



Commentaire de l'ordonnance du 31 octobre 2007 sur les allocations familiales (OAFam) et des modifications du règlement du 11 novembre 1952¹ sur les allocations familiales dans l'agriculture (RFA)

A Remarques préliminaires

Une consultation sur le projet d'ordonnance d'exécution de la LAFam a eu lieu de fin mars à fin juin 2007.

Le projet mis en consultation et son commentaire peuvent être consultés sur Internet à l'adresse <http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/ind2007.html#EDI>.

La version légèrement abrégée et actualisée du commentaire qui suit met surtout l'accent sur les modifications matérielles par rapport à ce projet. Les modifications des ordonnances relatives au personnel de la Confédération² ont été approuvées sans aucune modification d'ordre matériel et ne sont donc plus commentées ici.

B Commentaire de l'OAFam

Section 1 : Dispositions générales

Art. 1 Allocation de formation professionnelle (art. 3, al. 1, let. b, LAFam)

Al. 1

Le renvoi à l'AVS permet l'application de la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant le droit des enfants en formation à une rente d'orphelin (voir ch. 3356 à 3376 des Directives concernant les rentes de l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité fédérale [Directive sur les rentes]³).

Selon cette jurisprudence, la notion de formation renvoie, d'une part, à toute activité professionnelle préparant à l'exercice d'une activité lucrative. On entend par là le statut ordinaire d'apprenti au sens de la Loi fédérale du 13 décembre 2002 sur la formation professionnelle⁴ (LFPr) mais aussi toute activité servant à acquérir les

¹ RS 836.11

² Ordonnance-cadre du 20 décembre 2000 relative à la loi sur le personnel de la Confédération (ordonnance-cadre LPers ; RS 172.220.11) et ordonnance du 3 juillet 2001 sur le personnel de la Confédération (OPers ; RS 172.220.111.3).

³ <http://www.sozialversicherungen.admin.ch/?lng=fr>.

⁴ RS 412.10

connaissances préalables nécessaires à un apprentissage visé ou en cours. Il faut que cette activité permette une préparation systématique à l'exercice d'une activité professionnelle future et que, de par son caractère surtout formateur, elle procure un revenu sensiblement inférieur à celui perçu de manière usuelle dans la région et la branche considérée par une personne ayant une formation complète. Le même principe vaut pour une activité professionnelle qui sert à la spécialisation dans une profession apprise. Concernant le revenu, la solution proposée diverge de celle de l'AVS : une autre règle s'applique au revenu pouvant être acquis pendant une formation sans que cela ait d'incidence sur le droit à l'allocation de formation professionnelle (cf. infra, al. 2).

La fréquentation de cours et d'écoles est aussi considérée comme formation lorsqu'elle prépare à une formation en relation avec une profession, ou même qu'elle sert uniquement à l'exercice futur d'un certain métier (sans viser à l'obtention d'un diplôme professionnel). Elle est encore considérée comme formation même si elle ne prépare pas d'emblée à une profession déterminée mais sert à la culture générale. Peu important à cet égard le genre de l'établissement et le but de la formation (culture générale / formation professionnelle), s'ils préparent de façon systématique à l'objectif visé dans le cadre d'une filière régulière, reconnue de facto ou de jure. Pour un séjour linguistique à l'étranger, les mêmes règles s'appliquent que pour la rente d'orphelin de l'AVS. Le séjour linguistique ne compte comme composante de la formation que s'il y a un lien entre celui-ci et l'objectif professionnel.

Toutefois, quelle que soit la forme de formation choisie, elle n'est considérée comme telle que si la fréquentation des cours ou de l'école, ou l'activité de formation professionnelle suivie, dure au moins un mois.

Al. 2 :

Les allocations de formation professionnelle constituent un soutien financier aux parents pour l'entretien de leur enfant durant sa formation. Mais si l'enfant pour lequel une telle allocation est demandée réalise lui-même un revenu suffisant pour son propre entretien, le droit à cette allocation ne doit pas subsister, car les parents ont alors moins de frais d'entretien à supporter, voire plus aucun. Le plafond auquel le revenu de l'enfant permet encore l'octroi d'une allocation de formation professionnelle est fixé au montant maximal de la rente de vieillesse simple de l'AVS (2210 francs par mois), ce qui diverge de la règle applicable dans l'AVS. Sont réputés revenus non seulement ceux qui proviennent d'une activité lucrative, mais aussi les revenus de la fortune ou les revenus complémentaires tels que les rentes. Par contre, les contributions d'entretien au sens du droit de la famille et les bourses ne sont pas prises en compte.

Art. 2 Allocation de naissance (art. 3, al. 2 et 3, LAFam)

Al. 1

Le droit à une allocation de naissance au sens de la LAFam présuppose que le régime cantonal d'allocations familiales applicable prévoit l'octroi d'une telle allocation (art. 3, al. 2, LAFam).

Al. 2

Le droit à une allocation de naissance existe aussi lorsqu'une autre personne a droit en priorité à l'allocation pour enfant, mais qu'elle ne perçoit pas d'allocation de naissance parce que le canton dont le régime d'allocations familiales est applicable n'en connaît pas. Cette disposition a été ajoutée après la consultation, car le doute subsistait sur cette question.

Al. 3

Let. a

Le droit à l'allocation de naissance est ainsi soumis en principe aux mêmes conditions que celles valables pour le droit aux allocations familiales.

