

Révision partielle de la CIIS du 23 novembre 2018 : Explications

Remarque préliminaire

En mars 2018, le Comité CDAS a décidé de consulter les directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales et la Principauté du Liechtenstein sur la modification de la réglementation des compétences pour le domaine A. La consultation a duré du 19 mars 2018 au 29 juin 2018. Un projet d'explications a également été mis en consultation.

Les résultats de la consultation sont disponibles dans le rapport de consultation du mois de juillet 2018. Au besoin, les présentes explications ont été révisées sur la base des réponses reçues des cantons et servent de référence à la Conférence de la convention CIIS pour la prise de décision.

En outre, nous aimerions souligner qu'il reste un commentaire relatif à la CIIS du 7 décembre 2007, ayant à l'époque été approuvé par la CSOL CIIS et le Comité CDAS. Il doit être remanié en raison de la révision partielle de l'art. 2, al. 1 et l'art. 4, let. d, CIIS et complété concernant les autres dispositions. Le secrétariat général de la CDAS s'en chargera après la prise de décision de la Conférence de la convention CIIS.

1. Contexte

La Convention intercantonale relative aux institutions sociales (CIIS) du 13 décembre 2002 statue que qui doit assumer les coûts lorsque des enfants, des adolescents et des adultes vivent dans une institution sociale reconnue par la CIIS hors de leur canton de domicile. Le domaine A de la CIIS concerne les institutions de type résidentiel pour les personnes jusqu'à l'âge de 20 ans révolus ou, sous certaines conditions, au plus jusqu'à la fin de leur formation initiale. Il comprend également les séjours ordonnés en vertu du droit pénal des mineurs. Tous les cantons ont adhéré au domaine A de la CIIS.

En vertu de la CIIS, c'est le canton de domicile de la personne sollicitant les prestations qui est redevable de la compensation des coûts. Conformément à la CIIS, le canton de domicile correspond au domicile civil (art. 4, let. d, CIIS). Ces dernières années, la définition du domicile civil a suscité de plus en plus de litiges, notamment en lien avec l'autorité parentale conjointe. En effet, d'importantes questions juridiques n'ont pas été éclaircies en ce qui concerne la définition du domicile civil des mineurs. Il n'est pas rare que le domicile légal se trouve au lieu de l'institution (Art. 25, al. 1 [deuxième partie de la phrase], CC), ce qui implique la compétence financière du canton répondant. Ceci va à

l'encontre de l'esprit et de la finalité de la CIIS. La même problématique peut surgir lorsqu'une personne devient majeure alors qu'elle séjourne dans une institution et, en vertu de l'art. 23, al. 2, CC, établit son domicile à l'emplacement de l'institution, parce que son centre de vie se situe au même endroit.

Le groupe de travail Réglementation relative au domicile dans le domaine A a commencé son activité dès l'automne 2013. Il a été chargé d'étudier les incidences de l'autorité parentale conjointe sur la compétence relative à la garantie de prise en charge des frais en vertu de la CIIS. Il a détecté un besoin d'éclaircissement juridique. Sur la base de cette analyse de situation, la CSOL CIIS a soumis au Comité CDAS plusieurs propositions en vue d'approfondir la question.

En mars 2016, le Comité CDAS a donc mandaté une étude juridique d'interprétation de l'art. 25, al. 1, CC. En outre, il a chargé son organe spécialisé, la Conférence suisse des offices de liaison CIIS, de formuler une dérogation pour le domaine A de la CIIS.

2. Cadre juridique

2.1 Étude juridique du 30 septembre 2017

Le SG CDAS a chargé Karin Anderer, docteur en droit, d'effectuer une étude juridique¹. Le groupe de travail Réglementation relative au domicile, composé de représentantes et de représentants de toutes les régions CIIS et placé sous la direction du Secrétariat CIIS, a accompagné les travaux et participé de manière déterminante à la formulation de la nouvelle dérogation. L'étude juridique sur la réglementation relative au domicile du domaine A de la CIIS a été finalisée le 30 septembre 2017.

L'étude analyse de manière approfondie l'art. 25 CC et ses liens avec les autres articles de ce dernier qui règlent la question de la domiciliation et de la résidence. Les configurations familiales telles qu'elles sont vécues aujourd'hui engendrent, plus souvent que présumé, que le domicile légal des mineurs se situe sur leur lieu de résidence, donc dans le canton répondant.

