

RMA

2014

August

4

ZIKE

Zeitschrift für Kindes-
und Erwachsenenschutz

Revue de la protection
des mineurs et des adultes

Rivista della protezione
dei minori e degli adulti

69. Jahrgang

Redaktion / Rédaction / Redazione:

Marco Zingaro

Fürsprecher

Dozent an der Berner Fachhochschule BFH,
Soziale Arbeit

ad interim

Chaire de droit civil, Faculté de droit,
Université Lausanne

Herausgegeben von / Publié par / Pubblicato dalla

KOKES
COPMA
COPMA

KONFERENZ DER KANTONE FÜR KINDES- UND ERWACHSENENSCHUTZ
CONFÉRENCE DES CANTONS EN MATIÈRE DE PROTECTION DES MINEURS ET DES ADULTES
CONFERENZA DEI CANTONI PER LA PROTEZIONE DEI MINORI E DEGLI ADULTI

Offizielles Organ der Schweizerischen Vereinigung der Berufsbeiständigen und Berufsbeistände (SVBB)
Organe officiel de l'Association suisse des curatrices et curateurs professionnels (ASCP)
Pubblicazione ufficiale dell'Associazione svizzera delle curatrici e dei curatori professionali (ASCP)

Redaktion

Prof. (FH) *Marco Zingaro*, Fürsprecher, Berner Fachhochschule BFH, Soziale Arbeit,
Hallerstrasse 10, 3012 Bern, E-Mail: marco.zingaro@bfh.ch
ad interim: Chaire de droit civil, Faculté de droit, Université Lausanne

Redaktionsrat

Prof. Dr. iur. *Philippe Meier*, Université de Lausanne (Präsident) – Dr. iur. *Yvo Biderbost*, Leiter Rechtsdienst Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Zürich – Prof. Dr. iur. *Thomas Geiser*, Universität St. Gallen – Dr. med. *Marc Graf*, Chefarzt der Forensisch Psychiatrischen Klinik der Universitären Psychiatrischen Kliniken Basel – lic. iur. *Ernst Langenegger*, Rechtsanwalt, Zürich – *Paul Mottiez*, assistant social et juriste, Chef du Service officiel de la Curatelle de Monthey – Prof. Dr. iur. *Martin Stettler*, Genève – lic. iur. MPA *Urs Vogel*, dipl. Sozialarbeiter HFS, Kulmerau – Prof. lic. iur. *Diana Wider*, dipl. Sozialarbeiterin FH, Generalsekretärin KOKES, Büron/Luzern

Ständige Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Redaktion

Arnaldo Alberti, Locarno – Prof. Dr. iur. *Margareta Baddeley*, Université de Genève – Dr. iur. *Yvo Biderbost*, Leiter Rechtsdienst Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Zürich – *Thomas Häberli*, Verwaltungsrichter, Bern – *Helen Matter*, dipl. SA, Familienmediatorin SVM, Bremgarten – Prof. Dr. iur. *Philippe Meier*, Université de Lausanne – *Susanne Meier*, Fürsprecherin, Bern – *Urs Mosimann*, Fürsprecher, Zentralsekretär SVBB-ASCP, Bern/Thun – *Catherine Zulauf*, avocate, vice-présidente de l'Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte, Bienne

Regionale Korrespondentinnen und Korrespondenten

Judith Bovay, Prof HES, EESP-VD – Dr. iur. *Claudia Hänzi*, Leiterin Sozialmanagement, Amt für soziale Sicherheit, Solothurn – lic. iur. *Kurt Knecht*, Departementssekretär StV DJS TG, Frauenfeld – Dr. *Kathrin Arioli*, Generalsekretärin Obergericht, BE, Bern – *Caroline Kühnlein*, juge cantonale, cour administrative VD – Dr. iur. *Denise Mangold*, Rechtsabteilung JPD BS, Basel – lic. iur. *Christian Minger*, président de l'Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte, Delémont – *John Orlando*, Prof HES, HETS-GE – *Alessia Paglia*, Ispettore Camera di Protezione, Lugano – *Jean-Denis Roulet*, juge cantonal, Neuchâtel – lic. iur. *Franziska Vogel Mansur*, Leiterin Zivilrechtsabteilung 1 JPMD BL, Liestal

Erscheint sechsmal jährlich/Paraît six fois par an/Esce sei volte all'anno

Nachdruck nur unter deutlicher Quellenangabe gestattet

Abonnementspreis: jährlich CHF 112.–; Einzelnummer CHF 24.–. SVBB- und KOKES-Mitglieder erhalten 16% Rabatt (CHF 94.– statt 112.–), ab 5 Abos wird ein Rabatt von 10% gewährt (CHF 100.– statt 112.–).

Prix de l'abonnement: CHF 112.– par an; prix de chaque numéro CHF 24.–. Les membres de l'ASCP et de la COPMA obtiendront un rabais de 16% (CHF 94.– au lieu de 112.–). Pour les abonnements groupés, soit à partir de 5, un rabais de 10% sera accordé (CHF 100.– au lieu de 112.–).

Prezzo d'abbonamento: annuo CHF 112.–; un fascicolo separato CHF 24.–. I membri della ASCP e della COPMA beneficeranno di un ribasso del 16% (fr. 94.– invece di 112.–). Uno sconto di oltre il 10% è concesso a partire da 5 abbonamenti (fr. 100.– invece di fr. 112.–).

