

AVIS DE DROIT

donné par

Claude ROULLER

*Docteur en droit et avocat
Juge au Tribunal administratif du BIT (TAOIT/LOAT)
Ancien Président du Tribunal fédéral suisse et professeur à l'Université de Neuchâtel*

le 28 janvier 2008

TABLE DES MATIERES

Doctrine

Sur l'assurance sociale et les prestations complémentaires AVS/AI
 Sur le droit à un minimum d'existence
 Sur l'autonomie communale

I. L'IDENTITE DU JURISTE SOUSSIGNE 6

II. LE MANDAT

1. Les questions posées
2. Les pièces remises par le mandant
3. Les réserves d'usage

III. ANALYSE RAISONNEE DES PROBLEMES POSES, SOUS L'ANGLE DU DROIT POSITIF INSTITUANT LE SYSTEME DE L'AVS/AI 8

1. Les paliers normatifs dans le domaine de l'AVS/AI
 - A. Le droit fédéral
 - a) *l'ordre constitutionnel*
 - α) le fondement constitutionnel de l'AVS/AI
 - β) le fondement constitutionnel des prestations complémentaires à l'AVS/AI
 - b) *les normes de rang législatif*
 - α) une réflexion relative à un point de la LGPA
 - β) la législation fédérale du 19 mars 1965 (aLPC) et du 6 octobre 2006 (LPC)
 - *la conception générale*
 - *la nouvelle loi de 2006*
 - B. Le droit cantonal
 - a) *les prestations complémentaires instituées par le canton de Genève selon les art. 1a al. 1 et 2 aLPC et 2 al. 1 LPC tels que mis en application par la LAPC (pour commodité : prestations complémentaires fédérales)*
 - b) *la réserve de l'art. 2 al. 2 LPC*
 - c) *les prestations complémentaires instituées par le canton de Genève selon la réserve des art. 1a al. 4 aLPC et 2 al. 2 LPC (pour commodité : prestations cantonales complémentaires)*
 - d) *les prestations sociales de la Ville de Genève*

2. L'assistance des personnes dans le besoin 17
- A. Le concept d'aide sociale ou d'assistance publique selon l'art. 12 Cst
- B. Le concept d'aide sociale ou d'assistance publique selon la LAS adoptée sur la base de la règle de conflit de l'art. 48 aCst
- C. Le concept d'aide sociale ou d'assistance publique selon le droit genevois
3. Les opinions juridiques exprimées antérieurement 20
- A. L'avis de droit *Grobet*
- B. L'avis de droit *Schneider*
- C. La prise de position de la *DGAS*
4. Conclusions 23
- A. Les prestations sociales de la Ville de Genève sont-elles des prestations d'assistance ou relèvent-elles de la sécurité sociale ?
- a) *le concept général de l'aide sociale ou de l'assistance publique*
- b) *quelques critères de distinction entre assurance sociale et assistance publique*
- α) le droit à la prestation
- β) le financement du régime
- γ) l'exigence d'une requête préalable
- δ) la périodicité des allocations
- ε) l'obligation de rembourser les prestations perçues de bonne foi
- ζ) l'individualisation de la prestation
- υ) le but de la prestation
- c) *les prestations complémentaires selon la LPC et la LPCcant relèvent de l'assurance sociale*
- d) *les prestations sociales de la Ville de Genève relèvent aussi de l'assurance sociale*
- B. Les prestations sociales de la Ville de Genève sont-elles un élément du revenu déterminant au sens des art. 11 LPC et 5 LPCcant ? 27

Remarque

IV. ANALYSE RAISONNÉE DES PROBLÈMES POSÉS, SOUS L'ANGLE DE L'AUTONOMIE COMMUNALE 29

i. Considérations générales

A. L'article 50 Cst

- a) *le passage au nouveau droit constitutionnel*
- b) *le contenu de l'autonomie et la latitude du législateur*

c) les deux types de violation concevables

B. La Charte européenne de l'autonomie locale

C. Les normes de base du droit genevois

2. L'autonomie communale en matière de prestations complémentaires AVS/AI 32

A. En matière de "prestations selon le droit fédéral"

B. En matière de "prestations selon le droit cantonal"

3. L'autonomie communale garantit-elle aux communes genevoises le droit d'établir un système additionnel de prestations complémentaires ? 34

A. Les "prestations sociales" selon le Règlement communal sont des prestations d'assurance sociale induites par le droit supérieur régissant les prestations complémentaires AVS/AI

B. Ces "prestations sociales" sont incompatibles avec le droit supérieur déterminant

a) leur incompatibilité avec le système (*Systemwidrigkeit*)

b) leur incompatibilité spécifique avec le droit cantonal autonome

c) la virtualité d'inégalités de traitement constitutionnellement prohibées

d) l'autonomie réglementaire des communes genevoises en matière de prestations complémentaires AVS/AI ne trouve d'ailleurs aucun appui dans le droit supérieur

α) dans le droit fédéral

β) dans le droit cantonal

C. Le sens à donner à la tolérance ou à l'inertie des autorités fédérale ou cantonale en face de l'adoption et de la longue application du Règlement communal

a) une tentative d'explication de ce fait

b) ce fait n'empêche pas le rétablissement d'une situation conforme au droit

4. Conclusions 38

V. REPONSES AUX QUESTIONS POSEES 39

Remarque finale 41

Doctrine

Sur l'assurance sociale et les prestations complémentaires AVS/AI

voir

Andreas DUMMERMUTH et al. Manuel assurance-vieillesse et survivants AVS, assurance-invalidité AI, régime des allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité APG, prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI PC, centre d'information AVS/AI, Zurich 2007
Pierre-Yves GREBER / Bettina KAHIL-WOLFF Sécurité sociale : aspects de droit national, international et européen, Genève, Bâle, etc. 2006

Ueli LUGINBÜHL Prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI : l'information fonctionne - le taux estimé d'abus est faible, Sécurité sociale 2006/4, p. 203-205

Ulrich MEYER-BLASER Die Anpassung von Ergänzungsleistungen wegen Sachverhaltsänderungen, in: Die Revision von Dauerleistungen in der Sozialversicherung, Schweizerisches Institut für Verwaltungskurse (St. Gallen) 1999, p. 29-52

ejd (éd.) Soziale Sicherheit, 2ème éd., Bâle 2007

Kurt MÜLLER RPT quels changements le nouveau régime entraîne-t-il pour les prestations complémentaires? Sécurité sociale 2007/5, p. 258-261

Urs MÜLLER Bundesgesetz über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung, 2ème éd., Zurich, Bâle, Genève, 2006

Olivier RAU Les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI, Questions de droit (publication du centre patronal) 2007/43, p. 3-6

Gabriela RIEMER-KAFKA Repetitorium zum Sozialversicherungsrecht, Vol. I, Berne 2007

Isabelle VILLARD Le non-recours aux prestations complémentaires à l'AVS, Sécurité sociale 2003/1, p. 30-32

Sur le droit à un minimum d'existence,

il suffit de renvoyer à *Jörg-Paul Müller*, qui nous paraît analyser avec le plus d'acuité, la portée de l'art. 12 Cst, au chapitre C de la première partie de son traité "Grundrechte in der Schweiz"

Sur l'autonomie communale

Outre les ouvrages généraux de droit constitutionnel on consultera utilement les monographies suivantes :

Philippe Dahinden, le partage des compétences entre l'Etat et les communes, Lausanne 1979

Markus Dill, die Staatsrechtliche Beschw. wegen Verletzung der Gemeindeautonomie, Bern, 1996

Alfred Kölz/Susanne Kuster, der Städteartikel der neuen BV, dans ZSR 2002, Band I, pp. 137ss.

Alfred Kuttler, Zum Schutz der Gemeindeautonomie ... dans *Stefano Bolla/Claude Rouiller*, Verfassungsrechtsprechung und Verwaltungsrechtsprechung/Juridiction constitutionnelle et Juridiction administrative, Zürich 1992 pp. 45ss.

Hansjörg Seiler, Gemeinden im schweizerischen Staatsrecht, dans Schweizerisches Staatsrecht/Droit constitutionnel suisse, ZH 2001, pp. 491ss.

I. L'IDENTITE DU JURISTE SOUSSIGNE

Le juriste soussigné, né en 1941 à Martigny, est titulaire d'un doctorat en droit de l'Université de Genève ainsi que d'un brevet d'avocat et d'un diplôme de notaire du canton du Valais. Dès 1965/1966 il a pratiqué ces professions à titre indépendant et exercé diverses charges publiques dont, pendant douze ans, celles de député au Grand Conseil valaisan (chef de groupe) et de conseiller municipal (exécutif) de la Ville de Saint-Maurice. A la même époque il a été membre de la Chambre arbitrale de l'Ordre des avocats du canton du Valais (autorité de surveillance interne du barreau) et des autorités de surveillance prévues par le droit cantonal en matière tutélaire (Chambre des tutelles). Durant plus de vingt ans, il a fait partie des commissions cantonales d'experts pour l'obtention du brevet d'avocat et du diplôme de notaire, qu'il présidait pour les examens oraux.

En 1975, il a été élu juge suppléant ordinaire au Tribunal fédéral. En 1979, il est devenu juge fédéral. Il a toujours siégé au sein de la 1^{ère} Cour de droit public alors dotée d'une compétence générale et subsidiaire en matière de droits constitutionnels ; il a assumé la présidence de cette section. En 1992 et en 1994, l'Assemblée fédérale l'a successivement élu vice-président puis président du Tribunal fédéral. Il a quitté sa charge de juge fédéral à la fin de l'année 1996 au terme de son mandat présidentiel dont la loi excluait alors le renouvellement.

Le Conseil fédéral l'a nommé en 1986, à la tête de l'Office fédéral de conciliation et d'arbitrage compétent à l'époque pour tenter de régler les conflits de travail d'importance nationale sur la base de la législation sur le travail. Il a occupé cette charge jusqu'en 1998, période au cours de laquelle il a contribué au règlement de deux conflits sociaux intercantonaux majeurs (grèves et occupations) dans le commerce des journaux et dans celui des jouets.

Il est depuis dix ans le président (Obmann) - nommé par le Président du Tribunal fédéral - de l'autorité supérieure de recours en matière de surveillance et d'autorégulation des opérations de bourse (Tribunal arbitral de la Bourse suisse [SWX]) dont le siège est à Zurich.

Il a conduit plusieurs grandes enquêtes administratives ; deux de ces enquêtes, conduites en 2000 et 2004, avaient respectivement pour objet la gestion administrative de l'EPFL et de graves dysfonctionnements d'un Tribunal administratif cantonal.

Le 15 juin 2004, la Conférence générale de l'Organisation internationale du Travail l'a élu au nombre des sept juges internationaux du Tribunal administratif du BIT (TAOIT/ILOAT, ancien Tribunal de la SDN) dont la juridiction est reconnue par la plupart des organisations membres des Nations Unies.

Le 6 janvier 2006, la Conférence intercantonale sur les loteries et le marché des loteries l'a nommé à la Commission de recours de cinq membres, qui est l'autorité judiciaire supérieure instituée par les cantons dans le domaine des loteries et par la base de la Convention intercantonale du 7 janvier 2005.

Il fut de 1991 à 2006 professeur associé de l'Université de Neuchâtel, et à ce titre chargé d'un enseignement du droit public (droit fiscal). Il est l'auteur de nombreuses publications dans divers domaines du droit constitutionnel et du droit administratif.

Expert du Conseil de l'Europe, de 1989 à 1998 pour l'organisation de la justice et des pouvoirs locaux dans les anciens pays « socialistes » et en Fédération de Russie, il est membre effectif de l'Académie européenne des privatistes, dont le siège est à Pavie et qui œuvre à l'élaboration d'un code européen des contrats (projet Gandolfi).

Il exerce des activités de consultant, d'arbitre et de médiateur pour le compte de particuliers ou de collectivités publiques.

II. LE MANDAT

1. Les questions posées

Le 8 janvier 2008, Monsieur François Longchamp, Conseiller d'Etat de la République et canton de Genève, responsable du Département de la solidarité et de l'emploi, écrivait ce qui suit à Me Bernard Ziegler sous le titre " *Prestations communales versées par la Ville de Genève aux bénéficiaires des prestations complémentaires AVS/AI* " :

Pour faire suite à notre entretien téléphonique de ce jour, j'ai le plaisir de vous confirmer que je souhaite vous confier un mandat pour la rédaction d'un avis de droit devant répondre aux questions suivantes :

- la réserve contenue à l'art. 2, alinéa 2, de la loi fédérale sur les prestations complémentaires à l'AVS et l'AI du 6 octobre 2006 ..., selon laquelle les cantons peuvent allouer des prestations allant au-delà de celles qui sont prévues par la présente loi et fixer les conditions d'octroi de ces prestations, vaut-elle également pour les communes, en particulier lorsque – comme à Genève – le canton a légiféré en la matière, mais n'a pas octroyé de compétences additionnelles aux communes ;

- les autorités cantonales chargées de l'application de la LPC sont-elles habilitées à considérer que les prestations municipales octroyées par la Ville de Genève doivent être prises en compte dans le calcul du revenu déterminant au sens de l'art. 11 LPC.

Cette problématique a déjà fait l'objet de diverses études contradictoires ...

Comme convenu, je vous remercie de bien vouloir me faire parvenir votre avis de droit, d'ici la fin janvier 2008.

... "

Il fut convenu entre les parties que l'établissement de la consultation demandée serait confiée au juriste soussigné.

