

Projet présenté par le Conseil d'Etat

Date de dépôt: 28 février 2005

Messagerie

Projet de loi instituant une assurance en cas de maternité et d'adoption (LAMat) (J 5 07)

Le GRAND CONSEIL de la République et canton de Genève,
vu l'article 16h de la loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas
de service et de maternité (loi sur les allocations pour perte de gain, LAPG),
du 25 septembre 1952 (ci-après loi fédérale),
décrète ce qui suit :

Chapitre I Dispositions générales

Art. 1 Objet

Il est institué une assurance cantonale ayant pour but de compléter les
prestations prévues par la loi fédérale et de verser :

- a) une allocation pour perte de gain en cas de maternité (allocation de
maternité);
- b) une allocation pour perte de gain en cas de placement d'un enfant en vue
de son adoption (allocation d'adoption);
- c) des cotisations aux assurances sociales.

Art. 2 Droit applicable

Dans la mesure où la présente loi ne contient pas de dispositions expresses,
les dispositions pertinentes de la loi fédérale, notamment ses articles 16b et
suivants, sont applicables par analogie.

Art. 3 Personnes assujetties et tenues de cotiser

¹ Sont assujetties à la présente loi et tenues de verser des cotisations pour assurer le financement de l'assurance en cas de maternité et d'adoption :

- a) les personnes salariées obligatoirement assurées selon la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946 (ci-après loi sur l'assurance-vieillesse et survivants), qui travaillent dans le canton de Genève au service d'un employeur assujetti à la loi selon la lettre d du présent alinéa;
- b) les personnes indépendantes obligatoirement assurées selon la loi sur l'assurance-vieillesse et survivants, qui déploient une activité lucrative stable dans le canton de Genève;
- c) les personnes domiciliées dans le canton qui payent des cotisations à l'assurance-vieillesse et survivants (ci-après : AVS) en tant que salariées d'un employeur non tenu de cotiser;
- d) les employeurs tenus de verser des cotisations selon la loi sur l'assurance-vieillesse et survivants qui ont un établissement stable dans le canton de Genève.

² Les cotisations sont perçues sur le revenu d'une activité lucrative déterminant pour l'AVS. Leur taux est fixé périodiquement par le Conseil d'Etat de manière à couvrir les frais découlant de l'application de la présente loi. Il s'élève au maximum à 0,3 %.

³ Les salariés et les employeurs cotisent à parts égales.

⁴ Sous réserve de l'article 28, alinéa 4, de la présente loi, les cotisations des salariés dont l'employeur n'est pas tenu de payer des cotisations et les cotisations des indépendants sont égales à la part du salarié.

⁵ Les cotisations sont perçues sous la forme d'un supplément aux cotisations de l'AVS.

Art. 4 Bénéficiaires

¹ Bénéficient des prestations de l'assurance cantonale en cas de maternité et d'adoption les personnes qui :

- a) ont été assurées obligatoirement au sens de la loi sur l'assurance-vieillesse et survivants durant les neuf mois précédant l'accouchement ou le placement de l'enfant en vue de son adoption,
- b) ont, au cours de cette période, exercé une activité lucrative durant cinq mois dans le canton de Genève et,

- c) à la date de l'accouchement ou du placement de l'enfant en vue de son adoption :
1. sont salariées au sens de l'article 10 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA), du 6 octobre 2000, dans le canton de Genève;
 2. exercent une activité indépendante au sens de l'article 12 LPGA dans le canton de Genève;
 3. travaillent dans l'entreprise de leur conjoint dans le canton de Genève et ont un salaire en espèce.

² La durée d'assurance prévue à l'alinéa 1, lettre a, est réduite en conséquence si l'accouchement intervient avant la fin du 9^e mois de grossesse.

³ Pour les ressortissants suisses, d'un Etat membre de l'Union européenne auquel l'Accord sur la libre circulation des personnes s'applique, ou d'un Etat membre de l'Association européenne de libre-échange, il est tenu compte des périodes d'assurance et d'activité lucrative correspondantes, accomplies sur le territoire d'un autre canton suisse, d'un Etat membre de l'Union européenne auquel l'Accord sur la libre circulation des personnes s'applique ou d'un Etat membre de l'Association européenne de libre-échange.

Chapitre II Allocation de maternité

Art. 5 Conditions, durée du droit et montant maximal

¹ La mère qui remplit les conditions de la loi fédérale et de la présente loi a droit à une allocation pendant 112 jours, à concurrence du gain assuré maximal défini à l'article 10, alinéa 3 de la présente loi.

² Sont déduits de cette allocation les montants et indemnités journalières touchés en vertu de la loi fédérale.

³ Sont réservées les prestations plus étendues prévues par le droit cantonal, les conventions collectives de travail ou le contrat individuel de travail.

Art. 6 Primauté des indemnités fédérales et d'autres indemnités sur les allocations de maternité cantonales

¹ Entre le 99^e et le 112^e jour suivant l'octroi du droit aux allocations fédérales, l'allocation cantonale n'est versée que dans la mesure où, ajoutée aux prestations énumérées ci-dessous, elle ne dépasse pas le montant défini à l'article 10, alinéa 1, de la présente loi.

² Sont visées les :

- a) indemnités journalières versées en cas de maternité par l'assurance-maladie sociale (prestations ordinaires ou prestations spécifiques de maternité);
- b) indemnités journalières de l'assurance-chômage fédérale;
- c) indemnités journalières de l'assurance-invalidité;
- d) indemnités journalières de l'assurance-accidents;
- e) indemnités journalières de l'assurance-militaire;
- f) allocations de maternité versées par le canton ou le pays de domicile.

Chapitre III Allocation d'adoption

Art. 7 Conditions de l'allocation d'adoption

¹ En cas de placement d'un enfant en vue de son adoption, les prestations sont accordées aux futurs parents adoptifs si, à la date du placement :

- a) l'enfant a moins de huit ans révolus;
- b) l'enfant n'est pas celui du conjoint selon l'article 264a, alinéa 3, du Code civil;
- c) la personne assurée est en possession de l'autorisation, le cas échéant provisoire, d'accueillir un enfant;
- d) le parent qui demande l'allocation cesse effectivement le travail pendant le congé d'adoption.

² En cas d'adoption conjointe ou d'adoption simultanée de plusieurs enfants, les futurs parents adoptifs ne peuvent prétendre qu'une seule fois aux prestations. Celles-ci doivent être versées à la même personne. Les époux choisissent lequel d'entre eux en sera le bénéficiaire.

Art. 8 Durée du droit et montant maximal

¹ Lorsqu'un enfant est placé en vue de son adoption, la future mère ou le futur père adoptif a droit à une allocation pendant 112 jours, à concurrence du gain maximal assuré défini à l'article 10, alinéa 3, de la présente loi.

² Sont réservées les prestations plus étendues prévues par le droit cantonal, par les conventions collectives de travail ou le contrat individuel de travail.