ISSN 1664-2007

Anzeigenverkauf und -Beratung

Publicitas Publimag AG, Mürtchenstrasse 39, Postfach, 8010 Zürich
Telefon 044 250 31 31, Fax 044 250 31 32

Verlag und Abonnementsverwaltung:

Schulthess Juristische Medien AG

Zwingliplatz 2, Postfach, 8022 Zürich, Telefon 044 200 29 19, Fax 044 200 29 08
e-mail: zs.verlag@schulthess.com, Internet: <http://www.schulthess.com>

Inhaltsverzeichnis – Sommaire – Sommario

Seite

Abhandlungen – Exposés – Saggi

Patrick Stoudmann

- Projet de modification du droit de l'entretien de l'enfant:
Le point de vue d'un juge de première instance
Entwurf zur Revision des Kindesunterhaltsrechts: Die Sicht eines
erstinstanzlichen Richters
Progetto di modifica del diritto al mantenimento: Il punto di vista
di un giudice di prima istanza 279

ASB/COPMA

- Recommandations au droit de la protection des mineurs et des adultes
de l'ASB et de la COPMA relatives à la gestion du patrimoine conformément 291

ASB/COPMA

- Mise en oeuvre du droit de signature auprès de la banque
en cas de curatelle ou de tutelle 299

Résumé de jurisprudence – Übersicht zur Rechtsprechung – Riassunto di giurisprudenza

Philippe Meier

- Résumé de jurisprudence (filiation et protection de l'adulte) mars à juin 2014 301

Philippe Meier/Thomas Häberli

- Übersicht zur Rechtsprechung im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht
(März bis Juni 2014) 334

Mitteilungen – Communications – Comunicazioni

- KOKES-Empfehlungen zur Umsetzung der Revision «gemeinsames Sorgerecht
als Regelfall» 368
Recommandations de la COPMA – «L'autorité parentale conjointe devient la règle –
Mise en oeuvre» 368
COPMA – Raccomandazioni per la trasposizione della revisione concernente
l'autorità parentale esercitata in comune 368
Wechsel in der ZKE-Redaktion 369
Changement à la rédaction de la RMA 369
Cambiamenti nella redazione della RMA 369

Veranstaltungshinweise – Manifestations – Manifestazioni

HES-SO, HETS: CAS Aide et conseils aux victimes d'infractions (selon la LAVI)	370
HES-SO, HETS: CAS/DAS en Médiation de conflits	370
Uni Lausanne: La gestion du patrimoine des majeurs sous curatelle – cadre juridique et questions pratiques	371
Uni Fribourg: Weiterbildungskurse	371
BFH: Weiterbildungen im Kindes- und Erwachsenenschutz	372

Projet de modification du droit de l'entretien de l'enfant: Le point de vue d'un juge de première instance

Par Patrick Stoudmann, Président du Tribunal d'arrondissement
de Lausanne, Chargé de cours à l'Université de Lausanne

Mots-clés: Contribution d'entretien, Couverture des besoins, Divorce, Droit de la famille, Droit transitoire, Entretien de l'enfant, Répartition des compétences, Séparation.

Stichwörter: Deckung Unterhaltsbedarf, Familienrecht, Kinderunterhalt, Regelung Zuständigkeit, Scheidung, Trennung, Übergangsrecht, Unterhaltsbeitrag.

Parole chiave: Contributo per il mantenimento, Copertura dei bisogni, Diritto di famiglia, Diritto transitorio, Mantenimento del figlio, Ripartizione delle competenze, Separazione.

Le Conseil fédéral a publié, le 29 novembre 2013, son message relatif à la révision du droit de l'entretien de l'enfant. L'auteur du présent article propose quelques réflexions critiques liées aux conséquences pratiques de ladite révision. Il évoque en particulier les difficultés relatives à la fixation du montant de l'entretien lorsque la situation financière des parents est tendue et à la modification de celui-ci en cas de faits nouveaux. Il met également en lumière différents écueils qui ne sont pas évités par le projet, dont notamment la formulation peu évidente de certaines dispositions et la regrettable dichotomie des compétences entre attributions du juge et de l'autorité de protection.

Entwurf zur Revision des Kindesunterhaltsrechts: Die Sicht eines erstinstanzlichen Richters

Der Bundesrat hat am 29. November 2013 die Botschaft zur Revision des Kinderunterhaltsrechts publiziert. Der Autor setzt sich kritisch mit den praktischen Auswirkungen der vorgeschlagenen Revision auseinander. Er äussert sich insbesondere zur schwierigen Unterhaltsfestsetzung bei angespannten finanziellen Verhältnissen der Eltern sowie zur Neuberechnung bei veränderten Umständen. Im Weiteren geht er auf wenig klar erscheinende Bestimmungen sowie auf die bedauerliche Zweiteilung der sachlichen Zuständigkeit zwischen Gericht und Kinderschutzbehörde ein.

Progetto di modifica del diritto al mantenimento: Il punto di vista di un giudice di prima istanza

Il Consiglio federale, il 29 novembre 2013, ha pubblicato il messaggio relativo alla revisione del diritto al mantenimento del figlio. L'autore del presente articolo propone alcune riflessioni critiche legate alle conseguenze pratiche della prospettata revisione. Evoca in particolare le difficoltà relative alla fissazione del montante di mantenimento nel caso in cui la situazione finanziaria dei genitori è tesa e la modificazione del contributo nell' eventualità di nuovi fatti. Mette anche in luce differenti scogli che non sono evitati dal progetto, in particolare la formulazione poco evidente di alcune disposizioni e l'incresciosa dicotomia delle competenze materiali fra il giudice e le autorità di protezione dei minori.

