de pouvoir déterminer le coût financier de la modification de la LAPG relative au versement d'une allocation d'adoption fédérale, il convient d'expliquer préalablement le système de financement des assurances sociales.

Le financement des assurances sociales se traduit par le versement des prestations prévues par la loi aux bénéficiaires qui en remplissent les conditions d'octroi. Il existe plusieurs sources de financement à disposition des assurances sociales, comme par exemple : les cotisations des assurés et des employeurs ; les contributions des pouvoirs publics, la TVA et l'impôt sur les maisons de jeu, les rendements sur les placements ainsi que les recettes provenant des recours contre le tiers responsable<sup>142</sup>. Les allocations familiales sont financées par les contributions des pouvoirs publics et les cotisations sur les salaires ; cette cotisation sur le salaire permet aux salariés de participer activement à leur propre prévoyance professionnelle ou à leur couverture de risque<sup>143</sup>.

En ce qui concerne plus précisément le régime des APG (régime qui finance notamment l'allocation d'adoption), ce dernier n'est pas financé par une contribution de l'Etat<sup>144</sup>. Il en résulte que seuls les employeurs et leurs salariés sont concernés par les prestations relatives au versement d'une éventuelle allocation d'adoption. Les employeurs financent les allocations familiales en payant aux caisses de compensation pour allocations familiales (CAF) des cotisations sur les salaires soumis à l'AVS qu'ils versent à leurs salariés<sup>145</sup>. Les indépendants financent eux-mêmes leurs allocations familiales en versant aux CAF des cotisations sur leur revenu soumis à l'AVS également<sup>146</sup>. Ces cotisations sont uniquement prélevées sur la part du revenu équivalent au montant maximum du gain assuré dans l'assurance-accident obligatoire

---

<sup>140</sup> COPUR, p. 438 ; Enquête effectuée par BUBA Hanspeter et VASKOVICS Laszlo A. à Köln, 2014.

<sup>141</sup> IFOP, *Les LGBT, la famille et la parentalité : état des lieux et perspectives*, disponible sur le site : <https://www.ifop.com/publication/les-lgbt-la-famille-et-la-parentalite-etat-des-lieux-et-perspectives/>, consulté pour la dernière fois le 13 novembre 2022.

<sup>142</sup> BOVAY/CARNAL, p. 66.

<sup>143</sup> BOVAY/CARNAL, p. 49.

<sup>144</sup> Ibid.

<sup>145</sup> Centre d'information AVS/AI, p. 10.

<sup>146</sup> Ibid.

qui correspond à 148'200 francs pour l'année 2022<sup>147</sup>. Certains employeurs ne sont pas obligés de payer des cotisations pour leurs employés, dans ce cas, les salariées doivent payer eux-mêmes leurs cotisations sur le salaire soumis à l'AVS<sup>148</sup>. Les personnes dépourvues d'activité lucrative ne sont pas obligées par la loi de cotiser, cependant, certains cantons prévoient cette obligation (Appenzell Rhodes-Extérieures, Glaris, Soleure, la Thurgovie et le Tessin)<sup>149</sup>.

Les bénéficiaires des allocations familiales sont donc majoritairement des salariés (95%), suivis des indépendants à hauteur de 3% et des personnes sans activité lucrative pour le pourcentage restant (2%)<sup>150</sup>. Les allocations familiales sont ensuite versées aux salariés par l'employeur au moment du versement du salaire, directement de la part de la caisse de compensation pour allocations familiales pour les indépendants et les salariés d'un employeur non soumis à l'obligation de payer les cotisations, et directement par la caisse cantonale de compensation du domicile pour les personnes sans activité lucrative<sup>151</sup>. Le versement des allocations familiales peut être perçu rétroactivement dans les cinq ans à partir du moment où les allocations étaient dues<sup>152</sup>.

Pour ce qui est des chiffres : selon l'Office fédéral des assurances sociales, en 2020, au total 2.5 millions d'allocations familiales ont été versées en vertu de la LAFam, de la LFA, de la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI)<sup>153</sup> ou de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (LAI)<sup>154</sup> pour un montant total de 6.2 milliards de francs<sup>155</sup>. La part versée en vertu de la LAFam constitue à elle seule 97.2% des prestations et correspond à quelque 6 milliards de francs<sup>156</sup>. Les allocations de naissance et d'adoption ne représentent que 1% des allocations octroyées ; les chiffres concernant uniquement l'allocation d'adoption ne sont pas communiqués dans les statistiques mais concernent dès lors une proportion inférieure à 1%<sup>157</sup>.