La question du lien de l'art. 25 CC avec l'art. 23 CC apparaît controversée et n'a jusqu'ici jamais été traitée par le Tribunal fédéral. Selon l'art. 23 CC, le séjour dans une institution de formation ou le placement dans un établissement d'éducation ou un home ne peut pas constituer en soi le domicile. L'étude soutient l'idée que l'art. 23 CC ne peut pas être appliqué aux mineurs, l'art. 25 CC statuant de manière exhaustive sur le domicile des mineurs. Il en résulte une charge de plus en plus lourde pour les cantons répondants si, en vertu de l'art. 25, al. 1, CC, le domicile est établi au lieu de résidence et donc dans la commune d'implantation d'une institution CIIS.

Le domicile légal des mineurs revêt une importance croissante dans le contexte international. Là aussi, il existe des divergences dans la doctrine. Lorsque des enfants de nationalité étrangère vivent en Suisse, il n'est pas clair si le rattachement doit avoir lieu selon le CC ou selon la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP). Dans ce dernier cas, le domicile civil des mineurs se trouve sur leur lieu de résidence habituel, qui peut être un canton répondant. Il est considéré qu'un rattachement strict à la LDIP n'est pas

¹ L'étude juridique de Karin Anderer est disponible sur <http://www.sodk.ch/fr/qui-est-la-cdas/ciis/>.

défendable. Cette question n'a elle non plus jamais dû être examinée par le Tribunal fédéral jusqu'ici.

Dans une seconde partie de l'étude, différentes variantes sont examinées pour régler comment la CIIS peut empêcher qu'un séjour en institution n'entraîne des contraintes financières pour le canton répondant ou la commune dans laquelle l'institution en question est située. Des digressions à propos de la loi fédérale sur la compétence en matière d'assistance des personnes dans le besoin (LAS), du droit relatif aux prestations complémentaires et du financement des soins montrent comment le rattachement pour la compétence financière est réglé dans d'autres domaines.

Les différentes variantes d'une dérogation ont été discutées au sein du groupe de travail Réglementation relative au domicile. Selon le groupe de travail, fournir une garantie de prise en charge des coûts devrait continuer à relever de la compétence du domicile civil. Par conséquent est privilégiée une modification qui se limite aux cas dans lesquels un changement de domicile civil a lieu lors de l'entrée ou du séjour en institution, parce que le domicile de la personne mineure hébergée ne correspond plus à celui des parents ayant droit de garde. Cette solution permet d'éviter que les cantons répondants soient pénalisés.

Les résultats de l'étude juridique ont été abordés durant la séance de la CSOL CIIS du 3 novembre 2017. Le groupe de travail Réglementation relative au domicile a été chargé de formuler une dérogation pour certains cas dérogeant au domicile civil.

2.2 Arrêt du Tribunal fédéral du 21 novembre 2017

Le 21 novembre 2017, le Tribunal fédéral a statué sur un litige concernant la compétence financière de l'hébergement d'un enfant en institution du domaine A de la CIIS². La commune G. du canton de Schwyz a adopté la position selon laquelle le domicile civil de l'enfant se situerait dans la commune de l'institution choisie par l'APEA d'Ausserschwyz pour son placement extrafamilial, c'est-à-dire dans la commune d'U. dans le canton de St-Gall. Par conséquent, la CIIS ne serait pas applicable, la compensation des coûts en vertu de la CIIS ne relevant donc ni de la compétence du canton de Schwyz, ni de celle de la commune de G.

Concernant la situation qui lui a été soumise pour examen, le Tribunal fédéral a retenu que les dispositions relatives au domicile conformément au CC prévues à l'art. 4, let. D de la CIIS et assimilables au droit intercantonal ou cantonal empêchent ou tout du moins rendent excessivement difficiles l'application du droit fédéral, c'est-à-dire un hébergement selon l'art. 310, al. 1, CC. Ceci constitue une violation de l'art. 48, al. 3, Cst., respectivement de l'art. 49, al. 1, Cst. À l'échelon intercantonal, il convient donc de ne pas se fonder sur la CIIS pour définir le canton de domicile. Au lieu de cela, il convient de se baser sur le droit fédéral régissant les compétences en matière d'assistance aux nécessiteux (LAS) dans un contexte intercantonal, plus précisément sur le domicile d'assistance défini à l'art. 7, al. 3, let. c, LAS. Partant, la commune G. du canton de Schwyz serait compétent pour l'octroi de la garantie (subsidaire) de paiement.

