VPB 65.92

(Avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 21 mai 2001, actualisé le 29 octobre 2001)

Kantonale Mutterschaftsversicherung (Genf). Frage, ob die Arbeitnehmerbeiträge für das in Genf beschäftigte Bundespersonal bezahlt werden müssen.

1. Gemäss der Genfer Gesetzgebung zur Mutterschaftsversicherung ist der Bund als Arbeitgeber mit einer oder mehreren Betriebsstätten in Genf verpflichtet, Beiträge an die Genfer Mutterschaftsversicherung zu bezahlen (Ziff. 1).

2. Der Bund hat von der ihm in Art. 116 Abs. 3 BV eingeräumten Kompetenz, eine Mutterschaftsversicherung einzurichten, keinen Gebrauch gemacht (Ziff. 2). Die Gesetzgebung über die Arbeitsverhältnisse seiner Angestellten kann nicht als Umsetzung des vorgenannten Artikels betrachtet werden. Die bundesrechtlichen Bestimmungen, die Sozialleistungen zugunsten des Bundespersonals vorsehen, können auch neben einem Sozialversicherungssystem bestehen (Ziff. 3).

3. Solange der Bund nicht legiferiert hat, verbleibt diese Kompetenz bei den Kantonen (Ziff. 4). Der Bund ist grundsätzlich soweit dem kantonalen Recht unterstellt, als nicht eine ausdrückliche bundesrechtliche Ausnahmeregelung zu seinen Gunsten besteht (Ziff. 5) oder als ihm das kantonle Recht die Erfüllung seiner Aufgaben nicht erschwert (Ziff. 6).

4. Die Koordination zwischen dem Genfer Mutterschaftsversicherungs-Gesetz und der Gesetzgebung über das Bundespersonal kann mittels bundesrechtlicher Bestimmungen auf Verordnungsstufe gewährleistet werden (Ziff. 7).

Assurance-maternité cantonale (genevoise). Question relative à l'obligation de payer les cotisations de l'employeur pour le personnel fédéral employé à Genève.

1. Selon la loi genevoise sur l'assurance-maternité, la Confédération, en sa qualité d'employeur ayant un ou plusieurs établissements stables à Genève, est tenue de cotiser à l'assurance-maternité genevoise (ch. 1).

2. La Confédération n'a pas fait usage de la compétence que lui confère l'art. 116 al. 3 Cst. d'instituer une assurance-maternité (ch. 2). En légiférant sur les rapports de travail de son personnel, la Confédération ne fait pas non plus oeuvre de législateur au sens de l'art. 116 al. 3 Cst., et les règles fédérales prévoyant des prestations sociales en faveur du personnel de la Confédération peuvent coexister avec un système d'assurance sociale (ch. 3).

3. Tant que la Confédération n'a pas légiféré, les cantons conservent la compétence de le faire (ch. 4). La Confédération est, en principe, soumise au droit cantonal dans la mesure où elle n'est pas mise au bénéfice d'une clause fédérale expresse d'immunité (ch. 5) ou que le droit cantonal ne lui rend pas l'accomplissement de ses tâches plus difficile (ch. 6).

4. La coordination entre la loi genevoise sur l'assurance-maternité et la législation sur le personnel de la Confédération peut être assurée par des règles fédérales, prises au niveau de l'ordonnance (ch. 7).

Assicurazione maternità cantonale (Ginevra). Questione relativa all'obbligo del datore di lavoro di pagare i contributi per il personale federale impiegato a Ginevra.

1. Secondo la legge ginevrina sull'assicurazione maternità, la Confederazione, nella sua veste di datore di lavoro con uno o più stabilimenti fissi a Ginevra, è tenuta a versare i contributi all'assicurazione maternità a Ginevra (n. 1).

2. La Confederazione non ha fatto uso della competenza conferitale dall'art. 116 cpv. 3 Cost. di istituire un'assicurazione maternità (n. 2). Legiferando sui rapporti di lavoro del suo personale, la Confederazione non può essere considerata come legislatore ai sensi dell'art. 116 cpv. 3 Cost., e le regole federali che prevedono prestazioni sociali a favore del personale della Confederazione possono coesistere con un sistema d'assicurazione sociale (n. 3).

3. Fino al momento in cui la Confederazione non ha legiferato, i cantoni mantengono la competenza di farlo (n. 4). In linea di principio, la Confederazione sottostà al diritto cantonale, a meno che non benefici di una clausola federale esplicita di immunità (n. 5) o che il diritto cantonale non renda più difficile l'adempimento dei suoi compiti (n. 6).

