

Date de dépôt : 27 juillet 2020

Rapport

de la commission des affaires sociales chargée d'étudier :

- a) **PL 12312-A** **Projet de loi de M^{mes} et MM. Lydia Schneider Hausser, Christian Frey, Jean-Charles Rielle, Irène Buche, Salima Moyard, Christian Dandrès, Caroline Marti, Isabelle Brunier, Nicole Valiquer Grecuccio, Thomas Wenger, Cyril Mizrahi modifiant la loi instituant une assurance en cas de maternité et d'adoption (LAMat) (J 5 07) (*Institution d'une allocation d'accueil*)**
- b) **M 2667** **Proposition de motion de M^{mes} et MM. Léna Strasser, Jocelyne Haller, Cyril Aellen, Jacques Apothéloz, Patricia Bidaux, Bertrand Buchs, Pierre Conne, Patrick Hulliger, Alessandra Oriolo, Frédérique Perler, André Python, Ana Roch, Patrick Saudan, Sylvain Thévoz, Helena Verissimo de Freitas : Promouvoir et soutenir l'hébergement d'enfants en famille d'accueil**

Rapport de M^{me} Léna Strasser

Mesdames les députées, Messieurs les députés,

Le projet de loi 12312A, demandant l'institution d'une allocation d'accueil, a été traité durant 8 séances au sein de la commission des affaires sociales entre le 19 juin 2018 et le 03 mars 2020, sous les présidences successives de M. Patrick Saudan puis de M^{me} Jocelyne Haller.

La commission a bénéficié durant ses travaux du soutien de M^{me} Nadia Salama, secrétaire scientifique.

M. Thierry Apothéloz, conseiller d'Etat (DCS), ainsi que M. Hossam ADLY, secrétaire général adjoint (DCS), M. Jean Christophe Bretton, directeur de la DGAS, M^{me} Nadine Mudry, DCS, M. Michel Berclaz, adjoint de direction, DGAS, Camille Nanchen, juriste, DGAS ont assisté aux travaux.

Les procès-verbaux ont été tenus par M^{me} Mathilde Schnegg et M^{me} Artémis Amruthalingam, qu'elles soient ici chaleureusement remerciées.

Introduction

Le projet de loi 12312 visait à créer une allocation d'accueil permettant aux parents accueillants des enfants placés de réduire leur temps de travail ou d'arrêter leur activité professionnelle durant les premiers temps de l'accueil.

Après plusieurs auditions, il s'est avéré que ce projet, bien qu'ayant un but répondant à une problématique importante, n'était pas conforme au droit supérieur. En effet, l'art. 16h de la loi sur les allocations pour perte de gain (LAPG) circonscrit la possibilité du canton de légiférer. Le canton ne peut pas introduire d'autre prestation que celles déjà présentes au niveau fédéral. L'allocation d'accueil pour pouvoir exister à Genève devrait être d'abord implémentée au niveau fédéral.

Au niveau cantonal, l'Etat propose une allocation d'accueil à ses employé.e.s, les entreprises privées pourraient s'en inspirer pour faire de même, sachant que les familles d'accueil manquent dans notre canton.

Ce projet de loi a donc été refusé à l'unanimité par la commission des affaires sociales. Le texte n'a pas été retiré par ses auteur.e.s dans le but de garder une trace des travaux de la commission, ceux-ci permettant de comprendre l'intérêt du but de ce projet de loi et les réflexions ayant mené finalement à l'acceptation d'une motion de commission autour de cette problématique.

Audition du 19.06.2018 : présentation du projet de loi

M^{me} Marti rappelle que ce projet de loi a été déposé lors de la précédente législature par M^{me} Lydia Schneider Hausser. Il traite de la question de l'accueil des enfants dans des familles d'accueil, en demandant une modification de la Loi sur l'assurance maternité visant à introduire au sein de cette loi une allocation d'accueil, en plus des celles de maternité et d'adoption. M^{me} Marti mentionne un article de la Tribune de Genève du 6 octobre 2016, qui exposait que 120 enfants avaient été placés dans 200 familles d'accueil au cours de l'année précédente. Elle précise que cet article faisait état du manque de 30 familles pour placer des enfants, par le biais du

SPMI ou du Tribunal de la Protection de l'Adulte et de l'Enfant. Elle rappelle que dans ce contexte le DIP a lancé un appel urgent pour rechercher de nouvelles familles d'accueil, afin de répondre à ce manque. Ces familles d'accueil sont encore plus importantes pour les enfants de moins de 3 ans. En pratique, un des deux parents d'accueil doit réduire son temps de travail, généralement à temps partiel pour accueillir un enfant de cet âge. M^{me} Marti précise que cette nécessité de prendre du temps pour accueillir un enfant est reconnue par les autorités de placement. Souvent, les enfants qui nécessitent d'être placés le sont en raison de situations graves, et traumatisantes. Elle précise que les placements font souvent suite à des accidents, des situations de négligence parentale, ou encore à de mauvais traitements, laissant des souffrances aux enfants. Elle explique que les placements en eux-mêmes sont également sources de souffrances et que pour que ceux-ci se passent au mieux, il faut que les familles d'accueil aient l'opportunité de tisser dans de bonnes conditions des liens de confiance avec les enfants qui arrivent dans leurs familles. Elle indique que ces enfants sont généralement traumatisés par leur parcours, et portent souvent des craintes d'abandon. Elle indique qu'il n'existe pas aujourd'hui d'allocation pour les familles d'accueil, alors qu'il y en a pour les adoptions. Elle rappelle que dans le point presse du Conseil d'Etat du 17 avril 2018, il a été prévu d'octroyer un congé pour les salariés et les membres du personnel de l'Etat, désireux d'accueillir des enfants, ce qui indique que l'Etat reconnaît non seulement le manque de famille d'accueil, mais également la charge qu'un tel investissement peut représenter pour lesdites familles. Elle constate qu'il existe des réponses pour les salariés et membres du personnel de l'Etat, mais pas pour les autres familles, lorsque celles-ci font le choix d'accueillir un enfant. Elle rappelle que ce choix est conséquent, et qu'il implique souvent de faire un arbitrage entre le fait de prendre le temps nécessaire pour accueillir l'enfant dans les meilleures conditions, et le fait de baisser son taux d'activité professionnelle, ou même de ne plus travailler, temporairement ou sur le long terme. Elle remarque que cela peut freiner les familles d'accueil à s'engager. La solution suggérée par le projet de loi 12312 est relativement simple. Elle est basée sur la méthode qui prévaut en cas d'adoption et consiste à allouer une allocation au parent d'accueil, pendant 112 jours, à certaines conditions. Elle mentionne le fait que l'enfant qui arrive dans le foyer doit pas exemple avoir moins de 8 ans, ne doit pas être l'enfant du conjoint, et le fait que la famille d'accueil doit avoir obtenu une autorisation du service compétent. Elle ajoute qu'il faut également que le parent d'accueil ait effectivement arrêté de travailler ou réduit son activité pour recevoir l'allocation. Elle ajoute que lorsque plusieurs enfants sont placés en même temps, le ou les parents d'accueil ne reçoivent qu'une fois la prestation.

Question des député.e.s

Un député (PDC) demande s'il existe une étude sur les familles d'accueil, indiquant que des familles ont hésité ou ont été dissuadées d'accueillir des enfants en raison de la charge financière que l'accueil représente. Il explique qu'elles ont peut-être renoncé à cause d'autres facteurs, comme la responsabilité importante que cela représente, ou le fait que ces enfants soient difficiles à gérer. Il indique que, dans d'autres cantons, la prise en charge des enfants se fait de manière professionnelle. Il explique que des personnes sont salariées au mois pour prendre des enfants chez eux. Il demande si les signataires de ce PL ont regardé ce qui se fait dans d'autres cantons.

M^{me} Marti confirme que les autres charges sont déterminantes pour prendre la décision de devenir famille d'accueil. Elle indique qu'on s'engage à devenir la famille d'un enfant sur plusieurs années, d'où l'importance et l'intérêt de tisser des liens de confiance avec celui-ci. Elle explique faire confiance au Conseil d'Etat, qui a perçu l'obstacle financier de cet engagement et qui a décidé d'allouer une allocation d'accueil au personnel de l'Etat. Elle ajoute que celui-ci a précisé que cette mesure visait à parer au manque cruel de familles d'accueil dans le canton.

Une députée (EAG) remarque qu'à l'article 9 a du projet de loi, il est mentionné que la personne qui accueille doit avoir effectivement cessé de travailler pour obtenir une allocation. Elle relève que malgré la volonté d'augmenter le nombre de familles d'accueil, il faudrait néanmoins que ces personnes travaillent auparavant. Elle demande si les personnes qui accueillent un enfant, mais qui ne travaillaient pas auparavant ne pourraient en conséquence pas bénéficier de cette allocation d'accueil.

M^{me} Marti répond ne pas savoir comment cet article sera interprété. Elle répond que cet article suit le système qui prévaut en cas d'adoption, et qu'il serait appliqué selon la même interprétation faite pour celles-ci actuellement.

Une députée (EAG) déclare que s'il s'agit en l'occurrence d'augmenter le nombre de personnes susceptibles d'accueillir des enfants en raison du déficit de familles d'accueil il y aurait bien une contradiction au sein de la loi, car les personnes qui souhaitent accueillir des enfants, mais qui ne travaillent pas, ne pourraient pas toucher cette allocation d'accueil. Elle relève que si les deux autres dispositifs compensent une perte de gain, cette allocation d'accueil peut au même titre représenter une forme de rémunération pour la tâche remplie. Elle demande si cette allocation sera versée depuis l'âge de l'accueil jusqu'à l'âge de 8 ans de l'enfant.

M^{me} Marti répond que cette allocation sera versée sur 112 jours dès l'accueil d'un enfant de 0 à 8 ans.

Un député (PLR) demande pourquoi avoir fait le choix d'inscrire ce projet au sein de la Loi sur la maternité.

M^{me} Marti répond que cela découle de la volonté de montrer qu'il s'agit de cas de figure et de démarche similaires. Elle ajoute que l'accueil ou l'adoption d'un enfant impliquent tous deux la volonté de s'investir sur le long terme, en accueillant ces enfants comme les siens. Elle ajoute que l'accueil implique des relations de triple parentalité, dans lesquelles il faut tisser des liens sur le long terme, avec l'enfant et sa famille, pas seulement durant 3 semaines, ou un week-end sur deux.

Une députée (PDC) ajoute qu'une famille qui accueille un enfant accueille également sa famille, ce qui demande souvent énormément de temps à consacrer également à la mère de l'enfant, par exemple. Elle explique qu'il faut pour cela mettre en place tout un contexte, de prises de rendez-vous, etc. et que ce PL permettrait d'aller plus loin pour mettre en place ce contexte et tisser ce lien.

M^{me} Marti abonde qu'au même titre que lors d'une naissance ou d'une adoption par un ou deux adultes, il existe souvent d'autres enfants au sein de la famille. Elle déclare qu'il faut donc créer des liens avec d'autres membres de la famille.

Un député (UDC) déclare avoir une question concernant les placements d'enfants. Il rappelle que lorsqu'il manque de structures d'accueil, beaucoup d'enfants sont installés aux HUG. Il déclare que ce milieu est le moins adapté aux enfants dans des situations difficiles. Il ajoute que c'est également de la responsabilité du gouvernement de gérer cette situation, qui en plus n'a pas de sens au niveau de la santé des enfants. Il constate que cette situation est liée au manque de structures d'accueil.

Un député (Ve) demande si le canton est le seul législateur sur cette question, ou s'il existe des dispositions fédérales à ce propos. Il demande s'il existe uniquement une aide cantonale.

M^{me} Marti répond qu'il n'y a qu'une aide cantonale et qu'il n'existe pas de législation fédérale.

Un député (Ve) demande si les 112 jours sont payés a posteriori ou a priori de l'accueil.

M^{me} Marti répond que ça fonctionnerait comme l'assurance maternité. Il s'agirait d'une allocation qui couvrirait le salaire du parent d'accueil pendant 112 jours, pour accueillir l'enfant.

Le président demande si la modification du Département du règlement sur le personnel de la fonction publique, visant à augmenter le nombre de familles d'accueil, a donné des résultats.

M^{me} Marti répond qu'il faut poser la question au Département. Elle rappelle que cette modification a été annoncée en avril dernier et qu'il est donc peut-être un peu tôt pour faire des observations.

Le président déclare qu'on peut évaluer le coût le plus bas de ce PL pour 30 familles, sur 112 jours, à 3 millions. Il demande si ce calcul choque M^{me} Marti.

M^{me} Marti répond qu'il faudrait faire une évaluation plus précise. Elle rappelle qu'il s'agirait d'une assurance sociale, comme l'assurance maternité, et donc que ce ne serait pas un coût direct pour l'Etat.

Un député (PLR) déclare être surpris par ce projet de loi, car il avait émis cette idée à la Commission des finances, qui l'avait éconduit grossièrement, selon l'argument qu'il s'agissait d'un début de privatisation du service public. Il ajoute qu'il lui avait été répondu que les placements en familles d'accueil n'ont pas le même objectif pour les enfants concernés que les hospitalisations d'urgence. Il indique avoir accueilli avec compréhension la distinction entre la situation des enfants placés en familles d'accueil et celle de ceux placés en institutions sociales. Il demande si cette analyse est également celle à laquelle sont arrivés les signataires.

M^{me} Marti répond n'avoir pas parlé des hospitalisations sociales. Elle confirme qu'il faut les distinguer des placements d'enfants en familles d'accueil, qui est une démarche de long terme. Elle explique que l'évaluation des situations des enfants mène à une décision de la part du TPAE, du SPMI, si cette démarche se fait en accord avec les parents biologiques. Elle précise qu'il s'agit d'un processus de long terme, alors que les hospitalisations sociales sont pratiquées en urgence, lorsqu'un enfant nécessite d'être retiré d'urgence de sa famille. Elle explique qu'ils sont placés aux HUG lorsqu'il n'y a pas de place dans des familles d'accueil. Elle indique que l'Etat a une responsabilité dans les situations d'urgences ou non, et que ce n'est pas seulement aux familles d'accueil de prévoir suffisamment de place pour l'accueil de ces enfants.

Un député (PLR) déclare qu'il y a deux solutions envisageables, celle des familles d'accueil et celle des foyers. Il indique que dans le PL, l'option de la famille d'accueil est privilégiée. Il demande si c'est parce que cette solution est meilleure pour certains enfants. Il précise que l'objet avoué de ce PL est de développer le système des familles d'accueil et ajoute qu'il s'agit d'une

question simple mais que la réponse est compliquée. Il demande si on a un besoin de familles d'accueil ou d'institutions, ou des deux.

M^{me} Marti répond que les deux solutions sont complémentaires. Elle explique que l'objectif du PL n'est pas de remplacer les placements en foyer par la solution des familles d'accueil. Elle rappelle qu'une évaluation de la situation et des besoins de l'enfant est faite avant que soit prise la décision de le placer en famille d'accueil ou en foyer. Elle invite à ce propos la Commission à auditionner le SPMI, le TPAE ou encore le Service s'occupant de la surveillance des lieux d'accueil pour connaître leurs critères en matière de placement.

Un député (PLR) demande si, à ce stade de l'analyse, il est clair pour les auteurs du PL que le besoin en familles d'accueil est insuffisant.

M^{me} Marti répond qu'en se basant sur les évaluations des services concernés, il est clair qu'il y a un manque évident de place en familles d'accueil pour répondre aux situations qui nécessitent ce genre de placements. Elle rappelle que l'exposé des motifs du PL mentionne le fait que les familles d'accueil n'ont pas vocation à remplacer le système des foyers.

Un député (PLR) déclare qu'il s'agit de systèmes alternatifs, qui ne concernent pas les mêmes besoins. Il ajoute que cela reste donc encore à déterminer. Il demande s'il n'y a pas confusion de deux choses. Il explique qu'on peut considérer que la vocation première du congé parental est de donner un espace-temps au début de la relation, et non un espace financier, au parent d'accueil, ou à celui qui fait office de parent de substitution, à temps partiel ou complet. Il précise qu'on établit le cas échéant une compensation pour la création de cet espace-temps. Il ajoute qu'on peut aussi considérer que l'intérêt financier n'est pas scandaleux dans le cadre des familles d'accueil, ce qui est pratiqué dans d'autres cantons et pays. Il demande si les signataires ne veulent pas également dire que la rémunération pourrait être une solution alternative.

M^{me} Marti répond que l'option de la rémunération des parents d'accueil n'est pas celle adoptée par les auteurs de ce PL. Elle précise que l'optique adoptée est celle de reconnaître le temps pris par celui-ci, et de lui fournir une compensation relative, mais pas de le rémunérer. Elle explique que c'est aussi pour éviter que les familles n'accueillent des enfants en plus de leur travail, pour obtenir une rémunération supplémentaire.

Un député (PLR) déclare ne pas partager ce point de vue. Il déclare que l'allocation de maternité en lieu et place d'un revenu est indirectement un apport financier direct, qui, à ce stade, sert à combler une perte de gains, ce à quoi sert une assurance. Il explique qu'en revanche, rémunération peut, le cas

échéant, s'inscrire, non pas en plus, mais en lieu et place d'une rémunération et être constituée comme un revenu d'appoint, pour que la personne puisse consacrer du temps à l'accueil et au lien à créer avec l'enfant. Il ajoute qu'on pourrait imaginer qu'une rémunération pour ce rôle ne soit suffisamment pas taboue pour altérer le rôle du parent gardien.

M^{me} Marti déclare qu'il ne s'agit pas de l'objet de ce PL.

Un député (PLR) demande s'il s'agit d'une autre voie, ou si on essaie de répondre à un autre besoin. Il déclare avoir l'impression que ce PL tente de répondre à un problème par une solution destinée à un autre besoin. Il explique que lorsqu'on accueille un enfant, on s'arrête de travailler temporairement, car cela nécessite de prendre du temps. Il explique qu'on peut considérer que l'accueil d'un enfant se fait sur la durée et que pour partie, il s'agit d'un métier qui mérite salaire. Il ajoute que c'est l'enjeu de ce PL de savoir si les familles renoncent à devenir familles d'accueil car elles n'ont pas le temps, ou en raison de la perte financière que cela représentera sur le long terme, étant donné qu'il s'agit d'un investissement qui amène celui qui s'engage à réduire son temps de travail.

M^{me} Marti répond qu'il s'agit d'une autre question : elle explique qu'il s'agit de savoir si les familles d'accueil sont des prestataires, qui fournissent des prestations, ou s'il s'agit de familles qui s'ouvrent pour accueillir quelqu'un. Elle indique que du point de vue de l'enfant, ce n'est pas la même chose si le parent d'accueil est payé pour s'occuper de lui et que cela peut faire une différence. Elle déclare penser que l'intégration et la création de lien sera plus facile s'il s'agit d'accueil gratuit, comme d'une adoption, que s'il s'agit d'un travail rémunéré. Elle ajoute ne pas apposer de regard normatif sur cette question, mais qu'il s'agit d'une autre manière d'appréhender la situation.

Un député (PLR) rappelle que ce PL correspond à un objectif d'intérêt public. Il demande si le fait d'être supporté par des cotisations sur la masse salariale pour un objectif d'intérêt public n'est pas faire fausse route. Il demande s'il ne s'agit pas finalement d'une tâche de l'Etat qui doit se financer sur l'impôt plutôt que sur la masse salariale.

M^{me} Marti déclare que si la Commission veut faire un amendement dans ce sens, elle sera prête à le soutenir.

Un député (PLR) déclare que ce serait plus adéquat.

M^{me} Marti déclare que ce point de vue peut se soutenir d'un point de vue politique, mais qu'il reste à obtenir une majorité pour établir que ce soit à la charge de l'Etat et obtenir le financement nécessaire.

Un député (PLR) demande au Département s'il connaît l'état d'équilibre actuel de la caisse de compensation de la maternité. Il demande si celle-ci aurait les moyens de financer ce genre d'objet supplémentaire de manière pérenne.

M^{me} Marti répond qu'elle ne connaît pas l'état de la caisse en question. Elle déclare qu'en comparaison du nombre d'enfants qui naissent à Genève, et des mères qui bénéficient des allocations maternités, le nombre des enfants placés en familles d'accueil est restreint.

Un député (PDC) déclare avoir l'impression qu'on reste dans une optique de bénévolat. Il déclare que la question posée par un député (PLR) est importante, et ajoute qu'il n'a jamais vraiment été défini ce qu'était une famille d'accueil et qu'on reste dans un arrangement d'accueil « bénévole ». Il ajoute que devait faire une famille d'accueil, ni vraiment regardé qui est placé dans ces familles. Il déclare que c'est là où réside le problème, car si on veut plus de familles d'accueil, il faudra les rémunérer. Il déclare que cette question de la professionnalisation des familles d'accueil ou d'une allocation est importante en raison du manque de places à disposition. Il rappelle que lors de la Commission de gestion sur les hospitalisations sociales, le DIP avait mentionné clairement que certains placements sont d'urgences et d'autres nécessitaient des familles d'accueil, qui manquent. Il rappelle que le cas d'un jeune garçon, placé plus d'un an en milieu hospitalier avait été mentionné, en relevant les difficultés de prise en charge dans ce milieu où le personnel est débordé. Il rappelle que le manque de famille d'accueil avait donc été clairement établi, au même titre que le besoin d'une campagne. Il déclare vouloir qu'on définisse plus clairement ce qui est attendu des familles d'accueil et quels moyens leur sont donnés pour cela. Il ajoute qu'il faut sortir de cette vision de bénévolat et qu'il est ouvert à une professionnalisation de l'accueil des enfants.

Un député (S) rappelle que ce PL est voulu comme incitatif et que la volonté de coups de pouce ne se restreint pas au plan financier. Il demande à M^{me} Marti si elle a connaissance d'autres blocages qui pourraient entrer en ligne de compte, pouvant faire une différence. Il demande s'ils existent d'autres enjeux que le dilemme entre l'accueil et le fait de réduire son temps de travail qui entrent en ligne de compte.

