Michel PERRIN - Implication des autorités d'aide sociale dans les processus décisionnels des organes de protection de l'enfant

De : Michel PERRIN
À : APEA-Herens@admin-evolene.ch; aipeadelaplaine@st-leonard.ch; apea.haut...
Date : Lun, Juin 23, 2014 12:18
Objet : Implication des autorités d'aide sociale dans les processus décisionnels des organes de protection de l'enfant
CC : Christian NANCHEN; cipolla.jean-dominique@mycable.ch; jacques.fournier...
CM : Stephanie NANCHEN
Pièces jointes : 201406230732.pdf

Madame la Présidente,
Monsieur le Président,

Nous vous transmettons, en attaché, la traduction en langue française de la recommandation de la COPMA du 24 avril 2014 relative à l'objet cité en titre, recommandation disponible sur le site de la COPMA.

Avec nos meilleure salutations.

M. Perrin
Chef du service juridique
de la sécurité et de la justice
Avenue de la Gare 39
1950 Sion

L'implication des autorités d'aide sociale dans les processus décisionnels des organes de protection de l'enfant

Recommandations de la COPMA du 24 avril 2014 [1]

Table des matières

1. Situation de départ 1
2. Des rapports parents / organes de protection de l'enfant / autorités d'aide sociale 2
2.1.Mesures de protection de l'enfant prises par les parents 2
2.2. Mesures prises par le curateur (la curatrice) 3
2.3.Mesures ordonnées par l'APE 4
2.3.1. Indépendance de l'APE vis-à-vis des organes d'aide sociale 4
a) Jurisprudence 4
b) Doctrine 4
2.3.2. Droit de l'autorité d'aide sociale de participer à la procédure et de recourir 4
a) Les bases légales 4
b) Travaux préparatoires 5
c) Jurisprudence 5
d) Doctrine 6
2.3.3. Conclusion 7
a) Priorité du droit de décision de l'APE 7
b) Légitimation légale pour recourir 7
c) Préservation des intérêts des finances publiques 8
3. Recommandations de la COPMA 9
3.1. Mesures de protection de l'enfant prises par les parents 9
3.2. Mesures de protection de l'enfant prises par le tuteur /la tutrice 9
3.3. Mesures de protection de l'enfant ordonnées par l'APE 9

1. Situation de départ

La protection des enfants en danger dépend d'une part des mesures prises par les personnes qui en détiennent légalement la compétence, d'autre part du financement de ces mesures. La position de la collectivité publique qui doit les financer n'est pas réglée précisément dans le cadre de cette procédure; elle donne toujours lieu dans la pratique à des divergences d'opinion entre les autorités et les services spécialisés.

Les présentes recommandations ont pour but de permettre la compréhension de la situation légale, de résoudre les questions ouvertes et, comme base pour une application juridique unifiée, d'améliorer la collaboration entre les organes de protection de l'enfant et les autorités d'aide sociale.

Les mesures de protection de l'enfant peuvent être rangées en **trois catégories** :

- **les mesures prises par le(s) détenteur(s) de l'autorité parentale**

Lorsque les parents sont confrontés à la situation d'un enfant dont le développement est mis en danger, qu'ils se font conseiller au besoin par des spécialistes ou par un curateur / une curatrice conformément à l'art. 308 CC, ils remédient eux-mêmes à la situation au sens de l'art. 307 CC. Dans le meilleur des cas, ils sont en mesure de financer eux-mêmes cette mesure et ils peuvent donc la prendre

[1] Rédigées sur mandat de la COPMA par Kurt Affolter, Gléresse, traduit en français par Jean-Jacques Rognon, Morges.

immédiatement. Il arrive parfois que les moyens financiers leur fassent défaut.

- **mesures prises par le tuteur / la tutrice**

En règle générale, un tuteur (par quoi il faut évidemment comprendre également une tutrice) ne s'occupe pas personnellement de l'enfant qui lui est confié (notamment s'agissant de tuteurs professionnels qui sont chargés de multiples mandats), mais il le confie à des tiers. Par les décisions qu'il prend (par exemple un contrat relatif aux soins et à l'éducation, l'accompagnement sociopédagogique de la famille, des achats, des activités de loisirs), le tuteur[2] génère régulièrement des conséquences financières.

- **mesures de protection de l'enfant prises par l'autorité**

Lorsque le bien-être de l'enfant est compromis et que les parents ne remédient pas eux-mêmes à la situation ou en sont incapables, **l'autorité de protection de l'enfant (APE)** prend les mesures nécessaires à la protection de l'enfant (art. 307 al. 1 CC). L'APE s'informe sur les besoins du cas particulier, recueille tous les renseignements nécessaires et prend sous sa propre responsabilité les mesures qui se révèlent nécessaires et suffisantes dans le cas d'espèce. Les mêmes principes s'appliquent pour **l'autorité judiciaire dans le cadre des procédures matrimoniales** (art. 133, 134, 176 al. 3, 315a, 315b CC) lorsqu'elle doit prendre des décisions en qualité d'autorité de protection de l'enfant (par exemple droit de visite accompagné, accompagnement sociopédagogique de la famille ou retrait du droit de garde combiné avec un placement hors de la famille). Ces décisions entraînent souvent des frais.