La faiblesse de ce pourcentage s'explique notamment par le petit nombre d'enfants adoptés conjointement avant l'âge de 4 ans<sup>158</sup>. Avec l'ouverture de l'adoption conjointe pour les couples homosexuels, PERRENOUD fait l'hypothèse que sur une année, 53 enfants seront adoptés conjointement par une famille homoparentale. De ce fait, le régime des APG devrait générer des coûts supplémentaires annuels d'un peu plus de 100'000 francs uniquement<sup>159</sup>. En comparaison, en 2018, l'allocation de maternité a coûté près de 865 millions de francs au régime des APG. Alain BERSET, lors des délibérations au Conseil national du 23 septembre 2020 a de

---

<sup>147</sup> Ibid ; OFAS, *Statistiques des allocations familiales*.

<sup>148</sup> Centre d'information AVS/AI, p. 10.

<sup>149</sup> Ibid.

<sup>150</sup> OFAS, *Statistiques des allocations familiales*, p. 2.

<sup>151</sup> Centre d'information AVS/AI, p. 11.

<sup>152</sup> Centre d'information AVS/AI, p. 11.

<sup>153</sup> Loi fédérale du 25 juin 1082 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI), RS 837.0.

<sup>154</sup> Loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI), RS 831.20.

<sup>155</sup> OFAS, *Statistiques des allocations familiales*, p. 7.

<sup>156</sup> Ibid, p. 2.

<sup>157</sup> OFAS, *Statistiques des allocations familiales*, p. 1.

<sup>158</sup> DFI : *Un congé d'adoption de deux semaines dès le 1<sup>er</sup> janvier 2023* ; cf. chapitre V. 2. Statistiques.

<sup>159</sup> FF 2019 6723 ; du même avis PERRENOUD, *Familles et sécurité sociale* N 1877.

ce fait précisé que : « Selon les estimations de l'administration, les coûts seraient de 110'000 francs par an. Il n'y aurait dans ce cas pas besoin d'augmenter les cotisations aux APG. Cela ne se remarquera même pas »<sup>160</sup>. L'introduction d'un accès à l'allocation d'adoption aux couples de même sexe ne devrait donc pas avoir d'effet particulier sur le financement du régime des APG en tant qu'il constitue une part pratiquement invisible des statistiques fédérales.

## VI. L'EXEMPLE DES PAYS-BAS

Le tout récent changement législatif donnant accès aux couples de même sexe à l'adoption conjointe et à l'allocation y relative ne nous permet pas de prévoir exactement quelles seront les conséquences de ce nouveau droit en Suisse. Les hypothèses que nous avons avancées dans le chapitre précédent (V) constituent néanmoins une piste de réflexion.

De manière générale, avant d'opérer un changement législatif d'importance, la Suisse a pour habitude d'attendre de ses pays voisins (plus particulièrement les pays francophones) qu'ils ouvrent la voie. Nous pensons par exemple au suffrage féminin accepté par le peuple et les cantons suisses en février 1971 alors que la France l'avait octroyé en 1944, l'Italie en 1945 et l'Allemagne en 1918<sup>161</sup>. Le droit à l'avortement suit le même modèle, il a été adopté en Suisse en 2002, alors que le droit à l'interruption volontaire de grossesse (IVG) a été autorisé en France en 1975 déjà<sup>162</sup>. La Belgique, quant à elle, l'autorise depuis le début des années 1990<sup>163</sup>. Cette méthode permet d'observer le fonctionnement et les changements opérés chez nos pays limitrophes et si les observations faites conviennent à la Suisse, elle suit généralement le mouvement européen.

Nous allons procéder de la sorte en étudiant le cas particulier des Pays-Bas, premier pays au monde à avoir autorisé l'adoption pour les couples homosexuels<sup>164</sup>. Nous verrons comment les assurances sociales s'articulent autour de ce droit à l'adoption et sous quelles conditions les allocations y relatives sont reversées à leurs bénéficiaires.

Les Pays-Bas octroient le droit à l'adoption conjointe aux familles homoparentales en 2001<sup>165</sup>. En 2014, la loi néerlandaise prévoit que l'épouse de la mère biologique devient *de facto* la mère légale de l'enfant sans avoir besoin de passer par une procédure d'adoption<sup>166</sup>. Pour les couples constitués de deux hommes, la procédure d'adoption est toujours de mise, à tout le moins pour celui des deux partenaires qui n'a pas de lien biologique avec l'enfant<sup>167</sup>. Les conditions

---

<sup>160</sup> Initiative parlementaire du 12 décembre 2013.

<sup>161</sup> DFJP : 50 ans de suffrage féminin.