M^{me} Marti répond que ce type d'investissement demande énormément de temps, et ajoute qu'au-delà d'une compensation au moment de l'accueil, cet engagement représente un poids, une charge sur le long terme. Elle indique qu'il demande la capacité de gérer le lien avec l'enfant qu'on accueille et sa famille. Elle déclare qu'il existe un accompagnement des familles pour cela,

mais qu'il pourrait être renforcé pour favoriser l'engagement et soulager les familles d'accueil.

Un député (S) demande si un plafonnement est prévu dans ce PL, où la loi ne s'appliquerait pas, comme dans le cas où des familles très aisées accueillent des enfants.

M^{me} Marti répond qu'il s'agirait d'une assurance pour perte de gains, ne visant pas à établir de prestation financière, mais ayant pour but de compenser le fait de dégager du temps pour l'accueil. Elle explique que ce mécanisme doit donc s'appliquer quel que soit le niveau du salaire de la famille d'accueil.

Une députée (EAG) déclare qu'il ne s'agit pas de poser la question de la rétribution de l'accueil d'enfants mais d'établir l'égalité de traitement entre l'accueil, la maternité et l'adoption, d'où la durée limitée. Elle relève que le lien dans l'exposé de motifs entre les hospitalisations sociales et ce que représente l'accueil induit un glissement. Elle ajoute que considérer ce PL comme le rétablissement de l'égalité de traitement permet de clarifier les choses. Elle déclare que si on considère que l'accueil est la bonne solution dans certains types de situations, ce n'est pas le cas pour d'autres. Elle cite notamment le cas des petits enfants, pour qui les foyers ne sont pas adaptés. Elle précise qu'on hospitalise à but social souvent de très jeunes enfants, ce qui démontre qu'il existe un besoin en la matière. Elle déclare qu'il faut distinguer ces deux niveaux, avoir une réflexion sur l'accueil en structures collectives et développer l'accueil individuel, car ce sont des approches socio-éducatives différentes, qui correspondent à des besoins différents et qu'on ne peut pas substituer l'un à l'autre, pour des raisons économiques ou d'efficacité. Elle précise qu'elles ont des indications sociales et éducatives très claires, et déclare que le Service d'évaluation des lieux de placement pourra mieux l'expliquer à la Commission.

Un député (UDC) déclare qu'il faut relever la question des normes, de ce qu'on attend des familles d'accueil. Il demande si les procédures et les critères à remplir ne sont pas trop compliqués et trop lourds. Il témoigne connaître deux familles qui voulaient accueillir des enfants temporairement mais ont renoncé, en raison des exigences trop compliquées. Il déclare qu'ensuite les enfants se retrouvent aux HUG et coûtent 1000 francs par jour, ce qui n'est pas adapté pour le développement de l'enfant. Il déclare comprendre qu'il y ait des critères pour protéger l'enfant et son bien-être mais demande si les enfants ne seraient pas mieux dans des familles, ne remplissant pas autant d'exigences, plutôt qu'aux HUG, et demande si ces exigences ne sont pas trop hautes.

M^{me} Marti déclare qu'elle n'a pas les connaissances spécifiques pour répondre, mais rappelle que les enfants qui ont fait l'objet de décision de placement pour leur protection ont des parcours de vie extrêmement compliqués. Elle déclare qu'ils ont eu besoin de protection et en auront besoin après leur placement, ainsi que d'un accompagnement sur le long terme. Elle indique que c'est heureusement qu'il y a des normes, afin que ces enfants puissent arriver dans des lieux adéquats, adaptés à leurs besoins spécifiques.

Un député (UDC) demande si ce n'est pas pire d'aller aux HUG, lorsqu'il n'y a pas de places dans des familles.

M^{me} Marti répond qu'il faut alors inciter les familles à se présenter.

Le conseiller d'Etat, M. Apothéloz, indique que ce PL a été transmis sous l'angle de l'assistance sociale, mais que la discussion de la Commission montre bien que la problématique est celle des lieux de placements d'enfants, ce qui est sous la responsabilité du DFJ. Il précise que celui-ci a sous son aile le Service de l'Enfance et de la Jeunesse, qui gère les autorisations des lieux et familles d'accueil. Il explique qu'il existe aujourd'hui des normes très strictes, faisant clairement la distinction entre les deux niveaux à séparer, celui des enfants placés avec hébergement, ce que ce PL concerne, et les enfants placés sans hébergement. Il précise qu'on nomme cette pratique « les mamans de jour ».

Il déclare rejoindre le souci de la Commission et les auteurs du PL à propos des hospitalisations dont la sortie est rendue compliquée en raison du manque de places en collectif ou en familles d'accueil. Il évoque l'institution Piccolo, spécialisée dans l'accueil des 0 à 4 ans, qui fonctionne très bien. Il déclare qu'elle n'a plus de place et possède une liste d'attente. Il explique que cette situation est intolérable, étant donné qu'il s'agit de mettre ces enfants en sécurité. Il invite la Commission à auditionner M^{me} Emery-Torracinta, en charge du DFJ, pour savoir ce qu'a fait l'Etat pour augmenter le nombre de familles d'accueil, et ce qui a été fait pour encourager l'augmentation des dispositifs. Il ajoute qu'il est légitime de poser la question de la professionnalisation de l'accueil. Il déclare qu'il paraît s'agir effectivement d'une bonne occasion pour réinsérer des personnes à l'aide sociale ou au chômage, mais qu'en effet, les règles pour devenir famille d'accueil sont très strictes. Il évoque par exemple la nécessité de ne pas avoir de dettes, ni de casier judiciaire, et de stabilité pour la sécurité de l'enfant. Il explique que la situation de l'enfant est déjà compliquée, et qu'on veut éviter de l'insérer dans une famille dysfonctionnelle. Il ajoute à propos des durées de placements, qu'elles sont très variables ; il explique qu'en général la plupart des situations sont ponctuelles, et que peu de situations sont longues, car le

TPAE et le SPMI demandent que le lien de l'enfant avec sa famille reste le plus fort possible. Il explique qu'il existe la clause péril, qui permet de sortir l'enfant en urgence de sa famille pour le protéger, avec une volonté d'analyse et ensuite de proposition. Il recommande à la Commission de vérifier ses dires auprès du DFJ.

Concernant l'annonce du 17 avril 2018, il explique que la volonté du Conseil d'Etat était de mettre en place des dispositions internes qui aident les fonctionnaires à accueillir des enfants dans leurs familles. Il explique que ce dispositif était porté par M^{me} Emery-Torracinta, et faisait partie d'un ensemble de propositions de Conseil d'Etat ayant pour but d'augmenter le nombre de famille d'accueil. Il précise qu'il ne s'agit pas d'un système financier mais bien d'un système de congé, c'est-à-dire que l'employeur autorise ses employés à s'absenter de leur travail un temps, sans compensation financière pour l'exercice de l'accueil. Il explique qu'un règlement fixe les indemnités pour les rémunérations des familles d'accueil avec hébergement, pour les frais de pension, la nourriture, les frais d'entretien, etc., mais que ce n'est pas l'objectif du PL 12312, qui demande une mesure incitative pour augmenter le nombre de familles d'accueil.

Il ajoute que le PL 12312 correspond à un besoin, mais que la proposition de réponse formulée au travers de l'assurance maternité pourrait poser un problème juridique, car la loi sur les APG épuise l'imagination pour créer de nouvelles mesures assurances sociales pour soutenir ce genre de problématiques. Il déclare qu'une étude juridique plus poussée est nécessaire mais que l'analyse du Département montre que l'article 16h LAPG, fixe deux conditions : un canton peut augmenter la durée ou l'indemnité du congé maternité ou créer un congé d'adoption, mais qu'il n'existe pas d'autre possibilité d'être inventif sur le sujet. Il indique qu'à la demande de la Commission, il leur fournira une analyse plus formelle, mais que les premiers éléments montrent qu'ils sont assez coincés. Il invite donc finalement la Commission à auditionner le DFJ, pour connaître la situation actuelle des enfants en placement, et propose d'accompagner ensuite la Commission dans ses travaux, concernant les éléments juridiques.

Séance du 28 août 2018, audition du DFJ

M^{me} Anne Emery-Torracinta, conseillère d'Etat, M. Stéphane Montfort, directeur adjoint de l'office de l'enfance et de la jeunesse, juriste, M^{me} Mireille Chervaz Dramé, cheffe du service d'autorisation et de surveillance des lieux de placement, M^{me} Daniela Di Mare, directrice générale de l'office de l'enfance et de la jeunesse.

M^{me} Emery-Torracinta invitée par le président à prendre la parole, déclare que la problématique de ce PL est importante pour le DIP, en charge du placement des enfants. Elle ajoute que celui-ci partage les préoccupations des motionnaires à propos du bon accueil d'un enfant et du manque de places en famille d'accueil, induisant des hospitalisations sociales. Elle précise que son département est désireux de travailler sur ces problématiques. Elle rappelle que les familles d'accueil avec hébergement représentent un soutien à la parentalité et une assistance éducative en milieu ouvert. Elle rappelle que l'Etat essaie toujours au maximum d'éviter les placements et que ceux-ci constituent une solution de dernier recours. Elle explique que les petits enfants sont placés en famille d'accueil et que les placements en foyer représentent la dernière solution choisie pour protéger un enfant. Elle explique qu'ils tentent de préserver au maximum le lien entre les parents et l'enfant. Il manque des familles d'accueil à Genève. Elle indique qu'il y a actuellement 236 familles d'accueil actives pour 271 enfants placés, ce qui signifie que certaines familles accueillent plus d'un enfant. Elle explique que la moitié de ces familles n'ont aucun lien de parenté avec l'enfant accueilli, alors qu'il arrive souvent qu'un enfant soit recueilli par la famille élargie. Elle déclare qu'il y a actuellement 17 demandes de placement pour des petits de 0 à 2 ans.

Elle explique qu'un énorme travail de recrutement a été fait sur la dernière législature puisque seules 78 familles accueillait des enfants en 2011, et 84 en 2013. Elle déclare que cela reste insuffisant, mais que cet effort porte tout de même ses fruits. Elle explique que des campagnes de recrutement ont été menées et constate que le meilleur moyen de recruter des familles reste la saisie de cette problématique par la presse. Elle ajoute que le département travaille actuellement avec les familles en attentes d'adoptions. Elle constate que la condition de domiciliation dans le canton complique le recrutement, dans un canton comme Genève, qui est très exigü. Elle insiste sur le fait que toutes les mesures facilitant le recrutement sont les bienvenues, mais constate que le PL ainsi formulé pose un problème juridique, ce pour quoi le département ne peut pas aller dans son sens. Elle explique que le PL prévoit de modifier une loi genevoise d'application du droit fédéral. Elle précise que le droit fédéral ne permet que de légiférer sur l'allocation de maternité, ou d'instaurer une allocation d'adoption, mais qu'il ne permet pas d'instaurer une allocation d'accueil.

Elle confirme que cet objet représente néanmoins une préoccupation importante du département, alerté par quelques situations concrètes. Elle mentionne le cas d'un enseignant qui demanda un congé non rémunéré de deux semaines pour accueillir un bébé de deux mois. Elle explique que cette

situation la laisse perplexe, puisque l'hospitalisation sociale coûte plus cher que le fait d'agréer un congé payé de deux semaines à un enseignant. Elle explique que selon le service des ressources humaines du département, il était impossible de déroger au règlement et d'octroyer son salaire à cette personne, ce pour quoi ils ont décidé d'instituer au moins deux jours de congé payé pour l'accueil d'un enfant dans le règlement du DIP. Elle rappelle que l'Etat ne peut pas se substituer aux employeurs privés, mais que la commission peut réfléchir à un modèle qui irait plus loin que les dix jours actuellement offerts. Elle précise que les conditions resteraient à être définies en fonction de l'âge et de la situation de l'enfant. Elle relève que le PL ne met pas de conditions a priori. Elle déclare que ce sont les propositions que le DFJ peut faire au DCS, mais qu'il ne peut pas aller dans le sens de ce PL.

Questions des député.e.s

Un député (UDC) déclare que des familles aimeraient aider, mais que les conditions drastiques pour devenir famille d'accueil en découragent plus d'une. Il ajoute que certains pays ont bien moins de moyens que la Suisse, mais n'ont pas ce problème de manque de places, car les conditions pour devenir familles d'accueil y sont plus raisonnables. Il demande comment augmenter le nombre de familles d'accueil et où se trouvent actuellement les enfants en attente d'être placés.

M^{me} Emery-Torracinta propose d'entendre d'abord M^{me} Chervaz Dramé à propos des conditions de placements, puis d'aborder la seconde question du député (UDC)

M^{me} Chervaz Dramé répond que la situation en Europe est similaire à celle de la Suisse, et qu'il en va de même pour les conditions pour devenir famille d'accueil. Elle précise que la France demande en plus de faire 240 heures de formation. Elle déclare que les conditions d'accueil actuelles ne posent donc pas de problème en tant que tel. Elle précise que l'accueil est ouvert aux familles où les deux parents travaillent, avec un temps de travail total de 160%, ce qui tient compte des temps de déplacement à la crèche, etc. Elle explique que la complexité de l'accueil découle du défi que représente la mise en relation de l'enfant avec ses parents biologiques, pour que celles-ci s'améliorent. Elle estime que 40 rendez-vous avec le service de protection des mineurs et les parents biologiques sont prévus par mois pour cela, en dehors du temps de travail.

Elle rappelle qu'être famille d'accueil est très différent de l'adoption, où la notion de protection de l'enfant n'est pas la même. Elle explique qu'un placement en famille d'accueil requiert un suivi psychologique pour l'enfant

et une formation sur les problèmes d'attachement de l'enfant pour les parents d'accueil. Elle constate qu'il est donc plus difficile de prendre soin d'un enfant accueilli que d'un enfant adopté. Elle précise que la question de l'attachement est très délicate, surtout lorsque l'enfant a été placé dans plusieurs lieux à la suite. Elle rappelle que la famille d'accueil n'est qu'un élément du dispositif de protection : elle précise que la parentalité est partagée entre le tribunal, les parents d'accueil et les parents biologiques, même sans droit de garde.

Elle explique que ces relations sont compliquées et demandent plusieurs entretiens pour informer les familles d'accueil, qui sont souvent refroidies, car elles ne s'imaginaient pas de la complexité du processus. Elle indique qu'un « Temps présent » a été très utile, car il a très bien expliqué les conditions, mais qu'il n'a pas amené un seul candidat. Elle confirme qu'une stabilité de la vie de famille est demandée, mais atteste n'avoir jamais vu de refus pour des raisons financières en 30 ans. Elle explique que les critères principaux sont ceux du bien-être des enfants, dont ceux de la famille d'accueil, notamment lorsqu'ils doivent partager une chambre. Elle mentionne le défi que représentent les placements d'enfants sans papiers : ceux-ci peuvent soit être placés en foyer, soit renvoyés dans leur famille élargie dans leur pays d'origine.

M^{me} Di Mare déclare que les hospitalisations sociales ont augmenté en 2017 : un tiers d'entre elles étaient directement des mesures de protection du service de protection des mineurs. Elle explique qu'un autre tiers représente des enfants hospitalisés pour des raisons médicales, qui n'ont ensuite pas pu rentrer chez eux. Elle ajoute que le dernier tiers ont été hospitalisés, car les parents ne pouvaient plus s'en charger. Elle indique que le nombre d'hospitalisations a diminué de 40% en 2018, grâce à l'investissement de plus de 5 millions du Grand Conseil, qui a permis de développer des dispositifs. Elle constate néanmoins que cette réduction n'est pas pérenne, même s'il n'y a pas eu d'hospitalisation sociale depuis, ce qui confirme que les mesures prises commencent à porter leurs fruits.

Elle déclare que le directeur des HUG, M. Levrat, atteste que les 0-2 ans représentent 50% des hospitalisations sociales, bien que celles-ci aient diminué. Elle déclare que cette situation est catastrophique, puisque lorsqu'un enfant va bien médicalement, personne aux HUG ne va s'en occuper. Elle déclare que ces enfants subissent donc une double peine. Elle explique que le département cherche de nouvelles solutions pour changer cette situation, comme l'assistance éducative en milieu ouvert, permettant d'intervenir directement dans les familles, sous 24 heures. Elle rappelle qu'il existe une aide au retour de ces hospitalisations. Elle indique qu'une autre

option pour réduire les hospitalisations sociales est celle des familles d'accueil « professionnelles », « spécialisées », qui se rendent disponibles pour accueillir des enfants en gardant les débriefings, l'accompagnement social, etc. Elle explique que celles-ci combinent les avantages d'un foyer et d'une famille d'accueil.

M^{me} Emery-Torracinta ajoute qu'en 2017 il y eut 146 hospitalisations, dont 75 placements au cours de ses 6 premiers mois. Elle remarque qu'il y eut 60 placements en 2018, et aucun en juillet et août. Elle déclare que cela reste trop, mais constate que les moyens investis et la réorganisation entreprise semblent fonctionner. A propos de la saturation des foyers, elle rappelle la complexité de la situation de l'année 2015-2016, qui a vu un flux de requérants mineurs non accompagnés (RMNA) émerger. Elle indique que selon un accord historique, ceux-ci sont normalement pris en charge par le foyer de l'Etoile, alors que les plus petits et/ou vulnérables sont pris en charge par le DIP. Elle explique que l'arrivée d'un ou deux RMNA ne pose pas de problème, au contraire de 15 ou 20.

Elle ajoute que suite à la baisse du flux de RMNA, les cas actuels sont des cas plus compliqués : elle précise qu'il s'agit de situations d'urgences, de cas tragiques, comme celui de deux bébés portant les syndromes du bébé secoué. Elle raconte que l'un est décédé alors que l'autre est désormais handicapé et déclare que ces enfants ne peuvent pas être réintroduits dans leur famille. Elle mentionne également les cas où les parents sont arrêtés en même temps, du jour au lendemain. Elle ajoute que dans ce genre de cas, il faut relativiser à propos des hospitalisations sociales : un problème véritable émerge si celles-ci durent plus de quelques semaines. Elle rappelle que cette question fait partie des priorités de cette législature pour le département.

Une députée (PLR) demande si l'article 9a n'est pas trop contraignant. Elle explique que, puisqu'il est difficile de trouver des familles d'accueil, demander de cesser de travailler à une personne alors que l'allocation ne représente pas un salaire et que l'accueil représente un coût semble trop contraignant.

M. Montfort répond que ce PL vise à ce que la personne qui se propose comme famille d'accueil et d'hébergement puisse se libérer de son travail, et reçoive en contrepartie une allocation. Il rappelle que la famille est rémunérée par l'état pour l'accueil de l'enfant, en plus de cette allocation. Il précise que ce salaire de substitution représente environ 2000 francs par mois pour la rémunération et la couverture des besoins de l'enfant. Il indique qu'il existe un barème et un règlement pour établir les indemnités pour le travail fourni avec l'enfant. Il ajoute que les conditions pour devenir famille d'accueil n'ont pas été inventées par Genève. Il explique que le droit fédéral

prévoit ces conditions, qui sont les mêmes dans tous les cantons. Il indique que des visites de vérification sont prévues tous les ans, pour voir si tout va bien et si les conditions pour accueillir l'enfant sont toujours réunies.

M^{me} Emery-Torracinta rappelle que le but du PL n'est pas de payer les familles, mais de les décharger de l'obligation de travailler, comme dans les cas de l'allocation de maternité.

M^{me} Chervaz Dramé ajoute qu'il est possible de faire appel à quelqu'un pour s'occuper de l'enfant durant 2-3 jours par semaine, avant de trouver une place en crèche, mais pas plus, afin que l'enfant s'ancre dans sa famille d'accueil.

Un député (S) demande si le département trouve que ce PL est bon dans son contenu.

M^{me} Emery-Torracinta répond qu'il faudrait le moduler en fonction de l'âge de l'enfant. Elle déclare trouver l'idée bonne, car on peut imaginer que des familles n'aient pas les moyens financiers de devenir famille d'accueil, ce pour quoi une aide financière pourrait leur permettre de faire le pas. Elle rappelle que ce PL n'est cependant pas réalisable juridiquement. Pourtant elle estime qu'il existe une liste de conditions, qu'on peut essayer de faire changer. Elle suggère autrement que l'Etat donne l'exemple ou de travailler sur ce sujet avec la FER et les milieux patronaux, mais rappelle que ce PL ne peut pas être proposé en l'état. Elle déclare ne pas avoir de solution juridique à proposer à la commission. Elle explique que si l'allocation perte de gain était discutée à Berne, elle pourrait soulever le problème. Elle rappelle que cette loi aurait un impact sur les employeurs, ce pourquoi une telle démarche ne serait pas simple, et ajoute ne pas penser qu'il soit possible de changer la loi fédérale.

Un député (UDC) demande quel budget est actuellement alloué aux familles d'accueil.

M^{me} Emery-Torracinta répond qu'on peut trouver la réponse dans les contrats de subvention des foyers, et qu'une hospitalisation sociale coûte 1100 francs par jour et qu'il augmente après un certain nombre de jours. Elle rappelle que ce n'est pas un marché ; elle explique que les familles sont défrayées, mais qu'elles ne font pas ça pour l'argent. Elle ajoute qu'il s'agirait d'un changement de paradigme, qui est possible, mais rappelle que l'enfant n'est pas une marchandise.

Un député (PLR) rappelle qu'il s'agit pour l'instant du problème de l'Etat, puisqu'il finance seul ces familles d'accueil. Il indique que les caisses d'assurances maladie n'y participent pas. Il rappelle que lors de la séance du 19 juin, la question du coût de cette problématique pour l'Etat avait été

abordée, et qu'il avait été suggéré par un député PLR de créer un fond dans le budget de l'Etat dédié à cette question. Il précise qu'il s'agirait de créer une ligne budgétaire pour les allocations d'accueil. Il ajoute qu'il s'agirait de mettre cette question directement à la charge de l'Etat plutôt que de passer par une assurance.

M^{me} Emery-Torracinta précise que cela voudrait dire financer les congés pour l'entier des employeurs du canton.

