



Message 2020-DSAS-69

16 mars 2021

du Conseil d'Etat au Grand Conseil accompagnant le projet de loi sur l'aide au recouvrement et l'avance de contributions d'entretien (LARACE)

1. Introduction	2
2. Contexte de la révision	2
2.1. Aide en matière de prestations d'entretien	2
2.2. Avance de contributions d'entretien	2
2.3. Aide au recouvrement	2
3. Travaux au niveau fédéral	3
3.1. Rapport «Harmonisation de l'avance sur contributions d'entretien et de l'aide au recouvrement»	3
3.2. Recommandations de la Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales	3
3.3. Révision du droit de l'entretien de l'enfant	3
3.4. Ordonnance fédérale sur l'aide au recouvrement des créances d'entretien du droit de la famille du 6 décembre 2019	3
4. Processus législatif cantonal	3
5. Nécessité d'une loi séparée	4
6. Résultats de la consultation	4
7. Commentaire des articles	4
7.1. Dispositions générales	4
7.2. Avance de contributions d'entretien	5
7.2.1. Principes	5
7.2.2. Modalités	7
7.2.3. Remboursement et prescription	10
7.2.4. Observation	10
7.2.5. Financement	12
7.3. Aide au recouvrement	12
7.4. Voies de droit	14
7.5. Dispositions finales	14
8. Conséquences financières et en personnel	15
8.1. Conséquences financières	15
8.2. Conséquences en personnel	15
9. Effet sur le développement durable	17
10. Constitutionnalité, conformité au droit fédéral et eurocompatibilité	17
11. Référendum législatif et financier	17

1. Introduction

Les réflexions menées aux niveaux suisse et intercantonal en vue de l'harmonisation des règles sur l'aide au recouvrement et l'avance de contributions d'entretien ont conduit à l'adoption, en 2013 d'une part, de recommandations sur l'aménagement de l'avance, et en 2019 d'autre part, d'une ordonnance fédérale sur l'aide au recouvrement.

S'agissant du droit de fond, le Parlement fédéral a introduit en 2015 une nouvelle manière de calculer les contributions de l'enfant, y intégrant le coût de la prise en charge assurée par l'un des parents et permettant ainsi de supprimer les inégalités de traitement entre les enfants de parents mariés ou divorcés et ceux de parents non mariés.

Au niveau cantonal, en 2012, lors de la révision de la loi d'application du code civil suisse (LACC; RSF 210.1), le législateur a décidé que les domaines de l'aide au recouvrement et de l'avance de contributions d'entretien feraient l'objet d'une loi séparée.

L'arrêté cantonal régissant actuellement le versement des avances de contributions d'entretien date de plus de 25 ans. Depuis lors, la structure et la composition de la cellule familiale ainsi que les rôles au sein de celle-ci ont sensiblement évolué. En particulier, l'indépendance économique des femmes tend à s'accroître de manière générale.

Enfin, le Grand Conseil a adopté, le 16 octobre 2019, une motion demandant l'augmentation de l'avance en faveur du dernier enfant.

Tous ces motifs commandent l'adaptation des règles cantonales en matière d'aide au recouvrement et d'avance de contributions d'entretien. Le droit fédéral régissant désormais presque exhaustivement le domaine de l'aide au recouvrement, la présente loi concerne principalement le domaine de l'avance.

2. Contexte de la révision

2.1. Aide en matière de prestations d'entretien

L'aide au recouvrement et l'avance de contributions d'entretien fournies par l'Etat poursuivent un but social, celui d'assurer l'entretien des enfants, des conjoint-e-s et des partenaires enregistré-e-s lorsque la personne débitrice ne s'acquitte pas de ses obligations et, ainsi, de prévenir le risque de pauvreté. Ensemble, elles constituent les deux volets de ce qu'on appelle l'«aide en matière de prestations d'entretien».

Cette aide est destinée aux personnes auxquelles les contributions d'entretien ne sont pas versées intégralement, ponctuellement, ou ne sont versées qu'irrégulièrement, voire pas du tout. Or, si les bénéficiaires des contributions d'entretien peuvent en principe être des femmes, des enfants ou des hommes, il s'agit en pratique généralement de femmes et d'enfants, tandis que les personnes débitrices sont dans la plupart des cas des hommes. La situation peut être très problématique pour les femmes et enfants vivant dans des ménages monoparentaux, particulièrement menacés par la pauvreté. D'après la statistique de l'aide sociale relative à l'année 2017, 98,6% des personnes sollicitant des avances de contributions d'entretien sont des femmes. Garantir les prestations d'entretien par le biais de l'aide au recouvrement et de l'avance de contributions d'entretien est par conséquent nécessaire du point de vue de la politique sociale¹.

2.2. Avance de contributions d'entretien

La collectivité publique peut avancer des contributions d'entretien lorsque la personne débitrice de l'entretien ne satisfait pas à ses obligations en la matière. L'avance a pour but d'assurer le paiement d'un montant défini par le droit cantonal, qui devrait permettre à la personne créancière de couvrir ses besoins vitaux.

Le code civil invite les cantons à mettre en place un service d'avances tant pour les conjoint-e-s que pour les enfants (art. 131a al. 1 et 293 al. 2 CC). Le domaine de l'avance de contributions d'entretien relève du droit public cantonal. Tous les cantons se sont dotés d'une base légale pour l'avance de contributions d'entretien pour enfants, tandis que seuls le canton de Zoug et les cantons romands, à l'exception du canton de Vaud (suppression de l'avance pour les conjoint-e-s et ex-conjoint-e-s en 2018), reconnaissent un droit à l'avance de contributions d'entretien aux conjoint-e-s et ex-conjoint-e-s.

2.3. Aide au recouvrement

A la différence de l'avance de contributions d'entretien, l'aide au recouvrement ne consiste pas en des versements de fonds publics à la personne créancière. L'aide au recouvrement, régie par les art. 131 al. 1 et 290 al. 1 CC, vise à soutenir la personne créancière dans les démarches nécessaires à l'encaissement des créances d'entretien fixées dans un titre d'entretien, telles que l'engagement de poursuites ou le dépôt

¹ Rapport explicatif de l'Office fédéral de la justice du 6.12.2019 relatif à l'Ordonnance fédérale sur l'aide au recouvrement des créances d'entretien du droit de la famille (ci-après: Rapport explicatif relatif à l'OAiR), p. 4.

de demandes auprès des autorités judiciaires compétentes, qu'elles soient civiles ou pénales.

L'aide au recouvrement est à disposition de toute personne créancière qui en fait la demande, ce qui inclut celle qui ne recevrait pas d'avance de contributions d'entretien. En d'autres termes, l'aide au recouvrement peut intervenir alors même que les conditions d'octroi de l'avance de contributions d'entretien ne sont pas remplies.

3. Travaux au niveau fédéral

3.1. Rapport «Harmonisation de l'avance sur contributions d'entretien et de l'aide au recouvrement»

En juin 2006, le Conseil national a accepté le postulat (06.3003) de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national (CSSS-N) du 13 janvier 2006 demandant l'harmonisation de la législation régissant l'avance et le recouvrement des pensions alimentaires.

En réponse à ce postulat, le Conseil fédéral a adopté, le 4 mai 2011, le rapport «Harmonisation de l'avance de contributions d'entretien et de l'aide au recouvrement» (Rapport Harmonisation), qui présente l'évolution, les formes et les objectifs de l'aide au recouvrement et de l'avance de contributions d'entretien. Ce rapport conclut que le but visé par le législateur au travers de l'aide en matière de prestations d'entretien – soit celui de garantir le droit à l'entretien – n'est que partiellement atteint dans les cantons.

Une initiative parlementaire a été déposée le 20 juin 2019 au Conseil national en vue d'assurer le versement de l'avance aux conjoint-e-s et partenaires enregistré-e-s dans tous les cantons.

3.2. Recommandations de la Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales

La nécessité d'harmoniser les bases légales dans le domaine de l'avance de contributions d'entretien est reconnue¹. A l'heure actuelle, une telle harmonisation n'a pas été réalisée et il n'est pas possible de prévoir si, quand et de quelle manière elle le sera². Un premier pas en ce sens a été fait par la Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales (CDAS), qui a élaboré des recommandations relatives à l'aménagement de l'avance de contributions d'entretien, adoptées le 28 juin 2013 (ci-après: Recommandations CDAS).

3.3. Révision du droit de l'entretien de l'enfant

Le droit de l'entretien de l'enfant révisé par le Parlement fédéral le 20 mars 2015, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2017, a en particulier intégré dans la contribution d'entretien en faveur de l'enfant les coûts indirects de sa prise en charge (art. 285 al. 2 CC). Ces coûts correspondent au solde mensuel déficitaire du parent gardien découlant directement de la prise en charge de l'enfant.

Donnant suite à l'engagement pris par le Conseil fédéral dans son Rapport Harmonisation, le législateur a, en outre, pour améliorer et uniformiser les dispositions régissant l'aide au recouvrement au niveau suisse, introduit aux art. 131 al. 2 et 290 al. 2 CC, une délégation de compétence en faveur du Conseil fédéral, pour qu'il puisse édicter une ordonnance à ce sujet.

3.4. Ordonnance fédérale sur l'aide au recouvrement des créances d'entretien du droit de la famille du 6 décembre 2019

A compter de l'entrée en vigueur de l'ordonnance fédérale sur l'aide au recouvrement des créances d'entretien du droit de la famille (Ordonnance sur l'aide au recouvrement, OAiR) du 6 décembre 2019³, prévue pour le 1^{er} janvier 2022, l'aide au recouvrement des contributions d'entretien sera régie de manière uniforme en Suisse par des règles fédérales qui remplaceront les règles cantonales actuellement en vigueur. Seules quelques questions d'exécution devront être traitées dans la législation cantonale (cf. titre 3, art. 22 à 26).

4. Processus législatif cantonal

Les domaines de l'aide au recouvrement et des avances de contributions d'entretien sont actuellement régis dans le canton par un arrêté du Conseil d'Etat du 14 décembre 1993 (Arrêté fixant les modalités du recouvrement des créances d'entretien et du versement d'avances pour l'entretien des enfants, des conjoint-e-s ou des ex-conjoint-e-s [ARCE], RSF 212.0.22).

Lors de l'adoption, le 10 février 2012, de la LACC révisée, le Grand Conseil a réservé à la législation spéciale les domaines du recouvrement et de l'avance de pensions alimentaires (art. 2 al. 1 let. d). A titre de disposition transitoire, il a maintenu l'application des dispositions de l'ARCE jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi cantonale sur le recouvrement et les avances de pensions alimentaires (art. 89 al. 2 let. a).

Les travaux d'adaptation de l'ARCE ont été entamés au cours de l'année 2009, avant d'être suspendus, dans l'attente de la modification du droit de l'entretien de l'enfant et de l'adoption de règles fédérales uniformes sur l'aide au recouvrement.

¹ Message du Conseil fédéral Entretien de l'enfant du 29 novembre 2013, FF 2014 527.

² Rapport explicatif relatif à l'OAiR, p. 9.

³ RO 2020 7.

Le 16 octobre 2019, le Grand Conseil a adopté la motion des députés Elias Moussa et Bertrand Morel qui demandait au Conseil d'Etat de modifier la LACC, dans le but de fixer directement dans cette loi le montant et les modalités de l'avance de contributions d'entretien en faveur des enfants, des conjoint-e-s et des ex-conjoint-e-s, et d'augmenter le montant maximal de l'avance pour les pensions en faveur de l'enfant à 650 francs par mois pour le dernier enfant, lorsqu'il n'y a pas de pension pour le père ou la mère. Le projet répond à cet instrument parlementaire.

5. Nécessité d'une loi séparée

Le législateur de 2012 a réservé le domaine de l'aide au recouvrement et de l'avance de contributions d'entretien à la législation spéciale. Pour se conformer au mandat initial du législateur, le Conseil d'Etat privilégie l'adoption d'une loi spéciale par rapport à la modification de la LACC demandée par les motionnaires.

6. Résultats de la consultation

La procédure de consultation externe s'est déroulée du 2 septembre au 2 décembre 2020. 79 entités ont été consultées et 19 se sont déterminées sur l'avant-projet de loi.

Une entité consultée a proposé une modification de la systématique de la loi. Sa proposition a été suivie, de sorte que l'actuel projet diffère de l'avant-projet dans sa construction.

L'augmentation de l'avance de contributions d'entretien en faveur de l'enfant a été unanimement saluée dans son principe.

Certaines entités consultées regrettent l'exclusion des conjoint-e-s et ex-conjoint-e-s du droit à l'avance, faisant valoir qu'il s'agit d'une régression des prestations sociales, notamment pour des femmes seules vivant modestement. Même si le juge civil alloue moins souvent des contributions d'entretien aux conjoint-e-s et ex-conjoint-e-s, le droit à l'avance devrait demeurer possible dans les cas restants. S'agissant de la prise en compte des revenus et fortune, des voix se sont exprimées contre l'assimilation du concubinage stable au mariage, relevant entre autres motifs que les concubin-e-s ne doivent pas assister leur partenaire dans l'accomplissement de son obligation d'entretien envers les enfants non commun-e-s. Pour ce qui est de l'avance en faveur de l'enfant, une entité suggère de charger le Conseil d'Etat d'en fixer le montant maximal, d'autres proposent de suivre la recommandation de la CDAS d'en porter le plafond au montant maximal de la rente simple d'orphelin.

Certain-e-s souhaiteraient l'ajout d'une clause pénale en cas d'abus. Ils ou elles estiment que le simple remboursement de prestations indûment touchées n'est pas suffisant pour dissuader les potentiel-le-s abuseur-euse-s.

Enfin, des doutes sont apparus quant à la constitutionnalité de l'observation de la personne créancière. Une entité consultée propose en conséquence de renoncer à la mesure d'observation. Une autre suggère que la décision de faire observer une personne soit soumise à contrôle judiciaire. Les objections émises à ce propos seront abordées en détail dans le commentaire des dispositions concernées.

Pour ce qui est des autres remarques émises en consultation, certaines ont été prises en compte. Celles qui ne l'ont pas été seront, dans la mesure nécessaire, abordées dans le commentaire, en regard des articles concernés.

7. Commentaire des articles

7.1. Dispositions générales

Art. 1 But

A compter de l'entrée en vigueur de l'OAiR, au 1^{er} janvier 2022, le domaine du recouvrement sera régi par le droit fédéral. La nouvelle loi cantonale comporte, dès lors, principalement des règles sur l'avance de contributions d'entretien, ainsi que quelques dispositions sur le recouvrement, là où le droit fédéral laisse une large de manœuvre aux cantons.

Art. 2 Autorité compétente

La réglementation d'exécution désignera l'autorité compétente. Cette façon de faire permet d'éviter un changement de loi si l'autorité compétente venait à changer de nom.

Art. 3 Tâches de l'autorité compétente

Dans la pratique, la première aide qui est souvent requise par les personnes qui s'adressent à l'autorité consiste en de simples renseignements (let. a). Selon la lettre c, l'autorité est chargée du recouvrement des contributions d'entretien et de l'avance elle-même. En application de l'art. 3 al. 2 OAiR, elle prête enfin son aide au recouvrement des allocations familiales lorsqu'elle est saisie d'une demande d'aide au recouvrement des contributions d'entretien (let. d).

Art. 4 Demande de renseignements à d'autres autorités

Selon l'art. 7 OAiR, l'office spécialisé peut obtenir gratuitement d'autres autorités communales, cantonales ou fédérales les renseignements nécessaires pour accomplir sa tâche, sur demande écrite et motivée. Selon le rapport explicatif rela-

tif à l'OAIr, une aide au recouvrement efficace présuppose que l'office spécialisé dispose de renseignements complets et actuels sur la situation personnelle, professionnelle et patrimoniale de la personne débitrice. Pour que l'aide au recouvrement soit efficace, il est indispensable que les offices spécialisés puissent accéder aux informations nécessaires pour accomplir la mission qui leur est confiée par la loi (art. 131 al. 1 et 290 al. 1 CC) et, par conséquent, que les autorités administratives communales, cantonales et fédérales leur donnent toutes les informations utiles en lien avec la situation de la personne débitrice. Sont en particulier concernés les autorités du contrôle des habitants, de la police des étrangers, les offices des poursuites et faillites, l'administration fiscale et les autorités d'aide sociale.

Le projet prévoit une disposition similaire à celle de l'OAIr pour faciliter l'accomplissement des autres tâches de l'autorité compétente, notamment la détermination du droit à l'avance de la personne créancière. L'autorité pourra ainsi s'adresser par exemple à l'administration fiscale ou à l'autorité d'aide sociale. Contrairement à l'OAIr, la règle ne s'applique pas aux autorités fédérales, auxquelles seule une disposition de droit fédéral peut imposer une obligation.

Le Conseil d'Etat précisera la notion de «renseignements nécessaires».

Il reste que les investigations auprès des autorités doivent rester subsidiaires. Il appartient en effet en premier lieu à la personne créancière, en vertu de son devoir de collaboration, de renseigner sur sa situation personnelle et financière.

7.2. Avance de contributions d'entretien

7.2.1. Principes

Art. 5 Personnes créancières

Alinéa 1: Les bénéficiaires de l'avance de contributions d'entretien sont d'abord les enfants mineur-e et majeur-e, étant précisé que l'enfant majeur-e doit être en formation, conformément au droit civil fédéral (art. 277 al. 2 CC).

En droit actuel, l'avance est accordée jusqu'à l'échéance prévue dans le titre d'entretien, l'ARCE ne prévoyant pas de limite temporelle expresse. La disposition de l'alinéa 1 instaure la limite d'âge de 25 ans pour la perception de l'avance, pour les motifs suivants.

Les contributions d'entretien peuvent être avancées au plus tard jusqu'à la fin de l'obligation fixée dans le titre d'entretien. Neuf cantons octroient une avance en faveur de l'enfant jusqu'à l'échéance prévue dans le titre d'entretien (FR, JU, LU, NE, NW, OW, VD, ZG, ZH). Dans le canton de Neuchâtel, le droit aux avances s'éteint toutefois avant cette limite lorsque l'arriéré des contributions d'entretien correspond au total à 36 mensualités.

Quinze cantons restreignent la durée des avances en fixant un âge limite: sept cantons versent des avances jusqu'à ce que l'enfant ait 25 ans révolus (BE, BS, GL, SH, GR, SG, SO), cinq cantons jusqu'à ce qu'il ou elle ait 20 ans révolus (AG, AR, BL, UR, VS) et trois cantons jusqu'à ce qu'il ou elle ait 18 ans révolus (AI, SZ, TG). Deux cantons appliquent pour leur part d'autres critères: le canton de Genève avance les contributions d'entretien durant une période de 36 mois au maximum, qui peut être prolongée jusqu'à un maximum de 48 mois si l'enfant n'a pas encore atteint l'âge de la scolarité enfantine. Le canton du Tessin avance quant à lui les contributions d'entretien pendant 60 mois au maximum, des exceptions étant possibles.

Dans le Rapport Harmonisation, le Conseil fédéral proposait aux cantons de retenir comme durée maximale de l'avance soit l'échéance prévue dans le titre d'entretien, soit l'âge de 25 ans¹. La CDAS recommande pour sa part aux cantons de prévoir le versement de l'avance conformément au titre d'entretien, mais au plus tard jusqu'à l'âge de 25 ans, considérant que la reprise de la limite d'âge prévue par le droit fédéral pour le droit à la rente d'orphelin (art. 25 LAVS) et le droit à l'allocation de formation professionnelle (art. 3 al. 1 let. b LAFam) serait appropriée².

Alinéa 2: Le droit de l'entretien modifié entré en vigueur le 1^{er} janvier 2017 a introduit une nouvelle manière de calculer les contributions d'entretien en faveur de l'enfant, en ce sens que les coûts de prise en charge de l'enfant (coûts indirects) font désormais partie intégrante de la contribution d'entretien lui revenant exclusivement (art. 285 al. 2 CC). Il arrive ainsi souvent en cas de séparation ou de divorce que la personne débitrice ne dispose plus du solde suffisant pour contribuer à l'entretien de son-sa conjoint-e ou de ex-conjoint-e, après le versement de la contribution d'entretien en faveur de l'enfant. De ce fait, de manière très régulière dans le cas d'une séparation ou d'un divorce où les parties ne perçoivent pas des revenus importants (soit la grande majorité des cas dans lesquels le parent gardien peut requérir le versement de l'avance), le parent gardien n'a plus droit à une contribution d'entretien pour lui-même. La tendance à la diminution des cas de divorce dans lesquels une contribution d'entretien est allouée à l'ex-conjoint-e avait déjà été amorcée avec le nouveau droit du divorce, entré en vigueur en 2000. Ce droit concrétisait en effet, outre le principe de la solidarité entre époux, celui du «clean break», qui postule que, dans toute la mesure du possible, chaque conjoint-e doit subvenir lui-même ou elle-même à ses propres besoins après le divorce et être encouragé-e à acquérir sa propre indépendance économique. La modification du droit à l'entretien, en 2017, n'a fait que renforcer cette tendance.

¹ Rapport Harmonisation, p. 39 s.

² Recommandations CDAS, p. 20, ch. 2.4.2.

Ainsi, dans de très nombreuses situations, le montant de la contribution due à l'enfant a été augmenté et celui de la contribution due à l'ex-conjoint-e s'est vu restreint, voire supprimé.

Seuls cinq cantons ouvrent encore le droit à l'avance aux conjoint-e-s et ex-conjoint-e-s, soit Genève, Jura, Neuchâtel, Valais et Zoug. Genève et Zoug prévoient toutefois une avance uniquement dans l'hypothèse où les conjoint-e-s et ex-conjoint-e-s ont des enfants à charge.

Au début de l'année 2021, le canton comptait 1225 bénéficiaires d'avances, soit 1165 enfants et 60 conjoint-e-s ou ex-conjoint-e-s. Sur ces 60 personnes bénéficiant de l'avance pour conjoint-e-s ou ex-conjoint-e-s, 32 recevaient aussi une avance pour enfant, les 28 autres ne percevant l'avance que pour elles-mêmes.

Le Conseil d'Etat proposait dans l'avant-projet la suppression de l'avance en faveur des conjoint-e-s, ex-conjoint-e-s, partenaires enregistré-e-s et ex-partenaires enregistré-e-s. Sensible aux arguments des opposants à la suppression qui relèvent la régression des prestations sociales que constitue la mesure, il propose non plus de supprimer l'avance en question, mais de la limiter dans le temps.

S'agissant de la fixation des contributions d'entretien pour les enfants, la jurisprudence du Tribunal fédéral prévoit que le parent qui prend en charge l'enfant de manière prépondérante doit en principe exercer une activité lucrative à un taux de 50% dès la scolarisation obligatoire du plus jeune enfant, de 80% dès le début du degré secondaire et de 100% dès ses seize ans¹.

En droit actuel, l'échéance de l'avance est celle prévue dans le titre d'entretien. Le projet restreint le droit à l'avance des conjoint-e-s et ex-conjoint-e-s, y compris des personnes sans enfants, à deux ans à compter du dépôt de la demande ou jusqu'à ce que le dernier enfant commun ou la dernière enfant commune de la personne bénéficiaire et de la personne débitrice ait atteint l'âge de 12 ans révolus. Cette solution permet d'éviter la suppression totale de l'avance pour les ex-conjoint-e-s tout en prenant en compte la jurisprudence fédérale actuelle précitée.

Alinéa 4: L'octroi de l'avance suppose que la personne requérante ait son domicile civil (au sens des art. 23 et suivants CC) dans le canton, qu'elle soit en possession d'un titre d'entretien, c'est-à-dire d'une décision ou convention qui indique le montant de la contribution d'entretien due, et, enfin, que cette dernière ne soit pas ou ne soit que partiellement ou irrégulièrement versée.

Alinéa 5: L'avance de contributions d'entretien constitue une prestation d'aide sociale au sens large². Or, dans le domaine de l'aide sociale, la personne de nationalité étrangère doit être au bénéfice d'une autorisation de séjour valable pour obtenir l'aide sociale ordinaire³. La disposition institue cette même condition dans le domaine de l'avance de contributions d'entretien pour la personne requérante de nationalité étrangère. Celle-ci doit donc être en droit de s'établir dans le canton.

Certaines entités consultées proposent de compléter la disposition en ajoutant que la personne étrangère dans l'attente d'un titre de séjour n'a pas non plus droit aux prestations, tant que le droit au séjour n'est pas établi. Elles relèvent que, selon la pratique du Service de l'action sociale en matière d'aide sociale, les étrangers arrivant dans le canton sans disposer d'un titre de séjour valable ont droit aux prestations d'aide sociale ordinaires complètes durant la procédure de demande du titre de séjour, et cela jusqu'à ce qu'une décision définitive et exécutoire de refus soit rendue, le cas échéant. Or, cette procédure devant le Service de la population et des migrants, voire devant le Tribunal cantonal et le Tribunal fédéral, peut durer longtemps, jusqu'à deux ou trois ans. Sans l'ajout proposé, la personne étrangère pourrait toucher les avances de contributions d'entretien durant toute la procédure relative au titre de séjour. Et en cas de refus définitif de celui-ci les prestations allouées sont indues et devraient être remboursées. Or, la personne bénéficiaire ne sera jamais en mesure de satisfaire à cette obligation (indigence, départ de la Suisse).

Durant la procédure d'octroi du titre de séjour, la personne n'a pas droit à l'avance. Le projet prévoit dans un nouvel alinéa 6 une exception, à régler par le Conseil d'Etat, pour les cas de renouvellement du titre de séjour.

Les mêmes entités proposent de remplacer le terme «résider» par les termes «constituer son domicile principal». Selon elles, le simple fait de «résider» dans le canton est large et ne dit rien sur les différents types de permis de séjour ou d'établissement ni sur le lien avec la constitution du domicile principal qui en résulterait, au sens de l'art. 23 du CC. Or, sans une condition claire de constitution de domicile principal, les avances devraient être accordées pour tout type de permis (permis à durée limitée lié à un but précis, requérant d'asile, NEM et autres).

La proposition ne peut être suivie. La possession d'un titre de séjour autorisant la résidence dans le canton est en effet une condition supplémentaire imposée à la personne de nationalité étrangère. Cette dernière doit aussi remplir les conditions de base de l'alinéa 4, dont la domiciliation dans le canton (let. a).