² La décision du Tribunal fédéral a été publiée dans le Recueil officiel des décisions du Tribunal fédéral (ATF 143 V 451).

3. Mesures à prendre et objectifs à définir

Suite à cet arrêt du Tribunal fédéral, la base légale régissant les compétences pour la prise en charge des coûts dans le domaine A de la CIIS doit être soumise à un réexamen global.

Le Tribunal fédéral confirme sans ambiguïté le besoin de modifier la CIIS traitant le domaine A. Il a en effet constaté dans un cas concret qu'en tant que droit intercantonal l'art. 4, let. d, CIIS peut empêcher ou du moins rendre excessivement difficile un hébergement ordonné en vertu de l'art. 310, al. 1, CC. Il y a donc lieu de modifier impérativement la CIIS afin de la rendre (de nouveau) conforme au droit fédéral et d'éviter une situation allant à l'encontre de l'esprit et de la finalité de la CIIS.

Pour les situations intercantionales, le Tribunal fédéral a jugé que le domicile d'assistance prévu dans la LAS serait déterminant plutôt que la réglementation des compétences définies dans les dispositions de la CIIS. La CIIS part toutefois du principe que l'hébergement dans le domaine A ne revêt une pertinence en matière de droit social uniquement dans la mesure où il s'agit de participation des débiteurs alimentaires (art. 22 CIIS). Concernant les coûts résiduels à couvrir (hors canton), il a en revanche toujours été parti du principe qu'il s'agissait de subventions destinées aux institutions et que, partant, la LAS ne s'applique nullement. Par ailleurs, la CIIS n'a pas seulement pour but d'assurer la protection du canton ou de la commune répondant en matière de coûts de l'aide sociale, mais aussi de ceux qui ne relèvent pas de l'aide sociale et pour lesquels la réglementation des compétences selon la LAS ne s'applique de toute façon pas. Pour les coûts non liés à l'aide sociale, il est donc tout indiqué que la CIIS réglemente ses propres compétences, et, au besoin, celles qui diffèrent de la LAS.

Un changement de système au sein de la CIIS – c.-à-d. passer du domicile civil au domicile d'assistance – serait excessif. Il suffit qu'une dérogation soit créée dans la CIIS pour la problématique identifiée en matière de détermination du domicile civil, c'est-à-dire pour les cas subsidiaires (art. 25, al. 1, CC, deuxième partie de la phrase) et lorsqu'une personne placée devient majeure.

Avec la nouvelle dérogation proposée, la CIIS sera adaptée de manière à éviter la pénalisation du canton ou de la commune répondant dans le domaine A de la CIIS, malgré la constitution de domicile par une personne mineure dans un établissement au sens de l'art. 25, al. 1, CC, deuxième partie de la phrase. Cet objectif est conforme à l'esprit de l'arrêt du Tribunal fédéral. Après l'entrée en vigueur de la modification de la CIIS, il ne sera plus nécessaire de faire en sorte qu'un résultat conforme au droit fédéral soit obtenu par le biais de la formule auxiliaire créée par le Tribunal fédéral que constitue le recours à la LAS, si cela devait également s'appliquer dans d'autres cas.

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la modification de la CIIS, on peut supposer qu'un désavantage géographique en raison du domicile civil à l'endroit où le domaine A a été établi pourrait être contesté avec succès auprès du Tribunal fédéral. Le Comité recommande donc aux cantons d'appliquer la modification proposée déjà à partir du 1^{er} janvier 2019, même s'ils ne sont pas tenus de le faire.³

³ Recommandation du Comité du 7 septembre 2018 concernant la modification de la CIIS du 23 novembre 2018 avant son entrée en vigueur (art. 5, al. 1bis).

4. Explications sur les différentes modifications

Les modifications apportées sont expliquées en détail ci-dessous.

Art. 2, al. 1, let. A, 2^e phrase

La révision partielle de la CIIS permet d'adapter la dernière phrase à l'art. 2, al. 1, let. A CIIS. La seule modification se réfère à l'augmentation de la limite d'âge de 22 ans révolus à 25 ans révolus. Cette modification est judicieuse, car depuis le 1^{er} juillet 2017 la limite d'âge est fixée à 25 ans révolus en raison de la modification de l'art. 19, al. 2 du Droit pénal des mineurs (RS 311.1). Le 27 janvier 2017, le Comité CDAS recommandait déjà aux cantons signataires de garantir la compensation des frais jusqu'à 25 ans révolus. Cette recommandation est également mentionnée dans une note de bas de page de la CIIS. Cela permet à la CIIS d'avoir la même limite d'âge que le Droit pénal des mineurs sous forme d'obligations légales contraignantes.

