

MESSAGE N° 113 *18 novembre 2003*
du Conseil d'Etat au Grand Conseil
accompagnant le projet de loi modifiant
la loi sur les allocations familiales

Nous avons l'honneur de vous soumettre un projet de loi modifiant la loi du 26 septembre 1990 sur les allocations familiales (LAFC).

1. SITUATION DE DÉPART

La loi précitée stipule à l'article 8 al. 1 que le même enfant ne donne pas droit à plus d'une allocation complète du même genre (les genres d'allocations mentionnés à l'art. 5 sont l'allocation mensuelle pour enfant, l'allocation mensuelle de formation professionnelle et l'allocation unique de naissance ou d'accueil). L'article 8 al. 2 prévoit que, lorsque plusieurs personnes peuvent prétendre chacune au même genre d'allocations complètes en vertu de la présente loi ou d'autres prescriptions légales, le droit à celles-là est reconnu selon l'ordre de priorité suivant, sous réserve des cas particuliers réglés par les dispositions d'exécution:

- a) au père, lorsque les parents sont mariés;
- b) à celle qui a la garde de l'enfant, lorsque les parents ne sont pas mariés ou sont séparés ou divorcés;
- c) à celle qui est détentrice de l'autorité parentale;
- d) à celle qui subvient en majeure partie à l'entretien de l'enfant.

Dans son message N° 163 du 22 août 1989 au Grand Conseil, le Conseil d'Etat relevait sous le commentaire relatif à cet article 8 que si la priorité était donnée au père dans le couple marié, il ne fallait pas y voir une volonté de discrimination. Selon le Gouvernement, ce choix était justifié par le fait que, plus souvent que l'épouse, l'époux exerçait une activité lucrative à plein temps et pouvait ainsi prétendre aux allocations complètes. Il ajoutait que ce choix s'imposait en outre pour des raisons de conflits de compétences entre cantons, vu que pratiquement tous les autres cantons connaissaient également une telle priorité.

Lors de la discussion dudit article 8 au Grand Conseil en février 1990, le rapporteur de la commission parlementaire soulignait entre autres que le principe de la priorité au père marié n'était pas en contradiction avec l'article 4 de l'ancienne Constitution fédérale, «car, selon la doctrine, par ces ordres de priorités, on fixe simplement les caisses de compensation qui sont compétentes pour verser l'allocation». Quant au commissaire du Gouvernement de l'époque, il admettait que la disposition prévue à l'article 8 al. 2 let. a n'était «pas exactement conforme au nouveau droit matrimonial» entré en vigueur le 1^{er} janvier 1988. Dans ce contexte, il déclarait en effet qu'en vertu du principe nouveau à l'époque selon lequel les deux conjoints étaient tenus désormais de subvenir à l'entretien de la famille, l'allocation familiale aurait dû dorénavant être répartie entre les époux lorsque les deux sont salariés, «et la caisse de l'un et de l'autre devrait participer au versement de l'allocation. Si l'on a renoncé à être strict à l'égard du droit matrimonial sur ce point, c'est à cause des complications administratives considérables que cela entraînerait, surtout si tous les cantons n'admettent pas ce principe».

Malgré les explications données, deux députés demandèrent la modification de cette lettre a, dans le sens d'une suppression de la priorité accordée au père et de son remplacement par une solution respectant pleinement le principe de l'égalité de l'homme et de la femme dans le mariage. Mais au vote, précédé de quelques considérations supplémentaires du rapporteur de la commission et du commissaire du Gouvernement qui confortaient la défense du projet de loi, la proposition de modification susmentionnée fut très nettement rejetée.

2. ÉVOLUTION DE LA SITUATION DEPUIS LORS

Durant les 7 ou 8 premières années qui suivirent l'entrée en vigueur en mars 1991 de la loi adoptée le 26 septembre 1990, l'application de la disposition prévue à l'article 8 al. 2 let. a de ladite loi ne posa aucun problème majeur aux diverses caisses fribourgeoises de compensation pour allocations familiales.

Ce n'est que vers la fin des années 90 que les premiers cas de recours auprès du Tribunal administratif du canton de Fribourg apparurent. Mais à chaque fois, la Cour des assurances sociales du Tribunal précité rejeta clairement le recours dirigé contre l'application, par la caisse de compensation compétente, du principe du droit prioritaire du père dans le couple marié. A l'appui de ses rejets, la Cour susnommée invoqua systématiquement les arguments présentés par le Conseil d'Etat dans son message du 22 août 1989 et confirmés lors de la discussion du projet de loi au Grand Conseil en 1990.

Pour être complet, il convient de préciser ici que tous ces recours, qui n'ont en fait pas été très nombreux, concernaient exclusivement des cas de concours de droit intercantonaux, où l'application de la règle fixée à l'article 8 al. 2 let. a de notre loi du 26 septembre 1990 avait pour résultat que le couple marié touchait en fin de compte des allocations complètes d'un autre canton inférieures aux allocations fribourgeoises. Ceci en raison du fait que l'époux travaillait dans un autre canton (le plus souvent Berne ou Vaud) connaissant des montants d'allocations inférieurs à ceux de Fribourg, alors que l'épouse exerçait une activité lucrative dépendante dans notre canton.

Au mois de mars de cette année, un cas de concours de droit entre Vaud et Fribourg, a déclenché un débat public sur le caractère discriminatoire de la disposition que renferme l'article 8 al. 2 let. a de notre loi fribourgeoise sur les allocations familiales.

Enfin, dans deux arrêts du 11 juillet 2003, le Tribunal fédéral à Lausanne a admis les recours de droit public interjetés par deux femmes dans des situations analogues contre les jugements du Tribunal administratif du canton de Fribourg qui rejetaient leurs recours respectifs déposés auprès de celui-ci. Dans les deux cas, la contestation des recourantes visait précisément à faire admettre l'aspect anticonstitutionnel de la règle fribourgeoise accordant au père marié un droit prioritaire en matière d'allocations familiales.