¹ ATF 144 III consid. 4.7.6.

² ATF 137 III 193 consid. 3.4 p. 200.

³ Assistance des personnes étrangères d'Etats tiers, notice de la Conférence suisse des institutions d'action sociale, CSIAS, du 20.6.2019, ch. 2.1.

Art. 6 Titre d'entretien

Alinéa 1: La contribution d'entretien doit être fixée dans une décision du juge civil ou une convention approuvée par l'autorité de protection de l'enfant. La décision du juge civil doit être exécutoire. La décision judiciaire peut aussi être provisoire (par ex. décisions de mesures provisionnelles ou super-provisionnelles).

Alinéa 2: La convention d'entretien passée par l'enfant avec l'un de ses parents ne peut pas être soumise à l'approbation de l'autorité de protection de l'enfant, faute de compétence de celle-ci¹. L'enfant majeur-e ne devrait pas être contraint-e d'ouvrir action en paiement d'aliments (art. 279 CC) devant le juge civil lorsqu'il ou elle parvient à s'entendre sur son entretien avec son parent. Le projet reconnaît la qualité de titre d'entretien à une telle convention².

Alinéa 3: Dès lors que, lorsque le titre d'entretien est une convention entre l'enfant majeur-e et l'un de ses parents, ni le juge civil, ni l'autorité de protection de l'enfant n'interviennent dans la fixation de la contribution d'entretien, il appartient à l'autorité compétente pour décider de l'octroi de l'avance de s'assurer que les conditions du droit à l'entretien sont réalisées³. Cette autorité ne pourra, toutefois, refuser d'intervenir malgré la convention que lorsqu'une contribution d'entretien apparaît manifestement disproportionnée par rapport aux facultés de la personne débitrice ou qu'elle est convenue de mauvaise foi afin d'obtenir l'avance (ex. départ à l'étranger de la personne débitrice)⁴. Les cantons de Berne, Lucerne et Zurich ont adopté une telle règle ces dernières années.

Art. 7 Obligation de collaboration

Alinéa 1: La réglementation d'exécution précisera les indications et pièces que la personne créancière doit fournir. Par ailleurs, comme c'est déjà le cas actuellement, l'autorité compétente mettra à disposition de cette dernière une formule de demande d'avance, indiquant les documents à produire.

Alinéa 2: Lorsque la personne créancière annonce une modification de sa situation qui influence son droit à l'avance, l'autorité compétente adapte sa décision, selon l'art. 11 al. 2.

Alinéa 3: En cas de non-respect du devoir de collaboration, l'autorité avertit la personne créancière de la sanction que son attitude peut entraîner, soit le refus, la suspension ou la suppression de l'avance.

Alinéa 4: L'obligation de collaboration de tiers est réservée. La disposition est une application de l'art. 51 CPJA. La règle est

¹ Commentaire romand du code civil (CR CC), J.-F. PERRIN, art. 287 CC N 9.

² Les cantons de Berne, de Lucerne et de Zurich prévoient un tel titre d'entretien pour l'octroi de l'avance.

³ Basler Kommentar, BSK ZGB I, P.BREITSCHMID, art. 287 N 12.

⁴ CR CC, F. BASTONS BULLETTI, art. 131/132 CC N 10 et 12.

que la personne créancière, respectivement son représentant ou sa représentante légal-e pour l'enfant mineur-e, présente les pièces nécessaires et informe l'autorité compétente d'un changement de situation. Toutefois, la collaboration active des parents peut aussi être nécessaire, notamment lorsque la demande d'avance émane d'un-e jeune adulte en formation. Etendre l'obligation de collaborer aux parents va renforcer la position de l'autorité, en particulier en cas de difficultés pour obtenir certaines informations de la personne bénéficiaire ou pour effectuer des contrôles postérieurs.

7.2.2. Modalités

Art. 8 Revenu et fortune déterminants

Alinéa 1: Les revenu et fortune déterminants pour l'attribution et le montant de l'avance sont constitués des propres revenu et fortune de la personne créancière, ainsi que de ceux du parent gardien lorsque l'enfant est mineur-e; du parent auprès duquel l'enfant majeur-e est domicilié-e; et, en cas de mariage, remariage ou concubinage stable du parent en question, du conjoint, de la conjointe ou de l'ex-conjoint-e bénéficiaire, des revenu et fortune du nouveau conjoint, de la nouvelle conjointe, du concubin ou de la concubine.

En cas de garde alternée, il est tenu compte des revenu et fortune du parent auquel la contribution d'entretien est versée et qui est désigné dans le titre d'entretien. En effet, selon l'art. 289 al. 1 CC, les contributions d'entretien dues à l'enfant sont versées durant sa minorité à son représentant légal ou au parent qui en assume la garde, sauf si le juge en décide autrement. Le juge doit pouvoir préciser, lorsque sont mises en place d'autres formes de garde que celle exclusive (garde partagée ou garde alternée), à quel parent doit se faire le paiement de la contribution (Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse [Entretien de l'enfant] du 29 novembre 2013, ch. 2.3, FF 2014 511, 562).

Selon l'art. 278 al. 2 CC, chaque époux est tenu d'assister son conjoint ou sa conjointe de façon appropriée dans l'accomplissement de son obligation d'entretien envers les enfants nés avant le mariage. Le projet traite la personne vivant en concubinage stable comme un-e conjoint-e en ce sens que ses revenus et fortune sont entièrement pris en compte, contrairement au droit actuel qui ajoute au revenu du parent gardien un montant de 2000 francs correspondant à la valeur du travail ménager de celui-ci⁵. La nouvelle réglementation permettra ainsi d'appréhender au mieux la situation financière réelle de chaque requérant-e et d'éviter au maximum les inégalités de traitement entre personnes bénéficiaires remariées et celles vivant en concubinage stable. Cela permettra aussi de respecter l'égalité de traitement entre les différentes situations de concubinage, en ce sens qu'une personne vivant

⁵ Art. 4 al. 3 ARCE et Directives d'application de l'ARCE (Directives d'application), émises par la Direction de la santé et des affaires sociales le 25 avril 1997.

avec un-e concubin-e percevant par exemple 120 000 francs par an doit être traitée différemment d'une personne vivant avec un-e concubin-e ne percevant aucun revenu.

Alinéa 2: Le concubin ou la concubine n'a certes pas d'obligation d'assistance au sens de l'art. 278 al. 2 CC. Toutefois, en matière civile, il ressort de la jurisprudence développée sous l'empire de l'ancien droit du divorce que, sous certaines conditions, le concubinage constituait une communauté assimilable au mariage pouvant entraîner la perte du droit à la rente du conjoint divorcé ou de la conjointe divorcée. Le Tribunal fédéral a posé la présomption (réfragable) qu'un concubinage était stable lorsqu'il durait depuis cinq ans au moment de l'ouverture de l'action en modification du jugement de divorce («concubinage qualifié»). En matière d'aide sociale, les directives de la Conférence suisse des institutions d'action sociale (CSIAS) prévoient que, dans un cas où les partenaires vivent en concubinage stable et que seule l'une des deux personnes est bénéficiaire de l'aide sociale, le revenu et la fortune du partenaire non bénéficiaire peuvent être pris en compte de manière appropriée. Elles précisent qu'un concubinage est considéré comme stable, notamment, s'il dure depuis deux ans au moins ou si les partenaires vivent ensemble avec un-e enfant commun-e¹.

Dans ce même ordre d'idées, le projet retient la présomption de l'existence d'un concubinage stable notamment lorsque les personnes vivent ensemble et ont un-e enfant en commun ou qu'elles vivent ensemble depuis au moins deux ans. D'autres indices peuvent laisser présumer l'existence d'un tel concubinage, par exemple la signature par les personnes concernées d'une déclaration d'assistance mutuelle.

La CDAS recommande de ne pas tenir compte du revenu du nouveau concubin ou de la nouvelle concubine lors de la détermination du droit à l'avance de contributions d'entretien, les expériences faites dans l'aide sociale montrant que la prise en compte du revenu du partenaire est une source potentielle importante de conflits.

Des cantons prévoient déjà la prise en compte des revenus et de la fortune du concubin lors de la détermination du droit à l'avance (par exemple les cantons de Neuchâtel, St-Gall et Vaud). Le Tribunal fédéral a jugé qu'une telle disposition n'était pas arbitraire².

D'autres domaines du droit cantonal autorisent déjà la prise en compte des revenus et de la fortune du concubin ou de la concubine lors de l'examen du droit à une prestation. Il en va ainsi par exemple en matière d'aide sociale³ ou d'accueil de la petite enfance⁴.

Alinéa 3: Le Conseil d'Etat définira les revenus et la fortune déterminants et en fixera les limites, au-delà desquelles le droit à l'avance (complète) n'existe pas. Le droit actuel prévoit en faveur de l'enfant des avances complètes ou réduites (partielles) par paliers de 100 francs en fonction du revenu⁵.

Art. 9 Montant de l'avance

L'avance versée ne peut pas dépasser le montant fixé dans le titre d'entretien.

Lettre a: Tous les cantons définissent en outre une limite par enfant et par mois dans leur législation. Dans 18 cantons (AG, AI, AR, BL, BS, BE, GL, LU, NW, OW, SG, SH, SO, SZ, TG, UR, VD⁶, ZH), ce plafond correspond au montant maximal de la rente simple d'orphelin, qui est de 956 francs par mois et par enfant en 2021. Les huit autres cantons (FR, GE, GR, JU, NE, TI, VS, ZG) calculent une limite par enfant et par mois selon des modalités qui leur sont propres. Le montant varie entre 400 francs par enfant et par mois à Fribourg, tout en bas du tableau, et 2000 francs à Neuchâtel, qui connaît le plafond le plus élevé⁷. Rappelons toutefois que certains cantons limitent le versement de l'avance dans le temps. Ainsi, le canton de Genève avance les contributions d'entretien durant une période de 36 mois, qui peut être prolongée jusqu'à un maximum de 48 mois. Le canton du Tessin avance pour sa part les contributions d'entretien pendant 60 mois au maximum, des exceptions étant possibles. Le canton de Neuchâtel met quant à lui fin aux avances lorsque l'arriéré des contributions d'entretien correspond au total à 36 mensualités (cf. ci-devant, ad art. 5 al. 1).

En 2011, le Conseil fédéral préconisait le plafonnement de l'avance dans tous les cantons au niveau du montant maximal de la rente simple d'orphelin, constatant que ce montant était pertinent du point de vue de la politique sociale et, en outre, très bien accepté par la majorité des cantons⁸. La CDAS recommandait d'adopter ce même montant en 2013⁹.

La motion des députés Moussa et Morel vise l'augmentation de l'avance de 400 à 650 francs pour le ou la dernier-ère enfant, lorsqu'il n'y a pas de pension pour le père ou la mère. La réflexion à la base de cette proposition est la suivante: le droit de l'entretien modifié entré en vigueur en 2017 a introduit une nouvelle manière de calculer les contributions d'entretien en faveur des enfants, en définissant les coûts de

⁵ Cf. art. 2 des Directives d'application.

⁶ Le canton de Vaud fixe la limite à 940 fr. pour le premier enfant, celle-ci étant chaque fois abaissée d'un quart pour les enfants suivants (art. 7 al. 1 du règlement d'application de la loi du 10 février 2004 sur le recouvrement et les avances sur pensions alimentaires, du 30 novembre 2005, RLRAPA, RSVD 850.36.1).

⁷ FR: 400 fr.; VS: 550 fr. (une augmentation du plafond est prévue dans la révision législative en cours); GE: 673 fr.; TI: 700 fr.; GR: 736 fr.; JU: 738 fr. (pour les deux premiers enfants, puis dégressif); ZG: 1070 fr. (pour les deux premiers enfants, puis dégressif); NE: 2000 fr.

⁸ Rapport Harmonisation, p. 40.

⁹ Recommandations CDAS, ch. 2.3, p. 19.

¹ ATF 134 I 313 consid. 5.5 et les références.

² ATF 129 I consid. 3.4.6.

³ Cf. art. 13 de l'ordonnance fixant les normes de calcul de l'aide matérielle de la loi sur l'aide sociale, du 2 mai 2006, RSF 831.0.12.

⁴ ATC 601 2016 154 du 21.4.2017 consid. 3.

prise en charge de l'enfant (coûts indirects) comme partie intégrante de la contribution d'entretien revenant exclusivement à l'enfant. Cela est de nature à influencer sur les avances de contributions d'entretien en faveur du de la conjoint-e ou de l'ex-conjoint-e. En effet, la contribution d'entretien en faveur de l'enfant intégrant désormais ses coûts indirects, les pères et mères séparés ou divorcés sont désormais prétérîtés par rapport à l'ancien droit, dans la mesure où ils n'ont plus droit à une contribution d'entretien pour eux-mêmes ou elles-mêmes, notamment lorsque la personne débirentière n'a plus de solde disponible après la prise en compte de la contribution d'entretien des enfants, de sorte que, en pratique, la personne crédbirentière ne touche plus l'avance y relative. Les motionnaires proposent de remédier à cette situation en augmentant le montant maximal de la contribution d'entretien en faveur du ou de la dernière-ère enfant.

Le Conseil d'Etat propose de retenir un plafond de 650 francs pour tous les enfants. Les statistiques des dossiers traités par le Service de l'action sociale révèlent qu'au début de l'année 2021, 28% des contributions d'entretien étaient inférieures ou égales à 400 francs, 37% étaient comprises entre 400 et 650 francs, 27% entre 650 et 956 francs et 8% étaient supérieures à ce dernier montant. Même s'il reste inférieur à la moyenne nationale, le montant de 650 francs peut donc servir de valeur de référence.

Pour des motifs d'égalité de traitement entre les enfants et de simplification du traitement des dossiers, le Conseil d'Etat propose que le montant maximal s'applique à tous les enfants, et non uniquement aux derniers enfants de la fratrie.

Lettre b: il est proposé de maintenir le montant maximum de l'avance mensuelle en faveur des conjoint-e-s et ex-conjoint-e-s à 250 francs, ce pendant deux ans ou jusqu'à ce que le dernier enfant commun ou la dernière enfant commune avec la personne débitrice ait atteint l'âge de 12 ans révolus (cf. art. 5 al. 2). Les cantons qui allouent une avance aux bénéficiaires adultes fixent des maxima supérieurs¹.

Les projections financières découlant de l'augmentation de l'avance en faveur des enfants figurent sous le titre 8 «conséquences financières et en personnel».

Art. 10 Début du droit aux avances

Le projet codifie la pratique actuelle reconnaissant le droit à l'avance à compter du mois où la demande est déposée, dans la mesure où toutes les conditions d'octroi sont réalisées. Il n'y a par ailleurs pas de délai de carence².

Art. 11 Durée et fin du droit aux avances

Alinéa 1: L'avance est accordée pour la première fois pour une durée d'une année. Elle peut être renouvelée, pour la même durée, après que l'autorité compétente a procédé à la révision de la situation de la personne créancière.

Alinéa 2: En sus de la révision annuelle selon l'alinéa 1, l'autorité compétente peut rendre une nouvelle décision quand un fait nouveau le justifie.

Alinéa 3: La disposition rappelle que le droit à l'avance prend fin lorsque la personne créancière ne remplit plus les conditions d'octroi.

Le domicile dans le canton étant une condition du droit à l'avance, son déplacement hors du canton entraîne la perte du droit en vertu de la lettre c.

Un séjour durable à l'étranger justifie la fin de l'octroi de l'avance selon la lettre d. Dans une telle hypothèse, l'expérience montre qu'il est souvent difficile pour l'autorité de connaître la situation financière exacte de la personne concernée. D'autres cantons connaissent une telle règle, notamment les cantons d'Argovie, Lucerne et Berne, ce dernier canton considérant que le séjour est durable lorsqu'il dépasse trois mois. Cette règle ne s'applique pas en cas de séjour à l'étranger aux fins de formation.

Alinéa 4: La disposition régit la sanction de la violation de l'obligation de collaborer: la suspension ou la suppression de l'avance.

Art. 12 Modalités de paiement

Alinéa 1: Le droit actuel prévoit que les avances sont versées le 5 de chaque mois. La disposition codifie la pratique selon laquelle l'avance est versée au début de chaque mois pour le mois courant.

Alinéa 2: L'autorité compétente doit pouvoir verser l'avance à un tiers, notamment un service social, une personne chargée d'un mandat de protection de l'adulte ou de l'enfant ou une famille d'accueil.

Art. 13 Subrogation

La collectivité publique qui avance l'entretien est subrogée dans les droits du bénéficiaire (art. 289 al. 2 CC). L'autorité compétente doit en informer sans délai la personne débitrice de l'entretien, afin qu'elle s'exécute désormais auprès d'elle.

A noter que le service social au bénéfice d'une procuration en vertu de l'art. 12 al. 2 est lui aussi subrogé, sur la base de l'art. 289 al. 2 CC, dans les droits de la personne qu'il assiste, pour le montant de la contribution d'entretien qui dépasse l'avance.

¹ VS: 480 fr.; JU: 700 fr.; GE: 833 fr.; ZG: 1430 fr.; NE: 2000 fr.

² Recommandations CDAS, p. 11, ch. 2.1.1.

7.2.3. Remboursement et prescription

Art. 14 Remboursement

Alinéa 1 et 2: La personne qui a perçu indûment l'avance doit la rembourser. Elle n'en est dispensée selon l'alinéa 2 qu'à la condition cumulative qu'elle fut de bonne foi et que le remboursement la mettrait dans une situation difficile¹.

Certaines entités consultées sont d'avis que la perception indue d'avances doit entraîner une sanction pénale. Elles proposent l'introduction d'une disposition pénale réprimant la personne qui a obtenu indûment des avances, sur la base de déclarations fausses ou incomplètes, a détourné les avances de leur but, en ne les utilisant pas pour l'entretien de l'enfant, ou qui ne rembourse pas les avances consenties par l'autorité, après encaissement des contributions d'entretien auprès de la personne débitrice. L'art. 148a CP rend certes punissable l'obtention illicite de prestations de l'aide sociale. Mais les conditions d'application de cette disposition sont strictes.

Quelques dizaines de décisions de remboursement sont rendues annuellement. Les dossiers étant révisés annuellement, la perception indue ne dépasse pas en principe quelques milliers de francs par cas. En outre, l'autorité compétente pourra nouvellement compenser la créance en restitution de l'indû avec les avances futures, sous réserve du respect du minimum vital de la personne créancière (art. 14 al. 3). Il faut ensuite éviter d'encombrer les autorités de poursuite pénale avec des dénonciations pour des infractions de peu de gravité. Le Conseil d'Etat propose au demeurant de lutter contre les abus par le biais de l'observation (titre 2.4) plutôt que par celui de la voie pénale.

Alinéa 3: L'autorité pourra imputer l'avance perçue indûment sur l'avance future, mais en respectant le minimum vital du droit des poursuites de la personne créancière.

Art. 15 Prescription

La règle est calquée sur la loi sur l'aide sociale (LASoc), déjà appliquée par analogie en droit actuel².

7.2.4. Observation

Art. 16 Principe

Il arrive que des parents, qui ont annoncé leur séparation aux autorités, continuent en réalité à faire ménage commun. Dans un tel cas, l'enfant n'a plus droit à l'avance (art. 7 al. 2 let. e). Dans d'autres cas, le parent gardien et un adulte vivant sous le même toit prétendent ne pas vivre en concubinage mais uniquement en colocation, de sorte que la situation

¹ La disposition reprend les termes de l'art. 25 al. 1 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LGPA).

² Arrêts du Tribunal cantonal 603 2013 308-317 du 4 avril 2016 et 3A 04 155 du 16 novembre 2004.

financière de ce ou cette «colocataire» ne devrait pas être prise en compte dans l'examen du droit à l'avance et de son montant (cf. art. 8 al. 1 let. c et al. 2).

Les moyens de preuve limités à disposition de l'autorité compétente lui permettent difficilement d'établir les faits en pareil cas. Le Conseil d'Etat propose de renforcer les moyens de lutter contre de tels abus en donnant la possibilité à l'autorité compétente de recourir à l'observation.

Dans un arrêt du 18 octobre 2016³, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a retenu que l'observation constituait une restriction à la garantie du droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [CEDH] et, dans le droit national, art. 13 de la Constitution [Cst.]) et que semblable restriction d'un droit fondamental n'était admissible qu'à condition qu'il existe une base légale suffisamment claire et concrète en ce qui concerne les conditions et les modalités d'une observation. Il découle de cet arrêt que la disposition légale doit définir en particulier les circonstances justifiant une observation, sa durée maximale, la communication, la conservation et la suppression des données.

Les art. 16 et suivants s'inspirent de l'art. 43a de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA), adopté le 16 mars 2018, et font référence aux critères ci-dessus⁴.

Se référant aux réserves émises au sujet de l'art. 43a LPGA, une entité consultée suggère que la décision de surveiller une personne soit ordonnée par un juge, qui devrait vérifier les conditions de la mesure, en particulier sa proportionnalité. Elle veut ainsi parer ou limiter le risque que la décision prise à la suite d'une observation soit annulée au motif qu'elle viole le droit supérieur.

Le projet prévoit une observation simple, comme celle prévue à l'art. 282 CPP, qui n'est pas soumise à approbation d'un juge. Le Conseil fédéral a considéré qu'il ne se justifiait pas de reconnaître une compétence judiciaire exclusive pour l'observation au sens de l'art. 43a LPGA, car une observation dans une procédure administrative ne représente pas une atteinte plus grande aux droits fondamentaux qu'une observation dans une procédure pénale⁵.

Deux entités consultées s'étonnent que l'on prévoit une mesure aussi incisive que l'observation contre la personne créancière, soit le parent gardien. Cela leur paraît consti-

³ Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 18 octobre 2016 Vukota-Bojić contre la Suisse (no 61838/10).

⁴ Le commentaire de l'art. 15 est largement repris du Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats du 7 septembre 2017 relatif à la modification de la LPGA, FF 2017 7003, et de l'avis du Conseil fédéral du 1^{er} novembre 2017, FF 2017 7021.

⁵ FF 2017 7025.

tuer un effet dissuasif important. L'une d'elles suggère que plutôt que la personne créancière, ce soit la personne débitrice de la contribution d'entretien qui puisse être soumise à observation, dans la mesure où c'est bien le non-paiement régulier de la contribution d'entretien qui pousse la personne créancière (le parent gardien) à solliciter l'avance. Conçue comme mesure de dernier recours pour lutter contre la perception abusive de prestations, l'observation ne peut, par nature, que viser la personne qui sollicite ou perçoit ces dernières, soit la personne créancière. S'agissant de la personne débitrice, l'autorité compétente dispose de moyens légaux pour la contraindre à révéler sa situation financière: poursuite, actions civiles telles que la requête d'avis aux débiteurs, plainte pénale.

Alinéa 1: cet alinéa règle les circonstances justifiant une observation. Il mentionne en particulier les conditions à remplir pour qu'une observation puisse avoir lieu et les moyens qui peuvent être utilisés. Lorsque la personne créancière est un enfant mineur, le sujet de l'observation sera le parent agissant en son nom.

Par observation, on entend la surveillance systématique des activités d'une personne pendant un certain temps et l'enregistrement des résultats en vue de leur utilisation dans le cadre de la procédure d'instruction. Sont autorisés les enregistrements visuels et sonores.

Une observation présuppose d'abord la présence d'indices concrets laissant présumer que la personne concernée a bénéficié, bénéficié ou essaie de bénéficier indûment de l'avance (let. a). La notion d'indices concrets est reprise de l'art. 282 al. 1 let. a CPP ainsi que de la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 137 I 327 consid. 5.4.2.1 et 136 III 410 consid. 4.2.1). Toute mesure d'observation constitue une atteinte aux droits fondamentaux de la personne concernée. Pour ce motif et pour satisfaire au principe de proportionnalité, l'observation n'est possible que si, sans la mesure, l'établissement des faits serait impossible ou excessivement difficile. La règle de la lettre b s'inspire de l'art. 282 al. 1 let. b CPP.

Pour être conforme au principe de proportionnalité, une restriction à la garantie du droit au respect de la vie privée et familiale doit être propre à atteindre son but, nécessaire et appropriée.

Selon une entité consultée, la mesure d'observation ne satisfait pas à ce principe. L'observation permettrait d'abord difficilement d'établir un abus, par exemple dans le cas où deux concubins se font passer pour des prétendus colocataires. Ensuite, la mesure d'observation ne serait pas nécessaire, car les abus pourraient être évités ou réparés grâce aux instruments légaux à disposition de l'autorité. En effet, si l'autorité dispose d'indices concrets que la personne créancière tente de percevoir l'avance de manière indue, elle peut refuser l'avance, jusqu'à ce que la personne créancière

fournisse des indications ou des pièces permettant d'établir son droit à l'avance. Par ailleurs, l'autorité octroie uniquement une avance et elle est subrogée à concurrence de cette avance dans les droits de la personne créancière. Elle peut aussi réclamer le remboursement d'avances perçues indûment. Dans l'abstrait, les abus semblent moins fréquents que ceux liés aux assurances sociales ou à l'aide sociale. Partant, sous l'angle de la proportionnalité, la mesure d'observation ne serait pas appropriée par rapport au but et porterait une atteinte grave aux droits de la personnalité de la personne observée et de son entourage.

Même si les abus sont moins fréquents que dans les domaines des assurances sociales ou de l'aide sociale, il est important de les combattre, pour renforcer la confiance dans l'autorité, y compris en recourant à l'observation comme mesure de dernier recours.

Le droit à l'avance prend fin lorsque la personne créancière ne remplit pas ou plus les conditions d'octroi. L'autorité pourra certes suspendre l'avance quand existent des doutes quant à l'existence du droit. Mais, si elle entend refuser ou supprimer l'avance, elle devra étayer sa décision par des éléments concrets, pour parer le risque d'annulation par l'autorité supérieure. Or, la réalisation de certaines conditions est parfois difficilement vérifiable. Il en va ainsi par exemple de la vie séparée effective ou de la nature de la relation entre personnes vivant sous le même toit (concubinage ou colocation). Dans de tels cas, l'observation, en particulier par le biais de l'enregistrement visuel, est souvent le seul moyen d'établir les faits.