Pour chacune de ces catégories se pose la question de savoir si et comment la collectivité publique amenée à financer les mesures peut ou doit être associée à la prise de décision des organes de protection de l'enfant , respectivement si et, dans l'affirmative, quels droits procéduraux doivent lui être accordés. Pour des motifs de sécurité du droit, il convient qu'il existe une coordination la plus automatique possible entre l'autorité de decision et la collectivité publique assurant le financement.

2. Des rapports parents / organes de protection de l'enfant / autorités d'aide sociale

2.1. Mesures de protection de l'enfant prises par les parents.

Lorsque les parents (au besoin avec le soutien de spécialistes ou d'un curateur conformément à l'art. 308 CC) parviennent à remédier eux-mêmes à la situation de danger, l'APE n'a pas qualité pour intervenir dans la mesure où l'on s'en remet à l'action des parents. S'ils ne peuvent supporter eux-mêmes les coûts de ces mesures nécessaires, les parents concernés et les enfants disposent conformément aux art. 11 et 12 CF (protection des enfants et des adolescents, droit à l'aide en cas de détresse) ainsi que du droit cantonal à l'aide sociale d'un droit fondamental à un soutien matériel par l'autorité communale compétente ou par l'autorité cantonale d'aide sociale.

L'autorité d'aide sociale doit examiner les requêtes correspondantes et les admettre (sous réserve toutefois des obligations ou conditions nécessaires) lorsque les exigences légales sont remplies ou les rejeter lorsqu'elles ne le sont pas. Cela peut conduire en pratique à ce que des mesures de protection évaluées consciencusement par des parents avec l'aide de spécialistes ou d'un curateur soient ensuite à nouveau examinées et appréciées par les organes d'aide sociale et, le cas échéant, considérées comme non nécessaires ou inappropriées. En pareilles circonstances, certaines autorités d'aide sociale de requièrent une recommandation de l'APE avant de garantir la couverture des frais. D'autres autorités requièrent même que l'APE prenne une décision, ce qui n'est manifestement pas compatible avec l'art. 307 al. 1 CC qui accorde la primauté à l'initiative des parents (principe de subsidiarité) (CR CC I-Meier, Intro. art. 307 à 315b N 37; BSK ZGB I-BREITSCHMID, Art. 307 N 6).

La remise en cause sur le plan juridique de telles décisions des autorités d'aide sociale, le cas échéant motivées en pratique par des éléments financiers et qui ne peuvent pas reposer sur les mêmes

[2] Ceci vaut également, par analogie, pour le curateur mis en œuvre sur la base de l'art. 308 al. 2 et 3 CC, lorsque ce dernier prend des mesures engendrant des frais dans le domaine d'activité pour lequel l'autorité parentale est restreinte et que des compétences spéciales ont été attribuées au curateur.

connaissances spéciales que les recommandations des techniciens spécialisés dans les questions de protection de l'enfant ou de curateurs ou curatrices, exige du temps et de l'énergie, ce qui n'est pas toujours conciliable avec le bien de l'enfant qui est en jeu dans le cas concret. Le mandat de protection de l'enfant qui découle de la Constitution ne s'impose pas seulement à l'APE, mais à toutes les autorités (en particulier aussi l'autorité d'aide sociale); il ne peut être assumé dans chaque cas particulier que par une action efficace et rapide. La collectivité publique qui en assume les coûts doit donc mettre à disposition une procédure rapide et ciblée, afin que le temps nécessaire à la garantie indispensable des frais ne représente pas un danger supplémentaire pour le bien de l'enfant.

2.2. Mesures prises par le curateur (la curatrice)

Le tuteur (par quoi il faut évidemment entendre aussi la tutrice) bénéficie des mêmes droits (et a les mêmes devoirs) que les parents (art. 327c al. 1 CC). Néanmoins, il existe entre l'enfant et son tuteur un rapport juridique différent sur de nombreux points de celui existant entre l'enfant et ses parents (pour le détail BSK ZGB I AFFOLTER, aArt. 405 N 20; STEFAN MÜLLER, Die persönliche Fürsorge für unmündig Bevormundete, S. 119 ff.; .; FamKomm ESR-Zingaro Art. 327c N 3). Contrairement aux parents, le tuteur n'a, en particulier, aucune obligation d'entretien envers l'enfant (Art. 276 CC; MÜLLER, a.a.O. S. 126, 204). Ses décisions dans le domaine de l'éducation et de la garde, qui génèrent des conséquences financières, ne peuvent dès lors pas le lier, mais elles lient l'enfant personnellement (Art. 327b et 327c i.V.m Art. 304 ZGB, STETTLER, SPR III/2 S. 419 f.), ou, dans la mesure où ce dernier ne dispose pas des moyens financiers nécessaires, la collectivité publique compétente pour l'enfant concerné (THOMAS GEISER, Behördenzusamenarbeit im Erwachsenenschutzrecht, AJP 2012 S. 1698).