<sup>162</sup> PAULINE TURUBAN, *Droit à l'avortement : où en est la Suisse ?*, disponible sur le site : <https://www.swissinfo.ch/fre/societe/droit-a-l-avortement--ou-en-est-la-suisse-/47712954>, consulté pour la dernière fois le 4 décembre 2022 ; Agnès Faure, *Le droit à l'avortement dans l'Union européenne*, disponible sur le site : <https://www.touteleurope.eu/societe/le-droit-a-l-avortement-dans-l-union-europeenne/>, consulté pour la dernière fois le 4 décembre 2022.

<sup>163</sup> INFOR JEUNES BRUXELLES, *Interrompre sa grossesse – IVG*, disponible sur le site : <https://www.bruxelles-j.be/amour-sexualite/interrompre-sa-grossesse/>, consulté pour la dernière fois le 4 décembre 2022.

<sup>164</sup> DUFOUR, *Pays qui autorisent le mariage des personnes de même sexe*.

<sup>165</sup> Ibid.

<sup>166</sup> Ibid.

<sup>167</sup> BROWN, *All you need to know about marriage and parental rights for same-sex couples in the Netherlands*.

d'adoption prévues par le droit néerlandais sont sensiblement les mêmes que celles prévues dans notre législation fédérale. Pour les couples hétérosexuels et homosexuels souhaitant adopter un enfant conjointement, les conditions sont identiques. Le couple doit avoir vécu au moins 3 ans sous le même toit avant de pouvoir débiter la procédure d'adoption, il doit s'être occupé de l'enfant pendant au moins un an avant son adoption, finalement, l'enfant ne doit pas déjà avoir établi un lien de filiation avec un autre parent (par exemple, avec son père biologique)<sup>168</sup>. D'autres conditions générales et préalables doivent être remplies, comme l'intérêt du bien de l'enfant à être adopté, l'accord de l'enfant s'il est âgé de plus de 12 ans et une différence d'âge minimale de 18 ans entre les parents adoptifs et l'enfant adopté<sup>169</sup>. Il convient de ne pas trop rentrer dans les détails des conditions relatives à l'adoption, l'intérêt de cette démarche comparative se trouvant dans l'analyse des conditions relatives à l'octroi de l'allocation d'adoption entre les Pays-Bas et la Suisse. Cette étape est importante car les Pays-Bas ont mis en place le versement de l'allocation d'adoption bien avant la Suisse (il y a cela plus de 20 ans) et son étude pourrait nous donner une vue d'ensemble sur les conséquences possibles de l'introduction d'une telle allocation en Suisse.

Les Pays-Bas, comme la Suisse, ont mis en place un système de versement d'une allocation d'adoption combinée à la prise d'un congé d'adoption. Cette allocation porte le nom de « *WAZO*<sup>170</sup> *benefit* » qui, en français, se traduit par l'allocation de naissance et de maternité. Cette allocation néerlandaise est octroyée par l'Agence d'assurance des employés : l'UWV<sup>171</sup>. L'allocation d'adoption néerlandaise est prévue par le régime des assurances nationales, plus précisément dans la loi générale sur les allocations familiales (AKW<sup>172</sup>) qui prévoit que l'Etat vient en aide à toutes les familles ayant des enfants de moins de 18 ans à charge à condition que la famille réside aux Pays-Bas et qu'elle y soit assurée conformément à la loi<sup>173</sup>.

Les personnes éligibles à l'octroi du versement d'une allocation d'adoption doivent, comme en droit suisse, être employées, indépendantes ou percevoir une allocation de chômage, de maladie ou de retour à l'emploi<sup>174</sup>. Dans l'hypothèse où le parent est salarié, c'est l'employeur qui se charge de faire la demande d'allocation d'adoption. Si le parent est au bénéfice d'un autre type d'allocation (chômage, maladie ou retour à l'emploi), il doit lui-même effectuer les démarches nécessaires<sup>175</sup>.

---

<sup>168</sup> GOVERNMENT OF THE NETHERLANDS, *Conditions for adopting a Dutch child*, disponible sur le site : <https://www.government.nl/topics/adoption/adopting-a-dutch-child>, consulté pour la dernière fois le 14 novembre 2022.

<sup>169</sup> Ibid.

<sup>170</sup> La WAZO est la loi nationale sur le travail et les soins, qui prévoit notamment le versement de l'allocation de maternité.

<sup>171</sup> Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV).

<sup>172</sup> Algemene Kinderbijslagwet (AKW).

<sup>173</sup> INTERNATIONAL WELCOME CENTER NORTH, *Child Benefit*, disponible sur le site : <https://iwcen.nl/newcomers/settling-in/child-matters/child-benefit/?cn-reloaded=1>, consulté pour la dernière fois le 18 novembre 2022.