3. CONTENU ET PORTÉE DES ARRÊTS DU TRIBUNAL FÉDÉRAL DU 11.07.2003

Dans ces deux arrêts, le Tribunal fédéral arrive sans équivoque à la conclusion que la disposition, prévue à l'article 8 al. 2 let. a de la loi fribourgeoise du 26 septembre

1990 sur les allocations familiales, viole l'article 8 al. 3 de la nouvelle Constitution fédérale relatif à l'égalité de traitement. En effet, en vertu de cette norme constitutionnelle, un acte législatif est contraire au principe de l'égalité de traitement lorsqu'il établit des distinctions qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler ou lorsqu'il omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Il s'ensuit que l'égalité entre les sexes exige de traiter de manière identique les hommes et les femmes sans tenir compte des liens et des préjugés sociaux. La Constitution fédérale exclut en principe les distinctions juridiques qui sont basées sur des critères d'appartenance au sexe. Un traitement différent entre l'homme et la femme n'est admissible que lorsque la différence biologique ou fonctionnelle due au sexe exclut absolument une égalité de traitement.

Par conséquent, selon le Tribunal fédéral, les arguments allégués pour justifier la priorité du mari selon l'article 8 al. 2 let. a LAFC, à savoir que dans la majorité des familles c'est d'abord le père qui exerce une activité lucrative à plein temps plutôt que la mère et que la priorité donnée au père est indispensable pour éviter des conflits de compétence entre les cantons, ne constituent aucun motif valable pour légitimer une différence de traitement entre les époux en matière d'allocations familiales.

Cela d'autant plus que l'hypothèse de l'existence d'une réglementation analogue dans la quasi-totalité des autres cantons n'est plus d'actualité aujourd'hui. En effet, l'aperçu des régimes cantonaux d'allocations familiales, état au 1^{er} janvier 2002 et publié par l'Office fédéral des assurances sociales, révèle une autre situation. Outre Fribourg, seuls les cantons d'Appenzell, Rhodes Intérieurs et Extérieurs, des Grisons, de Glaris, Soleure et Zoug connaissent encore la règle de la priorité donnée au père dans le couple marié. Dans les cantons de Nidwald, Obwald, Thurgovie et Zürich, le droit appartient au conjoint ou au parent qui peut prétendre à la prestation la plus élevée. Les cantons de Berne, Bâle-Ville, Bâle-Campagne, Genève, Neuchâtel, St-Gall et Schaffouse versent l'allocation au parent désigné en commun par les conjoints. Dans les cantons de Lucerne et du Jura, une demi-allocation est en principe versée à chacun des parents. Le Tessin est le seul canton où le droit revient en priorité à la mère, sauf si le conjoint a un taux d'activité plus élevé. Enfin, dans les cantons non mentionnés ci-dessus, la réglementation en vigueur est encore différente.

Dans ses deux arrêts du 11 juillet 2003, le Tribunal fédéral souligne que les diverses dispositions des lois cantonales d'allocations familiales sur le concours de droit ne peuvent s'appliquer avec force que dans les relations internes à chaque canton. En revanche, dans le domaine des relations intercantionales, un canton ne saurait imposer à un autre canton des règles déterminant l'ordre de priorité en cas de concours de droit. Compte tenu du caractère très hétéroclite des normes cantonales en la matière, il existe un véritable problème de coordination à ce niveau. Dans ce contexte, le Tribunal fédéral relève d'abord qu'il n'est pas légitimé à établir lui-même des règles de conflit impératives, dans le but d'éviter des refus ou des octrois à double, contraires au droit, pouvant survenir dans les relations intercantionales lorsque les lois

cantonales ne concordent pas entre elles. Il constate ensuite que sur la base de l'article 116 al. 2 de la nouvelle Constitution fédérale, la Confédération pourrait légiférer afin d'empêcher les litiges intercantonaux en matière d'allocations familiales. Elle n'est certes pas contrainte de le faire, mais le Tribunal fédéral semble visiblement souhaiter qu'elle le fasse à l'avenir. Dans ce contexte il y a lieu de renvoyer à la décision de la Conférence des directeurs cantonaux des affaires sociales (CDAS) du 23 octobre 2003, prise lors de son assemblée générale à Lugano, qui demande à la Confédération de légiférer en la matière. La CDAS propose que cette dernière édicte une loi cadre qui laisse aux cantons la compétence matérielle.

En l'absence de normes de coordination à l'échelon fédéral, qui permettraient de régler le conflit lorsque l'application d'une législation cantonale dans un cadre intercantonal conduit à un résultat contraire à la Constitution fédérale, le Tribunal fédéral estime qu'il doit chercher une solution adéquate qui ne s'éloigne pas trop inutilement de la loi cantonale et qui peut également être reprise par d'autres cantons. C'est ainsi qu'il propose de se référer aux règles qui s'appliquent directement depuis le début juin 2002 entre la Suisse et l'Union européenne (EU), dans le cadre des accords bilatéraux et plus particulièrement de l'accord sur la libre circulation des personnes.

Ces règles, exposées de manière simplifiée, se présentent comme il suit pour ce qui concerne les allocations familiales:

- 1) Le travailleur, salarié ou éventuellement indépendant, a droit dans leur intégralité aux prestations prévues par l'Etat dans lequel il travaille, même s'il réside sur le territoire d'un autre Etat membre (de l'UE ou de l'AELE) et y compris pour ses enfants qui vivent dans un autre Etat membre.
- 2) Si les deux parents exercent une activité lucrative, mais travaillent dans des Etats membres différents, c'est l'Etat de résidence des enfants qui verse ses prestations en priorité.
- 3) Si les prestations prévues par l'autre Etat membre sont plus élevées que celles de l'Etat de résidence des enfants, l'autre Etat doit verser la différence.