M. Montfort ajoute qu'il faudrait que les employeurs commencent par accepter de mettre en place ce congé.

M^{me} Emery-Torracinta suggère de commencer par tester ce congé d'accueil au niveau de l'Etat pour voir si cela augmente le nombre de famille d'accueil avant d'entreprendre autre chose, afin d'établir si cet encouragement est efficace. Elle indique que deux fonctionnaires de son département se sont proposés en plus, à deux ans d'intervalle. Elle ajoute que cette proposition pourrait être insérée à la réforme du droit des entreprises, mais demande si c'est à l'Etat seul d'assumer cette question.

M^{me} Emery-Torracinta ajoute que le besoin en famille d'accueil est toujours présent, et que ces placements durent parfois à vie, comme dans le cas mentionné précédemment de l'enseignant, chez qui l'enfant restera vraisemblablement jusqu'à sa majorité.

Une députée (EAG) demande des précisions sur les nouveaux types de travail socio-éducatif et sur le nouveau modèle d'intervention mis en place.

M^{me} Emery-Torracinta répond que ces projets sont en cours d'élaboration et que le département est actuellement à la recherche d'alternatives aux foyers. Elle rappelle que l'idéal reste que l'enfant reste dans sa famille biologique. Elle rappelle qu'ils tentent au maximum de conserver leurs liens sur la durée et d'éviter à tout prix que les ponts ne soient coupés entre eux.

Une députée (EAG) rappelle que la priorité est donnée aux placements en familles, mais que parfois les placements en foyer sont tout à fait opportuns. Elle demande si le nombre de places en foyer est actuellement suffisant, et si les différentes populations sont traitées en fonction de leurs besoins.

M^{me} Emery-Torracinta répond qu'il existe une plateforme de placement, qui choisit les lieux les plus adéquats en fonction des cas. Elle rappelle que les familles sont les plus adaptées pour les tous petits. Très concernée par les hospitalisations sociales, elle explique que celles-ci génèrent des carences affectives chez ces enfants et que de l'impossibilité d'agir immédiatement peut induire des surhandicaps.

M^{me} Di Mare explique que la plateforme de placement se réunit tous les lundis et analyse l'offre et les besoins de placement avec les représentants des foyers et du SPMI. Elle précise qu'ils évaluent où l'enfant sera le mieux accueilli en fonction de son projet sociopédagogique, son âge et de son lieu de scolarisation, car ils tentent de ne pas le faire changer d'école. Elle confirme néanmoins qu'il persiste un manque de places en foyers, dans la perspective d'une démographie qui croisse, ce qui génère mathématiquement un besoin de places. Elle explique que les personnes les plus vulnérables actuellement sont les enfants de personnes toxicomanes, ou avec des maladies psychiques. Elle rappelle qu'un élément bloquant est celui des papiers de l'enfant : elle explique que le fait de ne pas détenir de papiers ou de ne pas avoir d'autorisation de séjour représente un frein pour les familles, qui veulent rester mobiles. Elle rappelle que le canton a plus de frontières françaises que de frontières suisses et déclare qu'octroyer une autorisation de séjour pour ces enfants serait efficace.

Une députée (Ve) déclare que s'il est possible d'obtenir des soins médicaux, de parer aux besoins éducatifs de ces enfants, il doit être possible de leur procurer des permis de séjour, afin de permettre aux familles d'accueil d'être mobiles.

M^{me} Emery-Torracinta rappelle que le développement d'un AMO petite-enfance a permis de diminuer et d'empêcher les hospitalisations d'urgence.

Séance du 4 septembre

Audition du Fonds cantonal de compensation de l'assurance-maternité

M^{me} Christine Sayegh, présidente du Fonds cantonal de compensation de l'assurance-maternité accompagnée de M^{me} Angela Fischer, directrice des fonds du Fonds cantonal de compensation de l'assurance-maternité

M^{me} Fischer rappelle que la loi d'institution du Fonds fut votée le 14 décembre 2000 et entra en vigueur le 1^{er} juillet 2001. Elle rappelle que cette loi institua un modèle unique en Suisse. Elle rappelle qu'une modification de la loi fédérale suivit en 2005, introduisant une assurance perte de gain pour la maternité. Elle indique que l'assurance genevoise est donc devenue une assurance complémentaire depuis le 1^{er} juillet 2005. Elle rappelle également que les indemnités fédérales ne couvrent que 98 jours de congé, est calculée sur la base du montant APG et n'a pas de montant minimum par jour. Elle déclare que l'assurance genevoise est donc bien plus généreuse, puisqu'elle assure un minimum de 62 francs par jour, jusqu'à un maximum de 332 francs par jour. Elle rappelle également que l'assurance cantonale prévoit un congé adoption, qui n'existe pas au niveau fédéral.

L'idée de cette loi était que le Fonds de compensation de l'assurance maternité fonctionne de la même manière que l'AVS. Elle indique qu'il s'agissait de centraliser toutes les recettes pour éviter la concurrence entre les différentes caisses. Elle rappelle que le Fonds cantonal de compensation est l'organe de gestion institué par la loi, et que celui-ci verse les indemnités, gère les dépenses et les investissements.

M^{me} Sayegh confirme que l'institution du Fonds a supprimé la concurrence entre les caisses. Elle ajoute que cela permet d'éviter les risques et d'instaurer un taux de cotisation inférieur à ceux qui existeraient si les caisses agissaient séparément.

M^{me} Fischer déclare que le bilan du Fonds au 31.12.2017, en p. 6 du fascicule de présentation, indique que ce régime fonctionne. Elle rappelle que c'est un système paritaire entre les employeurs et les employés, et que les indépendants ont le même taux de cotisation que les salariés. Elle explique que les prélèvements versés aux employeurs sont reversés au fonds, qui redistribue les allocations aux bénéficiaires. Elle explique que le Fonds est géré par un conseil d'administration, selon les mêmes principes que ceux de la législation fédérale sur la compensation AVS. Elle indique que le conseil d'administration veille à la correcte application de la loi et propose chaque année au Conseil d'Etat le taux nécessaire pour couvrir les dépenses totales du régime et verser les prestations prescrites par la loi.

M^{me} Sayegh indique que le taux de l'année suivante est fixé au 31 novembre de l'année en cours. Elle indique que si une nouvelle prestation était votée, elle prendrait donc effet le 1^{er} janvier de l'année suivante, sans effet rétroactif. Elle rappelle que c'est également le cas pour les allocations familiales, et rappelle que cela génère une situation difficile à régler.

M^{me} Fischer rappelle la structure organisationnelle du conseil d'administration. Elle explique que la direction du Fonds gère les relations avec les différents partenaires. Elle explique qu'1,3 poste à plein temps y est consacré. Elle rappelle également que le Fonds est une institution juridiquement indépendante, une fondation de droit public autonome, qui agit sous la surveillance du Département de la cohésion sociale (DCS). Elle ajoute que le Fonds est autofinancé et ne reçoit aucune subvention de la part de l'état. Elle déclare que ses frais de fonctionnement sont peu élevés. Elle rappelle que M^{me} Sayegh, présidente du Fonds, est présente depuis le départ. Elle indique que les représentants des partis politiques représentés au Grand Conseil et des représentants des patronats et de la communauté genevoise d'action syndicale siègent dans son conseil d'administration.

Elle rappelle que les tâches du conseil d'administration sont définies par un règlement. Elle énonce ses différentes tâches, qui sont d'émettre les directives financières, de garantir la bonne application de la loi, de consolider les comptes, de décider des placements de fortune, d'établir le taux de défraiement des caisses, et de gérer les gestionnaires de placement de fortune. Elle rappelle que la LAMat autorise les caisses AVS à pratiquer le régime complémentaire de l'assurance maternité en tant qu'autre tâche et que n'importe quelle caisse suisse peut s'annoncer auprès du Fonds pour proposer une assurance maternité. Elle indique que 41 caisses se sont proposées en 2017. Elle explique que les directives financières sont identiques pour toutes les caisses et que les pratiques sont donc uniformes entre toutes les caisses. Elle indique que le Fonds verse une indemnité forfaitaire pour la couverture des frais liés à la pratique de l'assurance maternité. Elle explique que celle-ci ne couvre pas les frais effectifs, suivant la volonté du législateur de faire des économies d'échelles. Elle ajoute que les caisses AVS pratiquant le régime genevois s'occupent de prélever les cotisations, de verser les prestations et de faire le décompte des recettes et dépenses du régime. Elle ajoute qu'elles versent également au Fonds les excédents de liquidités et fournissent au Fonds les données pour la statistique cantonale. Elle indique qu'il y a actuellement 36 caisses provenant de tous les cantons et 5 caisses genevoises sous le régime genevois. Elle rappelle qu'entre 2010 et 2012, les recettes étaient équivalentes aux prestations. Elle indique que le taux d'équilibre était de 0,090%, et que celui-ci a baissé. Elle indique qu'il est à 0,082% depuis 2014 et que ce taux est censé couvrir toutes les dépenses du régime.

M^{me} Sayegh précise que le taux a été diminué en raison d'un excédent de cotisations par rapport aux prestations. Elle explique que le changement fut fait de manière mécanique, pour favoriser les bénéficiaires et rester conforme à la loi.

M^{me} Fischer explique que le taux de contribution dû être ajusté suite à la modification en 2016 de l'assurance accident obligatoire. Elle indique qu'il est aujourd'hui paritaire, à 0,092%. Elle rappelle que le Fonds ne reçoit plus que 25 millions de cotisation depuis 2005 en raison de l'évolution du régime, qui est devenu complémentaire. Elle indique qu'avant 2005, le Fonds versait 70 millions de prestations par année. Elle rappelle que le reste est désormais versé par l'assurance fédérale. Elle indique que les lignes des recettes et des dépenses se suivent sauf entre 2006 et 2009, années où les cotisations ont été inférieures aux allocations, en raison d'un taux plus bas pour absorber un excédent de recettes. Elle rappelle que ce procédé est prévu par la loi ; le taux de cotisation est toujours fixé en fonction des dépenses et du niveau de réserve exigé par la loi. Elle explique que des ajustements ont été faits entre

2004 et 2008 et en 2011. Elle indique que depuis, le minimum de réserve représente un tiers des dépenses du Fonds. Elle résume ensuite ses propos et rappelle qu'après la création du Fonds en 2001, le régime a connu une phase de stabilisation entre 2003 et 2005. Elle rappelle que la loi fédérale a été introduite en 2005, suite à quoi, entre 2006 et 2009, le Fonds a entrepris de résorber l'excédent de sa réserve. Elle ajoute que l'équilibre du régime est maintenu depuis 2010.

M^{me} Sayegh indique qu'ils ont travaillé dans un premier temps à l'encaissement des cotisations et qu'ensuite, ils ont dû s'ajuster sur le régime fédéral. Elle explique qu'ils ont dû rétablir techniquement les taux, dont l'évolution est indépendante de l'économie.

Questions des député.e.s

Un député (MCG) remarque que la loi fédérale ne prévoit pas de durée de congé pour l'adoption. Il demande si la loi sur les allocations d'accueil ferait également partie d'un régime complémentaire, dans le cas où le canton entrerait en matière sur ce PL.

M^{me} Sayegh répond que les assurances adoption sont toujours cantonales, car il n'existe rien à ce propos au niveau fédéral. Elle indique qu'un projet est en cours de discussion actuellement à ce propos, mais que sa réalisation coûterait plus cher que les prestations cantonales versées actuellement. Elle rappelle que Genève est le seul canton à avoir une assurance adoption, possédant les mêmes caractéristiques que son assurance maternité originaire. Elle explique que la loi fédérale s'est inspirée de l'exercice genevois. Elle précise que seule la loi cantonale sur l'assurance maternité est complémentaire au droit fédéral. Elle explique que l'assurance adoption est de droit plein, conservant les modalités d'origine de l'assurance maternité. Elle précise que l'assurance adoption n'est donc versée que par le canton, au contraire de l'assurance maternité qui est partiellement versée par la confédération. Elle déclare que l'allocation d'accueil resterait cantonale. M^{me} Sayegh explique que l'allocation d'accueil aurait les mêmes conditions que l'allocation d'adoption. Elle déclare qu'une allocation complémentaire serait tout à fait compatible avec l'esprit de la loi de l'assurance maternité. Elle ajoute que Genève serait à nouveau pionnier. Elle ajoute avoir vérifié la compatibilité des articles avec le principe de la loi. Elle demande quels seraient les coûts de l'introduction d'une allocation d'accueil.

M^{me} Fischer explique avoir contacté le département de l'instruction publique, qui lui a répondu que 20 personnes maximum par année toucheraient cette allocation. Elle répond avoir fait deux calculs sur la base

de ces 20 allocations ; l'un estime qu'une allocation moyenne minimum serait de 3700.- par année, selon le modèle de l'allocation d'adoption. Elle explique que le deuxième calcul estime le coût annuel maximum de l'allocation, grâce aux chiffres de l'assurance maternité, selon une tranche de revenu précise et une tranche d'âge spécifique des femmes. Elle indique que ce deuxième calcul établit un coût maximum de 456 000 francs par année.

M^{me} Sayegh ajoute que, comme pour l'assurance perte de gain, ces montants dépendraient du revenu de la personne. Elle indique qu'ils demandent de prendre en compte de nombreux paramètres, comme pour l'allocation de maternité. Elle rappelle qu'il fallut 4 ans pour arriver, grâce aux assureurs, à une moyenne crédible concernant celle-ci. Elle rappelle qu'ils ont pris le nombre de 20 pour faire leurs estimations, suivant l'exemple du nombre d'adoptions par année, qui est entre 20 et 24.

M^{me} Fischer rappelle que le PL prévoit des allocations seulement pour les enfants jusqu'à 8 ans révolus. Elle indique que cette limite d'âge réduit le nombre de potentiels bénéficiaires de cette allocation.

Une députée (S) demande si l'estimation serait plus élevée si le calcul était basé sur le revenu des hommes des ménages, plutôt que sur celui des femmes.

M^{me} Fischer répond que ce ne serait pas le cas, car l'aide maximale est fixée à 330 francs par jour. Elle rappelle que 50% de la population a un revenu supérieur à 30 000 francs et inférieur à 40 000 francs par année.

Une députée (PLR) demande quelle augmentation du taux de contribution serait nécessaire pour couvrir le coût de l'allocation d'accueil. Elle demande également comment a été traité le caractère temporaire de l'accueil, qui rend difficile d'en prévoir la durée. Elle demande comment sont pris en compte les changements de famille dans le calcul, et quelle est la durée moyenne d'un enfant dans une famille.

M^{me} Sayegh rappelle que pour recevoir l'allocation d'accueil, la personne doit avoir un travail rémunéré et être en congé. Elle déclare que l'allocation dépendra de la durée du congé, qui devra être définie.

M^{me} Fischer répond que l'allocation d'accueil aurait le même fonctionnement que l'assurance maternité. Elle rappelle que le congé et l'indemnité s'arrêtent du moment où la femme reprend son activité lucrative. Elle indique que si l'enfant part au bout de 12 jours, l'indemnité s'arrêtera en même temps. Elle rappelle qu'il existe en parallèle une indemnité par mois de 2300 francs.

Une députée (PLR) demande comment l'allocation serait allouée pour un enfant qui reste un an, s'en va, puis revient, ou si la famille intègre d'autres enfants. Elle demande si les allocations seraient cumulées.

M^{me} Sayegh répond que la loi précise que si une famille accueille plusieurs enfants, elle ne reçoit qu'une indemnité, puisqu'il s'agit d'une compensation de perte de salaire.

M^{me} Fischer rappelle qu'il est également nécessaire d'avoir cotisé dans les neuf mois auparavant pour recevoir l'allocation.

Une députée (PLR) demande de combien devrait être augmenté le taux de cotisation.

La présidente répond que la réponse à ces questions dépend de comment on considère l'accueil. Elle rappelle que l'accueil est censé durer. Elle rappelle que les gens décident d'arrêter de travailler pour accueillir un enfant, et que la transhumance des enfants entre les lieux d'accueil n'est pas souhaitable.

Une députée (Ve) demande si les auditionnées considèrent que ce PL se rattache au volet adoption de la LAMat.

M^{me} Sayegh répond qu'il n'est pas incompatible avec celle-ci et qu'il paraît pouvoir s'intégrer dans sa logique.

Une députée (Ve) déclare que cette annonce la ravit. Elle rappelle avoir entendu le contraire lors d'autres prises de position. Elle rappelle qu'il leur avait été indiqué qu'il s'agissait d'une loi d'application du droit fédéral, qui ne permet que d'instaurer une assurance maternité et d'adoption, mais pas d'allocation d'accueil.

M^{me} Sayegh répond qu'il s'agit d'une loi cantonale autonome, indépendante, qui peut être supprimée ou modifiée. Elle déclare que ce n'est pas une loi d'application du droit fédéral et qu'elle n'influe pas sur celui-ci. Elle rappelle que cette loi cantonale sur les fonds de compensation est unique en Suisse et que plusieurs cantons ont voulu imiter cette pratique, sans parvenir à convaincre les caisses de supprimer la concurrence. Elle rappelle que la concurrence existait avant à Genève, et que les taux de cotisations étaient donc différents entre les caisses, mais que celles-ci ont accepté d'être solidaires. Elle déclare qu'il est clair que les cantons peuvent légiférer en la matière, de manière complémentaire. Elle précise qu'elle doit vérifier ses propos, mais qu'elle ne pense pas se tromper.

M. Apothéloz répond que les juristes de son département ne sont pas de cet avis et qu'ils sont clairs sur l'impossibilité formelle de s'ancrer sur la LAPG. Il indique que l'art. 16 h LAPG circonscrit la possibilité du canton de

légiférer. Il indique que le canton ne peut pas introduire de nouvelle prestation, mais peut établir des prestations plus généreuses. Il précise qu'il peut donc augmenter les prestations existantes, mais ne peut pas en créer.

M^{me} Sayegh demande ce qu'ils disent à propos de l'adoption.

M. Apothéloz répond qu'il est uniquement possible de mettre en place ce qui est prévu par loi fédérale.

M^{me} Sayegh propose de faire un copier-coller de la loi cantonale, s'il est décidé que l'accueil et l'adoption sont semblables. Elle propose de prendre connaissance de l'avis des juristes.

M. Apothéloz rappelle que le principe de l'accueil est de permettre à l'accueillant de se retirer du monde du travail, afin de créer un lien avec l'enfant. Il rappelle la volonté de ne pas briser les liens de l'enfant avec sa famille biologique et de le réintégrer dans son milieu familial. Il rappelle également que ce PL a été constitué suite au constat des hospitalisations sociales, qui sont inacceptables. Il rappelle que celles-ci rendent toutefois service, lorsqu'il n'y a plus de place dans les lieux de placements autorisés par le Service d'Autorisation et de Surveillance des Lieux de Placement (SASLP). Il propose de débattre de la compatibilité juridique du PL la semaine prochaine.

M^{me} Sayegh ajoute que la question de la durée peut être précisée dans la loi. Elle ajoute avoir vu des familles d'accueil s'engager jusqu'aux 16 ans de l'enfant. Elle indique que le Fonds peut gérer le coût estimé d'un demi-million par année. Elle remarque que la loi fédérale ne lui semble pas restrictive, mais ajoute qu'il est possible qu'on ne puisse pas ajouter d'élément. Elle propose dans ce cas de s'adapter, en ajoutant un deuxième train. Elle confirme que cette nouvelle loi cantonale pourrait être gérée par le Fonds, en respectant les critères de durée et les conditions d'accueil. Elle ajoute que celles-ci sont nécessaires pour éviter les abus, dont il faut se méfier. Elle ajoute que les familles d'accueil qu'elle a rencontrées sont sincères dans leur mission.

Un député (PLR) déclare que l'art. 16 h, en complément du chapitre 3, permet de prévoir des allocations plus élevées ou plus longues et des allocations particulières. Il demande au Département si, dans le cadre d'un copier-coller, le financement sur la masse salariale plutôt que sur l'impôt ne serait pas un élément limitant. Il demande l'avis de M^{me} Sayegh. Il déclare avoir le sentiment que ce PL désire régler une problématique différente avec la perte de gain. Il demande s'il faut faciliter le placement d'un enfant en institution par prestation en argent. Il demande comment appréhender les placements partiels, lorsque les parents peuvent accueillir leurs enfants de

temps en temps, comme par exemple le week-end. Il déclare que ce PL pose la bonne question, mais ne propose pas la bonne réponse.

M^{me} Sayegh répond qu'il faudra préciser quelle sorte de placement est concerné par le PL, car il existe plusieurs genres d'accueil. Elle déclare que lorsqu'on permet à une personne d'avoir un congé pour accueillir un enfant afin de l'introduire au sein d'une famille où il y a par exemple déjà des enfants, cela s'assimile à un moment de vie relativement long, comme lors d'adoptions. Elle rappelle que parfois même les adoptions ne marchent pas, ce pour quoi il ne faut pas faire de plan sur la comète.

Un député (PLR) répond qu'il n'exclut pas que ces processus soient difficiles, mais précise qu'il y a une différence sur le plan juridique entre l'adoption, qui est définitive, et l'accueil, qui ne l'est pas.

M^{me} Sayegh répond que l'accueil peut également être sur la durée.

Un député (MCG) déclare que les placements ne sont pas forcément adéquats, s'ils échouent au bout de six mois. Il indique qu'on ne peut pas demander au parent de garantir qu'il gardera un enfant sur le long terme.

M^{me} Sayegh répond que la mission des auditionnées était d'établir si ce PL était réalisable. Elle rappelle que sa réponse est positive. Elle précise que dans la pratique, il faut des règlements pour affiner les lois et qu'il est difficile d'estimer si une loi va fonctionner. Elle indique que ce projet n'est pas impossible à réaliser, bien que des nuances doivent y être insérées.

Un député (PLR) rappelle que la maternité et la paternité instaurent un lien de parentalité juridique, ce qui n'est pas le cas de l'accueil. Il rappelle que l'art. 8 de la CEDH et l'art. 14 de la Constitution suisse protègent la vie de famille, mais que l'accueil n'entre pas dans le cadre de la vie de famille.

M^{me} Sayegh répond que bien qu'il ne s'agisse pas de familles, les personnes en leurs seins vivent des vies de famille.

Un député (PLR) répond qu'ils n'ont pas de lien de filiation.

M^{me} Sayegh répond que ce n'est pas le cas dans beaucoup de familles, comme lorsque les conjoints vivent avec et s'occupent des enfants de leur partenaire.