Art. 17 Conditions

Alinéa 1: La personne peut être observée dans des lieux librement accessibles et dans des lieux visibles depuis des lieux librement accessibles. Selon l'ATF 137 I 327, «des enregistrements vidéo de la personne assurée qui la montrent occupée à des activités quotidiennes (travaux du ménage) sur le balcon visible librement» sont licites. Un lieu «visible par tout un chacun» est un lieu où l'activité qui y est exercée peut être distinguée à l'œil nu au moment en question de la journée. L'intérieur du bâtiment où habite la personne observée ne constitue pas un espace aisément visible par tout un chacun et il n'est pas licite d'y réaliser une observation: une surveillance effectuée dans une cage d'escalier ou dans la buanderie, par exemple, n'est pas admise.

Alinéa 2: Une observation peut se dérouler sur 30 jours civils consécutifs ou isolés au maximum. Peu importe la durée quotidienne de l'observation. Ces 30 jours s'entendent pour un mandat d'observation et doivent avoir lieu dans les six mois qui suivent le premier jour d'observation. Le délai de six mois peut être prolongé pour des motifs valables, toutefois avec le maintien du total de 30 jours d'observation.

Art. 18 Mandat

Il est prévu de confier le mandat d'observation aux inspecteurs sociaux spécialisés rattachés à l'autorité cantonale compétente. Selon les estimations, une dizaine de mandats pourraient être délivrés annuellement.

Art. 19 Résultat et protection des données

Alinéa 1: En cas d'observation, le droit d'être entendu de la personne concernée doit être garanti. Après que l'observation a eu lieu, mais avant que l'autorité compétente ne rende sa décision concernant l'avance dont il est question, la personne concernée doit être informée du motif, de la nature et de la durée de la surveillance. Si l'information est donnée lors d'un entretien, un résumé de l'entretien devra être porté au dossier. Il n'est pas nécessaire d'informer la personne concernée immédiatement après le déroulement de l'observation, mais cela doit être fait avant que la décision relative à l'avance soit rendue.

Alinéa 2: Lorsque le matériel d'observation (photographies, supports vidéo, rapport de surveillance, etc.) n'apporte pas la preuve d'une perception induite de l'avance ou d'une tentative de percevoir indûment celle-ci, l'autorité compétente doit rendre une décision qui précise le motif, la nature et la durée de l'observation. La personne concernée a ainsi la possibilité de contester la licéité de la décision ordonnant l'observation ou de l'exécution de celle-ci. Conformément au droit d'être entendu, elle a le droit de consulter son dossier et la possibilité d'examiner le matériel recueilli lors de l'observation. Ce matériel doit être détruit après l'entrée en force de la décision.

La personne observée peut toutefois avoir un intérêt à ce que le matériel recueilli lors de l'observation soit conservé dans le dossier même en l'absence de fraude. Dès lors qu'elle a dû tolérer une intrusion dans sa sphère privée, elle doit pouvoir exiger que le matériel recueilli lors de l'observation soit conservé dans son dossier. Cela doit toutefois constituer une exception et se produire uniquement sur demande expresse de la personne observée.

Alinéa 3: La disposition confère au Conseil d'Etat la compétence d'édicter des règles d'exécution. Cette délégation de compétences est justifiée et nécessaire dans la mesure où elle concerne des dispositions qui seraient trop précises pour figurer dans la loi. Les lignes directrices définies dans la loi déterminent suffisamment le pouvoir de légiférer du Conseil d'Etat.

Il est ainsi prévu que le Conseil d'Etat règle la procédure selon laquelle la personne observée peut consulter le matériel complet recueilli lors de l'observation ainsi que sa conservation et sa destruction.

Art. 20 Frais

Lorsque la personne créancière a obtenu ou tenté d'obtenir l'avance de contributions d'entretien de manière induite, les frais de la mesure d'observation, provoquée par son comportement, peuvent être mis à sa charge, sur la base de cette disposition, qui concrétise le principe posé à l'art. 130 al. 1 CPJA. La disposition est inspirée de l'art. 45 al. 4 LPGA.

7.2.5. Financement

Art. 21 Répartition des charges

La moitié de la somme représentant les avances non remboursées reste à la charge des communes et est répartie entre celles-ci comme en droit actuel¹.

7.3. Aide au recouvrement

Art. 22 Règles applicables

Alinéa 1: L'OAiR définit les prestations minimales que les offices spécialisés seront tenus de proposer, dont un entretien de conseil individuel avec la personne créancière, la prise de contact écrite avec la personne débitrice, l'ouverture de la procédure de poursuite, l'avis aux débiteurs ou encore le dépôt d'une plainte pour violation de l'obligation d'entretien. La Confédération a choisi de laisser une marge d'appréciation aux cantons dans sa mise en application. Les articles suivants (art. 23 à 26) règlent différents points relevant de la compétence du canton.

Au sens de l'art. 17 al. 1 OAiR, les prestations de l'office spécialisé relatives au recouvrement des contributions d'entretien dues à des enfants sont gratuites. Selon l'alinéa 2 dudit article, celles relatives au recouvrement des contributions d'entretien dues à d'autres personnes créancières sont en règle générale gratuites. Si la personne créancière dispose de ressources suffisantes, l'office spécialisé peut exiger qu'elle participe aux coûts. Selon le rapport explicatif relatif à l'OAiR, la gratuité de l'aide au recouvrement n'apparaît pas justifiée si la personne créancière jouit d'une bonne situation financière.

Le projet ne prévoit pas de faire usage de la faculté offerte par le droit fédéral de percevoir un émolument dans un tel cas. En effet, les dossiers dans lesquels la situation financière de la personne créancière est bonne sont peu nombreux et le travail administratif généré par la fixation et l'encaissement de l'émolument risque d'être sans commune mesure avec les recettes escomptées.

Alinéa 2: L'art. 3 al. 3 OAiR permet à l'office spécialisé de prêter son aide pour les prestations échues avant le dépôt de la demande, mais ne l'y oblige pas. Selon le rapport expli-

¹ Art. 81 al. 2 de la loi d'application du code civil du 22 novembre 1911, par renvoi de l'art. 89 al. 2 let. a LACC.

catif relatif à l'OAIr, tous les cantons fournissent l'aide au recouvrement pour les créances échues, lorsqu'ils aident à encaisser les créances d'entretien courantes. La pratique varie cependant notablement d'un canton à l'autre: certains limitent l'aide au recouvrement aux créances échues depuis quelques mois, d'autres aux créances échues pendant les cinq dernières années (délai de prescription pour les prestations périodiques), d'autres encore ne prévoient aucune limitation temporelle ou décident au cas par cas (rapport, p. 20).

Le droit actuel ne prévoit pas le recouvrement des prestations échues (art. 2 al. 2^e phrase ARCE). Le Conseil d'Etat ne propose pas de changement sur ce point. La pratique actuelle montre que l'aide au recouvrement est bien connue de la population concernée qui la sollicite en principe rapidement après le début du défaut de paiement de la personne débitrice. Dès que l'autorité est saisie d'une demande d'aide au recouvrement, elle a un intérêt à la constitution rapide du dossier, ce qui suppose la production de toutes les pièces nécessaires par la personne requérante. A cet égard, l'aide au recouvrement de l'arriéré pourrait être contreproductif. Enfin, l'expérience des autres cantons révèle que dans de nombreux cas, il est difficile d'obtenir de la personne requérante une situation claire des arriérés dus. Ces motifs plaident pour l'exclusion du recouvrement des prestations échues.

Art. 23 Aide au recouvrement des allocations familiales

Alinéa 1: Au sens de l'art. 3 al. 2 OAIr, la collectivité publique qui fournit une aide tendant à l'exécution des créances d'entretien du droit de la famille prête également son aide au recouvrement des allocations familiales légales, contractuelles ou réglementaires, si celles-ci sont comprises dans le titre d'entretien.

Selon le rapport explicatif relatif à l'OAIr, la prestation consistera le plus souvent à assister la personne créancière dans les démarches nécessaires pour obtenir le versement direct des allocations familiales aux termes de l'art. 9 al. 1 de la loi fédérale sur les allocations familiales (LAFam). Le versement des allocations familiales se fera alors directement en mains de la personne créancière, de manière à ce que l'office spécialisé ne soit pas confronté à une demande de remboursement.

La possibilité d'obtenir le versement direct des allocations familiales ne concerne toutefois que les allocations familiales légales. Pour celles-ci, le projet ne va pas au-delà des prescriptions minimales prévues par l'OAIr et prévoit donc une aide limitée à l'obtention de leur versement direct. L'autorité compétente ne procédera pas à leur encaissement, pour éviter de devoir rembourser les allocations perçues en trop et déjà versées aux personnes créancières. Cela engendrerait un important travail supplémentaire.

Pour les autres allocations familiales, soit les allocations contractuelles ou réglementaires (dites «allocations patronales»), non prévues par la LAFam, l'autorité compétente devra procéder aux démarches d'encaissement appropriées, conformément à l'OAIr; elle pourra par exemple requérir un avis aux débiteurs.

Art. 24 Cession à titre fiduciaire

L'autorité compétente est au bénéfice d'une cession légale jusqu'à concurrence du montant de l'avance (cf. art. 13). La disposition prévoit une cession fiduciaire de créance pour la part de contribution d'entretien qui dépasse ce montant. Cette cession permettra à l'autorité compétente d'agir au nom de l'Etat, pour le compte de la personne créancière.

Art. 25 Imputation des montants recouverts

La question de l'imputation des montants recouverts en cas de paiement partiel se pose dans plusieurs situations: recouvrement simultané de la contribution d'entretien et de l'allocation familiale; recouvrement de la créance de la collectivité publique (à concurrence de la contribution d'entretien avancée) et du solde de la créance de la personne créancière (partie non avancée de la contribution d'entretien); recouvrement de contributions d'entretien en faveur de plusieurs personnes créancières.

L'art. 15 OAIr règle la première situation. Il prévoit qu'un paiement partiel doit être imputé d'abord sur les contributions d'entretien lorsque le recouvrement porte aussi bien sur les contributions d'entretien que sur les allocations familiales.

L'art. 25 régit les deux autres situations.

Alinéas 1 et 2: La disposition codifie la pratique actuelle du Service de l'action sociale, selon laquelle les paiements de la personne débitrice servent à couvrir, par ordre de priorité, la contribution d'entretien courante, l'arriéré en faveur de l'Etat et l'arriéré en faveur de la personne créancière. Pour ce qui est des arriérés, le droit de la collectivité publique de rentrer dans ses fonds l'emporte ainsi sur le droit de la personne créancière de toucher l'intégralité de sa créance d'entretien. Cela est justifié, la situation de la personne créancière étant meilleure que sans avance. Ce sera d'autant avec l'augmentation de l'avance de contributions d'entretien proposée. Cet ordre de priorité est la règle dans de nombreux cantons.

Alinéa 3: Si plusieurs contributions d'entretien sont échues en même temps, l'imputation se fait proportionnellement. La règle s'inspire de l'art. 87 al. 2 CO.

Art. 26 Prise en charge de frais de tiers

Aux termes de l'art. 19 OAiR, lorsque des tiers interviennent ou fournissent des prestations en vue de l'exécution de contributions d'entretien, les frais sont mis à la charge de la personne débitrice. S'il est impossible d'obtenir le remboursement des frais auprès de la personne débitrice, la collectivité publique peut les mettre à charge de la personne créancière seulement si celle-ci dispose de ressources suffisantes.

Selon le rapport explicatif relatif à l'OAiR, c'est à la personne débitrice qu'il revient de prendre en charge les frais nécessaires à l'obtention du paiement des contributions d'entretien, puisque celles-ci découlent de son attitude récalcitrante. Ce principe vaut en tout cas pour les frais du commandement de payer et pour les frais de traduction. S'agissant des frais des procédures judiciaires, il appartient au juge de décider qui les prendra en charge. Or, l'on peut imaginer que dans la majorité des cas, la personne débitrice sera la partie qui succombe et, par conséquent, qu'il lui reviendra de prendre en charge les frais avancés par la collectivité publique.

L'ordonnance laisse à la collectivité publique le soin de décider dans chaque cas d'espèce si elle veut exiger de la personne créancière le remboursement des frais non couverts par la personne débitrice. Le Conseil fédéral a renoncé à prescrire une méthode spécifique pour établir si la personne créancière dispose de ressources suffisantes. Le rapport précise encore que, lorsque la personne créancière est un-e enfant mineur-e, le remboursement des frais pourra être demandé au parent qui a déposé la demande d'aide au recouvrement alors que lorsque la personne créancière est un-e enfant majeur-e et qu'il ou elle a demandé lui-même ou elle-même l'aide au recouvrement, la collectivité publique pourra prendre en considération les ressources financières du parent qui n'est pas la personne débitrice de la contribution d'entretien à l'origine de la demande d'aide au recouvrement.

Selon certains participants à la procédure de consultation de l'OAiR, une personne créancière doit être considérée comme disposant de «ressources suffisantes» sitôt qu'elle dispose de revenus ne lui permettant plus d'obtenir l'assistance judiciaire. Le projet propose une règle similaire en ce sens que la personne créancière devrait disposer de revenus supérieurs à son minimum vital élargi du droit des poursuites, augmenté des impôts. Le minimum vital en question comprend un supplément de 20% sur le montant de base¹.

De l'avis d'une entité consultée, il devrait être renoncé à percevoir les frais de tiers auprès de la personne créancière.

7.4. Voies de droit

Art. 27 Réclamation et recours

La voie de la réclamation auprès de l'autorité qui a statué est ouverte contre les décisions prises en matière tant d'aide au recouvrement que d'avance de contributions d'entretien. La décision sur réclamation peut faire l'objet d'un recours d'abord auprès de la Direction compétente, puis auprès du Tribunal cantonal, selon les règles du code de procédure et de juridiction administrative (CPJA, art. 103, 118).

7.5. Dispositions finales

Art. 28 Droit transitoire

Alinéa 1: Le nouveau droit s'applique dès son entrée en vigueur aux demandes pendantes et nouvelles.

Alinéa 2: L'ancien droit reste applicable aux décisions rendues avant l'entrée en vigueur de la présente loi. Le nouveau droit s'applique dès la révision annuelle (cf. art. 11 al. 1). Cependant, le montant de l'avance de contributions d'entretien pour l'enfant est, au moment de l'entrée en vigueur de la présente loi, immédiatement et automatiquement adapté aux nouveaux barèmes et limites fondés sur l'art. 9 al. 1 let. a.

Alinéa 3: Pour les conjoint-e-s et ex-conjoint-e-s bénéficiant d'une avance selon l'ancien droit, le délai de deux ans de l'art. 5 al. 2 (avance en faveur des conjoint-e-s et ex-conjoint-e-s) court dès l'entrée en vigueur du nouveau droit.

Droit acquis en faveur des conjoint-e-s et ex-conjoint-e-s?

Le législateur peut et doit modifier la loi, sans que «nul n'ait droit au maintien de la loi». Il en va de même de l'administration qui peut et doit modifier ses décisions par révocation dans toute la mesure où le principe de la sécurité du droit n'impose pas leur maintien.

Les droits acquis ont un fondement particulier: la coutume ou l'histoire; un contrat de droit administratif ou une concession; une loi ou une décision. En l'espèce, seule la 3^e possibilité est envisageable. Si la loi prévoit des droits acquis, elle doit qualifier ces droits comme tels, c'est-à-dire formellement les désigner comme tels, ou arrêter un régime qui revient matériellement à créer un droit acquis, ou encore indiquer que la loi ne sera pas modifiée à l'avenir. Rien de tout cela en l'occurrence, puisque l'art. 8 al. 1 ARCE prévoit précisément une durée d'une année. Le régime de l'arrêté ne prévoit par ailleurs aucun droit acquis, bien que le droit soit renouvelable si les conditions sont remplies. Une décision quant à elle peut créer un droit acquis dans des conditions similaires à ce qui vaut pour la loi. Ainsi, l'autorité qui prononce la décision doit y prendre l'engagement qu'elle ne sera pas modifiée en cas de changement de loi, ce qu'elle ne peut faire que si et dans la mesure où la loi l'y autorise. Tel n'est pas le cas en l'espèce, les

¹ Arrêts du Tribunal cantonal 102/2020/78 du 3 juin 2020 et 101/2020/157 du 8 octobre 2020.

décisions rendues en application de l'ARCE indiquant bien qu'elles ne le sont que pour une année¹.

Ainsi, aucun droit acquis n'existe dans l'ARCE. La durée de l'avance versée selon le droit actuel en faveur des conjoint-e-s et ex-conjoint-e-s sera régie par l'art. 5 al. 2.

8. Conséquences financières et en personnel

8.1. Conséquences financières

Il découle de l'art. 9 que l'avance de contributions d'entretien est soumise à une double limite: le montant de la contribution d'entretien fixé par le titre d'entretien (jugement ou convention) ainsi que la limite fixée par le droit cantonal. Le projet prévoit une limite de 650 francs par enfant et 250 francs pour les conjoint-e-s et ex-conjoint-e-s. Pour ce qui est des contributions d'entretien en faveur des enfants bénéficiant actuellement d'avances, elles n'atteignent de loin pas toutes la limite de 650 francs, voire sont, pour partie, inférieures à 400 francs.

Selon les projections, le projet pourrait engendrer un versement annuel de l'ordre de 8 000 000 francs à titre d'avance, soit, par rapport au versement actuel de 5 880 000 francs, une augmentation de 2 120 000 francs. Cette augmentation ne tient pas compte de la récupération des avances auprès des personnes débitrices de la contribution d'entretien. Selon l'estimation fondée sur la récupération actuelle, un montant de 370 000 francs environ pourrait être recouvré.

Il resterait ainsi à la charge du canton et des communes, une augmentation de 1 750 000 francs, répartie à raison de 50% entre le canton et les communes. Cela ne prend toutefois pas en compte le montant qui pourra être économisé en matière d'aide sociale. Un certain nombre de personnes percevant des avances de contributions d'entretien sont en effet aussi au bénéfice de l'aide sociale. Dès lors, l'augmentation des avances leur permettront de recourir dans une moindre mesure à l'aide sociale (principe des vases communicants). L'économie réalisée à ce titre est difficilement estimable, mais devrait être globalement de quelques centaines de milliers de francs.

Les conséquences financières se résument ainsi:

	2020 Fr.	Projection Fr.	Différence Fr.
Avances versées	5 880 000	8 000 000	2 120 000
Récupération	2 830 000	3 200 000	370 000
Montant à charge des collectivités	3 050 000	4 800 000	1 750 000
soit pour le canton	1 525 000	2 400 000	875 000
soit pour les communes	1 525 000	2 400 000	875 000

Aussi, l'augmentation à charge tant du canton que des communes serait de 875 000 francs, soit de 57% par rapport aux comptes 2020.

8.2. Conséquences en personnel

L'entrée en vigueur de l'OAir devrait engendrer une augmentation sensible de la charge de travail de l'autorité compétente. L'ordonnance fédérale impose en effet de nouvelles tâches à cette dernière:

1. D'abord, des entretiens de conseil individuel avec la personne créancière devront être instaurés. Cela représentera environ 215 entretiens annuels (entre 2016 et 2020, 212 nouveaux dossiers ont été ouverts en moyenne chaque année), d'une durée moyenne de deux heures chacun selon estimation, opérations liées, dont le temps de préparation, incluses.

L'OAir prévoit en outre comme prestation de l'office spécialisé la prise de contact avec la personne débitrice. Cela se fait en règle générale par écrit, par le biais d'une lettre informant la personne débitrice que l'office spécialisé a été saisi d'une demande d'aide au recouvrement et qu'à partir de ce moment, tout versement devra être effectué sur le compte bancaire de l'office spécialisé. Telle est la pratique actuelle du Service. La possibilité d'organiser un entretien individuel avec la personne débitrice est toutefois garantie par l'art. 12 al. 3 OAir, qui permet à l'office spécialisé de proposer d'autres prestations que celles mentionnées aux alinéas 1 et 2. Selon le rapport explicatif relatif à l'OAir, les spécialistes consultés ont souligné l'importance que peut avoir dans certaines situations la possibilité offerte à la personne débitrice de présenter ses arguments et de constater que sa situation est également prise en compte. Tel est notamment le cas lorsque la personne débitrice ne s'acquiesce pas de son obligation d'entretien non pas par mauvaise volonté, mais, par exemple, à cause de difficultés relationnelles avec la personne créancière, ou de problèmes personnels, ou encore à la suite d'une péjoration imprévue de sa situation financière. Au cours de cet entretien, la personne débitrice peut alors être informée des moyens à sa disposition permettant d'assurer le versement volontaire, régulier et ponctuel, de la contribution fixée dans le titre d'entretien; un paiement échelonné des arriérés peut également entrer en ligne de compte. L'entretien individuel contribue à l'instauration d'un rapport de confiance avec la personne débitrice et permet par là-même d'escompter un meilleur recouvrement.

Le projet ne prévoit pas d'institutionnaliser l'entretien systématique avec la personne débitrice. Actuellement, le Service ne convoque que rarement la personne débitrice à un entretien. Il y recourra dorénavant chaque fois qu'il

¹ ur la question des droits acquis, cf. Dubey/Zufferey, Droit administratif général, Bâle 2014, § 24.

le jugera utile à la bonne gestion du dossier. On peut estimer un tel travail supplémentaire à 140 heures annuelles (entretien individuel de deux heures, dans 1/3 des nouveaux dossiers).

Le temps consacré aux entretiens avec les personnes créancières et débitrices peut ainsi être estimé à 570 heures annuellement (430 + 140).

2. L'autorité compétente devra ensuite fournir à la personne créancière une aide au recouvrement des allocations familiales, qui consistera essentiellement, pour les allocations familiales légales, à assister la personne créancière dans les démarches nécessaires pour obtenir le versement direct de ces prestations. Il est difficile d'estimer l'ampleur de cette nouvelle tâche. Si l'on table sur l'intervention de l'autorité dans un tiers des dossiers, pour une durée moyenne globale de deux heures par dossier, cela représente annuellement environ 140 heures (215 dossiers: 3 x 2 heures). En tout cas durant la première année suivant l'entrée en vigueur de l'OAiR, le temps consacré à cette tâche sera même supérieur, dès lors qu'il s'agira de fournir l'aide en question aussi dans des dossiers ouverts avant le 1^{er} janvier 2022.
3. L'autorité compétente devra encore au besoin organiser la traduction des documents (titres d'entretien). De nombreux jugements sont aujourd'hui rendus dans une langue étrangère. On peut ici estimer grossièrement le volume de travail supplémentaire à 120 heures annuelles: intervention de l'autorité à ce titre dans un quart des dossiers environ, pour une durée moyenne de deux heures par dossier (60 dossiers x 2 heures).
4. Enfin, l'ordonnance fédérale renforce les moyens de recouvrer la contribution d'entretien en permettant à l'autorité compétente d'obtenir avec plus de facilité le blocage des avoirs du 2^e pilier de la personne débitrice. L'autorité compétente peut ainsi annoncer la personne débitrice à l'institution de prévoyance lorsque celle-ci est en retard d'au moins quatre mensualités. Par la suite, lorsque la personne débitrice fait valoir des prétentions à l'égard de l'institution de prévoyance, cette dernière en informe sans délai l'autorité compétente et sursoit au versement de la prestation pendant trente jours, ce qui permet à l'autorité compétente de requérir le séquestre de la prestation ou la fourniture de sûretés. Ces outils supplémentaires à disposition de l'autorité compétente engendreront forcément un surcroît de travail. Le dépôt d'une requête de séquestre ou de sûretés ouvre une procédure judiciaire, avec les opérations qui y sont liées: établissement d'un mémoire de demande, éventuel échange ultérieur d'écritures et comparution aux débats de première instance; répétition de ces opérations en instance de recours, le cas échéant. Actuellement, le Service introduit en moyenne deux à trois procédures de séquestre ou sûretés par année.

On peut supposer que ce nombre va sensiblement augmenter du fait de l'annonce systématique, par l'institution de prévoyance, de l'arrivée à échéance de prestations du 2^e pilier en faveur de la personne débitrice. Si l'on table sur une moyenne annuelle de 20 procédures de séquestre ou sûretés, pour un volume de travail moyen de huit heures par procédure, on obtient un total de 160 heures annuelles.

Les tâches 1 à 3 ci-dessus, qui relèvent essentiellement de la compétence des collaborateurs administratifs ou des collaboratrices administratives, totalisent un volume de travail de 830 heures (570 + 140 + 120), la tâche 4, qui ressortit au secteur juridique, 160 heures. Pour ce qui est de ce dernier, il devra aussi offrir un soutien accru aux gestionnaires de dossiers dans l'accomplissement de leurs nouvelles tâches de recouvrement.

Il y a par ailleurs lieu de relever que ces cinq dernières années, d'une manière générale, les dossiers du secteur «contributions d'entretien» du Service de l'action sociale sont devenus plus volumineux et leur traitement plus complexe, du fait en particulier de l'implication du Service, en qualité de partie, dans tous les procès en modification de l'entretien, en vertu de la jurisprudence du Tribunal fédéral¹. Si le Service est la plupart du temps dispensé de comparaître en audience, il participe à tous les échanges d'écritures devant le juge. Cela représente une centaine de procédures par année. Cette charge supplémentaire de travail est assumée principalement par les juristes, accessoirement par les collaborateurs administratifs ou collaboratrices administratives.

Le Service traite annuellement 1700 dossiers en moyenne (soit la moyenne de ces cinq dernières années). Il dispose pour ce faire d'un effectif de 4,55 équivalents plein temps (EPT), soit 0,7 juriste et 3,85 collaboratrices administratives. L'augmentation de la charge de travail générée tant par l'OAiR que par la complexification accrue du traitement des dossiers nécessite l'allocation au Service de 1 EPT supplémentaire, soit un ½ poste de juriste et ½ poste de collaborateur administratif ou collaboratrice administrative.

Enfin, l'instauration de l'observation et la sollicitation des inspecteurs et inspectrices institués par la législation sur l'aide sociale à une dizaine de reprises par année selon estimation (cf. ci-dessus, sous art. 18) nécessite le renforcement de cet effectif à hauteur de 0,2 équivalent plein temps.

¹ Notamment ATF 143 III 177, TF, arrêt 5A_634/20213 du 12.3.2014 consid. 4.1.

