

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3890/2009

ATAS/1309/2010

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

du 9 décembre 2010

En la cause

Madame O _____, domiciliée à GENEVE

recourante

contre

CAISSE D'ALLOCATIONS FAMILIALES DES
ADMINISTRATIONS ET INSTITUTIONS CANTONALES, sise
route de Chêne 54, GENEVE

intimé

**Siégeant : Juliana BALDE, Présidente, Karine STECK, Sabina MASCOTTO, Maya
CRAMER, Thierry STICHER, Juges; Monique STOLLER FÜLLEMANN et
Claudiane CORTHAY, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Madame O _____ (ci-après : la recourante) a demandé le versement d'allocations familiales à la Caisse d'allocations familiales des administrations et institutions cantonales (ci-après : CAFAC), en novembre 2005, pour sa fille OA _____ née en 2002.
2. Elle indiquait faire ménage commun avec le père de l'enfant, Monsieur P _____ (ci-après : le père des enfants), à Genève.

Le père de l'enfant a auparavant été marié à une femme dont il a eu deux enfants précédents, PA _____ , né en 1991 et PB _____ , née en 1994. OA _____ est ainsi son troisième enfant.

La recourante travaillait comme remplaçante pour le Département de l'instruction publique de l'Etat de Genève.

Quant au père des enfants, suite à l'entrée en vigueur du supplément pour troisième enfant le 1^{er} janvier 2009, il a été affilié jusqu'au 31 août 2009 auprès de la FAMILIENAUSGLEICHKASSE ZÜRCHER ARBEITGEBER (ci-après : FZA) en qualité d'employé de X _____ SA à Genève, puis du 1^{er} septembre au 31 décembre 2009, et à nouveau dès le 1^{er} mars 2010, auprès de la CAFAC en qualité d'employé de l'EMS Y _____, puis de Z _____, dans le canton de Genève.

3. Par décision du 24 novembre 2005, la recourante s'est vu octroyer une allocation pour enfant de moins de 15 ans, à hauteur de 200 fr. par mois.
4. Le 21 juillet 2009, la recourante a sollicité de la CAFAC le versement d'une allocation pour 3^{ème} enfant, précisant que son compagnon était le père des trois enfants susmentionnés. Elle joignait une décision selon laquelle, PB _____ et PA _____ étaient bénéficiaires d'allocations familiales, dont l'ayant-droit était P _____. Elle joignait encore copie des actes de naissance de PA _____ et PB _____ et une attestation de scolarité concernant PA _____.
5. Par décision du 28 juillet 2009, la CAFAC refusa l'octroi d'un supplément pour famille nombreuse, un tel supplément n'étant octroyé que lorsque deux ayant droits mariés vivaient dans le même ménage avec au moins trois enfants.
6. La recourante forma opposition le 25 août 2009, considérant l'argument de la CAFAC comme étant absurde, dès lors que marié ou non, les charges d'un couple avec trois enfants restaient les mêmes.

7. Selon les informations informatisées de l'Office de la population produites par la CAFAC et datées du mois de novembre 2009, les deux enfants de Monsieur P_____ apparaissent officiellement domiciliés chez leur mère, , à Genève.
8. La CAFAC rejeta l'opposition par décision sur opposition du 14 octobre 2009. Elle relevait que ni la recourante, ni le père des enfants n'avaient droit au supplément pour famille nombreuse, dès lors que d'une part la recourante n'était pas mariée avec le père des enfants, et que, d'autre part, PA_____ et PB_____ étaient domiciliés chez leur mère.
9. La recourante contesta cette décision sur opposition par acte du 21 octobre 2009 adressé par pli postal du 29 octobre 2009 au Tribunal cantonal des assurances sociales.

Elle expliquait que c'était bien le père de PA_____ et PB_____ qui en avait la garde et l'autorité parentale depuis 2003, étant précisé que dans les faits ils vivaient avec la recourante et leur père depuis 2001. Les trois enfants vivaient ainsi sous le même toit.