Let. b

Le droit à une allocation de naissance suppose aussi un lien suffisant avec la Suisse, en ce sens que la mère doit avoir son domicile ou son lieu de résidence habituelle en Suisse. Dans ce cas, le droit existe aussi lorsque la mère met son enfant au monde durant un séjour temporaire à l'étranger. Afin d'éviter les abus et par analogie avec ce que prévoit le régime des allocations pour perte de gain en cas de maternité, un délai de carence de neuf mois est fixé. En cas d'accouchement avant terme, la règle fixée à l'art. 27 du règlement du 24 novembre 2004 sur les allocations pour perte de gain⁵ (RAPG) est reprise. Il n'y a, par contre, pas de lien suffisant avec la Suisse lorsqu'une femme résidant à l'étranger met au monde son enfant durant un séjour temporaire (p. ex. vacances ou visite à des proches) en Suisse, même si la mère ou le père de l'enfant aurait droit aux allocations familiales au sens de la LAFam.

Cette restriction vaut également à l'égard de l'UE/AELE. Le règlement (CEE) n° 1408/716, qui coordonne l'ensemble des branches de la sécurité sociale au sein de l'UE et que la Suisse doit appliquer en vertu de l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), prévoit que les allocations de naissance et d'adoption peuvent être exclues de son champ d'application. Plusieurs Etats l'ont fait. Pour la Suisse, les allocations cantonales existantes ont été inscrites sur la liste des prestations exclues.

On a également envisagé de fixer comme condition l'inscription dans un registre d'état civil suisse, mais cette solution est peu appropriée, car toutes les naissances survenues en Suisse y figurent (même si les parents n'ont pas d'autre lien avec la Suisse), ainsi que toutes les naissances à l'étranger lorsque la mère ou le père est de nationalité suisse, même s'ils n'ont pas d'autre lien avec la Suisse. Sous l'angle de l'égalité de traitement, le critère de la nationalité n'est pas adéquat non plus, car il ne vaut pas pour le droit aux allocations familiales (c'est dans ce cas le domicile de l'enfant qui est déterminant).

Al. 4

Les art. 6 et 7 LAFam s'appliquent aussi à l'allocation de naissance. Si les deux régimes cantonaux d'allocations familiales applicables connaissent une allocation de naissance, le droit à cette allocation revient à la personne qui a droit aux autres

⁵ RS 834.11

⁶ Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté. Adapté selon l'annexe II à l'accord sur la libre circulation des personnes entre la Communauté européenne et ses Etats membres d'une part, et la Suisse d'autre part (R. n° 1408/71) ; RS 0.831.109.268.1

allocations familiales, le second ayant droit pouvant faire valoir le droit à une différence éventuelle entre les montants des allocations de naissance.

Art. 3 Allocation d'adoption (art. 3, al. 2 et 3, LAFam)

Al. 1, al. 2, al. 3, let. a, et al. 4

Les explications ci-dessus concernant l'allocation de naissance s'appliquent par analogie.

Al. 3, let. b et c

Le droit à une allocation d'adoption suppose lui aussi un lien suffisant de l'ayant droit ou de l'adoption avec la Suisse, en ce sens que les futurs parents adoptifs doivent avoir reçu de l'autorité cantonale compétente l'autorisation définitive d'accueillir l'enfant en Suisse. De plus, l'allocation d'adoption ne peut être versée qu'une fois l'enfant effectivement accueilli par la famille, ce qui, en vertu de l'art. 11f de l'ordonnance du 19 octobre 1977 réglant le placement d'enfants à des fins d'entretien et en vue d'adoption⁷ (OPEE), n'est possible qu'après que l'autorisation a été accordée. Est évidemment visé l'accueil de l'enfant en Suisse par ses futurs parents adoptifs conformément à l'autorisation reçue. Si l'autorisation n'est que provisoire, l'allocation ne peut encore être versée. Si l'autorisation est retirée en vertu de l'art. 11 OPEE ou si l'adoption ne se fait pas pour toute autre raison, la restitution de l'allocation d'adoption n'est pas exigée, car les parents candidats à l'adoption auront de toute manière dû assumer des frais en relation avec l'accueil de l'enfant.

Art. 4 Enfants du conjoint de l'ayant-droit (art. 4, al. 1, let. b, LAFam)

Al. 1

Il importe de définir les conditions auxquelles une personne peut faire valoir un droit pour l'enfant de son conjoint. La question de savoir si c'est elle ou une autre personne qui touchera effectivement les allocations familiales est tranchée selon les règles de l'art. 7 LAFam. Si le beau-père ou la belle-mère est second ayant droit au sens de l'art. 7 LAFam, il ou elle peut prétendre au versement de la différence.

Un époux n'a pas d'obligation d'entretien directe envers les enfants de son conjoint. Mais l'art. 278, al. 2, du code civil⁸ (CC) précise que chaque époux est tenu d'assister son conjoint de façon appropriée dans l'accomplissement de son obligation d'entretien envers les enfants nés avant le mariage. Les allocations familiales étant destinées à compenser partiellement la charge financière représentée par l'enfant (art. 2 LAFam), elles ne peuvent être revendiquées que si l'ayant droit contribue effectivement à l'entretien de l'enfant. Il est supposé que le beau-père ou la belle-mère subvient avec son conjoint à l'entretien de l'enfant lorsqu'il ou elle vit sous le même toit que celui-ci. Dans ce cas, d'une part, l'enfant représente une charge financière pour le couple marié et, d'autre part, le beau-père ou la belle-mère participe aussi personnellement à l'éducation de l'enfant.

Cette condition est moins stricte que celles qui sont posées pour le versement d'une rente d'orphelin après la mort du beau-père ou de la belle-mère. Ici, le beau-fils ou la

⁷ RS 211.222.338

⁸ RS 210

belle-fille est placé dans la même situation que l'enfant recueilli et, par conséquent, la gratuité est de rigueur.

Al. 2

La loi fédérale du 18 juin 2004 sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe⁹ (loi sur le partenariat, LPart) prévoit à l'art. 27, al. 1, l'obligation d'assister de façon appropriée l'autre partenaire dans l'accomplissement de son obligation d'entretien et dans l'exercice de l'autorité parentale. C'est pourquoi l'enfant du ou de la partenaire est considéré comme un enfant du conjoint.