2. Les pièces remises par le mandant

Le mandant nous a remis les pièces suivantes (classement chronologique) :

Règlement du Conseil administratif de la Ville de Genève relatif aux aides financières du Service social du 17 décembre 1986

Lettre adressée aux mairies concernées le 16 novembre 2005 par la Direction générale cantonale de l'action sociale

Communication circulaire aux personnes intéressées faite à la fin de l'année 2005 par le même service, et relative aux prestations complémentaires pour l'année 2006

Lettre adressée le 24 juillet 2006 par le Conseiller d'Etat Longchamp à l'Association des communes genevoises au sujet de la prise en compte des prestations supplémentaires communales dans le calcul des prestations complémentaires

Lettre circulaire adressée le 26 septembre 2007 par le Maire de la Ville de Genève, Patrice Mugny, aux bénéficiaires des prestations sociales de cette commune

Projet d'arrêté présenté au Conseil municipal le 9 octobre 2007 par Mesdames et Messieurs les Conseillers municipaux Salika Wenger et consorts suite à la lettre précitée du 24 juillet 2006

Avis de droit de Me Christian Grobet du 5 novembre 2007 "sur les prestations cantonales et communales aux rentiers AVS-AI"

Avis de droit de Me Jacques-André Schneider du 30 novembre 2007 "à propos des prestations complémentaires AVS/AI versées par la Ville de Genève"

Annexes à ce document (textes législatifs zurichois)

Prise de position relative à ce second avis de droit, rédigée le 6 décembre 2007 par Madame Anja Wyden, directrice de la Direction générale cantonale de la solidarité et de l'emploi

Lettre de mandat du 8 janvier 2008

Message du mandant du 10 janvier 2008 accompagnant la remise de certains des documents ci-dessus rubriqués.

3. Les réserves d'usage

La présente consultation se fonde sur les faits tirés des pièces remises par le mandant, tels qu'ils seront résumés ci-après. Demeurent réservés tous éléments matériels qui n'auraient pas été portés à notre connaissance.

III. ANALYSE RAISONNÉE DES PROBLÈMES POSÉS, SOUS L'ANGLE DU DROIT POSITIF INSTITUANT LE SYSTÈME DE L'AVS/AI

1. Les paliers normatifs dans le domaine de l'AVS/AI

A. Le droit fédéral

a) *l'ordre constitutionnel*

α) le fondement constitutionnel de l'AVS/AI

L'institution d'un régime *national* de protection sociale *obligatoire* contre les conséquences économiques de la vieillesse, de l'invalidité et du décès prématuré (survivants) fut une préoccupation assez constante de l'Etat fédératif actuel, dès sa création le 29 mai 1874. Elle ne fut toutefois perçue comme une nécessité inéluctable qu'après l'adoption, le 26 octobre 1890, de l'art. 34 bis aCst qui donna à la Confédération la tâche d'introduire, selon des modalités fort imprécises, l'assurance en cas d'accident et de maladie. La protection sociale étatique des vieillards, des infirmes et des survivants, paraissait connexe et complémentaire à celle des malades et des victimes d'accident qui venait d'être instituée.

La création d'une base constitutionnelle pour une assurance-vieillesse et survivants fit l'objet, le 21 juin 1919, d'un message fondamental du Conseil fédéral. Ce message répondait à de nombreuses interventions parlementaires, dont les plus notables furent les motions *Weber* des 2 décembre 1912 et 5 décembre 1918. Se référant largement aux réalisations accomplies en ce domaine à l'étranger, le Conseil fédéral y insistait sur le devoir de l'Etat central de sortir du système, alors existant, d'assistance publique, privée ou familiale, et d'éliminer les privilèges de fait consécutifs aux efforts inégaux accomplis dans ce domaine par les administrations publiques ou par les

entreprises privées les plus progressistes. Aussi l'art. 34 quater aCst (accepté en votation populaire du 6 décembre 1925), sur la base duquel ont, bien plus tard, été créées les institutions de l'AVS et de l'AI que nous connaissons, est-il l'expression de la volonté, alors révolutionnaire et aujourd'hui banalisée, de développer le sentiment de la solidarité et d'atténuer les inégalités dans l'ensemble de la société. (FF 1919 IV pp. 1ss. *passim*, en particulier p. 11 et pp. 111ss.)

La Constitution du 18 avril 1999 repose sur la même conception de la sécurité sociale, en tant qu'elle confirme la mise en place, notamment en collaboration avec les cantons, d'une part, du système des trois piliers propre à assurer une prévoyance vieillesse, survivants et invalidité durable et *suffisante* (art. 111), et, d'autre part, d'une assurance sociale (le premier de ces piliers) équilibrée dans ses modalités de financement et de distribution (art. 112). Ces deux dispositions constitutionnelles ont été modifiées le 28 novembre 2004 dans le cadre de la nouvelle répartition des tâches entre Confédération et cantons dont il sera question plus bas (arrêté du 3 octobre 2003). Mais ces modifications n'ont pas de pertinence primordiale pour la présente consultation : hormis de nouvelles règles sur les rapports financiers entre cantons et communes, elles consistent dans la précision que les prestations peuvent être en espèces et en nature (112 al. 2 a bis) et dans le transfert de la base constitutionnelle relative à l'intégration des handicapés et aux efforts entrepris en faveur des assurés AVS/AI (112 al. 6 ancien devenant 112 b et 112 c nouveaux).

L'art. 112 al. 2 demeure en revanche inchangé dans la mesure où il prescrit toujours que les rentes de l'assurance obligatoire doivent *couvrir les besoins vitaux de manière appropriée*.

L'AVS/AI sur laquelle la Confédération a, de la sorte, reçu la compétence de légiférer, est une *assurance sociale* dont les prestations sont octroyées, au moment de la survenance de l'événement assuré, sans considération des besoins individuels et particuliers des personnes assurées.

β) le fondement constitutionnel des prestations complémentaires à l'AVS/AI

C'est le 8 octobre 1948, soit moins de deux ans après l'adoption de la LAVS, que l'Assemblée fédérale adopta un arrêté fédéral de portée générale concernant l'aide complémentaire à la vieillesse et aux survivants, fondé sur l'art. 34 quater aCst, qui est le premier acte normatif fédéral traitant directement de prestations complémentaires AVS/AI (RO 1949, I, p. 81). Cet arrêté, d'une durée de validité limitée, se bornait à constituer un fonds de réserve pour le subventionnement, d'une part, des institutions privées actives dans ce domaine, et, d'autre part, des cantons qu'on incitait ainsi à développer selon un plan méthodique les aides complémentaires que tous octroyaient déjà pour atténuer les cas pénibles ou pour préserver du besoin les vieillards et les orphelins nécessiteux. On notera que le canton de Genève, qui disposait depuis le 7 octobre 1939 d'une loi cantonale spécifique, était alors tenu pour le canton le plus généreux envers les personnes qui allaient constituer, plus tard, le groupe social des

rentiers AVS/AI bénéficiaires des prestations complémentaires AVS/AI ; c'était encore le cas lors de l'adoption de la LPC (FF 1964 II, pp. 707/708).

Prorogé plusieurs fois, cet arrêté fédéral de portée générale allait arriver à échéance lorsque fut adoptée la loi du 19 mars 1965 sur les prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité (LPC ; RO 1965, p. 541). Cette loi fut la première loi spécifique sur les prestations complémentaires AVS/AI ; elle restera en vigueur, avec diverses modifications, jusqu'au 31 décembre 2007. Elle se fondait également sur l'art. 34 quater aCst, et il faudra attendre près de dix ans pour que soit introduite dans la Constitution fédérale une base constitutionnelle directe - du reste transitoire - aux prestations complémentaires versées par les cantons. Ce retard à doter le financement de la Confédération d'une telle base constitutionnelle s'explique par plusieurs raisons ; deux d'entre elles présentent un intérêt général pour les besoins de la présente consultation : les aides complémentaires traitées notamment dans l'arrêté fédéral de 1948 relevaient ordinairement de l'assistance publique cantonale et non de l'assurance sociale cantonale ou fédérale ; les prestations complémentaires, instituées en 1965 par la LPC, relèvent bien de l'assurance sociale fédérale et cantonale depuis leur institution, mais on pensait, selon les conceptions de l'époque, qu'elles ne seraient plus nécessaires lorsque le système d'assurance sociale fédérale se serait perfectionné.

Aussi ne s'étonnera-t-on pas que ce soit par une *disposition transitoire* (art. 11 al. 2 disp.trans. aCst placé en relation avec l'art. 34 quater aCst), acceptée en votation populaire du 3 décembre 1972, que la Constitution de 1874 a fait obligation à la Confédération de verser aux cantons des aides destinées à financer *les prestations complémentaires* qu'ils se décideraient à mettre en place dans le cadre de la législation fédérale régissant ce domaine. Comme dit au paragraphe précédent, cette obligation de financement n'eût en effet dû avoir qu'un caractère provisoire, et n'être justifiée que pendant une période introductive où l'AVS/AI ne pouvait couvrir *les besoins vitaux* des assurés dans toutes les situations.

Revenu de cette illusion, l'auteur du *projet de réforme de 1995* prévoyait d'insérer cette disposition transitoire dans le corps même de la Constitution, plus précisément à l'art. 92 al. 3 de ce projet. Son *Exposé des motifs* justifiait ainsi ce transfert : "*On ne pourra pas renoncer, à l'avenir à ces prestations complémentaires, bien qu'elles aient été conçues à l'origine comme purement provisoires. C'est pourquoi la contribution financière de la Confédération est reprise dans le projet à titre de tâche permanente*" (p. 125 ad art. 92). L'idée ne fut cependant pas retenue pour l'établissement du texte constitutionnel définitif ; l'obligation de financement conserva donc son caractère provisoire ; elle sera inscrite à l'art. 196 ch. 10 Cst, sans changement matériel par rapport à l'ancienne Constitution. Ce fut plutôt surprenant : il est évident que, même si la généralisation du second pilier introduit en 1985 laisse entrevoir une diminution massive des cas de nécessité qui ont justifié le recours à l'institution de prestations complémentaires, un certain nombre de personnes restera toujours "sur le bord de la route", qui - pour les raisons les plus diverses - auront besoin de cet appoint *méthodique*.

Le 28 novembre 2004, le peuple et les cantons acceptèrent enfin - avec l'arrêté fédéral du 3 octobre 2003 déjà mentionné et dont il sera encore question plus bas - de donner une base directe et définitive aux prestations complémentaires AVS/AI en transférant la disposition transitoire de l'art. 196 ch. 10 Cst dans le corps de la Constitution. Cette modification constitutionnelle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008. L'art. 196 ch. 10 disp. trans. Cst est désormais remplacé par l'art. 112a Cst dont la teneur est la suivante :

Prestations complémentaires

La Confédération et les cantons versent des prestations complémentaires si l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité ne couvre pas les besoins vitaux.

La loi fixe le montant des prestations complémentaires et définit les tâches et les compétences de la Confédération et des cantons.

Limitées par le constituant à garantir la couverture des *besoins vitaux* que les rentes, jointes aux autres revenus de l'assuré, ne peuvent couvrir, les prestations complémentaires sont octroyées, en principe, aux membres du groupe social des *personnes assurées de l'AVS/AI* qui se trouvent dans une tranche de revenus bien définie. Ce lien avec l'AVS/AI fait que les prestations complémentaires allouées par les cantons dans le cadre normatif du droit fédéral, relèvent de *l'assurance sociale* et non de *l'assistance publique*. Le Conseil fédéral insistait déjà sur ce point dans le message du 21 septembre 1964 à l'appui de la LPC en soulignant quelques conséquences de cette qualification institutionnelle, telle l'impossibilité d'exiger la restitution de prestations perçues à bon droit, ni du bénéficiaire revenu à meilleure fortune, ni de ses héritiers quel que soit l'état de l'actif successoral net (FF 1964 II 705, p. 712 et p. 734 en haut).

b) les normes de rang législatif

a) une réflexion relative à un point de la LGPA

Le cadre de la présente consultation nous dispense de présenter les normes de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS ; RS 831.10) et celles de la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI ; RS 831.20) qui concrétisent primordialement l'ordre constitutionnel dont on vient d'esquisser les objectifs.

On ne peut cependant se dispenser de faire mention de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales, parce qu'elle tend à harmoniser les prestations des assurances sociales régies par la législation fédérale (LPGA ; RS 830.1 ; art. 1 lettre c et art. 2). Cette loi établit des règles de coordination entre les prestations allouées par plusieurs assurances sociales, sous la réserve qu'elle considère l'AVS et l'AI comme une seule assurance sociale (art. 63ss.).

Parmi ces règles de coordination figure celle de l'art. 69 en vertu de laquelle le concours de prestations des différentes assurances sociales ne doit pas conduire à une "*surindemnisation*" de l'ayant-droit. L'**alinéa 3 de cet article prescrit que les rentes**

AVS/AI sont exceptées de toute réduction (*rem. : il n'y est pas question des prestations complémentaires car la loi concerne les assurances du droit fédéral*). L'exception légale en faveur de ces rentes convainc l'expert soussigné qu'il serait contraire au système suisse de l'assurance sociale de partir du concept, voisin, de la *surassurance* pour contester le droit de la Ville de Genève d'instituer ses propres prestations complémentaires afin de mieux protéger encore les rentiers AVS/AI bénéficiaires de rentes complémentaires "de source fédérale ou cantonale".

β) la législation fédérale du 19 mars 1965 et du 6 octobre 2006

- *la conception générale*

La législation fédérale sur les prestations complémentaires est issue du constat que les institutions d'aide préexistantes n'étaient pas appropriées pour assurer à tous les rentiers de l'AVS/AI (assurance sociale dont c'est le but final) un *revenu minimum suffisant à la couverture de leurs besoins vitaux*. Dans sa teneur jusqu'au 31 décembre 2007, elle instituait un régime de subventionnement pour combattre la pauvreté sur tout le territoire national, et pour éviter des disparités évidentes entre les rentiers domiciliés dans les cantons financièrement faibles et ceux qui résident dans les cantons qui ont les moyens de leur garantir accessoirement ce revenu minimum.

