

**Chronique****Proposition de citation :**

Sabrina Burgat, Les nouvelles dispositions du Code civil en matière de protection de l'enfant (droit et obligation d'aviser), Newsletter DroitMatrimonial.ch, janvier 2019

**Art. 314c, 314d, 314e,  
443 et 448 CC**

## Les nouvelles dispositions du Code civil en matière de protection de l'enfant (droit et obligation d'aviser)

Sabrina Burgat\*

### I. Introduction

Au 1<sup>er</sup> janvier 2019, une série de nouvelles dispositions sont entrées en vigueur dans le Code civil. Il s'agit des articles 39, 43a, 45a, 949b, 949c et 949d relatifs au registre de l'état civil, des articles 314c, 314d, 314e, 443 et 448 CC relatifs à la protection de l'enfant, ainsi que de l'article 400 al. 2 CC qui exige de l'autorité de protection qu'elle obtienne l'accord de la personne qu'elle entend désigner comme curateur.

L'absence, ce mois-ci, d'arrêts destinés à publication constitue une occasion de présenter les nouvelles dispositions relatives à la protection de l'enfant puisque, parmi les nouvelles dispositions précitées, ce sont elles qui semblent poser les plus grands problèmes d'interprétation.

### II. Teneur des nouvelles dispositions du Code civil relatives à la protection de l'enfant

La protection de l'enfant est un domaine sensible. Si tout le monde s'accorde sur la nécessité de protéger les enfants, il n'existe pas d'unanimité sur la manière d'y parvenir. Le temps mis à réviser les dispositions du Code civil sur le droit et l'obligation d'aviser l'autorité de protection de l'enfant démontre, s'il en est besoin, les difficultés à obtenir un consensus sur le sujet.

La présente révision a été initiée par la motion Aubert 08.3790 du 9 décembre 2008, dont le Conseil fédéral proposait le rejet. Elle a finalement été acceptée par les Conseils après un amendement du Conseil des Etats, ce qui a conduit le Conseil fédéral à présenter son message au parlement le 15 avril 2015.

Le 26 avril 2016, le Conseil national proposait de ne pas entrer en matière sur le projet, alors que le 29 septembre 2016, le Conseil des Etats entrait en matière en modifiant le projet du Conseil fédéral. S'en sont suivies plusieurs divergences ayant abouti à une conférence de conciliation pour permettre d'adopter la modification en vote final, le 15 décembre 2017 (pour un détail de la procédure, voir objet 15.033 sur le site [www.parlement.ch](http://www.parlement.ch)).

\* Je remercie vivement Noémie Helle et Olivier Guillod, de leur relecture bienveillante et de leurs remarques constructives.

Dans l'esprit du législateur, la modification de la réglementation relative au droit et à l'obligation d'aviser prévue par le Code civil vise à « assurer que les autorités de protection de l'enfant soient informées à temps des cas dans lesquels des enfants sont menacés » (FF 2015 3511, p. 3512). Il s'agissait donc d'inclure un certain nombre de catégories de professionnels en contact avec les enfants aux personnes autorisées à aviser l'autorité de protection de l'enfant.

Le droit d'aviser l'autorité, prévu désormais à l'art. 314c CC, a ainsi été modifié de la manière suivante :

« <sup>1</sup> Toute personne a le droit d'aviser l'autorité de protection de l'enfant que l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'un enfant semble menacée.

<sup>2</sup> Les personnes soumises au secret professionnel en vertu du code pénal ont elles aussi le droit d'aviser l'autorité lorsque l'intérêt de l'enfant le justifie. Cette disposition ne s'applique pas aux auxiliaires soumis au secret professionnel en vertu du code pénal. »

L'art. 314d, obligation d'aviser l'autorité, est quant à lui libellé comme suit :

« <sup>1</sup> Les personnes ci-après, dans la mesure où elles ne sont pas soumises au secret professionnel en vertu du code pénal, sont tenues d'aviser l'autorité de protection de l'enfant lorsque des indices concrets existent que l'intégrité physique, psychique ou sexuelle de l'enfant est menacée et qu'elles ne peuvent pas remédier à la situation dans le cadre de leur activité:

1. les professionnels de la médecine, de la psychologie, des soins, de la prise en charge et du service social, les éducateurs, les enseignants, les intervenants du domaine de la religion et du domaine du sport, lorsqu'ils sont en contact régulier avec les enfants dans l'exercice de leur activité professionnelle;
2. les personnes ayant connaissance d'un tel cas dans l'exercice de leur fonction officielle.