Art. 9 Primauté des indemnités fédérales et d'autres indemnités sur les allocations d'adoption

¹ L'allocation d'adoption n'est versée, pendant la durée prévue par la présente loi, que dans la mesure où, ajoutée aux prestations énumérées ci-dessous, elle ne dépasse pas le montant défini à l'article 10, alinéa 1, de la présente loi.

² Sont visées les :

- a) indemnités journalières versées par l'assurance-maladie sociale ou par un assureur privé;
- b) indemnités journalières de l'assurance-chômage fédérale;
- c) indemnités journalières de l'assurance-invalidité;
- d) indemnités journalières de l'assurance-accidents;
- e) indemnités journalières de l'assurance-militaire;
- f) allocations d'adoption versées par le canton ou le pays de domicile.

Chapitre IV Calcul des prestations et montant

Art. 10 Calcul des prestations et montant

¹ L'allocation est versée sous forme d'indemnités journalières. Elle est égale à 80 % du gain assuré.

² On entend par gain assuré le revenu moyen de l'activité lucrative obtenu avant le début du droit à l'allocation. Pour déterminer ce revenu, l'article 11, alinéa 1, de la loi fédérale est applicable.

³ Le gain assuré ne peut dépasser le montant maximal déterminant pour l'assurance-accidents obligatoire.

⁴ Le montant minimal est fixé par le Conseil d'Etat. Il est indexé conformément à l'article 16a, alinéa 2, de la loi fédérale.

Chapitre V Cotisations aux assurances sociales

Art. 11 Paiement des cotisations

Les cotisations sociales dues en vertu de la législation fédérale sont supportées paritairement par l'assuré et par le fonds cantonal de compensation de l'assurance-maternité.

Chapitre VI Financement

Art. 12 Allocations et cotisations aux assurances sociales

¹ Les allocations prévues par la présente loi et les cotisations aux assurances sociales prises en charge par le fonds cantonal de compensation de l'assurance-maternité sont financées par :

- a) les suppléments aux cotisations dues au titre de la loi sur l'assurance-vieillesse et survivants;
- b) les intérêts du fonds de compensation de l'assurance-maternité.

² Sont soumis à l'obligation de payer des cotisations les assurés et les employeurs assujettis au sens de l'article 3 de la présente loi et visés par les articles 3 et 12 de la loi sur l'assurance-vieillesse et survivants.

Art. 13 Couverture des frais d'administration

Les frais d'administration des caisses de compensation liés à l'encaissement des cotisations et au versement des allocations leur sont remboursés par des contributions versées par le fonds dont le taux est fixé par le Conseil d'Etat.

Art. 14 Fonds cantonal de compensation de l'assurance-maternité

¹ Le fonds cantonal de compensation de l'assurance-maternité, créé par la loi sur l'assurance-maternité du 14 décembre 2000, est dorénavant régi par la présente loi.

² Ce fonds est indépendant et doté de la personnalité juridique. Il est crédité ou débité de toutes les ressources et prestations prévues par la présente loi.

³ Le fonds est géré par un conseil d'administration selon des principes semblables à ceux prévus par la législation fédérale en matière de fonds de compensation de l'AVS. La composition du conseil d'administration est la suivante :

- a) un président désigné par le Conseil d'Etat;
- b) 1 membre par parti politique représenté au Grand Conseil et élu par celui-ci;
- c) 4 membres représentant paritairement les employés et les employeurs, désignés par le Conseil d'Etat sur proposition des partenaires sociaux.

⁴ Les avoirs du fonds ne doivent pas, en règle générale, être inférieurs au tiers des dépenses annuelles de celui-ci.

⁵ Le fonds est exonéré des impôts cantonaux et communaux.

⁶ Le contrôle périodique du fonds est assuré par l'inspection cantonale des finances.

Chapitre VII Organisation, exercice du droit, compensation et sanctions

Art. 15 Organes

L'assurance en cas de maternité et d'adoption est gérée par les organes institués par la LAVS.

Art. 16 Exercice du droit

Les ayants droit font valoir leur droit auprès de la caisse de compensation qui a prélevé les dernières cotisations cantonales.

Art. 17 Compensation

Peuvent être compensées avec les allocations échues :

- a) les créances découlant de la présente loi;
- b) les créances en restitution de prestations cantonales complémentaires à l'assurance-vieillesse et survivants et à l'assurance-invalidité;
- c) les créances découlant de la législation sur les allocations familiales.

Art. 18 Sanctions

¹ Le département de l'action sociale et de la santé est habilité à infliger des amendes administratives allant de 100 F à 60 000 F pour toute contravention à la présente loi et ses règlements ou arrêtés d'exécution.

² Le droit pénal fédéral est réservé.

Chapitre VIII Voies de droit**Art. 19 Décisions**

Sur demande de l'intéressé, une décision écrite et motivée est notifiée, avec l'indication des voies de droit.

Art. 20 Opposition

¹ Les décisions prises par les caisses de compensation ou le fonds cantonal de compensation de l'assurance-maternité peuvent être attaquées, dans les 30 jours suivant leur notification, par la voie de l'opposition auprès de la caisse qui les a rendues, respectivement auprès du fonds cantonal de compensation de l'assurance-maternité, à l'exception des décisions d'ordonnement de la procédure.

² L'opposition doit être motivée et contenir des conclusions. Elle peut être écrite ou orale. Le règlement d'exécution fixe la procédure.

³ La procédure d'opposition est gratuite.

⁴ La décision sur opposition doit être rendue dans un délai approprié. Elle est écrite et motivée. Elle mentionne expressément le délai de recours et l'autorité auprès de laquelle il peut être formé recours.

Art. 21 Recours

Les décisions sur opposition, et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte, peuvent faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal cantonal des assurances sociales, dans un délai de 30 jours dès leur notification.

Art. 22 Révision et reconsidération

¹ Les décisions et les décisions sur opposition formellement passées en force sont soumises à révision si l'assuré ou les caisses de compensation, respectivement le fonds cantonal de compensation de l'assurance maternité, découvrent subséquemment des faits nouveaux importants ou trouvent des nouveaux moyens de preuve qui ne pouvaient être produits avant.

² Les caisses de compensation ou le fonds cantonal de compensation de l'assurance-maternité peuvent revenir sur les décisions ou les décisions sur opposition formellement passées en force lorsqu'elles sont manifestement erronées et que leur rectification revêt une importance notable.

³ Jusqu'à l'envoi de leur préavis à l'autorité de recours, les caisses de compensation ou le fonds cantonal de compensation de l'assurance-maternité peuvent reconsidérer une décision ou une décision sur opposition contre laquelle un recours a été formé.