Elle expliquait que le refus de la CAFAC constituait un détournement de la volonté populaire pénalisant les enfants de couples non mariés.

10. La CAFAC répondit le 19 novembre 2009, concluant au rejet du recours. Elle faisait valoir que des dispositions applicables, il ressortait que le supplément d'allocation prévu dès le troisième enfant ne pouvait être octroyé qu'à des ayant droits mariés et qu'il appartenait à la recourante de prouver que les enfants faisaient ménage commun avec elle. Ainsi, le seul fait que la recourante et le père des enfants ne soient pas mariés suffisait à nier le droit au supplément demandé.
11. Les parties furent entendues en comparution personnelle le 28 janvier 2010.

A cette occasion, la recourante a indiqué que PA_____ et PB_____ habitaient, avec elle-même et le père des enfants depuis 8 ans. PB_____ était âgée de 16 ans et avait commencé un cours préparatoire au Centre professionnel d'arts appliqués, tandis que PA_____, âgé de 18 ans, était au Collège à l'avenue de France. Elle ignorait les détails de la séparation de son compagnon mais savait que celui-ci avait la garde de ses deux enfants depuis 2002 au moins. Elle entendait produire des jugements à ce sujet. Elle indiquait encore que son compagnon touchait les allocations familiales pour PA_____ et PB_____, mais ignorait s'il les reversait ou non à son ex épouse.

Elle indiqua que son voisin pouvait témoigner de ce que les deux enfants, PA_____ et PB_____, habitaient avec le couple.

Le Tribunal ordonna la production du jugement de divorce du père des enfants, de l'intégralité du jugement sur mesures provisoires du 24 avril 2003, ainsi que d'un bulletin scolaire récent pour chacun des deux enfants. Il ordonna également l'audition du voisin ainsi que de l'ex-épouse du père des enfants.

12. Par courrier du 11 février 2010, la recourante déposa les pièces suivantes :

- Un jugement du Tribunal de première instance du 17 avril 1997 prononçant la dissolution par le divorce du mariage contracté par le père des enfants et son ex-épouse le 23 janvier 1992 et attribuant la garde et l'autorité parentale sur les enfants PA_____ et PB_____ à leur père.
- Un jugement du Tribunal de première instance du 24 avril 2003 statuant par défaut sur mesures provisoires dans le cadre de la modification du jugement de divorce précité et attribuant la garde des deux enfants à leur père.
- Un bulletin scolaire pour PB_____ ainsi qu'un bulletin scolaire pour PA_____ ne mentionnant toutefois pas l'adresse à laquelle les enfants sont domiciliés, étant malgré tout précisé que le bulletin scolaire de PB_____ est contresigné par son père.

13. Lors de l'audience du 11 mars 2010, le Tribunal a entendu Madame Q_____, voisine de la recourante, ainsi que Madame Sarah P_____, ex-épouse du père des enfants.

Madame Q_____ a indiqué que PA_____ et PB_____ habitent chez leur père, ainsi que chez la recourante depuis avant la naissance de leur demi-sœur il y a 8 ans. Elle a précisé qu'ils y habitent toute la semaine mais étaient parfois chez leur père et qu'ils allaient à l'école à proximité de leur domicile principal.

Quant à l'ex-épouse du père des enfants, elle a indiqué qu'après avoir obtenu la garde des enfants dans le cadre du divorce prononcé en 1997, la situation avait changé quelques années plus tard en raison de problèmes de santé. De 2003 à ce jour, le père avait la garde de ceux-ci.

Les enfants passaient par ailleurs chacun deux jours chez elle, mais séparément car son logement était trop petit pour les y accueillir et qu'ils n'avaient pas leur propre chambre, le logement étant un deux pièces.

Le reste de la semaine, les enfants habitaient chez leur papa.

Depuis l'année 2003, c'est le père des enfants qui percevait les allocations familiales pour PA_____ et PB_____, allocations qui ne lui étaient pas reversées. Aucune pension alimentaire n'avait été fixée par le juge pour les enfants.

C'était par ailleurs leur père qui exerçait l'autorité parentale, étant précisé qu'elle était régulièrement consultée.