S'il veut se conformer à son mandat global de protection et de représentation de l'enfant, le tuteur doit donc pouvoir prendre, sous sa propre responsabilité, des mesures telles que le placement dans une famille d'accueil, le cas échéant également indépendamment d'une garantie de participation aux frais expresse par l'autorité d'aide sociale (BSK ZGB I-AFFOLTER, aArt 405 N 60; MÜLLER, 207 f.). Le tuteur est donc plus ou moins amené à passer des actes juridiques générateurs d'obligations pour l'enfant sous tutelle (art. 327b en relation avec l'art. 304 CC). Le tuteur est cependant tenu d'exposer aux autorités qui doivent financer la mesure les raisons pour lesquelles il ordonne une mesure particulière, quelles alternatives ont été examinées, etc. Lorsque l'indication de la mesure est préconisée par un spécialiste, la prise en charge des frais par l'autorité d'aide sociale est une pure formalité. Des décisions juridiques justifiées par la protection de l'enfant ne doivent pas dépendre du bon-vouloir le l'autorité d'aide sociale, ce qui reviendrait à placer le tuteur dans un rapport de subordination vis-à-vis de l'autorité d'aide sociale incompatible avec le droit de protection de l'enfant.

Bien qu'en pratique le tuteur sollicite le plus souvent préalablement de l'autorité d'aide sociale compétente la garantie de participation aux frais, se pose la question de savoir ce qu'il advient lorsque les autorités d'aide sociale refusent de financer les coûts générés par une décision du tuteur ou lorsqu'elles imposent des ràserves ou des obligations que le tuteur juge incompatibles avec son mandat de protection.

Il n'y a pas que le même risque potentiel qui soit inhérent à la remise en cause des décisions des autorités d'aide sociale par le tuteur et à celle des mesures de protection de l'enfant prises par les parents; le tuteur – contrairement aux parents – est hors d'état, en particulier lorsqu'il exerce plusieurs mandats à titre professionnel, de prendre en charge lui-même l'enfant temporairement jusqu'à ce que l'autorité d'aide sociale garantisse la prise en charge des frais. Le tuteur doit donc pouvoir prendre ses décisions concernant l'enfant sous tutelle sous sa propre responsabilité et sur la base des pouvoirs qui lui appartiennent, sans devoir être contraint de remettre en cause les décisions des autorités d'aide sociale à cet égard. (GEISER, AJP 2012 p. 1698 ch. 5.3.5). Mais ceci n'exclut pas, comme déjà exposé, que l'autorité d'aide sociale soit associée de manière appropriée , (OFK-FASSBIND, Art. 447 N 1; GEISER, AJP 2012 S. 1698), puisque la collaboration concertée entre cette dernière et le tuteur constitue un facteur de protection supplémentaire.

2.3. Mesures ordonnées par l'APE

2.3.1. Indépendance de l'APE vis-à-vis des organes d'aide sociale

a) Jurisprudence

Dans une décision du 15 décembre 1926 déjà (ATF 52 II 413) rendue sous l'empire du droit de protection de l'enfant de 1907 (art. 284 al. 2 aCC), le Tribunal fédéral a retenu que le droit fédéral laissait une place au droit public cantonal uniquement pour trancher la question de savoir qui, en cas d'impécuniosité des parents et de l'enfant devait payer les frais d'entretien sous réserve de l'obligation d'entretien des proches,. Il serait ainsi exclu que le droit cantonal confère aux autoritées administratives de la collectivité publique qui doit assumer les frais de protection un droit de s'exprimer plus ou moins étendu, même s'agissant uniquement des modalités d'un placement, ou même que cette autorité se substitue à l'autorité tutélaire. "Si un tel droit était reconnu à l'autorité d'assistance publique, on devrait craindre que les intérêts d'enfants mis en danger, abandonnés ou réfractaires soient sacrifiés au profit de ceux du fisc, alors même qu'ils doivent être prioritaires". Cette jurisprudence a été confirmée à l'ATF 66 I 27, 35.

Dans une décision du 29 janvier 2009 (ATF 135 V 134), rendue encore sous l'empire du droit de la tutelle d'avant la révision, le Tribunal fédéral a confirmé cette jurisprudence et retenu que, pour les décisions instituant des mesures de protection de l'enfant et générant des frais, l'APE n'a pas besoin de la garantie de participation aux frais par l'autorité d'aide sociale puisque des dispositions cantonales de procédure ne peuvent conduire, en vertu de la force dérogatoire du droit fédéral (art. 49 al. 1 CF), à ce que la réalisation ou la mise en oeuvre du droit fédéral (par exemple mesures de protection de l'enfant) soient empêchées ou rendues exagérément difficiles (c. 4.2). Les autorités d'aide sociale sont donc liées aux décisions de l'APE, ce que le Tribunal fédéral a confirmé dans sa décision 8D_4/2013 du 19 mars 2014 c. 3.3 et 5.1 rendue en application du nouveau droit.

b) Doctrine

En doctrine également, il est de tout temps incontesté qu'il est inadmissible, conformément au droit fédéral, de faire dépendre une mesure de protection de l'enfant nécessaire selon les dispositions du droit fédéral de l'approbation de l'autorité d'aide sociale qui doit en assumer les coûts (ZK-EGGER, aArt. 283 N 7, 8; BK-HEGNAUER, aArt. 284 N 88; HEGNAUER, Zum Verhältnis von Vormundschafts- und Fürsorgebehörde, ZVW 1996 S. 42; ALBISSER, Festschrift zum 50jährigen Bestehen der VSAV, Zürich 1963, S. 29 f.).