Un député (PLR) répond que le lien de filiation est plus fort. Il ajoute que l'art. 16 h est limpide : il permet aux cantons d'instaurer une allocation d'adoption, mais pas d'envisager la création d'autres types d'allocations, ce pour quoi ce PL est contraire au droit fédéral.

M^{me} Sayegh répond que le canton a la possibilité d'instaurer une allocation d'accueil cantonale.

Audition de l'Association des familles d'Accueil avec hébergement

M. Jacques Delieutraz, président du comité de l'Association genevoise des familles d'Accueil avec hébergement (AGFAH) accompagné de M. Ivano Marchi, membre d'AGFAH

M. Delieutraz déclare que la question de l'accueil commence à acquérir une visibilité depuis une dizaine d'années. Il rappelle que l'AGFAH a été créée pour faire comprendre ce monde, car il existe souvent des confusions entre l'accueil et l'adoption. Il déclare être très satisfait de voir qu'un PL concerne ce sujet, car jusqu'à présent la problématique de l'adoption dominait celle de l'accueil. Il rappelle qu'Espace A bénéficie d'une expérience antérieure à la leur. Il déclare qu'il est devenu plus difficile d'adopter, car il y a désormais moins d'enfants adoptables en provenance des pays étrangers. Il explique que beaucoup de gens coulissent donc de l'adoption à l'accueil. Il explique que la grande différence entre l'adoption et l'accueil est l'absence de lien biologique, mais que le travail est identique. Il explique que les enfants ont vécu des traumatismes lors de leur début de vie. Il rappelle que beaucoup d'enfants commencent leur vie à l'hôpital, en sevrage ou parce que leur mère ne peut pas s'occuper d'eux. Il ajoute qu'ils passent ensuite par le foyer Piccolo, dont la liste d'attente est longue. Il rappelle que les enfants passent ensuite entre 10 et 15 mois à Piccolo. Il rappelle que jusqu'à quelques mois en arrière, le séjour à Piccolo pouvait être de 12 mois au maximum, suite à quoi ces enfants devaient partir, même sans disponibilité dans d'autres établissements. Il indique que le Service de placement est très désireux d'avoir de nouveaux lieux de placement. Il explique qu'ils ont besoin de familles d'accueil, car les familles sont bénéfiques pour des enfants terriblement secoués. Il ajoute que l'accueil est un chamboulement immense pour ces enfants. Il explique que durant les premiers temps de l'accueil, les familles passent beaucoup de nuits blanches. Il explique qu'à l'arrivée de l'enfant, il faut faire le travail extrêmement important de sécurisation du lien social. Il ajoute que les liens se font assez facilement, car les enfants sont en général preneurs de tout ce qu'on leur offre. Il précise qu'en revanche, les conditions sont difficiles à remplir pour ceux qui travaillent. Il déclare que ce PL est donc bénéfique et qu'il ne va pas ruiner les APG, puisque le nombre d'accueil est limité.

M. Marchi précise que dans l'accueil, l'enfant n'appartient pas à la famille, alors que la situation quotidienne est identique à l'adoption. Il déclare qu'une différence de traitement lors de l'arrivée de l'enfant ne se justifie donc peu ou pas. Il conclut qu'il semble judicieux et essentiel de rétablir l'égalité de traitement entre ces situations.

La présidente de séance demande s'il existe une différence entre l'accueil de courte durée, d'urgence, et de longue durée.

M. Delieutraz répond que des familles se chargent de l'accueil de transition, qui concerne des enfants en bas âges. Il explique qu'elles servent à l'accompagnement des quelques mois, entre le moment où l'enfant peut être placé et le moment où une famille sûre est trouvée. Il explique qu'au-delà de 6 mois, un attachement excessif se crée envers l'enfant et qu'il est dans l'intérêt de la famille de s'en séparer. Il explique que ce phénomène est nouveau pour l'association. Il précise que le Service des placements n'annonce jamais que la présence de l'enfant est garantie jusqu'à ses 18 ans, mais informe seulement sur la durée estimée du placement. Il précise que le Service estime s'il s'agira de court, de moyen ou de long terme. Il ajoute que dans les faits, toutes les familles qu'il a côtoyées sont des situations de long terme. Il explique que le plus souvent, les enfants sont retirés à leur mère, plus rarement à leur père. Il rappelle qu'il faut qu'il y ait beaucoup de difficultés pour en arriver à séparer l'enfant de son parent. Il rappelle que l'AGFAH s'occupe du travail de soutien et de conseil aux familles d'accueil sur le long terme.

La présidente de séance demande si Espace A, pour « adoption » et « accompagnement », s'occupe également de l'accueil.

M. Delieutraz répond que l'association s'occupe de l'adoption. Il explique que depuis que les pays asiatiques veulent que les enfants soient adoptés dans leur pays pour éviter une acculturation, il y a beaucoup moins d'enfants adoptables. Il indique qu'ils collaborent désormais avec eux en tant que troisième A, pour « accueil ». Il explique qu'ils préparent des ateliers de formation pour les familles d'accueil, car le Service des lieux de placements ne souhaite pas fournir de formation, mais insiste pour que les parents en suivent une. Il ajoute que l'approche d'Espace A est plus intellectuelle que la leur, qui est plus pratique. Il déclare qu'Espace A leur fourni leur cadre théorique.

La présidente de séance demande s'ils regroupent également des parents d'accueil.

M. Delieutraz répond que ce serait possible, mais qu'il ne croit pas qu'il y en ait dans leur association.

Une députée (S) demande quelle est la durée d'accueil moyenne de l'accueil de longue durée.

M. Delieutraz répond que cela va de quelques mois à 2-3 ans. Il ajoute que l'accueil est parfois un peu plus long, mais qu'il s'agit d'exceptions. Il explique que l'accueil d'un enfant de 7 ou 8 ans est une situation très

particulière, lorsque des parents se séparent de manière violente, ou décèdent. Il explique que le SPMI sait généralement avant la naissance de l'enfant s'il sera placé, bien que le placement n'ait pas lieu durant ses premiers mois de vie, en raison des démarches à entreprendre. Il explique qu'il faut généralement faire un effort de persuasion dramatique et difficile avec la mère, malgré qu'elle puisse avoir conscience de ses lacunes. Il précise que le placement se fait entre 2 et 3 ans et dure jusqu'à la majorité. Il ajoute qu'à la majorité, le SPMI perd tout contrôle administratif. Il indique qu'il s'agit d'un gros problème, actuellement en discussion avec le SPMI : celui-ci a souvent l'intelligence de faire des réserves financières pour éviter que les enfants ne soient démunis à leur majorité, mais que ceux-ci ont souvent des difficultés à gérer des sommes importantes.

Une députée (S) demande si les placements se font donc de 1 à 3 ans jusqu'à la majorité des enfants.

M. Delieutraz répond qu'au départ, la durée de placement est généralement indéterminée. Il témoigne avoir connaissance d'un placement qui s'est mal passé, dont l'enfant est sorti au bout de 3 ans.

Une députée (S) demande quel serait l'impact de cette loi sur la qualité de l'accueil des enfants placés.

M. Delieutraz répond que certaines familles sont prêtes à accueillir des enfants, mais y renoncent par faute de moyens. Il cite en exemple le cas d'une personne qui ne s'est pas vue octroyer le congé nécessaire et dû renoncer à l'accueil.

Une députée (S) demande si les auditionnés estiment que le temps de congé alloué doit être différent en fonction de l'âge de l'enfant, puisqu'à partir de 4 ans, les enfants vont à l'école.

M. Delieutraz répond que ce n'est pas forcément le cas, car le lien doit se faire de la même manière à tout âge. Il rappelle que les parents d'accueil ont la possibilité de mettre un enfant en bas âge à la garderie quelques jours par semaine.

Une députée (S) demande si le lien est identique avant 4 ans et à partir de 8 ans.

M. Delieutraz répond qu'il y a beaucoup moins de cas après 4 ans. Il explique que 80% des cas des enfants accueillis ont entre 3 mois et 2-3 ans. Il rappelle que le reste sont des situations très spéciales. Il rappelle que les familles d'accueil ne choisissent pas l'enfant, à part éventuellement son sexe, lorsqu'ils ont déjà des enfants biologiques.

Un député (PLR) déclare que ce PL est contraire au droit fédéral. Il rappelle que l'adoption et la maternité établissent un lien de filiation, qui n'est pas présent dans l'accueil. Il rappelle que le droit à la famille est protégé par l'art. 8 CEDH et par l'art. 14 CST et que celui-ci ne peut pas s'élargir à des personnes hors du lien de filiation. Il demande si les auditionnés sont d'accord avec ses propos.

M. Delieutraz répond que la loi fédérale n'est pas très ouverte à une législation cantonale, mais que ce PL n'est pas nécessairement contraire à la loi fédérale. Il ajoute que la loi fédérale n'est pas immuable. Il rappelle être présent en tant que père de famille d'accueil et déclare que PL sert les intérêts des familles d'accueil. Il rappelle également qu'il existe autant d'avis de droit que de juristes.

M. Marchi déclare que l'intérêt de ce PL ne se situe pas au niveau des liens de filiation, mais au niveau des conditions d'accueil offertes à ces enfants. Il rappelle que ceux-ci vont devenir les citoyens de demain, et qu'ils méritent à ce titre les meilleures conditions pour se construire et devenir responsables. Il ajoute que les difficultés rencontrées en début de vie impactent le potentiel de ces enfants, ce pour quoi il est nécessaire d'égaliser les conditions d'accueil et d'adoption.

Un député (PLR) répond ne pas nier l'intensité du lien à l'enfant créé lors de l'adoption et l'accueil. Il déclare cependant que ce PL se trompe d'échelon légal. Il déclare que la LAPG ne laisse pas de place à d'autres mécanismes, comme l'accueil.

M. Delieutraz demande si c'est également le cas d'une assurance perte de gain cantonale.

Un député (PLR) répond que la LAPG le proscriit.

Un autre député (PLR) demande si tous les enfants placés sont soumis à la loi du Service de placement ou s'il existe des familles d'accueil qui ne touchent pas ces indemnités, volontairement ou de par la loi.

M. Delieutraz répond que toutes les familles touchent des indemnités, ce qui n'était pas le cas il y a quelques années, lorsque les placements intrafamiliaux n'étaient pas soumis à la surveillance du SASLP. Il rappelle que ce fut réparé il y a 3 ou 4 ans et qu'actuellement, tous reçoivent une indemnité de l'ordre de 2000 francs, selon le règlement. Il explique que ce montant couvre une bonne partie des frais, mais ne permet pas de couvrir tous les soins de l'enfant accueilli, comme les loisirs et vacances familiales. Il explique que le SPMI et le SASLP ont l'ouverture d'esprit de permettre aux familles de partir en vacances avec les enfants accueillis. Il précise qu'ils y sont réticents en France, car ils estiment que le fait de partir en vacances

créerait des liens trop forts pour accommoder le retour de l'enfant dans sa famille biologique. Il explique qu'à Genève, on permet de conserver la priorité du lien avec le parent biologique, tout en sachant que ce lien est surtout théorique ; on permet donc aux familles d'accueil de créer de vrais liens.

Un député (PLR) déclare découvrir que le placement familial est plus proche de l'adoption que du placement temporaire en institution. Il demande s'il s'agit d'une évolution, ou d'une mauvaise perception de la situation.

M. Delieutraz répond que les adoptions se raréfient et que les familles désireuses d'adopter se tournent vers l'accueil. Il ajoute que cette évolution n'est pas nécessairement clivante, mais qu'elle est perceptible également dans l'esprit actuel des organes de placements, qui est différent d'il y a 15 ans.

Un député (PLR) demande quelle proportion des enfants placés ont un lien important avec leurs parents biologiques, passent des week-ends ensemble, et quelle proportion n'ont aucun lien.

M. Delieutraz répond qu'il est plutôt rare que les enfants n'aient aucun lien avec leur famille biologique. Il explique que ces liens avec les parents biologiques sont très compliqués pour les familles d'accueil, car les enfants reviennent bouleversés de leurs rencontres avec leurs parents. Il ajoute que ces rencontres sont néanmoins constructives, car il est important que leur lien perdure pour la construction de l'enfant et qu'il puisse mettre un visage sur son parent biologique. Il explique qu'après six mois, l'enfant se pose des questions sur sa famille biologique. Il explique que les enfants se rendent compte en grandissant que leurs parents n'ont pas les capacités de s'occuper d'eux. Il indique que dans l'adoption, les enfants ont souvent besoin de retourner dans leur pays d'origine pour voir leur ancien orphelinat. Il précise que dans l'accueil, les enfants subissent un manque, mais connaissent leurs parents. Il déclare connaître un enfant qui n'a aucun lien avec ses parents biologiques, dont la situation pourrait s'acheminer vers l'adoption. Il explique que dans les autres cas, les rencontres se font les premiers temps dans un point rencontre avec le FOJ, une fois par semaine quelques heures. Il précise que ces visites peuvent être suspendues par le Tribunal de Protection de l'Adulte et de l'Enfant. Il explique qu'après une période d'adaptation, les enfants peuvent aller chez leur parent biologique quelques heures dans la journée ou une après-midi, parfois avec des assistants éducatifs en milieu ouvert, pour s'assurer que tout se passe bien. Il précise qu'il est plutôt rare que les enfants passent le week-end chez eux, car les nuits sont source d'angoisses et de difficultés pour les enfants. Il ajoute qu'il est normal que les enfants passent de longs moments avec leur famille biologique, parfois au

désarroi des familles d'accueil, qui sont tiraillées entre la constatation que ces liens sont toxiques et qu'ils sont nécessaires. Il rappelle que les parents ont le droit de voir leurs enfants.

Un député (UDC) demande quelle est la structure de l'âge des enfants, quelles sont leurs origines socioculturelles et comment sont gérées les fratries. Il demande si les exigences fédérales et cantonales pour accueillir un enfant ne sont pas trop élevées.

M. Marchi répond qu'il existe tous les cas de figure. Il explique que les enfants en bas âges vont dans des familles, car l'attachement se fait plus facilement. Il ajoute qu'un enfant qui vient d'une hospitalisation sociale passera d'abord par Piccolo, puis ira dans une famille, ce qui est un parcours plus compliqué. Il rappelle qu'il y a peu de cas de placement d'adolescents.

M. Delieutraz ajoute que la gestion des fratries pose un gros problème. Il explique que les mères font généralement quelques enfants dans les mêmes conditions. Il explique que le SASLP ne place pas les fratries dans les mêmes familles ; certains vont en foyers et d'autres en famille d'accueil, ce qui pose le problème des liens entre eux, notamment lorsque le foyer n'est pas dans le canton. Il ajoute que les familles d'accueil tentent de conserver les liens de la fratrie, car il est important que l'enfant connaisse sa famille. Il répond qu'il y a des enfants de toutes les origines socioculturelles, mais qu'ils sont plutôt d'origines modestes. Il ajoute que leurs parents ne sont pas forcément à Genève depuis longtemps, mais qu'il y a aussi des cas de mères intégrées, suisses, qui ont subi des accidents de vie. Il ajoute qu'il y a également quelques cas d'apatrides, ou de parents qui ne veulent pas entreprendre les démarches pour obtenir des passeports.

M. Marchi répond que le parcours pour l'accueil est relativement simple, au contraire de celui de l'adoption. Il explique que les familles obtiennent rapidement des réponses du SASLP.

M. Delieutraz ajoute que le SASLP a très besoin de familles, ce pourquoi ils ne laissent pas passer les familles qui remplissent les conditions pour être famille d'accueil.

Une députée (PDC) demande des précisions sur les placements partiels.

M. Delieutraz répond qu'il s'agit généralement d'accueil le week-end, lors des heures de loisir, pour soulager un parent. Il remarque qu'il y a un avantage purement économique à favoriser les familles d'accueil, qui coûtent 2-3 fois moins cher que les placements en foyers.

Une députée (PDC) demande quelles indemnités reçoivent les familles pour les placements partiels.

M. Delieutraz répond qu'elles sont très différentes, puisqu'il faut accueillir au minimum 20 jours un enfant dans la famille pour y avoir droit. Il précise qu'il connaît très peu de familles d'accueil partiel.

Un député (MCG) demande s'il arrive que les familles d'accueil deviennent adoptantes.

M. Delieutraz répond que c'est rarement le cas. Il explique que c'est un processus compliqué lorsqu'il y a des enfants biologiques, en termes de succession. Il précise que les enfants biologiques ne sont pas forcément prêts à partager ce qui leur revient lorsque leurs parents disparaissent. Il ajoute que les démarches faites dans ce sens concernent un ou deux cas, dans lesquels les enfants n'ont plus aucun contact avec leurs parents biologiques.

M. Marchi précise que le basculement de l'accueil à l'adoption n'est pas du fait des familles, qui ne peuvent pas en faire la demande, mais s'ils le désirent. Il explique que seul le lien avec le parent biologique peut faire changer la situation, suivant une décision du SPMI et du SASLP.

Un député (MCG) demande si cela dépend également du temps partagé avec la famille d'accueil.

M. Delieutraz répond positivement et précise que l'enfant en fait souvent la demande, car il a conscience de sa différence de statut, même s'il reçoit la même éducation que les autres enfants.

La présidente de séance précise que cela dépend aussi du parent biologique, qu'on ne peut déchoir facilement de sa maternité ou paternité. Elle demande s'il y a certains cas où l'adoption se fait à la demande du parent biologique.

M. Marchi répond que l'adoption ne peut se faire qu'avec l'accord du parent biologique, sauf si le lien est interrompu. Le SPMI ou le SASLP peuvent demander au TPAE de proposer l'enfant en adoption à la famille d'accueil, lorsque la rupture du lien avec le parent biologique est suffisamment longue.

M. Delieutraz ajoute qu'il s'agit du même processus que pour l'adoption. Il explique que les parents biologiques sont au départ souvent extrêmement en colère contre la famille d'accueil, puis deviennent, au fil du temps, reconnaissants du travail que celle-ci fournit.

Séance du 11 septembre 2018, vérification en matière juridique de l'impossibilité de la mise en œuvre du PL 12312

M. Apothéloz rappelle que lors du traitement du PL 12312, certaines interventions, dont celle de M^{me} Sayegh, donnaient le sentiment que le canton

pouvait créer une allocation supplémentaire, prise en charge par le Fonds, qui fonctionnerait comme une assurance. Il rappelle que le département avait d'emblée annoncé qu'il était sceptique, voir catégorique, sur l'impossibilité de rattacher un article à l'art. 16 h LAPG. Il rappelle que les juristes du département avaient ensuite confirmé l'analyse des juristes du DIP, présentée par M^{me} Emery-Torracinta. Il présente la contribution de M^{me} Nanchen et le document qui l'accompagne, résumant la recherche juridique du département. Il indique que M^{me} Nanchen a pris contact dans l'intervalle avec M^{me} Sayegh pour déterminer les divergences restantes.

M^{me} Nanchen présente la note juridique remise à la commission. Elle rappelle l'objectif du PL, qui est de créer une allocation perte de gain pour l'accueil d'un enfant hors de sa famille. Elle rappelle que les conditions et caractéristiques de cette allocation sont calquées sur la loi instituant une assurance perte de gain pour la maternité. Elle rappelle que cette allocation serait donc versée à un des deux parents, sur une période de 112 jours, comme l'adoption et la maternité, et serait de 332 francs par jour. Elle rappelle également que la gestion de cette allocation serait faite par les organes institués par la loi. Elle rappelle qu'il lui a été demandé de faire l'examen juridique de l'autonomie des cantons en la matière, pour s'assurer de la compatibilité de ce PL avec le droit fédéral. Elle introduit tout d'abord la notion de risque social : elle explique que la question est de savoir si le cas des placements d'enfants relève d'un cas de risque social. Elle se réfère à la Convention OIT n 102, qui définit neuf risques sociaux, pour lesquels des mesures peuvent être mises en place. Après avoir cité les risques sociaux, elle explique que ceux-ci sont couverts par les assurances sociales dans la mesure où ils sont qualifiés de « sociaux », c'est-à-dire limités dans leur contenu, leur étendue et dont la réalisation est incertaine. Elle rappelle qu'en Suisse, les éventualités évoquées sont établies dans la constitution et consacrées par des législations fédérales. Elle précise que la question, dès lors, est d'établir si le gain d'un travailleur est pris en charge lors de l'accueil d'un enfant. Elle ajoute qu'actuellement, le placement d'enfant n'est pas érigé en tant que risque social et n'implique donc pas de solidarité. A propos de la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons, elle rappelle que l'art. 3 Cst garantit la souveraineté des cantons, tant que leurs compétences ne sont pas limitées par la Confédération. Elle rappelle que l'art. 116 al. 3 confie à la Confédération la tâche de légiférer et d'instaurer une assurance maternité. Elle relève que cet article confère non seulement à la Confédération la compétence en la matière, mais également le mandat de légiférer. Elle rappelle qu'il s'agissait en l'occurrence d'une compétence concurrente, c'est-à-dire que les cantons pouvaient légiférer en la matière tant

que la Confédération ne l'avait pas fait. Elle explique que Genève fut un canton précurseur, qui instaura une assurance maternité en 2001. Elle explique que cette situation se modifia lors de l'introduction d'une assurance maternité fédérale, en 2003, entrée en vigueur en 2005. Elle précise que cette nouvelle loi fédérale entraîna la révision de la loi cantonale sur les allocations pour perte de gain de maternité. Elle rappelle que les indemnités fédérales sont limitées à 48 jours, à 80% du salaire et à un maximum de 196 francs par jour. Elle précise que le droit fédéral permet néanmoins aux cantons d'agir : l'art. 16h LAPG leur donne la compétence de fixer une allocation plus longue, plus élevée, ou de créer une subvention particulière. Elle affirme qu'il ne s'agit donc plus d'une compétence cantonale, mais que la loi genevoise complète désormais un régime fédéral, même si les prestations restent inchangées. Elle constate que le PL 12312 souhaite étendre le champ de la loi cantonale pour compléter les prestations cantonales et fédérales. Elle constate cependant que l'allocation d'accueil n'est pas prévue par le droit fédéral. Elle ajoute qu'il existe également une différence juridique entre l'accueil et la maternité et l'adoption ; le premier ne bénéficie pas d'un lien de filiation juridique, qui est présent dans les deux autres cas. Elle conclut que l'accueil ne devrait donc pas faire partie de cette loi, mais être plutôt instauré au sein de la loi sur la protection de la famille. Elle rappelle qu'à son avis, l'accueil ne représente pas un risque social. Elle affirme que la loi sur les allocations perte de gain ne permet pas au canton d'instaurer une nouvelle prestation. Elle ajoute qu'on pourrait concevoir un financement distinct par le canton, mais dans un régime distinct. Elle rappelle que l'allocation de maternité concerne les personnes salariées, pour qui la Confédération a légiféré. Elle rappelle que les cantons détiennent les compétences que l'art. 16 h leur prête, mais qu'ils ne peuvent pas aller au-delà. L'allocation d'accueil n'est donc pas conforme au droit fédéral. Elle ajoute qu'il reste la question non réglée du droit du travail. Elle explique que le PL prévoit d'attribuer un congé pour l'accueil des enfants et rappelle que ce congé devrait être attribué par les employeurs. Elle constate que la possibilité d'un congé dans un tel cas n'est pas réglée par le droit des obligations. Elle ajoute qu'il s'agit d'un cas similaire à l'art. 327 f du code des obligations pour le congé maternité, mais que cet article ne traite pas de l'accueil. Elle précise qu'on peut donc concevoir une allocation d'accueil, mais que les employeurs ne seraient pas obligés d'allouer de congé, ce qui pourrait générer des inégalités de traitements entre les employés. Elle ajoute que la compétence législative de la Confédération s'appuie sur l'art. 122 Cst, qui établit que le Droit civil est de la compétence de la Confédération. Elle précise que les cantons n'ont pas de compétences particulières en la matière. Elle rappelle que l'accueil est réglé par le Code civil à l'art. 316 al. 1. Elle précise que

l'art. 294 al. 1 prévoit la rémunération des parents d'accueil et la surveillance obligatoire en la matière. Elle ajoute qu'une ordonnance fut adoptée à ce propos. Elle déclare que la Confédération définit les conditions préalables que doivent remplir les parents et les foyers pour accueillir des enfants. Elle ajoute que les cantons ont tout de même la compétence d'implémenter des mesures supplémentaires dans des domaines spécifiques, comme la formation et le conseil des parents. Elle conclut en rappelant que ce PL soulève plusieurs questions de conformité au droit fédéral, que l'accueil d'enfants n'est pas érigé en risque social pris en charge par les assurances sociales et que la loi fédérale ne prévoit pas d'allocation d'accueil, ce pour quoi on ne peut pas se baser sur l'art. 16 h LAPG pour élaborer une allocation d'accueil. Elle explique qu'il est impossible de mélanger les deux régimes, ce que fait ce PL. Elle rappelle encore qu'il n'existe pas d'obligation de congé d'accueil dans la loi du travail et que le placement d'enfant relève du CC, dont la compétence est tenue exclusivement par la Confédération.