Introduction

Le 29 novembre 2013, le Conseil fédéral a publié son Message concernant la révision du code civil suisse (entretien de l'enfant)¹. La réforme vise une quinzaine de dispositions du Code civil, deux du Titre final et une demi-douzaine du Code de procédure civile². Dans le but de renforcer le droit de l'enfant à son entretien, le Conseil fédéral propose notamment d'ancrer dans la loi le principe de la priorité de l'obligation d'entretien à l'égard d'un enfant mineur sur les autres obligations d'entretien du droit de la famille. De plus, chaque enfant a droit à une contribution d'entretien qui ne se limite pas à couvrir ses besoins courants, mais qui lui garantit également la possibilité de bénéficier de la prise en charge qui lui convient le mieux, par un tiers (par exemple une maman de jour ou une crèche) ou par les parents eux-mêmes. Les coûts liés à la prise en charge de l'enfant par le parent qui s'occupe de lui sont donc pris en compte lors de la détermination de la contribution d'entretien de l'enfant³. Sur ce point, le projet consiste à incorporer ces coûts par l'introduction d'une contribution de prise en charge; celle-ci, en tant qu'élément de l'entretien de l'enfant, devra couvrir de manière appropriée, mais pas plus que nécessaire, les frais de subsistance du parent qui s'occupe de l'enfant, compte tenu de sa situation financière⁴. Le juge doit dans tous les cas fixer séparément la pension due au conjoint et à chaque enfant⁵. En outre, toute décision ou convention relative à l'entretien de l'enfant doit indiquer d'une part le montant attribué à chaque enfant, ainsi que, pour les situations de déficit, le montant nécessaire pour assurer l'entretien convenable de chaque enfant⁶. Toujours pour ces situations de déficit, le projet prévoit que l'enfant peut demander au parent envers lequel il n'a pas été possible de fixer une contribution permettant d'assurer un entretien convenable, de rattraper le découvert pour les cinq ans qui précèdent, si la situation de ce parent s'est améliorée de

¹ FF 2014 p. 511.

² FF 2014 p. 577.

³ Message, pp. 512-3.

⁴ Message, p. 537. Art. 285 P-CC: ¹ La contribution d'entretien doit correspondre aux besoins de l'enfant ainsi qu'à la situation et aux ressources de ses père et mère ; il est tenu compte de la fortune et des revenus de l'enfant. ² La contribution d'entretien sert aussi à garantir la prise en charge de l'enfant par les parents et les tiers. ³ Elle doit être versée d'avance. Le juge fixe les échéances de paiement.

⁵ Art. 176 al. 1 ch. 1 P-CC: A la requête d'un époux et si la suspension de la vie commune est fondée, le juge: 1. fixe la contribution d'entretien qu'un époux doit verser à l'autre et à chaque enfant. Dans sa séance du 19 juin 2014, le Conseil national a adopté une teneur différente du ch. 1: «1. fixe la contribution d'entretien à verser respectivement à l'enfant et à l'autre époux».

⁶ Art. 287a P-CC : La convention qui fixe les contributions d'entretien indique: a. les éléments du revenu et de la fortune de chaque parent pris en compte dans le calcul; b. les montants attribués à chaque enfant; c. le montant nécessaire pour assurer l'entretien convenable de chaque enfant; d. si et dans quelle mesure la contribution d'entretien doit être adaptée aux variations du coût de la vie. Art. 301a P-CPC : La convention d'entretien ou la décision qui fixe les contributions d'entretien indique: a. les éléments du revenu et de la fortune de chaque parent pris en compte dans le calcul; b. les montants attribués à chaque enfant; c. le montant nécessaire pour assurer l'entretien convenable de chaque enfant; d. si et dans quelle mesure la contribution d'entretien doit être adaptée aux variations du coût de la vie.

manière exceptionnelle⁷. Logiquement, et c'est l'un des buts de la révision proposée, cette nouvelle manière de déterminer l'entretien nécessaire à l'enfant s'applique aussi à l'enfant de parents non mariés. Par ailleurs, le projet entend renforcer la position de l'enfant dans la procédure judiciaire, par l'extension des prérogatives de son représentant.

Du point de vue du magistrat de première instance, le postulat central de la révision envisagée porte sur l'étendue et le contenu de l'entretien de l'enfant, avec pour corollaire, l'obligation d'indiquer dans toute décision ou convention sur l'entretien de l'enfant, non seulement le montant de la contribution pécuniaire à la charge des père et mère, mais également, le cas échéant, le montant qui manque pour assurer l'entretien convenable de l'enfant.

Il ne s'agit pas ici de livrer une appréciation philosophique sur l'opportunité des modifications projetées, mais davantage d'exprimer quelques observations en relation avec l'expérience du terrain à laquelle est confronté le juge.

D'emblée, un élément essentiel devrait être souligné. Actuellement, pour ce qui concerne un tribunal essentiellement urbain comme Lausanne, plus de la moitié des cas de mesures protectrices ou de divorce concernent des situations de déficit, ce par quoi il faut comprendre que la contribution d'entretien qui peut être fixée sur la base de la situation économique du débiteur d'aliments ne couvre pas les besoins de base du ou des créanciers, au nombre desquels figurent évidemment les enfants. Au reste, en présence d'enfants, les situations de déficit sont encore plus nombreuses.

Ce nonobstant, à l'aune des dispositions actuelles, un grand nombre de ces cas peuvent se régler par convention: d'une part, le débiteur de l'entretien admet la nécessité de subvenir au mieux à l'entretien des siens; d'autre part, le créancier d'aliments est conscient des limites de la capacité contributive du débirentier, même si la contribution d'entretien convenue le conduit tout droit à l'aide sociale. Ainsi, sous l'égide du droit positif, il est à relever que la contribution d'entretien due pour l'enfant, actuellement fondée sur les coûts effectifs, est transignée dans la grande majorité des cas, à l'inverse de celle liée à l'entretien du conjoint. A cet égard, il est important de rappeler qu'il est constant qu'une convention signée librement par le débiteur d'entretien a largement plus de chances d'être exécutée qu'un jugement qui lui est imposé. Il est inutile d'insister sur le fait qu'en droit de la famille, l'exécution et l'adhésion aux décisions prises revêt une importance plus grande encore que dans les autres domaines du droit. En outre,

⁷ Art. 286a P-CC: ¹ Lorsqu'une convention d'entretien approuvée ou une décision relative à la contribution d'entretien indique qu'il n'a pas été possible de fixer une contribution permettant d'assurer l'entretien convenable de l'enfant, et que la situation du parent débiteur s'est améliorée de manière exceptionnelle depuis lors, l'enfant peut demander à ce parent de verser les montants qui auraient été nécessaires pour assurer son entretien convenable pendant les cinq dernières années où l'entretien était dû. ² La prétention doit être réclamée dans le délai d'une année à partir de la connaissance de l'amélioration exceptionnelle. ³ Cette prétention passe avec tous les droits qui lui sont rattachés à l'autre parent ou à la collectivité publique, lorsque ce parent ou la collectivité publique ont assumé l'entretien de l'enfant. Dans sa séance du 19 juin 2014, le Conseil national a complété l'al. 3 de la manière suivante: «...ont assumé la part manquante de l'entretien convenable».

de telles conventions ne portent aucun préjudice aux collectivités publiques chargées de procéder à des avances au sens de l'art. 293 al. 2 CC, puisque les cantons peuvent corriger le montant à avancer, lorsque la contribution d'entretien est clairement trop élevée au regard des critères prévus par l'art. 285 al. 1 CC et relève par conséquent de l'abus de droit manifeste⁸.