Avant le 1^{er} janvier 2008, la législation sur les prestations complémentaires n'obligeait pas les cantons à en allouer, leur inaction étant toutefois sanctionnée par une privation modulée des subventions fédérales dans le domaine de l'AVS/AI (*cf* FF 1964 II 705, spéc. pp.709, 715). Ce caractère facultatif était plutôt théorique, car tous les cantons introduisirent un système de prestations complémentaires dans le cadre du droit fédéral, ce qui prévint l'afflux, dans les cantons dotés d'un tel système, de rentiers domiciliés dans les cantons qui n'en auraient pas été dotés.

Le champ d'application, les buts et les principes de la législation sur les prestations complémentaires sont demeurés, *dans leur essence*, les mêmes au travers des modifications successives du texte de 1965, que ces modifications résultent de révisions de l'AVS (9^{ème} et 10^{ème}) et de l'AI (4^{ème}), de l'introduction de la LGPA, de l'entrée en vigueur d'accords de libre circulation, ou de nouvelles "autonomes ou spécifiques" dont la plus générale est celle du 20 juin 1997 adoptée dans le contexte de l'adoption de la Lamal entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1996 (RO 1997, pp. 2952, 2960 ; *cf* ATF 130 V 183, consid. 4.3.2). La finalité de l'institution des prestations complémentaires resta en particulier inchangée : pallier l'insuffisance "actuelle" des rentes servies par l'AVS/AI au regard du but de cette assurance sociale qui est de garantir aux rentiers un revenu minimum régulier propre à couvrir leurs besoins vitaux (ATF 108 V 235 consid 4c ; 122 V 24 consid. 5a ; 127 V 369 consid. 5a ; 130 V 185 consid. 4.3.4).

En vertu de l'art. 3a de la loi fédérale de 1965 dans sa teneur jusqu'au 31 décembre 2007 (RS 831.30 ; **ci-après : aLPC**), le montant de la prestation complémentaire annuelle correspondait à la part des dépenses reconnues qui excède les revenus

déterminants. Le législateur fédéral a donc fixé, d'une part, le montant des *dépenses reconnues* censé équivaloir au revenu minimum suffisant devant être atteint grâce au versement des prestations complémentaires (art. 3b aLPC) et, d'autre part, les éléments du *revenu déterminant*, c'est-à-dire du revenu acquis par l'assuré avant la reconnaissance de son droit à ces prestations (art. 3c aLPC).

Le législateur énonçait, de manière particulièrement précise et détaillée, les éléments constitutifs du revenu déterminant (art. 3c al. 1 aLPC) et les éléments qui n'en font pas partie (art. 3c al. 2 aLPC). Cette précision et cette méticulosité sont apparues d'emblée nécessaires à une application *uniforme* dans toute la Suisse des prescriptions en matière de prestations complémentaires, préoccupation majeure de l'auteur de la loi (cf FF 1964 II pp. 731ss).

Remarque incidente : sur l'application pratique du concept de "revenus déterminants" lire notamment les arrêts publiés dans ATF 96 V 138 ; 99 V 169 ; 103 V 25 ; 109 V 134 ; 113 V 190 ; 118 V 29 consid. 3a ; 121 V 17 ; 121 V 204 ; 122 V 37 ; 122 V 394 ; 123 V 186 consid. 3 ; 127 V 20 consid. 3 et 4 ; 128 V 40 consid. 3 ; 131 II 220 consid. 2.2 ; 131 II 661 consid. 5.2 ; 131 V 258 consid. 5.2 ; 131 V 337 consid. 4.6 ; 132 V 329, 332, 337.

La définition légale des revenus déterminants est essentielle pour définir la nature des *prestations sociales* de la Ville de Genève et pour décider, en principe, de leur prise en compte par l'autorité cantonale.

On peut affirmer, sans risque de se tromper, que cette définition légale tendait, à l'instar de la définition du revenu global imposable selon la LHID et la LIFD, à englober dans cette catégorie *tous les revenus* de la personne assurée sous la seule réserve de revenus dont l'acquisition est extraordinaire, ce qui est essentiellement le cas de prestations relevant de l'entraide ou de l'assistance, parfois dûment légalisées. Au regard des buts de la loi, il est donc juste de dire, comme le fait l'un des auteurs des avis de droit déjà donnés en cette affaire, que les catégories énoncées dans la clause énumérative des revenus déterminants (art. 3c al. 1 lettres a-h aLPC) doivent en principe être interprétées *extensivement* et que les exceptions consenties à cette clause générale (art. 3c al. 2 lettres a-e aLPC) doivent être interprétées *restrictivement*.

Parmi les revenus déterminants à prendre en compte aux termes de l'art. 3c al. 1 aLPC figuraient "*les rentes, pensions et autres prestations périodiques, y compris les rentes AVS/AI*" (lettre d), notion à prendre au sens large et qui englobe les prestations sociales, les rentes des caisses de pension, ou d'assurances publiques ou privées, les prestations périodiques bénévoles des employeurs et les rentes de droit privé (FF 1964 II, p. 732). Parmi les exceptions retenues à l'art. 3c al. 2 aLPC figuraient les prestations d'aide sociale et les prestations provenant de personnes et d'institutions publiques ou privées ayant *manifestement* un caractère d'assistance (lettres b et c).

Ces formules ont été reprises intégralement dans la LPC2006 dont il va être question ci-après.

- *la nouvelle loi de 2006*

L'arrêté fédéral du 3 octobre 2003, déjà mentionné à deux reprises, qui incluait l'adoption de l'art. 112a Cst., avait pour objet essentiel la réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons. La mise en œuvre de cette réforme a nécessité la révision d'une trentaine de lois. Parmi ces lois figurait la LPC de 1965, loi de subventionnement qui fut remplacée par une loi de coresponsabilité du 6 octobre 2006 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008 (toujours RS 831.30 ; **ci-après : LPC**).

Sous un titre inchangé, la loi de 2006 reformule la loi de 1965 d'une manière plus intelligible. Du point de vue matériel, elle traite de façon particulière les problèmes découlant du placement ou de l'hospitalisation des personnes âgées ; elle modifie par ailleurs le régime de financement des prestations complémentaires dont la couverture incombe désormais pour 5/8 à la Confédération et pour 3/8 aux cantons, à l'exception des prestations destinées justement à couvrir les frais de séjour dans un home ainsi que les frais de maladie et d'infirmité qui incombent en principe aux cantons. Elle institue de la sorte une responsabilité et un financement conjoints de la Confédération et des cantons.

Ces derniers sont désormais astreints à introduire un régime de prestations complémentaires conforme aux exigences de la LPC.

Le but de la loi reste inchangé. Il s'agit toujours de couvrir les *besoins vitaux* des rentiers AVS/AI, dans la mesure où le régime de sécurité sociale ne parvient pas à les couvrir, ce qui est la finalité constitutionnelle de cette assurance sociale.

Le régime de l'"acquisition" des prestations complémentaires reste, fondamentalement, le même que celui en vigueur jusqu'au 31 décembre 2006. Le calcul et le montant de la prestation complémentaire annuelle est certes modifié par la suppression des limites supérieures de la prestation complémentaire annuelle, mais le critère de la différence entre les dépenses reconnues et les revenus déterminants, inscrit à l'art. 3a al. 1 aLPC, a été transcrit mot pour mot à l'art. 9 al. 1 LPC. Le système demeure ainsi *grosso modo* ce qu'il était sous l'empire de l'aLPC dans sa teneur qui résultait des deux nouvelles du 24 juin 1977 et du 20 juin 1997 (RO 1978, p. 391 et RO 1997, pp. 2952 et 2960).

Il est à souligner que la clause d'exclusion de l'art. 3c al. 2 aLPC, modulée par l'al. 3 qui suit, est intégralement reprise (sous réserve de modifications rédactionnelles sans portée matérielle de nature à dénaturer le système) à l'art. 11 al. 2 LPC, modulé par l'al. 3 qui suit. Ne sont donc pas *pris en compte* pour le calcul des revenus déterminants, les revenus qui n'en *faisaient pas partie* aux termes de l'ancienne loi ; ce sont les aliments fournis par les proches en vertu des art. 328-330 CC, les prestations d'aide sociale (anct. "assistance publique"), les prestations provenant de personnes et d'institutions publiques ou privées *ayant un caractère d'assistance manifeste*, les allocations pour impotents des

assurances sociales et les bourses d'études et autres aides financières destinées à l'instruction.

L'exécution de la législation fédérale par les cantons est soumise à la surveillance et à l'approbation de la Confédération (art. 28/29 LPC).

B. Le droit cantonal

a) *les prestations complémentaires instituées par le canton de Genève selon les art. 1a al. 1 et 2 aLPC et 2 al. 1 LPC, tels que mis en application par la LAPC (pour commodité : prestations complémentaires fédérales)*

Le canton de Genève a mis en œuvre la LPC1965, dès son entrée en vigueur, par la loi sur les prestations fédérales complémentaires du 14 octobre 1965 (RSGe J 7 10 ; ci-après **pour commodité : LAPC** [i.e. loi d'application sur les prestations complémentaires]) ; la dernière révision de la LAPC date du 13 décembre 2007 et concrétise la LPC. Cette loi contient une délégation générale en faveur du Conseil d'Etat pour tout ce qui concerne les réglementations qui, aux termes de la législation fédérale, relèvent de la compétence des cantons.

Les bases de calcul des prestations complémentaires fédérales ont donc été fixées dans un règlement gouvernemental du 13 décembre 1998 constamment adapté à l'évolution des circonstances sociales et, en particulier, du coût de la vie. Au 1^{er} janvier 2007, les montants destinés à la couverture des besoins vitaux ont été fixés notamment à CHF 18.140 pour les personnes seules et à CHF 27.210 pour les couples.

Pour le surplus, la LAPC a confié son exécution à l'Office cantonal des personnes âgées, organe distinct des autorités compétentes en matière d'assistance publique et d'aide sociale comme l'exige l'art. 21 al. 2, *in fine*, LPC, qui confirme de la sorte la *séparation organique ou catégorique* qui doit être établie entre le régime d'assurance sociale de l'AVS/AI (incluant les prestations complémentaires "selon le droit fédéral" et aussi "selon le droit cantonal" lorsque ces dernières revêtent la forme de l'assurance sociale) et les institutions cantonales ou communales d'assistance publique.

La restitution des prestations complémentaires perçues en conformité de la législation cantonale d'exécution n'est prévue que lorsqu'elles ont été "indûment touchées" (art. 5c LAPC).

b) *la réserve de l'art. 2 al. 2 LPC*

L'art. 2 al. 2 LPC réserve la compétence des cantons d' "*allouer des prestations allant au-delà de celles qui sont prévues par la LPC et [de] fixer les conditions d'octroi de ces prestations*". Ces prestations supplémentaires autonomes ne peuvent être financées par le prélèvement de cotisations patronales.

Cette réserve figurait à l'art. 83 LAVS dans sa teneur issue de la 6^{ème} révision de cette loi. Elle a ensuite pris place à l'art. 1a al. 4 aLPC qui réservait la compétence des

cantons d'allouer, "indépendamment de celles qui sont prévues dans la présente loi, des prestations d'assurance ou d'aide et d'en fixer les conditions d'octroi", en excluant que ces prestations soient financées par le prélèvement de cotisations auprès des employeurs. La *ratio legis* était que, dans la mesure où le régime de l'AVS/AI (prestations complémentaires comprises) ne suffisait pas à assurer les besoins vitaux des rentiers, eu égard au coût de la vie dans les différents cantons, il serait injustifié d'empêcher les cantons de continuer à développer leurs prestations sociales. (FF 1964 II, p. 730)

c) les prestations complémentaires instituées par le canton de Genève selon la réserve des art. 1a al. 4 aLPC et 2 al. 2 LPC (pour commodité : prestations cantonales complémentaires)

Le législateur cantonal genevois a fait usage de sa compétence résiduelle d'accorder des prestations supplémentaires aux personnes âgées, aux veuves, aux orphelins et aux invalides.

Ces prestations cantonales complémentaires sont prévues dans une loi du 25 octobre 1968 (RSGe J 7 15 ; **ci-après pour commodité : LPCcant** [i.e. loi sur les prestations complémentaires cantonales]). Cette loi (dans son état actuel au 22 mai 2007 selon le recueil systématique cantonal) introduit le concept de "revenu minimum cantonal d'aide sociale" dont la détermination répond à des critères multiples. Son art. 1A déclare que la LPC et ses dispositions d'exécution fédérales et cantonales, sont applicables par analogie aux prestations complémentaires cantonales en cas de silence de la loi. La loi charge de son exécution l'Office cantonal des personnes âgées (art. 37 al. 1) et donne au Conseil d'Etat la compétence d'adapter périodiquement le revenu minimum au taux décidé par le Conseil fédéral pour les prestations complémentaires "selon le droit fédéral". Aux termes d'un règlement d'application du 25 juin 1999 (dans son état actuel au 22 mai 2007 selon le recueil systématique cantonal), le revenu minimum cantonal d'aide sociale s'élève notamment à CHF 24.134 pour les personnes seules et à CHF 36.201 pour les couples.

Le régime d'allocation des prestations complémentaires cantonales est calqué sur celui des prestations complémentaires fédérales. Ce sont les rentiers AVS/AI (ainsi que les bénéficiaires d'une allocation d'impotence, d'une indemnité journalière AI ou de prestations complémentaires fédérales) dont le revenu annuel déterminant n'atteint pas le revenu minimum cantonal d'aide sociale, qui ont essentiellement droit aux prestations complémentaires cantonales (art. 2 et 4 LPCcant).

Le revenu annuel déterminant comprend tous les revenus du requérant ainsi qu'une quotité de sa fortune nette, assortie de déductions de divers types (art. 5 al. 1-6, art. 6-8 LPCcant). Le huitième alinéa de l'art. 5 LPCcant énumère les revenus du requérant qui ne font pas partie du revenu déterminant en des termes qui reprennent exactement la substance de ceux des art. 3c al. 2 aLPC et 11 al. 3 LPC.