<sup>174</sup> GOVERNMENT OF THE NETHERLANDS, *Applying for an adoption allowance*, disponible sur le site : <https://www.government.nl/topics/adoption/applying-for-an-adoption-allowance>, consulté pour la dernière fois le 15 novembre 2022.

<sup>175</sup> Ibid.

La durée maximale du congé est de 6 semaines et il doit être pris dans un délai de 26 semaines (4 semaines avant l'arrivée de l'enfant adopté jusqu'à 22 semaines après). Le parent reçoit une allocation d'adoption aussi longtemps que dure son congé<sup>176</sup>. En ce qui concerne la somme proprement versée au bénéficiaire de l'allocation d'adoption, la personne salariée reçoit 100% de son salaire journalier sous la forme d'une allocation. Son salaire journalier est calculé sur la base du salaire gagné pendant l'emploi au cours duquel la prestation a débuté. Pour le parent au bénéfice d'une allocation de chômage, maladie ou de retour à l'emploi, le salaire journalier est calculé sur la prestation perçue avant le départ en congé<sup>177</sup>.

Le salaire journalier maximum pris en compte pour le versement de l'allocation s'élève à hauteur de 232.90 euros. Dans le cas où le salaire de l'employé est supérieur à ce montant, l'employeur peut compléter jusqu'à concurrence du salaire de son employé<sup>178</sup>.

En termes comparatifs, nous constatons que de manière générale, l'organisation et les conditions d'octroi de l'allocation d'adoption sont semblables en Suisse comme aux Pays-Bas. En revanche, il existe un certain nombre de différences qui démontrent que les Pays-Bas semblent accorder plus largement les allocations d'adoption aux familles qui en bénéficient. En effet, le pays propose un maximum de 6 semaines de congé payé relatif à l'accueil de l'enfant adopté dans sa nouvelle famille, tandis que la Suisse ne fait état, pour l'instant, que de 2 semaines accordées conjointement aux deux parents (art. 16v al.2 nLAPG).

Le délai-cadre varie également sensiblement entre la Suisse qui propose un délai relativement long de 1 an à disposition des parents adoptifs, art. 16u al. 1 nLAPG, alors que les Pays-Bas ne suggèrent qu'un délai-cadre de 26 semaines (environ six mois et demi). Cette différence de six mois entre les deux Etats, ne nous paraît pas de grande importance mais on peut supposer qu'il est relativement plus court aux Pays-Bas car son but principal est que le parent soit présent pour les premiers mois de présence de l'enfant au sein de la famille. Six mois nous semblent donc suffisants et poussent peut-être les parents adoptifs à prendre leur congé plus tôt et au plus près de l'arrivée de l'enfant au sein du foyer. Le montant de l'allocation d'adoption s'élève à 80% du revenu moyen de l'activité lucrative en Suisse, art. 16w nLAPG, tandis que l'allocation prévue par le droit néerlandais prend en charge l'intégralité du salaire (100% à condition de ne pas dépasser le plafond prévu par la loi). Il nous semble que cette différence de 20% est tout de même intéressante et qu'une fois de plus, le droit néerlandais semble avoir une composante plus « sociale » que la législation suisse.

La législation néerlandaise a également mis en place plusieurs alternatives en faveur des familles. Par exemple, en plus du congé paternité et maternité prévu similairement en droit suisse, les Pays-Bas mettent à la disposition des parents la prise d'un congé parental sans solde pour les parents d'enfants âgés de moins de 8 ans et ce jusqu'à 26 fois le nombre d'heures de

---

<sup>176</sup> UWV, *Ik adopteer een kind of neem een pleegkind in huis*, disponible sur le site : <https://www.uwv.nl/particulieren/zwanger-adoptie-pleegzorg/adoptie-pleegzorg/ik-word-adoptie-of-pleegouder/detail/adoptie-of-pleegzorgverlof-hoelang-en-wanneer>, consulté pour la dernière fois le 18 novembre 2022.

<sup>177</sup> Ibid.

<sup>178</sup> Ibid.

travail hebdomadaires par enfant<sup>179</sup>. Une indemnité pour garde d'enfants est également mise au bénéfice des parents salariés ou étudiants dont les ressources ou les revenus ne sont pas suffisants pour couvrir les frais de garde des enfants pendant les heures de travail ou de formation du parent<sup>180</sup>.