L'application par analogie des règles de priorité ci-dessus aux relations intercantionales permettrait, selon le Tribunal fédéral, de résoudre pratiquement tous les problèmes de concours de droit de façon uniforme et efficace. Pour savoir ce que cela signifiera concrètement dans la réalité, il est renvoyé aux explications figurant sous le chiffre 4.2 ci-après.

4. NÉCESSITÉ DE MODIFIER LA LOI FRIBOURGEOISE ET SOLUTION RETENUE

La décision du Tribunal fédéral constatant que la norme litigieuse, soit l'article 8 al. 2 let. a LAFC, viole la Constitution fédérale n'entraîne pas son abrogation. Cette décision a uniquement pour conséquence que ladite norme ne s'applique pas pour les recourantes et que les deux décisions attaquées sont annulées et renvoyées au Tribunal administratif cantonal qui doit reprendre l'examen des cas dans le sens des considérants. Aussi et afin d'éviter qu'à l'avenir les cas de recours contre l'application de la

règle en question par les caisses de compensation se multiplie, il est absolument indispensable de modifier la loi du 26 septembre 1990.

Pour ce faire, le Conseil d'Etat est d'avis qu'il faut se baser sur les considérations claires émises par le Tribunal fédéral dans ses deux arrêts du 11 juillet 2003. Dans ce contexte, il convient d'abord de dissocier les concours de droit internes au canton et intercantonaux.

4.1 Concours de droit internes au canton

En ce qui concerne ces cas, la modification proposée de la réglementation actuelle, telle qu'elle ressort du projet de loi ci-joint, consiste à:

- supprimer les mots «ou d'autres prescriptions légales» dans la phrase introductive de l'article 8 al. 2 L AFC, pour bien indiquer qu'il ne s'agit ici que des relations internes au canton;
- supprimer bien évidemment, à la lettre a du même alinéa, la priorité donnée au père dans le couple marié et la remplacer par le choix laissé aux parents mariés, et à étendre cette possibilité de choix aux parents non mariés vivant en ménage commun;
- adapter en conséquence la teneur de la lettre b de cet alinéa 2.

Quant aux lettres c et d, leur teneur demeure inchangée.

Il est utile de préciser que le nouvel ordre de priorité proposé ne concerne que les cas où les deux parents peuvent prétendre chacun à l'allocation familiale fribourgeoise complète. Si tel n'est pas le cas, on tombe alors dans les situations particulières qui sont réglées par les dispositions d'exécution, à savoir celles figurant à l'article 3 du règlement d'exécution du 18 février 1991. Le principe premier de ces dispositions d'exécution est que si seul l'un des deux parents peut prétendre à l'allocation entière, en raison de son temps d'activité, le droit lui appartient.

4.2 Concours de droit intercantonaux

S'agissant de ces concours de droit, le Conseil d'Etat estime que la meilleure solution consiste à suivre les recommandations du Tribunal fédéral dans ses deux arrêts précités, c'est-à-dire appliquer par analogie les dispositions y relatives des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne. Concrètement et exposé de manière simple, cela signifie que:

- 1) Si les deux parents travaillent dans des cantons différents et y exercent chacun une activité lucrative donnant droit à des allocations, c'est le canton de domicile des parents et des enfants ou plus exactement la caisse de compensation compétente pour l'application de la législation de ce canton qui verse ses prestations en priorité. Et cela même si le parent travaillant dans ce canton ne peut y obtenir que des allocations partielles.
- 2) Si le parent travaillant dans l'autre canton peut prétendre à des allocations plus élevées en vertu de la législation de ce canton, il a le droit de recevoir de ce dernier ou plus exactement de la caisse de compensation compétente le versement d'un complément différentiel.

Exemples:

- Une famille réside dans le canton de Fribourg avec ses deux enfants de 11 et 14 ans. Le père exerce une activité salariée à plein temps dans le canton de Vaud et la mère travaille à 75 % auprès d'un employeur du canton de Fribourg. Dans ce cas, c'est le canton de Fribourg qui devrait verser ses prestations en premier, soit en l'occurrence en 2003 deux allocations mensuelles complètes de 210 francs. Vu que les prestations auxquelles le père aurait droit dans le canton de Vaud, à savoir deux fois 150 francs par mois, sont inférieures aux fribourgeoises, il n'y aurait pas de versement de complément différentiel.
- Une famille réside dans le canton de Berne avec ses trois enfants de 15, 18 et 20 ans qui sont encore aux études ou en apprentissage. Le père travaille à 100 % auprès d'un employeur dans le canton de Berne et la mère exerce une activité lucrative à 80 % dans le canton de Fribourg. Dans ce cas, c'est le canton de Berne qui serait tenu de verser ses allocations en priorité, soit en 2003 trois fois 190 francs par mois. Etant donné que les prestations auxquelles la mère aurait droit dans le canton de Fribourg, à savoir deux fois 270 francs et une fois 290 francs par mois, sont plus élevées que les bernoises, la mère pourrait prétendre au versement de la différence par le canton de Fribourg (soit 260 francs par mois au total).

Comme le relève le Tribunal fédéral, cette solution se justifie également du point de vue de la répartition des charges financières. En cas de concours de droit lorsqu'une activité lucrative est exercée dans deux cantons, il est logique de rendre compétent pour le versement des allocations destinées à l'entretien des enfants, en premier lieu l'organisme du canton de domicile de la famille. En effet, c'est là que se trouve le centre de vie des membres de cette famille et que se font en règle générale leurs achats et leurs dépenses.

Pour légaliser à l'avenir la solution retenue ici, un nouvel alinéa 3 est ajouté à l'article 8 L AFC, comme le montre le projet de loi ci-annexé. Il s'agit d'un renvoi général aux accords bilatéraux CH-UE, qui prescrit impérativement que les dispositions y relatives de ces accords sont applicables par analogie lorsque plusieurs personnes peuvent prétendre chacune au même genre d'allocations en vertu de la loi fribourgeoise et de prescriptions légales d'autres cantons. Si la formule du renvoi général a été choisie, c'est parce qu'il serait à la fois difficile et fastidieux de vouloir expliciter dans la loi les nombreux détails de la solution adoptée. A l'appui de cette façon de procéder, on peut citer les exemples des lois fédérales sur l'AVS, l'AI et les prestations complémentaires AVS/AI, où la relation avec le droit européen ne fait l'objet que d'un seul article général mentionnant brièvement que les diverses dispositions de ce droit sont applicables directement.