4. Il coordinamento fra la legge ginevrina sull'assicurazione maternità e la legislazione sul personale della Confederazione può essere assicurato attraverso regole federali, disposte a livello di ordinanza (n. 7).

L'Office fédéral de la justice (OFJ) a été invité à examiner si, en vertu de l'art. 2 al. 1 let. d de la loi sur l'assurance-maternité adoptée le 14 décembre 2000[1] par la République et canton de Genève, la Confédération est assujettie à ladite loi et tenue de verser des cotisations pour son personnel dont le lieu de service est Genève (douanes, Département fédéral des affaires étrangères, etc.).

1. La nouvelle loi genevoise sur l'assurance-maternité

1.1. Le 14 décembre 2000, le Grand Conseil de la République et canton de Genève a adopté la loi sur l'assurance-maternité (ci-après, LAMat-GE). Cette loi entre en vigueur le 1er juillet 2001[2]. Elle institue une assurance sociale cantonale qui couvre l'éventualité de la maternité et celle du placement en vue d'adoption, elle donne droit à une allocation pour perte de gain couvrant le 80% du salaire assuré pendant 16 semaines, elle est financée par des cotisations qui sont payées paritairement par les salariés et les employeurs assujettis et dont le taux est fixé par le Conseil d'Etat (0,4% du salaire assuré[3]), et elle est gérée par les organes de l'assurance-vieillesse et survivants.

1.2. L'art. 2 al. 1 LAMat-GE définit le champ d'application personnel en ces termes:

«Art. 2 Personnes assujetties et tenues de cotiser

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

a) les personnes salariées obligatoirement assurées selon la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre

1946 (ci-après LAVS) qui travaillent dans le canton de Genève;

b) les personnes indépendantes obligatoirement assurées selon la LAVS 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 LAVS qui ont un établissement stable dans le canton de Genève.»

1.3. Pour délimiter le cercle des employeurs assujettis, l'art. 2 al. 1 let. d LAMat-GE recourt donc à deux critères, à savoir l'obligation de cotiser en vertu de la loi sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946[4], et le fait d'avoir un établissement stable dans le canton. Aux termes de la loi genevoise est employeur quiconque verse une rémunération à un salarié, c'est-à-dire à une personne qui perçoit un salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS (art. 3 al. 1 et 4 LAMat-GE).

1.3.1. Le critère de l'employeur tenu de cotiser au sens de la LAVS

Selon la législation sur l'AVS, sont tenus de payer des cotisations tous les employeurs ayant un établissement stable en Suisse à l'exception de ceux qui sont au bénéfice de privilèges et immunités résultant d'une convention internationale ou de l'usage établi par le droit des gens (cf. art. 12 al. 2 LAVS et art. 33 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947[5]). L'exception réservée par la LAVS ne visant pas les collectivités publiques suisses, il s'ensuit que la Confédération, en tant qu'employeur, est tenue de cotiser à l'AVS. La première des deux conditions d'assujettissement à la LAMat-GE est donc remplie.

1.3.2. Le critère de l'établissement stable dans le canton

La notion d'«établissement stable» n'est pas définie dans la LAMat-GE ni dans le règlement d'application. Le rapport de la commission des affaires sociales du Grand Conseil précise que cette notion doit être entendue au sens de la législation fiscale[6]. L'accès aux procès-verbaux des séances de la commission compétente du Grand Conseil genevois lui ayant été refusé, l'OFJ admet ici que le législateur genevois avait en vue une définition fiscale fédérale de l'établissement stable, laquelle a, entre autres buts, celui de prévenir les conflits de compétences entre les cantons. Rappelons que, selon une jurisprudence bien établie, l'établissement stable ne suppose pas nécessairement un établissement autonome (filiale, succursale) au sens du droit commercial; il suffit que l'entreprise possède une installation fixe dans laquelle s'exerce une part qualitativement ou quantitativement importante de l'activité de l'entreprise[7].

L'art. 12 al. 2 LAVS recourt aussi à la notion d'établissement stable. Selon la doctrine et la jurisprudence, il y a un établissement stable au sens de la LAVS, lorsque l'employeur dispose d'installations fixes, où travaille du personnel et que celui-ci y exerce une activité qui n'a pas seulement un caractère économique secondaire. Il n'est, par exemple, pas déterminant que l'établissement en cause soit doté de la personnalité juridique ou non[8].

Que l'on adopte la notion fiscale ou la notion sociale de l'établissement stable, il apparaît que la Confédération entretient, dans le canton de Genève, des établissements stables. La seconde des deux conditions d'assujettissement est donc, elle aussi, remplie.