9. Effet sur le développement durable

Le projet de loi a été analysé à l'aide de la Boussole 21 (www.boussole21.ch). Il résulte de l'analyse que les points forts du projet de loi se situent dans la dimension société, notamment en termes d'amélioration de l'égalité des chances, de renforcement de la cohésion sociale et de lutte contre la pauvreté.

10. Constitutionnalité, conformité au droit fédéral et eurocompatibilité

Le projet de loi est conforme au droit fédéral et ne présente pas d'incompatibilité avec le droit européen.

11. Référendum législatif et financier

Le projet de loi est soumis au référendum législatif. Il n'est pas soumis au référendum financier.

12. Entrée en vigueur

La nouvelle loi cantonale comporte pour l'essentiel des règles sur l'avance, ainsi que quelques dispositions sur le recouvrement, nécessaires pour la mise en œuvre de l'OAIr. Pour ces motifs, il est indispensable que la loi cantonale puisse entrer en vigueur en même temps que l'OAIr, le 1^{er} janvier 2022.

13. Conclusion

En vertu des motifs qui précèdent, le Conseil d'Etat vous invite à adopter ce projet de loi.



Botschaft 2020-DSAS-69

16. März 2021

des Staatsrats an den Grossen Rat zum Gesetzesentwurf über Inkassohilfe und Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen (IHBUG)

1. Einleitung	19
2. Kontext der Revision	19
2.1. Alimentenhilfe	19
2.2. Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen	19
2.3. Inkassohilfe	19
3. Arbeiten auf Bundesebene	20
3.1. Bericht «Harmonisierung Alimentenbevorschussung und Alimenteninkasso»	20
3.2. Empfehlungen der Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren	20
3.3. Revision des Kindesunterhaltsrechts	20
3.4. Verordnung vom 6. Dezember 2019 über die Inkassohilfe bei familienrechtlichen Unterhaltsansprüchen	20
4. Kantonales Gesetzgebungsverfahren	20
5. Notwendigkeit eines separaten Gesetzes	21
6. Vernehmlassungsergebnisse	21
7. Erläuterung nach Artikeln	21
7.1. Allgemeine Bestimmungen	21
7.2. Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen	22
7.2.1. Grundsätze	22
7.2.2. Modalitäten	24
7.2.3. Rückerstattung und Verjährung	27
7.2.4. Observation	28
7.2.5. Finanzierung	30
7.3. Inkassohilfe	30
7.4. Rechtsmittel	32
7.5. Schlussbestimmungen	32
8. Finanzielle und personelle Auswirkungen	33
8.1. Finanzielle Auswirkungen	33
8.2. Personelle Auswirkungen	33
9. Auswirkungen auf die nachhaltige Entwicklung	35
10. Verfassungsmässigkeit, Vereinbarkeit mit dem Bundesrecht und dem Europarecht	35
11. Gesetzesreferendum und Finanzreferendum	35

1. Einleitung

Die Überlegungen auf gesamtschweizerischer und interkantonaler Ebene hinsichtlich einer Harmonisierung der Regeln für die Inkassohilfe und die Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen mündeten zum einen in Empfehlungen zur Ausgestaltung der Alimentenbevorschussung (2013) und zum anderen in einer Inkassohilfeverordnung des Bundes (2019).

Was das materielle Recht anbelangt, so hat das Bundesparlament im Jahr 2015 eine neue Art der Bemessung der Kindesunterhaltsbeiträge eingeführt; seither werden die Kosten für die Kinderbetreuung durch den betreuenden Eltern teil berücksichtigt, wodurch die Ungleichbehandlung von Kindern verheirateter bzw. geschiedener und von Kindern unverheirateter Eltern beseitigt wird.

Auf kantonaler Ebene hat der Gesetzgeber bei der Revision des Einführungsgesetzes zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (EGZGB; SGF 210.1) im 2012 beschlossen, dass die Bereiche Inkasso und Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen in einem Spezialgesetz geregelt werden sollen.

Der Beschluss, der aktuell die Entrichtung der Unterhaltsvorschüsse regelt, ist über 25 Jahre alt. Seit damals haben sich die Struktur und die Zusammensetzung der Familieneinheit wie auch die dortigen Rollen stark verändert. Vor allem die wirtschaftliche Unabhängigkeit der Frauen nimmt im Allgemeinen tendenziell zu.

Schliesslich hat der Grosse Rat am 16. Oktober 2019 noch eine Motion angenommen, welche die Anhebung des Vorschusses zugunsten des jüngsten Kindes verlangt.

All diese Gründe bestimmen die Anpassung der kantonalen Regeln in Sachen Inkassohilfe und Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen. Weil das Bundesrecht die Inkassohilfe nun nahezu vollständig regelt, betrifft das vorliegende Gesetz hauptsächlich die Bevorschussung.

2. Kontext der Revision

2.1. Alimentenhilfe

Die vom Gemeinwesen geleistete Inkassohilfe und Alimentenbevorschussung verfolgen beide ein soziales Ziel, nämlich die Sicherung des Unterhalts der Kinder, der Ehegatten und der eingetragenen Partner, wenn die unterhaltspflichtige Person ihre Verpflichtungen nicht erfüllt, um so letztendlich dem Armutsrisiko vorzubeugen. Zusammen bilden die Inkassohilfe und die Alimentenbevorschussung die zwei Komponenten der so genannten «Alimentenhilfe».

Diese Hilfe ist für Personen bestimmt, deren Unterhaltsbeiträge unvollständig, unpünktlich, unregelmässig oder gar nicht bezahlt werden. Anspruchsberechtigt können grundsätzlich Kinder, Frauen und Männer sein. In der Praxis sind es aber in aller Regel Kinder und Frauen, umgekehrt sind grossmehrheitlich Männer unterhaltspflichtig. Sehr problematisch kann die Lage für Frauen und Kinder sein, die in Einelternhaushalten leben, da solche Haushalte besonders von Armut bedroht sind. Gemäss der Schweizerischen Sozialhilfestatistik 2017 sind 98,6% der Gesuchstellenden für Alimentenbevorschussung Frauen. Die Sicherstellung der Unterhaltsleistungen mittels der Alimentenhilfe ist deshalb sozialpolitisch notwendig.¹

2.2. Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen

Das Gemeinwesen kann Unterhaltsbeiträge vorschliessen, wenn die unterhaltspflichtige Person ihren Verpflichtungen nicht nachkommt. Mit dem Vorschuss soll die Zahlung eines vom kantonalen Recht definierten Unterhaltsbeitrag sichergestellt werden, der die Deckung der Grundbedürfnisse der unterhaltsberechtigten Person garantieren sollte.

Das Zivilgesetzbuch (ZGB) lädt die Kantone ein, sowohl für Ehegattinnen und Ehegatten wie auch für Kinder die Ausrichtung von Vorschüssen zu regeln (Art. 131a Abs. 1 und Art. 293 Abs. 2). Der Bereich der Alimentenbevorschussung ist dem kantonalen öffentlichen Recht vorbehalten. Sämtliche Kantone haben Rechtsgrundlagen zur Bevorschussung von Kinderalimenten geschaffen; dagegen haben lediglich der Kanton Zug und die Westschweizer Kantone, mit Ausnahme des Kantons Waadt (Abschaffung des Vorschusses für Ehegattinnen und Ehegatten oder Ex-Ehegattinnen und Ex-Ehegatten im 2018), rechtliche Bestimmungen zur Bevorschussung von Ehegattenalimenten erlassen.

2.3. Inkassohilfe

Im Gegensatz zur Alimentenbevorschussung werden bei der Inkassohilfe keine öffentlichen Gelder an die berechtigten Personen ausbezahlt. Mit der in Artikel 131 Abs. 1 und Artikel 290 Abs. 1 ZGB geregelten Inkassohilfe soll die anspruchsberechtigte Person im Verfahren zur Durchsetzung der in einem Unterhaltstitel festgelegten Unterhaltsansprüche unterstützt werden, z. B. bei der Einleitung von Betreibungen oder beim Einreichen von (zivil- oder strafrechtlichen) Anträgen bei den zuständigen Gerichtsbehörden.

¹ Erläuternder Bericht vom 6. Dezember 2019 des Bundesamtes für Justiz über die Verordnung über die Inkassohilfe bei familienrechtlichen Unterhaltsansprüchen (Inkassohilfeverordnung, InkHV), S. 4.

Die Inkassohilfe steht sämtlichen berechtigten Personen offen, die ein Gesuch stellen, unabhängig davon, ob sie Alimentenbevorschussung erhalten oder nicht. Eine Person kann also die Inkassohilfe in Anspruch nehmen, ohne die Voraussetzungen für die Alimentenbevorschussung zu erfüllen.

3. Arbeiten auf Bundesebene

3.1. Bericht «Harmonisierung Alimentenbevorschussung und Alimenteninkasso»

Im Juni 2006 hat der Nationalrat das Postulat 06.3003 der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrats (SGK-N) vom 13. Januar 2006 angenommen, das eine Harmonisierung der Gesetzgebung betreffend Alimentenbevorschussung und Alimenteninkasso fordert.

In Erfüllung dieses Postulats hat der Bundesrat am 4. Mai 2011 den Bericht «Harmonisierung Alimentenbevorschussung und Alimenteninkasso» (Harmonisierungs-Bericht) verabschiedet; darin werden die Entwicklung, die Ausgestaltung und die Ziele der Inkassohilfe und der Alimentenbevorschussung beschrieben. Der Bericht kommt zum Schluss, dass das vom Bundesgesetzgeber verfolgte Ziel der Alimentenhilfe – soll heissen: Sicherung des Unterhaltsanspruchs und Verhinderung von Armut – in den Kantonen nur teilweise erreicht wird.

Am 20. Juni 2019 wurde im Nationalrat eine parlamentarische Initiative eingereicht, mit der Absicht, dass die Ausrichtung von Vorschüssen an Ehegattinnen, Ehegatten, Partnerinnen oder Partner in allen Kantonen garantiert ist.

3.2. Empfehlungen der Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren

Die Notwendigkeit einer Harmonisierung der gesetzlichen Grundlagen im Bereich der Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen ist anerkannt¹. Zurzeit ist nicht absehbar, ob, wann und auf welchem Weg eine solche Harmonisierung erfolgen wird.² Einen ersten Schritt in diese Richtung unternahm die Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren (SODK) mit der Ausarbeitung der am 28. Juni 2013 genehmigten Empfehlungen zur Ausgestaltung der Alimentenbevorschussung (nachfolgend: SODK-Empfehlungen).

3.3. Revision des Kindesunterhaltsrechts

Die am 20. März 2015 vom Parlament verabschiedete und am 1. Januar 2017 in Kraft gesetzte Revision des Kindesunterhaltsrechts umfasst insbesondere die Berücksichtigung der indirekten Kosten für die Kinderbetreuung bei der Bemessung des Unterhaltsbeitrags (Art. 285 Abs. 2 ZGB). Diese Kosten entsprechen dem monatlichen Negativsaldo des obhutsberechtigten Elternteils, der sich direkt aus der Betreuung des Kindes ergibt.

Um der Verpflichtung, die der Bundesrat im Bericht «Harmonisierung» eingegangen ist, Folge zu leisten, hat ihm der Gesetzgeber zur Verbesserung und gesamtschweizerischen Vereinheitlichung der Inkassohilfe in Artikel 131 Abs. 2 und Artikel 290 Abs. 2 ZGB die Kompetenz zum Erlass einer entsprechenden Verordnung übertragen.

3.4. Verordnung vom 6. Dezember 2019 über die Inkassohilfe bei familienrechtlichen Unterhaltsansprüchen

Die Verordnung vom 6. Dezember 2019 über die Inkassohilfe bei familienrechtlichen Unterhaltsansprüchen (Inkassohilfeverordnung, InkHV)³ tritt am 1. Januar 2022 in Kraft; von diesem Zeitpunkt an wird die Inkassohilfe schweizweit einheitlich nach eidgenössischen Regeln geregelt, welche die aktuell geltenden kantonalen Regeln ersetzen werden. In der kantonalen Gesetzgebung werden nur ein paar Vollzugsfragen behandelt werden müssen (vgl. Punkt 3, Art. 22 bis 26).

4. Kantonales Gesetzgebungsverfahren

Im Kanton Freiburg werden die Bereiche Inkassohilfe und Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen im Beschluss des Staatsrates vom 14. Dezember 1993 über die Eintreibung von Unterhaltsforderungen und die Ausrichtung von Vorschüssen für den Unterhalt des Kindes, Ehegatten oder Ex-Ehegatten (EUB; SGF 212.0.22) geregelt.

Als am 10. Februar 2012 das revidierte EGZGB verabschiedet wurde, hatte der Grosse Rat die Bereiche Bevorschussung und Inkasso von Unterhaltsbeiträgen der Spezialgesetzgebung vorbehalten (Art. 2 Abs. 1 Bst. d), wobei die Bestimmungen des EUB bis zum Inkrafttreten des kantonalen Gesetzes über Eintreibung und Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen weiter gelten sollten (Art. 89 Abs. 2 Bst. a).

Die Anpassungsarbeiten am EUB waren im Laufe 2009 gestartet, wurden jedoch in der Folge in Erwartung der Änderung des Kindesunterhaltsrechts und der Verabschiedung von schweizweit einheitlichen Regeln für die Inkassohilfe vorübergehend auf Eis gelegt.

¹ Botschaft des Bundesrates zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesunterhalt) vom 29. November 2013, BBl 2014 529.

² Erläuternder Bericht InkHV, S. 9.

³ AS 2020 7.

Am 16. Oktober 2019 hat der Grosse Rat die Motion der Grossräte Moussa und Morel verabschiedet, die vom Staatsrat eine Änderung des EGZGB verlangte; zum einen sollte der Betrag und die Modalitäten der Ausrichtung von Unterhaltsvorschüssen zugunsten der Kinder, der Ehegattinnen und Ehegatten und der Ex-Ehegattinnen und Ex-Ehegatten direkt darin festgelegt werden, zum anderen sollte der Höchstbetrag des Vorschlusses für das jüngste Kind auf monatlich 650 Franken erhöht werden, wenn die Mutter oder der Vater keinen Beitrag bezieht. Der Entwurf entspricht diesem Vorstoss.

5. Notwendigkeit eines separaten Gesetzes

Der Gesetzgeber von 2012 hat den Bereich der Inkassohilfe und der Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen der Spezialgesetzgebung vorbehalten. Um dem ursprünglichen Auftrag des Gesetzgebers gerecht zu werden, zieht der Staatsrat das Spezialgesetz einer Änderung des EGZGB, wie sie von den Motionären verlangt wird, vor.

6. Vernehmlassungsergebnisse

Das externe Vernehmlassungsverfahren lief vom 2. September bis zum 2. Dezember 2020. 79 Stellen wurden befragt, 19 haben Stellung genommen.

Eine hat vorgeschlagen, die Systematik des Gesetzes zu ändern. Dieser Vorschlag wurde befolgt, sodass sich der aktuelle Entwurf im Aufbau vom Vorentwurf unterscheidet.

Die Anhebung der Bevorschussung der Unterhaltsbeiträge zugunsten der Kinder wurde in ihrem Grundsatz von allen Befragten einstimmig begrüsst.

Einige der befragten Stellen bedauern, dass die Ehegattinnen und Ehegatten und die Ex-Ehegattinnen und Ex-Ehegatten vom Anspruch auf Bevorschussung ausgeschlossen werden und machen geltend, dass es sich um einen Rückschritt bei den Sozialleistungen handelt, namentlich für alleinstehende Frauen, die in bescheidenen Verhältnissen leben. Auch wenn das Zivilgericht Ehegattinnen und Ehegatten und Ex-Ehegattinnen und Ex-Ehegatten weniger oft Unterhaltsbeiträge zuspricht, sollte der Anspruch auf Bevorschussung in den übrigbleibenden Fällen möglich bleiben. Hinsichtlich der Berücksichtigung von Einkommen und Vermögen sprachen sich einige gegen die Gleichstellung von stabilem Konkubinat und Ehe aus, wobei sie darauf hinweisen, dass Konkubinatspartnerinnen und Konkubinatspartner ihre Partnerinnen und Partner bei deren Unterhaltspflicht gegenüber den nicht gemeinsamen Kindern nicht unterstützen müssen. Was die Bevorschussung zugunsten der Kinder betrifft, so schlägt eine Stelle vor, den Staatsrat mit der Festlegung des Höchstbeitrags zu betrauen, andere wiederum raten dazu, die Empfehlungen der SODK zu befolgen und den Betrag der Obergrenze der maximalen einfachen Waisenrente anzupassen.

Einige wünschen sich die Hinzufügung einer Strafklausel im Falle eines Missbrauchs. Sie sind der Ansicht, dass die blosser Rückerstattung der unrechtmässig bezogenen Leistungen nicht ausreicht, um einen potenziellen Missbrauch abzuwenden.

Schliesslich gab es noch Zweifel in Bezug auf die Verfassungsmässigkeit der Observation der unterhaltsberechtigten Person. Ein Vernehmlassungsadressat schlägt deshalb vor, auf die Massnahme der Observation zu verzichten. Ein anderer wiederum empfiehlt, dass der Entscheid darüber, eine Person observieren zu lassen, einer gerichtlichen Kontrolle unterliegen soll. Die diesbezüglichen Einwände werden in der Erläuterung der Bestimmungen im Detail ausgeführt.

Was die anderen Kommentare im Rahmen der Vernehmlassung betrifft, so wurden einige davon berücksichtigt. Diejenigen, die nicht berücksichtigt wurden, werden wenn nötig in der Erläuterung aufgegriffen, im Zusammenhang mit den betroffenen Artikeln.

7. Erläuterung nach Artikeln

7.1. Allgemeine Bestimmungen

Art. 1 Ziel

Ab dem Inkrafttreten der InkHV am 1. Januar 2022 wird sich der Inkassobereich nach dem Bundesrecht richten. Das neue kantonale Gesetz umfasst somit hauptsächlich Regeln über die Bevorschussung der Unterhaltsbeiträge sowie ein paar Bestimmungen über die Eintreibung, dort, wo das Bundesrecht den Kantonen einen gewissen Handlungsspielraum überlässt.

Art. 2 Zuständige Behörde

Die zuständige Behörde wird in der Ausführungsregelung bestimmt. Dieses Vorgehen erlaubt es, eine Gesetzesänderung zu verhindern, wenn die zuständige Behörde den Namen wechseln sollte.

Art. 3 Aufgaben der zuständigen Behörde

In der Praxis besteht die erste Hilfe, die von den Personen, die sich an die Behörde wenden, beantragt wird, oftmals in einfachen Auskünften (Bst. a). Laut Buchstabe c ist die Behörde für die Eintreibung der Unterhaltsbeiträge und die Bevorschussung zuständig. In Anwendung von Artikel 3 Abs. 2 InkHV leistet Inkassohilfe für Familienzulagen, wenn sie im Zusammenhang mit einem Antrag um Inkassohilfe für Unterhaltsbeiträge angerufen wird.

Art. 4 Informationsgesuch an andere Behörden

Gemäss Artikel 7 InkHV können die Fachstellen mit schriftlichem und begründetem Gesuch von anderen kommunalen, kantonalen oder Bundesbehörden kostenlos Informationen erhalten, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgabe benötigen. Laut erläuterndem Bericht zur Inkassohilfeverordnung setzt eine effiziente Inkassohilfe voraus, dass die Fachstelle über vollständige und aktuelle Informationen zur persönlichen und beruflichen Situation der verpflichteten Person und zu ihrer Vermögenslage verfügt. Damit die Inkassohilfe effizient ist, müssen die Fachstellen Zugriff zu den für die Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgabe (Art. 131 Abs. 1 und 290 Abs. 1 ZGB) notwendigen Informationen haben, weshalb ihnen die Verwaltungsbehörden auf kommunaler, kantonaler und Bundesebene alle im Zusammenhang mit der Situation der verpflichteten Person nützlichen Informationen zur Verfügung stellen müssen, beispielsweise Betriebsämter, die Steuerverwaltung oder die Sozialhilfe.

Der Entwurf sieht eine ähnliche Bestimmung wie die InkHV vor, um die Erfüllung anderer Aufgaben der zuständigen Behörde zu erleichtern, namentlich die Bestimmung des Anspruchs auf Bevorschussung der unterhaltsberechtigten Person. Die Behörde kann sich so beispielsweise an die Steuerverwaltung oder die Sozialhilfe wenden. Anders als in der InkHV gilt diese Regel nicht für die Bundesbehörden, für die einzig eine Bestimmung des Bundesrechts eine Verpflichtung auferlegen kann.

Der Staatsrat wird den Begriff der nötigen Informationen genauer bestimmen.

Diese Untersuchungen innerhalb der Behörden müssen subsidiär bleiben. Es obliegt in erster Linie der unterhaltsberechtigten Person, im Rahmen ihrer Mitwirkungspflicht über ihre persönliche und finanzielle Situation zu informieren.

7.2. Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen

7.2.1. Grundsätze

Art. 5 Unterhaltsberechtigten Personen

Absatz 1: Die Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen richtet sich als Erstes an minder- und volljährige Kinder, wobei die volljährigen Kinder in Ausbildung sein müssen, in Übereinstimmung mit dem Bundeszivilrecht (Art. 277 Abs. 2 ZGB).

Laut aktuellem Gesetz wird der Vorschuss solange gewährt, bis die Frist im Unterhaltstitel ausläuft; im EUB ist keine ausdrückliche zeitliche Begrenzung vorgesehen. Die Bestimmung in Absatz 1 legt die Altersgrenze für den Bezug der Bevorschussung bei 25 Jahren fest, und zwar aus folgenden Gründen:

Die Unterhaltsbeiträge können längstens bis zu jenem Zeitpunkt bevorschusst werden, in dem die Unterhaltspflicht gemäss Unterhaltstitel endet. Neun Kantone bevorschussen die Kinderalimente gemäss Unterhaltstitel (FR, JU, LU, NE, NW, OW, VD, ZG, ZH). Im Kanton Neuenburg endet jedoch die Bevorschussung, wenn der Betrag, den die unterhaltspflichtige Person der öffentlichen Hand schuldet, insgesamt 36 monatlichen Unterhaltsbeiträgen entspricht.

Fünfzehn Kantone schränken den Bezug der Bevorschussung durch unterschiedliche Altersgrenzen ein: Sieben Kantone bevorschussen längstens bis zum vollendeten 25. Altersjahr (BE, BS, GL, SH, GR, SG, SO), fünf längstens bis zum vollendeten 20. Altersjahr (AG, AR, BL, UR, VS) und drei längstens bis zum vollendeten 18. Altersjahr des Kindes (AI, SZ, TG). In zwei Kantonen kommen andere Kriterien zur Anwendung: Der Kanton Genf bevorschusst die Unterhaltsbeiträge längstens 36 Monate. Für ein Kind, welches das Kindergartenalter noch nicht erreicht hat, kann die Bezugsdauer auf längstens 48 Monate ausgedehnt werden. Der Kanton Tessin wiederum bevorschusst Unterhaltsbeiträge längstens während 60 Monaten, Ausnahmen sind jedoch möglich.

Im Harmonisierungs-Bericht empfiehlt der Bundesrat den Kantonen als maximale Dauer der Bevorschussung entweder die Frist gemäss Unterhaltstitel oder das 25. Altersjahr¹. Die SODK empfiehlt ihrerseits eine Ausrichtung gemäss Unterhaltstitel, maximal jedoch bis zum vollendeten 25. Altersjahr, da ihr eine analoge Begrenzung zur Bundesgesetzgebung für die Waisenrente (Art. 25 Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [AHVG]) und die Ausbildungszulagen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b Bundesgesetz über die Familienzulagen [Familienzulagengesetz, FamZG]) angemessen scheint.²

Absatz 2: Am 1. Januar 2017 ist der geänderte Unterhaltsanspruch in Kraft getreten, wodurch eine neue Art der Berechnung der Beiträge zugunsten des Kindes eingeführt wurde: Seither sind die Kosten für die Betreuung des Kindes (indirekte Kosten) fester Bestandteil des ausschliesslich dem Kinde zugutekommenden Unterhaltsbeitrags (Art. 285 Abs. 2 ZGB). Bei einer Trennung oder Scheidung hat die unterhaltspflichtige Person nach der Entrichtung des Unterhaltsbeitrags zugunsten des Kindes oftmals nicht mehr genug Geld übrig, um noch zum Unterhalt Ehegattin bzw. des Ehegatten oder der Ex-Ehegattin bzw. des Ex-Ehegatten beizutragen. Aus diesem Grund hat der obhutsberechtigten Elternteil keinen Anspruch mehr auf einen Unterhaltsbeitrag für sich selbst; das ist sehr regelmässig bei Trennungen oder Scheidungen der Fall, wo die Beteiligten keine hohen Einkommen erzielen (soll heissen: die grosse Mehrheit der Fälle, in denen der obhutsberechtigten Elternteil die Entrichtung der Bevorschussung einfordern kann). Die Anzahl Scheidungen, in denen

¹ Harmonisierungs-Bericht, S. 41.

² SODK-Empfehlungen, S. 20, Kap. 2.4.2.

der Ex-Ehegattin oder dem Ex-Ehegatten ein Unterhaltsbeitrag zugesprochen wird, ist schon rückläufig, seit im Jahr 2000 das neue Scheidungsrecht in Kraft getreten ist. Dieses konkretisierte nämlich nebst dem Grundsatz der ehelichen Solidarität auch das sogenannte clean break-Prinzip, wonach nach der Scheidung – soweit möglich – jeder Ehegatte für seine Versorgung verantwortlich ist und ihm der Übergang in die eigene wirtschaftliche Selbstständigkeit erleichtert werden muss. Die Änderung des Unterhaltsanspruchs von 2017 hat diesen Trend lediglich verstärkt.

So wurde in zahlreichen Fällen der Betrag zugunsten des Kindes angehoben und derjenige zugunsten der Ex-Ehegattin bzw. des Ex-Ehegatten wurde gekürzt oder sogar gestrichen.

Nur fünf Kantone eröffnen noch einen Anspruch auf Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen zugunsten von Ehegattinnen und Ehegatten und von Ex-Ehegattinnen und Ex-Ehegatten. Es sind dies die Kantone Genf, Jura, Neuenburg, Wallis und Zug. Genf und Zug jedoch nur, wenn die Ehegatten und Ex-Ehegatten für den Unterhalt von Kindern aufkommen.