Art. 5 Enfants recueillis (art. 4, al. 1, let. c, LAFam)

S'agissant des conditions applicables aux parents nourriciers, il convient de les reprendre de celles qui règlent dans l'AVS le droit des enfants recueillis à une rente pour enfant ou à une rente d'orphelin. Actuellement, la plupart des cantons se fondent aussi sur le régime de l'AVS. Il faut que les enfants recueillis soient accueillis durablement dans le ménage à des fins d'entretien et d'éducation. L'accueil à la journée ne suffit pas. Le lien nourricier doit en outre être gratuit, ce qui est le cas lorsque le montant des prestations fournies aux parents nourriciers par des tiers couvre moins du quart des frais d'entretien effectifs (Directive sur les rentes, ch. 3307 ss.). Conformément à la règle applicable dans l'AVS, il n'est pas nécessaire que l'enfant recueilli soit mineur.

Art. 6 Frères, sœurs et petits-enfants ; entretien assumé de manière prépondérante (art. 4, al. 1, let. d, LAFam)

S'agissant du droit aux allocations familiales pour les petits-enfants et les frères et sœurs, la LAFam se fonde sur le critère de l'entretien assumé de manière prépondérante et n'exige pas que les enfants soient accueillis gratuitement. Les conditions sont donc moins strictes que celles qui règlent dans l'AVS le droit des enfants recueillis à une rente pour enfant ou à une rente d'orphelin. Un droit aux allocations familiales existe si les contributions d'entretien versées par des tiers ne dépassent pas la rente d'orphelin maximale. Cette dernière, avec ses 884 francs par mois, couvre une bonne moitié de l'entretien de l'enfant, si l'on estime à 1500 francs par mois la somme nécessaire. En pratique, cela ne concernera que très peu de cas.

Art. 7 Enfants domiciliés à l'étranger ; conditions d'octroi (art. 4, al. 3, LAFam)

Al. 1

Presque tous les cantons restreignent aujourd'hui de façon plus ou moins marquée le droit aux allocations pour les enfants vivant à l'étranger. Il doit en aller de même sous le régime de la LAFam, le Parlement ayant toutefois laissé au Conseil fédéral le soin de régler le détail de ces restrictions. Comme c'est déjà le cas aujourd'hui dans la plupart des cantons, lesdites restrictions s'appliquent quelle que soit la nationalité des ayants droit et des enfants. Elles ne touchent pas l'enfant qui ne réside que temporairement à l'étranger, sans abandonner son domicile en Suisse.

⁹ RS 211.231

La réglementation restrictive prévue dans le projet mis en consultation ayant été majoritairement approuvée, elle est maintenue. L'ordonnance retient donc la solution la plus restrictive encore compatible avec les engagements internationaux pris par la Suisse. Les prestations ne sont exportées que si la Suisse y est obligée par des conventions internationales. De plus, le droit aux allocations familiales suisses ne s'applique que subsidiairement : il tombe si la personne qui travaille en Suisse ou une autre personne peut toucher des allocations familiales à l'étranger. Les allocations de formation professionnelle et les allocations pour enfant de plus de 16 ans incapable d'exercer une activité lucrative ne sont pas exportées. Les personnes sans activité lucrative ne doivent pas non plus recevoir d'allocations pour des enfants domiciliés à l'étranger. Enfin, le montant des allocations est adapté au pouvoir d'achat.

Toutes ces restrictions s'appliquent non seulement aux minima prévus par le droit fédéral, mais aussi aux montants plus élevés éventuellement prévus par les cantons. Toutes les dispositions de la LAFam s'appliquent à l'ensemble des allocations familiales, et il est exclu de traiter différemment le minimum fixé par la LAFam et la part du montant prévu par la législation cantonale qui dépasse cette limite.

Aux termes de l'art. 84 de la loi sur l'asile¹⁰, dans le cas de requérants dont les enfants vivent à l'étranger, les allocations sont retenues pendant la durée de la procédure. Elles sont versées lorsque le requérant est reconnu comme réfugié ou admis provisoirement. Sinon, les dispositions de la LAFam et de l'OAFam (notamment les conditions d'octroi et l'adaptation au pouvoir d'achat) s'appliquent également aux personnes du domaine de l'asile.

Les conventions internationales priment toutefois les restrictions concernant les enfants qui vivent à l'étranger. Comme de nombreux Etats sont concernés, et du même coup deux tiers environ des allocations familiales pour des enfants vivant à l'étranger, la situation est examinée encore plus en détail ci-après.

1. *Etats de l'UE/AELE*

Les prestations au sens de la LAFam versées à des *personnes exerçant une activité lucrative* doivent être exportées sans restriction. La question de savoir si un droit éventuel existe à l'étranger est réglée par le droit conventionnel.

Les allocations familiales pour les *personnes sans activité lucrative* dont les enfants vivent dans un Etat de l'UE/AELE (ils seraient environ 200, selon les estimations) ne devraient, selon le droit conventionnel, être exportées que dans les relations avec l'Autriche, l'Allemagne et le Luxembourg. Cette obligation découle de conventions bilatérales en vigueur dans les relations avec ces Etats et applicables aux personnes sans activité lucrative. A compter de 2009, en raison d'une modification des règles européennes de coordination (R. n° 883/2004¹¹), l'obligation d'exportation des prestations en faveur des personnes sans activité lucrative devrait être valable à l'égard de tous les Etats de l'UE/AELE.