Cette répartition claire des compétences n'a jamais été remise en question même dans un passé récent sous l'empire du droit d'avant la révision (CR CC I-MEIER, Intro. art. 307-310 N 44 Fn. 76; CHK-BIDERBOST, Art. 310 N 13; BSK ZGB I-BREITSCHMID, Art. 310 N 16) et trouve sa base dans la répartition des compétences entre Confédération et cantons contenue dans la Constitution (art. 49 al. 1 CF; ATF 135 V 134 c. 4.2).

La doctrine consacrée au nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte ne contient aucune indication concernant une modification matérielle de cette situation juridique (GEISER, AJP 2012 S. 1698 Ziff. 3.5.3).

2.3.2. Droit de l'autorité d'aide sociale de participer à la procédure et de recourir

a) Bases légales

Selon l'art. 450 CC (du nouveau droit) ont qualité pour recourir :

- les personnes parties à la procédure
- les proches de la personne concernée
- les personnes qui ont un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée.

Le message du Conseil fédéral (FF 2006 p. 7084) ne contient aucune indication qui permettrait de conclure qu'une modification aurait été apportée en ce qui concerne la qualité pour recourir par rapport

aux dispositions précédentes. Bien plus, la nouvelle disposition "s'appuie" expressément sur les anciens art. 420 aCC et 419 aCC.

b) Travaux préparatoires

Lors des délibérations parlementaires 2007/2008 sur le nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, la position des communes a été entièrement au centre des discussions politiques. Ni du côté du Conseil fédéral, ni de celui de la minorité parlementaire, qui se sont opposés à l'introduction de la nouvelle autorité professionnelle interdisciplinaire et se sont exprimés en faveur du maintien du système communal laïque, il n'a été émis le désir que soit aménagée dans la procédure de protection de l'enfant une position spéciale aux communes et, en particulier, aux autorités d'aide sociale (cf. BOCE du 27.9.2007, BOCN du 2 et 3.10.2008). Cela est fondé sur le texte de l'art. 450 CC qui ne reconnaît expressis verbis la qualité pour recourir **qu'à des personnes, mais non à des autorités ou des collectivités publiques.**

c) Jurisprudence

Dans l'ancienne jurisprudence déjà citée ATF 135 V 134, le TF a d'une part confirmé l'indépendance de l'APE par rapport à l'autorité d'aide sociale; d'autre part, il a retenu dans le cadre d'un obiter dictum qu'une autorité d'aide sociale pouvait exiger, dans le cadre d'une procédure de mesures de protection de l'enfant, qu'une décision de placement engendrant des frais soit communiquée formellement à l'APE, ce qui offrirait à cette dernière la possibilité de recourir contre cette décision (c. 3.2). Dans le cadre d'une procedure ultérieure fondée sur le droit à l'aide sociale, dans laquelle il s'agit de déterminer qui supportera les coûts, la décision de l'APE ne pourra plus être remise en question si elle est entrée en force et en l'absence d'un abus de droit (c. 4.3).

Il appartiendra au TF de trancher la question de savoir sur la base de quelle légitimation et de quelle argumentation matérielle l'autorité communale d'aide sociale peut justifier son recours, alors que du point de vue matériel, seule l'APE est compétente à cet égard pour décider quelle mesure est appropriée et que des motifs d'ordre purement financiers ne permettent pas de fonder la qualité pour recourir (ATF 138 II 506, 510 c. 2.1.3; ATF 123 II 425, 429 ss. c. 4.).

Selon notre conception, l'ATF 135 V 134 qui reconnaît la qualité pour recourir est donc en contradiction avec l'art. 450 CC ainsi qu'avec les critères de détermination de la qualité pour recourir développés dans d'autres arrêts. Dans sa décision 8D_4/2013 du 19 mars 2014 c.3.3 et 5.1, le TF confirme - à nouveau dans un obiter dictum et sans autre motivation – la possibilité pour une autorité d'aide sociale de recourir (sur la base de l'art. 450 CC) contre une décision de protection de l'enfant entraînant des frais à charge de la collectivité publique.