Ces prémisses posées, il est temps d'en venir aux modifications envisagées.

1. L'étendue de l'obligation d'entretien de l'enfant

Tout d'abord, il faut relever que le calcul de la contribution de prise en charge va s'avérer particulièrement malaisé en pratique. Le Message rappelle les deux méthodes les plus courantes préconisées par la doctrine, avant de les écarter en raison des critiques qu'elles suscitent⁹. Le Conseil fédéral ne cache pas qu'il manque pour l'heure une méthode convaincante. C'est pourquoi «le texte proposé est rédigé de manière ouverte et exempt de critères»¹⁰, ce qui met bien en lumière la difficulté de faire passer le concept de l'abstrait au concret. Cette question ne sera pas développée plus avant ici, puisque le Message lui-même révèle clairement les problèmes liés à l'estimation de la valeur monétaire de la prise en charge des enfants, en raison de la diversité des situations qui peuvent se présenter.

Mais le Projet soulève bien d'autres remarques, à plusieurs étapes de la procédure.

a) *En mesures protectrices de l'union conjugale*

Le plus souvent, les mesures protectrices de l'union conjugale sont requises du juge très peu de temps seulement après la séparation effective des époux. On l'imagine aisément, la situation familiale est en règle générale tendue. A la rancoeur passionnelle s'ajoute en effet la pression financière, induite par l'augmentation des coûts d'entretien de la famille générée par la constitution de logements séparés. Une situation économique déjà difficile devient alors encore plus précaire. Dans ce contexte, le projet introduit deux changements d'importance par rapport à la pratique vaudoise, jamais expressément désavouée par le Tribunal fédéral¹¹.

D'une part, le juge doit *fixer séparément la contribution d'entretien* du conjoint et celle de chaque enfant. C'est une évidence que de relever que psychologiquement, l'obligation de subvenir aux besoins de l'autre conjoint, très peu de temps après l'éclatement du ménage commun, dans une procédure qui fait totalement abstraction de la faute, et qui dans l'essentiel des cas vise à maintenir la situation résultant de la répartition des rôles adoptée par les époux durant la vie com-

⁸ PHILIPPE MEIER/MARTIN STETTLER, *Droit de la filiation*, 5^e éd., Genève, Zurich et Bâle 2014, No 1179 et les références.

⁹ Message, pp. 534-5.

¹⁰ Message, p. 535.

¹¹ Cf. cependant ATF 5A_743/2012, du 6 mars 2013.

mune, ne peut être que mal ressentie. On peut à cet égard objecter que la nouvelle définition de la contribution d'entretien de l'enfant, telle que proposée par le Projet, serait de nature à dissiper cette crainte, puisqu'elle incorpore formellement dans les besoins de l'enfant le montant nécessaire aux frais de subsistance du parent qui le prend en charge; il n'en demeure pas moins que dans les situations où la question de l'entretien du conjoint persistera à se poser, malgré la priorité accordée à la contribution d'entretien de l'enfant, la situation entre époux risque fort de s'en trouver péjorée. Un parent demeure en effet réceptif au discours qui lui rappelle que, malgré la séparation, il reste tenu de participer aux coûts d'existence de sa famille, dans l'intérêt bien compris des enfants; en revanche, l'adhésion au versement d'une somme d'argent destinée expressément aux dépenses de l'autre parent paraît bien illusoire. A cela s'ajoute que du point de vue de la pratique judiciaire, la méthode du minimum vital avec partage de l'excédent, telle qu'elle est aujourd'hui largement pratiquée en Suisse romande et avalisée par le Tribunal fédéral, est condamnée, bien qu'elle ait fait ses preuves durant des décennies.

D'autre part, l'obligation *d'indiquer dans le jugement ou la convention le montant qui manque* pour assurer l'entretien convenable de l'enfant est encore plus inquiétante. Dans des situations de déficit, peut-on raisonnablement envisager un débiteur d'entretien, instruit de l'art. 286a P-CC, adhérer à une convention fixant un manco remboursable, soit ayant pour effet de l'endetter potentiellement de manière importante et durable ? Certes, la formulation de l'art. 286a P-CC est restrictive, et se réfère à une amélioration «exceptionnelle». Je reviendrai sur cette formulation. Mais parmi les circonstances évoquées par le Message, on trouve notamment l'héritage, soit une situation qui en réalité n'a rien d'exceptionnel. L'adhésion à une convention ou une décision annonçant que des biens familiaux, constituant des propres pour les époux mariés, seront immédiatement saisis pour rembourser les dépenses nécessaires à la subsistance de l'autre conjoint risque d'être problématique.

En définitive, la nouvelle réglementation proposée comporte intrinsèquement le risque concret d'attiser encore l'animosité entre les parties pour des questions financières. Si l'on peut comprendre que la situation actuelle, conduisant le seul crédientier à assumer une situation de déficit n'est sans doute pas idéale d'un point de vue philosophique, il faut néanmoins mettre cette préoccupation en balance avec les effets concrets du remède, soit une exacerbation du conflit entre les parents, qui ne peut être que néfaste pour le bien de l'enfant.