2. *Etats avec lesquels une convention de sécurité sociale a été conclue*

Dans les relations avec ces Etats, la question de l'exportation des prestations doit être réglée de la manière la plus restrictive possible :

¹⁰ RS 142.31

¹¹ Règlement (CE) no 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, Journal officiel de l'Union européenne L 166 du 30 avril 2004 (rectifié par Journal officiel de l'Union européenne L200/1 du 7.06.2004)

Il existe aujourd'hui cinq conventions de sécurité sociales qui incluent les allocations familiales. La convention conclue avec la Turquie et celle conclue avec la Bulgarie (en vigueur à compter du 1.12.2007) ne concernent du côté suisse que la LFA. Les autres conventions incluent, coté suisse, « la législations fédérale sur les allocations familiales ». Deux d'entre elles, à savoir celles conclues avec la Croatie et la Macédoine prévoient la possibilité pour la Suisse de notifier aux Etats concernés que les allocations familiales selon la LAFam ne sont pas exportés dans ces Etats. Le DFAE est autorisé dans les deux cas à procéder à cette notification. La convention conclue avec la Yougoslavie (toujours applicable dans les relations avec la Serbie, le Monténégro et la Bosnie-Herzégovine), ne prévoit pas de possibilité de notification. De nouvelles conventions vont être négociées avec ces derniers Etats et il est prévu de faire en sorte que les allocations familiales n'y seront pas exportées ou à tout le moins adaptées au pouvoir d'achat.

Après l'entrée en vigueur de la LAFam et la notification (selon le texte actuellement en vigueur des conventions), la situation en ce qui concerne la question de l'exportation des allocations familiales (LAFam) sera la suivante :

Etat	Alloc. fam. Selon LAFam	Alloc. fam. Selon LFA
UE/AELE	Exportation des alloc. fam. entières	Exportation des alloc. fam. entières
Serbie, Monténégro, Bosnie-Herzégovine	Exportation des alloc. fam. entières	Exportation des alloc. fam. entières
Croatie, Macédoine, Turquie, Bulgarie	Pas d'exportation des alloc. fam.	Exportation des alloc. fam. entières
Autres Etats	Pas d'exportation des alloc. fam.	Pas d'exportation des alloc. fam.

Al. 2

Toutefois, au vu des résultats de la consultation, quelques exceptions à cette règle ont été prévues :

- pour les salariés de nationalité suisse affectés à l'étranger au service de la Confédération, d'une organisation internationale ou d'une œuvre d'entraide et qui, durant cette affectation, restent obligatoirement assurés à l'AVS ;
- pour les personnes qui travaillent à l'étranger pour un employeur ayant son siège en Suisse et qui reçoivent de lui leur salaire tout en restant obligatoirement assurées à l'AVS ; et
- pour les travailleurs détachés de Suisse à l'étranger qui sont assurés à l'AVS en vertu d'une convention internationale.

Ces exceptions se justifient du fait qu'elles concernent des enfants qui ont un lien étroit avec la Suisse et qui ne résident à l'étranger que temporairement. Cependant, même les allocations familiales versées pour ces enfants doivent être adaptées au pouvoir d'achat, car l'art. 4, al. 3, LAFam le prévoit expressément.

Art. 8 Enfants domiciliés à l'étranger ; adaptation des montants au pouvoir d'achat (art. 4, al. 3, et 5, al. 3, LAFam)

Pour ce qui est de l'adaptation au pouvoir d'achat, les Etats sont répartis en trois groupes et le coefficient applicable est recalculé chaque fois que les montants minimaux de la LAFam sont adaptés en vertu de l'art. 5, al. 3, LAFam. Les données

de la Banque mondiale¹² sont alors déterminantes. Le système proposé correspond à ce qui se fait aujourd'hui dans les cantons de Zurich et de Saint-Gall, à ceci près que ces cantons répartissent les Etats en quatre groupes. En pratique, cette règle n'aura d'effet que pour des droits fondés sur l'art. 7, al. 2, OAFam, du moins tant que seront versées hors de l'espace UE/AELE des allocations non encore soumises à l'adaptation au pouvoir d'achat en vertu de nouvelles convention de sécurité sociale.

Section 2 : Régime d'allocations familiales pour les salariés

Art. 9 Succursales (art. 12, al. 2, LAFam)

Le principe de l'art. 12, al. 2, LAFam, selon lequel les succursales sont assujetties au régime d'allocations familiales du canton où elles sont établies, reprend la norme actuelle des législations cantonales. Après des discussions approfondies au sein des commissions, le Parlement, s'est prononcé expressément en faveur de cette solution et contre une norme inspirée de l'AVS. Une telle norme aurait certes présenté l'avantage incontestable de simplifier l'application, puisque la gestion des allocations pour les succursales serait passée par le siège de l'entreprise. Mais, pour le Parlement, les inconvénients ont pesé plus lourd dans la balance : il a paru problématique, d'une part, que les montants prévus dans le canton du siège s'appliquent aux collaborateurs de la succursale même s'ils sont inférieurs et, d'autre part, que les caisses de compensation pour allocations familiales du canton de la succursale soient privées de l'assiette des cotisations dans l'éventualité d'une compensation des charges.

Une grande partie des dispositions d'exécution des lois cantonales sur les allocations familiales contiennent, au sujet des succursales, des définitions générales analogues qui ne font de prescriptions ni quant au nombre des personnes occupées dans l'entreprise, ni quant à la durée de l'activité exercée. Il n'en est résulté par le passé aucun problème de délimitation, raison pour laquelle une réglementation analogue devrait être édictée ici. Cela se justifie d'autant plus que l'art. 12, al. 2, LAFam offre aux cantons la possibilité de convenir entre eux des accords dérogeant au principe énoncé ci-dessus.

Art. 10 Durée du droit aux allocations après expiration du droit au salaire ; coordination (art. 13, al. 1 et 4, LAFam)

Al. 1

Le renvoi à l'art. 324a, al. 1 et 3, du code des obligations¹³ (CO) fait le lien avec des motifs d'empêchement de travailler pertinents pour le droit aux allocations familiales, à savoir : maladie, accident, maternité et accomplissement d'une obligation légale. Par ce renvoi, ces motifs s'appliquent aussi à des rapports de travail non soumis au code des obligations, comme le service public. Aux termes de l'article en question, l'employeur est tenu de verser le salaire au travailleur pour un temps limité si les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois. L'art. 324a, al. 2, CO prévoit que l'employeur paie pendant la première année de service le salaire de trois semaines et, ensuite, le salaire pour une période plus longue fixée équitablement, compte tenu de la durée des rapports de travail. Certains

¹² <http://www.worldbank.org/>

¹³ RS 220

tribunaux du travail ont établi des échelles pour préciser cette notion de « période plus longue fixée équitablement » (échelles bâloise, bernoise et zurichoise).