14. Le même jour, les parties furent à nouveau entendues en comparution personnelle.

La représentante de la CAFAC indiqua que la décision sur opposition du 14 octobre 2009 était maintenue, même s'il apparaissait effectivement que PA_____ et PB_____ habitaient chez leur père, en raison du défaut de mariage de la recourante avec ce dernier.

Elle précisa encore que si ces derniers avaient été mariés, il aurait été entré en matière, sous réserve qu'il soit procédé à la modification du domicile des enfants auprès de l'Office cantonal de la population et que le père des enfants soit toujours affilié auprès de la CAFAC.

Il fut précisé que le père des enfants avait été radié de cette caisse au 31 décembre 2009, en raison d'une cessation de contrat de travail avec son employeur.

La recourante a indiqué que le père des enfants avait perdu son travail et trouvé un nouvel emploi, sans toutefois disposer d'un contrat fixe. Elle ignorait ce qu'il en était de la perception des allocations familiales pour PB_____ et PA_____, mais pour l'enfant commun, OA_____, c'est elle qui continuait à percevoir des allocations familiales.

Elle précisa trouver injuste le refus de la prestation du seul fait qu'elle n'était pas mariée. Elle rappela que les frais pour les enfants étaient identiques, que les parents soient mariés ou non.

Elle indiqua que si elle retrouvait un jugement postérieur au jugement du 24 avril 2003, elle le produirait à la procédure.

Tel ne fut toutefois pas le cas.

15. Les deux parties convinrent que l'instruction était terminée et la cause en l'état d'être jugée. Elles renoncèrent à s'exprimer à nouveau.

16. L'affaire fut gardée à juger le 16 avril 2010.

17. L'instruction fut rouverte par ordonnance du 21 septembre 2010. L'audition des parties et du père des enfants fut ordonnée.

18. Ladite audition eu lieu le 7 octobre 2010. Le père des enfants expliqua sa situation s'agissant des ses affiliations à la FZA et à la CAFAC.

La représentante de la CAFAC releva que si le père des enfants avait fait la demande d'allocations familiales pour ses trois enfants, il n'aurait pas eu droit au

supplément pour le troisième enfant, car du fait que les parents ne sont pas mariés, la mère était prioritaire pour l'attribution des allocations familiales, de telle sorte que le père n'y aurait eu droit que pour autant que la mère ne travaille pas.

La recourante confirma qu'elle travaillait.

A l'issue de l'audience, le Tribunal imparti aux parties un délai pour d'éventuelles observations.

19. Par écriture du 11 octobre 2010, la CAFAC persista dans ses conclusions visant au rejet du recours. Elle expliqua que la LAFam prévoyait de manière exhaustive, y compris dans les domaines de compétences laissés aux cantons, le cercle des enfants ouvrant droit aux prestations. Il s'en suivait que les enfants du concubin ne donnent pas droit aux allocations familiales. La CAFAC expliqua encore que dans l'hypothèse où la demande d'allocations familiales avait été formée par le père des trois enfants, même si les règles de priorités lui étaient favorables (la mère ne travaille pas et le père travaille), il n'aurait pas eu droit au supplément pour troisième enfant, faute d'être l'époux ou le partenaire enregistré de la recourante.
20. La recourante ne déposa aucune observation.
21. La cause fut, à nouveau, gardée à juger le 27 octobre 2010.

EN DROIT

1. Le Tribunal cantonal des assurances sociales statue en instance unique conformément à l'art. 22 de la loi fédérale sur les allocations familiales du 24 mars 2006 (LAFam ; RS 836.2) en matière d'allocations familiales fédérales et conformément à l'art. 56 V al. 2 let. e LOJ en matière d'allocations familiales cantonales (LOJ).

Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. La loi fédérale sur les allocations familiales du 24 mars 2006, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009 (LAFam), ainsi que l'ordonnance du Conseil fédéral sur les allocations familiales du 31 octobre 2007, également entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009 (OAFam) sont applicables au cas d'espèce.