Art. 23 Suspension des délais

Les délais en jours ou en mois fixés par la loi, par les caisses de compensation ou le fonds cantonal de compensation de l'assurance-maternité ne courent pas:

- a) du 7^e jour avant Pâques au 7^e jour après Pâques inclusivement;
- b) du 15 juillet au 15 août inclusivement;
- c) du 18 décembre au 1^{er} janvier inclusivement.

Art. 24 Assistance juridique gratuite

¹ Lorsque les circonstances l'exigent, l'assistance gratuite d'un conseil juridique est accordée au demandeur pour la procédure devant les caisses de compensation.

² Les modalités d'octroi de cette assistance sont définies par le règlement.

³ En cas de recours au sens de l'article 21 de la présente loi, l'assistance juridique gratuite est accordée au demandeur conformément à l'article 143A de la loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941.

Chapitre IX Dispositions finales et transitoires

Art. 25 Dispositions d'application

Le Conseil d'Etat est chargé de l'application de la loi. Il édicte le règlement d'exécution.

Art. 26 Clause abrogatoire

La loi sur l'assurance-maternité, du 14 décembre 2000, est abrogée.

Art. 27 Entrée en vigueur

La présente loi entre en vigueur le 1^{er} juillet 2005.

Art. 28 Dispositions transitoires

Fonds cantonal de compensation de l'assurance-maternité

¹ Le fonds cantonal de compensation de l'assurance-maternité est crédité ou débité de toutes les ressources et prestations prévues par la loi sur l'assurance-maternité, du 14 décembre 2000, qui ne sont pas prescrites au moment de l'abrogation de ladite loi.

Allocations non prescrites

² Le fonds cantonal de compensation de l'assurance-maternité garantit les allocations encore dues en vertu de la loi sur l'assurance-maternité, du 14 décembre 2000, dans la mesure où elles ne sont pas prescrites.

Cotisations non prescrites

³ Les cotisations encore dues en vertu de la loi sur l'assurance-maternité, du 14 décembre 2000, peuvent être réclamées dans la mesure où elles ne sont pas prescrites.

Cotisations des salariés dont l'employeur n'est pas tenu de payer des cotisations et cotisations des indépendants

⁴ En dérogation à l'article 3, alinéa 4 de la présente loi et jusqu'au 31 décembre 2005, les cotisations des salariés dont l'employeur n'est pas tenu de payer des cotisations et les cotisations des indépendants sont :

- a) égales à la part du salarié lorsque le revenu de l'activité lucrative est inférieur à 60 000 F par année;
- b) égales à la part du salarié augmentée du 66 % de la part de l'employeur lorsque le revenu de l'activité lucrative se situe entre 60 000 F et 100 000 F par année;
- c) égales à la part du salarié augmentée du 75 % de la part de l'employeur lorsque le revenu de l'activité lucrative est supérieur à 100 000 F par année.

Allocations de maternité

⁵ La présente loi s'applique lorsque l'accouchement est intervenu après son entrée en vigueur.

⁶ Si l'accouchement est intervenu dès le 98^e jour avant l'entrée en vigueur de la présente loi, l'allocation de maternité cantonale est versée, dès l'entrée en vigueur de la présente loi, conformément à son article 5, sous déduction des allocations versées en application de la LAPG et de la loi sur l'assurance-maternité, du 14 décembre 2000.

⁷ Si l'accouchement est intervenu entre le 112^e et le 99^e jour avant l'entrée en vigueur de la présente loi, les allocations continuent à être versées sur la base de la loi sur l'assurance-maternité, du 14 décembre 2000, jusqu'à épuisement de 112 indemnités journalières.

Allocations d'adoption

⁸ La présente loi s'applique lorsque le placement de l'enfant en vue de son adoption est intervenu après son entrée en vigueur.

⁹ Lorsque le placement de l'enfant en vue de son adoption est intervenu avant l'entrée en vigueur de la présente loi, l'allocation d'adoption continue à être versée sur la base de la loi sur l'assurance-maternité, du 14 décembre 2000, jusqu'à épuisement de 112 indemnités journalières.

Art. 29 Modifications à une autre loi

La loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 (E 2 05), est modifiée comme suit :

Art. 56V, al. 2, let. f) (nouvelle teneur)

- f) des contestations prévues à l'article 21 de la loi cantonale instituant une assurance en cas de maternité et d'adoption, du ... (*à compléter*).

Certifié conforme

Le chancelier d'Etat : Robert Hensler

EXPOSÉ DES MOTIFS

Mesdames et
Messieurs les députés,

I. INTRODUCTION

En date du 3 octobre 2003, l'Assemblée fédérale a adopté la modification de la loi fédérale sur le régime des allocations pour perte de gain (LAPG), du 25 septembre 1952. Cette modification introduit le nouveau titre IIIa (articles 16b et suivants) créant des allocations de maternité permettant à la mère de prendre un congé de maternité de 14 semaines, soit 98 jours, pendant lesquelles elle peut toucher une indemnité journalière s'élevant à 80 % de son revenu moyen. Cette loi fédérale remplace en grande partie les prestations actuellement servies par la loi cantonale sur l'assurance-maternité, du 14 décembre 2000 (ci-après : LAMat), laquelle prévoit toutefois un congé de maternité de 16 semaines, ainsi qu'un congé d'adoption d'une même durée. Soumise au vote du peuple en date du 26 septembre 2004, la modification fédérale entrera en vigueur le 1^{er} juillet 2005.

Suite à l'entrée en vigueur du nouveau droit fédéral, les cantons peuvent continuer à légiférer pour protéger la maternité. L'Office fédéral de la justice a rendu un avis de droit sur cette question en date du 13 février 2004 (voir annexe). Il résulte de cet avis de droit qu'en modifiant la LAPG introduisant des allocations en cas de maternité, le législateur fédéral a voulu n'utiliser qu'une partie de la compétence que lui donne l'article 116, alinéa 3, de la Constitution fédérale, et laisser aux cantons une compétence législative pour instituer ou maintenir des régimes complémentaires de protection de la maternité.

En modifiant la LAPG, le législateur fédéral a légiféré pour accorder un congé aux mères actives. Toutefois, dans ce domaine il a rétrocedé certaines compétences aux cantons. Ainsi, en vertu de l'article 16h LAPG, le législateur fédéral a expressément autorisé les cantons à prévoir des prestations de maternité plus élevées ou de plus longue durée et à instaurer des allocations en cas d'adoption. Pour le financement de ces prestations, les cantons sont autorisés à prélever des cotisations particulières.

Pour le surplus et en dehors des exceptions mentionnées à l'article 16h LAPG, une loi cantonale faisant usage des compétences conférées par cette disposition doit s'aligner sur les conditions du droit fédéral.

Suite à l'entrée en vigueur du nouveau droit fédéral, vu le principe de la force dérogatoire du droit fédéral, ce dernier primera sur le droit cantonal. Par

conséquent, la loi sur l'assurance-maternité cantonale du 14 décembre 2000 doit être substantiellement modifiée pour être conforme au nouveau droit fédéral.