1.4. La LAMat-GE ne comporte pas de clause expresse excluant la Confédération de son champ d'application. Comme le Mémorial du Grand Conseil ne fait pas état d'une quelconque discussion ou proposition en ce sens et que les procès-verbaux de la commission parlementaire compétente n'étaient pas accessibles, il n'est pas possible, en l'état de la documentation, de savoir s'il s'agit d'un oubli ou d'une volonté délibérée du législateur genevois.

Il est intéressant de relever, dans ce contexte, qu'une rapide consultation de quelques législations cantonales en matière d'allocations familiales montre qu'en général ces lois cantonales excluent expressément de leur champ d'application la Confédération. Tel est le cas, par exemple, de la loi genevoise sur les allocations familiales du 1er mars 1996 (art. 23 al. 2), de la loi fribourgeoise sur les allocations familiales du 26 septembre 1990 (art. 3 let. a), de la loi neuchâteloise sur les allocations familiales et de maternité du 24 mars 1997 (art. 20 let. a), de la loi bernoise sur les allocations pour enfants du 5 mars 1961 (art. 4 let. b), de la loi jurassienne sur les allocations familiales du 20 avril 1989 (art. 4 let. a)[9]. Selon une première constatation, on voit que l'absence de collisions entre les réglementations cantonale et fédérale en ce domaine résulte du fait que les cantons ont, de leur plein gré, aménagé leur législation de manière à les prévenir. Compte tenu du temps à disposition, il n'a pas été possible de vérifier les circonstances qui ont conduit les cantons précités à introduire des clauses expresses d'immunité en faveur de la Confédération.

1.5. L'OFJ conclut donc qu'au regard de la loi genevoise sur l'assurance-maternité, la Confédération est un employeur tenu de cotiser. Comme le précise l'art. 1 al. 2 du règlement d'exécution, elle est assujettie à l'assurance-maternité pour les personnes exerçant une activité lucrative dans le canton.

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

Aux termes de l'art. 116 al. 3 Cst. (art. 34quinquies al. 4 aCst.), la Confédération institue une assurance-maternité et peut également soumettre à l'obligation de cotiser des personnes qui ne peuvent bénéficier des prestations d'assurance. Cette disposition confère à la Confédération à la fois une compétence et le mandat de légiférer. Comme l'expriment les termes employés dans la disposition constitutionnelle et conformément aux principes généraux de délimitation des compétences[10], l'art. 116 al. 3 Cst. consacre une compétence concurrente, c'est-à-dire dotée d'une force dérogatoire subséquente, ce qui implique que les cantons peuvent légiférer dans la mesure où la Confédération ne fait pas usage de sa compétence.

Comme on le sait, la Confédération a échoué dans la mise en oeuvre de ce mandat constitutionnel spécifique[11]. Par ailleurs, les dispositions qu'elle a adoptées pour protéger la maternité dans le cadre de la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994[12], ne remplissent pas les exigences d'une véritable assurance-maternité[13]. Enfin, ni les dispositions de la loi sur le travail du 13 mars 1964[14], protégeant spécialement la maternité[15], ni celles du Code des obligations du 30 mars 1911[16] ne réalisent une assurance-maternité au sens de l'art. 116 al. 3 Cst. La situation juridique est donc la même qu'à la veille du scrutin populaire du 13 juin 1999 et le constat que faisait le Conseil fédéral en présentant le projet de loi fédérale sur l'assurance-maternité reste actuel: «Force est donc de constater que le mandat constitutionnel n'est toujours pas rempli»[17]. Dès lors,

s'agissant d'une compétence concurrente, les cantons conservent, en vertu de l'art. 3 Cst., la faculté (et même la responsabilité, cf. ci-après ch. 4.1) de régler la matière, dans la mesure où la Confédération ne le fait pas elle-même[18].

Le Conseil fédéral a d'ailleurs eu l'occasion de confirmer cette interprétation dans sa réponse à une intervention parlementaire en ces termes: «La loi fédérale sur l'assurance-maternité ayant été rejetée lors du référendum du 13 juin 1999, les cantons pourraient même (...) continuer à légiférer en matière d'assurance-maternité et réglementer dans ce cadre le cercle des assurés, les prestations et le financement. (...) S'agissant de l'organisation et de l'application, les cantons pourraient - comme ils l'ont fait pour les réglementations sur les allocations familiales cantonales - s'appuyer sur les réglementations et les structures existantes des assurances sociales de la Confédération»[19].