Art. 5, al. 1^{bis} (nouveau)

Il peut exister plusieurs cas de figure où des personnes mineures ou majeures séjournant dans une institution du domaine A de la CIIS établissent leur domicile civil au lieu où se trouve cette dernière. Comme le démontre le Tribunal fédéral dans son arrêt du 21 novembre 2017, il en résulte des situations incompatibles avec l'esprit et la finalité de la CIIS. Ces cas ont particulièrement augmenté depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} juillet 2014, de la nouvelle réglementation instaurant l'autorité parentale conjointe en tant que règle. Cette dernière s'applique ainsi plus fréquemment dans les configurations où les parents ont des lieux de domicile différents. Contrairement à la situation qui prévalait à l'entrée en vigueur de la CIIS en 2006, ce ne sont donc plus seulement des cas particuliers qui peuvent produire des effets contraires au système. La modification de la CIIS doit protéger les cantons répondants contre des charges excessives.

La réglementation ne prévoit de déterminer le rattachement à un domicile différent du domicile civil que dans les cas où la personne concernée a établi celui-ci au lieu de l'institution en raison de son entrée ou pendant son séjour en institution. Ce n'est pas le cas tant que le domicile civil est défini en fonction de celui des parents. Contrairement à la LAS, cette règle implique que le domicile civil de l'enfant peut changer pendant son placement dans une institution du domaine A. Si, par exemple, les parents vont vivre dans le canton répondant et que le domicile civil peut être dérivé des parents, le canton répondant devient canton de domicile et la situation n'est plus pertinente au niveau intercantonal.

La dérogation ne s'applique donc pas pour les mineurs dans les configurations suivantes.

- L'un des parents détient seul l'autorité parentale.
- Les parents partagent l'autorité parentale et ont le même domicile civil, car ils habitent dans le même canton ;
- Les parents ayant la garde parentale conjointe et des domiciles différents, la garde exclusive incombant à un seul parent (attribution formelle de la garde)⁴.

⁴ Il s'agit d'une garde qui a été officiellement attribuée dans le cadre d'une mesure protectrice de l'union conjugale, d'un procès de divorce, d'une mesure de protection de l'enfant ou avec l'approbation d'un accord de garde. Il peut en outre s'agir d'une garde attribuée formellement, si elle a été convenue entre les parents, conformément à l'art. 134, al. 3, CC et à l'art. 298a, al. 2, ch. 2, CC.

La dérogation s'applique donc d'une part quand survient un cas « subsidiaire » au sens de l'art. 25, al. 1, CC, deuxième partie de la phrase. Ceci est le cas par exemple pour les parents ayant l'autorité parentale conjointe et des domiciles différents, lorsque :

- le droit de déterminer le lieu de résidence au sens de l'art. 310 CC a été retiré ;
- la garde est alternée, et qu'au lieu de régler la garde, est réglée la participation à la prise en charge ;
- l'enfant avait déjà un domicile indépendant déterminé par son lieu de résidence avant son placement dans une institution CIIS (par ex. en cas d'hébergement dans une famille d'accueil).
- le modèle de garde alternée est contesté et qu'il manque une attribution formelle de la garde.

Un cas « subsidiaire » existe également dans les constellations suivantes :

- pendant la période où l'APEA n'a pas encore attribué de tutrice ou de tuteur à un enfant qui n'est pas ou plus sous la garde parentale ;
- chez des parents dont le domicile civil n'est pas connu.

Le rattachement à un domicile différent s'applique également lorsque l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA) établit ou reprend une mesure de tutelle au lieu de résidence (art. 25 al. 2 CC) ou lorsqu'une situation internationale conduit à établir le domicile au lieu de résidence (art. 20 al. 2 LDIP). Si la personne mineure passe dans une autre institution CIIS, le dernier domicile civil dérivé reste compétent pour fournir la garantie de prise en charge des coûts à la nouvelle institution.