Le but du présent projet de loi est d'adapter le droit cantonal, par une refonte complète de la LAMat, au nouveau droit fédéral pour maintenir les acquis genevois dans le domaine de la maternité et de l'adoption :

- d'une part, le droit cantonal complètera les prestations de maternité fédérales tant au niveau de la durée (garantie d'un congé total de 16 semaines correspondant à 112 indemnités journalières) que pour ce qui est des montants touchés (le droit cantonal maintiendra le plafond actuel qui correspond au maximum prévu par la loi sur l'assurance accidents – LAA);
- d'autre part, le droit cantonal maintiendra les allocations d'adoption pour un congé d'adoption de 16 semaines.

II. COMMENTAIRE PAR ARTICLE

Préambule

La loi instituant une assurance cantonale en cas de maternité et d'adoption s'inscrit dans le cadre des compétences qui sont déléguées au canton par le nouveau droit fédéral. Ces compétences sont expressément réservées à l'article 16h LAPG qui autorise le canton à prévoir l'octroi d'allocations de maternité de plus longue durée ou d'un montant plus élevé, ainsi que l'instauration d'allocations d'adoption. Dans la mesure où la loi cantonale se fonde dorénavant sur l'article 16h LAPG, il convient de mentionner cette disposition au niveau de la loi cantonale.

Article 1

Comme par le passé, la loi cantonale servira des allocations de maternité (lettre a) et des allocations d'adoption (lettre b).

Les allocations fédérales sont soumises à cotisation (article 19a, alinéa 1 LAPG). D'un point de vue pragmatique et pour faciliter le travail des caisses et des employeurs, il serait souhaitable que les allocations cantonales soient également soumises à cotisation. Par conséquent, il convient de maintenir les cotisations dans cette disposition (lettre c).

Article 2

Les prestations prévues par le présent projet de loi correspondent aux compétences réservées au canton en vertu de l'article 16h LAPG. Dans l'exercice de ses compétences, le canton doit toutefois s'aligner, pour le surplus, sur le droit fédéral. Par conséquent, le droit cantonal ne contiendra que les dispositions indispensables, et pour tout le reste, il y aura application par analogie du droit fédéral, en vertu du renvoi général prévu par la présente disposition.

Article 3

Le droit cantonal doit définir le cercle des personnes qui sont assujetties à la loi cantonale et donc tenues de payer des cotisations. A cet effet, il convient de reprendre l'actuel article 2 LAMat, lequel est toutefois modifié sur trois points :

Art. 3, al. 1, lettre a

Pour l'assujettissement des personnes salariées, les lettres a) et d) doivent être réalisées de manière cumulative. Sur ce point, le texte de l'alinéa 1, lettre a) de la LAMat actuelle n'est pas suffisamment clair, raison pour laquelle il est proposé de compléter la lettre a), in fine, en ajoutant que la personne salariée doit être au service d'un employeur assujetti à la loi selon la lettre d).

Art. 3, al. 2

En vertu de la jurisprudence du Tribunal fédéral (notamment l'arrêt du 4 juillet 2003 – 2P.329.2001 concernant la loi genevoise sur les allocations familiales), le principe de la légalité exige que la loi indique un plafond maximum pour le taux de contribution ou une fourchette dans laquelle il doit se situer. Par conséquent, il est proposé d'introduire une telle précision au niveau de la loi. Ce plafond tient compte des calculs effectués par le laboratoire d'économie appliquée de l'Université de Genève.

Art. 3, al. 4

La LAMat actuelle prévoit un taux de cotisation progressif pour les indépendants et les salariés d'un employeur non tenu de cotiser. Sous le nouveau régime, le maintien de ce taux progressif sera techniquement absurde. Pour cette raison, il convient de modifier cette disposition dans le sens que la cotisation des personnes visées par cette disposition sera égale à la part du salarié. Toutefois, pour des raisons techniques et pratiques, aucun changement ne doit intervenir au niveau du taux de cotisation au cours de l'année. Par conséquent, le taux progressif actuellement prévu par l'article 2,

alinéa 4, LAMat doit rester en vigueur jusqu'au 31 décembre 2005, ce qui est bien précisé par le renvoi à l'article 28, alinéa 4 (dispositions transitoires).

Article 4

Le droit cantonal doit définir le cercle des personnes pouvant bénéficier des prestations cantonales.

Toutefois, à l'exception des compétences cantonales réservées par l'article 16h LAPG, la loi cantonale doit s'aligner sur le droit fédéral. Par conséquent, il convient de reprendre les conditions de l'article 16b LAPG, définissant les ayants droit, tout en précisant, s'agissant des prestations cantonales, que ces conditions doivent être réalisées dans le canton de Genève.

En application des règles de coordination découlant des accords bilatéraux et en particulier du règlement européen 1408/71, il faut tenir compte, pour l'attribution des prestations cantonales (article 4, al. 3), des périodes d'assurance et d'activité lucrative accomplies ailleurs en Suisse ou sur le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne pour lequel l'Accord sur la libre circulation des personnes s'applique ou d'un Etat membre de l'AELE (cf. articles 26 et 28 du règlement sur les allocations pour perte de gain – RAPG).

Pour ce qui est du droit des personnes en incapacité de travail ou au chômage, celui-ci est défini par les articles 29 et 30 RAPG et n'a pas besoin de figurer expressément dans le droit cantonal.

Article 5

Le droit fédéral prévoit une allocation de maternité de 98 jours (14 semaines) prenant effet le jour de l'accouchement (article 16c et 16d LAPG). Le montant de l'allocation fédérale est de 80 % du revenu moyen de l'activité lucrative, avec un montant maximum fixé à 172 F par jour.

La LAMat actuelle prévoit une allocation de maternité pendant 112 jours. Le montant de l'allocation cantonale est égale à 80 % du gain assuré avec un maximum de 238 F par jour, correspondant au plafond de la loi fédérale sur l'assurance-accidents obligatoire (LAA). L'art. 16h LAPG autorise le droit cantonal à prévoir des allocations de plus longue durée ou d'un montant plus élevé. Par conséquent, et pour maintenir les acquis genevois, le droit cantonal servira :

- pendant les 98 premiers jours, des allocations complétant le montant des indemnités fédérales dans la mesure où le salaire de la mère dépasse le maximum prévu par le droit fédéral;
- à la fin du versement des allocations fédérales, des allocations cantonales pendant 14 jours, prolongeant ainsi le congé de maternité.

De cette manière, les mères continueront à bénéficier d'un congé de maternité de 16 semaines (112 jours) indemnisé aux montants actuels, composés de prestations fédérales et cantonales.