Sous l'angle de la pratique judiciaire, il est à relever que la durée et le climat d'une procédure de divorce sont souvent influencés par les premières mesures prises. Une entrée en matière conflictuelle en justice se répercute inmanquablement sur la suite de la procédure, là aussi au détriment de l'enfant.

b) *En procédure de divorce ou en action alimentaire
(parents non mariés)*

A la différence de la procédure de mesures protectrices de l'union conjugale, ou même des mesures provisoires, le jugement au fond a vocation à déployer des effets durables, soit jusqu'à la majorité de l'enfant voire au-delà, jusqu'à l'achèvement d'une formation appropriée. A cet égard, il y a lieu de relever ce qui suit.

aa) L'un des axiomes de la révision consiste à incorporer dans la contribution d'entretien de l'enfant les frais nécessaires à la subsistance du parent en relation avec la prise en charge de l'enfant, de sorte que, d'un point de vue pratique, *les montants afférant à cet entretien vont être considérablement augmentés* par rapport à la situation actuelle, puisqu'une part non négligeable des prétentions découlant actuellement de l'art. 125 al. 2 ch. 6 CC sera reportée dans l'entretien de l'enfant¹². Pour le Conseil fédéral, l'obligation d'entretien trouve sa limite inférieure dans la capacité contributive du débirentier, car le minimum vital de celui-ci selon le droit des poursuites doit être préservé¹³. Dans les situations de déficit, toujours selon le Message¹⁴, «l'entier du montant disponible va être attribué à l'enfant».

Dans le cas de situations financières tendues, la nouvelle manière de calculer la contribution d'entretien de l'enfant amènera plus fréquemment à ce que celle-ci épuise, voire excède, à elle seule, les capacités contributives du débiteur d'aliments. Ce dernier sera ainsi réduit au minimum vital durant toute la période où il devra contribuer aux frais de la prise en charge, soit parfois jusqu'à ce que l'enfant le plus jeune ait atteint l'âge de 16 ans¹⁵. Toute possibilité de transaction sur le financement de l'entretien de l'enfant deviendra illusoire dans ces cas, de sorte que cet aspect cristallisera un élément important du conflit, ce qui n'est guère le cas actuellement. En outre, le caractère absolu de l'épuisement des ressources du débirentier, préconisé par le Conseil fédéral, enlève au juge une certaine marge de manœuvre dont il dispose encore à l'aune de l'art. 125 al. 2 ch. 6, dans son acception actuelle. Le débiteur sera donc durablement réduit au minimum d'existence. Dans cette mesure, le projet va à l'encontre des préoccupations légitimes du Tribunal fédéral, selon lequel «on ne peut exiger du conjoint débirentier, en principe appelé à verser une contribution d'entretien pendant de nombreuses années, qu'il se restreigne à un niveau de vie à ce point modeste pendant une période aussi longue, alors que l'art. 93 LP lui-même interdit de saisir les revenus du débiteur au-delà d'une année»¹⁶. Une marge de manœuvre accordée au juge quant à l'étendue de l'obligation d'entretien mise effectivement à la charge du débiteur, en fonction de la durée prévisible de celle-ci, serait à cet égard souhaitable.

¹² Message, p. 537.

¹³ Message, p. 554.

¹⁴ Message, p. 555.

¹⁵ Message, p. 558.

¹⁶ ATF du 20 décembre 2002, non publié au RO, reproduit in FamPra.ch 2003, pp. 428 et 430, c. 5.2.2.

bb) L'obligation d'indiquer, dans toute décision ou convention concernant la contribution d'entretien destinée à l'enfant mineur, non seulement le montant qui lui est dû par le parent débiteur, mais aussi *le montant qui serait nécessaire pour garantir son entretien convenable*, est particulièrement préoccupante, du point de vue du juge. A cet égard, il faut garder à l'esprit qu'un jugement au fond est destiné à régler la situation entre les parties pour une longue durée. Or, le juge ne dispose en règle générale que d'une très courte visibilité sur l'évolution des intéressés pour la période postérieure à son jugement, et ne peut fonder celui-ci que sur un «instantané» de la situation à connaître. Pour s'en convaincre, il suffit de se référer au nombre considérable de demandes de modifications introduites sur la base de l'art. 179 CC au cours de la procédure de mesures protectrices de l'union conjugale. La fixation chiffrée d'un manco durable est, sous l'angle pratique, une véritable illusion, parfaitement inapplicable. Mais admettons-en l'hypothèse.

Pour le Conseil fédéral, cet aspect du projet comporte trois avantages: d'une part faciliter la modification de la contribution d'entretien pour le futur, si la situation patrimoniale du débiteur de la contribution venait à s'améliorer de manière «notable» (art. 286 CC), mais aussi permettre à l'enfant de demander ultérieurement le versement de la différence entre le montant reçu et celui nécessaire à son entretien convenable, si la situation du parent débiteur devait s'améliorer de manière «exceptionnelle» (art. 286a CC). Finalement, la nouvelle formulation de la décision ou de la convention permettra aux cantons qui le souhaitent de s'y référer pour procéder au versement d'avances sur les pensions alimentaires, indépendamment de la capacité contributive du débirentier¹⁷.

Ces avantages semblent cependant très théoriques.

S'agissant de la situation visée par l'art. 286 CC, dont la teneur n'est pas modifiée par le projet, elle concerne la possibilité d'augmenter ou de réduire la contribution d'entretien dès que des changements déterminés interviennent dans les besoins de l'enfant, les ressources des père et mère ou le coût de la vie. Certes, pour apprécier l'existence de faits nouveaux, le juge doit pouvoir les confronter à la situation de base.

Mais concrètement, il convient de distinguer deux hypothèses.