Anfang 2021 gab es im Kanton Freiburg 1225 Bezügerinnen und Bezüger von Bevorschussungen, wovon 1165 Kinder und 60 Ehegattinnen und Ehegatten oder Ex-Ehegattinnen und Ex-Ehegatten. Von diesen 60 Personen erhielten 32 auch eine Bevorschussung zugunsten des Kindes, wohingegen die 28 anderen die Bevorschussung ausschliesslich für sich selbst bezogen.

Der Staatsrat schlug im Vorentwurf die Abschaffung der Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen zugunsten von Ehegattinnen und Ehegatten bzw. Ex-Ehegattinnen und Ex-Ehegatten oder Partnerinnen und Partnern bzw. Ex-Partnerinnen und Ex-Partnern bei einer eingetragenen Partnerschaft vor. Weil er Verständnis für die Argumente derjenigen hat, die gegen eine Abschaffung sind, weil diese einen Rückschritt bei den Sozialleistungen darstellt, schlägt er vor, besagte Bevorschussung nicht abzuschaffen, sondern zeitlich zu beschränken.

Was die Festsetzung der Vorschüsse für den Unterhalt der Kinder betrifft, so sieht die Rechtsprechung des Bundesgerichts vor, dass der hauptbetreuende Elternteil ab der obligatorischen Einschulung des jüngsten Kindes grundsätzlich zu 50% eine Erwerbsarbeit ausüben muss, ab dessen Eintritt in die Sekundarstufe zu 80% und ab seinem vollendeten 16. Lebensjahr zu 100%.¹

Laut aktuellem Gesetz wird der Vorschuss solange gewährt, bis die Frist im Unterhaltstitel ausläuft. Der Entwurf schränkt den Anspruch auf Bevorschussung für Ehegatten und Ex-Ehegatten inkl. Personen ohne Kinder ab Gesuchseinrei-

chung während zwei Jahren oder bis zur Vollendung des 12. Lebensjahres des jüngsten gemeinsamen Kindes der unterhaltsberechtigten und der unterhaltspflichtigen Person. Mit dieser Lösung kann die vollständige Abschaffung der Bevorschussung für Ex-Ehegatten verhindert und gleichzeitig die erwähnte bundesgerichtliche Rechtsprechung berücksichtigt werden.

Absatz 4: Die Gewährung der Bevorschussung setzt voraus, dass die antragstellende Person ihren zivilrechtlichen Wohnsitz (im Sinne von Art. 23ff. ZGB) im Kanton hat, einen Unterhaltstitel besitzt – d. h. Entscheid oder Vertrag, auf dem die Höhe des geschuldeten Unterhaltsbeitrags aufgeführt ist – und schliesslich noch, dass der Unterhaltsbeitrag gar nicht, nur teilweise oder nur unregelmässig entrichtet wird.

Absatz 5: Die Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen ist eine Form von Sozialhilfe im weiteren Sinn². Im Sozialhilfebereich benötigen ausländische Personen jedoch eine gültige Aufenthaltsbewilligung, um ordentliche Sozialhilfe beziehen zu können³. Diese Bestimmung schafft dieselbe Anforderung im Bereich der Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen für ausländische Antragstellerinnen und Antragsteller. Letztere müssen somit das Recht haben, im Kanton Wohnsitz zu nehmen.

Einige Vernehmlassungsadressaten schlagen vor, die Bestimmung zu ergänzen, indem hinzugefügt wird, dass ausländische Personen, die auf eine Aufenthaltsbewilligung warten, auch keinen Leistungsanspruch haben, solange das Aufenthaltsrecht nicht gesichert ist. Sie weisen darauf hin, dass gemäss Praxis des Kantonalen Sozialamts in Sachen Sozialhilfe Ausländerinnen und Ausländer, die ohne gültigen Aufenthaltstitel im Kanton ankommen, während des Verfahrens zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung Anspruch auf die vollständigen Sozialhilfeleistungen haben, und dies allenfalls solange, bis der Antrag mittels definitivem und vollstreckbarem Entscheid abgelehnt wurde. Nun aber kann dieses Verfahren vor dem Amt für Bevölkerung und Migration oder sogar vor dem Kantons- und dem Bundesgericht lange dauern, nämlich bis zu zwei oder drei Jahre. Ohne die vorgeschlagene Ergänzung könnte die ausländische Person während des gesamten Verfahrens hinsichtlich der Aufenthaltsbewilligung Unterhaltsvorschüsse beziehen. Und im Falle einer definitiven Verweigerung des Aufenthalts wären die bezogenen Leistungen unrechtmässig bezogen worden und müssten zurückbezahlt werden. Die Bezügerin oder der Bezüger wäre jedoch niemals in der Lage, dieser Pflicht nachzukommen (Bedürftigkeit, Weggang aus der Schweiz).

Während des Verfahrens zur Gewährung des Aufenthaltstitels hat die Person keinen Anspruch auf Bevorschussung. Der Entwurf sieht in einem neuen Artikel 6 eine Ausnahme vor,

² BGE 137 III 193 Erw. 3.4 S. 200.

³ Unterstützung ausländischer Personen aus Drittstaaten, Merkblatt der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe (SKOS) vom 20. Juni 2019, Kap. 2.1.

¹ BGE 144 III Erw. 4.7.6.

die vom Staatsrat geregelt werden muss, wenn es sich um eine Erneuerung des Aufenthaltstitels handelt.

Dieselben Stellen schlagen vor, den Begriff «aufhalten» durch «Hauptwohnsitz begründen» zu ersetzen. Sie sind der Meinung, dass die Tatsache, sich im Kanton «aufzuhalten» breit gefasst ist und nichts aussagt weder zu den verschiedenen Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligungen noch zur Verbindung mit der daraus hervorgehenden Begründung eines Hauptwohnsitzes im Sinne von Artikel 23 ZGB. Ohne klare Bedingung des steuerrechtlichen Wohnsitzes, sollten jedoch Vorschüsse für jede Art von Genehmigung (befristet, zweckgebunden, Asylbewerber, Nichteintretenentscheid oder andere) gewährt werden.

Diesem Vorschlag kann nicht Folge geleistet werden. Der Besitz eines Aufenthaltstitels, der zum Aufenthalt im Kanton ermächtigt, ist in der Tat eine zusätzliche Auflage für Ausländerinnen und Ausländer. Diese müssen auch die Basisanforderungen nach Absatz 4 erfüllen, darunter den Wohnsitz im Kanton (Bst. a).

Art. 6 *Unterhaltstitel*

Absatz 1: Der Unterhaltsbeitrag muss in einem zivilgerichtlichen Entscheid oder in einem von der Kindesschutzbehörde genehmigten Vertrag festgelegt sein. Der zivilgerichtliche Entscheid muss vollstreckbar sein. Der Gerichtsentscheid kann auch provisorisch sein (z. B. Entscheide über vorsorgliche oder superprovisorische Massnahmen).

Absatz 2: Der Unterhaltsvertrag zwischen dem volljährigen Kind und einem Elternteil kann der Kindesschutzbehörde nicht zur Genehmigung unterbreitet werden, da diese nicht zuständig ist.¹ Das volljährige Kind sollte nicht dazu gezwungen sein, vor dem Zivilgericht auf Leistung des Unterhalts zu klagen (Art. 279 ZGB), wenn es sich mit dem Elternteil über den Unterhalt einigen kann. Der Entwurf anerkennt einen solchen Vertrag als Unterhaltstitel.²

Absatz 3: Handelt es sich also beim Unterhaltstitel um einen Vertrag zwischen volljährigem Kind und Eltern(teil), greifen weder das Zivilgericht noch die Kindesschutzbehörde in die Festlegung des Unterhaltsbeitrags ein; es ist an der zuständigen Behörde, über die Gewährung der Bevorschussung zu bestimmen und sicherzustellen, dass die Voraussetzungen für den erfüllt sind.³ erfüllt sind. Diese Behörde kann jedoch ein Tätigwerden trotz Vertrag nur dann nicht verweigern, wenn der Unterhaltsbetrag offensichtlich nicht im Verhältnis zu den Möglichkeiten der unterhaltspflichtigen Person steht oder wenn er böswillig abgeschlossen wurde, um an die Bevorschussung zu kommen (z. B. Weggang ins Ausland

der unterhaltspflichtigen Person).⁴ Die Kantone Bern, Luzern und Zürich haben in den letzten Jahren eine solche Regel verabschiedet.

Art. 7 *Mitwirkungspflicht*

Absatz 1: Die Ausführungsregelung wird präzisieren, welche Angaben und Dokumente die unterhaltsberechtigte Person aushändigen muss. Die zuständige Behörde wird ihr im Übrigen ein Formular zur Beantragung der Bevorschussung zur Verfügung stellen, auf dem die einzureichenden Unterlagen aufgeführt sind; dies ist auch heute schon der Fall.

Absatz 2: Meldet die unterhaltsberechtigte Person eine Änderung ihrer Situation, die einen Einfluss auf ihren Bevorschussungsanspruch hat, so passt die zuständige Behörde ihren Entscheid an, gemäss Artikel 11 Abs. 2.

Absatz 3: Wird die Mitwirkungspflicht nicht eingehalten, so warnt die Behörde die unterhaltsberechtigte Person, dass ihr Verhalten eine Sanktion nach sich ziehen kann, mit anderen Worten: eine Verweigerung, Unterbrechung oder Einstellung der Bevorschussung.

Absatz 4: Die Mitwirkungspflicht Dritter bleibt vorbehalten. Diese Bestimmung ist eine Anwendung von Artikel 51 Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRG). Die Regel lautet, dass die unterhaltsberechtigte Person bzw. ihr gesetzlicher Vertreter für das minderjährige Kind, die erforderlichen Unterlagen vorweist und die zuständige Behörde über eine Änderung der Situation informiert. Allerdings kann auch die aktive Mitarbeit der Eltern erforderlich sein, namentlich wenn das Gesuch von einem jungen Menschen in Ausbildung eingereicht wurde. Die Mitwirkungspflicht auf die Eltern auszudehnen wird die Stellung der Behörde stärken, insbesondere wenn es Schwierigkeiten gibt, an bestimmte Informationen über die unterhaltsberechtigte Person zu kommen oder um spätere Kontrollen durchzuführen.

7.2.2. Modalitäten

Art. 8 *Massgebendes Einkommen und Vermögen*

Absatz 1: Das massgebende Einkommen und Vermögen für die Gewährung und die Höhe der Bevorschussung ergibt sich aus dem persönlichen Einkommen und Vermögen der unterhaltsberechtigten Person sowie aus dem Einkommen und Vermögen des obhutsberechtigten Elternteils, wenn das Kind minderjährig ist; aus dem Einkommen und Vermögen des Elternteils, bei dem das volljährige Kind wohnhaft ist; und bei Heirat, Wiederverheiratung oder stabilem Konkubinat des betreffenden Elternteils, der bzw. des beziehenden Ehegattin bzw. Ehegatten oder Ex-Ehegattin bzw. Ex-Ehegatten,

¹ *Commentaire Romand Code civil* (CR CC), J.-F. Perrin, N. 9 zu Art. 287.

² Die Kantone Bern, Luzern und Zürich sehen einen solchen Unterhaltstitel für die Gewährung der Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen vor.

³ Basler Kommentar ZGB, BSK ZGB I, P. Breitschmid, N. 12 zu Art. 287.

⁴ CR CC, F. Bastons Bulletti, N. 10 und 12 zu Art. 131/132.

des Einkommens und Vermögens der neuen Ehegattin bzw. des neuen Ehegatten oder der neuen Konkubinatspartnerin bzw. des neuen Konkubinatspartners.

Bei alternierender Obhut werden Einkommen und Vermögen desjenigen Elternteils berücksichtigt, dem der Unterhaltsbeitrag ausgerichtet wird und der im Unterhaltstitel aufgeführt ist. Laut Artikel 289 Abs. 1 ZGB wird nämlich der dem Kind zustehende Anspruch auf Unterhaltsbeiträge, solange es minderjährig ist, durch Leistung an dessen gesetzlichen Vertreter oder den Inhaber der Obhut erfüllt, soweit das Gericht es nicht anders bestimmt. Mit der Einführung anderer Formen der Obhut (geteilte oder alternierende Obhut anstelle der alleinigen Obhut) muss das Gericht bestimmen können, an welchen Elternteil in solchen Fällen die Unterhaltsbeiträge ausbezahlt werden müssen (Botschaft des Bundesrates zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Kindesunterhalt] vom 29. November 2013, Kap. 2.3, BBl 2014 529, S. 582).

Gemäss Artikel 278 Abs. 2 ZGB hat jeder Ehegatte dem andern in der Erfüllung der Unterhaltungspflicht gegenüber vorehelichen Kindern in angemessener Weise beizustehen. Der Entwurf behandelt Personen, die in stabilem Konkubinat leben, als Ehegatten und berücksichtigt deren Einkommen und Vermögen, wohingegen das aktuelle Gesetz zum Einkommen des obhutsberechtigten Elternteils 2000 Franken hinzufügt, die dem Wert seiner Haushaltsarbeit entsprechen.¹ Mit der neuen Regelung können somit die tatsächliche finanzielle Situation der einzelnen Gesuchstellenden besser eingeschätzt und Ungleichbehandlungen zwischen wieder-verheirateten Begünstigten und solchen, die in einem stabilen Konkubinat leben, vermieden werden. Dadurch wird auch der Respekt der Gleichbehandlung verschiedener Konkubinatssituationen möglich sein; damit ist gemeint, dass eine Person, die im Konkubinat mit einer Person lebt, die z. B. 120 000 Franken pro Jahr erhält, anders behandelt werden muss als eine, deren Konkubinatspartnerin oder Konkubinatspartner gar kein Einkommen hat.

Absatz 2: Sicher, die Konkubinatspartnerin oder der Konkubinatspartner hat keine Unterstützungspflicht im Sinne von Artikel 278 Abs. 2 ZGB. Zivilrechtlich gesehen geht jedoch aus der unter dem bisherigen Scheidungsrecht entwickelten Praxis hervor, dass das Konkubinat – zu bestimmten Bedingungen – eine eheähnliche Gemeinschaft darstellt, die zur Streichung des Anspruchs auf die Rente für geschiedenen Ehegatten führen kann. Das Bundesgericht stellt die (widerlegbare) Vermutung auf, dass ein Konkubinat stabil war, wenn es zum Zeitpunkt der Erhebung der Klage zur Änderung des Scheidungsurteils seit fünf Jahren gedauert hat («qualifiziertes Konkubinat»). Im Bereich der Sozial-

hilfe sehen die Weisungen der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe (SKOS) vor, dass in Fällen, wo die Partner in einem stabilen Konkubinat leben und nur eine Person unterstützt wird, Einkommen und Vermögen des nicht unterstützten Konkubinatspartners angemessen berücksichtigt werden können. Diese Weisungen präzisieren, dass namentlich dann von einem stabilen Konkubinat auszugehen ist, wenn es mindestens zwei Jahre andauert oder die Partner mit einem gemeinsamen Kind zusammenleben.²

In diesem Sinne wird im Entwurf vom Vorliegen eines stabilen Konkubinats ausgegangen, namentlich wenn die Personen zusammenleben und ein gemeinsames Kind haben oder seit mindestens zwei Jahren zusammenleben. Andere Indizien können vermuten lassen, dass ein solches Konkubinat vorliegt, wie z. B. wenn die betroffenen Personen eine gegenseitige Unterstützungserklärung unterzeichnet haben.

Die SODK empfiehlt, von einer Berücksichtigung des Einkommens der neuen Konkubinatspartnerin oder des neuen Konkubinatspartners abzusehen, da Erfahrungen aus der Sozialhilfe zeigen, dass eine Mitberücksichtigung von Einkommen dritter Personen grosses Konfliktpotential bergen kann.

Einige Kantone sehen bei der Bestimmung des Anspruchs auf Bevorschussung bereits eine Berücksichtigung der Einkünfte und des Vermögens der Konkubinatspartnerin bzw. des Konkubinatspartners vor (z. B. NE, SG und VD). Das Bundesgericht hat geurteilt, dass eine solche Bestimmung nicht willkürlich ist.³

Weitere Bereiche des kantonalen Rechts erlauben bereits die Anrechnung des Einkommens und des Vermögens der Konkubinatspartnerinnen und -partner im Rahmen der Prüfung auf Leistungsanspruch. So z. B. im Bereich der Sozialhilfe⁴ oder der Kleinkinderbetreuung.⁵

Absatz 3: Der Staatsrat wird das massgebende Einkommen und Vermögen festlegen sowie deren Obergrenzen bestimmen, oberhalb derer kein (vollständiger) Anspruch auf Bevorschussung besteht. Im aktuellen Recht sind zugunsten des Kindes Gesamtvorschüsse oder dem Einkommen entsprechende, schrittweise um jeweils 100 Franken gekürzte (Teil-)Vorschüsse vorgesehen.⁶

Art. 9 Höhe der Bevorschussung

Die Bevorschussung darf nicht höher sein als der Betrag, der im Unterhaltstitel festgelegt wurde.

¹ Art. 4 Abs. 3 EUB und Weisungen zur Anwendung des Beschlusses vom 14. Dezember 1993 über die Eintreibung von Unterhaltsforderungen und die Ausrichtung von Vorschüssen für den Unterhalt der Kinder, Ehegatten und Ex-Ehegatten (Anwendungsweisungen) der Direktion für Gesundheit und Soziales vom 25. April 1997.

² ATF 134 I 313 Erw. 5.5 und Referenzen.

³ BGE 129 I 3.4.6.

⁴ Vgl. Artikel 13 der Verordnung vom 2. Mai 2006 über die Richtsätze für die Bemessung der materiellen Hilfe nach dem Sozialhilfegesetz, SGF 831.0.12.

⁵ KGE 601 2016 154 vom 21. April 2017 Erw. 3.

⁶ Vgl. Artikel 2 der Anwendungsweisungen.

Buchstabe a: Darüber hinaus legen alle Kantone in ihren Gesetzgebungen eine Obergrenze pro Kind und Monat fest. In 18 Kantonen (AG, AI, AR, BL, BS, BE, GL, LU, NW, OW, SG, SH, SO, SZ, TG, UR, VD¹, ZH) entspricht diese Obergrenze der maximalen einfachen Waisenrente; diese beläuft sich im Jahr 2021 auf 956 Franken pro Kind und Monat. Die anderen acht Kantone (FR, GE, GR, JU, NE, TI, VS, ZG) haben unterschiedlich hohe Maximalbeträge pro Kind und Monat festgelegt. Mit 2000 Franken fällt in dieser Gruppe der maximal bevorschusste Betrag pro Kind und Monat im Kanton Neuenburg am höchsten aus. Im Kanton Freiburg ist dieser Maximalbetrag mit 400 Franken pro Kind und Monat am niedrigsten bemessen.² Es soll jedoch daran erinnert werden, dass einige Kantone die Bevorschussung zeitlich begrenzen. So schießt der Kanton Genf bspw. Unterhaltsvorschüsse während einer Dauer von 36 Monaten vor, wobei diese auf höchstens 48 Monate verlängert werden kann. Der Kanton Tessin wiederum bevorschusst Unterhaltsbeiträge längstens während 60 Monaten, Ausnahmen sind jedoch möglich. Der Kanton Neuenburg beendet seinerseits die Bevorschussung, wenn der Betrag, den die unterhaltspflichtige Person der öffentlichen Hand schuldet, insgesamt 36 monatlichen Unterhaltsbeiträgen entspricht (vgl. zu Art. 5 Abs. 1).

2011 hat der Bundesrat empfohlen, die Höchstgrenze entsprechend dem Betrag der maximalen einfachen Waisenrente festzulegen und festgestellt, dass dies sozialpolitisch überzeugend ist und ausserdem entsprechend breite Akzeptanz hat, was sich auch darin zeigt, dass sich die Mehrheit der Kantone daran orientiert.³ Die SODK hatte 2013 vorgeschlagen, eben diesen Betrag zu verabschieden.⁴

Die Motion Moussa und Morel beabsichtigt die Anhebung des Vorschusses für das jüngste Kind von 400 auf monatlich 650 Franken, wenn die Mutter oder der Vater keinen Beitrag bezieht. Diesem Vorschlag liegt folgende Überlegung zugrunde: Als 2017 der geänderte Unterhaltsanspruch in Kraft getreten ist, wurde eine neue Art der Berechnung der Beiträge zugunsten der Kinder eingeführt: Seither werden die Kosten für die Betreuung des Kindes (indirekte Kosten) als fester Bestandteil des ausschliesslich dem Kinde zugutekommenden Unterhaltsbeitrags betrachtet, was einen Einfluss auf die Unterhaltsvorschüsse für Ehegatten und Ex-Ehegatten hat: Weil die indirekten Kosten nun im Unterhaltsbeitrag zugunsten des Kindes enthalten sind, werden getrennte oder geschiedene Mütter und Väter verglichen mit dem bisherigen Recht benachteiligt, weil sie keinen Anspruch auf einen

¹ Der Kanton Waadt setzt die Grenze bei 940 Franken für das erste Kind fest, danach wird sie jeweils um einen Viertel pro Kind gesenkt (Art. 7 Abs. 1 *Règlement d'application de la loi du 10 février 2004 sur le recouvrement et les avances sur pensions alimentaires du 30 novembre 2005*, RLRAPA, RSVD 850.36.1).

² FR: 400 Franken; VS: 550 Franken (in der laufenden Gesetzesrevision ist eine Anhebung der Obergrenze vorgesehen); GE: 673 Franken; TI: 700 Franken; GR: 736 Franken; JU: 738 Franken (für die beiden ersten Kinder, dann degressiv); ZG: 1070 Fr. (für die beiden ersten Kinder, dann degressiv); NE: 2000 Franken.

³ Harmonisierungs-Bericht, S. 40.

⁴ SODK-Empfehlungen, S. 19, Kap. 2.3.

Vorschuss für sich selbst mehr haben, namentlich wenn der Unterhaltsschuldner nach Berücksichtigung des Unterhaltsbeitrags für die Kinder kein verfügbares Guthaben mehr hat, sodass der Bezugsberechtigte in der Praxis die damit einhergehende Bevorschussung nicht mehr bezieht. Die Motionäre schlagen vor, dieser Situation entgegenzuwirken, indem der Höchstbetrag des Vorschusses für das jüngste Kind angehoben wird.

Der Staatsrat schlägt eine Obergrenze von 650 Franken vor. Laut Statistiken der Dossiers, die das Kantonale Sozialamt (KSA) bearbeitet hat, lagen Anfang 2021 28% der Unterhaltsbeiträge unter bzw. bei 400 Franken, 37% zwischen 400 und 650 Franken, 27% zwischen 650 und 956 Franken und 8% über diesem letzten Betrag. Die 650 Franken können somit als Referenzwert dienen, auch wenn sie unter dem nationalen Durchschnitt liegen.

Um die Gleichbehandlung der Kinder zu garantieren und die Bearbeitung der Dossiers zu erleichtern, schlägt der Staatsrat vor, dass der Höchstbetrag auf alle Kinder angewandt wird, und nicht nur auf die jüngsten Geschwister.

Buchstabe b: Es wird vorgeschlagen, den Höchstbetrag der monatlichen Bevorschussung zugunsten von Ehegatten und Ex-Ehegatten bei 250 Franken zu lassen, dies während zwei Jahren oder bis zur Vollendung des 12. Lebensjahres des jüngsten gemeinsamen Kindes mit der Schuldnerin oder dem Schuldner (vgl. Art. 5 Abs. 2). Die Kantone, die erwachsenen Anspruchsberechtigten eine Bevorschussung gewähren, legen höhere Höchstbeträge fest.⁵

Die Finanzprognosen der Anhebung der Bevorschussung zugunsten der Kinder sind unter Punkt 8 «Finanzielle und personelle Auswirkungen» aufgeführt.

Art. 10 *Beginn des Anspruchs auf Bevorschussung*

Der Entwurf verankert die aktuelle Praxis, welche den Bevorschussungsanspruch ab dem Monat anerkennt, in dem das Gesuch eingereicht wird, vorausgesetzt, dass alle Voraussetzungen erfüllt sind. Auch eine Karenzfrist gibt es nicht.⁶

Art. 11 *Dauer und Ende des Anspruchs auf Bevorschussung*

Absatz 1: Die Bevorschussung wird zum ersten Mal für eine Dauer eines Jahres gewährt. Diese Dauer kann für ein weiteres Jahr verlängert werden, nachdem die zuständige Behörde die Situation der unterhaltsberechtigten Person revidiert hat.

⁵ VS: 480 Franken; JU: 700 Franken; GE: 833 Franken; ZG: 1430 Franken; NE: 2000 Franken.

⁶ SODK-Empfehlungen, S. 11, Kap. 2.1.1.

Absatz 2: Zusätzlich zur jährlichen Revision im Sinne von Absatz 1 kann die zuständige Behörde einen neuen Entscheid fällen, wenn ein neuer Sachverhalt dies rechtfertigt.

Absatz 3: Die Bestimmung ruft in Erinnerung, dass der Anspruch auf Bevorschussung endet, wenn die unterhaltsberechtignte Person die Voraussetzungen für die Gewährung nicht mehr erfüllt.

Weil der Wohnsitz im Kanton eine Voraussetzung für den Anspruch auf die Bevorschussung ist, führt eine Verlegung in einen anderen Kanton zum Verlust des Anspruchs nach Buchstabe c.

Gemäss Buchstabe d rechtfertigt ein dauerhafter Auslandsaufenthalt die Einstellung der Gewährung der Bevorschussung. Hier zeigt die Erfahrung, dass es für die zuständige Behörde oftmals schwierig ist, die genaue Finanzlage der betreffenden Person in Erfahrung zu bringen. Auch andere Kantone kennen eine derartige Regel, namentlich die Kantone Aargau, Luzern und Bern, wobei Letzterer einen Aufenthalt als dauerhaft erachtet, wenn er länger als drei Monate dauert. Die Regel gilt nicht, wenn der Auslandsaufenthalt zu Studienzwecken stattfindet.

Absatz 4: Diese Bestimmung regelt die Strafe bei Nichteinhaltung der Mitwirkungspflicht: Aufschub oder Aufhebung der Bevorschussung.