En somme, les Pays-Bas bien qu'actuellement gouvernés par une politique de droite plutôt conservatrice et libérale, est l'un des pays les plus progressistes en ce qui concerne les droits de la famille ainsi que les droits des personnes LGBT<sup>181</sup>. Cette constatation ressort clairement de l'étude des assurances sociales, plus précisément du large panel d'aides étatiques proposées aux familles homoparentales, notamment en ce qui concerne l'octroi de l'allocation d'adoption, que nous avons effectuée au cours de ce chapitre. Une brève comparaison entre les produits intérieur brut (PIB) par habitant néerlandais et suisses, démontre que le PIB par habitant néerlandais est inférieur de presque moitié au PIB par habitant suisse<sup>182</sup>. Ce qui explique peut-être le besoin plus important d'une politique sociale forte aux Pays-Bas qu'en Suisse.

En conclusion, il semble que la Suisse s'aligne sur les hauts standards sociaux proposés par les Pays-Bas. La Confédération a été en retard de nombreuses années sur les droits des familles homoparentales et LGBT mais les modifications législatives récentes semblent démontrer un réel intérêt pour les problématiques familiales et des solutions ont été trouvées. Les Pays-Bas représentent au mieux les droits des familles arc-en-ciel et il va de soi que tous les pays européens ne sont pas si avancés sur ces problématiques. La Suisse nous semble donc être sur une bonne voie générale et doit continuer de s'inspirer des Etats qui assurent la meilleure protection des familles.

## VII. CRITIQUES

Après avoir étudié les implications du nouveau droit à l'allocation d'adoption pour les couples de même sexe sous plusieurs angles et avoir comparé la récente et future législation suisse avec un pays dont la législation prévoit déjà depuis de nombreuses années le versement de ce type d'allocation, il nous convient d'émettre certaines critiques.

La prochaine révision de la LAPG permet de prévoir dans une loi fédérale que le versement de l'allocation d'adoption devient obligatoire dès que les bénéficiaires remplissent les conditions légales de l'octroi de la prestation, art. 16t et suivants nLAPG. Nous pensons que cette modification législative est un pas en avant pour toutes les familles, quelle que soit l'orientation sexuelle du couple. En effet, l'introduction d'une allocation d'adoption obligatoire lors de

---

<sup>179</sup> COMMISSION EUROPEENNE, *Emploi, affaires sociales et inclusion : Pays-Bas – Parentalité*, disponible sur le site : <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1122&langId=fr&intPageId=4987>, consulté pour la dernière fois le 18 novembre 2022.

<sup>180</sup> CLEISS, *Le régime néerlandais de sécurité sociale*, disponible sur le site : [https://www.cleiss.fr/docs/regimes/regime\\_paysbas\\_salaries.html](https://www.cleiss.fr/docs/regimes/regime_paysbas_salaries.html), consulté pour la dernière fois le 18 novembre 2022.

<sup>181</sup> TOUTELEUROPE.EU, *Pays-Bas*, disponible sur le site : <https://www.touteurope.eu/pays/pays-bas/>, consulté pour la dernière fois le 18 novembre 2022.

<sup>182</sup> LA BANQUE MONDIALE, *Données : PIB par habitant (\$ US courants) – Netherlands*, disponible sur le site : <https://donnees.banquemondiale.org/indicateur/NY.GDP.PCAP.CD?locations=NL>, consulté pour la dernière fois le 21 novembre 2022.

l'adoption d'un enfant permet aux parents adoptifs de bénéficier d'un temps limité spécial, réservé et indemnisé nécessaire aux besoins de la famille nouvellement composée<sup>183</sup>.

Aucune loi fédérale ne faisant état de ce droit avant le 1<sup>er</sup> janvier 2023, les cantons avaient le libre choix d'allouer ou non une allocation d'adoption selon l'art. 16h LAPG. Cette situation créait une disparité entre les habitants des différents cantons dans la somme allouée aux parents mais également et surtout lorsque certains cantons décidaient de ne pas octroyer d'allocation d'adoption du tout alors que d'autres le prévoyaient. Une majorité de cantons romands mettait en place le versement de ladite allocation (Vaud, le Valais, Neuchâtel, Genève et le Jura par exemple), contre Zurich, Berne, Glaris et Obwald qui ne versaient pas d'allocation d'adoption<sup>184</sup>. L'entrée en vigueur d'une disposition fédérale permet dès lors de mettre tous les citoyens suisses sur un pied d'égalité vis-à-vis de leur désir et de leurs possibilités financières d'adopter un enfant, en prenant en compte que les cantons sont tout de même libres de prévoir dans leur législation cantonale un régime favorable conformément à l'art. 16x nLAPG.

L'adoption des nouvelles dispositions légales de la LAPG concernant l'allocation d'adoption permet également de répondre à une réalité sociale actuelle qui requiert l'accompagnement des nouvelles formes de familles existantes et qui doivent, selon nous, avoir un égal accès aux droits dont les familles traditionnelles bénéficient déjà. De manière générale, le législateur doit rester sensible aux changements sociétaux et adapter le droit en conséquence. Parmi ces changements nous pensons par exemple à la répartition des tâches entre les parents, le travail à temps partiel plus souvent demandé, la composition différente des familles ainsi que la forte participation des femmes dans la vie active<sup>185</sup>.