Aux termes de l'art. 1 LAFam, la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) s'applique aux allocations familiales à moins que la LAFam n'y déroge.

S'agissant du droit cantonal, la loi sur les allocations familiales du 1^{er} mars 1996, dans sa teneur en vigueur dès le 1^{er} janvier 2009 (LAF), ainsi que le règlement d'exécution de ladite loi du 19 novembre 2008, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009 (RAF), sont applicables au cas d'espèce.

L'art. 2B LAF, prévoit que les prestations sont régies par la LAF et ses dispositions d'exécution, ainsi que par la LAFam, la LPGA et la LAVS dans la mesure où la LAFam ou la LAF y renvoie.

La LAF ne prévoit pas de disposition de délégation de compétences plus détaillée.

3. Adressée au Tribunal cantonal des assurances sociales par pli postal du 29 octobre 2009, le recours contre la décision sur opposition de la Caisse d'allocations familiales des administrations et institutions cantonales du 14 octobre 2009 intervient en temps utile (Art. 38A al. 1 LAF et 22 LAFam).

Le recours est ainsi recevable.

4. Le litige porte sur le droit à une allocation au montant prévu par l'art. 8 al. 4 LAF, soit le supplément pour le 3^{ème} enfant prévu par le droit cantonal, ceci dès le 1^{er} janvier 2009.
5. a) Les allocations familiales sont des prestations en espèces, uniques ou périodiques, destinées à compenser partiellement la charge financière représentée par un ou plusieurs enfants (art. 2 LAFam).

b) L'art. 5 LAFam prévoit que l'allocation pour enfant s'élève à 200 fr. par mois au minimum.

Conformément à l'art. 3 al. 2 LAFam, les cantons peuvent prévoir dans leur régime d'allocations familiales des taux minimaux plus élevés pour l'allocation pour enfant et l'allocation de formation professionnelle que ceux prévus à l'art. 5, ainsi qu'une allocation de naissance et une allocation d'adoption. Les dispositions de la LAFam sont également applicables à ces allocations. Toute autre prestation est réglée et financée en dehors du régime des allocations familiales. Les autres prestations prévues dans un contrat individuel de travail, une convention collective de travail ou d'autres réglementations ne sont pas des allocations familiales au sens de la loi.

c) Selon l'art. 4 LAFam, donnent droit aux allocations les enfants avec lesquels l'ayant-droit a un lien de filiation en vertu du Code civil suisse, du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210; let. a), les enfants du conjoint de l'ayant-droit (let. b), les enfants recueillis (let. c), ainsi que les frères et sœurs de l'ayant droit, s'ils en assument l'entretien de manière prépondérante (let. d).

d) L'art. 7 LAFam règle le concours de droit. L'al. 1 de cette disposition a la teneur suivante:

"Lorsque plusieurs personnes peuvent faire valoir un droit aux allocations familiales pour le même enfant en vertu d'une législation fédérale ou cantonale, le droit aux prestations est reconnu selon l'ordre de priorité suivant:

- a. à la personne qui exerce une activité lucrative;
 - b. à la personne qui détient l'autorité parentale ou qui la détenait jusqu'à la majorité de l'enfant;
 - c. à la personne chez qui l'enfant vit la plupart du temps ou vivait jusqu'à sa majorité;
 - d. à la personne à laquelle est applicable le régime d'allocations familiales du canton de domicile de l'enfant;
 - e. à la personne dont le revenu soumis à l'AVS est le plus élevé."
6. Le canton de Genève a prévu que l'allocation pour enfant s'élève à 200 fr. pour l'enfant jusqu'à 16 ans (art. 8 al. 2 let. a LAF). Pour le 3^{ème} enfant donnant droit aux allocations et chacun des enfants suivants, ledit montant est augmenté de 100 fr. (art. 8 al. 4 let. b LAF).

L'art. 3 al. 1 LAF prescrit qu'une personne assujettie à la présente loi peut bénéficier des prestations pour les enfants avec lesquels elle a un droit de filiation en vertu du code civil, pour les enfants du conjoint ou du partenaire enregistré, pour les enfants recueillis, pour ses frères, sœurs et petits-enfants, si elle en assume l'entretien de manière prépondérante.