Article 6

Pour les allocations de maternité fédérales, la question de la coordination des prestations et de la surindemnisation est réglée par l'article 16g LAPG, lequel stipule que l'allocation de maternité exclut le versement des indemnités journalières provenant d'une autre assurance sociale. Cette disposition s'applique pendant la durée du versement des allocations fédérales, mais ne peut pas s'appliquer aux allocations cantonales qui sont versées entre le 99^e et le 112^e jour dès l'accouchement, respectivement dès le jour où les allocations fédérales ont été octroyées. Par conséquent, il faut prévoir une règle de coordination pour cette période. La disposition proposée correspond à l'article 10, alinéas 1 et 2, de la LAMat actuellement en vigueur. Toutefois, en cas de concours de plusieurs prestations, le montant maximal est celui de 80 % du gain assuré, à concurrence du plafond LAA. Ainsi, le montant de l'indemnité journalière sera le même pendant toute la durée du congé de maternité (selon le droit actuel, il y a cumul possible à concurrence d'une surindemnisation, définie par le dépassement du gain effectif).

En vertu des dispositions transitoires prévues par la LAPG, les contrats d'assurance-maladie portant sur une indemnité journalière en cas de maternité deviennent caducs dès l'entrée en vigueur du nouveau droit fédéral. Par conséquent, il n'y a plus lieu de prévoir, au niveau du droit cantonal, la coordination avec des prestations d'un assureur privé (article 6, alinéa 2, lettre a).

Article 7

Le droit fédéral ne prévoit pas de congé d'adoption, mais il réserve aux cantons la possibilité d'instaurer des allocations d'adoption. Dans la mesure où les modalités d'un tel congé ne sont pas réglées par le droit fédéral, les conditions posées par l'actuel article 6 LAMat restent valables et peuvent être reprises.

Article 8

Pour le congé d'adoption, les 16 semaines (soit 112 jours) prévues actuellement par l'article 8 LAMat sont maintenues. Dans un souci d'harmonisation de la terminologie, le droit fédéral comptant en jours et non en semaines, il est proposé de faire figurer dorénavant dans le droit cantonal la durée du congé d'adoption également en jours.

Article 9

Les allocations d'adoption ne sont pas prévues par le nouveau droit fédéral. Il convient dès lors de fixer dans le droit cantonal des règles régissant la coordination des prestations découlant de différents régimes. Par conséquent, il s'agit de reprendre l'article 10, alinéas 1 et 2, de la LAMat actuelle, qui stipule la primauté des prestations fédérales sur les allocations cantonales. Dans un souci d'égalité de traitement, le cumul de prestations est toutefois réglé de la même manière que pour les allocations de maternité (art. 6, al. 1).

Article 10

Le calcul de l'allocation doit être aligné sur celui du droit fédéral, tout en précisant que le gain assuré maximal est celui prévu par l'assurance-accidents obligatoire. Ce plafond correspond à celui actuellement en vigueur au niveau cantonal.

L'article 10, alinéa 4, comble une lacune de la LAMat actuelle et crée la base légale pour l'allocation minimale figurant à l'article 6, alinéa 1, de son règlement d'application. L'indexation de ce montant se fait de manière alignée sur la LAPG.

Article 11

Les allocations fédérales sont soumises au paiement de cotisations en vertu de l'article 19a, alinéa 1, LAPG. Dans un souci de cohérence et pour faciliter le travail administratif, les allocations cantonales devraient aussi être soumises au paiement de cotisations. A cet effet, il convient donc de prévoir une disposition..

Article 12

L'article 16h LAPG autorise les cantons à prélever des cotisations particulières pour financer les allocations cantonales. Il s'agit de cotisations APG qui sont donc prélevées en plus des cotisations fédérales, auprès des mêmes cotisants. Par conséquent, il convient d'aligner cette disposition sur les articles 26 et 27 LAPG.

Article 13

Cette disposition est reprise de la LAMat actuellement en vigueur.

Article 14

Le fonds cantonal de compensation de l'assurance-maternité continuera à exister suite à l'abrogation de la LAMat du 14 décembre 2000, mais sera dorénavant régi, aux mêmes conditions que par le passé, par la présente loi. Il s'agit donc de reprendre le contenu de l'actuel article 14 LAMat.

Article 15

Cette disposition correspond à l'actuel article 15 LAMat.

Article 16

Pour faire valoir son droit, il faut s'adresser à la caisse de compensation compétente selon le droit fédéral, appliqué par analogie. Il s'agit de la caisse qui a prélevé les dernières cotisations cantonales (art. 17, al. 1, LAPG, art. 34, al. 1, renvoyant à 19, al. 1, lettre a, RAPG).

Article 17

Cette disposition correspond à l'actuel article 21, alinéa 2, LAMat et doit être maintenue, la compensation des prestations cantonales n'étant pas régie par le droit fédéral.

Article 18

L'article 20 actuellement en vigueur, concernant les sanctions pour violation du droit cantonal peut être maintenu, à l'exception de son alinéa 2. Dans la mesure où la loi pénale genevoise ne contient aucune disposition relative à la loi sur l'assurance-maternité cantonale, l'actuel alinéa 2 n'est pas utile et n'a pas été repris.

Article 19

En vertu de l'article 18, alinéa 2, LAPG, l'allocation est fixée selon la procédure simplifiée à l'article 51 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances-sociales, du 6 octobre 2000 (ci-après : LPGA). Par conséquent, l'allocation est fixée par un décompte, une décision n'est rendue que lorsque l'assuré en fait la demande. Il convient donc de préciser dans la loi cantonale qu'une décision est rendue sur demande.

Articles 20-24

Ces dispositions de procédure ont été introduites dans la LAMat par la loi 9297, adaptant la loi cantonale à la LPGA. Elles sont en vigueur depuis le 1^{er} octobre 2004, et doivent être reprises dans la nouvelle loi cantonale. Les allocations cantonales seront ainsi soumises aux mêmes règles de procédure que les allocations fédérales.

Article 25

Le Conseil d'Etat édictera les dispositions réglementaires.

Article 26

Dans la mesure où le présent projet de loi constitue une refonte totale de la LAMat actuelle, cette dernière doit être abrogée.

Article 27

L'entrée en vigueur des articles 16b et suivants LAPG est prévue pour le 1^{er} juillet 2005. Il faut donc prévoir la même date pour l'entrée en vigueur de la présente loi.

Article 28

Vu l'entrée en vigueur du nouveau droit fédéral et l'abrogation de la LAMat actuelle, il convient de prévoir des dispositions transitoires:

Article 28, al. 1 à 3 - Prestations et cotisations encore dues selon la loi actuellement en vigueur

Les droits et obligations découlant de la LAMat actuelle se prescrivent dans un délai de 5 ans (art. 18, lettre c, LAMat, renvoyant aux articles 46 LAVS et 24 LPGA). Par conséquent, suite à l'abrogation de la LAMat actuelle, le fonds devra être crédité ou débité des ressources et prestations encore dues en vertu de cette loi.

Il devra garantir pendant une durée de 5 ans les prestations dues qui n'auront pas encore été versées.