<sup>2</sup> Toute personne qui transmet l'annonce à son supérieur hiérarchique est réputée satisfaire à l'obligation d'aviser l'autorité.

<sup>3</sup> Les cantons peuvent prévoir d'autres obligations d'aviser l'autorité. »

Ces deux dispositions sont complétées par l'art. 314e CC (droit et obligation de collaborer), ainsi que par la modification de l'art. 443 al. 2 et 3 et 448 al. 2 CC, applicables de par le renvoi de l'art. 314 al. 1 CC.

### **III. Le droit d'aviser l'autorité**

Conformément à l'art. 314c al. 1 CC dans sa nouvelle teneur, toute personne a le droit d'aviser l'autorité de protection de l'enfant que l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'un enfant semble menacée. Cette nouvelle disposition reprend la teneur de l'ancien art. 443 CC relatif à la procédure devant l'autorité de protection de l'adulte, applicable par analogie à l'autorité de protection de l'enfant conformément au renvoi de l'art. 314 al. 1 CC.

S'agissant du cercle des personnes autorisées à aviser l'autorité, la réelle nouveauté résulte de l'art. 314c al. 2 CC qui prévoit que les personnes soumises au secret professionnel ont également le droit d'aviser l'autorité lorsque l'intérêt de l'enfant le justifie.

Les éléments déterminants de la disposition sont dès lors le cercle des personnes concernées et le statut particulier des personnes soumises au secret professionnel. Jusqu'ici, le secret professionnel était réservé par l'ancien art. 443 CC, de telle sorte qu'il était nécessaire que ces personnes s'adressent à l'autorité compétente pour être déliées du secret professionnel, en application de l'art. 321 CP. L'art. 364 CP, qui les autorisait à aviser l'autorité de protection de l'enfant des infractions commises à l'encontre de mineurs, était, quoi qu'il en soit, réservé.

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2019, les personnes soumises au secret professionnel doivent donc examiner si l'intérêt de l'enfant justifie d'aviser l'autorité de protection lorsque son intégrité physique, psychique ou sexuelle semble menacée. Les auxiliaires soumis à l'art. 321 CP sont exclus de ce statut particulier et ne sont donc pas autorisés à informer l'autorité de protection de l'enfant. Ils doivent obtenir l'autorisation de l'autorité supérieure ou de surveillance d'aviser l'autorité (pour une critique de cette solution, Luca Maranta, Im « Irrgarten » zwischen Meldepflichten, Melderechten und Berufsgeheimnissen – die Revision der Meldevorschriften im Kinderschutz, RMA 4/2018, p. 231ss, plus précisément p. 237).

Le professionnel de la santé tenu au secret professionnel au sens de l'art. 321 CP qui entend aviser l'autorité de protection de l'enfant doit dès lors répondre à deux questions déterminantes :

- 1) existe-t-il une menace pour la santé physique, psychique ou sexuelle de l'enfant ?
- 2) Quel est l'intérêt de l'enfant ?

Force est de constater que la réponse à ces deux questions ne résulte que de l'appréciation de la situation dans chaque cas d'espèce. Il existe dès lors une certaine insécurité juridique résultant de l'application de cette disposition. A ce titre, il convient de constater que l'expression « semble menacée » n'oblige pas les personnes à apporter la preuve de l'existence de la menace (v. Maranta, p. 234). Quant à l'appréciation de l'intérêt de l'enfant, nul doute que les interprétations qui seront données dans la pratique seront aussi variées que les avis de doctrine sur la question (pour une analyse détaillée de la notion, voir le rapport du Centre suisse de compétence pour les droits humains, Mise en œuvre des droits humains en Suisse, un état des lieux dans le domaine de la politique de l'enfance et de la jeunesse, Berne 2013, notamment p. 3 à 20, chapitre « intérêt supérieur de l'enfant »).

