



Commentaire de la modification du 26 octobre 2011

- **de l'ordonnance du 31 octobre 2007 sur les allocations familiales (OAFam ; RS 836.21)**
- **du règlement du 11 novembre 1952 sur les allocations familiales dans l'agriculture (RFA ; RS 836.11)**

1. Contexte

Par décision du 18 mars 2011, les Chambres fédérales ont modifié la loi sur les allocations familiales (LAFam, RS 836.2). Cette révision a étendu le champ d'application de la LAFam aux indépendants et a pour origine l'initiative parlementaire Fasel du 16 décembre 2006 (06.476 Un enfant, une allocation). Par suite de ces nouvelles dispositions légales, il doit être procédé à des modifications au niveau réglementaire.

2. Adaptation à l'introduction d'allocations familiales en faveur des indépendants dans la LAFam

Avec la modification de l'OAFam arrêtée le 26 octobre 2011 par le Conseil fédéral, il s'agit en premier lieu de procéder aux adaptations du texte en vigueur rendues nécessaires par la révision de la LAFam du 18 mars 2011. L'art. 13 *modifié* LAFam donne compétence au Conseil fédéral de régler les modalités de naissance et d'expiration du droit aux allocations familiales pour les indépendants et de déterminer la caisse de compensation pour allocations familiales (CAF) compétente en cas d'exercice de plusieurs activités par une même personne. En outre, d'autres dispositions d'exécution ont été introduites ou adaptées. Certaines règles, inscrites jusqu'à présent dans les directives, ont été intégrées dans l'ordonnance.

Une modification de portée minimale a dû être apportée au RFA.

Les modifications réglementaires entreront en vigueur le 1^{er} janvier 2013 en même temps que la révision de la LAFam.

3. Adaptation à la jurisprudence

La modification de l'OAFam rendue nécessaire par la révision de la LAFam est l'occasion d'introduire également deux nouvelles dispositions qui s'imposent suite à des arrêts de tribunaux. Ces dispositions concernent :

- le droit à l'allocation de formation professionnelle pour les enfants quittant la Suisse pour cause de formation (cf. infra le commentaire de l'art. 7, al. 1^{bis}, OAFam) ;
- le droit aux allocations familiales en cas de congé non payé (cf. infra le commentaire de l'art. 10, al. 1^{bis} et 1^{ter}, OAFam).

Ces règles ne se fondent pas sur les articles modifiés de la LAFam et entreront dès lors en vigueur avant les autres modifications, soit le 1^{er} janvier 2012.

4. Commentaire des dispositions modifiées de l'OAFam

Art. 7 Enfants à l'étranger

Titre

Du fait de la suppression des conditions particulières à l'al. 1 et de l'introduction d'un nouvel al. 1^{bis}, le titre de cet art. est libellé de manière plus générale.

Al. 1 ; suppression des conditions selon les let. a-d

Généralités

Des allocations familiales pour des enfants domiciliés à l'étranger ne sont en principe versées que si des conventions internationales le prévoient. L'existence d'une convention de sécurité sociale ne suffit pas. La convention doit concerner explicitement les allocations familiales et contenir à l'égard de la Suisse une obligation de versement des allocations familiales. Les conventions internationales existantes excluent les restrictions visées à l'al. 1, let. a à d. Ces restrictions ne trouvent dès lors pas à s'appliquer dans la pratique. Elles sont à l'origine de malentendus et doivent dès lors être supprimées.

Conséquence en cas d'application de l'art. 7, al. 2

Sont ici visées des catégories particulières de salariés qui travaillent à l'étranger pour un employeur suisse. Dans ces cas, les let. a et c de l'al.1 actuellement en vigueur sont applicables.

- L'al. 1, let. a stipule qu'un droit à l'étranger prime. En pratique, il est presque sans effet. Dans de tels cas, il n'existe en règle générale aucun droit à l'étranger (absence d'activité lucrative donnant droit à des allocations familiales et/ou de réglementation analogue de sécurité sociale) ou ce droit porte sur des prestations d'un montant très faible. Selon la LAFam, un droit à l'étranger à une prestation d'un montant même modique devrait exclure le versement de toute allocation ; ce qui est contraire au sens de l'al. 2. Si, un droit, dans des cas particuliers, devait effectivement exister à l'étranger, il serait possible de traiter ces derniers en appliquant par analogie l'art. 7 LAFam. Il est injuste de perdre totalement son droit aux allocations familiales selon la LAFam en cas de droit à des allocations familiales d'un montant même très modique dans l'Etat de domicile.
- L'al. 1, let. c exclut tout droit pour les enfants du conjoint, les enfants recueillis, les frères et sœurs et les petits-enfants. Dans les cas de figure visés par l'al. 2, qui concernent des situations où les familles ont un lien particulier avec la Suisse, cette exclusion n'est pas justifiée et conduit dans la pratique à des résultats choquants. Il s'agit en effet de cas où les familles et les enfants étaient domiciliés en règle générale en Suisse avant de partir pour l'étranger. Dans ces cas, vérifier que les conditions d'octroi sont remplies ne présente pas de difficulté particulière et le risque de simulation de situations ouvrant droit à des allocations apparaît des plus faibles.