Le projet mis en consultation a été jugé trop compliqué. Plutôt que de se fonder sur les diverses échelles cantonales utilisées pour la poursuite du versement du salaire, la nouvelle disposition contient maintenant des règles claires, valables pour toute la Suisse. Une durée fixe est définie pour la poursuite du versement des allocations. Le point de départ est le début de l'empêchement de travailler (donc p. ex. le jour où la personne est tombée malade ou la date de l'accident) et non plus l'expiration du droit au salaire. La mention du droit aux allocations tant que le salaire est versé (art. 10, al. 3, du projet mis en consultation) a été supprimée, car elle n'apportait pas davantage de clarté et le principe est déjà énoncé à l'art. 13, al. 1, LAFam.

Al. 2

Les femmes ayant droit à un *congé de maternité* conformément à l'art. 329f CO ont droit aux allocations familiales durant toute la durée du congé. C'est le cas lorsqu'elles perçoivent l'allocation de maternité prévue par le régime des allocations pour perte de gain (APG), mais aussi lorsqu'elles ne la touchent pas, par exemple parce qu'elles ne satisfont pas à la durée d'assurance obligatoire au sens de l'AVS. Leur droit aux allocations familiales est aussi indépendant de leur droit au salaire. Compte tenu d'un grand nombre d'avis exprimés lors de la consultation, le droit aux allocations durant le congé de maternité a été limité à seize semaines.

En vertu de l'art. 329e CO, les travailleurs de moins de 30 ans ont droit, à certaines conditions, à un *congé pour activités de jeunesse* d'une semaine par année civile, pendant lequel le salaire peut, mais ne doit pas, être versé. Les allocations familiales doivent continuer d'être versées pendant un tel congé.

Al. 3

Aux termes de l'art. 338 CO, en cas de décès d'un travailleur qui laisse un conjoint ou des enfants mineurs, l'employeur doit payer le salaire pendant deux mois encore si les rapports de travail ont duré plus de cinq ans, pendant un mois sinon. Le droit aux allocations familiales en cas de décès est néanmoins fixé à trois mois pour tous, comme le prévoient déjà de nombreuses législations cantonales.

Art. 11 Caisse de compensation compétente (art. 13, al. 4, let. b, LAFam)

Al. 1

Lorsqu'une personne travaille pour le compte de plusieurs employeurs, les allocations sont dues par la caisse de compensation pour allocations familiales à laquelle est affilié l'employeur qui verse le salaire le plus élevé.

La LAFam ne connaît pas d'allocations partielles, mais uniquement des allocations familiales entières. Le critère du revenu soumis à l'AVS le plus élevé est le plus simple pour déterminer la caisse de compensation compétente pour verser la totalité des allocations familiales.

Le régime d'allocations familiales applicable est celui du canton auquel l'employeur est soumis pour le salarié concerné ; ce sont donc les montants prévus par ce régime qui seront versés.

Al. 2

Le taux d'activité peut changer au cours d'une année ou bien varier, par exemple pour le travail sur appel. Dans ces cas, il n'est pas possible d'établir dès le départ quel est l'employeur qui verse le salaire le plus élevé. C'est la raison pour laquelle l'Office fédéral des assurances émettra des directives indiquant comment procéder en pareil cas.

Art. 12 Caisses de compensation pour allocations familiales admises (art. 14 LA-Fam)

Al. 1

Il n'est plus admissible d'exempter un employeur de l'obligation de s'affilier à une caisse de compensation pour allocations familiales, même lorsqu'il paie ces allocations sur ses ressources propres ou en vertu d'une convention collective de travail. Les caisses dites d'entreprise ne sont donc plus admises non plus, et les cantons ne sont pas autorisés à les reconnaître. Cette règle ressort du rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national du 20 novembre 1998 sur l'initiative parlementaire Fankhauser (FF 1999 2942 ; ch. 22, commentaire de l'art. 11) et elle a été confirmée par la Commission dans son rapport du 8 septembre 2004 (FF 2004 6459 ; ch. 3.2.3.1, commentaire de l'art. 12 du projet). Comme les caisses dites d'entreprises sont encore possibles dans certains cantons, l'ordonnance consacre expressément le fait qu'elles ne sont pas reconnues.

Al. 2

Les caisses de compensation pour allocations familiales gérées par des caisses de compensation AVS doivent elles aussi s'annoncer auprès du canton dans lequel elles entendent être actives. C'est indispensable pour que le canton puisse dûment s'acquitter de sa tâche de surveillance des caisses de compensation pour allocations familiales.

La deuxième phrase de cette disposition a été supprimée. Matériellement, cela ne change rien, car l'art. 17, al. 2, LAFam dit expressément que la surveillance des caisses de compensation pour allocations familiales est exercée par les cantons.

Art. 13 Financement des caisses de compensation pour allocations familiales (art. 15 LAFam)

Le financement des allocations familiales relève en principe de la souveraineté des cantons (art. 16 LAFam). Cependant, le législateur a aussi transféré certaines tâches directement aux caisses de compensation pour allocations familiales. Il est donc nécessaire de clarifier les compétences respectives des cantons et des caisses de compensation.

Al. 1

L'al. 1 énumère les sources de financement des caisses de compensation pour allocations familiales.