La décision du Tribunal cantonal de Schaffhouse OGE 30/2013/9 du 23 janvier 2014 va dans le même sens. Il y est affirmé que la commune qui doit assumer les coûts serait autorisée à former recours contre les décisions de l'APE. Il irait toutefois de soi que l'APE ne saurait renoncer à ordonner une mesure nécessaire dans le seul but de préserver les intérêts financiers de la collectivité publique. Rien ne s'opposerait en revanche à concéder à la collectivité publique intéressée sur le plan financier la possibilité de proposer une mesure aussi appropriée mais moins chère ou d'apporter la preuve que la mesure décidée n'est pas nécessaire (c. 3.a). Le Tribunal cantonal concède à la commune concernée une prétention au droit d'être entendu et un droit limité de consultation du dossier et s'appuie en cela sur l'art. 52 al. 2 de la loi d'introduction du CC dans le canton de Schaffhouse, selon laquelle avant que soient prises des mesures de protection du droit de protection de l'enfant ou de l'adulte susceptibles d'entraîner des frais importants pour les communes, en particulier des placements extérieurs, la curatrice professionnelle compétente, de même que la commune concernée sont en règle générale informées. Le contenu essentiel des pièces du dossier pourrait aussi être transmis de vive voix ou par téléphone. Dans de tels cas, on pourrait attendre de la commune qu'elle fasse connaître sa détermination dans un délai de quelques heures (c. 3.b.bb).Le Tribunal cantonal se contente que la commune concernée ne soit pas formellement associée à la procédure, mais qu'elle soit avisée par la curatrice et "d'un autre côté" de manière suffisante pour avoir été en mesure de pouvoir réagir en temps utile et de manière adéquate. Au centre de cette décision figure donc l'intérêt de la collectivité publique qui doit assumer les coûts d'être informée préalablement d'une décision ordonnant une mesure générant des frais et de pouvoir se manifester.

Deux décisions des tribunaux cantonaux des cantons de ZH et SZ vont dans une autre direction :

Dans l'affaire N° PA130005-O/U du 21. février 2013 (extrait publié dans la SJZ 109/2013 S. 509 ss.) la II[ème] Chambre civile du Tribunal cantonal de ZH s'est occupée de la qualité pour recourir d'une l'APE. Dans ses considérants, en référence à BSK Erw.Schutz-STECK, Art. 450 N 31 und 39; aussi KUKO ZGB-STECK, Art. 450 N 10; BERNHART, Handbuch der fürsorgerischen Un-terbringung, Basel 2011, N 803; FASSBIND, Erwachsenenschutz, Zürich 2012, S. 139 f.; SCHMID, Kommentar Erwachsenenschutz, Art. 450 N 19 ff., N 26, elle parvient, en accord avec la doctrine dominante, à la conclusion que la qualité pour recourir serait exclue pour la commune et donc aussi pour l'APE "en tout cas dans la mesure où il ne s'agit pas de ses intérêts financiers", et qu'une omission ou une lacune de l'art. 450 CC serait exclue. Avec sa réserve en faveur des intérêts financiers, le Tribunal cantonal ZH – malgré la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 138 II 506, 510 c. 2.3) – ne semble pas avoir balayé tout doute quant à une lacune de la loi.

Par arrêt du 27 novembre 2013, le Tribunal administratif de Schwyz n'est pas entré en matière sur le recours d'une commune contre la décision d'une APE. Dans ses considérants basés sur les dispositions légales (art. 450 CC), les travaux préparatoires (Message concernant le droit de protection de l'adulte, FF 2006 p. 7001 ss.; Bulletin sténographique des débats au Conseil des Etats et au Conseil national du 27.9.2007 et 2/3.10.2008) ainsi que les opinions prépondérantes des commentateurs actuels à la conclusion que les collectivités publiques ne disposent d'aucune qualité pour recourir contre des décisions de l'APE. On ne pourrait pas concilier avec le texte de l'art. 450 CC et les buts assignés au nouveau droit le fait que les collectivités publiques, qui sont touchées par les mesures des autorités professionnelles puisqu'elles doivent en supporter les coûts, puissent se voir reconnaître un droit de recours général contre les ordonnances qui génèrent des coûts, lequel serait basé sur le fait qu'elles sont concernées financièrement. Sans quoi, en fin de compte, la compétence décisionnelle de l'autorité spécialisée voulue par le législateur serait vidée de son sens. L'intérêt financier de la commune serait protégé en fait mais pas sur le plan juridique, ainsi que l'art. 450 CC le prévoit sous forme de condition. Si l'on mettait à disposition par le biais d'une qualité pour recourir des communes une plateforme pour régler les conflits entre les collectivités qui ordonnent les mesures et celles qui les financent, on mettrait en question non seulement un important motif de révision du droit de protection de l'enfant et de l'adulte (compétence des autorités interdisciplinaires spécialisées), mais aussi la protection efficace des personnes concernées.