La restitution des prestations cantonales complémentaires perçues en conformité de la LPCcant est prévue lorsqu'elles ont été "indûment touchées" (art. 24). Elle peut aussi être partiellement exigée des héritiers du rentier qui reçoivent dans la succession un

immeuble (demeure personnelle du rentier) dont la valeur ou le rendement n'ont pas été pris en compte pour le calcul du revenu déterminant (manifestement pour favoriser le maintien de la propriété du logement à l'âge de la retraite ; art. 26 en relation avec l'art. 8).

d) Les "prestations sociales" de la Ville de Genève

Le 17 décembre 1986, le Conseil administratif de la Ville de Genève a adopté un règlement relatif aux aides financières du Service social (**ci-après : le Règlement communal**). Ce règlement énumère et définit quatre catégories d'aides financières allouées soit de manière générale soit ponctuellement. Son deuxième chapitre (art. 7-10 en relation avec l'art. 6) est consacré aux "*prestations sociales*". En vertu de ces dispositions, toute personne ou famille bénéficiaire des *prestations cantonales complémentaires* (à l'exception des personnes placées en institution) a droit à une prestation mensuelle dont le montant est déterminé en fonction du nombre de personnes composant le groupe familial. Ces prestations s'élèvent au minimum à CHF 185 pour une personne seule et au maximum à CHF 420 pour une famille de 6 personnes. Ces prestations doivent être demandées (art. 3), mais elles doivent être allouées à tout résident effectif récipiendaire d'une prestation cantonale complémentaire depuis le mois qui suit le jour du dépôt de la formule de demande jusqu'à la fin du mois qui suit la suppression des prestations cantonales complémentaires.

Les prestations sociales de la Ville de Genève "*indûment touchées*" doivent être restituées (art. 28 du Règlement communal). L'art. 2 du Règlement communal prescrit aussi que sont remboursables les allocations ponctuelles constituant des prêts, ainsi que les aides financières du Service social dans le cas où le bénéficiaire des aides viendrait à décéder en laissant une succession active supérieure aux limites de fortune acceptées par l'Office cantonal pour les personnes âgées.

2. L'assistance des personnes dans le besoin

A. Le concept d'aide sociale ou d'assistance publique selon l'art. 12 Cst

Avant d'examiner le contenu des avis de droit qui nous ont été soumis, il sied de distinguer du régime d'assurance sociale qui vient d'être esquissé, le régime d'assistance des personnes dans le besoin.

L'aide et l'assistance aux personnes dans le besoin a aujourd'hui sa source juridique la plus élevée à l'art. 11 du Pacte international du 16 décembre 1966 sur les droits économiques, sociaux et culturels, entré en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992 (Pacte ONU I ; RS 0.103.1). En ratifiant ce traité multilatéral, la Suisse a reconnu le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et pour sa famille, y compris nourriture, vêtements et logis, ainsi qu'à une amélioration constante de ses conditions d'existence. La réalisation de ce droit doit faire l'objet de mesures appropriées ; elle nécessite la coopération internationale.

C'est *un peu* dans l'esprit de ce texte qu'a été adopté l'art. 12 Cst. qui, *garantissant à chacun le droit à des conditions minimales d'existence*, a simplement transcrit, dans le texte de la Constitution de 1999, le dernier des droits constitutionnels non écrits que le Tribunal fédéral avait reconnus sous l'empire de l'ancienne constitution (ATF 121 V 367).

Cette disposition du droit constitutionnel autonome semble avoir, en réalité, une portée plus restreinte que la disposition de programme de l'art. 11 Pacte-ONU I. L'art. 12 Cst garantit simplement aux personnes qui se trouvent en situation de détresse au point de ne pas être en mesure de subvenir à leur entretien, le droit d'être *aidées* et *assistées* et de recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine. L'art. 12 Cst ne garantit en tout cas pas, contrairement à ce qu'on dit parfois, le droit à un minimum d'existence, dans la mesure où l'on entendrait par là la couverture générale permanente des besoins vitaux au sens de l'art. 112a al. 1 *in fine* Cst; la couverture générale des besoins vitaux est en effet la finalité de l'assurance sociale, tous compléments inclus, et non celle de l'aide sociale ou de l'assistance publique. Le droit à des conditions minimales d'existence exige simplement des autorités compétentes, ceci dit trivialement, qu'elles ne laissent pas mourir de faim, de soif ou de froid les personnes qui résident sur le territoire qu'elles administrent. Il leur commande de prêter aux personnes nécessiteuses les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine, ne pas tomber dans la mendicité, ou, en définitive, ne pas devenir ce qu'on appelle en France des "sans abri" ou des "sans domicile fixe". Les personnes dans le besoin n'ont qu'un droit (*Anspruch*) : celui de recevoir - pendant le temps nécessaire à une réinsertion normale dans la société - des prestations de survie, tels la nourriture, l'habillement, l'abri et les prestations médicales ("*Überbrückungshilfe*"). Cette portée limitée de l'art. 12 Cst permet de dire que son champ de protection (*Schutzbereich*) se confond avec le noyau du droit qu'il consacre (*Kerngehalt*) (ATF 121 I 367 ; 130 I 71 ; 131 I 166, spéc. consid. 3.1 ; 131 V 261).

B. Le concept d'aide sociale ou d'assistance publique selon la LAS adoptée sur la base de la règle de conflit de l'art. 48 aCst

L'art. 48 aCst fixait simplement le principe de l'assistance au lieu du domicile des personnes dans le besoin, le canton de domicile assumant cette charge sous réserve d'un droit de recours contre l'ancien canton de domicile ou contre le canton d'origine jadis responsable primordial. Cette disposition avait été adoptée le 7 décembre 1975 pour mettre fin à l'anachronisme de l'assistance au lieu d'origine, incompatible non seulement avec la dignité des personnes dans le besoin, mais surtout avec la liberté d'établissement et la mobilité effective de ces personnes.

L'art. 48 aCst fut concrétisé par la *loi fédérale du 24 juin 1977 sur la compétence en matière d'assistance des personnes dans le besoin* (LAS ; RS 851.1), dont l'art. 3, demeuré substantiellement inchangé jusqu'à aujourd'hui, définit - à son premier alinéa - ce qu'il faut entendre par les "prestations d'assistance". Ces prestations sont celles qu'une collectivité alloue en argent ou en nature aux personnes dans le besoin,

conformément au droit cantonal et *compte tenu de leurs besoins*. Le second alinéa énumère les prestations qui ne sont pas considérées comme des prestations d'assistance.

Les trois premières lettres de cet alinéa revêtent une certaine pertinence pour comprendre les conclusions de la présente consultation. Ne sont pas des prestations d'assistance les prestations sociales auxquelles l'intéressé a droit et dont le montant n'est pas fixé selon l'appréciation de l'autorité, mais est calculé d'après des prescriptions; c'est le cas des prestations complémentaires de l'AVS/AI, des contributions légales ou réglementaires de l'Etat et des communes à titre de participation aux frais de logement, de formation et d'assurance de personnes à revenus modeste, ainsi que d'autres contributions ayant le caractère de subventions (lettre *a*), de même que de la prise en charge collective des cotisations minimales d'assurances obligatoires (lettre *b*) et des contributions provenant de fonds de secours spéciaux de l'Etat et des communes (lettre *c*).

L'art. 26 LAS laisse au canton du "domicile au moment de l'assistance" la compétence de réglementer l'obligation de rembourser incombant à l'assisté et à ses héritiers.

C. Le concept d'aide sociale ou d'assistance publique selon le droit genevois

En droit genevois, l'assistance publique a aujourd'hui son fondement aux art. 168-170 B introduits dans la constitution cantonale à la suite d'une votation populaire du 15 juin 1980. L'art. 168 Cstcant définit l'assistance publique comme l'aide aux personnes qui ont des difficultés sociales ou sont dépourvues des moyens nécessaires pour satisfaire leurs besoins vitaux et personnels indispensables. Ces dispositions reconnaissent la compétence en ce domaine, de l'Hospice général, sous réserve de celles d'autres organismes publics ou privés auxquels la loi attribue des tâches d'assistance publique.

L'organisation de l'Hospice général est régie par une loi du 17 mars 2006 (RSGe J 4 07). L'Hospice général est un établissement de droit public doté de la personnalité juridique (art. 2 al. 1). L'assistance publique cantonale, entrant dans sa compétence est *subsidaire* aux autres prestations sociales fédérales, cantonales ou *communales* et à celles des assurances sociales.

L'art. 168 Cstcant est en outre concrétisée notamment par la loi du 19 septembre 1980 sur l'assistance publique (LAP; RSGe J 4 05) et par la loi du 22 mars 2007 sur l'aide sociale individuelle (LASI; RSGe J 4 04).

La loi sur l'assistance publique fixe les principes de l'assistance publique cantonale et souligne qu'elle est *subsidaire* à toutes prestations et revenus (art. 10) ainsi qu'aux devoirs de famille, à toutes prestations sociales, fédérales, cantonales et communales, et aux prestations des assurances sociales; l'assistance publique peut, le cas échéant être allouée en complément (art. 1^{er} al. 1 et 3). Les prestations d'assistance ne sont remboursables que si elles ont été perçues indûment; perçues de bonne foi, elles ne

sont remboursables qu'auprès des héritiers dans la mesure où l'état de la succession le permet (art. 1 al. 5 et art. 23-23 D).

La loi sur l'aide sociale individuelle tend à prévenir l'exclusion sociale et de contribuer à la réinsertion sociale et professionnelle (art. 1 al. 1 et 2 LASI). Contrairement à ce que pourrait laisser entendre une formulation de l'un des avis de droit présentés, elle s'applique aussi accessoirement aux personnes âgées ou handicapées (art. 3 al. 2). Il est cependant vrai, comme le souligne l'auteur de cet avis, que l'analyse de ce texte et de son rapport avec la LAP, ne revêtent pas d'intérêt notable pour la présente consultation. Le régime de remboursement de l'aide sociale est conçu selon les mêmes principes que ceux de la LAP; ce régime de remboursement reprend la clause sociale "immobilière", évoquée plus haut et contenue à l'art. 8 LPCcant en relation avec l'art. 26 LPCcant (art. 36-42 LASI).

3. Les opinions juridiques exprimées antérieurement

A. L'avis de droit *Grobet*

Cet avis de droit, daté du 7 novembre 2007, émane de Me Christian Grobet, ancien président du gouvernement genevois et ancien parlementaire fédéral.

Après en avoir examiné les sources, l'expert arrive tout d'abord à la conclusion que les prestations *cantonales* complémentaires du droit genevois relèvent de l'assistance publique ou de l'aide sociale et non de l'assurance sociale. Il fonde ce résultat sur le but sectoriel de ces prestations (amélioration du revenu des personnes membres du seul groupe social dont le revenu est inférieur à ce qui est nécessaire pour mener une vie décente), sur leur financement exclusivement étatique (pas de cotisations) et sur la circonstance qu'elles ne seraient pas automatiquement allouées aux bénéficiaires dont la loi définit le cercle. Du reste, le législateur les concevait expressément à l'origine comme des prestations d'assistance selon la définition du BIT; cette qualification demeurerait valable.

Les prestations sociales de la Ville de Genève, fondées aujourd'hui sur le Règlement communal, seraient elles aussi des prestations d'assistance instituées dans la ligne de celles que la Ville de Genève a octroyées - en nature ou en espèces - de durée immémoriale, c'est-à-dire bien avant que soit créé un régime fédéral d'assurance sociale. Ces prestations seraient nécessaires car la couverture du revenu minimum d'aide sociale défini par le législateur cantonal ne permettrait pas d'atteindre un niveau de vie décent en Ville de Genève.

Ces prestations entreraient dans la compétence des communes. Même si le droit fédéral sur l'assistance laisse aux cantons le soin de définir les collectivités compétentes en ce domaine et même si, à Genève, c'est un établissement cantonal qui s'occupe de l'assistance, rien n'empêcherait que les communes versent de telles prestations à titre bénévole. Le caractère manifeste d'assistance des prestations

sociales communales ressortirait de leur modicité, de leur octroi sur requête individuelle, de leur financement sans primes ni cotisations et de ce qu'elles ne découlent pas d'une obligation légale de la commune qui peut y renoncer en tout temps ; leur versement périodique serait sans pertinence car les versements de l'assistance publique ou de l'aide sociale sont souvent aujourd'hui versés mensuellement.

Ces prestations communales ne devraient pas être prises en compte pour le calcul du revenu déterminant selon la législation fédérale et cantonale sur ses prestations complémentaires. Elles ne l'ont du reste jamais été, et notamment pas depuis l'entrée en vigueur du Règlement communal. Cette abstention du canton ne résulterait nullement d'une inadvertance ; elle aurait été délibérée parce que conforme au droit supérieur qui exclut les prestations d'assistance du revenu déterminant. Un changement de cette pratique cantonale nécessiterait, sous peine d'incohérence voire d'"incongruité", la modification et l'adaptation de diverses normes du droit positif genevois en matière d'assurance sociale et d'assistance.

Cette consultation a été complétée par une note finale dans laquelle l'expert répond aux arguments évoqués dans une lettre du Conseiller d'Etat Longchamp du 29 octobre 2007. L'expert y souligne notamment que si les prestations municipales ne font pas l'objet d'un nouvel examen de la situation économique propre à chaque bénéficiaire, c'est simplement parce que les critères communaux sont rigoureusement identiques aux critères cantonaux. Il y affirme que le critère de précarité - propre à l'assistance publique ou à l'aide sociale - est rempli, ce que démontrerait la suppression totale et immédiate de ces prestations au début de l'année 2008. Le versement de ces prestations ne serait pas, au demeurant, constitutif d'une inégalité inadmissible, puisque les législateurs fédéral et cantonal ont admis que les prestations complémentaires ne doivent pas nécessairement être identiques pour tous les bénéficiaires.