Questions des député.e.s

Une députée (Ve) demande dans quel dispositif législatif a été insérée la LAMat lors de son instauration.

M^{me} Nanchen répond que le préambule pouvait contenir la disposition, car le législateur n'avait pas encore posé sa compétence.

Une députée (Ve) propose de retrouver où la législation cantonale s'était ancrée, pour rattacher ce PL au même endroit.

M^{me} Nanchen répond qu'aujourd'hui il ne reste que l'art. 16 h LAPG. Elle explique que depuis l'instauration de la nouvelle constitution, l'art. 116 al. 3 donne la compétence d'instaurer une assurance maternité à la Confédération. Elle rappelle que l'assurance maternité a mis très longtemps à être instaurée ; les discussions à ce propos durèrent près de 45 ans. Elle ajoute que beaucoup de projets furent rejetés dans les chambres avant d'arriver au résultat actuel. Elle rappelle que c'est la modification de l'article de la LAPG qui conduisit le législateur genevois à adapter sa loi au régime en vigueur. Elle indique que les montants furent adaptés par la suite, en référence aux gains des assurés et que le maximum a aussi été adapté au fur et à mesure des années.

Une députée (Ve) rappelle que M^{me} Sayegh avait indiqué que ce PL était réalisable. Elle demande si elles ont réussi à se mettre d'accord. Elle demande dans quel régime cantonal distinct M^{me} Nanchen suggère d'introduire ce PL.

M^{me} Nanchen répond ne pas avoir tenté de le rendre conforme, étant donné qu'il se heurte au droit fédéral. Elle déclare qu'il existe un système,

instauré par l'art. 316 CC, qui aboutit à l'adoption d'une ordonnance sur le placement d'enfants et à l'instauration de règlements cantonaux. Elle déclare qu'il est envisageable d'élever les montants, mais que ça ne correspond pas à l'objectif du PL, qui est de fournir une disponibilité pour les parents. Elle rappelle que la disponibilité est exigée des parents par le législateur fédéral, et qu'elle est prise en compte, notamment au travers du remboursement des frais de garde, trois jours par semaine. Elle ajoute penser que ce PL poserait problème également s'il fallait le financer par l'impôt ; cela impliquerait de solliciter une catégorie d'impôt et de soumettre aux caisses une tâche supplémentaire pour prélever les contributions. Elle répond que M^{me} Sayegh citait des dispositions de la Constitution qui traitent de la protection de la famille, mais que celles-ci ne concernent pas la thématique qui occupe ce PL. Elle ajoute avoir eu l'impression de convaincre M^{me} Sayegh, et ajoute penser que celle-ci ne devait pas être préparée à être questionnée sur la compatibilité juridique de ce PL.

Une députée (Ve) rappelle que comme pour le projet de loi sur le congé paternité, la commission se trouve en présence de deux avis juridiques différents. Elle propose d'obtenir un avis de droit d'un expert de ce type d'assurance, pour confirmer l'incompatibilité de ce PL et proposer d'autres voies possibles.

M^{me} Nanchen rappelle que Genève avait déposé une motion et un PL à propos du congé paternité en 2008, au sujet desquels des demandes d'avis ont été formulées au service fédéral des assurances sociales et au service juridique fédéral. Elle indique les avoir consultés pour rédiger la note juridique pour ce PL. Elle propose de solliciter l'avis de ces deux services.

Une députée (Ve) propose de demander l'avis de droit d'un professeur.

Le président rappelle que cela coûterait quelques milliers de francs et qu'il faudrait obtenir l'accord du bureau.

Un député (S) propose de prendre acte de l'avis juridique et de prendre le temps de consulter son groupe, avant de revenir avec une motion, moins contraignante.

Séance du 22 janvier 2019

Une discussion au sein de la commission des affaires sociales au sujet du projet de loi 12312 amène aux conclusions suivantes :

- L'incompatibilité du projet avec le droit supérieur est attestée notamment par une note juridique.

- Le but du projet rallie l'ensemble des membres de la commission, notamment le fait d'augmenter le nombre de places d'accueil par une amélioration des conditions de soutien aux familles accueillantes.

Le projet de loi est donc gelé dans l'attente du dépôt d'une motion de commission pouvant rallier l'ensemble des groupes autour de ce sujet.

Séance du 4 février 2020, reprise des travaux en commission.

Une députée (S) remarque que le droit supérieur ne permet pas de garder le projet de loi tel quel et qu'elle propose donc en conséquence une motion qui pourrait devenir une motion de commission puisque le sujet du projet de loi et son but semblent rallier l'ensemble de la commission. L'idée d'ancrer le projet sur la possibilité pour les employés de l'Etat de devenir famille d'accueil, comme le prévoit l'art. 33 du règlement d'application de la LPAC, en communiquant sur cette possibilité de devenir famille d'accueil. Elle ajoute que le règlement fait mention de 10 jours de congé. Elle suggère, dans la motion, d'augmenter cette durée à 1 mois, pourquoi pas en modulant la durée en fonction de l'âge de l'enfant accueilli. Elle propose de discuter ce point. Elle déclare avoir réfléchi au sujet de la promotion de l'accueil pour des personnes ne travaillant pas à l'Etat et propose de mettre à disposition un fond permettant de recevoir les enfants dans de bonnes conditions. Elle indique que la dernière invite revient sur la problématique des enfants qui n'ont pas de titres valides de séjour en Suisse. De ce fait, les familles ne peuvent pas vivre leur vie de famille (partir en vacances, sortir de Suisse, ne serait-ce qu'en France voisine en famille, etc...). Elle propose de trouver des solutions à ce sujet, notamment en négociant des autorisations de séjour pour la durée du placement des enfants accueillis en famille.

La présidente rappelle qu'il y avait un intérêt autour du fondement du PL tout en observant les limites légales de le réaliser, d'où l'idée de reprendre les préoccupations rencontrées dans une motion. Elle concède que refuser le PL permet de garder une trace des travaux.

Un député (PDC) admet que M^{me} Emery-Torracinta a fait une réforme dont l'augmentation des familles d'accueil est un point essentiel. Il trouve que la motion va trop loin, notamment sur l'idée du fond à disposition. Il pense qu'il faut rester sur le fait que l'Etat s'engage à promouvoir en son sein les familles d'accueil. Il propose de laisser ouvert le nombre de jours. La troisième invite serait donc supprimée.

La présidente met aux voix la proposition de la première invite « à promouvoir auprès des employé.e.s de l'Etat la possibilité de devenir famille d'accueil et l'Art. 33i alinéa d) du Règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux et à évaluer l'impact de cette promotion » :

Oui : 12 (1 EAG, 3 S, 2 Ve, 2 PDC, 2 PLR, 1 UDC, 1 MCG)
 Non : -
 Abstentions : 2 (2 PLR)

La première invite est acceptée telle que modifiée.

La présidente met aux voix la seconde invite telle que modifiée » à élargir la durée de ce congé spécial de 10 jours à 1 mois en fonction de l'âge de l'enfant » :

Oui : 9 (1 EAG, 3 S, 2 Ve, 2 PDC, 1 MCG)
 Non : 5 (4 PLR, 1 UDC)
 Abstentions : -

La seconde invite est acceptée comme modifiée.

Un député (PLR) rappelle qu'une motion de commission doit être unanime. Il affirme que si la commission veut trouver un texte consensuel, il vaudrait mieux qu'elle prenne le temps de la réflexion.

La présidente demande s'il y aurait la perspective d'un accord entre les groupes sur un texte.

Un député (PLR) précise qu'il n'accepte pas la deuxième ni la troisième invite. Il s'opposera si elles sont proposées.

Un député (MCG) affirme voter les invites.

Un député (PDC) pense qu'il est important d'avoir une motion de commission à ce sujet et que c'est une solution qui est excellente. Il veut réduire les placements à l'Hôpital. Il suivra cette motion. Il propose de remettre le vote à la prochaine séance.

Un député (UDC) va dans le même sens que son préopinant.

Une députée (S) pense qu'une motion de commission est indispensable. Elle est d'accord de supprimer les deux invites 2 et 3 pour autant que la motion sorte de commission votée.

La présidente rappelle que le PL donnait des indications précises et des prises de position des différents intervenants sur ce qui était attendu et nécessaire. Elle déclare que la proposition de motion peut être une bonne idée et permet aux groupes de se prononcer sur le PL en question. Elle souhaite que les différents groupes s'accordent sur le texte. Elle propose de voter formellement sur la motion lors de la prochaine séance. La commission accepte.

Séance du 3 mars 2020, travail sur la motion de commission et vote

La présidente cite le titre de la motion et indique que les deux versions sont disponibles sur Accord. Elle ouvre la discussion sur ces deux textes.

Un député (PDC) affirme que le PDC soutient la deuxième version, la plus récente, celle contenant deux invites. Elle leur convient.

La présidente indique que le groupe EAG soutiendra la motion en regrettant que le champ ait été restreint. Elle relève un message donné mais regrette un rétrécissement drastique du champ couvert par la motion. Sur le PL, elle attend de voir ce que va en faire le parti Socialiste pour, soit cautionner son retrait, soit se prononcer à son égard.

Un député PLR demande quelle est la vertu de la deuxième invite.

Une députée (S) rappelle que les enfants accueillis n'ont pas toujours un permis de séjour ce qui restreint la famille, notamment pour les vacances ou simplement une liberté de mouvement hors des frontières nationales. L'idée est de favoriser la dynamique familiale.

La présidente met aux voix la motion de commission (en annexe au PV) et son renvoi au Conseil d'Etat

Oui :	15 (1 EAG, 3 S, 2 Ve, 2 PDC, 4 PLR, 1 UDC, 2 MCG)
Non :	-
Abstentions :	-

La motion de commission et son renvoi au Conseil d'Etat sont acceptés à l'unanimité.

1^{er} débat

La présidente met aux voix l'entrée en matière du PL 12312.

Oui : -
Non : 15 (1 EAG, 3 S, 2 Ve, 2 PDC, 4 PLR, 1 UDC, 2 MCG)
Abstentions : -

L'entrée en matière du PL 12312 est refusée.

Projet de loi (12312-A)

modifiant la loi instituant une assurance en cas de maternité et d'adoption (LAMat) (J 5 07) (*Institution d'une allocation d'accueil*)

Le GRAND CONSEIL de la République et canton de Genève décrète ce qui suit :

Art. 1 Modifications

La loi instituant une assurance en cas de maternité et d'adoption, du 25 avril 2005, est modifiée comme suit :

Titre de la loi (nouvelle teneur)

Loi instituant une assurance en cas de maternité, d'adoption et d'accueil

Art. 1, al. 1, lettre c (nouvelle)

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

- c) une allocation pour perte de gain en cas de placement d'un enfant hors de son foyer familial dans une famille d'accueil (allocation d'accueil).

Art. 3, al. 1, phrase introductive (nouvelle teneur)

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

Art. 4, al. 1, lettre a (nouvelle teneur) et lettre c, phrase introductive (nouvelle teneur)

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

- a) ont été assurées obligatoirement au sens de la loi sur l'assurance-vieillesse et survivants durant les neuf mois précédant l'accouchement ou le placement de l'enfant en vue de son adoption ou de son accueil ;
- c) à la date de l'accouchement, du placement de l'enfant en vue de son adoption ou de son accueil :

Chapitre IIIA Allocation d'accueil (nouveau)

Art. 9A Conditions de l'allocation d'accueil (nouveau)

¹ Les prestations sont accordées aux personnes qui accueillent un enfant hors du foyer familial si, à la date du placement :

- a) l'enfant a moins de huit ans révolus ;
- b) l'enfant n'est pas celui du conjoint, du partenaire enregistré ou de la personne avec laquelle le bénéficiaire mène de fait une vie de couple ;
- c) la personne assurée est en possession de l'autorisation d'accueillir un enfant au sens de la loi sur l'accueil et le placement d'enfants hors du foyer familial, du 27 janvier 1989 ;
- d) la personne qui demande l'allocation cesse effectivement le travail pendant le congé d'accueil.

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

Art. 9B Durée du droit et montant maximal (nouveau)

¹ Lorsqu'un enfant est placé en vue d'un accueil de moyenne à longue durée, le parent d'accueil a droit à une allocation pendant 112 jours, à concurrence du gain maximal assuré défini à l'article 10, alinéa 3 de la présente loi.

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

Art. 9C Primauté des indemnités fédérales et d'autres indemnités sur les allocations d'accueil (nouveau)

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

² Sont visées les :

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

Art. 14 Organes (nouvelle teneur)

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

Art. 2 Entrée en vigueur

La présente loi entre en vigueur au lendemain de sa promulgation dans la Feuille d'avis officielle.

Art. 3 Modifications d'une autre loi

La loi sur l'organisation judiciaire (E 2 05), du 26 septembre 2010, est modifiée comme suit :

Art. 134, al. 3, lettre f (nouvelle teneur)

- f) des contestations prévues à l'article 20 de la loi instituant une assurance en cas de maternité, d'adoption et d'accueil, du 21 avril 2005.

Secrétariat du Grand Conseil

M 2667

Proposition de motion présentée par la commission des affaires sociales :

M^{mes} et MM. Léna Strasser, Jocelyne Haller, Cyril Aellen, Jacques Apothéloz, Patricia Bidaux, Bertrand Buchs, Pierre Conne, Patrick Hulliger, Alessandra Oriolo, Frédérique Perler, André Python, Ana Roch, Patrick Saudan, Sylvain Thévoz, Helena Verissimo de Freitas

Date de dépôt : 27 juillet 2020

Proposition de motion

Promouvoir et soutenir l'hébergement d'enfants en famille d'accueil

Le GRAND CONSEIL de la République et canton de Genève considérant :

- que les familles d'accueil avec hébergement représentent un soutien à la parentalité et une assistance éducative en milieu ouvert importante et nécessaire ;
- que l'Etat essaie toujours au maximum d'éviter les placements et que ceux-ci constituent une solution de dernier recours ;
- que lorsqu'il y a placement, les enfants les plus jeunes sont orientés vers des familles d'accueil en priorité, milieux plus adéquats compte tenu de leur bas âge ;
- que le nombre d'hospitalisations a diminué de 40% en 2018 grâce à la création de nouveaux dispositifs par le Département de l'enfance et de la jeunesse, notamment le recrutement de nouvelles familles d'accueil et la réflexion autour de solutions alternatives ;
- que le manque de familles d'accueil se fait encore sentir puisque le nombre d'hospitalisations sociales était de 60 entre janvier et juin et qu'une quinzaine de demandes de placement pour des petits de 0 à 2 ans sont toujours pendantes ;

- qu'il reste difficile pour les familles de s'engager à accueillir un enfant car cela demande de prendre du temps, temps difficile à aménager lorsque les deux parents travaillent notamment ;

invite le Conseil d'Etat

- à promouvoir auprès des employé.e.s de l'Etat la possibilité de devenir famille d'accueil avec hébergement de manière permanente et à évaluer l'impact de cette promotion ;
- à trouver des solutions entre les départements pour que les enfants placés puissent, lorsqu'ils n'ont pas de titre de séjour valable en Suisse, obtenir une autorisation de séjour et des documents de voyage, du moins pour la durée du placement.

EXPOSÉ DES MOTIFS

Mesdames et
Messieurs les députés,

Les travaux de la commission des affaires sociales sur le PL 12312 font office d'exposé des motifs pour cette proposition de motion de commission.



Examen de la conformité juridique du PL 12312 modifiant la loi instituant une assurance en cas de maternité et d'adoption (LAMat)

Présentation à la Commission des affaires sociales
du 11 septembre 2018



Département de la cohésion sociale (DCS)
Direction générale de l'action sociale

13.09.2018 - Page 1

Plan

1. Objectif du PL 12312
2. La question posée
3. La compétence fédérale en matière d'assurance-maternité
4. La compétence cantonale en matière d'assurance-maternité et l'article 16h LAPG
5. Examen du PL et constats – conclusion intermédiaire
6. Autres questions non réglées
7. Contexte légal en matière d'accueil d'enfants en dehors du foyer familial
8. Conclusions



Département de la cohésion sociale (DCS)
Direction générale de l'action sociale

13.09.2018 - Page 2

1. Objectif du PL 12312

Afin d'établir un contexte sécurisant pour les enfants retirés de leur milieu familial biologique et de soutenir les parents d'accueil, les auteurs du PL 12312 proposent la création d'une **allocation pour perte de gain en cas de placement d'un enfant hors de son foyer familial dans une famille d'accueil (dénommée ci-après "allocation d'accueil")**.



REPUBLIQUE
ET CANTON
DE GENÈVE

1009 TORRINO 1009

Département de la cohésion sociale (DCS)
Direction générale de l'action sociale

13.09.2018 - Page 3

1. Objectif du PL 12312 (2)

Les **conditions d'octroi et caractéristiques** de cette allocation d'accueil sont calquées sur celles relatives à l'adoption énoncées aux articles 7 à 9 LAMat :

- allocation pour perte de gain
- versée à l'un ou l'autre des parents accueillant un enfant
- durée du versement de l'allocation : 112 jours
- à concurrence du gain maximal assuré de 362,60 F par jour
- gestion de l'allocation d'accueil par les organes institués par la LAVS



REPUBLIQUE
ET CANTON
DE GENÈVE

1009 TORRINO 1009

Département de la cohésion sociale (DCS)
Direction générale de l'action sociale

13.09.2018 - Page 4

2. La question posée

- **Vérifier la compatibilité** de l'allocation pour perte de gain en cas de placement d'un enfant hors foyer familial **avec le droit fédéral.**
- Cela implique d'examiner **quelle est l'autonomie des cantons en la matière** afin de vérifier s'ils disposent d'une compétence pour instaurer une allocation d'accueil dans leur législation cantonale.



Allocation d'accueil et risque social (1)

Est-ce que l'on est en présence d'un «**risque social**» lorsque l'on parle de «**placement d'enfants hors du foyer familial**» ?

Au niveau international → la **Convention OIT n° 102** du 28 juin 1952 porte sur la **norme minimum** de la sécurité sociale.

La Suisse a **ratifié** cette Convention le **18 octobre 1977**, laquelle est entrée en vigueur le 17 septembre 1978.



Allocation d'accueil et risque social (2)

La Convention OIT n° 102 définit **9 risques (éventualités)**:

- soins médicaux;
- indemnités de maladie;
- Maternité;
- accidents du travail et maladies professionnelles;
- vieillesse;
- décès du soutien de famille (survivant);
- Invalidité;
- Chômage;
- charges familiales.



REPUBLIQUE
ET CANTON
DE GENÈVE

1001 TORRINO 100

Département de la cohésion sociale (DCS)
Direction générale de l'action sociale

13.09.2018 - Page 7

Allocation d'accueil et risque social (3)

Les risques qui sont couverts par les assurances sociales sont des «risques sociaux», à savoir des risques limités dans leur contenu, leur étendue et dont la réalisation est incertaine.

Au plan suisse, les **9 éventualités** définies par le droit international font l'objet de **dispositions constitutionnelles**, soit :

- Art. 111 à 112b Cst;
- Art. 113 et 114 Cst;
- Art. 116 et 117 Cst.