Art. 12 Zahlungsmodalitäten

Absatz 1: Das aktuelle Recht sieht vor, dass die Bevorschussung jeweils am 5. jedes Monats entrichtet wird. Diese Bestimmung verankert die Praxis, wonach sie jeweils am Monatsanfang für den laufenden Monat entrichtet wird.

Absatz 2: Die zuständige Behörde muss die Bevorschussung an Dritte überweisen können, namentlich einem Sozialdienst, einer Person mit Erwachsenen- oder Kindesschutzmandat oder einer Pflegefamilie.

Art. 13 Subrogation

Die Rechte gehen allesamt auf das Gemeinwesen über, das den Unterhalt vorschiesst (Art. 289 Abs. 2 ZGB). Die zuständige Behörde muss die unterhaltspflichtige Person unmittelbar darüber informieren, damit diese den Auftrag künftig zu dessen Gunsten erfüllt.

Dem ist anzufügen, dass der Sozialdienst im Besitze einer Vollmacht im Sinne von Artikel 12 Abs. 2, ausgehend von Artikel 289 Abs. 2 ZGB, ebenfalls in die Ansprüche der von ihr unterstützten Person eintritt, und zwar für den Betrag des Unterhaltsbeitrags, der die Bevorschussung übersteigt.

7.2.3. Rückerstattung und Verjährung

Art. 14 Rückerstattung

Absatz 1 und 2: Wer unberechtigterweise eine Bevorschussung bezogen hat, muss diese zurückzahlen. Die Person wird nur von der Rückerstattung befreit, wenn sie sowohl gutgläubig war als auch wenn die Rückerstattung sie in eine schwierige Lage bringen würde.¹

Einige Vernehmlassungsadressaten finden, dass der unrechtmässige Bezug von Vorschüssen eine strafrechtlich Sanktion zur Folge haben muss. Sie schlagen vor, eine strafrechtliche Bestimmung einzuführen, mit der die Person bestraft werden soll, die: aufgrund von falschen oder unvollständigen Angaben unrechtmässig Vorschüsse bezogen hat; die Vorschüsse zweckentfremdet hat, indem sie diese nicht für das Kind eingesetzt hat, oder die von der Behörde gesprochenen Vorschüsse nicht zurückzahlt, nachdem sie bei der unterhaltspflichtigen Person Unterhaltsbeiträge einbezogen hat. Der unrechtmässige Bezug von Sozialhilfeleistungen ist zwar aufgrund von Artikel 148a StGB strafbar, jedoch sind die Anwendungsvoraussetzungen dieser Bestimmung streng.

Jedes Jahr werden einige zehn Rückerstattungsverfügungen gefällt. Weil die Dossiers jedes Jahr einer Revision unterzogen werden, beträgt der unrechtmässige Bezug grundsätzlich nicht mehr als ein paar Tausend Franken pro Fall. Darüber hinaus kann die zuständige Behörde den Rückerstattungsanspruch mit den künftigen Vorschüssen kompensieren, vorbehaltlich der Gewährleistung des Existenzminimums der anspruchsberechtigten Person (Art. 14 Abs. 3). Auch ist es zu vermeiden, die Strafverfolgungsbehörden mit Anzeigen wegen geringfügiger Verstösse zu belasten. Der Staatsrat schlägt im Übrigen vor, mittels Observation (2.4) gegen Missbräuche vorzugehen, statt den strafrechtlichen Weg zu wählen.

Absatz 3: Die Behörde kann die unrechtmässig bezogene Bevorschussung von der zukünftigen Bevorschussung abziehen, muss dabei jedoch das betriebsrechtliche Existenzminimum der unterhaltsberechtignten Person berücksichtigen.

Art. 15 Verjährung

Die Regel wurde vom Sozialhilfegesetz (SHG) abgekupfert und findet sinngemäss bereits im aktuellen Recht Anwendung.²

¹ Die Bestimmung übernimmt die Begriffe aus Artikel 25 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG).

² Urteile des Kantonsgerichts 603 2013 308–317 vom 4. April 2016 und 3A 04 155 vom 16. November 2004.

7.2.4. Observation

Art. 16 Grundsatz

Es kommt vor, dass Eltern den Behörden zwar ihre Trennung melden, in Wirklichkeit jedoch weiterhin zusammenleben. In einem solchen Fall hat das Kind keinen Anspruch auf Bevorschussung mehr (Art. 7 Abs. 2 lit. e). In anderen Fällen tun der obhutsberechtigte Elternteil und eine unter demselben Dach lebende erwachsene Person so, als würden sie nicht im Konkubinat leben, sondern nur eine Wohngemeinschaft bilden, damit die finanzielle Situation dieser Mitbewohnerin oder dieses Mitbewohners bei der Prüfung des Anspruchs auf Bevorschussung und der Festlegung ihrer Höhe nicht berücksichtigt wird (vgl. Art. 8 Abs. 1 Bst. c und Abs. 2).

Die beschränkten Beweismittel, die der zuständigen Behörde zur Verfügung stehen, machen eine Abklärung des Sachverhalts in solchen Situationen schwierig. Der Staatsrat schlägt vor, die Mittel zur Bekämpfung solcher Missbräuche auszubauen, indem der zuständigen Behörde die Möglichkeit der Observation eingeräumt wird.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) kam in seinem Urteil vom 18. Oktober 2016¹ zum Schluss, dass durch eine Observation der Schutzbereich des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten [EMRK], in nationalen Recht Art. 13 der Bundesverfassung [BV]) tangiert wird. Eine solche Einschränkung einer grundrechtlichen Position ist nur, aber immerhin dann zulässig, wenn eine ausreichend klare und hinsichtlich der Voraussetzungen und Modalitäten einer Observation konkrete gesetzliche Grundlage besteht. Aus diesem Urteil ergibt sich, dass die Gesetzesbestimmung die Umstände definieren muss, die eine Observation rechtfertigen. Ausserdem sind die maximale Dauer, die Kommunikation, die Aufbewahrung und die Löschung der Daten festzulegen.

Artikel 16 und folgende inspirieren sich an Artikel 43 ATSG, der am 16. März 2018 verabschiedet wurde, und nimmt Bezug auf die vorstehenden Kriterien.²

Bezugnehmend auf die Vorbehalte zu Artikel 43a ATSG schlägt ein Vernehmlassungsadressat vor, dass der Entscheid, eine Person zu observieren, von einer Richterin oder einem Richter gefällt werden muss, der die Voraussetzungen der Massnahme prüfen müsste, insbesondere ihre Verhältnismässigkeit. Dadurch will er dem Risiko vorbeugen bzw. das Risiko einschränken, dass der Entscheid, der infolge einer

Observation getroffen wurde, aufgehoben wird, weil diese gegen das übergeordnete Recht verstösst.

Der Entwurf sieht eine einfache Observation vor, wie diejenige, die in Artikel 282 der Schweizerischen Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO) vorgesehen ist, die keine Genehmigung durch eine Richterin oder einen Richter bedingt. Der Bundesrat war der Ansicht, dass sich der Richtervorbehalt im Verwaltungsverfahren für eine Observation im Sinne von Artikel 43a ATSG nicht begründen lässt, da die Observation im Verwaltungsverfahren keinen grösseren Grundrechtseingriff bewirkt als beispielsweise eine Observation im Strafverfahren.³

Zwei befragte Stellen wundern sich darüber, dass man eine derart einschneidende Massnahme gegen die anspruchsberechtigte Person, also gegen den obhutsberechtigten Elternteil, vorsieht. Sie finden, dass dies eine stark abschreckende Wirkung hat. Eine Stelle schlägt vor, dass nicht die unterhaltsberechtigten Person, sondern die unterhaltspflichtige Person der Observation unterstellt werden kann, insofern als es die regelmässige Nichtzahlung ist, welche die unterhaltsberechtigten Person (den obhutsberechtigten Elternteil) dazu veranlasst, die Bevorschussung zu beantragen. Da sie als letzte Massnahme im Kampf gegen den missbräuchlichen Leistungsbezug wahrgenommen wird, kann die Observation per definitionem nur die Person betreffen, die diese beantragt oder bezieht, also die unterhaltsberechtigten Person. Hingegen verfügt die zuständige Behörde über gesetzliche Mittel, um die unterhaltspflichtige Person dazu zu zwingen, ihre Finanzlage preiszugeben: Beteiligungen, zivilrechtliche Massnahmen wie Antrag auf Schuldneranweisung, Strafanzeige.

Absatz 1: Dieser Absatz regelt die Umstände, die eine Observation rechtfertigen. Er führt insbesondere die Bedingungen auf, die erfüllt sein müssen, damit eine Observation stattfinden kann, und die Mittel, die verwendet werden können. Handelt es sich bei der unterhaltsberechtigten Person um ein minderjähriges Kind, ist es der in seinem Namen handelnde Elternteil, der observiert wird.

Als Observation gilt die systematische Überwachung von Tätigkeiten einer Person während einer bestimmten Zeit und die Aufzeichnung der Resultate im Hinblick auf deren Verwendung im Rahmen des Abklärungsverfahrens. Zulässig sind Bildaufnahmen und Tonaufzeichnungen.

Für eine Observation müssen zuallererst konkrete Anhaltspunkte vorliegen, aufgrund derer anzunehmen ist, dass die Person unrechtmässig Leistungen bezogen hat, bezieht oder zu beziehen versucht (Bst. a). Der Begriff der konkreten Anhaltspunkte ist aus Artikel 282 Abs. 1 Bst. a StPO sowie der Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 137 I 327, Erw. 5.4.2.1, 136 III 410, Erw. 4.2.1) übernommen. Grundsätzlich

¹ Urteil des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte vom 18. Oktober 2016 i.S. Vukota-Bojic gegen die Schweiz (61838/10).

² Die Erläuterung zu Artikel 15 wurde weitgehend aus dem Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerates vom 7. September 2017 zur Änderung des ATSG, BBl 2017 7403, und der Stellungnahme des Bundesrates vom 1. November 2017, BBl 2017 7421, übernommen.

³ BBl 2017 7425.

stellt eine Observation einen Eingriff in die Grundrechte der versicherten Person dar. Deshalb und um dem Prinzip der Verhältnismässigkeit zu entsprechen, müssen sich die Versicherungsträger vor der Durchführung der Observation vergewissern, dass andere Abklärungen aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden. Die Regelung nach Buchstabe b lehnt sich an Artikel 282 Abs. 1 Bst. b StPO an.

Um dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu entsprechen muss eine Einschränkung des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens geeignet sein, ihr Ziel zu erreichen sowie notwendig und angemessen sein.

Ein Vernehmlassungsadressat findet, dass die Observationsmassnahme diesem Grundsatz nicht entspricht. Erst einmal sei es schwierig, mit der Observation einen Missbrauch festzustellen, z. B. in Fällen, in denen sich zwei Konkubinatspartner als Wohngemeinschaft ausgeben. Dann sei die Observationsmassnahme nicht notwendig, denn Missbräuche könnten mit den gesetzlichen Instrumenten, die der Behörde zur Verfügung stehen, verhindert oder bereinigt werden. Liegen der Behörde nämlich konkrete Anhaltspunkte vor, dass die unterhaltsberechtignte Person die Bevorschussung der Unterhaltsbeiträge auf unzulässige Weise zu beziehen versucht, kann sie die Bevorschussung solange verweigern, bis die unterhaltsberechtignte Person die Angaben macht oder Unterlagen vorlegt, mit denen ihr Anspruch auf Bevorschussung bestimmt werden kann. Des Weiteren gewährt die Behörde nur eine Bevorschussung und tritt im Umfang dieser Bevorschussung in die Ansprüche der unterhaltsberechtignten Person ein. Sie kann auch die Rückerstattung der unrechtmässig bezogenen Vorschüsse verlangen. Abstrakt gesehen scheinen Missbräuche weniger häufig zu sein als im Bereich der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe. Folglich wäre die Observationsmassnahme unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit im Verhältnis zu ihrem Ziel nicht geeignet und würde eine schwere Beeinträchtigung der Persönlichkeitsrechte der observierten Person und ihres Umfelds darstellen.

Auch wenn Missbräuche seltener sind als bei den Sozialversicherungen oder in der Sozialhilfe, so ist es doch wichtig, sie zu bekämpfen, um das Vertrauen in die Behörde zu stärken, dazu gehört auch der Einsatz der Observation als Ultima Ratio.

Der Anspruch auf Bevorschussung endet, wenn die Person die Gewährungsbedingungen nicht oder nicht mehr erfüllt. Sicher, die Behörde kann die Bevorschussung im Zweifelsfall unterbrechen; aber: Will sie die Bevorschussung verweigern oder einstellen, muss sie ihren Entscheid mit konkreten Erwägungen begründen, um dem Risiko vorzubeugen, dass dieser durch eine übergeordnete Behörde aufgehoben wird. Nun aber lässt sich die Erfüllung bestimmter Voraussetzungen zuweilen schwer überprüfen. So z. B. das tatsächliche Getrenntleben oder die Art der Beziehung zwischen Personen, die im selben Haushalt leben (Konkubinats-

oder Wohngemeinschaft). In solchen Fällen ist die Observation, insbesondere durch Bildaufzeichnungen, oftmals das einzige Mittel zur Feststellung des Sachverhalts.

Art. 17 Voraussetzungen

Absatz 1: Die Person kann an allgemein zugänglichen Orten bzw. an von solchen aus frei einsehbaren Orten überwacht werden. Gemäss BGE 137 I 327 sind «Videoaufnahmen der versicherten Person, die sie bei alltäglichen Verrichtungen (Haushaltsarbeiten) auf dem frei einsehbaren Balkon zeigen» zulässig. Von jedermann frei einsehbar bedeutet, dass die Tätigkeit von blossem Auge zu gegebener Tageszeit erkennbar ist. Der Innenbereich des Hauses, in dem die observierte Person wohnt, bildet keinen ohne weiteres öffentlich frei einsehbaren Raum und eine hierin erfolgte Observation ist grundsätzlich unzulässig, weshalb z. B. die Überwachung im Treppenhaus oder in der Waschküche nicht gestattet ist.

Absatz 2: Eine Observation kann sich über höchstens 30 aufeinanderfolgende oder einzelne Kalendertage erstrecken. Es spielt dabei keine Rolle, wie lange die Observation pro Tag erfolgt. Diese 30 Observationstage verstehen sich pro Observationsauftrag und müssen innerhalb einer Zeitspanne von sechs Monaten ab dem ersten Observationstag stattfinden. Die sechsmonatige Frist kann aus hinreichenden Gründen verlängert werden.

Art. 18 Auftrag

Mit dem Observationsauftrag sollen die spezialisierten Sozialinspektorinnen und -inspektoren der zuständigen kantonalen Behörde betraut werden. Schätzungen zufolge könnten rund 10 Aufträge pro Jahr erteilt werden.

Art. 19 Ergebnis und Datenschutz

Absatz 1: Bei einer Observation muss der versicherten Person das Recht auf Anhörung garantiert werden. Nachdem die Observation erfolgt ist, jedoch bevor die zuständige Behörde ihren Entscheid zur betreffenden Bevorschussung erlässt, muss die Person über Grund, Art und Dauer der Überwachung in Kenntnis gesetzt werden. Erfolgt diese Information in einem Gespräch, muss eine Zusammenfassung des Gesprächs erstellt und zu den Akten gelegt werden. Die versicherte Person muss nicht zwingend unmittelbar nach erfolgter Observation informiert werden, aber vor Erlass des Entscheids.

Absatz 2: Erbringt das Überwachungsmaterial (Fotos, Videos, Überwachungsbericht usw.) nicht den Beweis eines unrechtmässigen Leistungsbezugs oder eines Versuchs, unrechtmässige Leistungen zu beziehen, hat die zuständige Behörde einen Entscheid zu erlassen, aus dem der Grund, die Art und die Dauer der Observation hervorgehen. Die betroffene Person hat damit die Möglichkeit, eine unrechtmässige

Anordnung oder Ausführung der Observation anzufechten. Im Rahmen des rechtlichen Gehörs hat sie Anspruch auf Akteneinsicht und damit die Möglichkeit, das Observationsmaterial einzusehen. Das Observationsmaterial muss nach Inkrafttreten des Entscheids vernichtet werden.

Es kann indes im Interesse der observierten Person sein, dass das Observationsmaterial in ihrer Akte aufbewahrt wird, auch wenn kein Missbrauch vorliegt. Insofern, als die Person einen Eingriff in ihre Privatsphäre hat dulden müssen, sollte ihr das Recht zustehen, den Verbleib des Observationsmaterials in den Akten zu fordern. Es soll aber eine Ausnahme sein und deshalb nur auf ausdrücklichen Antrag der observierten Person hin geschehen.

Absatz 3: Mit dieser Bestimmung wird die Kompetenz zum Erlass der Ausführungsregeln an den Staatsrat delegiert. Diese Delegation ist gerechtfertigt und notwendig, weil sie Bestimmungen betrifft, die den auf Gesetzesebene möglichen Konkretisierungsgrad übersteigen würden. Die Leitlinien, die im Gesetz definiert werden, genügen, um die entsprechenden Rechtsetzungsbefugnisse an den Staatsrat zu delegieren.

Demnach ist vorgesehen, dass der Staatsrat das Verfahren zur Einsichtnahme des vollständigen Observationsmaterials durch die observierte Person sowie die Aufbewahrung und Vernichtung des Observationsmaterials regelt.

Art. 20 Kosten

Wenn die unterhaltsberechtigte Person unrechtmässig eine Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen erwirkt bzw. zu erwirken versucht hat, können ihr die Kosten der Observationsmassnahme, die durch ihr Verhalten ausgelöst wurde, in Rechnung gestellt werden, auf Grundlage dieser Bestimmung, die den Grundsatz nach Artikel 130 Abs. 1 VRG umsetzt. Die Bestimmung lehnt sich an Artikel 45 Abs. 4 ATSG an.

7.2.5. Finanzierung

Art. 21 Kostenaufteilung

Die Hälfte der Beträge der nicht zurückbezahlten Vorschüsse wird den Gemeinden belastet und nach demselben Verteilungsschlüssel unter diesen aufgeteilt, wie im aktuellen Recht.¹

7.3. Inkassohilfe

Art. 22 Geltende Regeln

Absatz 1: Die InkHV enthält einen Mindestkatalog von Leistungen, die jede Fachstelle anbieten muss; dazu gehören ein persönliches Beratungsgespräch mit der unterhaltsberechtigten Person, eine schriftliche Kontaktaufnahme mit der unterhaltspflichtigen Person, die Einleitung eines Betreibungsverfahrens, die Einreichung eines Schuldneranweisungsgesuchs oder noch die Erstattung eines Strafantrags wegen Vernachlässigung von Unterhaltspflichten. Der Bund hat beschlossen, den Kantonen bei der Ausführung einen Ermessensspielraum zu überlassen. Die nachfolgenden Artikel (Art. 23 bis 26) regeln die verschiedenen Punkte der Zuständigkeit des Kantons.

Im Sinne von Artikel 17 Abs. 1 InkHV sind die Leistungen der Fachstelle zur Inkassohilfe für Unterhaltsbeiträge für Kinder unentgeltlich. Laut Absatz 2 sind die Leistungen im Zusammenhang mit der Eintreibung von Unterhaltsbeiträgen zugunsten anderer Unterhaltsberechtigter als das Kind in der Regel kostenlos. Verfügt die unterhaltsberechtigte Person über die erforderlichen Mittel, so kann die Fachstelle von ihr verlangen, sich an den Kosten zu beteiligen. Gemäss erläuterndem Bericht über die InkHV besteht bei guten finanziellen Verhältnissen der anspruchsberechtigten Person Ehegatten kein Grund für eine Unentgeltlichkeit der Inkassohilfe.

Der Entwurf sieht nicht vor, von der vom Bundesrecht offerierten Möglichkeit, in solchen Fällen eine Gebühr zu erheben, Gebrauch zu machen. In der Tat ist die finanzielle Lage der unterhaltsberechtigten Personen nur selten gut und der administrative Aufwand infolge Festlegung und Inkasso einer Gebühr würde verglichen mit den Einnahmen unverhältnismässig sein.

Absatz 2: Artikel 3 Abs. 3 InkHV überlässt der Fachstelle die Möglichkeit, bei der Durchsetzung von bereits vor Einreichung des Gesuchs verfallenen Ansprüchen zu helfen, verpflichtet sie jedoch nicht dazu. Laut erläuterndem Bericht zur InkHV bieten sämtliche Kantone Inkassohilfe für verfallene Ansprüche an, wenn sie schon bei der Durchsetzung der laufenden Unterhaltsansprüche behilflich sind. In der Praxis treten allerdings beachtliche Unterschiede zwischen den Kantonen zutage: Gewisse begrenzen die Inkassohilfe auf seit wenigen Monaten verfallene Ansprüche, andere auf seit fünf Jahren (Verjährungsfrist für periodische Leistungen) verfallene Ansprüche, wiederum andere sehen keine zeitliche Begrenzung vor oder legen die Dauer je nach Fall fest.

Das aktuelle Recht sieht keine Eintreibung von ausstehenden Forderungen vor (Art. 2 Abs. 2, 2. Satz EUB). Der Staatsrat schlägt hier keine Änderung vor. Die aktuelle Praxis legt dar, dass die Inkassohilfe bei der betroffenen Bevölkerung gut bekannt ist und diese sie normalerweise schon kurz nach der

¹ Art. 81 Abs. 2 EGZGB, durch Verweis von Art. 89 Abs. 2 Bst. a EGZGB.

Nichtzahlung durch die unterhaltspflichtige Person beantragt. Sobald das Gesuch um Inkassohilfe bei der Behörde eingegangen ist, tut sie gut daran, das Dossier rasch zu erstellen, was das Einreichen aller erforderlichen Unterlagen durch die gesuchstellende Person voraussetzt. Vor diesem Hintergrund könnte die Hilfe bei der Eintreibung von verfallenen Ansprüchen kontraproduktiv sein. Schliesslich zeigen die Erfahrungen in den anderen Kantonen, dass es schwierig ist, von der gesuchstellenden Person eine klare Übersicht über die ausstehenden Unterhaltsbeiträge zu erhalten. Diese Gründe sprechen dafür, die Eintreibung von verfallenen Leistungen nicht einzuschliessen.

Art. 23 Inkassohilfe für Familienzulagen

Absatz 1: Im Sinne von Artikel 3 Abs. 2 InkHV leistet das Gemeinwesen, das Hilfe bei der Vollstreckung von familienrechtlichen Unterhaltsansprüchen leistet, ebenfalls Inkassohilfe für gesetzliche sowie vertraglich oder reglementarisch geregelte Familienzulagen, die vom Unterhaltstitel erfasst sind.

Gemäss erläuterndem Bericht über die InkHV wird die Leistung in den meisten Fällen darin bestehen, die berechtigte Person bei der Vorbereitung des Gesuchs um Drittauszahlung gemäss Artikel 9 Absatz 1 FamZG zu unterstützen. Eine solche Auszahlung wird direkt an die berechtigte Person erfolgen, weshalb für die Fachstelle kein Risiko eines Rückerstattungsantrags besteht.

Die Möglichkeit einer direkten Entrichtung der Familienzulagen betrifft allerdings nur die gesetzlichen Familienzulagen. Für diese geht der Entwurf nicht über die Mindestvorschriften nach InkHV hinaus und sieht somit eine begrenzte Hilfe bei der Erwirkung ihrer direkten Zahlung. Die zuständige Behörde wird diese aber nicht einkassieren, um zu verhindern, dass sie die zu viel bezogenen und den anspruchsberechtigten Personen bereits entrichteten Familienzulagen zurückzahlen muss. Dies hätte einen beträchtlichen Mehraufwand zur Folge.

Was die anderen, vertraglich oder reglementarisch geregelten Familienzulagen («Arbeitgeberzulagen») betrifft, die nicht im FamZG vorgesehen sind, wird die zuständige Behörde jedoch die geeigneten Inkassoschritte vornehmen müssen, in Übereinstimmung mit der InkHV; so kann sie z. B. eine Schuldneranweisung verlangen.

Art. 24 Treuhänderische Abtretung

Die zuständige Behörde besitzt eine Legalzession bis höchstens in Höhe der Bevorschussung (vgl. Art. 13). Die Bestimmung sieht eine treuhänderische Abtretung der Forderung für den Teil des Unterhaltsbeitrags vor, der diesen Betrag übersteigt. Dank dieser Abtretung kann die zuständige

Behörde im Namen des Staates auf Rechnung der unterhaltsberechtigten Person handeln.

Art. 25 Anrechnung eingegangener Zahlungen

Die Frage der Anrechnung der eingegangenen Zahlungen im Falle von Teilzahlungen stellt sich in mehreren Situationen: gleichzeitiges Inkasso von Unterhaltsbeitrag und Familienzulage; Inkasso der Forderung des Gemeinwesens (in Höhe des bevorschussten Unterhaltsbeitrags) und des Restbetrags der Forderung der unterhaltsberechtigten Person (nicht bevorschusster Teil des Unterhaltsbeitrags); Inkasso der Unterhaltsbeiträge zugunsten mehrerer unterhaltsberechtigter Personen.

Die erste Situation wird in Artikel 15 InkHV geregelt. Dieser sieht namentlich vor, dass eine Teilzahlung vorab auf den Unterhaltsbeitrag anzurechnen ist, wenn die Inkassohilfe sowohl für den Unterhaltsbeitrag als auch für die Familienzulagen geleistet wird.

Artikel 25 regelt die zwei anderen Situationen.

Absätze 1 und 2: Diese Bestimmung verankert die aktuelle Praxis des KSA: Die Zahlungen der unterhaltspflichtigen Person dienen der Deckung (Prioritätenfolge!) des laufenden Unterhaltsbeitrags, der Rückstände zugunsten des Staates, der Rückstände zuhanden der unterhaltsberechtigten Person. Bei den Rückständen wird der Anspruch des Gemeinwesens, die geleisteten Vorschüsse wiederzuerlangen, höher gewichtet als der Anspruch der unterhaltsberechtigten Person, den gesamten ihr zustehenden Unterhaltsbeitrag zu erhalten. Dies ist gerechtfertigt, denn ihre Situation ist ja ohnehin besser als ohne Bevorschussung. Und mit der vorgeschlagenen Anhebung der Bevorschussung wird dies umso mehr der Fall sein. Diese Prioritätenfolge ist in zahlreichen Kantonen die Regel.