Aux yeux du Conseil d'Etat, la seule autre solution que celle présentée ci-devant pour régler les problèmes de concours de droit intercantonaux de manière praticable et conforme à la Constitution fédérale, consisterait à accorder le libre choix aux deux parents, à l'instar du système retenu pour les concours de droit internes au canton. Mais s'il a en fin de compte renoncé à proposer cette autre solution, c'est d'abord en raison du fait qu'elle pénaliserait sérieusement notre canton qui verse des allocations familiales sensiblement plus élevées que la plupart des autres cantons. En effet, le cas échéant, ce sont bien les

allocations fribourgeoises qui seraient le plus souvent revendiquées. En second lieu, le Gouvernement a jugé que les recommandations du Tribunal fédéral en faveur de la solution finalement retenue étaient logiques et justifiées.

5. INCIDENCES FINANCIÈRES ET ADMINISTRATIVES

La nouvelle solution retenue pour les concours de droit internes au canton n'aura bien entendu aucune incidence financière. En effet, si l'allocation fribourgeoise complète ne sera plus systématiquement versée au père dans le cas du couple marié, mais au parent désigné par les conjoints, son montant restera inchangé.

En revanche, par rapport à la situation actuelle, la solution proposée pour les concours de droit intercantonaux entraînera probablement pour les caisses d'allocations familiales fribourgeoises des dépenses supplémentaires, occasionnées notamment par l'obligation nouvelle de payer un complément différentiel dans un certain nombre de situations. Il est très difficile d'évaluer ces dépenses additionnelles, mais on peut toutefois estimer qu'elles ne devraient en aucun cas dépasser 1 à 2 % de la somme annuelle des prestations actuellement versées (environ 115 millions de francs). A ce propos, il sied de rappeler ici que les allocations aux personnes salariées sont financées entièrement par les contributions des employeurs soumis à la loi.

Enfin, l'application des nouvelles règles relatives aux concours de droit internes au canton et intercantonaux engendreront sans doute, pour la Caisse cantonale d'allocations familiales et les autres caisses de compensation reconnues, un certain nombre de tâches administratives supplémentaires (plus particulièrement en matière de contrôle). Il est difficile d'évaluer les conséquences en matière de personnel pour les caisses.

Nous vous invitons à adopter ce projet de loi.

BOTSCHAFT Nr. 113 18. November 2003 **des Staatsrates an den Grossen Rat** **zum Gesetzesentwurf zur Änderung des Gesetzes** **über die Familienzulagen**

Hiermit unterbreiten wir Ihnen einen Gesetzesentwurf zur Änderung des Gesetzes vom 26. September 1990 über die Familienzulagen (FZG).

1. AUSGANGSLAGE

Nach Artikel 8 Abs. 1 des oben genannten Gesetzes besteht für jedes Kind höchstens ein Anspruch auf eine ganze Zulage derselben Art (die unter Artikel 5 aufgeführten Arten der Zulagen sind: die monatliche Kinderzulage, die monatliche Ausbildungszulage und die einmalige Geburts- oder Aufnahmezulage). Nach Artikel 8 Abs. 2 gilt: Können mehrere Personen nach diesem Gesetz oder nach anderen Gesetzen je eine ganze Zulage derselben Art beanspruchen, so wird – unter Vorbehalt der in der Ausführungsverordnung vorgesehenen Sonderfälle – der Anspruch in der folgenden Rangordnung zugesprochen:

a) dem Vater, wenn die Eltern verheiratet sind;

b) der Person, die das Kind betreut, wenn die Eltern nicht verheiratet sind oder wenn sie getrennt oder geschieden sind;

c) der Person, der die elterliche Gewalt zusteht;

d) der Person, die in überwiegendem Mass für das Kind aufkommt.

In seiner Botschaft Nr. 163 vom 22. August 1989 an den Grossen Rat schrieb der Staatsrat in der Erläuterung zu Artikel 8, zwar werde bei verheirateten Paaren die Priorität dem Vater erteilt, doch drücke sich darin nicht die Absicht einer Diskriminierung aus. Diese Wahl sei durch die Tatsache gerechtfertigt, dass häufiger als die Ehefrau der Ehemann eine vollzeitige Erwerbstätigkeit ausübe und somit Anspruch auf die vollen Zulagen habe. Diese Wahl dränge sich zudem auf, um Kompetenzstreitigkeiten zwischen den Kantonen vorzubeugen; alle anderen Kantone hätten an einer solchen Priorität des Ehemannes festgehalten.

Bei der Grossratsdebatte im Februar 1990 über diesen Artikel unterstrich der Berichterstatter der parlamentarischen Kommission unter anderem, die grundsätzliche Priorität des verheirateten Vaters stehe nicht im Widerspruch zum Artikel 4 der alten Bundesverfassung, «denn gemäss der Doktrin werden durch diese Rangordnung einfach die Ausgleichskassen festgesetzt, die für die Ausrichtung der Zulage zuständig sind». Der Vertreter des damaligen Staatsrates räumte ein, die Bestimmung unter Artikel 8 Abs. 2 Bst. a sei dem am 1. Januar 1988 in Kraft getretenen neuen Eherecht nicht ganz konform. In diesem Zusammenhang erklärte er, aufgrund des damals neuen Grundsatzes, wonach künftig beide Ehegatten gehalten seien, für den Unterhalt der Familie aufzukommen, hätte die Familienzulage effektiv auf die Ehegatten aufgeteilt werden müssen, wenn beide erwerbstätig sind, und die Kasse des einen und des anderen Ehegatten müsste sich an der Ausrichtung der Zulage beteiligen. Wenn darauf verzichtet worden sei, sich in diesem Punkt strikt am neuen Eherecht zu orientieren, so deshalb, weil sich sonst erhebliche administrative Komplikationen ergäben, vor allem wenn nicht alle Kantone diesem Grundsatz folgen.