REPUBLIQUE
ET CANTON
DE GENÈVE

1001 TORRINO 100

Département de la cohésion sociale (DCS)
Direction générale de l'action sociale

13.09.2018 - Page 8

Allocation d'accueil et risque social (4)

et de **dispositions législatives**, soit :

- LAMal (RS 832.10)
- LAA (RS 832.20)
- LAVS (RS 831.10)
- LAI (RS 831.20)
- LPC (RS 831.30)
- LPP (RS 831.40)
- LAFam (RS 836.2)
- LACI (RS 837.0)
- Assurance-maternité (RS 838.1)



REPUBLIQUE
ET CANTON
DE GENÈVE

1001 TOURENNE 1001

Département de la cohésion sociale (DCS)
Direction générale de l'action sociale

13.09.2018 - Page 9

Allocation d'accueil et risque social (5)

Est-ce que le gain économique des salariés est protégé / pris en charge en cas de placement d'enfants hors du foyer familial, comme il l'est en cas de maladie, d'accident du travail ou de vieillesse, de maternité ?

Est-ce que cet événement donne lieu à une protection fondée sur le principe de la solidarité ?

Conclusion : actuellement, le placement d'enfants hors foyer familial n'est pas érigé en assurance sociale.



REPUBLIQUE
ET CANTON
DE GENÈVE

1001 TOURENNE 1001

Département de la cohésion sociale (DCS)
Direction générale de l'action sociale

13.09.2018 - Page 10

3. La **compétence fédérale** en matière d'assurance-maternité

La Constitution fédérale institue le **système de répartition des compétences entre Confédération et cantons**.

Art. 3 Cst. : «*Les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale et exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération*».



REPUBLIQUE
ET CANTON
DE GENÈVE

1001 TOURENNE 1201

Département de la cohésion sociale (DCS)
Direction générale de l'action sociale

13.09.2018 - Page 11

3. La **compétence fédérale** en matière d'assurance-maternité (2)

Art. 116, al. 3, Cst. : «*La Confédération **institue une assurance-maternité** et peut également soumettre à l'obligation de cotiser des personnes qui ne peuvent bénéficier des prestations d'assurance*».

Cette disposition confère à la Confédération :

- une **compétence** en matière d'assurance-maternité;
- le **mandat de légiférer**.



REPUBLIQUE
ET CANTON
DE GENÈVE

1001 TOURENNE 1201

Département de la cohésion sociale (DCS)
Direction générale de l'action sociale

13.09.2018 - Page 12

3. La **compétence fédérale** en matière d'assurance-maternité (3)

L'art. 116, al. 3, Cst. consacre une **compétence concurrente**.

Il en découle que les cantons peuvent légiférer dans la mesure où la Confédération ne fait pas usage de sa compétence.

A Genève → Adoption de la loi sur l'assurance-maternité, du 14 décembre 2000 (entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2001)



3. La **compétence fédérale** en matière d'assurance-maternité (4)

- **3 octobre 2003** → Révision de la loi fédérale sur les allocations pour perte de gain (LAPG)
- But : introduire une assurance-maternité au plan fédéral
- Révision acceptée par le peuple le 26 septembre 2004
- **Entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2005**

La **LAPG** prévoit le versement d'indemnités en cas de maternité pendant **98 jours** (14 semaines), correspondant à **80% du salaire**, mais de **196 F par jour au maximum**.



3. La **compétence fédérale** en matière d'assurance-maternité (5)

Suite à l'entrée en vigueur de la révision de la LAPG ayant instauré l'assurance-maternité fédérale, **les cantons ont toutefois conservé des compétences.**

En effet, l'**art. 16h LAPG** autorise les cantons à :

- fixer des montants plus élevés;
- fixer une durée d'indemnisation plus longue;
- instaurer une allocation d'adoption;
- prélever des cotisations particulières pour le financement de ces prestations.



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

- En avril 2005, le canton de Genève a adapté la loi genevoise en matière d'assurance-maternité au nouveau droit fédéral → **nouvelle loi cantonale instituant une assurance en cas de maternité et d'adoption (LAMat), du 21 avril 2005.**
- La nouvelle LAMat **complète** le régime fédéral en conservant un régime d'allocations de maternité plus généreux.



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

En se fondant sur l'art. 16h LAPG, la LAMat :

- prolonge le congé de maternité de 14 jours;
- prévoit un congé d'adoption de 16 semaines;
- porte de montant maximum de l'indemnité à 329,60 F par jour (maximum LAA);
- fixe les cotisations pour le financement de ces prestations à 0,092% du salaire AVS, versé paritairement par l'employeur et le salarié (soit 0,046% chacun).



REPUBLIQUE
ET CANTON
DE GENÈVE

1800 THERIAZ 100

Département de la cohésion sociale (DCS)
Direction générale de l'action sociale

13.09.2018 - Page 17

5. Examen du PL 12312 et constats

- **Une telle allocation d'accueil n'est pas prévue par le régime fédéral de l'assurance-maternité** aménagé dans la LAPG;
- elle ne relève pas à proprement parler de l'assurance-maternité, mais plutôt de la politique de la famille au sens large (art. 116, al. 1, Cst.);
- **elle n'est pas érigée en risque social;**



REPUBLIQUE
ET CANTON
DE GENÈVE

1800 THERIAZ 100

Département de la cohésion sociale (DCS)
Direction générale de l'action sociale

13.09.2018 - Page 18

5. Examen du PL 12312 et constats (2)

- l'article 16h LAPG ne permet pas aux cantons d'instaurer, en complément du régime fédéral, une allocation pour perte de gain en cas de placement d'un enfant hors de son foyer familial dans une famille d'accueil et prélever des cotisations particulières pour la financer;
- le **financement** d'un congé d'accueil ne peut pas non plus se fonder sur l'article 16h LAPG;



REPUBLIQUE
ET CANTON
DE GENÈVE

1800 - 1815 - 1830 - 1848

Département de la cohésion sociale (DCS)
Direction générale de l'action sociale

13.09.2018 - Page 19

5. Examen du PL 12312 et constats (3)

- sous l'angle du droit constitutionnel : pour les personnes exerçant une activité lucrative, le législateur fédéral a utilisé sa compétence et a légiféré. Les cantons n'ont donc de compétences que si la loi leur en rétrocède une partie;
- l'article 16h LAPG énumère **de manière exhaustive** les **3 domaines dans lesquels les cantons peuvent compléter les prestations fédérales**, moyennant un financement par le biais de cotisations particulières.



REPUBLIQUE
ET CANTON
DE GENÈVE

1800 - 1815 - 1830 - 1848

Département de la cohésion sociale (DCS)
Direction générale de l'action sociale

13.09.2018 - Page 20

5. Conclusion intermédiaire

- **En conclusion** : sous l'angle du droit constitutionnel et de la LAPG, l'allocation d'accueil n'est pas conforme au droit fédéral.



REPUBLIQUE
ET CANTON
DE GENÈVE

1007 TROISSARD L&L

Département de la cohésion sociale (DCS)
Direction générale de l'action sociale

13.09.2018 - Page 21

6. Autres questions non réglées

- L'octroi par les employeurs du **congé d'accueil** – qui s'impose comme un **complément de l'allocation d'accueil** – n'est pas réglé;
- le code des obligations (CO) ne contient actuellement **aucune obligation pour l'employeur d'accorder un congé d'accueil similaire** à celui qui a été introduit à l'article 327f CO concernant le congé de maternité;
- la **loi fédérale sur le travail (LTr)** n'en contient pas non plus.



REPUBLIQUE
ET CANTON
DE GENÈVE

1007 TROISSARD L&L

Département de la cohésion sociale (DCS)
Direction générale de l'action sociale

13.09.2018 - Page 22

7. Cadre légal en matière d'accueil d'enfants en dehors du foyer familial

- La compétence législative de la Confédération s'appuie sur l'**article 122, al. 1, Cst.** :

«La législation en matière de droit civil relève de la compétence de la Confédération».

- le placement d'enfant hors foyer familial se fonde sur l'**article 316, alinéa 1, du Code civil** (CC);



REPUBLIQUE
ET CANTON
DE GENÈVE

1001 TOURENNE 1201

Département de la cohésion sociale (DCS)
Direction générale de l'action sociale

13.09.2018 - Page 23

7. Cadre légal en matière d'accueil d'enfants en dehors du foyer familial (2)

- l'**article 294, alinéa 1, CC** prévoit en outre que les parents nourriciers ont **droit à une rémunération équitable**, à moins que le contraire n'ait été convenu ou ne résulte clairement des circonstances;
- **sur la base de l'article 316, alinéa 2, CC**, le Conseil fédéral a édicté des dispositions d'exécution nécessaires à cette **obligation d'autorisation** et à la **surveillance requise** en la matière → **ordonnance sur le placement d'enfants (OPE)**, du 19 octobre 1977;



REPUBLIQUE
ET CANTON
DE GENÈVE

1001 TOURENNE 1201

Département de la cohésion sociale (DCS)
Direction générale de l'action sociale

13.09.2018 - Page 24

7. Cadre légal en matière d'accueil d'enfants en dehors du foyer familial (3)

- la Confédération définit seulement quelles conditions préalables, généralement acceptées, les parents et les foyers doivent remplir s'ils veulent accueillir un enfant placé;
- **l'exécution** est de la **compétence des cantons** qui décident d'éventuelles **mesures supplémentaires de soutien au placement d'enfants** (art. 3, al. 2, let. a OPE).



7. Cadre légal en matière d'accueil d'enfants en dehors du foyer familial (4)

Dans ce contexte, le canton de Genève a adopté :

- la **loi sur l'accueil et le placement d'enfants hors du foyer familial (LAPEF)**, du 27 janvier 1989;
- le **règlement d'exécution (RAPEF)**, du 5 septembre 2007;
- le **règlement fixant les indemnités pour les familles d'accueil avec hébergement (RIFAH)**.



8. Conclusions

- Le PL 12312 soulève **plusieurs questions de conformité au droit fédéral**;
- le placement d'enfants hors foyer familial ne constitue **pas un risque social** et n'est **pas érigé en assurance sociale**;
- **il n'existe pas d'allocations d'accueil dans la LAPG**
→ les cantons ne peuvent se baser sur l'article 16h LAPG pour instaurer une allocation d'accueil dans leur législation, ni prélever des cotisations particulières pour assurer son financement;



REPUBLIQUE
ET CANTON
DE GENÈVE

1007 TESSERAUD 100

Département de la cohésion sociale (DCS)
Direction générale de l'action sociale

13.09.2018 - Page 27

8. Conclusions (2)

- dès lors que l'instauration d'une allocation d'accueil ne peut intervenir en prolongation du régime fédéral, une telle prestation devrait être aménagée **en dehors de la LAPG** et selon un régime cantonal distinct;
- il n'est donc pas possible de «mélanger» le régime LAMat actuellement fondé sur l'article 16h LAPG avec un régime de pur droit cantonal visant à instaurer une allocation d'accueil;



REPUBLIQUE
ET CANTON
DE GENÈVE

1007 TESSERAUD 100

Département de la cohésion sociale (DCS)
Direction générale de l'action sociale

13.09.2018 - Page 28

8. Conclusions (3)

- **le CO et la LTr ne contiennent aucune obligation pour l'employeur d'accorder un congé d'accueil;**
- le placement d'enfants hors du foyer familial relève **principalement du droit civil (art. 316 et 294 CC)**, domaine qui est de la **compétence de la Confédération**, sous réserve des compétences d'exécution que le Conseil fédéral leur a déléguées (art. 3, al. 2, let. a, OPE).

Note juridique

aux membres de la Commission des affaires sociales concernant le PL 12312

Projet de loi modifiant la loi instituant une assurance en cas de maternité et d'adoption (LAMat) (J 5 07) (*Institution d'une allocation d'accueil*)

1 Objectif du PL 12312

En préambule, il importe de relever que la thématique du placement d'enfants hors foyer familial relève de la compétence du département de l'instruction publique, de la formation et du sport (DIP) (soit pour lui le service d'autorisation et de surveillance des lieux de placement – SASLP), quand bien même les auteurs du PL souhaitent ancrer leur proposition d'allocation d'accueil dans la LAMat.

Les auteurs du PL 12312 évoquent la situation difficile des enfants qui ont dû être retirés de leur milieu familial biologique pour être placés en famille d'accueil ou en famille nourricière en vertu de l'ordonnance fédérale sur le placement d'enfants (OPE). Les causes graves qui justifient de tels placements hors du foyer familial (accident, négligence, mauvais traitement, danger pour leur intégrité mentale ou physique, etc.) sont en effet source de souffrance pour les enfants concernés. La création d'un lien stable et sécurisant dans un nouveau cadre familial est toutefois susceptible de les aider dans leur vie future.

Ils soutiennent que l'un des deux parents d'accueil pourrait être amené à quitter son travail (partiellement ou totalement) pour offrir l'espace et le lien nécessaire au bon développement de l'enfant et considèrent que des alternatives doivent être trouvées au fait qu'il y a encore des enfants en hospitalisation sociale¹ aux HUG, faute de places dans les structures d'accueil.

Afin de soutenir les parents d'accueil, les auteurs du PL proposent donc de créer une allocation d'accueil, destinée à faciliter l'accueil d'un enfant hors foyer familial, en permettant à l'un ou l'autre des parents de disposer du temps nécessaire pour faire connaissance avec cet enfant et de ne pas devoir quitter, partiellement ou totalement, son travail.

Les conditions posées à l'octroi de cette allocation d'accueil sont essentiellement calquées sur celles relatives à l'allocation d'adoption, qui sont actuellement énoncées aux articles 7 à 9 LAMat. Il s'agirait ainsi d'une allocation pour perte de gain d'une durée de 112 jours versée à l'un ou à l'autre des parents accueillant un enfant.

¹ Une hospitalisation est dite « sociale » lorsqu'un enfant, ne nécessitant pas de soins de santé, doit être placé aux HUG et que cette situation se prolonge par manque de places dans les structures d'accueil (généralement au-delà de 15 jours pour les petits enfants et de 4 semaines pour les jeunes mineurs). Les hospitalisations sociales sont facturées au service de protection des mineurs (SPMI, rattaché au département de l'instruction publique, de la formation et de la jeunesse – DFJ) et une partie du coût d'une hospitalisation sociale serait payée au travers de l'indemnité forfaitaire de fonctionnement que l'Etat de Genève verse aux HUG – source : exposé des motifs de la M 2401 – Proposition de motion « Pour que les hospitalisations sociales cessent ! ».

Ils proposent donc de modifier la loi cantonale instituant une assurance en cas de maternité et d'adoption (LAMat), du 21 avril 2005, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2005, laquelle se fonde sur l'article 16h de la loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité (LAPG), du 25 septembre 1952.

2 La question posée

La présente note a pour but de vérifier si une allocation pour perte de gain en cas de placement d'un enfant hors foyer familial, telle que celle proposée à l'appui du PL 12312, est compatible avec le droit fédéral. En d'autres termes, il s'agit d'examiner quelle est l'autonomie des cantons en la matière afin de vérifier s'ils disposent d'une compétence pour instaurer une allocation d'accueil d'enfants hors foyer familial dans leur législation cantonale.

3 La compétence fédérale en matière d'assurance-maternité

La Constitution fédérale (Cst.) institue le système de la répartition des compétences entre Confédération et cantons.

Selon l'article 3 Cst., les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale et exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération.

Aux termes de l'article 116, alinéa 3, Cst., la Confédération institue une assurance-maternité et peut également soumettre à l'obligation de cotiser des personnes qui ne peuvent bénéficier des prestations d'assurance. Cette disposition confère à la Confédération à la fois une compétence en matière d'assurance-maternité et le mandat de légiférer.

Comme l'expriment les termes employés dans cette disposition constitutionnelle et conformément aux principes généraux de délimitation des compétences, l'article 116, alinéa 3, Cst. consacre une compétence concurrente, c'est-à-dire dotée d'une force dérogoratoire subséquente, ce qui implique que les cantons peuvent légiférer dans la mesure où la Confédération ne fait pas usage de sa compétence².

Cela signifie que tant que la Confédération n'avait pas rempli son mandat, les cantons étaient compétents pour légiférer, compétence dont le canton de Genève a fait usage en instituant en décembre 2000 une assurance-maternité cantonale³.

Or, le 3 octobre 2003, l'Assemblée fédérale a introduit, par une révision de la loi fédérale sur les allocations pour perte de gain⁴, une assurance-maternité fédérale, qui a été acceptée par le peuple le 26 septembre 2004. Cette révision de la LAPG est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2005.

La législation genevoise en matière d'assurance-maternité a été dûment adaptée à ce nouveau droit fédéral. Ainsi, la nouvelle loi cantonale instituant une assurance en cas de maternité et d'adoption (LAMat), du 21 avril 2005 complète, depuis le 1^{er} juillet 2005, le régime fédéral en maintenant à Genève un régime d'allocations de maternité plus généreux

² Luzius Mader ; Die Schweizerische Bundesverfassung ; Edition Schulthess, p. 1201, n° 13 et JAAC 65, 1992, p. 1035, cité à l'appui de l'avis de droit de l'office fédéral des assurances sociales, du 4 mars 2005

³ L'assurance-maternité cantonale a été instituée par la loi sur l'assurance-maternité, du 14 décembre 2000, qui est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2001.

⁴ Loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité (LAPG), du 25 septembre 1952

quant à leur durée (112 jours, soit 16 semaines) et quant à leur montant (une allocation minimale de 54 F⁵ par jour et un plafond maximal de 237,60 F⁶ par jour).

4 La compétence cantonale en matière d'assurance-maternité et l'article 16h LAPG

Il convient d'examiner quelle est l'étendue des compétences cantonales depuis l'entrée en vigueur de la révision de la LAPG ayant instauré l'assurance-maternité au plan fédéral.

En instituant un régime d'allocations pour perte de gain en cas de maternité, la Confédération n'a en effet utilisé qu'une partie de la compétence que lui donne l'article 116, alinéa 3, Cst. Les cantons ont conservé une compétence législative pour instituer ou maintenir des régimes complémentaires de protection de la maternité⁷.

Dans l'assurance-maternité, le législateur fédéral a choisi de rendre obligatoire l'affiliation à un régime d'indemnités journalières uniquement pour les personnes exerçant une activité lucrative (art. 16b, al. 1, LAPG), tout en confiant au Conseil fédéral la tâche de régler le droit à l'allocation des mères en incapacité de travail ou au chômage (art. 16b, al. 2, LAPG).

Pour rappel, la LAPG prévoit le versement d'indemnités en cas de maternité pendant 98 jours (soit 14 semaines – art. 16d LAPG), correspondant à 80% du salaire, mais de 196 F par jour au maximum (art. 16f LAPG).

Toutefois, l'article 16h LAPG autorise les cantons à mettre en œuvre les spécificités suivantes :

- fixer des montants plus élevés ;
- fixer une durée d'indemnisation plus longue ;
- instaurer un congé d'adoption ;
- prélever des cotisations particulières⁸ pour le financement de ces prestations (suppléments aux cotisations dues au titre de la LAVS – cf. art. 26 LAPG).

Il apparaît ainsi que les cantons ont conservé des compétences dans le domaine de la protection de la maternité dans deux situations :

- d'une part, là où le législateur fédéral n'a pas légiféré, c'est-à-dire pour les personnes n'exerçant pas d'activité lucrative, et
- d'autre part, là où il a légiféré, mais a rétrocédé une partie des compétences aux cantons⁹ (art. 16h LAPG).

Se fondant sur les compétences réservées aux cantons par l'article 16h LAPG, le canton de Genève a maintenu le caractère plus généreux de son dispositif, le congé-maternité cantonal étant antérieur à l'adoption de la législation fédérale. Ainsi, la LAMat :

⁵ A compter du 1^{er} janvier 2009, le montant de l'allocation minimale a été porté à 62 F par jour (art. 6 du règlement d'application de la loi instituant une assurance en cas de maternité et d'adoption, du 11 mai 2005 – RAMat).

⁶ Actuellement, le montant maximum journalier correspond à 329,60 F (art. 10, al. 3, LAMat).

⁷ JAAC 2005, N° 74.

⁸ La notion de « cotisations particulières » fait référence au mode de financement utilisé par les cantons en rapport avec les possibilités prévues à l'article 16h LAPG. En d'autres termes, bien que les cantons soient autorisés à compléter, tout en restant dans le cadre des APG, les prestations fédérales, les cotisations sont dues selon le droit cantonal et non fédéral. Il s'agirait alors d'un financement calqué sur le modèle des APG, qui pourrait prendre la forme de « suppléments cantonaux » aux cotisations du régime APG qui seraient financés paritairement par les salariés et les employeurs.

⁹ Avis de droit du 13 février 2004 de l'Office fédéral de la justice, p. 5.

- prolonge le congé de maternité de 14 jours ;
- prévoit un congé d'adoption de 16 semaines ;
- porte le montant maximum de l'indemnité à 329,60 F par jour (maximum LAA) ;
- fixe les cotisations pour le financement de ces prestations à 0,092% du salaire AVS, versé paritairement par l'employeur et le salarié, soit 0,046% chacun.

5 Examen du PL 12312 et constats

Les propositions contenues dans le PL 12312 modifiant la LAMat se heurtent notamment aux considérations suivantes :

- la proposition des députés élargit le champ d'application de la loi cantonale pour créer une allocation d'accueil ayant pour but de « compléter les prestations prévues par la loi fédérale » d'une durée de 112 jours, alors qu'une telle allocation d'accueil n'est pas prévue par le régime fédéral de l'assurance-maternité aménagé dans la LAPG.

En outre, l'allocation d'accueil proposée ne relève pas à proprement parler de l'assurance-maternité, mais plutôt de la politique de la famille au sens large (art. 116, al. 1, Cst¹⁰). S'il existe un lien de filiation entre la mère et son enfant, respectivement entre la personne adoptante et l'enfant adopté (art. 252, al. 1 et 2, du code civil – CC), aucun lien de filiation n'existe entre les parents nourriciers et l'enfant accueilli au sein de leur foyer dans le cadre d'un placement selon l'article 316, alinéa 1, CC. Il en découle que le rattachement de l'allocation d'accueil à la LAPG et à la LAMat est peu évident (voir infra, sous ch. 7, p. 5-7) ;

- l'allocation pour perte de gain en cas d'accueil proposée s'inspirerait de l'allocation d'adoption que le législateur genevois a instaurée sur la base de l'article 16h LAPG.