B. L'avis de droit *Schneider*

Cet avis de droit, daté du 30 novembre 2007, émane de Me Jacques-André Schneider, professeur à l'Université de Lausanne.

L'expert présente de manière précise les bases juridiques, sur lesquelles repose l'allocation des prestations complémentaires "fédérales", cantonales et communales ; il expose le calcul des prestations versées selon la LPC et selon la LPCcant en disant ce que signifient concrètement les concepts comparatifs de "dépenses reconnues" et de "revenus déterminants" ; il distingue ensuite prestations complémentaires et prestations d'assistance ou d'aide sociale en définissant notamment, d'une part, les "rentes, pensions et prestations périodiques" et, d'autre part, les prestations "ayant manifestement le caractère d'assistance". Il arrive à la conclusion que, à l'instar des prestations cantonales complémentaires, les *prestations sociales* de la Ville de Genève ont un caractère d'assurance prépondérant et non un caractère manifeste d'assistance.

L'expert situe ensuite les *prestations sociales* de la Ville de Genève dans le contexte de l'autonomie communale.

Il se livre à l'interprétation constitutionnelle des textes, selon leur lettre, leurs travaux préparatoires et leur finalité, pour conclure que les "revenus déterminants" selon la LPC et la LPCcant n'englobent pas les *prestations sociales* de la Ville de Genève qui,

partant, pourraient être cumulées avec les prestations complémentaires versées sur la base de l'un et l'autre de ces textes. C'est parce qu'il était conscient de la difficulté d'atteindre le but constitutionnel de couverture des besoins vitaux des rentiers AVS/AI eu égard notamment aux disparités cantonales, que le législateur fédéral a laissé une marge de manœuvre importante aux cantons et n'a pas exprimé la volonté de supprimer les prestations communales du type des prestations discutées. La justesse de ces réflexions serait confirmée par le comportement de la Confédération et du canton qui n'ont jamais remis en cause la conformité des prestations communales discutées, dont les bases ont été renouvelées tant sous l'empire de l'aLPC que sous celui de la LPCcant.

Cette opinion est confortée par une étude de droit comparé entre les législations genevoise et zurichoise. L'expert ne perd cependant pas de vue l'écart structurel entre les deux droits, le droit cantonal zurichois réservant expressément, contrairement au droit genevois, la possibilité pour les communes de verser des suppléments à caractère d'assurance aux différentes catégories fédérale et cantonale de prestations complémentaires AVS/AI. Mais, là encore, il résout cette difficulté par référence au comportement de la Confédération et du canton et au contenu de l'autonomie de la Ville de Genève (compétence reconnue d'"auto-administration").

On perçoit cependant (p. 27, lettre *d*) que ce sont aussi des questions d'opportunité (*importance de principe de la question posée, nombre de personnes bénéficiaires des prestations communales, problèmes posés par la nouvelle répartition des tâches entre Confédération et cantons*) qui conduisent l'expert à soutenir qu'une loi cantonale serait nécessaire pour supprimer ou restreindre la compétence de la Ville de Genève de verser les prestations complémentaires allouées jusqu'au 31 décembre 2007 sur la base du Règlement communal.

C. La prise de position de la DGAS

Cette opinion, remise au Conseiller d'Etat François Longchamp, porte la signature de Mme Anja Wyden, Directrice de l'action sociale de la République et canton de Genève. Datée du 30 novembre 2007, elle porte le titre marginal "*Prise de position relative à l'avis de droit de Me Jacques-André Schneider à propos des prestations complémentaires AVS/AI versées par la Ville de Genève*".

L'auteur de ce document affirme que les "prestations sociales" de la Ville de Genève ont un caractère d'assurance, qu'à l'instar des prestations complémentaires du droit fédéral et du droit cantonal elles tendent à couvrir les *besoins vitaux* des rentiers AVS/AI résidant en Ville de Genève, qu'elles entrent dans la catégorie des "*rentes pensions et autres prestations périodiques*" au sens de l'art. 11 al. 1 lettre d LPC et qu'elles doivent être prises en compte dans le calcul du revenu déterminant prévu par le droit cantonal d'application et par le droit cantonal autonome parce qu'elles ne sont pas incluses dans la liste des exceptions énumérées exhaustivement à l'alinéa 2 de cet article 11. La loi genevoise ne comporte en effet pas une norme attributive de compétence comparable à celle du § 7a de la LPCZH (*Zusatzleistungsgesetz*). La prise de position se réfère en outre à l'art. 1a al. 2 introduit dans l'aLPC lors de l'adoption de la LGPA, disposition abrogée par la LPC.

L'auteur de la prise de position insiste sur la clarté des textes légaux fédéral et cantonaux applicables ; voulût-on indûment recourir à d'autres méthodes d'interprétations que l'interprétation littérale, le résultat serait le même car le revenu minimal cantonal d'aide sociale, fixé dans la LPCcant, serait nettement supérieur au seuil de pauvreté, la couverture des besoins vitaux des rentiers étant ainsi assurée par les prestations du droit fédéral et du droit cantonal. Le cumul des prestations communales et cantonales serait donc en contradiction avec le droit fédéral et, de surcroît, constitutif d'inégalité de traitement entre les habitants du canton.

Enfin, l'Etat ne saurait se voir imputer sa tolérance à l'égard des prestations communales, ne serait-ce qu'en raison de l'évolution des conditions législatives dans le domaine du droit social et du devoir actualisé de gérer de manière coordonnée, rationnelle et efficace les ressources de l'Etat et des communes.

4. Conclusions

A. Les prestations sociales de la Ville de Genève sont-elles des prestations d'assistance ou relèvent-elles de la sécurité sociale ?

a) *le concept général de l'aide sociale ou de l'assistance publique*

L'art. 12 Cst institue le droit à un minimum d'existence, qui est une sorte de corollaire du droit à la dignité humaine consacré à l'art 7 Cst. Sous le titre "*droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse*", l'art. 12 Cst. définit en premier lieu cette situation comme celle dans laquelle se trouve une personne qui n'est pas en mesure de subvenir à son entretien. Cette personne a le droit d'être *aidée* et *assistée* et de recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine.

La LAS de 1977 a certes été adoptée avant l'entrée en vigueur de l'art. 12 Cst, sous l'empire de l'art. 48 aCst. Bien qu'il s'agisse avant tout d'une législation destinée à prévenir ou à régler les conflits de compétence entre les cantons, elle contribue à concrétiser cette nouvelle disposition constitutionnelle. On ne saurait donc faire abstraction ici des définitions que l'article 3 de cette loi donne des "prestations d'assistance". Aux termes de l'alinéa premier de cet article, les prestations d'assistance sont celles qu'une collectivité alloue en argent ou en nature aux *personnes dans le besoin*, conformément au droit cantonal et *compte tenu de leurs besoins*. Les prestations d'assistance sont ainsi par nature individualisées, c'est-à-dire qu'elles sont allouées après un examen ponctuel de la situation de chaque bénéficiaire. C'est pourquoi la clause d'exclusion de l'art. 3 al. 2 LAS mentionne en premier lieu les prestations sociales auxquelles l'intéressé a droit ainsi que la prise en charge des cotisations minimales d'assurance obligatoire (lettres *a* et *b*) qui sont allouées en fonction de l'appartenance du bénéficiaire à un groupe social dont la composition est déterminée par la loi.

La législation genevoise sur l'assistance publique, sur l'Hospice général et sur l'aide sociale individuelle, qui concrétise les art. 168-170 B Cstcant., traduit dans son ensemble cette conception des prestations d'assistance.

b) quelques critères de distinction entre assurance sociale et assistance publique

α) le droit à la prestation

Vu l'élévation au rang de droit fondamental de la garantie d'un minimum d'existence, tant dans la Constitution fédérale que dans les nouvelles constitutions cantonales, on peut douter que le droit du requérant d'obtenir la prestation, son intérêt juridiquement protégé à l'obtention de celle-ci et, partant, son droit d'obtenir une décision susceptible de recours, soient encore des critères distinctifs entre les prestations d'assurances sociales et les prestations d'assistance. Le droit cantonal ne devrait-il pas désormais aménager l'assistance publique de telle sorte que les requérants déboutés puissent toujours se prévaloir, devant une instance indépendante, d'une violation du droit consacré à l'art. 12 Cst? Il n'y a pas lieu en l'occurrence de s'attarder sur cette problématique qui nécessiterait du reste une analyse précise de la portée du nouvel art. 29a Cst.

β) le financement du régime

Ce critère ne permet pas davantage de distinguer entre les institutions de l'assurance sociale et l'aide sociale ou l'assistance publique. Il est en effet parfaitement concevable qu'une assurance sociale soit financée exclusivement par les contributions publiques, sans l'apport des cotisations des bénéficiaires ou de leurs employeurs. Tel est du reste le cas des prestations complémentaires AVS/AI et des PCcantGe, dont le caractère d'assurances sociales est constant. On relèvera également à ce propos que l'aLPC réservait, en toutes lettres, la compétence des cantons d'allouer des prestations d'assurance tout en excluant qu'elles soient financées par des cotisations patronales, ce qui exclut pratiquement toutes formes de cotisations, sous réserve de l'introduction politiquement illusoire d'un financement par primes (art. 1a al. 5).

γ) l'exigence d'une requête préalable

L'assujettissement d'une prestation à une requête préalable du bénéficiaire n'est pas non plus un élément caractéristique des prestations d'assistance. Les rentes de l'AI, de même que les prestations complémentaires à l'AVS/AI, doivent aussi être requises par l'ayant-droit.

δ) la périodicité des allocations

La périodicité des paiements ou des prestations en nature ne caractérise pas l'assurance sociale; l'assistance a, de tout temps et partout, été accordée soit sous la forme de prestations uniques ou isolées, soit sous la forme de subsides individuels périodiques

(journaliers ou mensuels ; cf art. 4 LAP, 8ss. LASI, 18 et 23 du Règlement communal etc.).

Leur limitation dans le temps est en revanche plus caractéristique de l'assistance, car elle est liée à l'examen personnalisé et ponctuel de la situation économique du bénéficiaire.

ε) l'obligation de rembourser les prestations perçues de bonne foi

Un élément topique de l'assistance publique est l'obligation faite au bénéficiaire de rembourser, non seulement les prestations reçues indûment en violation des règles de la bonne foi, mais aussi, en cas de retour à meilleure fortune, celles qu'il a perçues à bon droit. Cette obligation est aussi celle des héritiers lorsque l'état de l'actif successoral en légitime l'exécution. Mais rien n'interdit au législateur cantonal ou communal de considérer que les prestations d'assistance qu'il verse sont payées à fonds perdu. C'est chose courante dans le domaine très voisin des bourses d'étude (au contraire de ce qui était prévu pour ce qu'on appelait naguère les "prêts d'honneur"). Au reste, nous avons vu que la LPCcant. qui institue manifestement une assurance sociale, prévoit aussi, marginalement il est vrai, la possibilité d'exiger le remboursement d'une partie des prestations perçues de bonne foi (art. 26 en relation avec l'art. 8)e

ζ) l'individualisation de la prestation

C'est le premier des critères vraiment caractéristiques de la prestation d'assistance. Selon ce qui a été dit sous la lettre a) qui précède, les prestations d'assistance sont celles qu'une collectivité alloue en argent ou en nature aux *personnes dans le besoin*, conformément au droit cantonal et *compte tenu de leurs besoins*. Les prestations d'assistance sont par nature individualisées, c'est-à-dire qu'elles sont en principe allouées non pas d'emblée à tous les membres d'un groupe social dont la composition est déterminée par la loi, mais à une personne dans le besoin déterminée après un examen ponctuel de sa situation personnelle.

η) le but de la prestation

C'est le second des critères vraiment caractéristiques de la prestation d'assistance. Les institutions de l'aide sociale ou de l'assistance publique n'ont pas pour objectif l'amélioration du niveau de vie des membres d'un groupe social dont la composition est déterminée par la loi, ou la couverture constante des besoins vitaux de ces personnes au sens de l'art. 112 a/al. 1^{er} in fine Cst. Cette tâche est celle de l'assurance sociale. Le but des prestations d'assistance est de garantir les conditions de survie des bénéficiaires au sens de l'art. 12 Cst, voire les conditions de leur réinsertion sociale au sens de la LASI.

c) les prestations complémentaires selon la LPC et la LPCcant relèvent de l'assurance sociale

Les prestations complémentaires prévues par le droit fédéral relèvent de l'assurance sociale comme nous l'avons souligné dans notre description analytique du droit positif ; c'est d'autant plus évident que le but même de leur institution originnaire était de réduire massivement le champ d'action de l'assistance publique, créatrice de précarité et d'inégalité.

Au regard de la structure que leur donne la LPCcant., il en va de même des prestations cantonales complémentaires réservées par le droit fédéral.

d) les prestations sociales de la Ville de Genève relèvent aussi de l'assurance sociale

- Les révisions successives de l'AVS/AI, la généralisation obligatoire des prestations complémentaires à ces rentes, l'amélioration de ces prestations et l'apport supplémentaire des prestations qu'ils peuvent de surcroît instituer selon la réserve inscrite aujourd'hui à l'art. 2 al. 2 LPC, devraient suffire à la couverture des besoins vitaux des rentiers AVS/AI.