Trotz dieser Erläuterungen verlangten zwei Grossratsmitglieder die Änderung des Buchstaben a. Die dem Vater erteilte Priorität sollte aufgehoben und durch eine Lösung ersetzt werden, die den Grundsatz der Gleichstellung von Frau und Mann in der Ehe vollumfänglich berücksichtigt. Bei der Abstimmung jedoch, der einige weitere Erwägungen des Berichterstatters der Kommission und des Vertreters der Regierung zur Verteidigung des Gesetzesentwurfs vorangingen, wurde dieser Änderungsantrag klar verworfen.

2. SEITHERIGE ENTWICKLUNG DER SITUATION

In den sieben oder acht ersten Jahren nach dem Inkrafttreten des am 26. September 1990 erlassenen Gesetzes im März 1991 bereitete die Anwendung von Artikel 8 Abs. 2 Bst. a des Gesetzes den verschiedenen Freiburger Ausgleichskassen für Familienzulagen keine grösseren Probleme.

Erst gegen Ende der Neunzigerjahre tauchten die ersten Beschwerdefälle beim Verwaltungsgericht des Kantons Freiburg auf. Doch jedes Mal wies der Sozialversicherungshof dieses Gerichts die Beschwerde klar ab, die sich

gegen die seitens der zuständigen Ausgleichskasse erfolgte Anwendung des Grundsatzes der Priorität des Vaters beim verheirateten Paar richtete. Seine Abweisungsentscheide stützte der Sozialversicherungshof systematisch auf die Argumente des Staatsrates in dessen Botschaft vom 22. August 1989, die bei der Grossratsdebatte über den Gesetzesentwurf im Jahre 1990 bestätigt worden waren.

Der Vollständigkeit halber sei hier präzisiert, dass alle diese Beschwerden, die im Übrigen nicht zahlreich waren, ausschliesslich interkantonale Fälle von Anspruchskonkurrenz betrafen, in denen die Anwendung von Artikel 8 Abs. 2 Bst. a unseres Gesetzes vom 26. September 1990 zur Folge hatte, dass das verheiratete Paar schliesslich die vollen Zulagen eines anderen Kantons bezog und diese niedriger als die Freiburger Zulagen waren. Und dies einfach deshalb, da der Ehegatte in einem anderen Kanton arbeitete (meistens im Kanton Bern oder Waadt), dessen Zulagen unter denjenigen des Kantons Freiburg lagen, wohingegen die Ehefrau in unserem Kanton erwerbstätig war.

Im März dieses Jahres löste ein Fall von Anspruchskonkurrenz zwischen den Kantonen Waadt und Freiburg eine öffentliche Debatte über den diskriminierenden Charakter der Bestimmung von Artikel 8 Abs. 2 Bst. a unseres Freiburger Gesetzes über die Familienzulagen aus.

In zwei Entscheiden vom 11. Juli 2003 schliesslich hiess das Bundesgericht in Lausanne die staatsrechtlichen Beschwerden zweier Frauen in gleichartigen Situationen gut. Diese richteten sich gegen die Urteile, mit denen das Verwaltungsgericht des Kantons Freiburg die jeweils bei ihm eingereichte Beschwerde abgewiesen hatte. In beiden Fällen fochten die Beschwerdeführerinnen eben den verfassungswidrigen Aspekt der Freiburger Gesetzesbestimmung an, wonach der verheiratete Vater Vorrang bei den Familienzulagen hat.

3. INHALT UND TRAGWEITE DER ENTSCHEIDE DES BUNDESGERICHTS VOM 11.07.2003

In beiden Entscheiden kommt das Bundesgericht eindeutig zum Schluss, dass die Bestimmung von Artikel 8 Abs. 2 Bst. a des Freiburger Gesetzes vom 26. September 1990 über die Familienzulagen gegen den Artikel 8 Abs. 3 der neuen Bundesverfassung über die Gleichbehandlung verstösst. Nach dieser Verfassungsnorm verletzt ein Erlass das Rechtsgleichheitsgebot, wenn er rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen, wenn also Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. Sodann verlangt die Gleichstellung der Geschlechter, dass Mann und Frau ohne Rücksicht auf gesellschaftliche Verhältnisse und Vorstellungen in allen Bereichen gleich zu behandeln sind. Die Bundesverfassung schliesst die Geschlechtszugehörigkeit als taugliches Kriterium für rechtliche Differenzierungen aus. Eine unterschiedliche Behandlung von Mann und Frau ist nur noch zulässig, wenn auf dem Geschlecht beruhende biologische oder funktionale Unterschiede eine Gleichbehandlung absolut ausschliessen.

Demzufolge bilden die Argumente zur Rechtfertigung der Priorität des Ehemannes nach Artikel 8 Abs. 2 Bst. a

FZG – wonach in den meisten Familien eher der Vater als die Mutter voll erwerbstätig ist und die dem Vater erteilte Priorität unverzichtbar sei, um Kompetenzstreitigkeiten unter den Kantonen zu vermeiden – keinen Grund für eine Legitimierung der Ungleichbehandlung zwischen Ehegatten auf dem Gebiet der Familienzulagen.