Toutefois, si l'article 16h LAPG permet aux cantons d'instaurer un congé d'adoption et de le financer par des prestations particulières (*ce qu'a fait le canton de Genève en fixant un taux de cotisation LAMat de 0,092% pour financer les prestations cantonales qui complètent le régime fédéral LAPG*), il ne prévoit pas que les cantons puissent instaurer, en complément du régime fédéral, une allocation pour perte de gain en cas de placement d'un enfant hors de son foyer familial dans une famille d'accueil et prélever des cotisations particulières pour la financer. Il en découle que l'article 16h LAPG ne peut constituer une base légale permettant la création de l'allocation d'accueil considérée. En d'autres termes, l'allocation d'accueil ne peut pas intervenir en prolongation du régime fédéral. L'on ne peut donc pas mélanger, à l'instar du PL 12312, le régime LAMat fondé sur l'article 16h LAPG avec un régime de pur droit cantonal ;

- le financement d'un congé d'accueil, dont pourrait bénéficier l'un ou l'autre parent d'accueil, ne peut pas non plus se fonder sur l'article 16h LAPG. C'est donc en dehors de la LAPG (soit sans pouvoir recourir aux cotisations du régime APG) et selon un régime distinct qu'il conviendrait de trouver un financement des prestations en question (étant précisé qu'il conviendrait de s'assurer qu'il existe une compétence cantonale pour instaurer une telle allocation d'accueil). Dans une telle hypothèse, il y aurait ainsi une coexistence de 3 sortes de cotisations : la cotisation APG fixée par la LAPG ; la cotisation relative aux actuelles prestations LAMat fondée sur l'article 16h LAPG et la contribution relative au financement de prestations purement cantonales, telles que l'allocation d'accueil discutée ;

¹⁰ Dans l'accomplissement de ses tâches, la Confédération prend en considération les besoins de la famille. Elle peut soutenir les mesures destinées à protéger la famille (art. 116, al. 1, Cst.).

- sous l'angle du droit constitutionnel, pour les personnes exerçant une activité lucrative, le législateur fédéral a utilisé sa compétence et a légiféré. Il en découle que les cantons n'ont de compétence législative que si la loi leur en rétrocède une partie (compétences déléguées). Or, c'est ce que fait l'article 16h LAPG, en énumérant toutefois de manière exhaustive les trois domaines dans lesquels les cantons peuvent compléter les prestations fédérales, moyennant un financement par le biais de cotisations particulières :
 - des prestations de maternité de plus longue durée ;
 - des prestations de maternité d'un montant plus élevé ;
 - des prestations en cas d'adoption.

Dès lors, la question de la marge de manœuvre dont disposerait notre canton pour introduire une telle allocation d'accueil dans sa législation se pose, ce d'autant plus que l'allocation d'accueil considérée est sous-tendue par le domaine du placement d'enfants hors du foyer familial qui relève du droit civil (voir infra, sous ch. 7, p. 5-7).

Au vu de ces éléments, il apparaît que l'allocation d'accueil proposée n'est pas conforme au droit fédéral sur plusieurs points.

6 Autres questions non réglées

Cela étant, à supposer qu'une telle allocation d'accueil puisse être mise en œuvre sur le plan cantonal et qu'un financement distinct de celui de l'article 16h LAPG puisse être trouvé, la question de l'octroi par les employeurs du congé d'accueil, qui s'impose comme complément de l'allocation d'accueil proposée, ne serait toujours pas réglée.

Actuellement, la LAMat n'institue pas elle-même un congé de maternité ni un congé d'adoption, ce qui dépasserait les compétences du législateur cantonal. Elle ne fait que prévoir une allocation de maternité ou d'adoption dans l'hypothèse où la personne assurée suspendrait son travail pour l'éventualité assurée.

Or, si le code des obligations (CO) a introduit un congé de maternité à l'article 327f CO¹¹, il ne contient aucune disposition qui obligerait les employeurs à accorder un congé d'accueil d'une durée similaire à celle du congé de maternité. Dans ce contexte, la possibilité de prendre un congé d'accueil serait laissée à la discrétion de l'employeur, ce qui ne garantirait pas une égalité de traitement entre les travailleurs. En outre, dans l'hypothèse où les employeurs n'accorderaient pas le congé d'accueil discuté, il en découlerait une situation dans laquelle les cotisations versées ne pourraient pas être utilisées par des parents d'accueil ayant pourtant cotisé à un tel régime en raison de l'exercice d'une activité lucrative.

En outre, la loi fédérale sur le travail (LTr), du 13 mars 1964, qui régit les conditions de travail des employeurs privés et partiellement des employeurs publics, ne règle pas non plus un tel congé d'accueil, ni ses conséquences sur le maintien ou non du salaire (art. 36 LTr).

Pour le surplus, les aspects liés à la prévoyance professionnelle, à la couverture par l'assurance-accidents obligatoire selon la LAA pendant le congé d'accueil, etc. mériteraient également un examen plus approfondi.

7 Contexte légal en matière d'accueil d'enfants en dehors du foyer familial

Comme indiqué supra, le PL 12312 souhaite ancrer dans la LAMat une nouvelle allocation pour perte de gain en cas de placement d'un enfant hors de son foyer familial dans une famille d'accueil.

¹¹ L'article 327f CO instituant un congé de maternité d'au moins 14 semaines a été introduit par la modification du 3 octobre 2003 de la LAPG.

Bien qu'il prévoie d'ancrer cette allocation d'accueil dans la législation en cas de maternité et d'adoption, la question se pose de savoir si cette allocation concerne réellement le domaine de l'assurance-maternité.

En effet, en droit suisse, la filiation résulte de la naissance à l'égard de la mère. A l'égard du père, elle est établie par son mariage avec la mère, par reconnaissance ou par jugement. La filiation résulte en outre de l'adoption (art. 252 du code civil – CC).

Or, comme indiqué précédemment, les parents nourriciers qui accueillent un enfant au sein de leur foyer n'ont pas de lien de filiation avec cet enfant (sous réserve du cas de l'adoption) (voir ch. 5, p. 4).

Partant, au-delà de la marge de manœuvre dont disposent les cantons en vertu de l'article 16h LAPG, la question se pose de savoir si, et dans quelle mesure, les cantons sont compétents pour légiférer dans le domaine du placement d'enfants en dehors du foyer familial.

a. Plan fédéral

Dans le domaine du droit privé, la compétence législative de la Confédération s'appuie sur l'article 122 Cst. Selon l'alinéa 1 de cette disposition, la législation en matière de droit civil relève de la compétence de la Confédération.

Le placement d'enfants hors foyer familial se fonde sur l'**article 316, alinéa 1, CC**. Cette disposition soumet en effet le placement d'enfants auprès de parents nourriciers à l'autorisation et à la surveillance de l'autorité de protection de l'enfant ou d'un autre office du domicile des parents nourriciers, désigné par le droit cantonal. De plus, l'**article 294, alinéa 1, CC** prévoit que les parents nourriciers ont droit à une rémunération équitable, à moins que le contraire n'ait été convenu ou ne résulte clairement des circonstances.

Sur la base de l'article 316, alinéa 2, CC, le Conseil fédéral a édicté des dispositions d'exécution nécessaires à cette obligation d'autorisation et à la surveillance requise en la matière. Ces dernières font l'objet de l'**ordonnance sur le placement d'enfants (OPE ; RS 211.222.338)**, du 19 octobre 1977.

Cette ordonnance distingue :

- le placement chez des parents nourriciers (art. 4-11),
- le placement à la journée (art. 12) et
- le placement dans des institutions (art. 13-20).

Si des parents nourriciers accueillent un enfant en âge de scolarité ou un enfant qui n'a pas 15 ans révolus, ils doivent être titulaires d'une autorisation et sont soumis à une surveillance. L'autorisation leur est décernée pour un enfant déterminé.

L'autorité tutélaire ou un autre organe désigné par le canton est responsable de la surveillance des enfants placés.

En vertu du droit actuel, la Confédération définit seulement quelles conditions préalables généralement acceptées les parents et les foyers doivent remplir s'ils veulent accueillir un enfant placé. L'exécution est de la compétence des cantons, qui décident d'éventuelles mesures supplémentaires de soutien au placement d'enfants (notamment dans les domaines de la formation, du perfectionnement et du conseil pour les parents nourriciers – art. 3, al. 2, let. a, OPE). Bien que la compétence des cantons semble limitée à ces aspects, il conviendrait de vérifier si elle peut s'étendre à l'instauration d'une allocation d'accueil, qui serait ancrée dans la LAMat. L'avis de l'office fédéral de la justice (OFJ) pourrait, le cas échéant, être sollicité.

b. Plan cantonal

Dans ce contexte, le canton de Genève a adopté la **loi sur l'accueil et le placement d'enfants hors du foyer familial** le 27 janvier 1989 (**LAPEF – J 6 25**), ainsi qu'un **règlement d'exécution (RAPEF)**, en date du 5 septembre 2007. En outre, dès lors que les parents nourriciers ont droit à une rémunération équitable (art. 294 CC), le canton de Genève s'est doté d'un **règlement fixant les indemnités pour les familles d'accueil avec hébergement (RIFAH – J 6 25.04)**, lequel fixe les indemnités que verse l'Etat aux familles d'accueil avec hébergement dans le cadre du placement de mineurs suivis par le service de protection des mineurs (art. 1 RIFAH).

Le RIFAH prévoit différents types d'indemnisation (forfait d'accueil au mois, forfait week-end et par jour effectif). Le but du forfait d'accueil de base (art. 5 al. 2 RIFAH) est de rétribuer (compensation financière) un travail effectué par les familles dans le cadre du placement d'un enfant. Ce forfait comprend :

- a) une indemnité d'accueil qui honore l'activité accomplie par la famille d'accueil dans le cadre familial qui est fixée à 1 050 F entre 0 et 4 ans et à 650 F dès 5 ans jusqu'à la majorité ;
- b) un montant forfaitaire de 650 F qui comprend la mise à disposition d'espaces, de matériel, les frais d'entretien de la maison (buanderie, etc.), les frais de déplacement liés à l'activité d'accueil, plus un montant destiné aux coûts occasionnés par les vacances (camps pour le mineur, vacances avec la famille d'accueil) ;
- c) les frais de nourriture du mineur fixés forfaitairement (fixés à 350 F de 0-13 ans ; à 600 F de 14-18 ans) ;
- d) les frais d'entretien personnel du mineur variant entre 190 F (de 0-4 ans) et 355 F (dès 16 ans) ;
- e) de plus, si l'enfant a un besoin d'accueil renforcé, un montant complémentaire mensuel de 450 F est également prévu.

Aussi, dans l'hypothèse d'une prise en charge sur un mois complet d'un enfant de moins de 4 ans ayant des besoins de prise en charge particuliers, le montant global perçu par la famille serait de **2 690 F par mois**, y compris les frais d'entretien personnel versés à l'enfant. A ce montant viendraient s'ajouter d'autres frais inhérents à la prise en charge de l'enfant accueilli (par ex. prime d'assurance-maladie), lesquels sont également pris en charge par l'Etat.

Il apparaît en outre que le RIFAH prend en compte l'activité potentielle des parents accueillant un enfant au sein de leur foyer, puisqu'en cas de recours à une structure d'accueil de la petite enfance, les frais y relatifs sont pris en compte à concurrence de 3 jours par semaine (art. 8 RIFAH).

Des forfaits week-end sont également versés à la famille d'accueil en fonction du nombre de nuits effectives effectuées par le mineur. Lorsqu'un forfait ne peut pas être appliqué, la famille d'accueil est indemnisée en fonction du nombre de jours effectifs de placement.

Enfin, s'agissant de la responsabilité d'organiser le placement d'enfants dans les familles nourricières, elle a été confiée à Genève au **service d'autorisation et de surveillance des lieux de placement – SASLP**. Rattaché au pôle de coordination des prestations déléguées et de la surveillance de l'office de l'enfance et de la jeunesse, ce service est chargé d'autoriser et de surveiller les milieux d'accueil familiaux et institutionnels qui reçoivent et hébergent des mineurs. Le travail de relations publiques et le recrutement de familles

nourricières adéquates sont assumés par l'Office de la jeunesse et l'AGFAH (association genevoise des familles d'accueil avec hébergement).

Sur ce point, on constate donc que le placement d'enfants hors du foyer familial, ainsi que la rémunération des parents nourriciers, etc. relèvent principalement du droit civil (art. 316 et 294 CC) et que les cantons n'ont que des compétences d'exécution dans ce domaine, soit celles conférées par l'article 3, alinéa 2, lettre a, OPE. C'est précisément sur cette base que notre canton a adopté la législation genevoise sur l'accueil et le placement d'enfants hors du foyer familial (LAPEF et RAPEF), ainsi que le règlement fixant les indemnités pour les familles d'accueil avec hébergement (RIFAH).

Au vu de la répartition des compétences entre Confédération et cantons en la matière, telle qu'elle résulte de l'article 122 Cst. et de l'article 3, alinéa 2, lettre a, OPE, il n'est pas acquis qu'il soit possible de se fonder sur ces dispositions pour instaurer une allocation d'accueil impliquant un financement par le biais de la LAPG, telle que celle proposée à l'appui du PL 12312.

8 Conclusions

Le but poursuivi par les auteurs du PL est louable, en ce sens que les enfants et les jeunes placés au sein d'une famille d'accueil ont droit à une attention particulière et à ce que leur développement puisse être encouragé. Il apparaît toutefois qu'en l'état, le PL 12312 soulève plusieurs questions de conformité au droit fédéral.

En substance, il convient de noter qu'il n'existe actuellement pas d'allocations d'accueil dans la LAPG. Partant, les cantons ne peuvent pas se baser sur l'article 16h LAPG pour instaurer une allocation d'accueil dans leur législation, ni prélever des cotisations particulières pour assurer son financement.

Dès lors que l'instauration d'une allocation d'accueil ne peut pas intervenir en prolongation du régime fédéral, une telle prestation devrait être aménagée en dehors de la LAPG et selon un régime cantonal distinct. Il ne semble toutefois pas qu'il y ait une compétence cantonale pour créer une telle allocation.

En l'état, il n'est donc pas possible, comme le fait le PL 12312, de « mélanger » le régime LAMat actuellement fondé sur l'article 16h LAPG avec un régime de pur droit cantonal visant à instaurer une allocation d'accueil.

En outre, du point de vue du droit du travail, le CO ne contient actuellement aucune obligation pour l'employeur d'accorder un congé d'accueil, similaire à celui qui a été introduit à l'article 329f CO concernant le congé de maternité, et la LTr n'en contient pas non plus.

Enfin, il y a lieu de rappeler que le placement d'enfants hors du foyer familial, ainsi que la rémunération des parents nourriciers, etc. relèvent principalement du droit civil (art. 316 et 294 CC), domaine qui est de la compétence de la Confédération, sous réserve des compétences d'exécution que le Conseil fédéral leur a déléguées, conformément à l'article 3, alinéa 2, lettre a, OPE.

En revanche, il serait toutefois possible d'envisager une éventuelle augmentation des montants versés par l'Etat aux familles d'accueil avec hébergement à titre d'indemnités sur la base du règlement fixant les indemnités pour les familles d'accueil avec hébergement (RIFAH).

* * *

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



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

Division I de la législation – Abteilung I für Rechtsetzung

3003 Bern,
 3003 Berne,
 3003 Berna.

13 février 2004

☎ 031 / 32 241 69

Fax 031 / 32 278 37

Ihr Zeichen
 Votre signe
 vostro segno
 Voss sign

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

21 janvier 2004

Par fax: 022-346.10.86

Madame Béatrice Despland
 Présidente de la "Task Force LAMat"
 Direction générale de l'action sociale
 Av. de Beau-Séjour 24
 1206 Genève



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

3.3.2.13-BSV 2002 /13 - AUB

Compétences cantonales en matière d'assurance-maternité

Madame,

Votre lettre du 21 janvier 2004 à M. Luzius Mader a eu l'effet salutaire de porter à notre connaissance une lettre, égarée, de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS), du 24 novembre 2003, concernant les compétences cantonales en matière d'assurance-maternité. Nous regrettons cet incident de transmission qui est à l'origine du grand retard de notre réponse et vous prions de nous en excuser.

Comme il nous en a priés, nous avons envoyé aujourd'hui notre réponse directement à l'OFAS, en lui demandant de vous la transmettre.

Veillez recevoir, Madame, nos salutations les meilleures.

OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE

Division I de la législation

Le chef :

Ridha Fraoua

Chargée du dossier : Béatrice Aubert

Copie pour information à l'OFAS (Mme Beatrix De Cupis)



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

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

Division I de la législation – Abteilung I für Rechtsetzung

3003 Bern,
 3003 Berne,
 3003 Berna.

13 février 2004

☎ 031 / 32 241 69

Fax 031 / 32 278 37

Ihr Zeichen
 Votre signe
 vostro segno
 Voss sign

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

27 janvier 2004

Office fédéral des assurances sociales
 Effingerstrasse 20
 3003 Berne

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

3.3.2.13-BSV 2002/13

Ergänzendes kantonales Recht

Madame, Monsieur,

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

1. La question posée

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

¹ LAPG, RS 834.1.

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

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

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

2.1. Le partage constitutionnel

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

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

2.2 Le partage selon la LAPG

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

³ Cst; RS 101.

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁰ Cet article a le teneur suivante:

Art. 16h Rapport avec les réglementations cantonales
En complément au chap. IIIa, les cantons peuvent prévoir l'octroi d'une allocation de maternité plus élevée ou de plus longue durée et l'instauration d'une allocation d'adoption et prélever, pour le financement de ces prestations, des cotisations particulières.

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

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

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

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

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

3. Conséquences concrètes pour les cantons

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

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

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

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

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

¹⁴ LAMat; FF 1998 4973.

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

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

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

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

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

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

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

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

OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE

Division I de la législation

Le chef :

Ridha Fraoua

Chargée du dossier : Béatrice Aubert



Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Prévoyance vieillesse et survivants

V/réf. -
V/comm. du 08 février 2005
N/réf. 612 8
Traité par Gus
Téléphone (direct) 031 322 91 57
E-mail Silvia.Gutierrez@bsv.admin.ch

Madame Béatrice Despland
Présidente « Task Force LAMat »
p.a. Direction générale de l'action
sociale
Avenue de Beau-Séjour 24
1206 Genève

3003 Berne, le - 4. MRZ. 2005



Assurance-maternité cantonale

Madame,

Vous souhaiteriez savoir, comme vous nous l'avez communiqué dans votre lettre du 08 février et et lors de la conversation téléphonique que nous avons maintenue en décembre dernier, si les allocations versées par la future assurance-maternité cantonale doivent être soumises à cotisations au sens de la loi sur l'assurance-vieillesse et survivants (ci-après : LAVS).

En fait, la question qui se pose est la suivante : l'art. 19a LAPG, qui soumet à cotisations les allocations versées selon le droit fédéral, doit-il aussi être appliqué aux allocations versées en vertu de l'art. 16h LAPG par les assurances-maternité cantonales?

1. Les cotisations des assurés exerçant une activité lucrative

a) Notions

Selon l'art. 4 al. 1 LAVS, les cotisations des assurés qui exercent une activité lucrative sont calculées sur le revenu provenant de l'exercice de l'activité dépendante et indépendante. L'objet des cotisations est donc le revenu de l'activité lucrative. Ce qu'il faut entendre par revenu de l'activité lucrative est déterminé à l'art. 5 LAVS et à l'art. 9 LAVS. Selon l'art. 5 LAVS, le salaire déterminant comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé (art. 5 al. 2, première phrase, LAVS et Greber /Duc/ Scartazzini ; *Commentaire des articles 1 à 16 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants* ; Helbing & Lichtenhahn ; Bâle et Francfort-sur-le-Main ; ad. art. 5 chiffre 19). Quant au revenu provenant d'une activité indépendante (art. 9 al. 1 LAVS), il comprend tout revenu du travail autre que la rémunération pour un travail accompli dans une situation dépendante.

Il faut différencier la notion de revenu de l'activité lucrative de la notion de revenu de remplacement (Käser ; *Unterstellung und Beitragswesen in der obligatorischen AHV*, Bern 1989, chiffre 3.10 ss et chiffres 3.94 ss). En effet, les revenus de remplacement se substituent aux revenus de l'activité lucrative lorsque celle-ci a été interrompue volontairement ou non,

pour une période déterminée ou indéterminée (ATF 117 Ib 3 consid. 2c). Les revenus de remplacement, n'étant pas des revenus de l'activité lucrative, ils ne sont pas soumis à cotisations. La situation est donc la suivante : d'un côté les revenus provenant de l'activité lucrative font partie du salaire déterminant et sont soumis à cotisations tandis de l'autre côté les revenus de remplacement comme les allocations versées par des assurances ne font pas partie du salaire déterminant et ne doivent pas être soumis à cotisations

Vu que les allocations versées par une assurance sont considérées comme des revenus de remplacement (arrêt non publié du 17 avril 1989, I 466/88, consid. 5a; SZS 3/1994 p. 219 consid. 4 ; FF 2000 p. 1873 ad point 3.2), ces types de revenus ne doivent donc pas être soumis à cotisations.

b) Base légale fédérale dérogatoire

Il est possible d'assimiler les revenus de remplacement à des revenus provenant d'une activité lucrative et donc de les soumettre à cotisations. Pour ce faire, il est nécessaire qu'une base légale fédérale dérogatoire le prévoie expressément (ATF du 3 juin 1981 publié in RCC 1983 p. 20 et FF 2000 p. 1895, ad. art. 5 al. 2, 3^{ème} phrase). Les revenus de remplacement sont alors assimilés à des revenus provenant d'une activité lucrative.

Les revenus de remplacement des assurances sociales ont graduellement été soumis à l'obligation de cotiser dans des lois spéciales. Nous pouvons citer à titre d'exemple la loi sur les indemnités journalières de l'assurance-chômage (LACI) qui, en 1984, a imposé les allocations de ladite assurance à l'obligation de cotiser (art. 22a LACI). Il en est de même pour les indemnités journalières de l'assurance-invalidité (art. 25 LAI) et pour celles de l'assurance militaire (art. 29 al. 3 LAM). Il ne reste actuellement plus que les indemnités versées pour cause d'accident ou de maladie qui ne soient pas encore soumises à l'obligation de cotiser.