3. La relation entre la législation sur le personnel de la Confédération et un régime d'assurance sociale

3.1. La Confédération est compétente pour régler les rapports de travail du personnel fédéral (compétence inhérente à la matière). Il s'agit d'une compétence exclusive et globale. Cette compétence habilite la Confédération à régler la relation juridique qui la lie, en sa qualité d'employeur, à son personnel. A ce titre, elle est amenée à définir la création et la fin des rapports de travail, ses droits et ses obligations ainsi que ceux de l'employé, le règlement des litiges, etc. En outre, conformément au principe de la légalité des activités de l'Etat (art. 164 al. 1 let. e Cst.), elle doit fixer, au niveau de la loi, les prestations sociales qu'elle entend, en sa qualité d'employeur (et indépendamment de l'existence ou non d'un régime d'assurance sociale), accorder à ses employés.

Ce faisant, la Confédération n'agit pas en tant que législateur social au sens des art. 110 ss Cst. et on ne saurait prétendre qu'elle établit un régime d'assurance sociale pour une partie déterminée de la population (en l'occurrence, ses employés), avec la conséquence que, ayant fait usage de cette compétence à leur égard, il n'y aurait plus de place pour une éventuelle législation sociale des cantons. En effet, le fait de prévoir des prestations sociales en faveur du personnel fédéral n'empêche pas l'assujettissement à un régime d'assurances sociales. Ainsi la Confédération participe pleinement aux assurances sociales fédérales, telles que l'assurance-vieillesse et survivants, l'assurance-invalidité ou le régime des allocations pour perte de gain, quand bien même elle prévoit dans la législation sur le personnel fédéral des prestations en cas d'empêchement de travailler (maladie, accident, invalidité, service militaire, etc.), de décès ou de retraite anticipée[20]. Ces prestations peuvent avoir un caractère direct, s'il n'y a pas de régime d'assurance (cf., par exemple, les allocations de maternité ou d'assistance) ou complémentaire, c'est-à-dire aller au-delà des prestations servies par les assurances sociales (sous réserve de l'imputation de celles-ci). Il sied de relever encore, dans ce contexte, que la loi fédérale du 18 décembre 1998 sur l'assurance-maternité incluait elle aussi la Confédération et les cantons, en leur qualité d'employeurs, dans son système d'assurance[21].

C'est donc à la lumière des buts législatifs poursuivis par les législations en cause qu'il faut examiner s'il y a un conflit de normes, voire un conflit de compétences, et le résoudre. La coexistence des différents ordres juridiques, qui est inhérente à tout système fédéraliste, implique l'obligation de coordonner - sous réserve de leur conformité au partage constitutionnel des compétences - les normes issues de ces différents ordres et, en particulier, de les interpréter dans un sens qui les rend compatibles les unes avec les autres (voir aussi ci-après ch. 6.2)[22].

3.2. Le législateur fédéral a fait usage de sa compétence pour régler les relations de travail de son personnel en adoptant le statut des fonctionnaires du 30 juin 1927[23], encore en vigueur pour une partie du personnel de la Confédération, ainsi que la nouvelle loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000[24], appelée à remplacer le statut dans un proche avenir pour l'ensemble des employés de la Confédération[25].

Selon l'art. 17 al. 2 LPers, il appartient au Conseil fédéral de fixer la durée du congé de maternité, ce qu'il a fait en prévoyant un congé payé minimal de deux mois pendant la première année de service (pendant les deux premières années, selon le droit actuel) et de quatre mois au-delà de cette limite (art. 9 de l'ordonnance-cadre relative à la loi sur le personnel de la Confédération du 20 décembre 2000[26]). En outre, conformément à l'art. 29 al. 1 LPers, les dispositions d'exécution définissent les prestations dues par l'employeur pour cause d'empêchement de travailler, notamment en raison de la maternité. Ainsi les dispositions d'exécution peuvent prévoir une durée de congé supérieure à la durée minimale prévue dans l'ordonnance-cadre ou réduire le délai de carence[27]. Dans le même ordre d'idée, les dispositions d'exécution peuvent introduire un congé en cas de placement en vue d'adoption[28].

4. La compétence cantonale en matière d'assurance-maternité

4.1. Les cantons demeurent compétents pour légiférer en matière d'assurance-maternité dans la mesure où la Confédération ne le fait pas. On peut même penser qu'ils sont non seulement compétents pour instituer une telle assurance mais qu'en vertu de l'art. 41 Cst. (Buts sociaux), ils sont tenus d'agir. En effet, il résulte de l'art. 41 al. 2 et 3, que la Confédération et les cantons s'engagent, dans le cadre de leurs compétences constitutionnelles et des moyens disponibles, à ce que toute personne soit assurée contre les conséquences notamment de la maternité. Dès lors que la législation fédérale ne couvre que très partiellement ce but (assurance facultative d'indemnités journalières selon la LAMal), il appartient aux cantons de légiférer pour mettre en oeuvre le mandat constitutionnel. Le fait que la Confédération envisage, après l'échec de l'assurance-maternité fédérale, de réaliser une protection de la maternité par une révision du Code des obligations, à l'exclusion d'un système d'assurance sociale, ne modifie pas la situation constitutionnelle à l'égard des cantons et le but formulé à l'art. 41 al. 2, qui parle expressément d'«assurance», conserve donc, pour eux, toute son actualité.