d) Doctrine

A l'exception de SCHMID (Kommentar ESR, art. 450 N 26, qui ne motive toutefois pas plus son opinion ni ne la déduit) on ne trouve dans la littérature consacrée au nouveau droit de protection de l'enfant et de l'adulte aucune indication selon laquelle la collectivité publique (spécialement l'autorité d'aide sociale) ferait partie des tiers ayant qualité pour recourir (HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Das neue Erwachsenen-schutzrecht, Rz. 1.93; MEIER/LUKIC, Introduction au nouveau droit de la protection de l'adulte, Rz. 129 Fn. 118 avec renvoi à Fassbind; HRUBESCH-MILLAUER/JAKOB, Erwachsenenschutzrecht, 140; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Rz. 19.91; KOKES-Praxisanleitung ESR, Rz. 12.37; THOMAS GEISER, Behördenzusammenarbeit im Erwachsenenschutzrecht, AJP 12/2012 S. 1698; THOMAS GEISER, Rechtsschutz im neuen Erwachsenenschutzrecht, ZKE 2013 S. 30; FRANÇOIS BOHNET, Autorités et procédure en matière de protection de l'adulte, in: Guillod/Bohnet (Hrsg.), Le nouveau droit de la protection de l'adulte, Rz. 85 S. 66, Rz. 152-155 S. 87).

Certains auteurs (STECK, FASSBIND, HÄFELI und WIDER) examinent explicitement cette question et excluent expressément la qualité pour recourir de l'autorité d'aide sociale, parce qu'il faut éviter que les décisions des APE soient attaquées pour des motifs purement financiers (CHK-STECK, Art. 450 N 19; KUKO-ZGB-STECK, Art. 450 N 10; BSK ESR-STECK, Art. 450 N 31; FamKomm-STECK, Art. 450 N 23; FASSBIND, Erwachsenenschutzrecht, 139; OFK-FASSBIND, Art. 447 N 1; 450 N 3 in fine; HÄFELI, Grundriss ESR, Rz. 34.12; WIDER, in Rosch/Büchler/Jakob [Hrsg.], Art. 440 N 9f in der im Juni 2014 erscheinenden 2. Auflage).

Cette qualité pour recourir de l'autorité d'aide sociale expressément contestée par ces auteurs doit être appréciée d'une part du point de vue du caractère interdisciplinaire et professionnel de l'APE, d'autre part de de l'exigence explicite d'intérêts juridiquement protégés. La professionalisation exigée exclut

que l'APE doive se battre contre l'autorité d'aide sociale. De plus. les conséquences financières d'une décision de l'APE ordonnant une mesure peuvent effectivement atteindre les intérêts financiers de la commune, mais elles n'empêchent pas cette dernière de devoir remplir son mandat public (soutien matériel et immatériel des personnes dans le besoin). Selon la jurisprudence fédérale, aucun intérêt juridiquement protégé de la collectivité n'est donc atteint (BGE 138 II 506, 510 E. 2.3).

Sous l'ancien droit caractérisé par une organisation laïque des autorités de tutelle, CLAUDIA HÄNZI s'est, en particulier, prononcée en faveur de la qualité pour recourir (Pflicht zur Kostenübernahme bei Kindesschutzmassnahmen, in: dRSK, publiziert am 17. Juni 2009). Compte tenu des structures professionnalisées des autorités depuis le 1er janvier 2013, ses arguments doivent toutefois être relativisés.

2.3.3. Conclusion

a) Priorité du droit de décision de l'APE

L'APE bénéficie de la priorité du droit de décision et porte seule la responsabilité de la protection de la personne concernée aux conditions des art. 307 al. 1 CC (art. 307, 389, 390 al. 3,446. 454 CC; COPMA-Droit de la protection de l'adulte – Guide pratique ESR, note marginale 1.162, 1.164). Conformément à la maxime d'office, l'APE est tenue de se procurer toutes les informations nécessaires et les bases nécessaires à la décision, dont la consultation des autorités communales et des services spécialisés communaux fait souvent partie en pratique. Mais on ne saurait déduire de ce besoin d'informations un droit d'être entendu ou même une qualité pour recourir. Si une autorité d'aide sociale pouvait bloquer la procédure de protection au motif que la mesure serait trop coûteuse (attendre l'échéance du délai de recours de 30 jours, effet suspensif d'un recours), le but de la protection de l'enfant s'en trouverait anéanti.

Au surplus, le problème semble limité à quelques cantons de Suisse alémanique. Les APE organisées sous forme d'autorités judiciaires en Romandie rendent des décisions de placement sans aucune concertation avec les autorités d'aide sociale qui doivent les financer et sans que ces dernières soient impliquées dans la procédure; de leur côté, il ne viendrait pas non plus à l'idée des autorités d'aide sociale de mettre en question une décision judiciaire. La même chose vaut pour les cantons disposant d'une APE cantonale et dans lesquels les frais sont supportés par le canton. Au surplus, cette pratique vaut pour les tribunaux de toute la Suisse lorsqu'ils doivent régler le sort des enfants et plus spécialement ordonner des mesures de protection de l'enfant dans le cadre de procédures matrimoniales (mesures protectrices, séparation de corps, divorce, annulation de mariage) (art. 133, 134, 176 al. 3, 315a, 315b CC).