Supprimer les let. a à d de l'al. 1 apparaît justifié également en corrélation avec l'al. 2.

Al. 1^{bis}

La pratique en vigueur a permis de montrer que la règle actuelle qui prévaut pour les enfants quittant la Suisse à des fins de formation soulève des problèmes et ce dans les cas où les jeunes poursuivent leurs études dans un Etat avec lequel la Suisse n'a pas conclu de convention internationale concernant les allocations familiales. Les enfants de ressortissants suisses ou de citoyens de l'UE ou de l'AELE qui suivent une formation dans un Etat de l'UE/AELE donnent droit aux allocations familiales en vertu de l'al. 1. Les directives pour l'application de la loi fédérale sur les allocations familiales (DA-Fam)¹ de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) stipule au n°301 que pendant la première année d'études à l'étranger les enfants continuent de donner droit à des allocations familiales. En revanche, le droit aux allocations familiales cesse en principe au-delà cette première année (complètement intégré à la version en vigueur depuis le 1.1.2011). Dans plusieurs cas, les parents ont fait recours après que les allocations familiales pour leur enfant ont été supprimées à l'issue de la première année d'études à l'étranger. Lors de l'examen des cas, les tribunaux cantonaux ont qualifié de trop

¹ <http://www.bsv.admin.ch/vollzug/documents/index/category:103/lang:fre>

schématique la règle des DAFam. Les tribunaux² ont renvoyé les différents cas aux instances inférieures pour nouvel examen. Ils sont arrivés à la conclusion que, dans l'hypothèse d'études à l'étranger pendant plusieurs années, les caisses de compensation pour allocations familiales devaient examiner selon les circonstances propres à chaque cas si, à l'issue d'une année, le domicile du jeune en formation et donc le centre de ses intérêts se trouvaient bien à l'étranger. Ils se sont ici appuyés également sur la thèse contenue dans KIESER/REICHMUTH, Praxiskommentar FamZG, art. 4, n°53 ss selon laquelle la règle des DAFam serait trop restrictive.

Afin de faciliter l'exécution et pour garantir une application uniforme du droit, cette question doit être réglée dans l'ordonnance. La nouvelle disposition s'éloigne de ce que prévoyaient les directives et répond aux réserves émises par la doctrine et la jurisprudence. Elle pose la présomption selon laquelle le domicile en Suisse est conservé en cas de formation à l'étranger. Le droit aux allocations de formation professionnelle continue dès lors d'exister. Il n'y a pas d'adaptation au pouvoir d'achat. Cela correspond à la présomption de l'art. 26 CC qui veut que le séjour dans une localité en vue d'y fréquenter une école ne constitue pas un domicile. Cette nouvelle règle ne doit être prise en considération que si aucun droit aux allocations familiales n'existe en application de l'al. 1.

La formulation « quittant la Suisse pour cause de formation... » exclut donc en règle générale de la catégorie des enfants donnant droit aux allocations de formation professionnelle les enfants qui quittent la Suisse et vivent chez un de leurs parents à l'étranger, là où ils font des études. Dans ce dernier cas, le centre de leurs intérêts se trouve là où ils vivent avec leur mère ou leur père.

Si la formation à l'étranger dure plus de cinq ans, les versements cessent ; les allocations familiales déjà perçues ne sont en revanche pas restituées. Sont ici visées en premier lieu les études universitaires accomplies à l'étranger après l'obtention de la maturité. Il peut également s'agir d'autres types de formation qui font suite à l'école obligatoire. Si un enfant quitte la Suisse avant son 16^{ème} anniversaire, le délai de cinq ans peut être prolongé d'autant. De tels cas seront toutefois l'exception. Enfin, il s'agit d'une présomption qui peut être renversée par les organes d'exécution. Plus un enfant est jeune lorsqu'il quitte la Suisse, plus il est probable qu'il déplace également son domicile à l'étranger. D'autres critères comme par exemple le maintien de contacts avec la famille et les amis restés en Suisse ou le retour en Suisse pendant les vacances peuvent également être pris en considération.

Al. 2

Le renvoi à l'al. 1, let. a et c peut être supprimé, cf. développement sous l'al. 1.