Soit l'importance des changements est telle que *le déficit a disparu*, par l'augmentation des moyens de l'un ou l'autre des parents, et le juge devra de toute manière procéder à un nouveau calcul des besoins de l'enfant et des ressources du débiteur pour fixer la nouvelle contribution d'entretien. Dans ce cas, seul importe qu'il y ait eu une situation de déficit par le passé, et il est inutile pour le juge d'en connaître l'ampleur. La simple mention de l'existence d'un déficit suffit, sans qu'il ne soit nécessaire qu'il ait été chiffré.

Soit, au contraire, la situation a changé dans une mesure notable, mais *le déficit subsiste*. Alors, la préservation du minimum d'existence du débiteur ne permet pas de modifier la contribution d'entretien, qui sera toujours confrontée à la même limite. La question se pose ici de savoir si le créancier ou le débiteur d'ali-

¹⁷ Message, p. 540.

ments disposent alors d'une action, fondée sur l'art. 286 CC, pour faire constater judiciairement une modification dans l'étendue du manco. Le Message est muet sur cette question, et ne permet pas de déterminer s'il faut reconnaître un intérêt digne de protection à une telle action, au sens des art. 59 al. 2 let. a et 88 CPC.

Pour le débiteur, l'intérêt à une telle action pourrait notamment se concevoir en relation avec l'obligation de combler le manque des cinq dernières années, telle que prévue par l'art. 286a al. 1 du Projet, pour le cas où une éventuelle modification «exceptionnelle» surviendrait dans le futur, après la modification «notable», ou afin d'adapter les prestations servies par la collectivité publique au titre d'avances. Dans cette hypothèse, nul doute que les tribunaux seront assaillis d'innombrables demandes qui n'auront en réalité aucun effet direct sur la contribution d'entretien effectivement servie par le débiteur. Des changements dans les frais de subsistance du parent en charge de l'enfant, par exemple liés à un déménagement ou à une modification de la rémunération; un concubinage de ce parent; des modifications afférentes aux coûts directs de l'enfant, par le terme mis à une activité sportive ou à un traitement médical; autant de situations où l'autorité judiciaire pourrait être saisie, sans effet direct entre les parties. La seule conséquence immédiate porterait alors sur le montant servi par l'aide sociale, si le droit cantonal prévoit un tel droit. Mais dans un tel cas, il serait sans doute préférable qu'il appartienne à l'autorité cantonale compétente en matière d'assistance sociale, désignée par le droit cantonal, de fixer l'étendue du déficit qu'elle va prendre en charge. Les services sociaux ont précisément l'habitude, et disposent des ressources nécessaires, de traiter de situations où l'évolution des besoins d'assistance est permanente; ils disposent de tous les moyens pour instruire et juger en contradictoire, selon une procédure à établir par les cantons qui souhaiteraient adopter ce système. Le suivi de telles situations s'accommode mal des rigueurs et des durées des procédures judiciaires.

Ainsi, dans l'hypothèse où un déficit subsiste suite à un changement «notable», une modification pourrait être requise aux fins d'anticiper les effets d'une modification exceptionnelle future, au sens de l'art. 286a du Projet, afin de réduire l'étendue du risque d'avoir à combler effectivement le déficit constaté par le jugement initial. Dans ce cas, les effets concrets entre les parties de la décision à rendre seraient inexistantes au moment du nouveau jugement. On voit mal l'intérêt à la surcharge des tribunaux par des actions tendant à un jugement dont l'exécution est aléatoire.

Mais même si l'intention du législateur était de ne pas ouvrir l'action en modification de l'art. 286 CC aux cas où le déficit perdurerait, comme pourrait le suggérer une interprétation littérale de cette disposition, la situation n'en serait pas plus satisfaisante, puisque le déficit constaté par le jugement demeurerait gravé dans le marbre judiciaire, alors même qu'il ne correspondrait plus à la réalité.

Pour ce qui concerne cette fois directement la nouvelle action introduite par l'art. 286a du Projet, l'indication chiffrée du manco peut paraître de nature à faciliter le travail du juge. Mais cette facilitation intervient au détriment des intéressés, si le montant du manco a évolué, dans un sens ou dans l'autre, entre le moment du jugement et la période de cinq ans à prendre en considération au sens

de cette disposition. Le juge sera lié par le jugement fixant la contribution initiale et le déficit constaté à ce moment-là, et devra faire abstraction des circonstances économiques des parties qui ont pu se modifier dans l'intervalle. Le risque d'injustices est manifeste, d'autant qu'il est aisé d'imaginer la réticence du débiteur à saisir les tribunaux pour faire constater un changement de manière préventive. L'obligation de chiffrer dans le jugement le montant du déficit, et non simplement d'en constater l'existence dans son principe, est également insatisfaisante dans ce cas. Si une situation visée par l'art. 286a devait se produire, il sera toujours possible de reconstruire le déficit effectif pour la période de référence dans le cadre de l'action ouverte sur cette base.

L'obligation de chiffrer le déficit s'annonce ainsi non seulement difficilement transposable en pratique, mais également porteuse de bien davantage d'inconvénients que d'effets positifs.

cc) Toujours en relation avec l'art. 286a, une autre source d'inquiétude est liée à sa formulation très ouverte, qui s'accommode mal de l'interprétation restrictive suggérée par les termes «de manière exceptionnelle». Une mention plus précise des circonstances permettant l'application de la norme serait bienvenue. Certes, le Message cite des exemples, soit un héritage, un montant important gagné à la loterie ou un don¹⁸, qui permettraient en outre d'assurer l'entretien courant¹⁹. On ignore cependant si la simple réalisation d'une de ces conditions lie le juge de manière absolue, puisque la formulation selon laquelle «l'enfant peut demander» ne fournit aucune indication. Une application automatique de ce droit serait à n'en pas douter trop rigoureuse. L'ajout d'une mention du type «si les circonstances permettent de l'exiger du débiteur», analogue à celle contenue dans l'art. 277 CC, ou «pour autant que le débiteur vive dans l'aisance», à l'image de l'art. 328 CC, paraîtrait de nature à illustrer le caractère exceptionnel du droit, et à préserver un pouvoir d'appréciation du juge.