Mais rien n'exclut qu'à la suite des accidents de la vie ou de circonstances conjoncturelles extraordinaires, tout cela ne suffise pas à mettre des rentiers AVS/AI à l'abri du besoin au sens de l'art. 12 Cst. Les institutions de droit public cantonales ou communales chargées de l'assistance peuvent, dans cette mesure être appelées à intervenir ponctuellement en faveur de ces personnes par le truchement de prestations d'assistance. L'assistance publique ou l'aide sociale ne sont en effet pas réservées aux seules personnes qui ne seraient pas rentières de l'AVS/AI ! C'est du reste ce que dit clairement la clause de subsidiarité de l'art. 1 al. 3 LAP.

En ce sens, la Ville de Genève peut indiscutablement être tenue de fournir, parfois en urgence, des prestations d'assistance à des rentiers de l'AVS/AI qu'ils soient ou non au bénéfice des diverses prestations complémentaires instituées pour eux.

Mais les prestations sociales de la Ville de Genève, au sens du Règlement communal, ne sont pas de telles prestations d'assistance ; elles ont à tout le moins, pour reprendre les termes employés par l'auteur d'un des avis de droit résumés ci-dessus, *un caractère prépondérant d'assurance sociale* puisque leur objectif n'est pas d'assurer à des personnes "nécessiteuses" des conditions minimales d'existence ou de survie, mais d'améliorer généralement le sort de toute personne bénéficiant d'une rente AVS/AI et de ses compléments institutionnels.

- Ces prestations sociales ne sont pas financées par des primes ou des cotisations, sont allouées sur requête personnelle et sont assujetties au même mode de remboursement que toutes les aides financières du Service social qui relèvent de l'assistance.

On vient cependant de voir qu'aucun de ces trois critères n'est décisif.

C'est donc pour d'autres raisons que les prestations sociales accordées par la Ville de Genève, sur la base du Règlement communal, doivent de toute évidence être tenues pour des prestations d'assurance et non d'assistance.

La réglementation normative de leur allocation est calquée rigoureusement sur le droit aux prestations complémentaires versées par le canton. Leur octroi ne fait donc l'objet d'aucun examen des particularités de la situation économique personnelle du bénéficiaire dont la requête se borne à établir qu'il perçoit les prestations complémentaires. Elles ne sont, partant, pas allouées pour une durée qui devrait être déterminée par une situation concrète de besoin soumise à des examens périodiques individuels rapprochés. Or, on vient de le voir, ce sont là les critères élémentaires qui distinguent l'assurance sociale de l'aide sociale ou de l'assistance publique.

- Les prestations sociales de la Ville de Genève n'entrent, par conséquent, pas dans la catégorie des prestations d'assistance ; elles n'ont pas *manifestement* un caractère d'assistance au sens de la LPC. Il leur manque les deux caractéristiques les plus nettes de l'aide sociale ou de l'assistance publique : l'individualisation de la prestation et la précarité *temporelle* de celle-ci. Ce sont bien plutôt des rentes sociales supplémentaires qui poursuivent le but assigné à l'AVS/AI et à ses compléments, de couvrir de manière générale *les besoins vitaux* de tous les membres d'un groupe social normativement défini : le groupe des personnes âgées, des invalides et des survivants.

B. Les prestations sociales de la Ville de Genève sont-elles un élément du revenu déterminant au sens des art. 11 LPC et 5 LPCcant ?

La discussion que nous ouvrirons plus loin au sujet des compétences concurrentes du canton de Genève et de ses communes et, par conséquent, au sujet de l'autonomie communale, pourrait nous dispenser de répondre à cette question. Nous le ferons cependant brièvement.

L'art. 5 LPCcant donne au revenu déterminant la même définition que l'art. 11 LPC. Il serait donc vain de recourir à une application analogique du droit fédéral selon ce que prévoit l'art. 1A LPCcant. pour combler les lacunes de cette dernière loi.

Selon la logique du système cantonal calqué sur celui du droit fédéral, l'interprétation *a pari* et l'interprétation *a fortiori* de l'art. 5 al. 1 LPCcant conduisent à la conclusion que toutes les ressources du requérant au sens de l'art. 10 LPCcant. constituent son revenu déterminant, à moins qu'il ne résulte du texte de l'art. 5 - voire de l'interprétation *a contrario* de l'énumération dont est assortie la clause générale de son alinéa premier - que telle ou telle ressource n'entre qu'en partie en considération ou qu'elle a été délibérément exclue par le législateur.

Dans la mesure où l'art. 5 al. 1 LPCcant englobe *les rentes de l'AVS/AI, les prestations complémentaires et les rentes, pensions et autres prestations périodiques* (lettres d et

e), il serait manifestement contraire au système (*systemwidrig*) d'admettre que le législateur cantonal ait voulu "exonérer de la prise en compte" les prestations périodiques d'assurances sociales versées par quelque institution publique que ce soit. Une telle exonération ne pourrait donc résulter que d'une interprétation *contra legem* qui serait de surcroît choquante dès lors que même les indemnités journalières de l'AI (lettre *d*), les allocations familiales (lettre *h*) et le gain hypothétique de personnes défavorisées par le sort ou la nature (art. 5 al. 6) entrent dans le calcul du revenu déterminant.

Seule l'exclusion légale expresse des prestations sociales de la Ville de Genève amènerait à ne pas les prendre en compte dans le calcul du revenu déterminant. Mais on a vu que ces prestations relèvent - sans équivoque à notre avis, et non seulement de manière prépondérante - du domaine de l'assurance sociale. Or, si l'on excepte le seul *cas pénible* de l'allocation pour impotents (lettre *d*), la clause d'exclusion de l'alinéa 8 ne concerne que (1) des prestations d'assistance, (2) des prestations ayant un caractère manifeste d'assistance (lettres *b* et *c*) et (3) des prestations qui s'apparentent à l'assistance (entraide familiale [lettre *a*], bourses et aides à l'instruction à l'exclusion même des allocations de formation professionnelle [al. 8 lettres *a* et lettre *e* en relation avec l'al. 1 lettre *h*]). Les prestations sociales de la Ville de Genève n'entrant dans aucune de ces trois catégories, elles ne sont pas exclues du calcul du revenu déterminant de l'art. 5 al. 8 LPCcant et doivent être prises en compte dans ce calcul.

Eu égard à la clarté des textes et à la *systématique* de la loi que nous avons examinée de manière approfondie, il n'y a pas lieu de recourir aux méthodes d'interprétation historique ou téléologique pour en rechercher le sens. Au reste, tous les arguments qui ont été évoqués, dans le cadre de la mise en œuvre de ces deux méthodes d'interprétation par l'un des auteurs des avis de droit résumés ci-dessus, sont de ceux qui devront être examinés sous l'angle de l'autonomie communale. Leur mise en œuvre dans cet avis de droit (qui semble traduire un certain malaise) tend, au demeurant, davantage à montrer l'étendue de l'autonomie dont la commune jouirait dans le domaine concerné, que le sens précis des dispositions en cause du droit des prestations complémentaires.

Cette solution découle du texte clair de l'art. 5 al. 8 LPCcant et du système adopté tant par le législateur fédéral (aLPC/LPC) que par le législateur cantonal (LAPC/LPCcant). Le changement de pratique envisagé par le Conseil d'Etat ne présupposerait donc aucune modification de ces deux actes législatifs dont la structure et l'objectif sont identiques (la couverture des besoins vitaux) comme nous l'avons relevé plusieurs fois.

Elle ne serait pas non plus en contradiction irréductible avec la LASI (et non LACI) comme paraît le laisser entendre l'un des avis de droit présentés. L'art. 22 de cette loi reprend, tout au moins pour l'essentiel, le critère de l'exclusion des prestations relevant de l'assistance. Il appartiendra au Conseil d'Etat de vérifier si la solution que lui impose le texte des art. 12 LPC et 5 al. 8 LPCcant nécessite une modification des règles d'exécution de la LASI pour éviter des inégalités choquantes entre les

prestations des diverses institutions en cause. Une analyse plus approfondie de la virtualité de telles conséquences sortirait du cadre de la présente consultation.

Remarque

On pourrait se demander si la prise en compte des prestations sociales de la Ville de Genève est légitime dès lors qu'elles n'entrent pas encore dans le patrimoine du requérant au moment où l'autorité cantonale statue.

Cela relève toutefois de l'argutie formelle et s'avère sans pertinence. Les prestations sociales de la Ville de Genève sont en effet acquises d'emblée au requérant puisqu'elles sont prévues automatiquement sans réserve par la loi dès le moment où il se prévaut par écrit de sa réception des prestations cantonales complémentaires ; l'autorité cantonale compétente sait donc, au moment où elle fait son calcul du revenu déterminant, que le requérant recevra automatiquement la prestation sociale communale si sa requête est acceptée. Il est donc juste qu'elles soient prises en compte, puisque la situation finale à déterminer par l'autorité cantonale compétente, pour décider de l'octroi des prestations complémentaires, est celle qui sera faite en définitive au requérant eu égard à la couverture des besoins vitaux qui est l'objectif de la loi cantonale. A défaut de cette prise en compte, il y aurait certainement un risque général de surassurance ou de surindemnisation, même si, comme nous l'avons dit, ce concept devrait être laissé de côté dans le domaine soumis à notre analyse.

IV. ANALYSE RAISONNÉE DES PROBLÈMES POSES, SOUS L'ANGLE DE L'AUTONOMIE COMMUNALE

Voulût-on laisser indécise la problématique que nous venons de résoudre (*lettre B*) sous l'angle des art. 12 LPC et 5 LPCcant, c'est dans le cadre de l'autonomie communale qu'il faudrait situer les questions posées par le mandant.

1. Considérations générales

A. L'article 50 Cst

a) le passage au nouveau droit constitutionnel

Jusqu'au 1^{er} janvier 2000, date de l'entrée en vigueur de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, l'autonomie communale n'était pas formellement garantie par le droit constitutionnel fédéral, mais le Tribunal fédéral la considérait comme une institution du droit des cantons (*cf* ATF 113 Ia 200, consid. 2b, et les nombreux arrêts antérieurs). Depuis cette date, l'autonomie communale est garantie expressément par l'art. 50 al. 1 Cst.

Ce changement structurel n'a pas modifié le caractère de cette institution dont découle un droit individuel constitutionnellement protégé.

Sous l'empire de l'ancien droit constitutionnel, le Tribunal fédéral avait, depuis les années 1960, abandonné définitivement le critère distinctif des compétences communales *propres* ou originaires et des compétences *déléguées* ou dérivées, pour admettre l'existence d'une autonomie communale à chaque fois que le droit cantonal laisse aux communes une certaine liberté d'appréciation ou de décision, dont l'étendue

est la mesure concrète de l'autonomie communale dans un domaine déterminé (ATF 89 I 107 ; 93 I 154, spéc. consid. 5).

L'art. 50 al. 1 Cst ne fait que reprendre ce concept en déclarant que l'autonomie des communes est reconnue dans les limites de la législation cantonale.

L'existence et l'étendue de l'autonomie communale dans une matière concrète sont donc déterminées par le droit cantonal de rang constitutionnel ou de rang inférieur à la constitution. Ainsi, aujourd'hui comme hier, une commune bénéficie de la protection de son autonomie dans les domaines que le droit cantonal ne règle pas de manière exhaustive, en d'autres termes dans les domaines que l'Etat cantonal laisse en tout ou en partie dans la sphère d'action de ses communes; encore faut-il que la liberté de décision laissée à la commune soit notable.

b) le contenu de l'autonomie et la latitude du législateur

L'autonomie communale ne protège pas seulement la faculté d'adopter ou d'appliquer des dispositions relevant du domaine propre des communes, ce qu'on appelle souvent, par un curieux néologisme, "auto-administration"; mais aussi une certaine liberté d'application du droit fédéral ou cantonal, que l'efficacité exige de laisser à une collectivité mieux à même d'estimer les besoins locaux. Il n'est pas nécessaire à la reconnaissance d'une autonomie de la commune, que sa liberté d'action concerne l'ensemble d'une tâche étatique; il suffit que cette liberté existe concrètement et ponctuellement dans le domaine litigieux. (cf ATF 126 I 133 consid. 2; 129 I 313 consid. 5.2; 129 I 313 consid. 5.2; 129 I 4120 consid. 2.1; 131 I consid 2; 133 I consid. 3.1).

L'autonomie communale n'étant garantie que dans les limites de la loi, une commune ne peut se plaindre devant le juge constitutionnel ou administratif de ce que, à son point de vue, une loi formelle cantonale restreindrait à l'excès sa liberté d'action dans un domaine donné.

Le législateur fédéral peut cependant être amené à exiger que les cantons laissent à leurs collectivités décentralisées la liberté nécessaire à l'accomplissement de leurs tâches. C'est par exemple le cas en matière d'aménagement du territoire où la Confédération, les cantons *et les communes* veillent de manière coordonnée à assurer une utilisation mesurée du sol (RS 700; LAT; art. 1 et 2).

c) les deux types de violation concevables

Une autorité cantonale peut violer indûment l'autonomie communale de deux manières, il est vrai assez peu distinctes dans la pratique: *matériellement* (*in materieller Hinsicht*) quand elle méconnaît la portée du droit matériel applicable et *formellement* (*in formeller Hinsicht*) lorsqu'elle excède sa compétence de revoir un arrêté ou une décision communale.

Le soussigné se permet de renvoyer sur toutes ces questions aux réflexions détaillées qu'il a faites dans son rapport à la *Société suisse des Juristes* intitulé *La protection de l'individu contre l'arbitraire de l'Etat* (RDS 1987 III pp. 227ss., spéc. pp. 296-301).

B. La Charte européenne de l'autonomie locale

Conclue à Strasbourg le 15 octobre 1985 entre les Etats membres du Conseil de l'Europe, la Charte européenne de l'autonomie locale a été ratifiée par la Suisse le 17 février 2005. Cet instrument du droit des gens proclame que les collectivités locales sont l'un des principaux fondements de l'ordre démocratique et que le droit des citoyens de participer à la gestion des affaires publiques - principe démocratique commun aux Etats membres du Conseil de l'Europe - peut être *exercé le plus directement au niveau local*. Son préambule souligne notamment que l'existence de collectivités locales investies de *responsabilités effectives* garantit une administration de proximité efficace, et que la défense et le renforcement de l'autonomie locale contribuent de manière importante à la construction d'une Europe démocratique et décentralisée.