Selon l'art. 2 du règlement d'exécution de la loi sur les allocations familiales, du 19 novembre 2008 (RAF ; RS J 5 10.01), le nombre d'enfants pris en considération pour l'octroi des suppléments prévus par l'art. 8 al. 4 LAF, est celui des enfants donnant droit aux allocations pour un même ayant droit (al. 1). Lorsque deux ayants droit mariés vivent dans un même ménage avec au moins trois enfants donnant droit aux allocations, ils peuvent, sur requête conjointe et écrite, bénéficier des suppléments prévus par l'art. 8 al. 4 de la loi (al. 2). Dans un tel cas, les suppléments sont versés à l'ayant droit désigné conjointement par les époux ou, à défaut, à la personne détentrice de l'autorité parentale sur l'ensemble des enfants mentionnés à l'al. 2. Il appartient au requérant de prouver que les enfants font ménage avec lui de manière prépondérante (al. 3).

7. En l'espèce, il appert que la recourante n'a pas la qualité d'ayant droit pour les trois enfants donnant droit aux allocations familiales.

En effet, s'agissant de PA_____ et PB_____, elle n'a pas de lien de filiation. Il ne s'agit pas non plus d'enfants du conjoint ou du partenaire enregistré,

ou encore d'enfants recueillis. Il ne s'agit pas non plus de frère, sœurs ou petits-enfants dont elle assumerait l'entretien de manière prépondérante.

Partant, les conditions de l'art. 2 al. 1 RAF ne sont pas réalisées pour accorder le supplément pour famille nombreuse.

Les conditions d'application de l'art. 2 al. 2 RAF ne sont pas non plus données, la recourante n'étant pas mariée avec le père de son 3^{ème} enfant, même si elle fait ménage commun avec celui-ci et les trois enfants.

8. La recourante se plaint toutefois d'une violation du principe de la légalité. Il convient donc d'examiner si l'art. 2 RAF respecte ce principe.

a) Le principe de la légalité, consacré par l'art. 5 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101), exige que l'ensemble de l'activité étatique repose sur une base légale, soit dans une loi au sens matériel. Il en découle notamment que les ordonnances doivent trouver un fondement dans la loi (Andreas AUER, Giorgio MALINVERNI, Michel HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. I, 2^{ème} édition, p. 622, ch. 1763 s.). À cet égard, il y a lieu de distinguer entre les ordonnances législatives d'exécution et les ordonnances législatives de substitution. Les ordonnances d'exécution sont le complément d'une loi au sens formel. Elles sont des règles obligatoires, unilatérales, générales et abstraites permettant d'exécuter une loi formelle qui n'est pas directement applicable. Elles ne peuvent énoncer que des règles secondaires (ATF 104 Ib 209 X.). Les ordonnances législatives de substitution sont le substitut d'une loi au sens formel. Fondées sur une délégation législative, elles contiennent des normes primaires, soit des règles nouvelles que le législateur n'a pas voulu poser lui-même. Elles doivent toutefois respecter le cadre de cette délégation (AUER, MALINVERNI, HOTTELIER, op. cit., p. 549, ch. 1562 s.)

b) En l'espèce, l'art. 2 RAF repose sur une délégation accordée au Conseil d'Etat par l'art. 8 al. 5 LAF, selon lequel il appartient à ce dernier de préciser par règlement la prise en considération des enfants donnant droit au supplément pour famille nombreuse. Cette disposition contient une large clause de délégation au Conseil d'Etat qui peut édicter des règles juridiques nouvelles. L'art. 2 RAF constitue donc une ordonnance législative de substitution.