L'al. 2 de l'art. 13 du projet mis en consultation, qui prévoyait que les caisses de compensation fixent elles-mêmes le montant des cotisations, a été supprimé, car il était en contradiction avec la compétence que la loi reconnaît aux cantons de régler le financement.

Al. 2

Les caisses de compensation pour allocations familiales sont notamment tenues de constituer une réserve adéquate de couverture des risques de fluctuation (art. 15, al. 3, LAFam). Il ressort de la pratique actuelle que les règles du droit cantonal concernant les réserves dont chacune de ces caisses doit faire état varient beaucoup d'un canton à l'autre. Cela pose d'importants problèmes surtout aux caisses qui exercent leur activité dans plusieurs cantons, voire dans toute la Suisse. C'est pourquoi la fourchette dans laquelle leur réserve de fluctuation doit se situer est définie. Un délai de transition de trois ans est prévu pour la réduction des réserves trop importantes (art. 23 OAFam).

Plusieurs cantons ont critiqué cette disposition touchant la réserve de couverture des risques de fluctuation au motif qu'elle restreignait leurs compétences. Elle a néanmoins été jugée judicieuse, car utile à l'harmonisation. Les propositions de modification avancées par les cantons quant au volume des réserves nécessaires étaient toutefois d'une extrême diversité. Dans l'intérêt des caisses de compensation pour allocations familiales actives dans toute la Suisse, une définition unique de la notion de réserve adéquate a été maintenue. Il arrive aujourd'hui déjà que des réserves qui n'atteignent pas les minima plus élevés fixés par certains cantons soient néanmoins suffisantes par rapport aux dépenses globales de la caisse de compensation ; la plupart des cantons se montrent alors tolérants.

En raison de l'opposition manifestée non seulement par les cantons, mais aussi par des caisses de compensation et des associations économiques, l'art. 14 du projet mis en consultation a été supprimé ; c'est donc au législateur cantonal de décider s'il entend prescrire un taux de cotisation maximal.

Art. 14 Utilisation des excédents de liquidation (art. 17, al. 2, let. e, LAFam)

Même en cas de liquidation, les cotisations que les entreprises ont prélevées pour financer les allocations familiales doivent être utilisées dans ce but. Comme ces ressources ont été constituées via les cotisations des employeurs affiliés aux caisses de compensation pour allocations familiales, c'est également pour les allocations familiales qu'elles doivent être utilisées. Une harmonisation s'impose du fait que de très nombreuses caisses de compensation pour allocations familiales sont actives dans plusieurs cantons ; c'est pourquoi l'OAFam contient une norme à ce sujet.

S'agissant des excédents de liquidation, l'OAFam – contrairement au projet mis en consultation – se borne à indiquer qu'ils doivent être utilisés pour les allocations familiales, sans préciser à qui il revient (p. ex. aux organismes responsables ou aux cantons) de fixer le mode exact d'utilisation. C'est aux cantons de régler les détails, comme ils l'ont fait jusqu'ici. Il s'agit là de fonds qui ont été constitués en vertu du droit cantonal. Avancées par plusieurs participants à la consultation, les propositions de transfert obligatoire de l'excédent de liquidation, en cas de fusion, à la nouvelle

caisse de compensation pour allocations familiales ou, en cas de dissolution, de cession de l'excédent à la caisse à laquelle les membres sont réaffiliés, n'ont pas été retenues. Ici, les cantons doivent fixer des règles qui tiennent compte des structures actuelles, et notamment de l'existence ou non d'employeurs exemptés jusqu'ici.

Section 3 : Caisse de compensation pour allocations familiales de la Caisse fédérale de compensation

Art. 15

Une nouvelle disposition prévoyant la gestion d'une caisse de compensation pour allocations familiales par la Caisse fédérale de compensation (CFC) a été ajoutée après la consultation.

L'al. 1 de cette disposition, dont la formulation est reprise de l'art. 111 du règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants¹⁴ (RAVS), permet à tous les employeurs affiliés à la CFC ou qui peuvent l'être, de s'affilier également à la caisse de compensation pour allocations familiales. La constitution d'un fonds spécial au sens de l'art. 52 de la loi sur les finances de la Confédération¹⁵ garantit l'affectation liée de la fortune. Ainsi, toutes les charges et les recettes de la caisse de compensation pour allocations familiales seront inscrites au bilan hors du compte de résultats de la Confédération. Sont également considérés comme charges les émoluments que la caisse de compensation paie à la Confédération en contrepartie de la mise à disposition par celle-ci de son personnel et de ses moyens d'exploitation. Chaque employeur paie à la caisse de compensation pour allocations familiales sa part respective des frais d'administration et d'exploitation (en abrégé : frais d'administration) ; ces frais comprendront aussi, au début, un supplément pour l'amortissement des frais de mise en fonction avancés par la Confédération. Les sommes versées par la Confédération au titre d'employeur (cotisations et frais d'administration) sont inscrites dans ses comptes de résultats. D'autres détails peuvent être réglés au niveau du Département dans l'ordonnance sur la CdC¹⁶. Ces règles doivent évidemment s'inscrire dans le cadre fixé par les dispositions édictées par les cantons sur la base des art. 16 et 17 LAFam et valables pour toutes les caisses de compensation pour allocations familiales.

Section 4 : Régime d'allocations familiales pour les personnes sans activité lucrative

Art. 16 Personnes sans activité lucrative (art. 19, al. 1, LAFam)

Concernant l'extension du droit aux allocations familiales aux personnes sans activité lucrative, il s'agit de donner ce droit également aux familles qui ne peuvent subvenir à leur entretien au moyen d'un revenu provenant d'une activité lucrative. Les familles de rentiers AVS tirent leur subsistance de leurs rentes. Les familles d'indépendants, ayant été exclues intentionnellement du champ d'application de la LAFam, ne

¹⁴ RS 831.101

¹⁵ RS 611.0

¹⁶ RS 831.143.32

doivent pas non plus toucher d'allocations familiales du côté du parent qui renonce à son activité lucrative et se consacre à la garde des enfants et à la tenue du ménage.