Dies gilt umso mehr, als die Annahme, in fast allen übrigen Kantonen bestünde eine gleichartige Regelung, heute bereits nicht mehr zutreffend ist. Eine vom Bundesamt für Sozialversicherung veröffentlichte Übersicht über die kantonalen Familienzulagenordnungen, Stand am 1. Januar 2002, zeigt eine andere Situation. Ausser Freiburg haben nur noch die Kantone Appenzell-Innerrhoden und -Ausserrhoden, Glarus, Graubünden, Solothurn und Zug eine Regelung, wonach bei verheirateten Paaren der Vater Priorität hat. In den Kantonen Nidwalden, Obwalden, Thurgau und Zürich geht prinzipiell die Person mit dem höheren Anspruch vor. Die Kantone Bern, Basel-Stadt, Genf, Neuenburg, St. Gallen und Schaffhausen richten die Zulage an den von den Ehegatten bestimmten Elternteil aus. In den Kantonen Luzern und Jura ist im Prinzip eine hälftige Teilung vorgesehen. Nur im Kanton Tessin ist grundsätzlich die Mutter anspruchsberechtigt, es sei denn der Ehegatte hat Anspruch auf eine höhere Zulage. In den hier nicht aufgeführten Kantonen schliesslich gilt eine nochmals andere Regelung.

In seinen beiden Entscheiden vom 11. Juli 2003 unterstreicht das Bundesgericht, dass die in den kantonalen Familienzulagengesetzen enthaltenen Regelungen der Anspruchskonkurrenz nur im innerkantonalen Verhältnis Geltung beanspruchen. Auf dem Gebiet der interkantonalen Beziehungen hingegen kann ein Kanton keinem anderen Kanton vorschreiben, welche Rangordnung er für den Fall einer Anspruchskonkurrenz vorzusehen hat. In Anbetracht der so unterschiedlichen kantonalen Normen auf diesem Gebiet besteht hier ein echtes Koordinationsproblem. In diesem Kontext hebt das Bundesgericht hervor, dass es nicht befugt ist, selber verbindliche Kollisionsregeln aufzustellen, um rechtswidrige Doppelausschlüsse oder Doppelbezüge zu vermeiden, die sich im interkantonalen Verhältnis aufgrund nicht aufeinander abgestimmter kantonalen Gesetze ergeben können. Es stellt weiter fest, dass der Bund aufgrund von Artikel 116 Abs. 2 der neuen Bundesverfassung Vorschriften zur Verhinderung interkantonomer Kollisionen bei den kantonalen Familienzulagen erlassen könnte. Er muss dies nicht tun, doch wünscht das Bundesgericht offensichtlich, dass er es künftig tun wird. In diesem Zusammenhang sei auf den Entscheid der Schweizerischen Sozialdirektorenkonferenz (SODK) vom 23. Oktober 2003 an ihrer Generalversammlung in Lugano verwiesen, dem Bund den Erlass einer einschlägigen Gesetzgebung zu beantragen. Die SKOS beantragt, dass der Bund ein Rahmengesetz erlässt, das den Kantonen die materielle Zuständigkeit lässt.

Mangels Koordinationsvorschriften auf Bundesebene, die eine Kollisionsregelung ermöglichen würden, wenn die Anwendung der kantonalen Gesetzgebung im interkantonalen Verhältnis zu einem verfassungswidrigen Ergebnis führt, ist das Bundesgericht der Auffassung, eine sachgerechte Lösung suchen zu müssen, die sich vom kantonalen Gesetz nicht unnötig weit entfernt und deren Befolgung zugleich auch von anderen Kantonen erwartet werden kann. Deshalb verweist es für Konkurrenzsituationen, wie sie hier gegeben sind, auf die Kollisionsregelung, die seit dem 1. Juni 2002 zwischen der

Schweiz und den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU) im Rahmen der bilateralen Abkommen und insbesondere des freien Personenverkehrs gilt.

In vereinfachter Darstellung sieht diese Regelung für Familienleistungen wie folgt aus:

- 1) Ein Arbeitnehmer oder Selbständiger hat vollumfänglich Anspruch auf die Leistungen, die von dem Staat, in dem er arbeitet, vorgesehen sind, auch wenn er auf dem Gebiet eines anderen Mitgliedstaates wohnt (EU oder EFTA), einschliesslich für seine Kinder, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen.
- 2) Sind beide Elternteile erwerbstätig, arbeiten jedoch in verschiedenen Mitgliedstaaten, so richtet an erster Stelle der Wohnstaat der Kinder seine Leistungen aus.
- 3) Sind die von einem anderen Mitgliedstaat vorgesehenen Leistungen höher als diejenigen des Wohnstaates der Kinder, muss der andere Staat den Differenzbetrag ausrichten.

Mit der sinngemässen Anwendung dieser Prioritätsregeln auf das interkantonale Verhältnis könnten nach Auffassung des Bundesgerichts praktisch alle Probleme von Anspruchskonkurrenz einheitlich und effizient gelöst werden. Was dies in der Realität konkret bedeutet, geht aus den Erläuterungen unter Ziffer 4.2 hervor.

4. NOTWENDIGKEIT DER ÄNDERUNG DES FREIBURGER GESETZES UND GEWÄHLTE LÖSUNG

Der Entscheid des Bundesgerichts, wonach die umstrittene Regel, nämlich der Artikel 8 Abs. 2 Bst a FZG, gegen die Bundesverfassung verstösst, bedingt nicht deren Aufhebung. Der Entscheid bewirkt lediglich, dass diese Regel nicht auf die Beschwerdeführerinnen angewendet werden kann und dass die beiden angefochtenen Entscheide an das kantonale Verwaltungsgericht zurückverwiesen werden, das sich im Sinne der Erwägungen erneut mit den zwei Fällen zu befassen hat. Um künftig zu vermeiden, dass sich Beschwerdefälle gegen die Anwendung der fraglichen Regel durch die Ausgleichskassen häufen, ist es daher unabdingbar, das Gesetz vom 26. September 1990 zu ändern.

Nach Auffassung des Staatsrats ist es hierfür angebracht, sich auf die klaren Erwägungen des Bundesgerichts in dessen Entscheiden vom 11. Juli 2003 abzustützen. In diesem Zusammenhang muss zuerst zwischen der Anspruchskonkurrenz im innerkantonalen Verhältnis und der Anspruchskonkurrenz im interkantonalen Verhältnis unterschieden werden.