A noter également que les dispositions de la LAF allant au-delà des minima prescrits par la LAFam reposent également sur une délégation législative contenue à l'art. 3 al. 2 de cette loi.

c) Il sied toutefois de contrôler si le RAF ne va pas à l'encontre de l'art. 8 al. 5 LAF.

aa) Selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, la loi s'interprète en premier lieu d'après sa lettre (interprétation littérale). Si le texte légal n'est pas

absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, le juge recherchera la véritable portée de la norme en la dégageant de sa relation avec d'autres dispositions légales, de son contexte (interprétation systématique), du but poursuivi, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique) (ATF 129 V 258 consid. 5.1 p. 263/264 et les références citées). Le Tribunal fédéral utilise les diverses méthodes d'interprétation de manière pragmatique, sans établir entre elles un ordre de priorité hiérarchique (ATF 125 II 206 consid. 4a p. 208/209). Enfin, si plusieurs interprétations sont admissibles, il faut choisir celle qui est conforme à la Constitution (ATF 119 Ia 241 consid. 7a p. 248 et les arrêts cités).

bb) En l'occurrence, la LAF ne définit pas, pour les familles séparées et/ou recomposées, ce qu'il faut entendre par "troisième enfant" et "chacun des enfants suivants". Cette question n'a pas non plus été abordée lors des débats parlementaires. Il ressort uniquement des travaux préparatoires que c'est le chef du Département de la solidarité et de l'emploi (DSE) qui a fait la proposition de compléter la loi par cette clause de délégation au Conseil d'Etat "du fait de la diversité des liens familiaux" (rapport de la majorité de la Commission des affaires sociales [en ligne], disponible sur www.geneve.ch/grandconseil/data/texte/PL10237A.pdf, p. 20). Il est par ailleurs à relever que le supplément à partir du troisième enfant a été préféré par le Grand Conseil au relèvement des montants d'allocations par rapport aux minimaux imposés par la LAFam, qui a été également discuté. Les débats font enfin ressortir qu'il s'agit de lutter contre le risque de pauvreté du fait des enfants (op.cit. p. 5).

Il n'en demeure pas moins qu'aucune volonté du législateur contraire à la solution adoptée par l'art. 2 RAF ne se dégage ni du libellé de l'art. 8 al. 4 LAF ni des travaux préparatoires.

Pour le surplus, il faut constater que la notion de « ayants droit mariés » figurant à l'art. 2 al. 2 RAF fait écho à celle de « enfants du conjoint ou du partenaire enregistré » de l'art. 3 al. 1 let. b LAF et de « enfants du conjoint » de l'art. 4 al. 1 let. B LAFam. Cette distinction repose ainsi sur un critère prévu tant par la loi fédérale que par la loi cantonale.

L'art. 2 RAF n'est ainsi pas critiquable sous l'angle de la légalité.

9. Il sied également d'examiner si le règlement est contraire au principe de l'égalité de traitement et à l'interdiction de l'arbitraire.

a) En vertu de l'art. 190 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101), le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international. Il en découle que les juridictions ne peuvent contrôler la constitutionnalité des lois fédérales formelles.

Cette obligation s'étend à toutes les normes, fédérales et cantonales, qui se fondent directement sur ces mêmes lois et qui reproduisent le cas échéant une inconstitutionnalité (AUER, MALINVERNI, HOTTELIER, op. cit., p. 668 ch. 1891).

Pour qu'une ordonnance fédérale ou une norme cantonale soit indirectement couverte par l'art. 190 Cst., il faut qu'elle ait son fondement juridique direct dans la loi fédérale. Cela est admis lorsque ces actes législatifs sont pris en exécution d'une loi fédérale et se fondent sur une délégation législative contenue dans une telle loi. Pour les lois cantonales, tel est le cas, lorsque leur contenu est imposé par une loi fédérale ou par une ordonnance du Conseil fédéral, elle-même fondée sur une loi fédérale (AUER, MALINVERNI, HOTTELIER, op. cit., p. 669 ch. 1893).