Les bénéficiaires de rentes de vieillesse anticipées doivent cependant aussi avoir le droit de toucher des allocations familiales au titre de personne sans activité lucrative, car ils n'ont pas droit à des rentes pour enfants. Les cantons n'en ont pas moins la possibilité d'étendre le droit à la perception d'allocations familiales à l'ensemble des bénéficiaires de rentes de vieillesse.

Art. 17 Calcul du revenu des personnes sans activité lucrative (art. 19, al. 2, LAFam)

Les personnes sans activité lucrative n'ont droit aux allocations familiales que si leur revenu imposable ne dépasse pas le montant d'une rente de vieillesse complète maximale de l'AVS, soit 3315 francs par mois. Le revenu imposable correspond au revenu brut moins les déductions fiscales organiques (= frais généraux ou frais d'acquisition du revenu), générales (p. ex. cotisations AVS, primes d'assurance-maladie) ou sociales (p. ex. déduction pour enfant). Comme les déductions fiscales diffèrent d'un canton à l'autre et dans un souci d'harmonisation, le revenu imposable déterminant est celui prévu par la loi fédérale du 14 mars 1990 sur l'impôt fédéral direct¹⁷ (LIFD).

Art. 18 Réserve en faveur du droit cantonal

Les cantons peuvent prévoir des dispositions plus généreuses, en ce sens qu'ils peuvent élargir le cercle des bénéficiaires ou élever la limite de revenu. Certains participants auraient voulu que cette réserve en faveur de réglementations cantonales plus avantageuses pour les personnes sans activité lucrative soit supprimée, au motif qu'elle ne serait pas légale. Mais cette disposition a été maintenue, car elle correspond à la volonté du législateur. La LAFam ne peut en aucun cas avoir pour but d'empêcher les cantons de maintenir des dispositions plus généreuses déjà en vigueur ou d'en introduire de nouvelles pour combler des lacunes du système et élargir le cercle des bénéficiaires.

Section 5 : Droit de recours des autorités

Art. 19

S'agissant des voies de droit, la LAFam (art. 1) renvoie à la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales¹⁸ (LPGA), avec toutefois cette dérogation (art. 22 LAFam) : les recours sont toujours jugés par le tribunal des assurances du canton dont le régime d'allocations familiales est applicable.

En pratique, cela signifie que les décisions des CAF peuvent être attaquées par voie d'opposition conformément à l'art. 52, al. 1, LPGA. Les décisions sur opposition sont sujettes à recours (art. 56 LPGA) devant le tribunal des assurances institué par le

¹⁷ RS 642.11

¹⁸ RS 830.1

canton (art. 58 LPGA). Conformément à la disposition transitoire de l'art. 82, al. 2, LPGA, les cantons doivent adapter leur législation à la LPGA dans un délai de cinq ans à partir de son entrée en vigueur (1^{er} janvier 2003), de sorte que tous les cantons auront un tribunal des assurances au 1^{er} janvier 2008. Les jugements rendus par les tribunaux cantonaux des assurances peuvent faire l'objet de recours devant le Tribunal fédéral (art. 62, al. 1 LPGA).

L'art. 62 LPGA a été modifié dans l'annexe de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral¹⁹ (LTAF). Son al. 1 a été adapté en ce sens que l'instance désignée est le Tribunal fédéral (dont le Tribunal administratif fédéral constitue une division) et que le renvoi n'est plus fait à la loi fédérale d'organisation judiciaire, mais à la nouvelle loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral²⁰ (LTF). Quant à son nouvel al. 1^{bis}, il accorde au Conseil fédéral la compétence de régler, pour les organes d'exécution des assurances sociales, la qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral. Une disposition correspondante est inscrite dans l'OAFam. Elle reconnaît à l'Office fédéral des assurances sociales et aux caisses de compensation pour allocations familiales intéressées la qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral contre les jugements rendus par les tribunaux cantonaux des assurances. Lesdits jugements doivent être notifiés par lettre recommandée aux autorités ayant qualité pour recourir.

La loi sur le Tribunal administratif fédéral et la loi sur le Tribunal fédéral sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2007.

Section 6 : Statistique

Art. 21

L'établissement d'une statistique, explicitement prévu par la LAFam, relève aussi de la fonction de surveillance assignée au Conseil fédéral par l'art. 76, al. 1, LPGA. La mise à disposition de bases statistiques par la Confédération est également prévue par la loi fédérale du 9 octobre 1992 sur la statistique fédérale²¹ (LSF).

L'ordonnance mentionne explicitement les allocations familiales versées aux indépendants. Celles-ci ne sont pas réglées par la LAFam, mais les cantons peuvent en prévoir, les dispositions de la LAFam ne leur étant toutefois pas applicables (à moins que le canton en décide ainsi). Il est néanmoins important que des données statistiques soient relevées sur ces prestations également, afin que la statistique des allocations familiales soit aussi complète que possible, ce qui importe aussi dans le contexte des enquêtes internationales sur les prestations des assurances sociales et les prestations familiales. Qui plus est, on obtiendra ainsi des bases de décision qui permettront de développer les réglementations aux niveaux cantonal et fédéral.

Les règles de détail concernant la statistique seront fixées dans des directives élaborées en collaboration avec des représentants des cantons et des caisses de compensation AVS, c'est pourquoi les précisions mentionnées dans la parenthèse à l'art. 20, al. 2, let. d ont été supprimées.