Comme nous l'avons vu ci-dessus, les allocations d'une assurance-maternité cantonale étant un revenu de remplacement, elles ne devraient pas en principe être soumises à cotisations. Il reste donc à savoir si l'art. 19a LAPG peut être considéré comme une base légale dérogatoire suffisante pour soumettre à cotisations lesdites allocations.

2. L'art. 16h LAPG et l'art. 19a LAPG

a) La compétence cantonale et l'art. 16h LAPG

Quelle est l'étendue des compétences des cantons dans le domaine de l'assurance-maternité ? L'art. 116 al. 3 première phrase de la Constitution fédérale consacre une compétence concurrente, c'est-à-dire dotée d'une force dérogatoire subséquente. Ceci signifie que les cantons peuvent légiférer dans la mesure où la Confédération ne fait pas usage de sa compétence (Luzius Mader ; *Die schweizerische Bundesverfassung* ; Edition Schulthess p.1201 n, 13 et JAAC 65, 1992, p.1035). Il faut donc analyser l'usage que le législateur fédéral a fait de cette compétence constitutionnelle et considérer la loi fédérale qui la met en œuvre.

Dans le cas de l'assurance-maternité, le législateur fédéral a choisi de rendre obligatoire l'affiliation à un régime d'indemnités journalières uniquement pour les personnes exerçant une activité lucrative (art. 16b LAPG). Il a de même à l'art. 16h LAPG donné la possibilité aux cantons d'octroyer une allocation maternité plus élevée ou de plus longue durée, d'instaurer une allocation d'adoption et de prélever, pour le financement de ces prestations, des cotisations particulières. Ainsi les cantons ont conservé des compétences dans le domaine de la protection

de la maternité dans deux situations, d'une part, là où le législateur fédéral n'a pas légiféré, c'est-à-dire pour les personnes n'exerçant pas d'activité lucrative et d'autre part là où il a légiféré mais a rétrocedé une partie des compétences aux cantons (art. 16h LAPG et avis de droit du 27 janvier 2004 de l'Office fédérale de la justice, p. 5). Il était en effet souhaité par le législateur fédéral que, même après l'entrée en vigueur d'une assurance-maternité au plan fédéral, les cantons gardent la possibilité d'introduire une assurance-maternité prévoyant l'octroi de prestations plus généreuses que les APG. Il était aussi désiré que les cantons puissent, à cet effet, financer leur assurance-maternité complémentaire par le prélèvement de cotisations particulières (FF 2002 p. 7024). Les allocations versées en vertu de l'art. 16h LAPG ou selon les compétences résiduelles des cantons sont donc servies en vertu du droit cantonal.

b) Les « cotisations particulières » au sens de l'art.16h LAPG

Nous souhaiterions nous arrêter à la notion de « cotisations particulières » dont il est fait mention à l'art. 16h LAPG. Que faut-il entendre par ce terme ? Bien que les travaux préparatoires de l'assurance-maternité fédérale ne définissent pas de manière précise ce terme, nous pouvons offrir les éclaircissements suivants. Le terme de « cotisations » a été retenu en référence à la structure desdites cotisations qui sont semblables à celles perçues dans le cadre des APG. Ce terme fait donc un renvoi à la méthode de prélèvement des cotisations et non pas à l'obligation de prélever des cotisations. On peut dès lors admettre que l'art. 16h LAPG autorise dans les domaines énumérés, un financement calqué sur le modèle APG (voir avis de droit du 27 janvier 2004 de l'Office fédérale de la justice, p. 4). Le terme « particulières » se réfère, quant-à-lui, à la base juridique sur laquelle les cotisations sont dues. En effet, ces cotisations sont dues selon le droit cantonal et non pas selon le droit fédéral. Il faut noter que la précision du mode de financement était absolument nécessaire si le législateur fédéral voulait autoriser les cantons à compléter, tout en restant dans le cadre des APG, les prestations fédérales. En dehors du cadre délimité par la LAPG, il n'était pas nécessaire de préciser le mode de financement. En effet, il s'agit du domaine de compétence des cantons (voir avis de droit du 27 janvier 2004 de l'Office fédérale de la justice p. 4). Une telle disposition n'aurait eu qu'une valeur déclaratoire. En conclusion la notion de « cotisations particulières » fait référence au mode de financement utilisé par les cantons en rapport avec les possibilités prévues à l'art. 16h LAPG et non pas à l'obligation de soumettre à cotisations, au sens de la LAVS, des allocations cantonales.

c) L'art. 19a LAPG

L'obligation de soumettre à cotisations les allocations servies en vertu de l'art. 16h LAPG doit expressément être prévue par la loi. Ceci pour deux raisons que nous allons expliciter ci-après. Premièrement, comme nous l'avons vu ci-dessus en relation avec l'art. 16h LAPG, les cantons restent compétents aussi longtemps que la Confédération n'a pas légiféré sur la matière (art. 116 al. 3 Cst). Le respect des compétences cantonales exige donc que les cotisations AVS sur des allocations cantonales ne soient prélevées que si le droit fédéral l'a prévu. Une telle limitation des compétences cantonales doit donc être clairement prévue par la législation fédérale. Deuxièmement, le prélèvement des cotisations AVS provoque des effets économiques non négligeables sur les prestations. En effet, une partie des allocations serait destinée au paiement des cotisations AVS, ceci signifie que la valeur desdites allocations se verraient réduites d'un montant correspondant aux cotisations AVS. La charge économique que représente les cotisations AVS devrait alors être supportée soit par l'assuré (ce dernier verrait sa prestation diminuée du montant correspondant aux cotisations AVS), soit par le système d'assurance (pour éviter la perte de valeur des prestations, ces dernières seraient augmentées ce qui provoquerait un renchérissement du système entier d'assurance). Une telle atteinte aux

prestations versées par l'assurance ne peut avoir lieu que si une base légale fédérale le prévoit expressément. De ceci découle toute l'importance de savoir si l'art. 19a al. 1 LAPG s'applique aussi à des allocations dues selon le droit cantonal. C'est ce que nous allons étudier ci-après.

L'art. 19a al. 1 LAPG prévoit que les allocations versées en cas de réalisation du cas d'assurance doivent être soumises à cotisations. Le libellé exact de cet article est le suivant: « Sont payées sur l'allocation des cotisations à l'assurance-vieillesse et survivants ». Le texte de l'art. 19a al. 1 LAPG ne fait pas mention de possibles allocations cantonales. En effet, il utilise le terme « allocations » sans plus. Le texte de la loi ne donnant pas plus d'indications, il faut se demander si le législateur avait comme volonté réelle de soumettre les allocations cantonales à cotisations. Il faut pour ce faire, étudier les travaux législatifs qui ont mené à l'adoption de l'assurance-maternité.

Les travaux préparatoires de la loi montrent clairement que la possibilité de soumettre à cotisations les allocations versées par une assurance-maternité cantonale n'a pas été envisagée. Bien que la question du relèvement du taux de cotisations ait été largement discutée (FF 2002 p. 7029 ss, FF 2003 p. 1036 ss), il n'est pas fait mention d'une volonté de soumettre à cotisations les allocations cantonales que ce soit lors de l'exposé des motifs concernant l'art. 16h LAPG (FF 2002 p. 7024), l'art. 19a LAPG (FF 2002 p. 7024) ou encore lors de la présentation des régimes cantonaux (FF 2002 p. 7009). Les différentes interventions parlementaires ne se sont non plus occupées de la question (Initiative parlementaire Triponez, n° 01.426). Il ressort de ceci que le législateur fédéral ne pensait pas soumettre à cotisations les allocations cantonales puisqu'il n'a pas du tout traité de la question.

Finalement, on peut se demander si vu l'emplacement de l'art. 19a LAPG, ce dernier doit s'appliquer à l'art. 16h LAPG. Cette hypothèse doit être écartée. En effet, aucun élément particulier (comme par exemple une note marginale) ne démontre un lien particulier entre l'art. 19a LAPG et l'art. 16h LAPG. La systématique de la loi ne laisse donc pas penser que l'art. 19a LAPG doive s'appliquer dans les cas prévus à l'art. 16h LAPG.

Comme nous l'avons exposé ci-dessus, les allocations cantonales ne peuvent être soumises à cotisations que si une base légale expresse le prévoit. Force est de reconnaître que l'art. 19a LAPG ne remplit pas cette condition. En effet, ni le texte de la loi, ni les travaux préparatoires, ni la systématique de la loi ne laissent penser le contraire. On peut donc affirmer que l'art. 19a al. 1 LAPG s'applique exclusivement aux allocations prévues par le droit fédéral. Par conséquent l'art. 19a al. 1 LAPG n'est pas une base légale suffisante pour permettre le prélèvement de cotisations au sens de la LAVS sur les indemnités versées par une assurance-maternité cantonale.

d) Le règlement

On peut argumenter que l'obligation de payer des cotisations pour une assurance-maternité cantonale peut être réglée au niveau du règlement. Il faut exclure cette possibilité. Comme nous l'avons vu précédemment l'art. 19a al.1 LAPG ne s'applique qu'aux allocations fédérales. La soumission à l'obligation de cotiser des allocations cantonales doit dès lors être considérée comme une règle juridique nouvelle. Selon le principe de la base légale, des règles juridiques nouvelles ne peuvent être traitées au niveau d'un règlement que si une clause de délégation a été prévue dans la loi au sens formel (*Droit Administratif*, Volume I, Pierre Moor, Ed. Staempfli & Cie, p. 251). Vu que la LAPG n'a pas prévu une délégation de compétence en la matière ni à l'art. 16h LAPG, ni à l'art. 19a al. 1 LAPG et qu'aucune autre loi (y compris la

LAVS) n'a non plus pas prévu une telle délégation, cette matière ne peut donc pas être traitée au niveau du règlement sans violer le principe de la légalité.

e) Exemple de l'assurance-chômage

L'exemption des indemnités versées par une assurance cantonale n'est pas nouvelle dans le domaine des assurances sociales. En effet, les allocations versées par l'assurance-chômage suivent le même principe. L'art 9 LACI ne prévoit le versement d'indemnités journalières que pendant un délai cadre de deux ans. Les cantons restent libres, passé ce délai de deux ans, de mettre en place une aide cantonale au chômage.

Nous pouvons citer l'exemple du canton de Zoug qui prévoit des aides financières pour les chômeurs sortis de l'assurance-chômage fédérale (art. 12 et suivants de la loi d'introduction de la LACI, RS ZG 845.5). La même situation se retrouve aussi dans le canton de Schaffhouse (art. 1 et art. 6 de la Arbeitslosenhilfegesetz, RS SH 837.100). Du côté suisse romand, le canton de Genève prévoit aussi des prestations cantonales complémentaires à celles prévues par l'assurance-chômage fédérale (art. 1 de la loi en matière de chômage, RSG J 2 20). Le canton du Valais quant à lui offre des mesures de réinsertion professionnelle supérieures à celles prévues par la LACI (art. 22 de la loi sur l'emploi et les mesures en faveur des chômeurs, RS VS 837.1).

Dans ces cas, les allocations versées par les cantons en vertu du droit cantonal ne sont pas soumises à l'obligation de cotiser (Käser ; op. cit., p. 78, chiffre 3.35 et RCC 1984 p. 271).

Cet exemple vient confirmer notre appréciation de la situation. La loi fédérale, que ce soit dans l'assurance-chômage ou dans l'assurance-maternité, prévoit de manière limitée des prestations. Il est alors possible pour les cantons de compléter ses prestations. Dans ce cas, les allocations versées par le canton ne sont pas soumises à cotisations au sens de la LAVS. Il n'existe pas de raison de considérer la situation découlant de l'assurance-maternité de manière différente de celle de l'assurance-chômage.

3. Le décompte des cotisations : art. 11 du projet de la loi sur l'assurance-maternité genevoise

L'exposé des motifs concernant l'art. 11 du projet de loi a retenu notre attention. En effet, partant du principe que les allocations fédérales sont soumises au paiement de cotisations en vertu de l'art. 19a al. 1 LAPG, il semble qu'il soit projeté, par souci de cohérence et pour faciliter le travail administratif, de faire décompter ensemble les cotisations dues selon le droit cantonal et les cotisations dues selon le droit fédéral. Nous souhaiterions vous rappeler que ceci ne peut avoir lieu. Comme exemple nous pouvons citer le cas des allocations versées lors d'un accident. D'un côté, les indemnités versées par l'assurance-accident ne sont pas soumises à l'obligation de cotiser (art. 6 al. 2 let. b RAVS). D'un autre côté, les sommes versées par l'employeur et financés par ses deniers privés sont soumis à cotisations (art. 7 let. m RAVS). Dans un tel cas l'employeur doit décomposer les sommes qu'ils allouent en une part soumise à cotisations et une autre part non soumise à cotisations (FF 2000 p. 1873).

4. Conclusion

En conclusion, les allocations versées par une assurance-maternité cantonale, qui sont un revenu de remplacement, ne sont pas soumises à cotisations au sens de la LAVS. L'art. 19a LAPG ne s'applique pas puisqu'en l'occurrence il ne vise que les allocations versées en vertu

du droit fédéral. De plus, la possibilité que l'obligation de cotiser soit traitée au niveau du règlement doit être exclue en raison du principe de la légalité. En conclusion, les allocations servies par une assurance-maternité cantonale ne sont pas soumises à cotisations au sens de la LAVS.

En espérant avoir répondu à vos espérances, nous vous prions, Madame, d'agréer l'expression de nos sentiments distingués.

Financement AVS
Le chef suppléant

Michel Jaccard





Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral de l'intérieur DFI
Office fédéral des assurances sociales OFAS
Domäne Prévoyance vieillesse et survivants

CH-3003 Berne, OFAS

Madame Anja Wyden
DSE-DGAS
24, avenue de Beau-Séjour
1206 Genève

1	2	3	4	5
D		07		

Votre référence: AW/ab
Votre courrier du 19 octobre 2007
Notre référence: 622.6-25/2006/17393 04.12.2007 No.: 81
Collaborateur/trice responsable: Sibel Oezen / Oes
Berne, le 4 décembre 2007

cc

AW/ab	12	13	14	15
19 DEC. 2007				
DGAS				

Projet de loi 10105 modifiant la loi instituant une assurance en cas de maternité et d'adoption (J 5 07), en vue de l'institution d'un congé de paternité et d'un congé parental

Madame,

Vous nous demandez de nous prononcer sur la compatibilité du projet de loi susmentionné avec le droit fédéral et de vous indiquer le cas échéant des solutions adéquates. Cela nécessite un examen détaillé du projet, en particulier du point de vue du droit constitutionnel et du droit du travail, domaines qui ne sont pas du ressort de notre Office. Par conséquent, nous nous limitons à une analyse du projet sous l'angle des assurances sociales.

Tout d'abord, nous constatons que le projet de loi prévoit de fonder l'introduction du congé de paternité/parental sur l'art. 16h LAPG. En effet, la modification de la loi J 5 07 ne prévoit aucun complément au préambule de ladite loi. Comme vous l'avez déjà relevé dans votre courrier, ceci est exclu : l'art. 16h LAPG permet aux cantons uniquement et exclusivement de créer une allocation d'adoption et d'accorder une allocation de maternité plus généreuse que celle prévue par le droit fédéral (cf. l'avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 27 janvier 2004 concernant la portée de l'art. 16h LAPG). Le fait que cette disposition ne puisse pas constituer la base légale pour créer une assurance-paternité/parentale a également d'autres conséquences que nous abordons ci-dessous.

- Le financement de l'allocation de paternité/parentale ne peut pas être assuré au moyen des suppléments aux cotisations AVS prévus aux art. 26 et 27 LAPG. Un tel financement n'est possible que dans le cadre de l'application de l'art. 16h LAPG. Or, le projet de modification de la J 5 07 prévoit pour l'allocation de paternité/parentale les mêmes modalités de financement que pour l'allocation de maternité et l'allocation d'adoption. Nous ne pouvons pas vous indi-

Office fédéral des assurances sociales OFAS
Sibel Oezen
Effingerstrasse 20, CH-3003 Berne
Tél. +41 (31) 3229045, fax +41 (31) 3227880
sibel.oezen@bsv.admin.ch
http://www.ofas.admin.ch

quer d'autres modèles de financement envisageables, car cette question doit être analysée à la lumière des principes constitutionnels (en particulier des art. 8 et 127 Cst.).

- L'application de l'assurance-paternité/parentale ne peut pas être confiée sans autre aux organes de l'AVS. Ceci n'est possible que pour les prestations cantonales qui peuvent être instaurées en vertu de l'art. 16h LAPG. Des caisses de compensation AVS peuvent toutefois appliquer l'assurance-paternité/parentale avec l'autorisation de notre Office (cf. art. 63, al. 4 LAVS et 130 et ss RAVS).
- Un prélèvement de cotisations à l'AVS/AI/APG/AC sur l'allocation de paternité/parentale est exclu. En effet, de telles cotisations peuvent être prélevées sur les revenus de substitution uniquement si le droit fédéral le prévoit expressément (cf. l'art. 19a LAPG pour l'allocation de maternité). Selon les cas, ceci peut conduire à une baisse des prestations de ces assurances, voire même à un défaut de couverture. Ce risque n'est pas important en ce qui concerne le congé de paternité, vu que sa durée est limitée à 14 jours. Il en va cependant autrement pour le congé parental de 120 jours ouvrables, en particulier si les bénéficiaires souhaitent le prendre en une fois ou par grandes tranches.
- Conformément à l'art. 2 de la loi J 5 07, la LAPG est applicable comme droit supplétif. Le projet de modification de la J 5 07 ne prévoit pas d'amender cet article. Si le congé de paternité/parental devait définitivement être intégré dans la J 5 07, son art. 2 devrait alors être modifié ou précisé étant donné que toutes les dispositions de la LAPG, notamment les art. 19a, 21, 23, 26, 28, ne peuvent pas être appliquées au titre de droit supplétif à l'assurance-paternité/parentale.

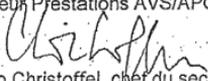
Le projet de modification de la J 5 07 que vous nous soumettez soulève également d'autres problèmes que nous abordons ci-après.

- Pendant le congé paternité/parental, le manque de couverture en matière de prévoyance professionnelle est problématique, principalement en cas de long congé parental. Vu la grande liberté réservée aux parents pour la répartition du congé dans le temps, il nous est difficile de vous indiquer des pistes de solution. Par ailleurs, l'art. 8, al. 3 LPP ne permet guère de résoudre le problème, étant donné que le maintien du salaire coordonné dépend en principe de la durée de l'obligation de l'employeur de verser le salaire selon l'art. 324a du CO.
- N'est pas réglée non plus la question de la couverture par l'assurance-accidents obligatoire selon la LAA pendant le congé de paternité/parental. Cette assurance ne relevant plus de l'OFAS, nous vous conseillons de prendre contact avec l'Office fédéral de la santé publique.

Enfin, restent ouvertes des questions de coordination entre le congé de paternité/parental et les mesures de réadaptation et de réinsertion professionnelles de l'AI d'une part, et les obligations militaires, de protection civile et de service civil d'autre part. Les personnes pouvant bénéficier d'un congé de paternité/parental doivent être informées du fait que le congé de paternité/parental ne doit pas entrer en conflit avec leurs obligations en matière de réadaptation et de réinsertion professionnelles ordonnées par l'AI ou avec leur astreinte au service militaire, civil ou de protection civile qui piment un congé de paternité/parental prévu par le seul droit cantonal.

En vous souhaitant plein succès dans la suite de ce projet, nous vous prions d'agréer, Madame, nos salutations distinguées.

Secteur Prestations AVS/APG/PC


Mario Christoffel, chef du secteur



REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE
Département de la solidarité et de l'emploi

Direction générale de l'action sociale

DSE - DGAS
24, avenue de Beau-Séjour
1206 Genève

Office fédéral des assurances sociales
Madame Beatrix de Cupis
Cheffe du secteur prestations
AVS/APG/PC
Effingerstrasse 20
3003 Berne

N^{réf.} : AW/ab
V^{réf.} :

COPIE

Genève, le 19 octobre 2007

Concerne : **Projet de loi 10105 modifiant la loi instituant une assurance en cas de maternité et d'adoption (J 5 07) (En vue de l'institution d'un congé de paternité et d'un congé parental)**

Chère Madame,

Les députés verts ont déposé devant le Grand Conseil genevois un projet de loi ayant pour but de créer une allocation de paternité pendant 14 jours ainsi qu'une allocation parentale pendant 120 jours ouvrés (correspondant à 24 semaines).

A cet effet, ils proposent de modifier la loi cantonale instituant une assurance en cas de maternité et d'adoption, du 21 avril 2005, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2005 (J 5 07 - LAMat), laquelle se fonde sur l'article 16h de la loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité, du 25 septembre 1952 (LAPG).

Au vu des futurs travaux en commission parlementaire, je me permets de vous transmettre ci-joint ce projet de loi en vous demandant de bien vouloir vous prononcer sur sa compatibilité avec le droit fédéral.

Il résulte de la correspondance échangée avec votre office en 2004 que, pour le principe, rien ne s'oppose à ce que les cantons créent un congé parental pouvant être indifféremment accordé au père ou à la mère. Votre office avait toutefois notamment soutenu que, pour ce faire, les cantons ne pourraient pas se baser sur l'article 16h LAPG et ne pourraient pas non plus utiliser un mode de financement fondé sur l'article 16h LAPG.

... / ...

Si vous deviez dès lors estimer que le projet de loi pose à ce stade des problèmes de compatibilité avec le droit fédéral, pourriez-vous nous indiquer quelles seraient alors des solutions ou des pistes envisageables pour la création d'un congé de paternité et d'un congé parental, tels que proposés par le présent projet de loi, qui seraient conformes au droit fédéral ? Je vous saurai gré si vous pouviez me répondre avant la fin du mois de novembre 2007.

Je vous remercie par avance pour votre précieuse collaboration, et vous prie de croire, Madame, à l'expression de mes sentiments distingués.



Anja Wyden
Directrice