Cependant, lorsque le législateur cantonal reprend dans le même domaine une règle identique à une loi fédérale, sans que cela soit imposée par celle-ci, la norme cantonale n'est pas couverte par l'immunité des lois fédérales (AUER, MALINVERNI, HOTTELIER, op. cit. p. 669 ch. 1894).

b) Se pose dès lors en l'espèce la question de savoir si l'art. 2 RAF est couvert par l'immunité du droit fédéral, en tant disposition d'exécution de la LAFam. Il est à cet égard à rappeler que l'art. 3 al. 2 de cette loi prévoit expressément qu'elle s'applique également au droit cantonal prévoyant des allocations familiales plus élevées que ceux de l'art. 5 LAFam, ainsi qu'une allocation de naissance et une allocation d'adoption.

L'art. 3 al. 2 LAFam donne certes aux cantons la possibilité de prévoir des prestations plus généreuses que les minima prescrits par cette loi. Cependant, elle ne les impose pas. Elle définit uniquement dans quel cadre les cantons gardent une compétence pour légiférer dans ce domaine, en s'écartant de la loi fédérale. Ainsi, en ce que cette disposition déclare la LAFam applicable aux prestations plus généreuses adoptées par le droit cantonal, cela ne veut pas dire pour autant que ces prestations constituent du droit fédéral. Seul le droit aux prestations est impérativement régi par la LAFam, à condition qu'elle ait prévu la situation à régler.

Dans le canton de Genève, le législateur a fait le choix de relever le minimum des allocations familiales prescrit par la LAFam seulement à partir du 3^{ème} enfant. Il a également prévu une allocation de naissance et d'adoption, dont le montant est doublé dès le troisième enfant. La LAFam n'a pas réglementé le droit aux prestations dans les hypothèses où le minimum est relevé en fonction du nombre d'enfants dans le cadre de familles recomposées. Par conséquent, l'art. 2 RAF ne peut pas être considéré comme une norme d'exécution d'une loi fédérale sur ce point, sous réserve de la reprise de certaines notions définies dans la LAFam. Il s'ensuit que, sous cette réserve, le juge est habilité à contrôler sa constitutionnalité.

10. a) Une décision ou un arrêté viole le principe de l'égalité de traitement garanti par l'art. 8 Cst., lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler ou lorsqu'il omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et lorsque ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Cela suppose que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante. La question de savoir si une distinction juridique repose sur un motif raisonnable peut recevoir une réponse différente selon les époques et suivant les conceptions, idéologies et situations du moment (ATF 134 I 23 consid. 9.1 p. 42 et arrêts cités).

Le principe de l'égalité (art. 8 Cst.) et celui de l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.) sont étroitement liés (ATF 110 Ia 7 consid. 2b p. 13, 132 I 157 consid. 4.1 p. 162/163). Un arrêté de portée générale viole le principe de l'interdiction de l'arbitraire lorsqu'il ne repose pas sur des motifs sérieux et objectifs ou s'il est dépourvu de sens et de but. L'inégalité de traitement apparaît ainsi comme une forme particulière d'arbitraire, consistant à traiter de manière inégale ce qui devrait l'être de manière semblable ou inversement (ATF 132 I 157 consid. 4.1 p. 162; 129 I 1 consid. 3 p. 3 et les arrêts cités).

- b) En l'occurrence, il convient d'examiner si les différences de traitement consacrées par l'art. 2 RAF sont constitutives d'une inégalité de traitement.

Cette disposition fait essentiellement une distinction, concernant le droit au supplément pour famille nombreuse, sur la base de l'ayant droit des allocations. En effet, ce droit présuppose soit un même ayant droit qui touche des allocations pour au moins trois enfants (al. 1), soit deux ayants droit mariés qui vivent dans un même ménage avec au moins trois enfants donnant droit aux allocations familiales (al. 2). Or, une telle différence de traitement revient à faire une distinction en fonction du fait qu'un parent exerce une activité lucrative ou non, ce qui change l'ordre de priorité. En effet, si la recourante n'exerçait pas d'activité lucrative, son concubin aurait pu toucher les allocations familiales pour les trois enfants et ainsi prétendre au supplément pour famille nombreuse, en application de l'art. 2 al. 1 RAF.