Finalement, cette norme pose encore une dernière difficulté. Sa formulation ne mentionne que l'hypothèse dans laquelle la situation «du parent débiteur» s'est améliorée. Le texte clair ne vise donc que celui qui doit la contribution d'entretien en argent. Mais le Projet ne souffle pas un mot de la situation d'une amélioration exceptionnelle de la situation de l'autre parent, qui, lui aussi, est susceptible de percevoir un héritage ou de toucher le gros lot à la loterie. Un déficit au cours des cinq dernières années ne devrait-il pas être comblé par cette manne? L'inégalité de traitement introduite par cette disposition ne pourra être que mal ressentie par les débiteurs.

2. L'ordre de priorité des pensions

La priorité faite à l'obligation d'entretien du mineur par rapport aux autres obligations d'entretien du droit de la famille apporte une clarification bienvenue à la pratique judiciaire. Le caractère relatif de la priorité de l'entretien de l'enfant

¹⁸ Message, p. 567.

¹⁹ Message, p. 568.

mineur par rapport à l'enfant majeur laisse au juge un pouvoir d'appréciation qui permet d'adapter de manière adéquate ce principe aux circonstances du cas d'espèce, ce qui est évidemment à saluer.

3. Le représentant de l'enfant

L'instauration d'un représentant de l'enfant est très rare dans la pratique vaudoise. L'extension des prérogatives de celui-ci au domaine de l'entretien ne devrait avoir que peu d'effets pratiques, au vu du petit nombre de situations concernées.

4. La compétence à raison de la matière

Depuis des décennies, le partage des compétences matérielles entre le juge et l'autorité de protection de l'enfant donne lieu à de nombreuses controverses en pratique. En droit actuel, le juge chargé de fixer la contribution d'entretien de l'enfant hors procédure matrimoniale (art. 279 CC) ne dispose d'aucune compétence décisionnelle en matière de relations personnelles. Par ailleurs, le juge de l'action en paternité, qui peut être simultanément saisi de l'action alimentaire, peut instituer l'autorité parentale conjointe²⁰, mais ne paraît pas investi du pouvoir de statuer sur les relations personnelles²¹. Par contre, le juge matrimonial est compétent pour régler les relations personnelles lorsqu'il attribue l'autorité parentale ou la garde selon les dispositions régissant le divorce et la protection de l'union conjugale, ou qu'il modifie cette attribution ou la contribution d'entretien²². Cette dichotomie des compétences entre les attributions du juge et celles de l'autorité de protection de l'enfant fait non seulement l'objet de vives critiques, mais constitue surtout la source de nombreuses confusions, même auprès des mandataires professionnels. A cet égard, il est regrettable que cette dualité ait été maintenue dans le projet du Conseil fédéral, qui aurait pu saisir l'occasion de la réforme proposée pour procéder à une attraction de compétences en faveur de l'une ou de l'autre des ces autorités. Il faut donc saluer la position du Conseil national qui a, dans sa séance du 19 juin 2014, procédé à une attraction de compétences en faveur du juge saisi d'une action alimentaire ou en modification de l'entretien pour statuer sur les autres points litigieux²³.

²⁰ Art. 298c CC, dans sa teneur au 1^{er} juillet 2014.

²¹ PHILIPPE MEIER/MARTIN STETTLER, *Droit de la filiation*, 5^e éd., Genève, Zurich et Bâle 2014, No 803.

²² Art. 275 al. 2 CC.

²³ Art. 298b al. 3 CC: ... L'action alimentaire formée devant le tribunal compétent est réservée; dans ces cas, le tribunal statue aussi sur l'autorité parentale et sur les autres points litigieux. Art. 298d al. 3 CC: L'action en modification de l'entretien formée devant le tribunal compétent est réservée; dans ces cas, le tribunal statue si nécessaire sur l'autorité parentale et sur les autres points litigieux. Art. 304 al. 2 CPC: Le tribunal compétent pour statuer sur une action alimentaire ou une action en modification de l'entretien statue aussi sur l'autorité parentale et sur les autres points litigieux.

5. Le droit transitoire

En ce qui concerne les parents non mariés, le Projet introduit un art. 13c du Titre final, qui prévoit que l'entrée en vigueur du nouveau droit justifie à elle seule la modification des contributions d'entretien d'ores et déjà fixées dans une décision d'entretien fondée sur l'art. 279 CC ou dans une convention au sens de l'art. 287 CC, sans qu'il ne soit nécessaire d'établir d'autres faits nouveaux²⁴. Cette adaptation sera cependant particulièrement malaisée à mettre en pratique. Il s'agit en effet d'appliquer des nouveaux critères à l'étendue de l'obligation d'entretien, et de modifier en conséquence une réglementation, judiciaire ou conventionnelle, qui a été établie sur la base d'un état de fait souvent ancien. La décision initiale sera souvent lacunaire en ce qui concerne la situation du parent en charge de l'enfant au moment où elle a été rendue. La volonté des parents quant à la prise en charge pendant la vie commune sera quasiment impossible à reconstituer, contrairement à ce qui prévaut en présence d'un jugement de divorce, qui aura statué sur les prétentions découlant de l'art. 125 CC. Sur quelle base le juge pourrait-il se prononcer sur la nécessité et l'étendue de la prise en charge des besoins d'existence du parent en charge de l'enfant? S'agirait-il uniquement de la situation économique du parent gardien au moment de la demande de modification? Comment faut-il tenir compte des parcours de vie réalisés dans l'intervalle? Autant de questions que le projet ne résout pas, et qui confrontent le juge à une mission impossible. Du point de vue juridictionnel, il s'agit là d'une disposition visant à concrétiser un postulat de politique législative, sans aucun égard à l'impossibilité concrète pour le juge d'établir un état de fait permettant de rendre une décision.