Absatz 3: Werden mehrere Unterhaltsbeiträge gleichzeitig geschuldet, erfolgt die Anrechnung anteilmässig. Diese Regel richtet sich nach Artikel 87 Abs. 2 des Obligationenrechts (OR).

Art. 26 Übernahme von Kosten Dritter

Laut Artikel 19 InkHV sind die anfallenden Kosten von der unterhaltspflichtigen Person zu tragen, wenn Dritte tätig werden oder Leistungen für die Durchsetzung der Unterhaltsbeiträge erbringen. Können die Kosten nicht von der unterhaltspflichtigen Person erhältlich gemacht werden, kann das Gemeinwesen diese der unterhaltsberechtigten Person nur auferlegen, wenn diese über die erforderlichen Mittel verfügt.

Gemäss erläuterndem Bericht über die InkHV hat die unterhaltspflichtige Person die Kosten für die Durchsetzung der Unterhaltsbeiträge zu tragen, entstehen diese doch aufgrund

ihres renitenten Verhaltens. Dieser Grundsatz gilt jedenfalls für die Kosten des Zahlungsbefehls und die Übersetzungskosten. Was die Kosten von Gerichtsverfahren betrifft, ist es Sache des Gerichts zu entscheiden, wer diese zu tragen hat. Es kann davon ausgegangen werden, dass in den meisten Fällen die unterhaltspflichtige Person unterliegt, und dass folglich sie die vom Gemeinwesen bevorschussten Kosten zu tragen hat.

Die InkHV überlässt dem Gemeinwesen die Entscheidung im Einzelfall, ob es von der unterhaltsberechtigten Person die Rückerstattung der ungedeckten Kosten der unterhaltspflichtigen Person verlangen will. Der Bundesrat hat darauf verzichtet, für die Abklärung, ob die unterhaltsberechtigte Person über genügend Mittel verfügt, eine bestimmte Methode vorzuschreiben. Der Bericht präzisiert ferner, dass die Rückerstattung der Kosten vom Elternteil, der das Gesuch um Inkassohilfe eingereicht hat, verlangt werden kann, wenn es sich bei der unterhaltsberechtigten Person um ein minderjähriges Kind handelt. Ist jedoch die unterhaltsberechtigte Person ein volljähriges Kind und hat es selber Inkassohilfe verlangt, kann das Gemeinwesen die finanziellen Ressourcen desjenigen Elternteils, der nicht verpflichtete Person des dem Gesuch um Inkassohilfe zugrundeliegenden Unterhaltsbeitrags ist, berücksichtigen.

Verschiedene Vernehmlassungsteilnehmende sind der Ansicht, dass eine unterhaltsberechtigte Person über die «erforderlichen Mittel» verfügt, sobald ihre Einnahmen es ihr nicht mehr erlauben, unentgeltliche Rechtspflege in Anspruch zu nehmen. Der Entwurf schlägt eine vergleichbare Regel vor: Die unterhaltsberechtigte Person sollte über ein grösseres Einkommen verfügen, als das um die Steuern erweiterte betriebsrechtliche Existenzminimum. Das betreffende Existenzminimum wurde um einen Zuschlag von 20% zum Grundbetrag erweitert¹.

Ein Vernehmlassungsadressat findet, dass auf eine Erhebung der Drittkosten bei der unterhaltsberechtigten Person verzichtet werden sollte.

7.4. Rechtsmittel

Art. 27 Einsprache und Beschwerde

Der Weg der Einsprache bei der entscheidenden Behörde ist sowohl gegen Entscheide im Zusammenhang mit der Inkassohilfe als auch mit der Bevorschussung zulässig. Gegen den Einspracheentscheid kann zuerst bei der zuständigen Direktion, danach beim Kantonsgericht Beschwerde geführt werden, nach den Regeln des VRG (Art. 103 und 118).

7.5. Schlussbestimmungen

Art. 28 Übergangsrecht

Absatz 1: Das neue Recht gilt ab dem Zeitpunkt seines Inkrafttretens für alle laufenden und neuen Anträge.

Absatz 2: Das bisherige Gesetz bleibt gültig für Entscheide, die vor Inkrafttreten des vorliegenden Gesetzes gefällt wurden. Das neue Recht gilt ab dem Zeitpunkt der jährlichen Revision (vgl. Art. 11 Abs. 1). Die Höhe der Bevorschussung der Unterhaltsbeiträge für Kinder wird jedoch zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des vorliegenden Gesetzes sofort und automatisch den neuen Skalen und Obergrenzen nach Artikel 9 Abs. 1 Bst. a angepasst.

Absatz 3: Für Ehegattinnen und Ehegatten und Ex-Ehegattinnen und Ex-Ehegatten, die eine Bevorschussung nach altem Recht beziehen, läuft die Zweijahresfrist nach Artikel 5 Abs. 2 (Bevorschussung zugunsten von Ehegattinnen und Ehegatten und Ex-Ehegattinnen und Ex-Ehegatten) ab Inkrafttreten des neuen Gesetzes.

Erworbene Rechte für Ehegatten und Ex-Ehegatten?

Der Gesetzgeber kann und muss das Gesetz ändern, denn «Niemand hat Anspruch auf Beibehaltung des Gesetzes». Dasselbe gilt für die Verwaltung: Sie kann und muss ihre Entscheide durch Widerruf ändern, soweit der Grundsatz der Rechtssicherheit nicht ihre Beibehaltung aufdrängt.

Erworbene Rechte haben eine besondere Grundlage: die Tradition oder die Geschichte; einen verwaltungsrechtlichen Vertrag oder eine Konzession; ein Gesetz oder einen Entscheid. Im vorliegenden Fall kommt nur die 3. Möglichkeit in Frage. Sieht das Gesetz erworbene Rechte vor, so muss es diese als solche kennzeichnen, soll heissen: formell als solche bezeichnen, oder es muss eine Regelung verabschieden, die in materieller Hinsicht ein erworbenes Recht schafft, oder aber es muss angeben, dass das Gesetz in Zukunft nicht geändert wird. Im vorliegenden Fall trifft nichts dergleichen zu, denn Artikel 8 Abs. 1 EUB sieht eine Dauer von genau einem Jahr vor. Im Übrigen sieht die EUB-Regelung kein erworbenes Recht vor, obwohl der Anspruch erneuerbar ist, wenn die Anforderungen erfüllt sind. Ein Entscheid wiederum kann zu ähnlichen Bedingungen ein erworbenes Recht schaffen wie das Gesetz. So muss sich die Behörde, die den Entscheid fällt, in diesem dazu verpflichten, dass er im Falle einer Gesetzesänderung nicht geändert wird; sie kann dies jedoch nur tun, wenn sie das Gesetz dazu ermächtigt. Im vorliegenden Fall trifft dies nicht zu; den Entscheiden, die in Anwendung des EUB gefällt werden, ist eindeutig zu entnehmen, dass sie nur für ein Jahr gültig sind.²

¹ Urteile des Kantonsgerichts 102 2020 78 vom 3. Juni 2020 und 101 2020 157 vom 8. November 2020.

² Zur Frage der erworbenen Rechte, vgl. Dubey/Zufferey, Droit administratif général, Basel 2014, § 24.

Demnach existieren im EUB keine erworbenen Rechte. Die Dauer der Bevorschussung, die derzeit im Rahmen des aktuellen Rechtes zugunsten der Ehegattinnen und Ehegatten und Ex-Ehegattinnen und Ex-Ehegatten erfolgt, wird durch Artikel 5 Abs. 2 geregelt.

8. Finanzielle und personelle Auswirkungen

8.1. Finanzielle Auswirkungen

Aus Artikel 9 geht hervor, dass für die Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen eine doppelte Grenze gilt: die Höhe des Unterhaltsbeitrags gemäss Unterhaltstitel (Urteil oder Vertrag) sowie die Obergrenze nach kantonalem Recht. Der Entwurf sieht eine Obergrenze von 650 Franken pro Kind und von 250 Franken für die Ehegattinnen und Ehegatten und die Ex-Ehegattinnen und Ex-Ehegatten vor. Die Unterhaltsbeiträge zugunsten der derzeit bevorschussungsbeziehenden Kinder erzielen bei Weitem nicht alle die Grenze von 650 Franken, ja liegen teilweise sogar unter 400 Franken.

Laut Hochrechnungen könnte der Entwurf Bevorschussungsüberweisungen in Höhe von 8 000 000 Franken zur Folge haben, was verglichen mit der derzeitigen jährlichen Ausgabe von 5 880 000 Franken einem Anstieg von 2 120 000 Franken entspricht. Die Wiedereintreibung der Vorschüsse bei der unterhaltspflichtigen Person wurden in diesem Anstieg nicht berücksichtigt. Anhand von Schätzungen aufgrund der aktuellen Wiedereintreibung könnten 370 000 Franken eingetrieben werden.

Es bliebe somit ein Anstieg von 1 750 000 Franken zulasten von Kanton und Gemeinden, der jeweils zur Hälfte unter diesen aufgeteilt werden würde. Allerdings ist der Betrag, der im Bereich der Sozialhilfe eingespart werden könnte, nicht mit eingerechnet. Ziemlich viele Personen, die Vorschüsse für Unterhaltsbeiträge erhalten, beziehen nämlich ebenfalls Sozialhilfe. Durch die Erhöhung der Vorschüsse werden sie weniger auf die Sozialhilfe angewiesen sein (Prinzip der kommunizierenden Röhren). Die diesbezüglichen Einsparungen sind schwierig einzuschätzen, müssten aber insgesamt mehrere hunderttausend Franken betragen.

Die finanziellen Auswirkungen im Überblick:

	2020 Fr.	Hochrechnung Fr.	Differenz Fr.
Geleistete Vorschüsse	5 880 000	8 000 000	2 120 000
Wiedereintreibung	2 830 000	3 200 000	370 000
Betrag zu Lasten der öffentlichen Hand	3 050 000	4 800 000	1 750 000
für den Kanton	1 525 000	2 400 000	875 000
für die Gemeinden	1 525 000	2 400 000	875 000

Folglich betrüge der Anstieg sowohl zulasten des Kantons als auch der Gemeinden 875 000 Franken, das sind 57% mehr im Vergleich zur Rechnung 2020.

8.2. Personelle Auswirkungen

Das Inkrafttreten der InkHV dürfte einen erheblichen Anstieg des Arbeitsaufwands der zuständigen Behörde nach sich ziehen, zumal Letzterer neue Aufgaben auferlegt werden:

1. Neu werden persönliche Beratungsgespräche mit der unterhaltsberechtigten Person geführt werden müssen. Dies werden pro Jahr ca. 215 Gespräche sein (zwischen 2016 und 2020 wurden im Durchschnitt 212 neue Dossiers pro Jahr eröffnet), die – inkl. damit verbundene Aufgaben (darunter die Vorbereitungszeit) – schätzungsweise durchschnittlich jeweils zwei Stunden dauern werden.

Die InkHV sieht ferner als Leistung der Fachstelle die Kontaktaufnahme mit der unterhaltspflichtigen Person vor. Dies geschieht in der Regel mit einem Brief, in dem die unterhaltspflichtige Person informiert wird, dass die Fachstelle im Zusammenhang mit einem Antrag um Inkassohilfe angerufen wurde und ab diesem Zeitpunkt alle Überweisungen auf das Konto der Fachstelle zu tätigen sind. So sieht die aktuelle Praxis des KSA aus. Die Möglichkeit des persönlichen Gesprächs mit der unterhaltspflichtigen Person ist jedoch mit Artikel 12 Abs. 3 InkHV gegeben; dieser überlässt der Fachstelle die Möglichkeit, weitere Leistungen als diejenigen in Abs. 1 und 2 anzubieten. Gemäss erläuterndem Bericht über die InkHV haben die befragten Fachleute unterstrichen, wie wichtig in gewissen Situationen die Möglichkeit für die unterhaltspflichtige Person ist, ihre Argumente darzulegen und zu realisieren, dass ihre Situation ebenfalls berücksichtigt wird. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die unterhaltspflichtige Person ihre Unterhaltspflicht nicht böswillig vernachlässigt, sondern beispielsweise wegen Schwierigkeiten in der Beziehung mit der unterhaltsberechtigten Person, aufgrund von persönlichen Problemen oder in Folge einer unvorhergesehenen Verschlechterung ihrer finanziellen Lage. Im Laufe eines solchen persönlichen Gesprächs kann die unterhaltspflichtige Person dann über die ihr zur Verfügung stehenden Möglichkeiten informiert werden, damit sie freiwillig die regelmässige und rechtzeitige Bezahlung des im Unterhaltstitel festgelegten Unterhaltsbeitrags sicherstellen kann; eine Ratenzahlung der Rückstände kann ebenfalls in Betracht gezogen werden. Dank des persönlichen Gesprächs kann sich zwischen der unterhaltspflichtigen Person und der Fachstelle ein Vertrauensverhältnis aufbauen, das in der Folge wiederum ein besseres Inkasso erhoffen lässt.

Der Entwurf sieht nicht vor, das systematische Gespräch mit der unterhaltspflichtigen Person zu institutionalisieren. Aktuell lädt das KSA die unterhaltspflichtigen Personen nur selten zu einem Gespräch vor. Künftig wird es dies immer dann tun, wenn es der Ansicht ist, dass dies der guten Dossierführung dienlich ist. Dieser zusätzliche Aufwand kann auf jährlich 140 Stunden geschätzt werden (zweistündiges persönliches Gespräch in 1/3 der neuen Dossiers).

Folglich kann man die Zeit für die persönlichen Gespräche mit den unterhaltsberechtigten und den unterhaltspflichtigen Personen auf 570 Stunden pro Jahr veranschlagen (430+140).

2. Die zuständige Behörde wird der unterhaltsberechtigten Person sodann Inkassohilfe für die Familienzulagen leisten müssen, was – für die gesetzlichen Familienzulagen – hauptsächlich bedeutet, die anspruchsberechtigte Person bei den Schritten für die Erwirkung der direkten Auszahlung dieser Leistungen zu unterstützen. Die Tragweite dieser Aufgabe ist schwer einzuschätzen. Geht man davon aus, dass die Behörde in einem Drittel der Dossiers tätig wird, für eine Dauer von insgesamt durchschnittlich zwei Stunden pro Dossier, entspricht dies 140 Stunden (215 Dossiers: 3 x 2 Stunden). Zumindest im ersten Jahr nach Inkrafttreten der InkHV wird der Zeitaufwand für diese Aufgabe noch grösser sein, denn die besagte Unterstützung muss auch für die vor dem 1. Januar 2022 eröffneten Dossiers geleistet werden.
3. Bei Bedarf wird die zuständige Behörde zudem die Übersetzung der Unterlagen (Unterhaltstitel) organisieren müssen. Zahlreiche Urteile werden heute in einer Fremdsprache gefällt. Grob gesehen kann hier von einem Mehraufwand von 120 Stunden pro Jahr ausgegangen werden: Tätigwerden der Behörde in diesem Zusammenhang in ca. einem Viertel der Dossiers, für eine Dauer von durchschnittlich zwei Stunden/Dossier (60 Dossiers x 2 Stunden).
4. Schliesslich baut die InkHV noch die Mittel zur Eintreibung der Unterhaltsbeiträge aus, indem sie der zuständigen Behörde erlaubt, das Guthaben der 2. Säule der unterhaltspflichtigen Person einfacher sicherzustellen. So kann die zuständige Behörde die unterhaltspflichtige Person der Vorsorgeeinrichtung melden, wenn sie sich mit mindestens vier monatlichen Zahlungen in Verzug befindet. Erhebt die unterhaltspflichtige Person in der Folge Ansprüche bei der Vorsorgeeinrichtung, informiert diese unverzüglich die zuständige Behörde und setzt die Entrichtung der Leistung während dreissig Tagen aus, wodurch die zuständige Behörde die Möglichkeit hat, einen Arrest auf die Leistung oder Sicherheitsleistungen zu beantragen. Diese zusätzlichen Mittel, die der zuständigen Behörde zur Verfügung stehen, werden zwingend

zu einem Mehraufwand führen. Mit Einreichen eines Arrestgesuchs oder eines Begehrens auf Sicherstellung wird ein Gerichtsverfahren eröffnet, zu dem auch die folgenden Vorgänge gehören: Erstellung einer Klageschrift, allfälliger nachfolgender Schriftenwechsel und Erscheinen bei Verhandlungen vor dem erstinstanzlichen Gericht; ggf. Wiederholung dieser Vorgänge vor der Beschwerdeinstanz. Derzeit leitet das KSA durchschnittlich zwei bis drei Arrest- oder Sicherstellungsverfahren pro Jahr ein. Man kann davon ausgehen, dass diese Zahl deutlich ansteigen wird, weil die Vorsorgeeinrichtung systematisch melden wird, wenn die Leistungen der 2. Säule zugunsten der unterhaltspflichtigen Person fällig geworden sind. Ausgehend von jährlich durchschnittlich 20 Arrest- und Sicherstellungsverfahren für einen Arbeitsumfang von acht Stunden pro Verfahren erhält man ein Total von 160 Stunden pro Jahr.

Die zuvor aufgeführten Aufgaben 1 bis 3, die hauptsächlich in die Zuständigkeit der Verwaltungssachbearbeiterinnen und Verwaltungssachbearbeiter fallen, ergeben einen Arbeitsaufwand von 830 Stunden (570+140+120), Aufgabe 4, die dem juristischen Sektor zufällt, 160 Stunden. Der juristische Sektor wird zudem die Personen, die für die Dossiers zuständig sind, bei der Bewältigung ihrer neuen Inkasso-Aufgaben stärker unterstützen müssen.

Des Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass die Dossiers des Sektors Unterhaltsbeiträge des KSA in den letzten fünf Jahren generell umfangreicher und in ihrer Bearbeitung komplizierter geworden sind, was insbesondere darauf zurückzuführen ist, dass das KSA als Partei an allen Verfahren zur Änderung des Unterhalts beteiligt ist, in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts.¹ Zwar ist das KSA meistens davon entbunden, vor Gericht zu erscheinen, jedoch ist es an allen Schriftenwechseln beteiligt. Das sind rund 100 Verfahren pro Jahr. Dieser Zusatzaufwand wird hauptsächlich von den Juristinnen und Juristen bewerkstelligt, nebenbei auch von den Verwaltungssachbearbeitenden.

Das KSA bearbeitet jährlich durchschnittlich 1700 Dossiers (=Durchschnitt der letzten fünf Jahre). Dazu verfügt es über einen Personalbestand von 4,55 Vollzeitäquivalenten (VZÄ), genauer gesagt: 0,7 Juristinnen/Juristen und 3,85 Verwaltungssachbearbeiter/innen. Der Anstieg der Arbeitslast, der sowohl durch die InkHV als auch durch eine grössere Komplexität der Dossierbearbeitung generiert wird, erfordert, dass dem Amt 1 zusätzliches VZÄ zugesprochen wird, also ½ Stelle für eine Juristin bzw. einen Juristen und ½ Stelle für eine Verwaltungssachbearbeiterin bzw. einen Verwaltungssachbearbeiter.

Schliesslich erfordert die Einführung der Observation und die auf 10 Mal veranschlagte Inanspruchnahme der im

¹ Namentlich BGE 143 III 177, BGer, Urteil 5A_634/20213 vom 12.3.2014 Erw. 4.1.

Sinne der Sozialhilfegesetzgebung eingesetzten Inspektorinnen und Inspektoren (s. Art. 18) eine Aufstockung dieses Bestands um 0,2 VZÄ.

9. Auswirkungen auf die nachhaltige Entwicklung

Der Entwurf wurde mit dem Instrument «Kompass21» beurteilt (www.kompass21.ch). Aus dieser Beurteilung geht hervor, dass die Stärken des Gesetzesentwurfs in der sozialen Dimension liegen, namentlich punkto Verbesserung der Chancengleichheit, Stärkung des sozialen Zusammenhalts und Armutsbekämpfung.

10. Verfassungsmässigkeit, Vereinbarkeit mit dem Bundesrecht und dem Europarecht

Der Gesetzesentwurf ist bundesrechtskonform und mit dem Europarecht vereinbar.

11. Gesetzesreferendum und Finanzreferendum

Der Gesetzesentwurf unterliegt dem Gesetzesreferendum. Er unterliegt nicht dem Finanzreferendum.

12. Inkrafttreten

Das neue kantonale Gesetz umfasst hauptsächlich Regeln über die Bevorschussung der Unterhaltsbeiträge sowie ein paar Bestimmungen über die Eintreibung, die für die Umsetzung der InkHV notwendig sind. Aus diesem Grund muss das kantonale Gesetz gleichzeitig wie die InkHV am 1. Januar 2022 in Kraft treten.

13. Schluss

Aus den vorangegangenen Gründen ersucht der Staatsrat den Grossen Rat, den vorliegenden Gesetzesentwurf anzunehmen.

Loi sur l'aide au recouvrement et l'avance de contributions d'entretien (LARACE)

du...

Actes concernés (numéros RSF):

Nouveau: **212.0.2**

Modifié(s): –

Abrogé(s): –

Le Grand Conseil du canton de Fribourg

Vu les articles 131 al. 1, 131a al. 1, 290 al. 1 et 293 al. 2 du code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC);

Vu l'ordonnance fédérale du 6 décembre 2019 sur l'aide au recouvrement des créances d'entretien du droit de la famille (Ordonnance sur l'aide au recouvrement, OAiR);

Vu le message 2020-DSAS-69 du Conseil d'Etat du 16 mars 2021;

Sur la proposition de cette autorité,

Décète:

I.

1 Dispositions générales

Art. 1 Objet

¹ La présente loi a pour objet:

- a) la fixation des conditions d'octroi et des modalités de l'avance de contributions d'entretien;

Gesetz über Inkassohilfe und Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen (IHBUG)

vom...

Betroffene Erlasse (SGF Nummern):

Neu: **212.0.2**

Geändert: –

Aufgehoben: –

Der Grosse Rat des Kantons Freiburg

gestützt auf die Artikel 131 Abs. 1, 131a Abs. 1, 290 Abs. 1 und 293 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB);

gestützt auf die eidgenössische Verordnung vom 6. Dezember 2019 über die Inkassohilfe bei familienrechtlichen Unterhaltsansprüchen (Inkassohilfeverordnung, InkHV);

nach Einsicht in die Botschaft 2020-DSAS-69 des Staatsrats vom 16. März 2021;

auf Antrag dieser Behörde,

beschliesst:

I.

1 Allgemeine Bestimmungen

Art. 1 Gegenstand

¹ Dieses Gesetz bezweckt:

- a) die Festlegung der Voraussetzungen und Modalitäten für die Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen;

b) la mise en œuvre de l'ordonnance sur l'aide au recouvrement.

Art. 2 Autorité compétente

¹ Le Conseil d'Etat désigne l'autorité cantonale compétente pour fournir l'aide au recouvrement et accorder l'avance de contributions d'entretien.

Art. 3 Tâches de l'autorité compétente

¹ L'autorité compétente a les attributions suivantes:

- a) elle renseigne les personnes sur leurs droits et sur les démarches à entreprendre pour les faire valoir;
- b) elle décide de l'octroi, de la réduction et de la suppression de l'avance ainsi que du remboursement des avances perçues indûment;
- c) elle prend les mesures appropriées en vue du recouvrement des contributions d'entretien et de l'avance auprès de la personne débitrice;
- d) elle prête son aide au recouvrement des allocations familiales lorsqu'elle est saisie d'une demande d'aide au recouvrement des contributions d'entretien.

Art. 4 Demande de renseignements à d'autres autorités

¹ L'autorité compétente peut obtenir gratuitement des autorités communales ou cantonales les renseignements nécessaires pour accomplir ses tâches, sur demande écrite et motivée.

² Cette possibilité reste subsidiaire au devoir de collaboration des personnes créancières.

2 Avance de contributions d'entretien

2.1 Principes

Art. 5 Personnes créancières

¹ L'enfant mineur-e et l'enfant majeur-e en formation, jusqu'à 25 ans, peuvent prétendre à une avance de contributions d'entretien.

b) die Umsetzung der Inkassohilfeverordnung.

Art. 2 Zuständige Behörde

¹ Der Staatsrat bezeichnet die zuständige Behörde, welche die Inkassohilfe leistet und die Vorschüsse von Unterhaltsbeiträgen gewährt.

Art. 3 Aufgaben der zuständigen Behörde

¹ Die zuständige Behörde hat folgende Aufgaben:

- a) Sie informiert die Personen über ihre Rechte und wie sie diese geltend machen können.
- b) Sie beschliesst die Gewährung, die Kürzung und die Aufhebung der Bevorschussung sowie die Rückerstattung der unrechtmässig bezogenen Vorschüsse.
- c) Sie trifft geeignete Massnahmen für das Inkasso der Unterhaltsbeiträge und der Vorschüsse bei der unterhaltspflichtigen Person.
- d) Sie leistet Inkassohilfe für Familienzulagen, wenn sie im Zusammenhang mit einem Antrag auf Inkassohilfe für Unterhaltsbeiträge angerufen wird.

Art. 4 Informationsgesuch an andere Behörden

¹ Die zuständige Behörde kann mit schriftlichem und begründetem Gesuch von anderen kommunalen oder kantonalen Behörden kostenlos Informationen anfordern, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgabe benötigt.

² Diese Möglichkeit bleibt subsidiär zur Mitwirkungspflicht der unterhaltsberechtigten Personen.

2 Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen

2.1 Grundsätze

Art. 5 Unterhaltsberechtigte Personen

¹ Minderjährige und volljährige Kinder in Ausbildung bis zum Alter von 25 Jahren können eine Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen beantragen.

² Il en va de même des conjoint, conjointe, ex-conjoint et ex-conjointe pendant deux ans à compter du dépôt de la demande ou jusqu'à ce que le dernier ou la dernière enfant en commun avec la personne débitrice ait atteint l'âge de 12 ans révolus.

³ Les partenaires enregistrés sont assimilés aux conjoints et conjointes.

⁴ La personne créancière au sens des alinéas 1 à 3 peut requérir une avance de contributions d'entretien aux conditions suivantes:

- a) elle est domiciliée dans le canton de Fribourg,
- b) elle est au bénéfice d'un titre d'entretien au sens de l'article 6, et
- c) elle ne reçoit pas, que partiellement ou irrégulièrement la prestation qui lui est due.