Une telle distinction ne peut être considérée comme un motif justifiant de traiter différemment un ou deux parents vivant ensemble avec au moins trois enfants. En effet, le supplément pour famille nombreuse est destiné à compenser partiellement la charge financière particulièrement lourde que représente une famille avec trois enfants et plus. Cette charge n'est pas allégée, lorsque le parent qui a l'autorité parentale et la garde sur trois enfants ou plus n'exerce pas d'activité lucrative, tout au contraire, et ne peut de ce fait bénéficier des allocations familiales, en vertu de l'ordre de priorité prescrit par la loi.

Il convient également de relever que la notion de l'ayant droit des allocations familiales est tout à fait relative. Il s'agit uniquement de désigner la caisse compétente pour le versement des allocations familiales, alors que le bénéficiaire final de celles-ci est le parent qui a l'autorité parentale et la garde des enfants. L'art. 8 LAFam précise à cet égard que l'ayant droit tenu de verser une contribution d'entretien pour un ou plusieurs enfants doit, en sus de ladite contribution, verser les allocations familiales. L'art. 4 al. 2 LAF prescrit que les allocations familiales doivent être affectées exclusivement à l'entretien du ou des enfants.

Il apparaît ainsi qu'il n'y a aucun motif raisonnable de traiter différemment des parents vivant avec trois enfants ou plus, issus d'unions différentes et donnant droit à des allocations familiales, en fonction du fait que l'un des parents est l'ayant droit prioritaire pour recevoir les allocations familiales pour ces enfants ou non.

Le seul critère de l'ayant droit paraît ainsi trop restrictif pour les familles nombreuses recomposées et il y a lieu d'accorder aussi le supplément lorsque le requérant pourrait avoir potentiellement droit aux allocations familiales pour trois enfants ou plus, en application de l'art. 4 al. 1 LAFam et en faisant abstraction de la règle de priorité prévue à l'art. 7 LAFam, et que le requérant vit avec ces enfants. Lorsque la prise en considération des mêmes enfants pourrait donner droit au supplément dans deux groupes familiaux recomposés, ces enfants ne devraient toutefois compter que dans l'un de ces groupes, selon des conditions qui restent à définir. En effet, la situation pourrait se présenter où, par exemple, les parents de deux enfants se séparent, fondent chacun une nouvelle famille et mettent au monde d'autres enfants. Il faudrait d'éviter que chacun puisse demander le supplément pour famille nombreuse (dans le cas par exemple où la mère a l'autorité parentale sur les enfants de la première union et où le père est l'ayant droit des allocations pour ceux-ci), alors que seulement l'un des groupes familiaux vit avec trois enfants ou plus.

c) En l'espèce, il convient de constater que le recourante ne pourrait pas potentiellement prétendre aux allocations familiales pour trois enfants, dès lors qu'elle est mère seulement de l'un d'eux et qu'elle n'est pas mariée avec le père des deux autres, avec lesquels elle fait ménage commun. De ce fait, elle ne peut pas bénéficier du supplément pour famille nombreuse.

En revanche, son compagnon pourrait y avoir droit, s'il en faisait la demande à sa caisse d'allocations familiales, au vu de ce qui a été exposé ci-dessus.

11. La recourante se plaint enfin d'une discrimination en raison de sa situation familiale et de son mode de vie, soit du fait qu'elle n'est pas mariée avec son compagnon de vie.

La question de l'ayant droit est réglée par l'art. 4 LAFam et donc par une loi fédérale. Cette loi prévoit expressément à la lettre c que seuls les enfants du

conjoint de l'ayant droit donnent droit aux allocations familiales. La constitutionnalité de cette disposition ne peut être contrôlée.

Par conséquent, ce grief est infondé.

12. Il s'en suit que la décision entreprise est bien fondée et doit de la sorte être confirmée.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

Conformément à l'art. 56 U al. 2 LOJ

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. Dit que pour ce qui a trait aux allocations familiales fédérales, les parties peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux articles 82 ss de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF ; RS 173.110); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La Présidente du Tribunal
cantonal des assurances
sociales

Irène PONCET

Juliana BALDE

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties par le greffe le