b) Légitimation légale pour recourir

De par la loi, ce sont les autorités d'aide sociale qui assument la responsabilité d'une exécution conforme aux dispositions légales du droit public d'aide sociale dans le cas d'espèce; à cet égard, les modèles de réglementation diffèrent de manière très importante entre cantons (p. ex. Art. 16 ss. SHG BE; § 44 SPG AG; § 6 ss. SHG ZH; art. 8 ss. SHG UR). L'exigence d'information préalable des autorités d'aide sociale concernant les mesures de l'APE qui génèrent des frais et celle de conférer un droit de recours à ces autorités repose sur l'idée qu'une APE organisée sur le plan cantonal ou régional pourrait renoncer à des mesures appropriées moins coûteuses ou ne pas attribuer aux coûts d'une mesure le même poids que si la décision était prise par une commune (implicitement SCHMID, ESR-Kommentar Art. 450 N 26, aussi TF 8D_4/2013 du 19 mars 2014 c. E. 3.3 et 5.1., ATF 135 V 134 c. 3.2 et Tribunal cantonal de Schaffhouse OGE 30/2013/9 du 23 janvier 2014; HÄNZI, dRSK, 17 juin 2009; HEGNAUER, ZVW 1996 S. 42; BK-HEGNAUER, aArt. 284 N 88; THOMET, ZVW 1952 S. 5).

Ces considérations n'ont pas conduit le législateur à aménager à la collectivité concernée une place spéciale dans le cadre de la procédure applicable aux mesures de protection de l'enfant ou même à lui conférer la qualité pour recourir. La définition de la qualité pour recourir de l'art. 450 CC est exhaustive et ne prévoit ni autorités, ni communes.

Aucun droit d'intervenir en procédure ou de recours des autorités communales (d'aide sociale) n'est prévu dans la procédure civile applicable aux procédures matrimoniales et il est donc exclu par la loi de procédure.

De plus, l'intérêt financier des communes à ce que soient prises des mesures le moins coûteuses possible ne constitue pas un intérêt digne de protection dans la jurisprudence du TF depuis 1926 (ATF 52 II 413 jusqu'à ATF 138 II 506, 510 c. 2.3) et selon la doctrine dominante; il n'est pas non plus jugé techniquement désirable dans le nouveau droit avec des autorités structurées de manière professionnelle et interdisciplinaire. Si l'intérêt de la commune amenée à assumer les coûts devait justifier une qualité pour recourir, il faudrait finalement poser la question de l'organe compétent lorsque les frais sont supportés par la même collectivité publique que celle dont fait partie l'APE (commune-commune ou canton-canton). Il saute aux yeux que deux représentants différents d'une même collectivité publique ne peuvent pas recourir l'un contre l'autre, puisque la partie qu'ils représentent est la même. Il est donc exclu que celui qui supporte les frais sur le plan communal puisse recourir contre une APE qui appartient à la commune et de même sur le plan cantonal; le dépôt d'un recours serait ainsi limité au responsable communal des coûts contre l'APE cantonale ou par le responsable cantonal contre une APE d'un autre canton. Il en résulterait que des décisions ordonnant des mesures ne seraient plus soumises aux mêmes possibilités de recours et que leur réexamen serait incompatible avec le principe de l'égalité devant la loi (art. 5 et 29 CF).

Reconnaître la qualité des autorités d'aide sociale pour recourir contre des décisions des organes de protection de l'enfant engendrant des frais n'aurait aucun sens lorsque la mesure est prise par un tuteur ou une tutrice (cf. supra 2.2). Ces derniers ne sont pas soumis à une procédure comme l'APE (art. 314, 443 ss. CC), mais rendent leurs décisions (par exemple le placement d'un enfant) de la même manière que les parents c'est-à-dire dans un processus de décision personnel informel avec les renseignements correspondants et les appréciations d'alternatives, mais sans communication écrite et sans indication des voies de recours et avec effet immédiat. L'autorité d'aide sociale, qui est liée par de telles décisions, doit donc depuis toujours utiliser une voie autre que celle du recours fondé sur l'art. 450 CC pour présenter sa requête.

Quelques cantons ont pris en compte les intérêts de l'autorité d'aide sociale en prévoyant des devoirs d'information préalable, ou autres, dans les dispositions cantonales d'application. Sur le plan du droit fédéral, la qualité pour recourir est toutefois réglée de manière exhaustive.

c) Préservation de l'intérêt des finances publiques

Lorsque les APE, dont l'activité au sens le plus large sur le plan du droit constitutionnel consiste en l'assistance publique (art. 11 et 12 CF), doivent sur une base de droit fédéral prendre conformément au droit qui leur est propre des décisions qui font autorité, elles sont soumises – il n'en va pas autrement des autorités d'aide sociale – à l'obligation d'une utilisation scrupuleuse des deniers publics. En d'autres termes, l'APE est également soumise aux principes posés à l'art. 5 CF pour l'activité étatique (légalité, intérêt public, proportionnalité, respect du principe de la bonne foi, observation du droit international). Il en va exactement de même pour le tuteur (MÜLLER, S. 110 s., 134, 191, 193).