Titre précédant l'art. 9

Le titre est adapté pour répondre à l'extension du champs d'application de la LAFam aux indépendants.

Art. 10, al. 1^{bis} et 1^{ter}

Durée du droit aux allocations après expiration du droit au salaire ; coordination

Al. 1^{bis}

Lors de l'entrée en vigueur de la LAFam, la question s'est posée de savoir comment procéder lors d'un congé non payé lorsque le contrat de travail perdure. Faut-il continuer à verser les allocations familiales ou au contraire cesser de le faire et, si tant est que les conditions soient remplies, les verser à l'autre parent ? Dans la pratique, le congé-maternité est par exemple souvent prolongé via un congé non payé pour atteindre une durée de six mois. C'est pourquoi, l'OFAS a complété les DAFam pour le 1.1.2011 en précisant qu'en cas de congé non payé les allocations familiales ou le complément différentiel sont encore versés pendant le mois en cours et les trois mois suivants dès lors que le salaire annuel atteint 6'960 francs au moins. Le délai de trois mois est analogue à la règle applicable en cas de maladie. Les arguments suivants plaident en faveur de cette solution :

² Arrêt du tribunal des assurances du canton du Tessin du 10.02.2011, 39.2010.8, consid. 2.4 ; arrêt du tribunal des assurances sociales du canton de Bâle-Ville du 6.04.2011, FZ 2011.1, consid. 2.3

- Des allocations familiales entières sont également versées en cas de travail à temps partiel dès lors que la condition du salaire minimum ouvrant le droit aux allocations est remplie. Dans le cadre d'un contrat de travail à durée indéterminée, c'est également le cas si l'activité est irrégulière ou le travail sur appel (n°510 DAFam). Au final, sur une année un congé non payé revient au même qu'une occupation à temps partiel. Dans la mesure où ce sont plutôt les salariés avec de bons revenus qui en font usage, les salaires de ces derniers, malgré un congé non payé, sont souvent plus élevés que ceux de nombre de personnes travaillant sur appel.
- Dans la mesure du possible, la suspension du droit aux prestations (et un changement d'ayant droit lorsque l'autre parent peut également prétendre aux allocations familiales) doit être évité pour une courte durée.

Cette règle est dépourvue de base légale selon KIESER/REICHMUTH, Praxiskommentar FamZG, art. 13 n°96). Elle n'a pas résisté à l'examen de Tribunal fédéral³ : le Conseil fédéral, dans l'exercice de sa compétence octroyée par l'art. 13, al. 1, LAFam, n'ayant pas édicté de disposition correspondante dans l'ordonnance, les DAFam sont allées trop loin. C'est pourquoi l'OAFam doit être complétée en ce sens.

Al. 1^{er}

Il s'agit d'une précision qui correspond à la pratique actuelle. Elle offre une solution simple du point de vue administratif et conduit à éviter les allocations partielles pour les mois entamés, les lacunes dans l'octroi des allocations familiales ou d'éventuels changements d'ayants droit pour une courte période.

Art. 10a Durée du droit aux allocations pour les indépendants

Al. 1

Contrairement aux salariés, le critère déterminant ne peut être la durée du contrat de travail. Il convient d'éviter les allocations calculées par jour et privilégier une solution plus avantageuse pour les familles soit un droit à des allocations mensuelles. Ceci correspond en règle générale pour les indépendants à la durée de l'obligation de cotiser à l'AVS.

Al. 2

Les indépendants également peuvent être empêchés de travailler. Une telle interruption de leur activité n'a toutefois pas toujours d'incidence directe et immédiate sur leur revenu, lorsque par exemple l'exploitation de l'entreprise est poursuivie au moins partiellement grâce à des employés ou des membres de la famille. Même dans ces cas, il convient de s'assurer dans la mesure du possible qu'aucune lacune dans le droit aux allocations familiales n'apparaisse. La règle qui prévaut pour les salariés est dès lors déclarée applicable aux indépendants par analogie.

Art. 10b Détermination du revenu minimal pour les personnes exerçant plusieurs activités lucratives

L'octroi d'allocations familiales pour les personnes exerçant une activité lucrative est subordonné à un revenu minimal (6'960 francs par année, respectivement 580 francs par mois). La règle selon laquelle les revenus provenant de diverses activités lucratives sont additionnés est d'ores et déjà appliquée dans l'hypothèse de l'exercice simultané de plusieurs activités salariées et inscrite au n°510 DAFam. Les revenus provenant de plusieurs activités salariées consécutives ne sont en revanche pas additionnés. La règle doit être inscrite dans l'ordonnance et s'appliquer également aux personnes qui exercent simultanément une activité indépendante et une activité salariée.