4.1 Anspruchskonkurrenz im innerkantonalen Verhältnis

Für diese Fälle besteht die beantragte Änderung der heutigen Reglementierung gemäss dem beiliegenden Gesetzesentwurf darin,

- die Wörter «oder nach anderen Gesetzen» im Einleitungssatz von Artikel 8 Abs. 2 FZG zu streichen, um klar zu stellen, dass es sich hier um das innerkantonale Verhältnis handelt;
- unter dem Buchstaben a desselben Absatzes die Priorität des Vaters bei verheirateten Paaren aufzuheben, stattdessen die Wahl den verheirateten Eltern zu über-

lassen und diese Wahlmöglichkeit auf unverheiratete Eltern, die zusammen im gleichen Haushalt leben, auszudehnen;

- den Wortlaut von Absatz 2 Bst. b dementsprechend anzupassen.

Der Wortlaut unter den Buchstaben c und d bleibt unverändert.

Es sei präzisiert, dass die beantragte neue Rangordnung nur Fälle betrifft, in denen beide Elternteile jeweils Anspruch auf die volle Freiburger Familienzulage haben. Trifft dies nicht zu, so hat man es mit den Sonderfällen zu tun, die durch die Ausführungsbestimmungen geregelt werden, nämlich durch die Bestimmungen von Artikel 3 des Ausführungsreglements vom 18. Februar 1991. Nach dem ersten Grundsatz dieser Ausführungsbestimmungen gilt: Kann nur einer der beiden Elternteile aufgrund seines Beschäftigungsgrads eine volle Zulage beanspruchen, so geht der Anspruch auf ihn über.

4.2 Anspruchskonkurrenz im interkantonalen Verhältnis

Für diese Fälle von Anspruchskonkurrenz sieht der Staatsrat die beste Lösung darin, den Empfehlungen des Bundesgerichts in seinen beiden vorgenannten Entscheiden zu folgen, das heisst sinngemäss die entsprechenden Bestimmungen der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union anzuwenden. Konkret und einfach dargestellt bedeutet dies:

- 1) Wenn die beiden Elternteile in verschiedenen Kantonen arbeiten und beide einer Erwerbstätigkeit nachgehen, die Anspruch auf Zulagen gibt, richtet an erster Stelle der Wohnkanton der Eltern und der Kinder oder genauer die Ausgleichskasse, die für die Anwendung der Gesetzgebung dieses Kantons zuständig ist, seine bzw. ihre Leistungen aus. Dies gilt auch, wenn der in diesem Kanton arbeitende Elternteil nur Anspruch auf Teilzulagen hat.
- 2) Wenn der in einem anderen Kanton arbeitende Elternteil aufgrund der Gesetzgebung dieses Kantons Anspruch auf höhere Zulagen hat, kann er von dem betreffenden Kanton oder genauer von der zuständigen Ausgleichskasse die Ausrichtung eines Ergänzungsbetrags beanspruchen, der die Differenz deckt.

Beispiele:

- Eine Familie wohnt mit ihren zwei Kindern im Alter von 11 und 14 Jahren im Kanton Freiburg. Der Vater ist zu 100 % im Kanton Waadt erwerbstätig, und die Mutter arbeitet zu 75 % bei einem Freiburger Arbeitgeber. In diesem Fall müsste an erster Stelle der Kanton Freiburg seine Leistungen ausrichten, das heisst im Jahre 2003 zwei volle monatliche Zulagen von 210 Franken. Die Leistungen, auf die der Vater im Kanton Waadt Anspruch hätte, betragen zweimal 150 Franken im Monat, sind also niedriger als die Freiburger Leistungen. Daher würde keine Ergänzungszahlung zur Deckung einer allfälligen Differenz erfolgen.
- Eine Familie wohnt mit ihren drei noch in Ausbildung stehenden Kindern im Alter von 15, 18 und 20 Jahren im Kanton Bern. Der Vater arbeitet zu 100 % bei einem Arbeitgeber im Kanton Bern, und die Mutter ist zu 80 % im Kanton Freiburg erwerbstätig. In diesem Fall müsste an erster Stelle der Kanton Bern seine Zulagen ausrichten, das heisst im Jahre 2003 dreimal

190 Franken monatlich. Da die Leistungen, auf welche die Mutter im Kanton Freiburg Anspruch hätte, zweimal 270 Franken und einmal 290 Franken monatlich betragen, also höher sind als die Berner Leistungen, könnte die Mutter beanspruchen, dass der Kanton Freiburg die Differenz (d.h. monatlich insgesamt 260 Franken) ausrichtet.

Wie das Bundesgericht hervorhebt, rechtfertigt sich diese Lösung auch unter dem Aspekt der Lastenverteilung. Im Fall der Anspruchskonkurrenz, wenn eine Erwerbstätigkeit in zwei Kantonen ausgeübt wird, ist es logisch, an erster Stelle das Organ des Wohnkantons der Familie für die Ausrichtung der Zulagen, die für den Unterhalt der Kinder bestimmt sind, zuständig zu erklären. Denn hier befindet sich das Lebenszentrum der Familienmitglieder und erfolgen in der Regel ihre Einkäufe und Ausgaben.

Um künftig die hier gewählte Lösung gesetzlich zu verankern, wird der Artikel 8 FZG durch einen Absatz 3 ergänzt, wie aus dem beiliegenden Gesetzesentwurf hervorgeht. Es handelt sich um einen allgemeinen Verweis auf die bilateralen Abkommen CH-EU, und dieser schreibt zwingend vor, dass die entsprechenden Bestimmungen dieser Abkommen sinngemäss zur Anwendung kommen, wenn mehrere Personen nach dem Freiburger Gesetz oder den gesetzlichen Vorschriften anderer Kantone je eine Zulage derselben Art beanspruchen können. Die Formel des allgemeinen Verweises wurde gewählt, weil es schwierig und langwierig wäre, im Gesetz die zahlreichen Einzelheiten der getroffenen Lösung explizit aufzuführen. Für diese Vorgehensweise lassen sich die Beispiele der Bundesgesetzgebung über die AHV, die IV und die Ergänzungsleistungen zur AHV und IV ins Feld führen. Dort ist der Bezug zum europäischen Recht Gegenstand eines einzigen allgemeinen Artikels, der kurz besagt, dass die verschiedenen Bestimmungen dieses Rechts direkt zur Anwendung kommen.