Dans le domaine de la protection de l'enfant, on ne peut déduire ni matériellement, ni juridiquement le besoin d'une supervision ou même d'une surveillance de l'APE par l'autorité d'aide sociale, pas plus qu'un tribunal pénal, lorsqu'il prononce des peines et des mesures engendrant des coûts pour la collectivité publique ne peut associer à la procedure l'organe compétent en matière de finances ou qu'un tribunal civil qui accorde le bénéfice de l'assistance judiciaire ne devrait préalablement inviter ce même organe à participer à la procédure.

3. Recommandations de la COPMA

3.1. Mesures de protection de l'enfant prises par les parents

En cas de mesures de protection de l'enfant prises par les parents, qui génèrent des frais que l'aide sociale devra supporter en totalité ou partiellement, l'examen par les organes de l'aide sociale des conditions de la réclamation et un contrôle de qualité peuvent être garantis par une procédure qui permettra d'épargner du temps si les organes de l'aide sociale se fondent sur des recommandations de spécialistes reconnus ou de curateurs professionnels. Lorsque ces recommandations comportent une description du problème, un diagnostic, les diverses variantes de solutions examinées ainsi que le motif ayant conduit à la solution choisie, il n'est pas nécessaire que les organes d'aide sociale procèdent à leur propre examen matériel et posent leur propre appréciation. Une décision ordonnant une mesure prise par l'APE ne peut en pareilles circonstances être exigée. Le même système vaut pour des recommandations complémentaires, pour autant que l'APE dispose sur la base d'une procédure de protection de l'enfant pendante des connaissances importantes pour la décision de l'autorité d'aide sociale.

3.2. Mesures de protection de l'enfant prises par le tuteur /la tutrice

Comme organe de protection de l'enfant, la tutrice et le tuteur sont compétents et autorisés de par la loi à prendre les mesures nécessaires à la prise en charge de l'enfant qui leur est confié. Ils s'orientent à cet égard vers le bien de l'enfant et le principe de la proportionnalité - valable également pour les questions financières -. L'autorité d'aide sociale est liée à ces décisions. Le tuteur, respectivement la tutrice, est tenu d'exposer à l'autorité de la collectivité publique qui supportera les coûts pour quels motifs il a ordonné une mesure précise, quelles alternatives ont été étudiées, etc. Dans la mesure où le temps le permet, où cela est utile à la cause et compatible avec le secret de la protection de l'enfant, l'organe qui supportera les frais doit être associé à la prise de decision lors de l'instruction. Pour des raisons pratiques, lorsque cela est possible, il est demandé dans la pratique une garantie de prise en charge des frais, ce qui ne serait toutefois pas obligatoire sur le plan juridique. Dans le cadre de la surveillance fondée sur l'art. 419 CC, l'autorité d'aide sociale peut interpeller l'APE lorsque le tuteur, respectivement la tutrice, omet de prendre les mesures nécessaires ou prend des mesures qui n'apparaissent pas appropriées, provoquant ainsi des frais qui ne peuvent se justifier sur le plan technique.

3.3. Mesures de protection de l'enfant ordonnées par l'APE

En principe, ce qui vient d'être dit sous 3.2 est applicable. Il va de soi qu'une bonne collaboration entre l'autorité d'aide sociale et l'APE est primordiale. L'échange d'informations techniques est possible dans le cadre de la procédure d'instruction, mais il n'est pas contraignant. L'APE porte seule la responsabilité de la décision aux conditions de l'art. 307 al. 1 CC; l'autorité d'aide sociale est liée par cette décision. Le droit cantonal peut prévoir d'autres formes d'association éventuelle de l'autorité d'aide sociale. On peut imaginer, par exemple, la possibilité de prendre position, mais sans toutefois que l'autorité d'aide sociale se voit accorder une place en procédure (cf. p.ex. § 64 EG ZGB AG et § 6 V KESR AG). L'APE prend sa décision sur la base de sa propre compétence; elle est soumise en cela à tous les principes généraux du droit, auxquels il faut inclure le devoir d'agir scrupuleusement avec les deniers publics et de ne pas provoquer des frais inutiles. L'APE est donc contrainte de motiver ses décisions; en particulier, sa décision doit comporter, outre l'exposé du problème et le diagnostic, des explications relatives aux options de solution examinées et aux frais engendrés, ainsi que les motifs ayant conduit à la solution choisie. La collaboration entre l'APE et l'autorité de la collectivité publique qui assure le financement est facilitée si l'APE expose ses réflexions, en particulier aussi celles de nature financière, dans la motivation de sa décision. Une communication ouverte crée la confiance et accélère les procédures.

Si l'APE provoque un dommage par un comportement ou une omission illicites, le lésé dispose du moyen de l'action en responsabilité (art. 454 CC; TF 5A_852/2013 du 20 mars 2014 c. 3.2).Est également possible une dénonciation à l'autorité de surveillance administrative qui, par la suite, prend contact avec l'APE compétente et peut examiner les procédures en cours ou leur issue. Les différences entre l'APE et l'autorité d'aide sociale doivent être discutées et examinées, idéalement, dans le cadre de cercles de qualité, les voies de droit susmentionnées chronophages et compliquées ne représentant du point de vue du client qu'une ultima ratio.