Toutefois, en l'absence d'un dernier domicile dérivé en Suisse, la garantie de prise en charge des coûts demeure la responsabilité du canton répondant. Cela peut être le cas dans de rares circonstances, par exemple lorsqu'un orphelin de père et de mère résidant à l'étranger jusqu'alors est rapatrié en Suisse pour être placé directement dans une institution.

La réglementation ne remet pas en cause l'établissement du domicile au lieu de résidence. Cela peut par exemple amener à un changement de l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte compétente. L'enfant mineur peut également établir son domicile au lieu de l'institution lorsqu'il devient majeur pendant qu'il y réside. Dans ce dernier cas, le caractère déterminant de l'art. 23 CC devrait cependant aussi être vérifié.

Art. 39 (nouveau titre) : Entrée en vigueur de la CIIS du 13 décembre 2002

L'article 39 de la CIIS doit maintenant être complété par un titre, car le point VI.III contient désormais deux articles.

Art. 39^{bis} Entrée en vigueur de la révision partielle de la CIIS du 23 novembre 2018 (nouveau)

Alinéa 1 : une disposition transitoire est nécessaire pour déterminer à partir de quand les dispositions modifiées de la CIIS produiront leurs effets juridiques et ce qu'il advient des placements existants. La dérogation sera applicable à tous les placements en cours et aux nouvelles garanties de prise en charge des coûts dès leur entrée en vigueur. Les garanties de prise en charge des coûts existantes pour lesquelles la nouvelle dérogation amène à un changement de la compétence ne seront plus valables. Il n'est donc pas nécessaire de les résilier. Il ne peut en revanche pas être invoqué que les coûts encourus jusqu'à présent soient versés rétroactivement en raison du changement au niveau de la

compétence. Les offices de liaison CIIS seront informés en détail par la CSOL CIIS au moment de l'entrée en vigueur de la procédure à suivre, y compris pour déterminer les cas qui, en raison du changement des compétences, conduisent à une nouvelle situation intercantonale.

- Alinéa 2 : La CIIS ne contient pas de dispositions déterminant comment il faut procéder lors d'une révision partielle. Sur le modèle de l'art. 14 Cst. sur la péréquation financière et la compensation des charges du 3 octobre 2002, nous proposons comme condition à l'entrée en vigueur de la révision partielle qu'au moins 18 cantons signataires y adhèrent (à l'exception de la Principauté du Liechtenstein). Un canton n'ayant pas encore adhéré à la révision partielle de la CIIS du 23 novembre 2018 lorsque le quorum est atteint, dispose des options suivantes : Il adhère à la révision partielle jusqu'au moment de l'entrée en vigueur ou à tout moment par la suite ;
- Il quitte le domaine A ;
- Il résilie la CIIS sur la base de l'art. 38 de la CIIS.

Pour un canton qui n'aura pas encore ratifié la révision partielle de la CIIS à la date de son entrée en vigueur, la CIIS continuera à être appliquée dans sa version actuelle. Dans les rapports avec un canton qui n'a pas non plus adhéré à la révision partielle, la réglementation de l'ancienne CIIS sera appliquée. Dans les rapports avec un canton qui vient d'adhérer à la révision partielle, c'est aussi l'ancienne version, étant donné que les deux parties y adhèrent. Une garantie de prise en charge des coûts existante pourrait être résiliée par le canton qui a adhéré envers le canton qui n'a pas adhéré à la date de l'entrée en vigueur, sans respecter les délais de résiliation. Cependant, il est aussi possible qu'un canton signataire qui a déjà adhéré à la révision partielle refuse l'hébergement dans une école spécialisée ou un home pour enfants ou pour adolescents d'une personne provenant d'un canton qui n'y a pas encore adhéré. Il est aussi possible que dans un tel cas, un canton accepte uniquement un placement hors canton dans le domaine A, si la nouvelle réglementation des compétences de la CIIS est applicable en cas de litige.

Alinéa 3 : le Comité CC doit ensuite fixer la date de l'entrée en vigueur dans le délai d'un an, après avoir atteint le quorum, conformément à l'al. 2. Il serait opportun que l'entrée en vigueur de la révision partielle du 23 novembre 2018 ait lieu au début (1^{er} janvier) ou au milieu (1^{er} juillet) de l'année. Compte tenu de la durée divergente des procédures de ratification dans les cantons, la date la plus proche à prendre en considération est le 1^{er} janvier 2020.