En d'autres termes, l'art. 314c CC autorise toutes les personnes à aviser l'autorité lorsque l'intégrité d'un enfant semble menacée, tout en exigeant des professionnels soumis à l'art. 321 CP de procéder à une pesée des intérêts de l'enfant avant de procéder à l'avis en question.

#### **IV. L'obligation d'aviser l'autorité**

L'art. 314d CC désigne les personnes qui sont tenues d'aviser l'autorité de protection de l'enfant lorsque des indices concrets existent que l'intégrité physique, psychique ou sexuelle de l'enfant est menacée. Sont ainsi concernés :

1. Les professionnels de la médecine
2. Les professionnels de la psychologie
3. Les professionnels des soins
4. Les professionnels de la prise en charge et du service social

5. Les éducateurs
6. Les enseignants
7. Les intervenants du domaine de la religion
8. Les intervenants du domaine du sport

Les personnes désignées doivent au surplus remplir deux conditions, à savoir ne pas être soumises à l'art. 321 CP et être en contact régulier avec les enfants dans l'exercice de leur activité professionnelle.

A ces professionnels soumis aux deux conditions précitées s'ajoutent :

9. Les personnes ayant connaissance d'un cas d'une telle menace dans l'exercice de leur fonction officielle.

En comparaison du droit antérieur, le cercle des personnes soumises à l'obligation d'aviser est donc élargi. Cette nouvelle disposition pose plusieurs problèmes d'interprétation :

Premièrement, il s'avère difficile d'identifier quels professionnels de la médecine et de la psychologie ne sont pas soumis au secret professionnel, puisque les médecins et les psychologues praticiens, ainsi que leurs auxiliaires sont soumis au secret professionnel en vertu de l'art. 321 CP. Selon le Message, ces professionnels soumis à l'art. 321 CP ont uniquement un droit d'aviser, qui prime l'obligation d'aviser. Il faut en conclure que les médecins et les psychologues, ainsi que leur auxiliaires – praticiens à tout le moins – ne sont en réalité pas soumis à l'obligation d'aviser, malgré la teneur de cette disposition. Il en est de même pour les « professionnels des soins », notion indéterminée qui recoupe différentes professions dont certaines peuvent être soumises à l'art. 321 CP (chiropraticiens, sages-femmes et, dès l'entrée en vigueur de la LPSan, les infirmiers, ainsi que leurs auxiliaires).

Deuxièmement, il n'est pas aisé de délimiter qui sont les professionnels de la prise en charge et du service social ou les intervenants du domaine du sport et de la religion qui ont des contacts réguliers avec les enfants. A ce sujet, le message précisait notamment que les personnes qui s'occupent d'enfants pendant les loisirs à titre bénévole (par exemple les moniteurs de sport) ne sont pas soumis à l'obligation d'aviser (FF 2015 3111, 3136).

Soulignons enfin que le cercle des personnes exerçant une fonction officielle semble toujours difficile à identifier, même si la disposition reprend la teneur de l'ancien art. 443 CC. Selon les recommandations de la COPMA (<https://www.kokes.ch/de/dokumentation/empfehlungen>), les personnes exerçant une fonction officielle (en sus des personnes désignées expressément) sont notamment les membres des autorités communales ou les travailleurs de l'administration publique, les personnes privées exerçant une tâche étatique (par exemple sur mandat de l'APEA), les collaborateurs de la police, des services de probation ou encore les personnes travaillant dans les tribunaux civils (p. 4).