De même, les caisses pourront réclamer les cotisations encore dues en vertu de la LAMat actuelle, sous réserve de prescription.

Article 28, al. 4 - Cotisations des salariés dont l'employeur n'est pas tenu de payer des cotisations et cotisations des indépendants

Le taux de cotisation progressif prévu par l'article 2, alinéa 4, de la LAMat actuelle doit rester en vigueur jusqu'au 31 décembre 2005. Dès le premier janvier 2006, il y aura application de l'article 3, alinéa 4, concernant la cotisation des salariés d'un employeur non tenu de payer des cotisations et des indépendants.

Article 28, al. 5 à 7 - Allocation de maternité

Le droit fédéral contient une disposition transitoire selon laquelle les nouvelles dispositions relatives à l'allocation de maternité s'appliquent également si l'accouchement est intervenu dans les 98 jours précédant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions. L'octroi des prestations intervient toutefois au plus tôt dès l'entrée en vigueur de ces dispositions, et uniquement pour la période non encore écoulée du droit aux allocations fédérales prévu à l'article 16d LPGA. Une même solution avait été retenue au moment de l'entrée en vigueur de la LAMat genevoise (article 24, alinéa 1, LAMat actuelle).

Compte tenu du droit transitoire fédéral, il faut prévoir des dispositions transitoires au niveau du droit cantonal qui permettent à toutes les mères

soumises à la loi genevoise de toucher une totalité de 112 indemnités journalières et donc de bénéficier d'un congé maternité de 16 semaines moyennant indemnisation correspondant à 80 % de leur gain assuré, quel que soit le moment de l'accouchement. Ces dispositions sont les suivantes :

- La nouvelle loi s'applique lorsque l'accouchement est intervenu après son entrée en vigueur.
- Pour les accouchements intervenus dès le 98^e jour avant l'entrée en vigueur du nouveau droit fédéral, l'allocation de maternité est versée, dès l'entrée en vigueur de la nouvelle loi cantonale, sur la base de son article 5, sous déduction des allocations fédérales ainsi que des allocations cantonales déjà touchées en vertu de la loi sur l'assurance-maternité du 14 décembre 2000.
- En cas d'accouchement entre le 112^e et le 99^e jour avant l'entrée en vigueur du nouveau droit fédéral, il convient de préciser que malgré l'entrée en vigueur du nouveau droit fédéral, inapplicable à ces situations, les prestations cantonales continuent à être versées selon l'ancien droit, jusqu'à épuisement de 112 indemnités journalières, donc pendant une période transitoire maximale de 14 jours (pour une personne ayant accouché le 99^e jour avant l'entrée en vigueur du nouveau droit fédéral).

Article 28, al. 8 et 9 - Allocation d'adoption

La loi s'applique lorsque le placement de l'enfant en vue de son adoption est intervenu après son entrée en vigueur.

Lorsque le placement est intervenu avant son entrée en vigueur, les indemnités journalières sont payées sur la base de l'ancien droit, jusqu'à épuisement de 112 indemnités.

Au bénéfice de ces explications, nous vous remercions, Mesdames et Messieurs les députés, de réserver un bon accueil au présent projet de loi.

Annexe :

Avis de droit de l'Office fédéral de la Justice du 13 février 2004



EIDGENÖSSISCHES JUSTIZ- UND POLIZEIDEPARTEMENT
 DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE
 DIPARTIMENTO FEDERALE DI GIUSTIZIA E POLIZIA
 DEPARTEMENT FEDERAL DA GIUSTIA ET POLIZIA

Bundesamt für Justiz
 Office fédéral de la justice
 Ufficio federale di giustizia
 Uffizi federal da la giustia

Division I de la législation – Abteilung I für Rechtsetzung

3003 Bern,
 3003 Berne,
 3003 Berna.

13 février 2004

☎ 031 / 32 241 69

Fax 031 / 32 278 37

Ihr Zeichen
 Votre signe
 vostro segno
 Vossa sign

Ihre Nachricht vom
 Votre communication du
 Vostra comunicazione del
 Vossa comunicaziun dals

27 janvier 2004

Office fédéral des assurances sociales
 Effingerstrasse 20
 3003 Berne

In der Antwort anzugeben
 A rappeler dans la réponse
 Ripeterlo nella risposta
 D'inditgar en la resposta

3.3.2.13-BSV 2002/13

Ergänzendes kantonales Recht

Madame, Monsieur,

Veillez trouver ici notre analyse sur la compétence législative des cantons en matière d'assurance-maternité et, plus spécialement, sur la portée du nouvel art. 16h (Rapport avec les réglementations cantonales) de la loi fédérale sur les allocations pour perte de gain¹, introduit par la loi de révision du 3 octobre 2003². Vous voudrez bien excuser le retard avec lequel nous vous répondons, qui est dû au fait que votre lettre du 24 novembre 2003, en raison d'un acheminement défectueux, n'est parvenue à notre connaissance qu'à la fin janvier 2004. Nous vous signalons encore que nous avons pris contact téléphonique avec un représentant de la "Task Force LAMat" du canton de Genève (Mme Karin Müller) pour lui expliquer cet incident et pour annoncer notre prochaine réponse à l'OFAS.

1. La question posée

Il s'agit de savoir dans quelle mesure les cantons peuvent, compte tenu de l'introduction de l'allocation fédérale de maternité au sens des art. 16b et ss LAPG, continuer à légiférer pour protéger la maternité. Ou, exprimé en d'autres termes, si les cantons *ne* peuvent, en vertu de l'art. 16h LAPG, compléter le régime fédéral *que* dans les trois domaines qui y sont exhaustive-

¹ LAPG, RS 834.1.

² Loi du 3 octobre 2003, FF 2003 6051 et ss. Le référendum a été demandé.

ment mentionnés (allocation plus élevée, allocation plus longue, allocation d'adoption).

2. La compétence fédérale en matière d'assurance-maternité

2.1. Le partage constitutionnel

2.1.1 L'art. 116, al. 3, 1^{ère} phrase, de la Constitution fédérale du 18 avril 1999³ dispose que la Confédération institue une assurance-maternité. L'al. 4 de cette même disposition précise encore que le législateur peut déclarer l'assurance-maternité obligatoire de manière *générale* ou pour *certaines catégories* de personnes. La Constitution n'impose donc pas d'instituer une assurance selon le principe de l'universalité (personnes avec et sans activité lucrative), mais autorise aussi une assurance sectorielle, limitée à une ou plusieurs catégories de personnes, déterminées, par exemple, en fonction de la situation professionnelle ou économique. Ainsi a-t-on pensé à des catégories telles que les salariés, les indépendants et les non-actifs⁴.