4.2. Dans les limites du droit fédéral, les cantons exercent souverainement leur compétence. A ce titre, ils veillent à garantir une application cohérente de leur droit sur leur territoire. Dans la mesure où la Confédération relève de la souveraineté territoriale d'un canton, elle doit, elle aussi, se conformer, en principe, au droit qu'il a adopté[29]. Ce principe rencontre toutefois deux limites: les règles fédérales expresses créant des immunités en faveur de la Confédération et le principe général implicite, aux termes duquel le droit cantonal ne doit pas empêcher ou entraver la Confédération dans l'accomplissement de ses tâches.

5. Les clauses expresses d'immunité fédérale

5.1. La législation fédérale comporte de nombreuses clauses d'immunités en faveur de la Confédération (ou de ses entreprises ou établissements), ainsi, par exemple, en matière d'impôts cantonaux et communaux (art. 10 al. 1 de la loi sur les garanties politiques du 26 mars 1934[30]), de police des bâtiments fédéraux (art. 14 LGar), de construction des installations militaires (art. 126 ss de la loi sur l'armée et l'administration militaire du 3 février 1995[31]), de construction d'installations électriques à faible et

fort courant (art. 16 ss de la loi sur les installations électriques du 24 juin 1902[32]), de construction et de police des chemins de fer (art. 18 ss de la loi fédérale sur les chemins de fer du 20 décembre 1957[33]), etc.[34].

5.2. En matière d'assurance, l'art. 10 al. 2 LGar dispose que la Confédération n'est pas soumise aux prescriptions cantonales et communales régissant l'assujettissement à l'assurance (voir aussi l'art. 21 al. 2 de la loi sur les Chemins de fer fédéraux du 20 mars 1998[35]). Introduite en 1977 par la loi fédérale instituant des mesures propres à équilibrer les finances fédérales du 5 mai 1977[36], cette disposition vise les régimes cantonaux obligatoires en matière d'assurance-incendie pour les immeubles et le mobilier et non point les assurances sociales des cantons[37].

A cet égard, il est intéressant de relever aussi que l'art. 14 de la loi sur l'organisation de la Poste du 30 avril 1997[38] soustrait cette entreprise aux dispositions du droit fédéral et des droits cantonaux en matière d'assurances obligatoires mais réserve expressément l'assujettissement aux assurances sociales. En excluant expressément l'immunité fédérale dans le domaine des assurances sociales, cette disposition récente met clairement en évidence le but des clauses d'immunités en matière d'assurance, qui est de réaliser des économies en pratiquant l'assurance directe des risques. En effet, la forme de l'assurance directe pratiquée par une collectivité publique paraît plus appropriée dans tous les cas où les risques à assurer sont tellement considérables qu'ils entraînent des primes extrêmement élevées qui pourraient dépasser les sommes réellement affectées à la réparation de dommages[39].

Les assurances sociales tendent à réaliser, pour le bénéfice de l'ensemble de la société et dans une idée de justice sociale, une répartition des risques et une solidarité entre les différents groupes de population. Les considérations d'économie qui ont conduit la Confédération à créer des immunités en matière d'assurance des dommages ne jouent donc pas de rôle ici. Etant donné cette différence majeure, il n'est pas possible, à notre avis, d'interpréter la disposition de l'art. 10 LGar dans un sens large et d'en tirer le droit, pour la Confédération, de se soustraire à une assurance sociale.

5.3. Actuellement, la législation fédérale ne contient donc pas de clause expresse soustrayant, de manière générale, la Confédération au droit cantonal en matière de sécurité sociale. Certes, une telle clause pourrait être créée, si l'intérêt de la Confédération le justifie véritablement et si la mesure est adéquate et proportionnée (art. 5 al. 2 Cst.). En outre, compte tenu de son caractère important, elle doit être prévue dans une loi formelle (cf. art. 164 al. 1 Cst.). (...)

6. L'obligation implicite de ne pas empêcher ou entraver la Confédération dans l'accomplissement de ses tâches

6.1. Selon la jurisprudence et la doctrine, les cantons, même quand ils exercent leurs compétences propres, ne doivent pas gêner la Confédération dans l'accomplissement de ses tâches[40]. Cette obligation exprime aussi un des aspects du principe de la fidélité confédérale, consacré à l'art. 44 Cst.