L'art. 2 de la Charte déclare que le principe de l'autonomie locale doit être reconnu dans la législation interne et, autant que possible, dans la Constitution. Le concept de l'autonomie locale est défini comme le droit et la capacité effective pour les collectivités locales de régler et de gérer, dans le cadre de la loi, sous leur propre responsabilité et au profit de leurs populations, une part importante des affaires publiques. La déclaration faite par la Suisse, en ratifiant la Charte, précise que celle-ci s'applique aux communes politiques (*Einwohnergemeinden*). En vertu de cette déclaration, les dispositions principales de la Charte sont contraignantes pour la Suisse.

L'organisation politique de la Suisse (qui avait - préalablement à la ratification - donné suite au postulat de l'art. 2 al. 1 de la Charte en adoptant l'art. 50 al. 1 Cst) et, en particulier, son régime de l'AVS/AI, satisfait manifestement à toutes les dispositions de la Charte déclarées applicables en Suisse selon l'acte de ratification, et susceptibles d'avoir une incidence en l'espèce.

Notre présentation du droit genevois de l'assurance sociale et de l'assistance publique ou de l'aide sociale, a montré qu'il en va de même dans ces secteurs du droit cantonal.

Le cadre de la présente consultation n'exige donc pas que notre analyse soit étendue aux effets que pourrait avoir *in casu* l'entrée en vigueur, le 15 juin 2005, de la Charte européenne de l'autonomie locale.

C. Les normes de base du droit genevois

La Constitution genevoise consacre un titre entier à l'organisation des communes (art. 144-157) dont l'un des deux chapitres concerne la Ville de Genève. Aucune de ces

dispositions ne dit quel est le contenu de l'autonomie communale dans les divers domaines administratifs.

C'est l'art. 2 de la loi du 13 avril 1984 sur l'administration des communes (LAC ; RSGe B 6 05) qui donne la définition générale de l'autonomie des communes genevoises, dans les termes suivants :

l'autonomie communale s'exerce dans les limites de l'ordre juridique et plus particulièrement des compétences cantonales et fédérales, ainsi que du pouvoir de surveillance auquel la commune est soumise.

L'art. 61 LAC place les communes sous la surveillance du Conseil d'Etat qui l'exerce plus spécialement par l'intermédiaire du département compétent.

En l'absence de dispositions *générales* plus précises, la compétence des communes et, notamment, de la Ville de Genève de légiférer dans le domaine des prestations complémentaires AVS/AI, doit en définitive être examinée aux seules lumières des dispositions *spéciales* du droit fédéral et cantonal.

2. L'autonomie communale en matière de prestations complémentaires AVS/AI

A. En matière de prestations "selon le droit fédéral"

●
L'entrée en vigueur de la nouvelle LPC, le 1^{er} janvier 2008, n'a pas modifié essentiellement les buts, la structure et les modalités d'octroi des prestations complémentaires AVS/AI. Il en va différemment de la responsabilité des collectivités publiques en ce domaine et de leur charge respective de financement de ces prestations.

Selon le texte de la législation fédérale en vigueur jusqu'à cette date, les prestations complémentaires pouvaient être également allouées - dans le cadre tracé par le droit fédéral - *par les communes*, et cela même en sus des prestations cantonales (art. 1a **al. 1 et 2** aLPC).

Peut-être est-ce une lecture hâtive de l'art. 1a aLPC et des dispositions qui l'ont précédé qui auraient conduit le canton, voire la Confédération, à accepter - au moins tacitement - que la Ville de Genève adoptât un régime supplémentaire à celui introduit pour les prestations complémentaires "selon le droit cantonal". On doit en tout cas déduire de cette norme, que - sous son empire - les cantons, *pouvant* allouer des prestations complémentaires "selon le droit fédéral", étaient libres de créer pour cela un régime de coresponsabilité ou de coopération avec les communes.

(On doit aussi admettre que, s'ils jugeaient cela nécessaire pour atteindre les buts constitutionnels de l'AVS/AI, les cantons étaient libres d'améliorer encore le sort des

bénéficiaires de ces prestations en leur allouant des prestations complémentaires "selon le droit cantonal", de confier l'accomplissement de cette tâche aux communes ou d'appeler celles-ci à y coopérer d'une manière quelconque.)

Le 1^{er} janvier 2008, les alinéas 1-3 de l'art. 1a aLPC ont fait place à l'alinéa 1 de l'art. 2 LPC. En vertu de cette disposition nouvelle, le versement - aux personnes qui remplissent les conditions légales - de prestations complémentaires AVS/AI destinées à couvrir leurs besoins vitaux est désormais obligatoire. Ces prestations sont accordées par la Confédération et les cantons qui assument par conséquent désormais une coresponsabilité ou une responsabilité conjointe en ce domaine.

L'alinéa 1 de l'art. 2 LPC ne reprend pas la règle de l'art 1a al. 2 aLPC qui laissait expressément aux communes la possibilité d'allouer elles-mêmes des *prestations complémentaires selon le droit fédéral* en sus des prestations que les cantons pouvaient allouer selon cette loi.

B. En matière de prestations "selon le droit cantonal"

L'art. 1a al. 4 aLPC reconnaissait la compétence des cantons d'allouer - en sus des prestations octroyées par eux selon le droit fédéral - des prestations supplémentaires *d'assurance ou d'aide*. Cette réserve expresse en faveur du droit cantonal eût pu paraître vaine eu égard à la règle de répartition des compétences entre la Confédération et les cantons, posée à l'art. 3 aCst dont la place et le texte sont restés inchangés dans la nouvelle constitution fédérale. Elle s'est néanmoins imposée parce que, vu le système de subventionnement ou de coresponsabilité de la aLPC et de la LPC, il n'allait pas de soi que les cantons soient autorisés à affecter des ressources supplémentaires à la couverture des besoins vitaux des retraités AVS/AI.

En vertu de l'art. 1a, alinéa 4, aLPC, les cantons avaient toute latitude de fixer les conditions d'octroi de ces prestations extraordinaires, mais n'avaient pas le droit de les financer par des cotisations patronales. Il leur était donc loisible de donner à ces prestations le caractère d'assurance sociale ou d'assistance publique (aide sociale). On peut admettre que rien ne leur interdisait d'organiser cette assurance ou cette aide complémentaire en coordination ou en coopération avec les communes, vu les compétences d'"auto-administration" dont celles-ci jouissent particulièrement dans le domaine de l'assistance.

Le 1^{er} janvier 2008, l'alinéa 4 de l'art. 1a aLPC a fait place à l'alinéa 2 de l'art. 2 LPC. Aux termes de cette disposition nouvelle, les cantons *peuvent* allouer, comme ils pouvaient le faire sous l'empire de l'ancien droit fédéral, des prestations allant au-delà de celles qu'ils *doivent* verser en vertu de la LPC ; ils ont toute latitude d'en fixer les

conditions d'octroi, sauf qu'il leur est interdit de les financer par des cotisations patronales (art. 2 alinéa 2, 2^{ème} phrase LPC).

En dépit de quelques différences rédactionnelles, l'art. 2 al. 2 LPC ne change rien à la réserve contenue à l'alinéa 4 de l'art. 1a aLPC. Il faut donc considérer que les prestations dont parle ce texte peuvent - comme c'était le cas sous l'empire de l'ancien droit - revêtir la forme de prestations d'*assurance* ou celle de prestations d'*assistance* (*aide*) et que rien (dans le droit fédéral) n'interdit aux cantons d'organiser cette assurance ou cette assistance (*aide*) en coordination ou en coopération avec les communes. Selon notre analyse, le droit cantonal genevois ne s'opposerait pas davantage, *en principe*, à une telle coopération, eu égard aux compétences propres qui ont toujours été celles des communes en matière d'assistance publique (*cf* aussi le critère de la *subsidiarité* de l'assistance énoncé notamment à l'art. 1 LAP qui vaut aussi pour l'aide ou l'assistance communale).

3. L'autonomie communale garantit-elle aux communes genevoises le droit d'établir un système additionnel de prestations complémentaires ?

A. Les "prestations sociales" selon le Règlement communal sont des prestations d'assurance sociale induites par le droit supérieur régissant les prestations complémentaires AVS/AI

En instituant, par la voie du Règlement communal, des "prestations sociales" en faveur des personnes remplissant les conditions requises par l'aLPC/LAPC/LPC et la LPCcant, la Ville de Genève a opté non pour un régime d'*aide* (ou d'*assistance*) au sens de l'art. 1a al. 4, 1^{ère} phrase, aLPC, mais pour un régime d'*assurance* au sens de cette phrase (voir chapitre III ci-dessus).

De par leur structure et leur finalité, ces "prestations sociales" sont en quelque sorte, "*incorporées*" dans le régime complexe des prestations complémentaires que le canton a mis en place en faveur des rentiers AVS/AI, d'une part, sur la base actuelle de l'art. 2 al. 1 LPC et, d'autre part, sur la base de la compétence propre que le second alinéa de cette disposition lui reconnaît.

Les montants prévus à l'art. 8 du Règlement communal ne sont en effet octroyés aux bénéficiaires que parce que le canton a lui-même institué, par la voie de la LPCcant., le droit de ces personnes aux prestations *cantonales* complémentaires. L'art. 7 de ce règlement se réfère du reste explicitement à cette loi en indiquant la rubrique chiffrée qui est la sienne dans le Recueil systématique du droit genevois.

L'incorporation des "prestations sociales" communales dans le système global des prestations complémentaires AVS/AI est mise de surcroît en évidence par le lien organique qu'établit le droit genevois entre prestations complémentaires "*selon le droit fédéral*" et prestations complémentaires "*selon le droit cantonal*". Ces dernières n'ont

elles-mêmes été conçues, sous la forme que leur donne la LPCcant, que parce que les premières ont été réglementées dans les formes actuellement codifiées dans la LPC. En instituant ces *prestations sociales*, le législateur communal a exprimé la volonté de les traiter comme des compléments de rente, induits par celles instituées respectivement dans l'aLPC/LPC/LALPC et la LPCcant.

Les *prestations sociales* de la Ville de Genève ne sauraient par conséquent interférer indûment dans l'équilibre du système coordonné du droit fédéral, du droit cantonal d'application et du droit cantonal autonome.

Cette interdiction est patente depuis l'introduction, le 1^{er} janvier 2008, d'une coresponsabilité et d'un financement conjoint entre la Confédération et le canton. Cette coresponsabilité et ce financement conjoint visent à concrétiser, dans le domaine dont nous traitons, les impératif du nouveau régime de péréquation financière et de répartition des tâches entre ces deux collectivités supérieures, mis en place dès le 1^{er} janvier 2008 en conformité de l'arrêté fédéral du 3 octobre 2003.

B. Ces “prestations sociales“ sont incompatibles avec le droit supérieur déterminant

a) leur incompatibilité avec le système (Systemwidrigkeit)

Adoptée naguère avec ou sans l'agrément des autorités supérieures compétentes en matière d'assurance sociale, cette législation communale concurrente est aujourd'hui incompatible avec les règles de coresponsabilité et de financement des prestations complémentaires “selon le droit fédéral“ (LPC/LAPC) et “selon le droit cantonal“ (LPCcant).

Dans la mesure où les prestations complémentaires sont obligatoires et ne sont plus l'institution transitoire qu'elles étaient avant l'entrée en vigueur de l'art. 112a Cst, la Confédération et les cantons ont en effet désormais l'obligation réciproque d'assurer à *long terme* un financement adéquat de ces prestations dont elles sont conjointement responsables.

Le nouveau système des prestations complémentaires exclut donc toute interférence incontrôlée d'institutions publiques et privées qui pourraient, en définitive, se heurter aux principes de gestion des finances publiques, énoncés à l'art. 12 de la loi du 7 octobre 2005 sur les finances de la Confédération (LFC ; RS 611.0). On mentionnera parmi ces principes le devoir des organes de l'Etat central de veiller à “*l'emploi ménager, efficace et économe*“ des fonds. Le respect rigoureux de ces principes est une condition de sauvegarde de ce qu'il est convenu d'appeler “les acquis sociaux“ et, plus loin, une condition du développement de l'Etat social.

b) leur incompatibilité spécifique avec le droit cantonal autonome

La LPCcant est étroitement calquée sur l'aLPC/LALPC/LPCcant. Elle participe pleinement de la conception et de la finalité de la LPCcant, en tant qu'elle institue un revenu minimum cantonal d'aide sociale qui doit être entendu, selon nous, comme un *critère optimal de couverture des besoins vitaux* au sens de l'art. 112a al. 1 Cst. Dès le moment où cette conception permet, comme l'affirme l'autorité cantonale dans sa prise de position résumée plus haut, d'atteindre les objectifs ultimes poursuivis par l'assurance sociale fédérale, il n'y a plus de place pour une assurance complémentaire communale.

c) la virtualité d'inégalités de traitement constitutionnellement prohibées

Permettre aux communes, dans le contexte coordonné des prestations complémentaires du droit genevois, d'améliorer encore - de manière générale - la situation financière des bénéficiaires de ces prestations, reviendrait à prendre le risque de créer deux types d'inégalités de traitement.

L'inégalité de traitement pourrait consister dans le privilège accordé à ces bénéficiaires par rapport à d'autres rentiers de l'AVS/AI qui n'ont pas droit aux prestations complémentaires, par exemple parce qu'ils reçoivent une petite rente professionnelle. Le régime de calcul utilisé soit par la LPC, soit par la LPCcant tend à éviter de telles disparités. Il répond ainsi à l'esprit des créateurs de l'AVS. Destinée à offrir durablement aux personnes assurées, une couverture appropriée et suffisante de leurs besoins vitaux, de telle sorte qu'elles n'aient plus à recourir aux institutions précaires de l'assistance, l'AVS/AI vise, depuis ses origines, à créer dans le pays un véritable esprit de solidarité nécessaire pour atténuer les inégalités de toutes sortes.