Nach Auffassung des Staatsrats bestünde die einzige andere Lösung zur praktikablen und verfassungsgerechten Regelung der Anspruchskonkurrenz im interkantonalen Verhältnis darin, beiden Elternteilen freie Wahl zu lassen, wie in der Regelung der Anspruchskonkurrenz im innerkantonalen Verhältnis. Er hat aber auf die Beantragung dieser alternativen Lösung verzichtet, weil sie unseren Kanton, der deutlich höhere Familienzulagen ausrichtet als die meisten anderen Kantone, ernstlich

benachteiligen würde. Denn gegebenenfalls würden natürlich in den häufigsten Fällen die Freiburger Zulagen verlangt. Zum zweiten kam die Regierung zum Schluss, dass die Empfehlungen des Bundesgerichts zugunsten der zuletzt gewählten Lösung logisch und gerechtfertigt sind.

5. FINANZIELLE UND ADMINISTRATIVE AUSWIRKUNGEN

Die gewählte neue Lösung für die Anspruchskonkurrenz im innerkantonalen Verhältnis hat natürlich keine finanziellen Auswirkungen. Denn die volle Freiburger Zulage wird bei verheirateten Paaren zwar nicht mehr systematisch dem Vater, aber dem von den Eltern bezeichneten Elternteil ausgerichtet, und der Betrag bleibt unverändert.

Hingegen bewirkt gegenüber der heutigen Situation die für die Anspruchskonkurrenz im interkantonalen Verhältnis beantragte Regelung den Freiburger Ausgleichskassen für Familienzulagen vermutlich einen Mehraufwand. Dieser wird namentlich durch die neue Verpflichtung zur Zahlung eines ergänzenden Differenzbetrags in einer bestimmten Zahl von Fällen verursacht. Eine Veranschlagung dieses Mehraufwandes ist sehr schwierig, aber man kann davon ausgehen, dass er auf keinen Fall 1 bis 2 % der jährlichen Summe der heute ausgerichteten Zulagen (rund 115 Millionen Franken) überschreiten dürfte. Es sei in diesem Zusammenhang daran erinnert, dass die Zulagen an die Arbeitnehmer und -nehmerinnen voll und ganz durch die Beiträge der dem Gesetz unterstellten Arbeitgeber finanziert werden.

Schliesslich beinhaltet die Anwendung der neuen Vorschriften für die Regelung der Anspruchskonkurrenz im innerkantonalen und im interkantonalen Verhältnis für die kantonale Ausgleichskasse für Familienzulagen und die übrigen anerkannten Ausgleichskassen eine bestimmte Anzahl administrativer Mehraufgaben (insbesondere bei der Kontrolle). Es ist schwierig, die persönlichen Auswirkungen für die Kassen abzuschätzen.

Wir beantragen Ihnen somit die Annahme dieses Gesetzesentwurfs.

Loi

du

modifiant la loi sur les allocations familiales

Le Grand Conseil du canton de Fribourg

Vu le message du Conseil d'Etat du 18 novembre 2003;
Sur la proposition de cette autorité,

Décrète:

Art. 1

La loi du 26 septembre 1990 sur les allocations familiales (RSF 836.1) est modifiée comme il suit:

Art. 8 al. 2, phr. intr. et let. a et b, et al. 3 (nouveau)

² Lorsque plusieurs personnes peuvent prétendre chacune au même genre d'allocations complètes en vertu de la présente loi, le droit à celles-là est reconnu selon l'ordre de priorité suivant, sous réserve des cas particuliers réglés par les dispositions d'exécution:

- a) au parent désigné par les conjoints, lorsque les parents sont mariés ou vivent en ménage commun;
- b) à celle qui à la garde de l'enfant, lorsque les parents ne vivent pas en ménage commun;

³ Lorsque plusieurs personnes peuvent prétendre chacune au même genre d'allocations en vertu de la présente loi et de prescriptions légales d'autres cantons, les dispositions des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne sont applicables par analogie.

Art. 2

Le Conseil d'Etat fixe la date d'entrée en vigueur de la présente loi.

Gesetz

vom

zur Änderung des Gesetzes über die Familienzulagen

Der Grosse Rat des Kantons Freiburg

nach Einsicht in die Botschaft des Staatsrates vom 18. November 2003;
auf Antrag dieser Behörde,

beschliesst:

Art. 1

Das Gesetz vom 26. September 1990 über die Familienzulagen (SGF 836.1) wird wie folgt geändert:

Art. 8 Abs. 2, Einleitungssatz, und Bst. a und b und Abs. 3(neu)

² Können mehrere Personen nach diesem Gesetz je eine ganze Zulage derselben Art beanspruchen, so wird – unter Vorbehalt der in der Ausführungsverordnung vorgesehenen Sonderfälle – der Anspruch in folgender Rangordnung zugesprochen:

- a) dem Elternteil, den die Eltern bestimmt haben, wenn sie verheiratet sind oder im gemeinsamen Haushalt leben;
- b) der Person, die das Kind betreut, wenn die Eltern nicht in gemeinsamem Haushalt leben;

³ Können mehrere Personen nach diesem Gesetz und nach gesetzlichen Vorschriften anderer Kantone je eine Zulage derselben Art beanspruchen, so werden die Bestimmungen der bilateralen Verträge zwischen der Schweiz und der Europäischen Union sinngemäss angewandt.

Art. 2

Der Staatsrat setzt das Datum des Inkrafttretens dieses Gesetzes fest.