Partant de ce principe, il convient de comparer les intérêts publics en présence et de les concilier, de manière à ce que les normes cantonales et les normes fédérales puissent coexister sans que les premières doivent nécessairement céder le pas aux autres[41] (cf. ci-devant ch. 3.1, in fine). En l'absence de coexistence possible, il s'agit de vérifier si l'intérêt de la Confédération à être affranchie des contraintes du droit cantonal l'emporte nécessairement sur celui du canton à assurer une application cohérente de son droit[42].

6.2. Comme on l'a vu précédemment, l'adoption de la LAMat-GE ne pose pas un problème de conflit de compétences. Elle ne pose pas non plus un réel conflit matériel de normes, dès lors que les deux réglementations convergent vers un but semblable, qui est de garantir un salaire aux personnes empêchées de travailler pour cause de maternité ou d'adoption. Seuls les moyens diffèrent sans pour autant qu'ils s'excluent ou soient incompatibles entre eux (cf. ci-devant ch. 3.1). Certes, le fait de devoir payer des cotisations entraînera pour la Confédération, en sa qualité d'employeur, des dépenses supplémentaires. Mais il faut aussi prendre en considération que les prestations de l'assurance genevoise seront imputées sur les obligations salariales de la Confédération et que celle-ci sera déchargée de toute la part d'indemnité servie par l'assurance. Il est intéressant de relever, dans ce contexte, que le Conseil fédéral estimait que l'introduction de l'assurance-maternité fédérale aurait coûté à la Confédération, en sa qualité d'employeur, 700'000 francs de plus par année pour l'ensemble de ses employés[43]. Ramenée aux seuls employés fédéraux travaillant à Genève, la dépense ne devrait pas être insupportable (des chiffres précis ne sont, pour l'instant, pas disponibles). Dans ces circonstances, il ne paraît pas justifié de prétendre que l'assurance-maternité genevoise, de par son prix, entrave la Confédération dans l'accomplissement de ses tâches.

6.3. On peut aussi se demander si le fait que les employés de la Confédération travaillant à Genève devront, à la différence de ceux occupés par exemple à Lausanne ou à Berne, payer des cotisations n'entraîne pas une différence de traitement propre à nuire indirectement à la Confédération, en lui rendant plus difficile le recrutement de son personnel. Certes, les employés fédéraux genevois subiront un préjudice financier du fait de la cotisation obligatoire à l'assurance genevoise - mais certains d'entre eux pourraient aussi en retirer quelques avantages en raison, par exemple, du délai de carence plus court ou du congé d'adoption pouvant être prolongé, avec l'accord de l'employeur, de 8 semaines indemnisées par l'assurance genevoise (cf. ci-après ch. 7).

On s'accorde à dire que les fréquentes disparités cantonales sont inhérentes au système fédéraliste, inévitables et tenues, en général, pour légitimes[44]. Ainsi, par exemple, la Confédération ne peut prétendre qu'elle est entravée dans l'accomplissement de ses tâches en raison des charges fiscales qui affectent diversement ses employés selon qu'ils résident dans un canton ou dans un autre et en tirer la conclusion qu'ils ne devraient pas être soumis à l'impôt cantonal. Seule elle-même échappe à cet impôt en raison d'une clause d'immunité expresse (cf. ch. 5.1). De manière analogue, on ne peut soutenir que l'assurance-maternité genevoise entrave la Confédération dans l'accomplissement de ses tâches en lui rendant plus difficile le recrutement et le maintien de son personnel à Genève.

Enfin, dans la mesure où la question de l'égalité de traitement des différents employés fédéraux par la Confédération peut se poser, elle représente un problème qui doit être résolu au niveau du droit fédéral et la LPers est une loi suffisamment souple pour résoudre des problèmes de cette nature. En particulier, l'art. 15, l'art. 31 al. 4, et l'art. 37 al. 4 LPers fournissent les bases légales nécessaires pour introduire soit des suppléments de salaire, soit des prestations spéciales, en les limitant à certaines catégories de personnel seulement. (...)

7. Le problème de la coordination entre la LAMat-GE et la législation sur le personnel de la Confédération

La LAMat-GE ne régit pas les relations de travail en tant que telles mais elle détermine un régime de prestations en faveur de ses assurés. Ainsi n'institue-t-elle pas elle-même un congé de maternité ni un congé d'adoption - ce qui dépasserait les compétences

du législateur cantonal - mais elle ne fait que prévoir une allocation de maternité ou d'adoption dans l'hypothèse où la personne assurée suspendrait son travail pour l'éventualité assurée (art. 5 et 6 LAMat-GE). Le principe et la durée de la suspension du travail, ainsi que les obligations salariales de l'employeur ne sont, en revanche, pas réglées par la loi genevoise mais par la législation fédérale (notamment, l'art. 35a LTr, les art. 324a et 324b CO, l'art. 17 al. 2 LPers et l'art. 9 de l'ordonnance-cadre) et, en ce qui concerne le personnel cantonal, par le droit public genevois (art. 34 du règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale du 24 février 1999).