2.1.2 Quant à sa nature, la compétence donnée à l'art. 116, al. 3, n'est pas exclusive, mais *concurrente*. Il résulte du caractère concurrent de la compétence fédérale et de l'art. 3 Cst. que les cantons peuvent légiférer dans le domaine *aussi longtemps que et dans la mesure où* la Confédération ne l'a pas fait. Mais, pour établir le partage concret entre compétences fédérales et compétences cantonales, il faut analyser l'usage que le *législateur fédéral* a fait de la compétence constitutionnelle et considérer, par conséquent, la *loi fédérale* qui la met en œuvre⁵.

2.2 Le partage selon la LAPG

2.2.1 La révision du 3 octobre 2003 de la LAPG rend obligatoire l'affiliation à un régime d'indemnités journalières des personnes *exerçant une activité lucrative*, que celle-ci soit dépendante (salariée) ou indépendante (cf. art. 16b LAPG). Faisant usage de la possibilité que lui offrait l'al. 4 de l'art 116 Cst., le législateur fédéral a donc opté pour un régime sectoriel et professionnel (cf. chif. 2.1.1). Mais rien dans les travaux préparatoires ne conduit à admettre qu'en faisant ce choix, le législateur fédéral entendait épuiser l'ensemble de la compétence que lui donne l'art. 116 Cst. et, corrélativement, priver les cantons de toute compétence législative en ce domaine. Au contraire, on perçoit,

³ Cst; RS 101.

⁴ Pascal Mahon, Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Zurich, Bâle, Genève 2003, Art. 116, no 15; Luzius Mader, Die schweizerische Bundesverfassung, Zurich, Bâle, Genève 2002, Art. 116, nos 11 et 12. Voir aussi le rapport, du 3 octobre 2002, de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national "Révision de la loi sur les allocations pour perte de gain - Extension du champ d'application aux mères exerçant une activité lucrative", cité, ci-après, rapport du 3 octobre 2002, FF 2002 6998 et ss, 7033.

⁵ Andreas Auer, Giorgio Malinverni, Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse, Berne 2002, vol. I, nos 941 et ss, en particulier nos 946, 980 et 990; JAAC 65.92, p. 1035.

à différents stades des délibérations parlementaires, des déclarations générales attestant la volonté de respecter le droit des cantons de prévoir d'autres régimes. Ainsi, dans une réponse à un membre de la commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national (CSSS-N), le représentant de l'administration fédérale déclarait: "... Prima vista gehen wir davon aus, dass wir keine ausschliessliche Bundeskompetenz haben, so dass es den Kantonen möglich wäre, eine günstigere gesetzliche Ordnung neben der Bundesregelung beizubehalten. Man könnte sich allerdings fragen, ob zur Klärung im Gesetz festzuhalten sei, dass es um keine ausschliessliche Bundeskompetenz gehe und dass weiter gehende private oder öffentliche Regelungen nicht tangiert seien."⁶ D'autres déclarations allant dans un sens proche, tout en restant très globales, ont ponctué les travaux parlementaires et montrent que le législateur fédéral se souciait de ménager les régimes cantonaux existants⁷. Cela nous conduit à admettre qu'en instituant le régime fédéral d'allocation pour perte de gain en cas de maternité, le législateur fédéral a voulu n'utiliser qu'une partie de la compétence que lui donne l'art. 116, al. 3, Cst., et laisser aux cantons une compétence législative pour instituer ou maintenir des régimes complémentaires de protection de la maternité. Cette manière de faire ressemble d'ailleurs fort à ce qui a été fait en matière d'allocations familiales, où la Confédération s'est bornée à légiférer pour la seule catégorie de personnes occupées dans le secteur agricole (travailleurs agricoles, paysans de montagne et petits paysans de plaine, pêcheurs professionnels), laissant aux cantons le soin de légiférer en matière d'allocations familiales pour les autres secteurs⁸.

2.2.2. Le législateur fédéral n'a légiféré et, par conséquent, occupé le terrain que pour la catégorie des *personnes exerçant une activité lucrative*. Pour cette catégorie de personnes, les cantons n'ont donc, si la révision de la LAPG entre en vigueur, de compétence législative que si la loi leur en rétrocède une partie (compétences déléguées)⁹. Or c'est ce que fait l'art. 16h LAPG¹⁰. En vertu de cette disposition, les cantons sont habilités à compléter les prestations fédérales dans trois domaines énumérés exhaustivement (allocation plus élevée, allocation plus longue, allocation d'adoption) et à financer ces prestations plus généreuses par des "cotisations particulières" (en alle-

⁶ Séance du 26 juin 2002 de la CSSS-N, PV, p. 18. La commission décida alors qu'il suffisait de préciser la chose dans le rapport, ce qui, pourtant, n'a pas été fait en des termes aussi généraux, qui replacent la problématique dans la perspective des différents types de compétences constitutionnelles et de leurs conséquences pour les cantons.

⁷ Rapport du 3 octobre 2002, p. 6999; avis du Conseil fédéral du 6 novembre 2002, FF 2003 1032 et ss, 1036; intervention de la cheffe du Département fédéral de l'intérieur à la séance du 14 novembre 2002 de la CSSS-N, PV, p. 3.

⁸ Pascal Mahon, op. cit., Art. 116, no 9.

⁹ Andreas Auer, Giorgio Malinverni, Michel Hottelier, op. cit., nos 993 et ss.

¹⁰ Cet article a le teneur suivante:

Art. 16h Rapport avec les réglementations cantonales
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.

mand, "besondere Beiträge"). Il est important de voir que cette disposition contient deux idées qui sont liées l'une à l'autre, ce qui est déterminant pour une bonne compréhension du texte: l'art. 16h permet aux cantons non seulement d'instaurer un régime d'allocations plus généreux dans les trois domaines cités exhaustivement, mais encore de le financer par des cotisations qui pourraient être prélevées auprès des mêmes cotisants (assurés AVS et employeurs) et fixées paritairement pour les salariés et les employeurs¹¹. Toute la portée normative de l'art. 16h LAPG tient dans cette double idée. Il faut relever ici que les travaux préparatoires ne livrent aucune explication à propos de cette notion de "cotisations particulières"¹². Mais rien ne laisse supposer qu'il s'agirait d'un genre de cotisations structurellement différentes de celles perçues dans le cadre des APG. On peut, dès lors, admettre que l'art. 16h autorise, dans les domaines énumérés, un financement calqué sur le modèle des APG, qui pourrait prendre la forme de "suppléments cantonaux" aux cotisations du régime APG, y compris les cotisations d'employeurs. Ces cotisations seraient "particulières" en ce qu'elles seraient fondées sur le droit cantonal et présentées, dans les bordereaux, comme distinctes des cotisations fédérales. Pour le reste, ce seraient des cotisations du type APG.

Préciser cette question du mode de financement était absolument nécessaire si le législateur fédéral voulait autoriser les cantons à compléter, tout en restant dans le cadre des APG, les prestations fédérales. En revanche, hors du cadre des APG, le législateur fédéral n'avait pas à se préoccuper de régler la question de la faculté des cantons d'instituer des régimes de protection de la maternité pour d'autres catégories de personnes et de leur mode de financement. Une disposition en ce sens n'aurait eu qu'une valeur déclaratoire¹³.