De plus, la Suisse se doit, de par les accords conclus avec la communauté internationale, de suivre les tendances européennes : une meilleure protection des familles arc-en-ciel dans la législation suisse permet tout bonnement de répondre aux obligations internationales et de se conformer à ces dernières. L'accès à l'adoption conjointe par les couples de même sexe ne fait pas exception à la règle. En effet, la France autorise l'adoption homoparentale conjointe depuis 2013, date d'entrée en vigueur de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe<sup>186</sup>. L'Allemagne prévoit la possibilité d'adopter un enfant conjointement par un couple homosexuel fin 2017, suite à l'entrée en vigueur du Mariage pour tous<sup>187</sup>. La Belgique fait de même en légalisant l'adoption conjointe homoparentale en 2006, au moment de l'adoption du texte rendant possible le mariage entre personnes de même sexe<sup>188</sup>. Seule l'Italie fait exception à la règle. Elle ne prévoit, pour l'instant, pas encore de mariage pour les couples de même sexe mais uniquement une « union civile » depuis le 11 mai 2016<sup>189</sup>. Il résulte de l'absence du droit

---

<sup>183</sup> WORTHA, N 499.

<sup>184</sup> OFAS, *Genre et montants des allocations familiales 05.03.2020*, p. 2.

<sup>185</sup> PERRENOUD, *Familles et sécurité sociale*, N 175.

<sup>186</sup> Loi française n°2013-404 du 17 mai 2014 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, NOR : JUSC1236338 L.

<sup>187</sup> AFP, *Allemagne : première adoption par un couple homosexuel*, disponible sur le site <https://www.lefigaro.fr/flash-actu/2017/10/10/97001-20171010FILWWW00103-allemande-premiere-adoption-par-un-couple-homosexuel.php>, consulté pour la dernière fois le 6 décembre 2022.

<sup>188</sup> GARCIA Cindy, *Adoption homoparentale en Belgique : ce qu'il faut savoir*, disponible sur le site : <https://europeavocats.eu/adoption-homoparentale-en-belgique-ce-qu'il-faut-savoir/>, consulté pour la dernière fois le 6 décembre 2022.

<sup>189</sup> LEGIGLOBE, *Adoption par un couple homosexuel en Europe*, disponible sur le site : <https://legiglobe.rf2d.org/adoption-par-un-couple-homosexuel-en-europe-de-at-be-dk-es-fi-hu-is-it-lu-no-nl-pl->



au mariage des personnes de même sexe en Italie, que les familles homoparentales ne peuvent pas adopter conjointement de par la loi. Seule la jurisprudence comble l'absence de loi en faveur de l'adoption d'un enfant par une famille homoparentale<sup>190</sup>. Un arrêt de la Cour de Cassation italienne du 20 juin 2016 autorise l'adoption de l'enfant du conjoint par un partenaire de même sexe dans l'intérêt supérieur de l'enfant mineur et uniquement dans des cas très particuliers<sup>191</sup>.

L'étude de ces lois provenant de pays européens proches de chez nous démontre que le droit à l'adoption conjointe par les couples de même sexe découle donc directement du droit au mariage homosexuel. Ce dernier devant entrer en vigueur en premier pour ensuite permettre aux couples homoparentaux d'adopter un enfant conjointement. C'est uniquement au terme de ce processus législatif : légalisation du mariage entre partenaires de même sexe et accès à l'adoption conjointe par les couples homoparentaux que le droit à l'allocation d'adoption entre en jeu. Le législateur suisse a d'ailleurs opéré de cette manière en commençant, en 2022, par accepter le « Mariage pour tous », qui a de ce fait ouvert l'accès à l'adoption conjointe pour les familles homoparentales suivi du droit à l'allocation d'adoption au niveau fédéral dès le 1<sup>er</sup> janvier 2023<sup>192</sup>.

Ces avancées européennes, ont pris un certain temps à convaincre la Suisse puisque le droit à l'adoption conjointe homoparentale n'est entré en vigueur qu'en 2022. La lenteur législative suisse s'explique cependant par son processus hautement démocratique qui requiert l'acceptation du peuple et des cantons pour toute modification de la loi. Les efforts déployés par la Confédération, bien que tardifs, nous permettent d'avoir une vision optimiste quant à l'évolution du droit de la famille pour tous les types de ménages présents en Suisse.