Ainsi, à titre d'exemple, même si la LAMat-GE prévoit une allocation d'adoption d'une durée de 16 semaines (2 mois seulement, selon l'art. 61 de l'ordonnance sur le personnel de la Confédération), il ne s'ensuit pas que la Confédération a l'obligation d'accorder un congé équivalant à cette durée. Le seul effet de la disposition genevoise est que, dans l'hypothèse où la Confédération accède à la demande de son employé de prolonger le congé payé de 2 mois (cf. art. 61 de l'ordonnance précitée) par un congé non payé, l'employé assuré par la LAMat-GE pourra bénéficier de l'allocation d'adoption, si toutes les conditions de l'art. 6 LAMat-GE sont réunies.

En ce qui concerne le congé de maternité, la LAMat-GE n'est pas totalement coordonnée avec la législation sur le personnel de la Confédération, notamment quant à la durée (16 semaines plutôt que 2 et 4 mois), au délai de carence (3 mois plutôt que 6 mois, voire 1 an), à l'étendue de la garantie du salaire (80% du salaire, avec une limite quant au montant du salaire assuré, plutôt que 100% du salaire, sans limite quant au montant du salaire garanti). Ces différences devront être résolues par des règles de coordination, qui, en vertu de la délégation législative générale prévue à l'art. 29 al. 3 LPers, peuvent être adoptées au niveau des dispositions d'exécution. En ce qui concerne le congé d'adoption, la différence porte aussi, on l'a vu, sur la durée (16 semaines plutôt que 2 mois selon l'ordonnance sur le personnel de la Confédération).

Conclusion

Dans le cas concret, il apparaît donc que la Confédération, en sa qualité d'employeur ayant un ou plusieurs établissements stables à Genève, est visée par la LAMat-GE. A ce titre, elle doit payer sa part de cotisations à l'assurance-maternité

genevoise, dès lors qu'elle n'est pas au bénéfice d'une clause fédérale d'immunité expresse et qu'on ne saurait prétendre que l'assujettissement à l'assurance genevoise lui rend l'accomplissement de ses tâches plus difficile.