⁵ La personne créancière de nationalité étrangère doit en outre être au bénéfice d'un titre de séjour l'autorisant à résider dans le canton.

⁶ Le Conseil d'Etat prévoit les exceptions pour les cas où le titre de séjour est en cours de renouvellement.

Art. 6 Titre d'entretien

¹ La contribution d'entretien découlant du droit de la famille doit être fixée dans une décision exécutoire de l'autorité judiciaire compétente ou dans une convention approuvée par l'autorité de protection de l'enfant.

² L'enfant majeur-e peut aussi prétendre à une avance sur la base d'une convention écrite passée avec la personne débitrice de la contribution d'entretien.

³ Une convention selon l'alinéa 2, conclue dans le seul but d'obtenir une avance ou qui ne respecte manifestement pas les conditions légales du droit à l'entretien, ne revêt pas la qualité de titre d'entretien.

Art. 7 Obligation de collaboration

¹ La personne créancière doit fournir toutes les indications et pièces permettant d'établir son droit à l'avance.

² Dasselbe gilt für Ehegattinnen, Ehegatten und Ex-Ehegattinnen und -Ehegatten ab Gesuchseinreichung während zwei Jahren oder bis zur Vollendung des 12. Lebensjahres des jüngsten gemeinsamen Kindes mit unterhaltspflichtigen Person.

³ Eingetragene Partnerinnen und Partner werden den Ehegattinnen und Ehegatten gleichgestellt.

⁴ Die unterhaltsberechtigten Personen nach den Absätzen 1–3 können eine Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen einfordern, wenn sie:

- a) im Kanton Freiburg wohnhaft sind,
- b) einen Unterhaltstitel im Sinne von Artikel 6 besitzen, und
- c) die ihnen geschuldete Leistung nicht, nur teilweise oder nur unregelmässig erhalten.

⁵ Unterhaltsberechtigte Personen ausländischer Nationalität müssen zudem im Besitz einer Aufenthaltsbewilligung für den Kanton sein.

⁶ Der Staatsrat sieht Ausnahmen vor, in Fällen, in denen die Aufenthaltsbewilligung gerade erneuert wird.

Art. 6 Unterhaltstitel

¹ Der familienrechtliche Unterhaltsbeitrag muss in einem vollstreckbaren Entscheid des zuständigen Gerichts oder in einem von der Kinderschutzbehörde genehmigten Vertrag festgehalten sein.

² Volljährige Kinder können auf der Grundlage eines schriftlichen Vertrags mit der unterhaltspflichtigen Person ebenfalls eine Bevorschussung der Unterhaltsbeiträge verlangen.

³ Ein Vertrag im Sinne von Absatz 2, der einzig mit dem Ziel eingegangen wurde, eine Bevorschussung zu erhalten, oder der die gesetzlichen Bedingungen des Unterhaltsanspruchs offensichtlich nicht erfüllt, gilt nicht als Unterhaltstitel.

Art. 7 Mitwirkungspflicht

¹ Die unterhaltsberechtigte Person muss alle Angaben und Unterlagen einreichen, mit denen ihr Anspruch auf Bevorschussung bestimmt werden kann.

² Elle doit annoncer sans délai tout fait nouveau susceptible d'influencer son droit à l'avance, notamment:

- a) une modification du titre d'entretien;
- b) une modification des revenu ou fortune déterminants au sens de l'article 8;
- c) une modification de la composition du ménage;
- d) un changement de domicile;
- e) une reprise de la vie commune avec la personne débitrice des contributions d'entretien;
- f) un décès;
- g) un changement d'employeur ou d'employeuse;
- h) la signature d'un contrat de travail ou d'un contrat d'apprentissage;
- i) une modification du plan d'étude pour l'enfant majeur-e;
- j) l'interruption de sa formation pour l'enfant majeur-e;
- k) la fin de l'autorisation de séjour pour la personne de nationalité étrangère.

³ Si la personne créancière ne respecte pas son obligation de collaborer, l'autorité compétente lui impartit un délai pour y remédier et l'avertit que son attitude peut entraîner le refus, la suspension ou la suppression de l'avance de contributions d'entretien, ou le remboursement des prestations perçues indûment.

⁴ L'obligation pour des tiers de collaborer est réservée.

2.2 Modalités

Art. 8 Revenu et fortune déterminants

¹ Les revenu et fortune déterminants pour l'attribution et le montant de l'avance sont constitués des revenu et fortune propres de la personne créancière, auxquels sont ajoutés:

- a) ceux du parent gardien lorsque l'enfant est mineur-e;
- b) ceux du parent auprès duquel l'enfant majeur-e est domicilié-e;

² Allfällige neue Sachverhalte, die einen Einfluss auf ihren Anspruch auf Bevorschussung haben könnten, muss sie unverzüglich melden, insbesondere:

- a) Änderung des Unterhaltstitels;
- b) Änderung des massgebenden Einkommens oder Vermögens im Sinne von Artikel 8;
- c) Änderung der Haushaltszusammensetzung;
- d) Wohnsitzwechsel;
- e) Wiederaufnahme des Zusammenlebens mit der unterhaltspflichtigen Person;
- f) Tod;
- g) Arbeitgebendenwechsel;
- h) Unterzeichnung eines Arbeits- oder Lehrvertrags;
- i) Studienplanänderung für das volljährige Kind;
- j) Ausbildungsunterbruch für das volljährige Kind;
- k) Ablauf der Aufenthaltsbewilligung für Personen ausländischer Nationalität.

³ Hält sich die unterhaltsberechtigte Person nicht an ihre Mitwirkungspflicht, so räumt ihr die zuständige Behörde eine Frist zur Behebung ein und weist sie darauf hin, dass ihr Verhalten die Verweigerung, den Aufschub oder die Aufhebung der Bevorschussung der Unterhaltsbeiträge oder die Rückerstattung der unrechtmässig bezogenen Vorschüsse zur Folge haben kann.

⁴ Die Mitwirkungspflicht Dritter bleibt vorbehalten.

2.2 Modalitäten

Art. 8 Massgebendes Einkommen und Vermögen

¹ Das massgebende Einkommen und Vermögen für die Gewährung und die Höhe der Bevorschussung ergibt sich aus dem Einkommen und Vermögen der unterhaltsberechtigten Person zuzüglich:

- a) des Einkommens und Vermögens des obhutsberechtigten Elternteils, wenn das Kind minderjährig ist;
- b) des Einkommens und Vermögens des Elternteils, bei dem das volljährige Kind wohnhaft ist;

c) en cas de mariage, remariage ou concubinage stable du parent selon les lettres a et b, du conjoint, de la conjointe, de l'ex-conjoint ou de l'ex-conjointe, les revenu et fortune du nouveau conjoint, de la nouvelle conjointe, du nouveau concubin ou de la nouvelle concubine.

² Le concubinage stable est présumé notamment si les personnes vivent ensemble et ont un ou une enfant en commun ou si elles vivent ensemble depuis au moins deux ans.

³ Le Conseil d'Etat définit les revenu et fortune déterminants et en fixe les limites.

Art. 9 Montant de l'avance

¹ Le montant de l'avance mensuelle est déterminé par le titre d'entretien. Il ne peut toutefois dépasser les montants de:

- a) 650 francs pour l'enfant;
- b) 250 francs pour les conjoint, conjointe, ex-conjoint et ex-conjointe.

Art. 10 Début du droit aux avances

¹ L'avance de contributions d'entretien est accordée à partir du mois où la demande est déposée et où toutes les conditions d'octroi sont réalisées.

Art. 11 Durée et fin du droit aux avances

¹ L'avance est accordée pour une année. Elle peut être renouvelée d'année en année, après révision par l'autorité compétente.

² L'autorité compétente rend une nouvelle décision lorsqu'un fait nouveau au sens de l'article 7 al. 2 le justifie.

³ Le droit à l'avance prend fin dès que la personne créancière ne remplit plus les conditions d'octroi, soit en particulier dans les cas suivants:

- a) la personne créancière n'a plus droit à une contribution d'entretien;
- b) son revenu déterminant ou sa fortune déterminante dépasse les limites de revenu ou de fortune;
- c) elle prend domicile hors des frontières cantonales;
- d) elle séjourne durablement à l'étranger; est réservé le séjour aux fins de formation.

c) bei Heirat, Wiederverheiratung oder stabilem Konkubinat des Elternteils nach Buchstaben a und b, des Einkommens und Vermögens der neuen Ehegattin bzw. des neuen Ehegatten oder der neuen Konkubinatspartnerin bzw. des neuen Konkubinatspartners.

² Von einem stabilen Konkubinat wird namentlich ausgegangen, wenn die Personen zusammenleben und ein gemeinsames Kind haben oder wenn sie seit mindestens zwei Jahren zusammenleben.

³ Der Staatsrat bestimmt das massgebende Einkommen und Vermögen sowie deren Obergrenzen.

Art. 9 Höhe der Bevorschussung

¹ Die Höhe der monatlichen Bevorschussung wird im Unterhaltstitel festgelegt. Sie darf jedoch nicht mehr betragen als:

- a) 650 Franken für das Kind;
- b) 250 Franken für die Ehegattinnen, Ehegatten oder Ex-Ehegattinnen, Ehegatten.

Art. 10 Beginn des Anspruchs auf Bevorschussung

¹ Die Bevorschussung der Unterhaltsbeiträge wird ab dem Monat gewährt, in dem das Gesuch gestellt wird und alle Voraussetzungen erfüllt sind.

Art. 11 Dauer und Ende des Anspruchs auf Bevorschussung

¹ Die Bevorschussung wird für ein Jahr gewährt. Sie kann alljährlich verlängert werden, nach Revision durch die zuständige Behörde.

² Die zuständige Behörde fällt einen neuen Entscheid, wenn ein neuer Sachverhalt im Sinne von Artikel 7 Abs. 2 dies rechtfertigt.

³ Der Anspruch auf Bevorschussung endet, wenn die unterhaltsberechtigten Person die Anforderungen nicht mehr erfüllt, insbesondere in den folgenden Fällen:

- a) Die unterhaltsberechtigten Person hat keinen Unterhaltsanspruch mehr.
- b) Das massgebende Einkommen oder Vermögen der unterhaltsberechtigten Person liegt über den Obergrenzen.
- c) Die unterhaltsberechtigten Person nimmt Wohnsitz ausserhalb des Kantons.
- d) Die unterhaltsberechtigten Person hält sich dauerhaft im Ausland auf. Vorbehalten bleibt ein Aufenthalt im Rahmen einer Ausbildung.

⁴ Si la personne créancière ne respecte pas son obligation de collaborer au sens de l'article 7, l'autorité compétente suspend ou supprime l'avance de contributions d'entretien.

Art. 12 Modalités de paiement

¹ L'avance est versée au début de chaque mois pour le mois courant.

² L'autorité compétente peut verser l'avance à un tiers, notamment un service social, à la personne chargée d'un mandat de protection de l'adulte ou de l'enfant en faveur de la personne créancière, ou à sa famille d'accueil, sur la base d'une procuration signée par la personne créancière ou celle qui la représente.

Art. 13 Subrogation

¹ L'autorité compétente avise immédiatement la personne débitrice de la contribution d'entretien qu'elle a consenti une avance et qu'elle est subrogée, à concurrence de celle-ci, dans les droits de la personne créancière.

2.3 Remboursement et prescription

Art. 14 Remboursement

¹ L'autorité compétente réclame le remboursement d'avances perçues indûment.

² Le remboursement ne peut être exigé lorsque la personne concernée était de bonne foi et qu'il la mettrait dans une situation difficile.

³ L'autorité compétente peut imputer les avances touchées indûment sur les avances futures, tout en veillant à ce que le minimum vital du droit des poursuites de la personne créancière soit couvert.

Art. 15 Prescription

¹ L'obligation de rembourser se prescrit par cinq ans dès la découverte du motif de remboursement, mais dans tous les cas par dix ans dès la dernière avance versée.

⁴ Hält sich die unterhaltsberechtigte Person nicht an ihre Mitwirkungspflicht im Sinne von Artikel 7, so schiebt oder hebt die zuständige Behörde die Bevorschussung der Unterhaltsbeiträge auf.

Art. 12 Zahlungsmodalitäten

¹ Die Bevorschussung wird jeweils zum Monatsbeginn für den laufenden Monat entrichtet.

² Die zuständige Behörde kann, auf der Grundlage einer von der unterhaltsberechtigten Person oder ihrer Vertretung unterzeichneten Vollmacht, die Bevorschussung einer Drittperson entrichten, namentlich einem Sozialdienst, einer Person mit Kindes- und Erwachsenenschutzmandat zugunsten der unterhaltsberechtigten Person oder der Pflegefamilie.

Art. 13 Subrogation

¹ Die zuständige Behörde informiert die unterhaltspflichtige Person unverzüglich darüber, dass sie eine Bevorschussung gewährt hat und dass die Ansprüche der unterhaltsberechtigten Personen im Umfang des geleisteten Betrags an sie übergehen.

2.3 Rückerstattung und Verjährung

Art. 14 Rückerstattung

¹ Die zuständige Behörde fordert unrechtmässig bezogene Vorschüsse zurück.

² Eine Rückerstattung kann nicht verlangt werden, wenn die betroffene Person gutgläubig war und die Rückerstattung schwerwiegende Folgen für sie hätte.

³ Die zuständige Behörde kann Vorschüsse, die unberechtigterweise bezogen wurden, von den zukünftigen Vorschüssen abziehen; dabei achtet sie darauf, dass das betriebsrechtliche Existenzminimum der unterhaltsberechtigten Person gedeckt ist.

Art. 15 Verjährung

¹ Die Rückerstattungspflicht verjährt fünf Jahre nach Entdeckung des Rückerstattungsgrundes, in jedem Fall aber zehn Jahre nachdem der letzte Vorschuss entrichtet wurde.

2.4 Observation

Art. 16 Principe

¹ L'autorité compétente peut faire observer la personne créancière et effectuer des enregistrements visuels et sonores, afin d'établir des faits spécifiques:

- a) si elle dispose d'indices concrets laissant présumer que la personne créancière perçoit, a perçu ou tente de percevoir l'avance de contributions d'entretien de manière indue, et
- b) que, sans mesure d'observation, l'établissement des faits serait impossible ou excessivement difficile.

² L'autorité compétente informe la personne créancière, à l'ouverture du dossier, que, en cas de soupçons d'obtention illicite de prestations, elle pourra faire l'objet d'une observation.

Art. 17 Conditions

¹ La personne créancière ne peut être observée que si elle se trouve dans un lieu accessible au public ou dans un lieu librement visible depuis un lieu accessible au public.

² Une observation peut avoir lieu durant trente jours au maximum au cours d'une période de six mois à compter du premier jour d'observation. Cette période peut être prolongée de six mois au maximum si des motifs suffisants le justifient; en cas de prolongation, la durée maximale d'observation de trente jours est maintenue.

Art. 18 Mandat

¹ Le mandat d'observation est confié aux inspecteurs et inspectrices cantonaux spécialisés institués par la législation sur l'aide sociale.

Art. 19 Résultat et protection des données

¹ L'autorité compétente informe la personne concernée du motif, de la nature et de la durée de l'observation avant de rendre la décision qui porte sur l'avance de contributions d'entretien.

2.4 Observierung

Art. 16 Grundsatz

¹ Die zuständige Behörde kann die unterhaltsberechtigte Person observieren lassen und Bild- und Tonaufzeichnungen anfertigen, um besondere Sachverhalte abzuklären:

- a) wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass die unterhaltsberechtigte Person die Bevorschussung der Unterhaltsbeiträge auf unzulässige Weise bezieht, bezogen hat oder versucht zu beziehen, und
- b) wenn die Abklärung des Sachverhalts ohne Observierungsmassnahme unmöglich oder übermässig schwierig wäre.

² Die zuständige Behörde informiert die unterhaltsberechtigte Person bei der Dossiereröffnung, dass sie bei Verdacht auf unrechtmässigen Leistungsbezug observiert werden kann.

Art. 17 Voraussetzungen

¹ Die unterhaltsberechtigte Person kann nur observiert werden, wenn sie sich an allgemein zugänglichen Orten oder an Orten, die von einem allgemein zugänglichen Ort aus frei einsehbar sind, befindet.

² Eine Observierung darf an höchstens 30 Tagen innerhalb von sechs Monaten ab dem ersten Observierungstag stattfinden. Dieser Zeitraum kann um maximal weitere 6 Monate verlängert werden, vorausgesetzt, es bestehen dafür hinreichende Gründe; im Falle einer Verlängerung wird die Höchstdauer der Observierung von 30 Tagen beibehalten.

Art. 18 Auftrag

¹ Mit der Observierung werden die spezialisierten kantonalen und im Sinne der Sozialhilfegesetzgebung eingesetzten Inspektorinnen und Inspektoren beauftragt.

Art. 19 Ergebnis und Datenschutz

¹ Bevor sie den Entscheid im Zusammenhang mit der Bevorschussung der Unterhaltsbeiträge fällt, informiert die zuständige Behörde die betroffene Person über Grund, Art und Dauer der Observierung.

² Si l'observation n'a pas permis de confirmer les indices visés à l'article 16 al. 1 let. a, l'autorité compétente rend une décision concernant le motif, la nature et la durée de l'observation et détruit, après l'entrée en force de la décision, le matériel recueilli lors de l'observation si la personne créancière n'a pas expressément demandé que celui-ci soit conservé au dossier.

³ Le Conseil d'Etat règle:

- a) la procédure selon laquelle la personne observée peut consulter le matériel complet recueilli lors de l'observation, dans le respect de la législation sur la protection des données;
- b) la conservation et la destruction du matériel recueilli.

Art. 20 Frais

¹ Si la personne créancière a obtenu ou tenté d'obtenir une avance de contributions d'entretien en fournissant sciemment des indications fausses ou d'une autre manière illicite, l'autorité compétente peut mettre à sa charge les frais supplémentaires que lui a occasionnés le recours à l'observation.

2.5 Financement

Art. 21 Répartition des charges

¹ Les avances non remboursées sont assumées à raison de 50% par l'Etat et à raison de 50% par l'ensemble des communes, en proportion du chiffre de leur population dite légale.

3 Aide au recouvrement

Art. 22 Règles applicables

¹ L'aide au recouvrement, y compris l'obligation de collaborer de la personne créancière, est régie par l'OAIr et les dispositions qui suivent.

² L'autorité compétente ne prête pas son aide au recouvrement des contributions d'entretien et allocations familiales échues avant le dépôt de la demande.

² Konnte die Observierung die Anhaltspunkte nach Artikel 16 Absatz 1 Bst. a nicht bestätigen, so fällt die zuständige Behörde einen Entscheid über Grund, Art und Dauer der Observierung und vernichtet das Observierungsmaterial, nachdem der Entscheid rechtskräftig wurde, sofern die unterhaltsberechtigte Person nicht ausdrücklich dessen Aufbewahrung im Dossier beantragt hat.

³ Der Staatsrat regelt:

- a) das Verfahren, nach dem die observierte Person das vollständige Observierungsmaterial einsehen kann, unter Einhaltung der Gesetzgebung über den Datenschutz;
- b) die Aufbewahrung und die Vernichtung des Observierungsmaterials.

Art. 20 Kosten

¹ Hat die unterhaltsberechtigte Person mit wissentlich unwahren Angaben oder in anderer rechtswidriger Weise eine Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen erwirkt oder zu erwirken versucht, so kann ihr die zuständige Behörde die Mehrkosten, die ihr aufgrund der Observierung entstanden sind, auferlegen.

2.5 Finanzierung

Art. 21 Kostenaufteilung

¹ Nicht zurückerstattete Vorschüsse werden zu 50% vom Staat und zu 50% von der Gesamtheit der Gemeinden getragen, im Verhältnis zu ihrer zivilrechtlichen Bevölkerung.

3 Inkassohilfe

Art. 22 Geltende Vorschriften

¹ Die Inkassohilfe inkl. Mitwirkungspflicht der unterhaltsberechtigten Person richten sich nach der InkHV und den nachfolgenden Bestimmungen.

² Die zuständige Behörde leistet keine Inkassohilfe für Unterhaltsbeiträge und Familienzulagen, wenn diese vor der Gesuchseinreichung verfallen sind.

Art. 23 Aide au recouvrement des allocations familiales légales

¹ Pour le recouvrement des allocations familiales légales, l'autorité compétente se limite à assister la personne créancière dans les démarches en vue du versement direct des allocations familiales au sens de la législation fédérale en la matière.

Art. 24 Cession à titre fiduciaire

¹ Pour la part de la contribution d'entretien qui ne fait pas l'objet de la subrogation légale, l'autorité compétente agit sur la base d'une cession fiduciaire de créance. De ce fait, elle procède au recouvrement de la contribution d'entretien au nom de l'Etat et pour le compte de la personne créancière.

Art. 25 Imputation des montants recouverts

¹ Aussi longtemps que l'autorité compétente aide au recouvrement de la contribution d'entretien courante, les montants reçus sont imputés prioritairement sur celle-ci, puis sur l'avance et les frais assumés par l'Etat.

² Lorsque l'aide au recouvrement ne concerne plus que les contributions d'entretien arriérées, les montants reçus sont imputés prioritairement sur l'avance et les frais assumés par l'Etat, puis sur celles-là.

³ Si l'aide au recouvrement concerne plusieurs contributions d'entretien auprès de la même personne débitrice, l'imputation se fait proportionnellement.

Art. 26 Prise en charge de frais de tiers

¹ Lorsque les frais de tiers engagés en vue de l'exécution des contributions d'entretien ne peuvent être récupérés auprès de la personne débitrice, ils sont mis à la charge de la personne créancière lorsque celle-ci dispose du minimum vital du droit des poursuites élargi, impôts en sus.

4 Voies de droit

Art. 27 Réclamation et recours

¹ Les décisions de l'autorité compétente sont sujettes à réclamation auprès de celle-ci, dans les trente jours dès leur notification.

Art. 23 Inkassohilfe für Familienzulagen

¹ Für das Inkasso von gesetzlichen Familienzulagen beschränkt sich die zuständige Behörde darauf, die unterhaltsberechtigte Person bei den Schritten für den direkten Bezug der Familienzulagen im Sinne der einschlägigen Bundesgesetzgebung zu unterstützen.

Art. 24 Treuhänderische Abtretung

¹ Für den Teil des Unterhaltsbeitrags, der nicht Gegenstand der gesetzlichen Subrogation ist, handelt die zuständige Behörde auf der Grundlage einer treuhänderischen Abtretung der Forderung. Deswegen nimmt sie das Inkasso des Unterhaltsbeitrags im Namen des Staates und auf Rechnung der unterhaltsberechtigten Person vor.

Art. 25 Anrechnung eingegangener Zahlungen

¹ Solange die zuständige Behörde Inkassohilfe für die laufenden Unterhaltsbeiträge leistet, werden die erhaltenen Beträge prioritär diesen angerechnet, danach den Vorschüssen und den vom Staat getragenen Kosten.

² Betrifft die Inkassohilfe nur noch die Unterhaltsausstände, werden die erhaltenen Beträge prioritär den Vorschüssen und den vom Staat getragenen Kosten angerechnet, erst danach den Ausständen.

³ Betrifft die Inkassohilfe mehrere Unterhaltsbeiträge bei derselben unterhaltspflichtigen Person, so erfolgt die Anrechnung anteilmässig.

Art. 26 Übernahme von Kosten Dritter

¹ Können die Kosten, die für die Durchsetzung der Unterhaltsbeiträge von Dritten getragen wurden, bei der unterhaltspflichtigen Person nicht wieder eingetrieben werden, so werden diese der unterhaltsberechtigten Person angelastet, wenn diese über das erweiterte betriebsrechtliche Existenzminimum zuzüglich Steuern verfügt.

4 Rechtsmittel

Art. 27 Einsprache und Beschwerde

¹ Die Entscheide der zuständigen Behörde können bei dieser innert dreissig Tagen seit Mitteilung mit Einsprache angefochten werden.

² Les décisions sur réclamation sont sujettes à recours selon le code de procédure et de juridiction administrative.

5 Dispositions finales

Art. 28 Droit transitoire

¹ La présente loi s'applique dès son entrée en vigueur aux demandes pendantes et nouvelles.

² Les décisions rendues en application de l'ancien droit restent en vigueur jusqu'à leur révision annuelle au sens de l'article 11 al. 1 de la présente loi. Toutefois, le montant des avances de contributions d'entretien en faveur des enfants est adapté d'office conformément à la présente loi dès son entrée en vigueur.

³ Pour les conjoints, conjointes, ex-conjoints et ex-conjointes bénéficiant d'une avance selon l'ancien droit, le délai de deux ans de l'article 5 al. 2 court dès l'entrée en vigueur de la présente loi.

II.

Aucune modification d'actes dans cette partie.

III.

Aucune abrogation d'actes dans cette partie.

IV.

La présente loi est soumise au referendum législatif. Elle n'est pas soumise au referendum financier.

Elle entre en vigueur le 1^{er} janvier 2022.

² Die Einspracheentscheide können mit Beschwerde nach dem Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege angefochten werden.

5 Schlussbestimmungen

Art. 28 Übergangsrecht

¹ Das vorliegende Gesetz gilt ab dem Zeitpunkt seines Inkrafttretens für alle laufenden und neuen Anträge.

² Nach altem Recht getroffene Entscheide bleiben bis zur jährlichen Revision im Sinne von Artikel 11 Abs. 1 dieses Gesetzes gültig. Die Höhe der Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen zugunsten der Kinder wird jedoch ab dem Zeitpunkt seines Inkrafttretens von Amtes wegen dem vorliegenden Gesetz angepasst.

³ Für Ehegattinnen und Ehegatten oder Ex-Ehegattinnen und -Ehegatten, die eine Bevorschussung nach altem Recht beziehen, läuft die Zweijahresfrist nach Artikel 5 Abs. 2 ab Inkrafttreten des vorliegenden Gesetzes.

II.

Keine Änderung von Erlassen in diesem Abschnitt.

III.

Keine Aufhebung von Erlassen in diesem Abschnitt.

IV.

Dieses Gesetz untersteht dem Gesetzesreferendum. Es untersteht nicht dem Finanzreferendum.

Es tritt am 1. Januar 2022 in Kraft.