¹⁹ RS 173.32

²⁰ RS 173.110

²¹ RS 431.01

La plupart des cantons auraient souhaité que la Confédération prenne à sa charge les frais des enquêtes statistiques. Or, l'art. 7, al. 3, LSF prévoit que les cantons et les communes supportent les frais découlant de leur participation aux relevés fédéraux. L'al. 4 permet au Conseil fédéral de prévoir une indemnité en contrepartie de travaux exceptionnels. Ce n'est toutefois pas indiqué dans le cas présent, car ce sont les cantons qui exercent la surveillance sur les caisses de compensation pour allocations familiales, et des données statistiques leur sont aussi utiles dans cette fonction. Il en est déjà recueilli aujourd'hui dans les cantons, mais elles sont en général moins détaillées. Les frais qui en résultent pour les caisses de compensation font partie des frais d'administration et ils sont couverts par les cotisations correspondantes des employeurs affiliés.

C Commentaire du RFA

Art. 1, al. 3

L'art. 1a, al. 3, de la loi fédérale du 20 juin 1952²² sur les allocations familiales dans l'agriculture (LFA) en vigueur jusqu'ici limite le droit des travailleurs agricoles étrangers aux allocations familiales ; ils n'y ont droit que s'ils séjournent en Suisse avec leur famille. Le Conseil fédéral peut cependant prescrire que les allocations pour enfants soient également versées pour les enfants vivant à l'étranger.

C'est ce que fait l'art. 1, al. 3, RFA, qui contient en outre une disposition relative au concours de droits : le travailleur agricole n'a droit à une allocation pour son enfant vivant à l'étranger que si l'autre parent n'a pas droit à des allocations pour enfant en vertu de la législation étrangère.

L'art. 1a, al. 3, LFA est modifié dans l'annexe de la LAFam. L'exigence du séjour de la famille en Suisse ne vaut plus que pour l'allocation de ménage ; l'octroi de l'allocation pour enfant et de l'allocation de formation professionnelle est réglé conformément à la LAFam.

La question du droit des travailleurs agricoles étrangers aux allocations familiales étant ainsi entièrement réglée, l'art. 1, al. 3, RFA peut être abrogé.

Art. 2

En cas d'activité agricole passagère, le droit aux allocations familiales n'existe que durant la période d'exercice de cette activité. La règle prévoyant un calcul des allocations familiales sur la base de montants journaliers lorsque l'activité agricole passagère dure moins d'un mois ne figurait jusqu'ici que dans les directives ; il convient de l'inscrire dans l'ordonnance.

Art. 2a Concours de droits

L'art. 2a règle pour les travailleurs agricoles, à l'al. 1, la question du concours de droits pour une même personne et, à l'al. 2, entre deux personnes différentes.

²² RS 836.1

Al. 1

En concordance avec le complément apporté à l'art. 10 LFA dans le cadre de la politique agricole 2011²³, cette disposition donne elle aussi la primauté aux allocations familiales obtenues pour l'activité exercée hors de l'agriculture. Le projet mis en consultation prenait encore comme critère celui du salaire le plus élevé.

Al. 2

L'art. 9, al. 2, LFA (nouveau) déclare applicable par analogie la norme de la LAFam relative au concours de droits et au paiement différentiel : selon l'art. 7, al. 2, LAFam, le second ayant droit peut prétendre au versement de la différence lorsque le montant minimal des allocations familiales prévues par le droit cantonal qui lui est applicable est plus élevé que celui prévu dans le canton de l'ayant droit prioritaire.

L'al. 2 développe cette disposition et prévoit que la différence doit aussi être versée lorsque le second ayant droit toucherait en vertu de la LFA un montant plus élevé.

Al. 3

Les allocations de ménage prévues par la LFA constituent une forme d'allocation à part, non réglée dans la LAFam ; il ne peut donc pas y avoir de concours de droits puisque seule la LFA en prévoit. Il y a toutefois lieu de préciser dans le commentaire comment elles doivent être prises en compte dans le calcul du paiement différentiel :

- Lorsque le droit de l'ayant droit prioritaire est régi par la LAFam, le second ayant droit peut toucher l'allocation de ménage complète en vertu de la LFA.
- Lorsque le droit de l'ayant droit prioritaire est régi par la LFA, l'allocation de ménage touchée par celui-ci n'est pas prise en compte dans le calcul de la différence à verser au second ayant droit. Le montant versé au second est donc égal à la différence entre le montant prévu par le régime cantonal d'allocations familiales qui lui est applicable et le montant de l'allocation pour enfant ou de formation professionnelle versée en vertu de la LFA.

Art. 3b Concours de droits

L'art. 3b règle pour les agriculteurs indépendants exerçant leur activité à titre principal, à l'al. 1, la question du concours de droits pour une même personne et, à l'al. 2, entre deux personnes différentes.

Al. 1

Aux termes de l'art. 3, al. 2, RFA (inchangé), sont réputées exercer leur activité principale comme agriculteurs indépendants les personnes qui consacrent la plupart de leur temps au cours de l'année à l'exploitation de leur bien rural et auxquelles cette activité permet d'assurer en majeure partie l'entretien de leur famille. Si leur revenu ne dépasse pas la limite déterminante selon l'art. 5, al. 2, LFA, ces personnes ont droit aux allocations familiales prévues par la LFA.

Si l'agriculteur indépendant exerce en plus une activité accessoire dépendante, le droit aux allocations familiales résultant de cette autre activité prime aujourd'hui déjà celui régi par la LFA. Ainsi, un agriculteur indépendant qui exerce durant les mois d'hiver une activité accessoire dans le tourisme reçoit en premier lieu, pour les mois en question, des allocations familiales en vertu du régime cantonal. La caisse de

²³ <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2007/6793.pdf>

compensation pour allocations familiales cantonale calcule ensuite la différence avec l'allocation prévue par la LFA.

Rien ne doit être changé à cette pratique, mais le droit au versement de la différence par rapport à la LFA doit clairement ressortir du texte du règlement.

Al. 2

Le commentaire de l'art. 2a, al. 2, concernant le versement de la différence aux travailleurs agricoles vaut aussi, par analogie, pour les agriculteurs indépendants.