[1] Feuille d'Avis Officielle du 22 décembre 2000, RSG J5 07.
[2] Cf. l'arrêté relatif à la promulgation de la loi du 14 décembre 2000 sur l'assurance-maternité, Feuille d'Avis Officielle n° 17, du 9 février 2001, p. 2.
[3] Cf. l'art. 2 al. 2 du règlement d'application de la loi sur l'assurance-maternité, du 25 avril 2001; ci-après, règlement d'application; Feuille d'Avis Officielle n° 48, du 27 avril 2001, p. 2 s.
[4] LAVS, RS 831.10.
[5] RAVS, RS 831.101.
[6] Mémorial des séances du Grand Conseil, n° 61/XII, p. 11040, ad art. 2 al. 1.
[7] ATF 110 Ia 190, 193 consid. 3, et les références à la doctrine; voir aussi l'art. 4 al. 2 de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990, RS 642.11, qui coïncide largement avec la définition de l'établissement stable au sens de la législation fiscale genevoise (art. 3 al. 3 de la loi sur l'imposition des personnes morales du 23 septembre 1994, RSG D3 15).
[8] Ueli Kieser, Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, Art. 12, p. 94, in: Erwin Murer / Hans-Ulrich Stauffer, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Zurich 1996; Alfred Maurer, Bundessozialversicherungsrecht, 2ème éd., Bâle 1994, p. 119; ATF 110 V 72, 80 s.
[9] Voir aussi Pierre-Yves Greber, Droit suisse de la sécurité sociale, Lausanne 1982, p. 520 s., qui relève que toutes les législations cantonales libèrent l'administration et les entreprises de la Confédération et que les salariés concernés reçoivent des prestations familiales selon le régime spécial relatif à la fonction publique.
[10] Cf. le message du 20 novembre 1996 relatif à la nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1 ss, 229 - 230; Peter Saladin, Commentaire de la constitution fédérale, art. 3, nos 201-207; voir aussi Andreas Auer / Giorgio Malinverni / Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse, Berne 2000, vol. I, nos 980 - 982, p. 340 s.
[11] Voir, en dernier lieu, la loi fédérale du 18 décembre 1998 sur l'assurance-maternité, rejetée en votation populaire le 13 juin 1999; FF 1999 6571 s.
[12] LAMal, RS 832.10.
[13] Cf. art. 29 et 74 LAMal; cf. aussi le message du 25 juin 1997 concernant la loi fédérale sur l'assurance-maternité, FF 1997 IV 881 ss, 886 - 889.
[14] LTr, RS 822.11
[15] Cf. art. 35 ss LTr.
[16] CO, RS 220, cf. art. 324a et 324b.
[17] FF 1997 IV 896.
[18] Cf. aussi Hans Peter Tschudi, Die Stellung der Kantone im Sozialversicherungsrecht, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherungsrecht, 1994, p. 161 et ss, p. 165.
[19] Interpellation Roth-Bernasconi, Assurance-maternité pour les cantons latins (99.3253); BO 1999 CN 2260 et 2261.
[20] Cf. l'art. 29 al. 1 et 2 et l'art. 31 al. 5 de la loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000, LPers, RO 2001 894, RS 172.220.1.
[21] Cf. le ch. 4 de l'annexe à la loi, qui modifiait l'art. 26 let. a de la loi fédérale sur le régime des allocations pour perte de gain, FF 1998 4973, 4984; voir aussi le message à l'appui du projet de loi, FF 1997 IV 936, ad art. 19 al. 2.
[22] Cf. Auer / Malinverni / Hottelier (note 10), nos 1028 - 1032, p. 363 et ss.
[23] RS 172.221.10.
[24] Cf. note 20.
[25] Comme les différences entre l'ancien et le nouveau droit n'ont pas d'influence déterminante sur la question qui se pose ici, l'OFJ se réfère au nouveau droit, en signalant uniquement les divergences avec le droit encore en vigueur là où cela s'impose.
[26] RO 2001 912, RS 172.220.11.
[27] Cf., par exemple, l'art. 60 de l'ordonnance sur le personnel de la Confédération du 3 juillet 2001 (OPers, RS 172.220.111.3), qui ramène le délai de carence à 6 mois.
[28] Cf., par exemple, l'art. 61 OPers.
[29] Pierre Moor, Droit administratif, Berne 1994, vol. I, n° 4.1.4.2, p. 326; Saladin (note 10), Art. 3, no 215 s.; André Grisel, Traité de droit administratif, Neuchâtel 1984, vol. I, p. 309; Yvo Hangartner, Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, Berne 1974, p. 207; JAAC 12.13, p. 27 ss.
[30] LGar, RS 170.21.

[31] LAAM, RS 510.10.
[32] LIE, RS 734.0.
[33] LCdF, RS 742.101.
[34] Cf. d'autres exemples chez Moor (note 29), nos 4.1.4.2, p. 325-326; Blaise Knapp, Précis de droit administratif, 4ème éd., Bâle 1991, n° 240, p. 51.
[35] LCFF, RS 742.31.
[36] RO 1977 2249.
[37] Cf. le message du Conseil fédéral, du 9 février 1977, sur les mesures pour équilibrer les finances fédérales, FF 1997 I 809, 823.
[38] LPO, RS 783.0.
[39] Cf. le message du Conseil fédéral relatif à la loi sur l'organisation de la Poste, FF 1996 III 1260, 1281; voir aussi FF 1977 I 823.
[40] ATF 119 I 390 ss, 403 consid. 6; 118 Ib 569 ss, 579 consid. 5; 103 Ia 329 ss, 343 consid. 5; Auer / Malinverni / Hottelier (note 10), nos 1034 ss, p. 366 ss; Moor (note 29), n° 4.1.4.2, p. 326; J.F. Aubert, Bundesstaatsrecht der Schweiz, Bâle 1991, vol. I, n° 725, p. 293; Knapp (note 34), n° 241, p. 52; Hangartner (note 29), p. 207.
[41] Voir aussi le message relatif à une nouvelle constitution fédérale, qui parle du principe d'une interprétation du droit cantonal conforme au droit fédéral, FF 1997 I 209.
[42] Aubert (note 40), n° 725, p. 293; Hangartner (note 29), p. 208-209; Edwin Hauser, Gibt es eine Bindung des Bundes an das kantonale Recht?, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl) 1964, p. 457 ss, notamment p. 460 - 464.
[43] FF 1997 IV 950.
[44] Auer / Malinverni / Hottelier (note 10), nos 1011 s., p. 496 s.; Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3ème éd., Berne 1999, p. 403; Georg Müller, Commentaire de la Constitution fédérale, Art. 4, n° 34; Yvo Hangartner, Grundzüge des Schweizerischen Staatsrechts, Zurich 1982, vol. II, p. 185 s.