Art. 11 Caisse de compensation pour allocations familiales compétente en cas d'exercice de plusieurs activités par une même personne

Par suite de l'interdiction du cumul d'allocations familiales, le concours de droits entre plusieurs personnes (art. 7 LAFam) mais aussi le concours de droits au sein d'une même personne doivent être réglés. La reconnaissance d'un droit aux allocations familiales pour les indépendants contraint le Conseil fédéral à adopter une nouvelle réglementation en la matière (art. 13, al. 4, let. b LAFam).

³ Arrêt du tribunal fédéral 8C_713/2010 du 23.03.2011, consid. 5

Al. 1^{bis}

Conformément à la règle qui prévaut l'art. 7, al. 1, let. e LAFam en cas de concours de droits entre plusieurs personnes, la priorité est donnée au droit fondé sur l'exercice d'une activité salariée. Cette règle ne conduit pas à une charge supplémentaire pour les employeurs car aujourd'hui déjà les personnes concernées qui se trouvent dans une telle situation perçoivent des allocations familiales en tant que salariés. Deux restrictions sont toutefois prévues :

- La let. a : cette priorité ne s'applique pas en présence d'un contrat de travail à durée déterminée (de six mois ou moins). L'objectif de cette réserve est d'éviter le changement fréquent de caisses d'allocations familiales (CAF).
- La let. b : le paiement des allocations familiales par la CAF de l'employeur n'est pas justifié, lorsque le salaire minimum n'est pas atteint, c'est-à-dire lorsque des cotisations sur un salaire minimum ouvrant droit aux allocations familiales ne sont pas payées.

Al. 2

Comme il n'est pas possible de régler au niveau de l'ordonnance tous les cas de figure et cas particuliers et, dans la mesure où, ils n'apparaissent qu'au cours de l'exécution, ces cas peuvent être réglés si nécessaire dans le cadre des DAFam. Cela est également valable lorsque plusieurs activités salariées sont concernées.

Art. 16 phrase introductive et let. b Personnes sans activité lucrative

Phrase introductive

La formulation allemande quelque peu lourdaude « Nicht als nichterwerbstätige Personen... » a été modifiée et le texte français adapté en conséquence.

Let. b

Les indépendants pouvant faire valoir un droit aux allocations familiales, il n'est plus nécessaire d'exclure leur conjoint du bénéfice d'allocations familiales pour personnes sans activité lucrative. La règle en vigueur avait été adoptée afin d'éviter que les indépendants puissent bénéficier d'allocations familiales via leur conjoint non actif et ce à charge des cantons.

Art. 20, al. 1 et al. 2, let. a et c

Al. 1 et al. 2, let. a

La disposition concernant la statistique doit être adaptée suite à l'élargissement du champ d'application de la loi : les données concernant les allocations familiales pour les indépendants doivent être prélevées d'office dans tous les cantons.

Al. 2, let. c (ne concerne que le texte français)

La LAFam, dans le titre de l'article 5, parle du « Montant des allocations familiales ». La terminologie de l'ordonnance doit être adaptée à celle de la loi : le terme ... « la hauteur » des prestations versées... est ainsi remplacé par ... « le montant » des prestations versées... . Il s'agit donc ici d'une modification d'ordre purement rédactionnel.

5. Commentaire des dispositions modifiées du RFA

Art. 3b, al. 1 Concours de droit

Selon l'art. 10, al. 1, LFA, le droit aux allocations familiales en vertu de la LFA est subsidiaire par rapport au droit d'une personne fondé sur l'exercice d'une activité en dehors de l'agriculture, le Conseil fédéral ayant compétence pour régler les modalités relatives à ce concours de droit. Si un agriculteur indépendant à titre principal exerce une activité salariée à titre accessoire, il a droit au versement de la différence lorsque les allocations familiales dans l'agriculture sont plus élevées que celles provenant de l'activité exercée en dehors de l'agriculture. Cette règle est désormais valable également en cas de droit fondé sur une activité indépendante en dehors de l'agriculture.

6. Commentaire sur l'entrée en vigueur des modifications

Les modifications d'ordonnances entrent en vigueur au 1^{er} janvier 2013 en même temps que la révision de loi. Deux exceptions doivent cependant être soulignées. Il s'agit de dispositions sans lien avec la révision de la LAFam du 18 mars 2011 mais qui font suite à des arrêts de tribunaux. Les dispositions suivantes entrent en vigueur le 1^{er} janvier 2012 :

- L'art. 7 OAFam concerne principalement le droit à l'allocation de formation professionnelle pour les jeunes qui partent à l'étranger suivre une formation et doit rapidement être appliqué ;
- L'art. 10, al. 1^{bis} et 1^{ter}, OAFam permet de continuer à verser les allocations familiales en cas de congé non payé.

26 octobre 2011