L'inégalité de traitement pourrait résulter aussi des capacités financières différentes des communes. Seules les communes ayant les ressources financières suffisantes pourraient assurer aux bénéficiaires des prestations complémentaires des prestations supérieures à celles que l'Etat cantonal genevois a jugées - raisonnablement, à la suite d'une analyse qui semble approfondie - *pleinement satisfaisantes* au regard de la couverture des besoins vitaux.

La structure "juridictionnelle" de l'agglomération genevoise est propre à aggraver ce type d'inégalités et, *dans son principe*, à favoriser artificiellement des flux migratoires entre les communes qui la composent. Actuellement, le risque est certes plutôt théorique au regard de la modicité des montants fixés dans le Règlement communal. Mais il ne faut pas perdre de vue que, si l'autonomie des communes était reconnue dans ce domaine, rien n'interdirait à certaines d'entre elles de fixer des rentes supplémentaires beaucoup plus élevées que celles fixées dans le Règlement communal.

On objectera ici que de telles inégalités selon la commune de résidence sont généralement admises partout en Suisse en matière d'impôts directs sans égard pour

cet effet pervers, et qu'elles pourraient donc l'être aussi en matière de prestations sociales. Mais les inégalités fiscales intercommunales, qui ont d'ailleurs une tendance constante à se réduire, sont instituées par la législation formelle cantonale qui prévoit généralement un barème de base que les communes ont l'autonomie réservée d'affecter d'un coefficient. Or, le législateur genevois n'a pas adopté, dans le domaine des prestations complémentaires fondées sur la LPCcant, des dispositions conférant cette latitude aux communes.

d) l'autonomie réglementaire des communes genevoises en matière de prestations complémentaires AVS/AI ne trouve d'ailleurs aucun appui dans le droit supérieur

α) dans le droit fédéral

La réglementation communale discutée ne trouve aucun appui direct dans la législation fédérale, qu'il s'agisse de l'ancien art. 1a aLPC ou de l'actuel art. 2 LPC. Ce sont les cantons, et non les communes, que cette législation charge de son exécution.

Contrairement à ce qui est le cas par exemple en matière d'aménagement du territoire (art. 1 et 2 LAT), aucune disposition ne contraint les cantons à décentraliser leur réglementation dans le domaine des prestations complémentaires.

Abrogé par la LPC, l'art. 1a al. 2 aLPC, où il était question des *communes*, n'avait pas cette portée.

β) dans le droit cantonal

Il n'empêche que le canton de Genève eût pu adopter une législation qui s'inspirerait, de près ou de loin, de la loi zurichoise du 7 février 1971 sur laquelle l'un des avis de droit présentés fonde largement ses conclusions finales. Il lui eût été loisible de doter les communes de compétences précises soit pour coopérer à la mise en œuvre de l'aLPC/LAPC/LPC soit pour collaborer avec lui à une amélioration supplémentaire du pouvoir d'achat des bénéficiaires des prestations AVS/AI.

Mais il ne l'a fait ni dans la LALPC, ni dans la LPCcant. Le législateur cantonal a délibérément fixé lui-même le revenu suffisant, à ses yeux, pour atteindre l'objectif ultime de l'AVS/AI. S'il s'avérait un jour que ce revenu fût insuffisant, c'est à lui, et non au législateur communal, qu'il incomberait de procéder aux adaptations et modifications pertinentes.

C. Le sens à donner à la tolérance ou à l'inertie des autorités fédérale ou cantonale en face de l'adoption et de la longue application du Règlement communal

a) une tentative d'explication de ce fait

Le régime des prestations sociales de la Ville de Genève aurait été toléré par les autorités compétentes de la Confédération et du canton. L'autorité cantonale ne serait pas intervenue, semble-t-il avant que ne soit adopté par le peuple et les cantons l'arrêté fédéral du 3 octobre 2003 modifiant systématiquement la péréquation financière et la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons.

Cette inertie apparente s'explique peut-être par l'imbroglio remarquable de la législation cantonale en matière d'assurance sociale et d'assistance ou d'aide sociale, qui témoigne à tout le moins d'une méthodologie législative passée peu rigoureuse et peu coordonnée. Elle s'explique peut-être ensuite par une lecture superficielle de l'art. 1a aLPC, puisque - comme on l'a dit plus haut - ces prestations sociales communales ne sont à coup sûr pas des prestations indépendantes du système de la LPC selon l'al. 4 de cette ancienne disposition, mais des prestations à prendre en considération selon l'alinéa 2 de cet article. Elle s'explique peut-être enfin parce que le Règlement communal a été adopté à une époque où les prestations complémentaires AVS/AI n'étaient pas obligatoires et où leur financement différait de façon essentielle de celui mis en place par les Chambres fédérales le 6 octobre 2006 pour se conformer aux impératifs de l'arrêté fédéral du 3 octobre 2003.

On ne sait pas si l'inertie des autorités supérieures en présence du Règlement communal s'explique vraiment par l'une de ces raisons. Cela est sans intérêt car aucune de celles-ci ne légitime une pérennité de la concurrence établie par les art. 7 à 10 du Règlement communal.

b) ce fait n'empêche pas le rétablissement d'une situation conforme au droit

En vertu de l'art. 5 Cst, l'"Etat régi par le droit" a le devoir de rétablir, dans sa législation et dans son administration, des situations conformes au droit, et cela en toutes circonstances à moins que ce retour à la légalité ne heurte d'autres principes tels que le principe d'égalité, le principe de la bonne foi et l'interdiction de l'arbitraire.

Aucun de ces principes ne l'emporte en l'occurrence sur celui de la *légalité*.

• Le principe de la *bonne foi* s'oppose simplement *in casu* à ce que l'Etat cantonal, voire la Ville de Genève, réclame aux assurés le remboursement des prestations excessives qu'il pourrait avoir perçues du fait de la réglementation communale discutée. **Un tel remboursement n'entrerait en ligne de compte que sur la base des art. 24 et 26 LPCcant en relation avec l'art. 8 de cette loi, et sur la base des art. 2 al. 1 et 28 du Règlement communal.**

Par ailleurs, le principe de la *proportionnalité*, dont découle la règle de “tolérabilité” (*Zumutbarkeit*), s’oppose à ce que le retour nécessaire à la légalité se fasse abruptement sans aucune considération de ses conséquences sociales.

Dans la mesure où les bénéficiaires des “prestations sociales” du Règlement communal continuent à les percevoir, sur la base d’une décision budgétaire du législatif communal, en dépit de l’avis d’interruption de paiement que leur a adressé le Conseil administratif le 27 septembre 2007, il ne serait pas admissible que ces versements soient interrompus abruptement, alors qu’ils sont naturellement entrés dans la planification de leurs dépenses pour l’année en cours. Un délai raisonnable de trois ou six mois devrait être aménagé entre le moment où les bénéficiaires seraient définitivement avisés de la suppression de ces prestations et la fin des versements ; les conséquences de la fin de droit selon l’art. 21 du Règlement communal ne seraient naturellement pas affectées par cette solution.

4. Conclusions

L’Etat cantonal genevois s’est conformé au droit fédéral en utilisant comme il l’a fait toute la compétence que l’art. 2 *al. 1* LPC donne aux cantons pour appliquer cette loi fédérale.

Il a, par ailleurs, utilisé toute la compétence que l’art 2 *al. 2* LPC lui reconnaît pour améliorer la situation économique et sociale des membres du groupe social constitué par les bénéficiaires des prestations complémentaires AVS/AI. Ce faisant, il n’a pas violé l’autonomie communale. Rien, ni dans le droit fédéral, ni dans le droit cantonal, ne lui interdisait de définir lui-même exhaustivement le revenu minimum d’aide sociale, et de déterminer définitivement les montants en espèces qu’il y a lieu de verser périodiquement aux résidents du canton bénéficiaires de prestations complémentaires AVS/AI, pour qu’ils puissent mener - compte tenu de la situation économique et sociale dans le canton de Genève - une existence décente et satisfaisante au regard de la dignité humaine et des objectifs ultimes de l’AVS/AI.

Cette conclusion ne concerne pas *la compétence* originale des communes genevoises de continuer à allouer des subsides (en espèces ou en nature) “à affectation définie”, aux membres du groupe social constitué par les résidents au bénéfice des rentes AVS/AI, voire aux membres du groupe social restreint des rentiers AVS/AI au bénéfice des prestations complémentaires AVS/AI “selon le droit fédéral” ou “selon le droit cantonal”.

Elle ne concerne pas non plus *le devoir* des communes genevoises d’offrir des prestations *individualisées* d’assistance à toutes les personnes se trouvant sur son territoire qui, à défaut de cette assistance, tomberaient dans le dénuement. Ce devoir ne

diffère pas, dans son essence, selon que ces personnes sont ou non des rentiers AVS/AI au bénéfice ou non de prestations complémentaires.

V. REPOSE AUX QUESTIONS POSEES

Q. 1.

La réserve contenue à l'art. 2, alinéa 2, de la loi fédérale sur les prestations complémentaires à l'AVS et l'AI du 6 octobre 2006, selon laquelle les cantons peuvent allouer des prestations allant au-delà de celles qui sont prévues par la présente loi et fixer les conditions d'octroi de ces prestations, vaut-elle également pour les communes, en particulier lorsque – comme à Genève – le canton a légiféré en la matière, mais n'a pas octroyé de compétences additionnelles aux communes ?

R.

a)

L'Etat cantonal genevois s'est conformé au droit fédéral en utilisant comme il l'a fait toute la compétence normative que l'art. 2 al. 1 LPC donne aux cantons pour appliquer cette loi fédérale.

b)

L'art. 2 al. 2 LPC donne aux cantons toute latitude de s'organiser comme ils l'entendent pour allouer des prestations allant au-delà de celles prévues dans cette loi. Il leur est donc loisible, soit de ne pas utiliser la compétence que leur reconnaît cette norme, soit de l'utiliser exclusivement eux-mêmes, soit de la déléguer entièrement aux communes de façon implicite ou explicite, ou de l'exercer en concurrence avec celles-ci.

En instituant ses propres prestations complémentaires, qui relèvent du domaine de l'assurance sociale, l'Etat cantonal genevois a utilisé toute la compétence normative que l'art 2 al. 2 LPC lui reconnaît pour améliorer la situation économique et sociale du groupe social constitué par les bénéficiaires des prestations complémentaires AVS/AI. Ce faisant, il n'a pas violé l'autonomie communale ; rien, ni dans le droit fédéral, ni dans le droit cantonal, ne lui interdisait de définir lui-même exhaustivement le revenu minimum d'aide sociale, et de déterminer définitivement les montants en espèces qu'il y a lieu de verser périodiquement aux membres de ce groupe pour qu'ils puissent mener - compte tenu de la situation économique et sociale dans le canton de Genève - une existence décente et satisfaisante au regard de la dignité humaine et des objectifs ultimes de l'AVS/AI.

Les communes genevoises n'ont pas de compétence normative résiduelle pour instituer un régime de prestations supplémentaires en faveur du groupe social constitué par les personnes bénéficiaires des prestations complémentaires AVS/AI, qui résident sur son territoire.

Les “*prestations sociales*” que la Ville de Genève a instituées dans le Règlement communal sont de telles prestations supplémentaires qui relèvent du domaine de l’assurance sociale. Ce règlement doit, partant, être abrogé *dans la mesure où* il institue des “*prestations sociales*” en faveur des seuls bénéficiaires de prestations complémentaires AVS/AI “selon le droit fédéral” et “selon le droit cantonal”.

Nous renvoyons pour le surplus à la motivation développée sous chiffre IV de la présente consultation.

e)

En l’état du droit positif cantonal, cette conclusion ne concerne pas *la compétence* originaire des communes genevoises de continuer à allouer des subsides (en espèces ou en nature) “à affectation définie”, aux membres du groupe social constitué par les rentiers AVS/AI, voire aux seuls membres du groupe social restreint constitué par les bénéficiaires des prestations complémentaires AVS/AI.

Cette conclusion ne diminue pas *le devoir* des communes genevoises d’offrir des prestations *individualisées* d’assistance à toutes les personnes se trouvant sur son territoire qui, à défaut de cette assistance, tomberaient dans le dénuement. Ce devoir ne diffère pas, dans son essence, selon que ces personnes sont ou non des rentiers AVS/AI au bénéfice ou non de prestations complémentaires.

Q. 2.

Les autorités cantonales chargées de l’application de la LPC sont-elles habilitées à considérer que les prestations municipales octroyées par la Ville de Genève doivent être prises en compte dans le calcul du revenu déterminant au sens de l’art. 11 LPC.

R.

Oui.

Nous renvoyons sur ce point à la motivation développée sous chiffre III de la présente consultation (notamment pp. 27ss.).

La réponse à la première question ôte cependant toute utilité à cette réponse.

Remarque finale

Dans la mesure où le versement des "prestations sociales" selon le Règlement communal n'a pas été interrompu, contrairement à ce qui leur a été annoncé le 27 septembre 2007, un délai raisonnable devrait être aménagé - en vertu du principe de proportionnalité dont découle la règle de "tolérabilité" (*Zumutbarkeit*; voir p. 38) - entre le moment où les bénéficiaires seraient officiellement avisés de la suppression des prestations et la fin des versements; ce délai pourrait être de trois à six mois. Les conséquences de la "fin de droit" selon l'art. 21 du Règlement communal ne seraient naturellement pas affectées par cette solution.

Lutry, le 28 janvier 2008.


Claude Rouiller