¹¹ Dans son rapport du 3 octobre 2002, la CSSS-N commente en ces termes cette disposition: *"Même après l'entrée en vigueur d'une assurance-maternité au plan fédéral, les cantons doivent garder la possibilité d'introduire une assurance-maternité prévoyant l'octroi de prestations plus généreuses que les APG. Ils doivent également avoir la possibilité, à cet effet, de financer leur assurance-maternité complémentaire par le prélèvement de cotisations particulières"*; FF 2002 7024.

¹² Selon des informations reçues oralement, les auteurs du projet se référaient à un texte comparable figurant à l'art. 24, al. 1, let. a, de la loi fédérale sur les allocations familiales dans l'agriculture (LFA; RS 836.1). Cette disposition, introduite dans la LFA en 1962, parle de "contributions spéciales", mais l'allemand disait déjà, comme fait la loi du 3 octobre 2003, "besondere Beiträge". Or il ressort du message explicatif de la révision de la LFA de 1962 que cette disposition devait lever toute ambiguïté notamment quant à la faculté des cantons de financer les prestations complémentaires accordées aux travailleurs agricoles en prélevant des cotisations supplémentaires aussi auprès des employeurs de l'agriculture; cf. FF 1961 II 457, 485.

¹³ Voir une analyse comparable à propos des compétences cantonales en matière d'allocations familiales, dans le rapport, du 20 novembre 1998, de la CSSS-N "Prestations familiales (Fankhauser)", FF 1999 2942 et ss, 2952, ad art. 2.

3. Conséquences concrètes pour les cantons

3.1 Compétences législatives des cantons en matière de protection de la maternité

Au vu de ce qui précède, les cantons ont conservé des compétences dans le domaine de la protection de la maternité de deux manières: d'une part, là où le législateur fédéral n'a pas légiféré, et, d'autre part, là où il a légiféré, mais a rétrocedé une partie des compétences aux cantons.

3.2 Compétences là où le législateur fédéral n'a pas légiféré

Là où le législateur fédéral n'a pas légiféré, le domaine est resté, conformément au principe de l'art. 3 Cst., dans la compétence législative des cantons, qui peuvent prévoir diverses prestations de maternité, aux conditions qu'ils fixent eux-mêmes, mais en les finançant par leurs propres ressources, sans pouvoir recourir aux cotisations du régime APG.

En particulier, on pense ici à l'instauration d'un régime d'allocation pour les personnes qui n'exercent pas d'activité lucrative. Le législateur fédéral de 2003 les a exclues du régime fédéral parce que leur inclusion dans la défunte loi fédérale, du 18 décembre 1998, sur l'assurance-maternité¹⁴ passait pour avoir été l'une des raisons de son échec dans le référendum de juin 1999. Si maintenant un législateur *cantonal* considère qu'il y a là une lacune sociale insoutenable, il peut légiférer pour la combler lui-même. Il doit cependant le faire dans le respect des principes constitutionnels, parmi lesquels celui de l'égalité, qui est important notamment en matière de financement¹⁵. Il pourrait, par exemple, prévoir un financement de type fiscal, c'est-à-dire à travers un supplément à l'impôt direct cantonal, voire simplement à travers le budget général du canton. Il pourrait aussi prévoir un financement en prélevant des cotisations auprès des seuls assurés. Il pourrait encore combiner les modes précités. En revanche, il ne pourrait financer cette prestation cantonale par des suppléments aux cotisations APG. Il ne pourrait pas davantage utiliser, pour la financer, des ressources prélevées, dans une mesure même proportionnelle au nombre d'habitants ou aux cotisants du canton concerné, sur le fonds des APG, ce fonds étant alimenté par les assurés de toute la Suisse et devant donc rester à la disposition de l'ensemble de la population¹⁶.

¹⁴ LAMat; FF 1998 4973.

¹⁵ Cf. l'arrêt, du 4 juillet 2003, de la II^e Cour de droit public du Tribunal fédéral, Fédération des syndicats patronaux et consorts c. Grand Conseil de la République et canton de Genève (2P.329/2001), qui dénonce le caractère inconstitutionnel (violation des art. 8 et 127 Cst.) du financement du nouveau régime des allocations familiales dans le canton de Genève; AJP/PJA 2004, p. 97.

¹⁶ Cf. la réponse du Conseil fédéral à l'interpellation Roth-Bernasconi (99.3253) Assurance-maternité pour les cantons latins, BO 1999 CN 2260 s.

3.3 Compétences là où le législateur fédéral a légiféré (art. 16h LAPG).

Là où il a légiféré, le législateur fédéral a expressément autorisé les cantons à prévoir des prestations de maternité plus élevées ou de plus longue durée, voire des prestations pour un *autre* cas de "maternité" (voire de "paternité"), qui est l'adoption, et à financer ces prestations supplémentaires par des cotisations particulières. Si l'on reprend les trois sortes de prestations énumérées à l'art. 16h LAPG, on peut penser aux possibilités suivantes:

Prestations de maternité plus élevées. La loi fédérale prévoit une indemnité journalière égale à 80% du revenu moyen de l'activité lucrative (art. 16e, al. 2, LAPG), avec un maximum de 172 francs par jour (art. 16f, al. 1, LAPG). Une loi cantonale pourrait aller plus loin, par exemple à 90% du revenu, à 200 francs par jour, mais probablement pas au-delà de 100 % (car alors il n'y aurait plus de "perte de gain"), ni au-delà de 215 francs par jour (qui est le maximum de l'allocation versée en cas de service, militaire ou autre, art. 16a, al. 1, LAPG).

Prestations de maternité de plus longue durée. La loi prévoit une indemnité journalière pendant 98 jours, c'est-à-dire quatorze semaines (art. 16d LAPG). Ici également, une loi cantonale pourrait aller plus loin, par exemple à 112 jours, c'est-à-dire seize semaines, comme il en a été question lors de l'élaboration de la loi fédérale. Peut-être même plus loin encore, tout en tenant compte, pour les personnes salariées, des obligations qui leur incombent en raison de leur rapport de travail.

Prestations en cas d'adoption. La loi fédérale n'en prévoit pas, mais elle autorise les cantons à en introduire. Une loi cantonale pourrait user de cette autorisation, déterminer le bénéficiaire (l'homme ou la femme qui adopte), l'âge maximum de la personne adoptée, le montant et la durée de l'allocation.

En vous remerciant de bien vouloir transmettre notre réponse à la "Task Force LAMat", nous vous prions de recevoir, Madame, Monsieur, nos salutations les meilleures.

OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE

Division I de la législation

Le chef :

Ridha Fraoua

Chargée du dossier : Béatrice Aubert