Nous relevons un point particulier relatif à la durée du congé d'adoption prévu par le législateur suisse dès le 1<sup>er</sup> janvier 2023. En effet, le congé d'adoption prévoit un nombre maximum de quatorze indemnités journalières (2 semaines), art. 16v al. 2 nLAPG, contre le versement d'une allocation pour une durée de 98 jours (14 semaines) accordée à la femme qui met au monde un enfant, art. 16c al. 2 LAPG. Cette différence de 12 semaines entre le congé octroyé à la mère qui a donné naissance à l'enfant et la mère adoptive est expliqué par la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national dans son initiative parlementaire introduisant des allocations en cas d'adoption d'un enfant du 5 juillet 2019. Selon la commission, : « *dans le cas de l'adoption, la mère n'a pas besoin de temps pour se remettre de l'accouchement, ce qui justifie une durée d'indemnisation plus courte que lors de la naissance* »<sup>193</sup>. Cependant, elle indique également que : « *La commission estime que la relation entre un enfant adopté et ses parents adoptifs doit être mise sur le même plan que les liens de parenté biologique. Selon elle, une naissance et une adoption constituent deux événements d'importance comparable : dans les deux cas, toutes les personnes concernées sont fortement sollicitées au cours des semaines et mois suivant l'arrivée de l'enfant dans la famille. La*

---

[pt-eng-wls-se/2012/01/04/](https://www.touteurope.eu/societe/le-mariage-homosexuel-en-europe/), consulté pour la dernière fois le 21 novembre 2022 ; VINCENT LEQUEUX, *Le mariage homosexuel en Europe*, disponible sur le site : <https://www.touteurope.eu/societe/le-mariage-homosexuel-en-europe/>, consulté pour la dernière fois le 4 décembre 2022.

<sup>190</sup> BRACCHI Enrica/PAGANINI-RAINAUD Gloria, *L'homoparentalité en Italie, ou quand une « nouvelle parentalité » devient un cas national*, disponible sur le site : <https://journals.openedition.org/ges/940?lang=en#tocto1n2>, consulté pour la dernière fois le 6 décembre 2022.

<sup>191</sup> Ibid.

<sup>192</sup> FACINCANI, p. 301.

<sup>193</sup> FF 2019 6723, consid. 2.1, dans le même sens, FF 2019 6909.

*commission considère qu'il serait opportun d'introduire une allocation en cas d'adoption en complément de l'allocation de maternité afin de respecter l'égalité entre l'adoption et les liens de parenté biologiques et de prendre en considération le fait que les parents adoptifs doivent faire face aux mêmes défis que les parents biologiques »<sup>194</sup>.*

A notre sens, ces deux citations sont contradictoires. Si l'on veut mettre sur un pied d'égalité un enfant adopté et un enfant ayant un lien biologique avec ses parents, le congé d'adoption devrait, à tout le moins, s'approcher du nombre de semaines accordé lors du congé de maternité. Nous concédons facilement que la mère ayant accouché de l'enfant ait besoin d'un certain nombre de semaines supplémentaires de repos que celle qui accueille l'enfant adopté mais nous ne pensons pas qu'une différence de 12 semaines puisse s'expliquer uniquement par ce fait.

Selon nous, cette situation est susceptible de créer une inégalité entre les enfants non adoptés et les enfants adoptés. A juste titre, la Commission signale que : « *les adoptions exigent une grande capacité d'adaptation, tant de la part de l'enfant que des personnes qui l'adoptent. L'enfant doit surmonter la séparation d'avec ses parents biologiques, sous oublier qu'il est parfois issu d'un milieu culturel différent. Les parents adoptifs ont quant à eux moins la possibilité d'être préparés à l'arrivée de l'enfant, n'ayant pas vécu la dimension biologique de la grossesse et de la naissance. En outre, l'enfant adopté est souvent le premier de la famille, ce qui entraîne alors un changement général de mode de vie* »<sup>195</sup>. Cela constitue, selon nous, une raison supplémentaire de ne pas créer une différence trop importante entre le nombre de semaines accordées à la mère ayant accouché du nombre de semaines accordé à la famille adoptive.

WORTH, exprime un avis contraire et explique que malgré le besoin indéniable des parents adoptifs et de l'enfant de passer du temps ensemble dès l'arrivée de l'enfant dans sa famille, une indemnité d'adoption identique en tout et pour tout à une allocation de naissance ne se justifie pas. En effet, contrairement à la mère qui aurait accouché, la mère adoptive n'est pas soumise à une interdiction de travailler et peut donc, si elle le souhaite continuer de gagner son revenu usuel lors de l'accueil de l'enfant au sein du foyer<sup>196</sup>. Une allocation obligatoire en cas d'adoption semblerait dès lors être une mesure d'indemnisation disproportionnée étant donné que la mère n'est pas obligée de ne pas se rendre au travail et par conséquent n'est pas systématiquement privée de son salaire pendant cette période<sup>197</sup>. Selon nous, cet argument est erroné étant donné que la loi prévoit que pour percevoir une allocation d'adoption, le congé doit être effectivement pris, conformément à l'art. 329g CO.