En d'autres termes, le cercle des personnes ayant une obligation d'aviser l'autorité de protection de l'enfant est expressément élargi dans la loi, y compris par le fait que la disposition réserve aux cantons la possibilité d'y inclure d'autres personnes, mais la délimitation de ce cercle reste délicate, de telle sorte qu'il n'est pas certain que l'autorité de protection de l'enfant reçoive effectivement un plus grand nombre de dénonciations.

## **V. La collaboration et l'assistance administrative**

Selon l'art. 314e CC, les personnes parties à la procédure et les tiers sont tenus de collaborer à l'établissement des faits. En cas de nécessité, l'autorité de protection de l'enfant peut obliger les personnes à collaborer sous la contrainte.

La disposition règle en outre de manière spécifique l'obligation de collaborer des personnes soumises au secret professionnel à l'art. 321 CP, à l'exclusion de leurs auxiliaires.

Les professionnels de la santé désignés à l'art. 321 CP ont le droit de collaborer sans se faire délier du secret professionnel (art. 314e al. 2 CC). Ils ont en revanche une obligation de collaborer, si l'intéressé les y a autorisés ou que l'autorité supérieure les a déliés du secret professionnel à leur propre demande ou à la demande de l'autorité de protection de l'enfant.

Les auxiliaires ont un statut particulier : ils ne sont pas autorisés à divulguer librement les informations et devront soit transmettre les informations à la personne pour laquelle ils travaillent, à charge pour elle de collaborer avec l'autorité de protection de l'enfant, soit se faire délier du secret professionnel par l'autorité de surveillance (FF 2015 3111, 3139).

Désormais, l'art. 314e CC permet expressément à l'autorité de protection de l'enfant de demander elle-même, directement à l'autorité de surveillance concernée, de délier un professionnel du secret professionnel au sens de l'art. 321 CP. Auparavant, cette possibilité était prévue par renvoi à l'art. 448 CC dans le domaine de la protection de l'adulte. Par cette démarche, l'autorité de protection de l'enfant peut « forcer » un professionnel à collaborer dans une procédure concernant la mise en œuvre de mesures de protection de l'enfant.

La nouvelle disposition octroie ainsi un plus large pouvoir à l'autorité de protection de l'enfant qui peut obtenir de toute personne une obligation de collaborer. Soit la personne est forcée de collaborer, car elle ne peut se prévaloir d'aucun secret professionnel, soit la personne se prévaut du secret professionnel, mais pourra être déliée contre son gré, à la demande de l'autorité de protection de l'enfant.

## **VI. Quelques remarques en guise de conclusion**

Les nouvelles dispositions en matière de droit et obligation d'aviser l'autorité de protection de l'enfant dans les procédures relatives à la protection de l'enfant ne constituent pas un modèle de clarté du législateur. Son intention était louable puisqu'il souhaitait faciliter la dénonciation de situations problématiques à l'autorité de protection de l'enfant. De même, il s'agissait de faciliter le travail de l'autorité de protection, chargée d'identifier la mise en danger du bien de l'enfant et de prononcer les mesures de protection. Or, avec une telle réglementation, il n'est pas certain que le but soit atteint.

En effet, la réglementation aurait pu être simplifiée, afin de garantir une plus grande sécurité juridique. Le choix du législateur de maintenir le statut particulier des personnes soumises au secret professionnel de l'art. 321 CP pourrait être remis en question, puisque, en application de ces dispositions, si l'autorité de protection de l'enfant le décide, ces professionnels seront placés sur un pied d'égalité avec les autres personnes.

La solution trouvée par le législateur, qualifiée de « labyrinthe » par Maranta, ou même de méandre, en fonction de la traduction donnée au titre original en allemand « Irrgarten », n'est sans doute pas à saluer dans un domaine aussi délicat que celui de la protection de l'enfant.

Il convient d'espérer toutefois que, malgré leur teneur, ces dispositions permettront à l'autorité de protection de l'enfant d'obtenir de manière plus efficace les informations dont elle a besoin pour prononcer les mesures nécessaires à la protection des enfants.