La Suisse, en octroyant une allocation d'adoption aux familles homoparentales, a fait un grand pas en avant pour les droits des personnes LGBT mais également pour les couples hétérosexuels qui bénéficient dès lors d'une allocation prévue par le droit fédéral dès le 1<sup>er</sup> janvier 2023. Le système actuel n'est pas encore parfait mais le législateur semble mettre un point d'honneur à garantir l'égalité de traitement entre les enfants adoptés et ceux issus d'un lien de filiation biologique avec leurs parents légaux ainsi que de réduire au maximum toutes formes de discriminations entre les couples hétérosexuels et homosexuels souhaitant adopter, un enfant

---

<sup>194</sup> FF 2019 6723, consid. 2.1.

<sup>195</sup> FF 2019 6723, consid. 2.1.

<sup>196</sup> WORTH, N 500.

<sup>197</sup> Ibid.

ne devant pas subir de désavantages de droit ou de fait du fait de l'orientation sexuelle de ses parents<sup>198</sup>.

## VIII. CONCLUSION

Le 5 décembre 2013, la première initiative parlementaire concernant le « Mariage pour tous » fut déposée devant le Conseil national. Le 1<sup>er</sup> janvier 2023, les nouvelles dispositions de la LAPG introduiront un droit à l'allocation d'adoption au niveau fédéral. Ce droit s'adressera à tous les couples, y compris aux couples homosexuels. En l'espace de dix ans, la législation suisse a donc subi de nombreuses modifications et offre désormais une meilleure protection aux personnes LGBT ainsi qu'un accompagnement financier à toutes les familles adoptives sans faire de distinction quant à leur composition familiale. Parmi ces modifications, dans leur ordre d'entrée en vigueur dans la législation suisse nous comptons : le congé de paternité (2019), le « Mariage pour tous » et l'adoption conjointe pour les couples homosexuels (2022) ainsi que l'allocation d'adoption prévue dans une loi fédérale (2023).

Les conséquences de ce nouveau droit à l'allocation d'adoption démontrent que les couples de même sexe bénéficient dès lors d'une meilleure reconnaissance de leurs choix familiaux et que leur accès à l'allocation d'adoption leur permet, ainsi qu'à leurs futurs enfants d'être placés sur le même pied que les familles traditionnelles. Le poids financier de ce changement législatif n'ayant pas d'impact observable sur les finances de l'Etat nous permet d'affirmer que fiscalement la modification de la LAPG au 1<sup>er</sup> janvier 2023 n'aura pas d'effet négatif sur le contribuable.

En ce qui concerne les enjeux sociétaux, le droit évolue et constitue le produit de perceptions morales, éthiques et justes que l'on a à un moment donné, à un endroit donné. Il constitue un moyen d'action permettant de lutter contre les injustices. Dans la problématique soulevée dans cette contribution, le droit, de par la modification de la LAPG, lutte et prend position face aux discriminations possibles relatives au désir d'adoption des couples homoparentaux et rappelle que ce n'est finalement pas la constellation familiale qui est importante mais la qualité des relations au sein de la famille<sup>199</sup>. Si l'on suit la prémisse de l'intérêt supérieur de l'enfant comme principe directeur du droit de la famille et les interdictions de discrimination dans la Constitution fédérale et les conventions internationales des droits de l'homme, l'homosexualité et le statut juridique des parents qui en découle ne doivent pas être déterminants pour un statut juridique inégal et désavantageux des enfants<sup>200</sup>. De manière générale, pour toutes les familles souhaitant réaliser un vœu d'adoption, qu'elles se composent de deux parents de sexe opposé ou de deux parents de même sexe, la prévision dans la loi d'un régime de versement d'allocation d'adoption au niveau fédéral est l'exercice d'une politique familiale forte, dont nous ne pouvons que nous réjouir. La modification de la LAPG introduisant au 1<sup>er</sup> janvier 2023 l'accès à l'allocation d'adoption pour « tous » constitue dès lors une avancée attendue et démontre qu'un réel changement de mœurs s'est opéré en Suisse.

---

<sup>198</sup> CREVOISIER/COTTIER, N 286.

<sup>199</sup> CREVOISIER/COTTIER, P. 286.

<sup>200</sup> CREVOISIER/COTTIER, P. 287.