A cela s'ajoute encore que le seul fait nouveau qui légitime, pour ces familles, la modification du régime antérieur, judiciairement avalisé, réside dans un changement dans les conceptions du législateur. Il est permis de s'interroger sur la nécessité de faire prévaloir cette seule circonstance sur la sécurité du droit et sur l'exécution des jugements qui revêtaient, lorsqu'ils ont été rendus, un caractère définitif et exécutoire. Cela vaut d'autant plus en ce qui concerne l'opportunité d'appliquer cette réglementation à des justiciables non mariés qui n'ont précisément pas voulu créer de solidarité entre eux après leur séparation.

²⁴ Art. 13c P-Titre final CC: La contribution d'entretien destinée à l'enfant qui a été fixée dans une convention d'entretien approuvée ou dans une décision antérieure à l'entrée en vigueur de la modification du ... peut être modifiée à la demande de l'enfant. Lorsqu'elle a été fixée en même temps que la contribution d'entretien due au parent, la contribution d'entretien due à l'enfant peut être modifiée seulement si la situation change notablement.

Conclusion

En définitive, plusieurs aspects de la révision laissent songeur. Sans doute peut-il paraître, sous l'angle idéal, souhaitable d'incorporer dans les coûts induits par l'enfant, ceux liés à sa prise en charge. On peut également comprendre la volonté de faire constater judiciairement le principe de l'insuffisance des ressources à disposition. Cependant, la mise en œuvre de ces vues doit intervenir en gardant à l'esprit que le juge rend des décisions concrètes, munies de l'autorité de la chose jugée, sur la base d'un état de fait aussi constant que possible; mais surtout, que les décisions de justice sont destinées à produire des effets réels durables, sous peine de voir les mêmes parties contraintes de saisir à de multiples reprises les tribunaux, ce qui n'est certainement pas de nature à améliorer les relations personnelles entre elles. Enfin, il est essentiel que la loi permette au juge de rendre des décisions qui soient susceptibles d'être comprises par les parties. A ces égards, le projet est parfois loin de la cible. S'il est judicieux de prendre de la hauteur avant d'élaborer une loi, il peut être pernicieux de se brûler les ailes en s'éloignant trop des réalités terrestres.

Recommandations au droit de la protection des mineurs et des adultes de l'ASB et de la COPMA relatives à la gestion du patrimoine conformément

Juillet 2013¹

Sommaire

I.	Préambule	291
II.	Gestion du patrimoine dans le cadre du mandat pour cause d'incapacité (art. 360, 365 CC)	292
III.	Représentation par le conjoint ou par le partenaire enregistré (art. 374, 376 CC)	293
IV.	Curatelles	294
	<i>A. Curatelle d'accompagnement (art. 393 CC) et curatelle de représentation sans gestion du patrimoine (art. 394 CC)</i>	294
	<i>B. Curatelle de représentation avec gestion du patrimoine (art. 394 combiné à l'art. 395 CC)</i>	294
	<i>C. Curatelle de portée générale (art. 398 CC)</i>	295
	<i>D. Curatelle de coopération (art. 396 CC)</i>	295
	<i>E. Gestion des revenus et du patrimoine dans le cadre de mesures de protection des mineurs</i>	295
V.	L'OGPCT en général	295
VI.	Pouvoirs et mandats	296
VII.	Initiatives propres de l'APEA	296
	<i>A. En cas de renonciation à instituer une curatelle (art. 392 CC)</i>	296
	<i>B. Dans le cadre de la surveillance d'une curatelle (art. 10 al. 3 OGPCT)</i>	297
	<i>C. Injonctions et mesures provisionnelles pendant la procédure d'enquête</i>	297
VIII.	Caractère exécutoire des décisions de l'APEA	297
IX.	Gestion du patrimoine d'une personne sous curatelle après son décès	297
X.	Entrée en vigueur	298

I. Préambule

1. Les Recommandations ci-après ont été élaborées par l'Association suisse des banquiers (ASB) en collaboration avec la Conférence des cantons en matière de protection des mineurs et des adultes (COPMA). Elles s'adressent aux

¹ Die deutsche Version wurde in der ZKE 5/2013 publiziert und ist auf der Website der KOKES abrufbar: www.kokes.ch > Dokumentation > Empfehlungen Vermögensverwaltung (KOKES-SBVg, Juli 2013).

banques et à leurs collaborateurs ainsi qu'aux autorités et mandataires chargés de la protection des mineurs et des adultes. Elles contribuent à l'application pratique du nouveau droit de la protection des mineurs et des adultes (art. 360 ss CC, SR 210) et concrétisent l'ordonnance sur la gestion du patrimoine dans le cadre d'une curatelle ou d'une tutelle (OGPCT, SR 211.223.11) d'un point de vue pratique pour les banques et les autorités. La loi prévaut sur l'ordonnance, laquelle prévaut sur les Recommandations ci-après. Dès lors, ces dernières sont émises sous réserve d'une interprétation divergente de la loi et de l'ordonnance par les autorités et/ou les tribunaux.

II. Gestion du patrimoine dans le cadre du mandat pour cause d'incapacité (art. 360, 365 CC)

2. La légitimation d'une personne mandatée aux fins de gérer le patrimoine s'effectue au moyen du document mentionné à l'art. 363 al. 3 CC. Si la légitimation manque de clarté quant aux pouvoirs de représentation dans le cadre de la gestion du patrimoine, il incombe à l'Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA) de préciser les compétences indiquées dans le document susmentionné, conformément à l'art. 364 CC.
3. Si la personne mandatée est chargée de la gestion globale du patrimoine, elle est notamment habilitée à l'égard de la banque à prendre pour la personne représentée les mesures suivantes:
 - ouvrir et clôturer des relations bancaires,
 - passer des ordres d'opération sur titres et des ordres de paiement ainsi qu'octroyer des mandats de gestion,
 - effectuer des versements en espèces et des retraits d'espèces,
 - octroyer des procurations bancaires et les révoquer,
 - conclure et résilier des contrats de location de compartiment de coffre-fort,
 - se faire communiquer des informations,
 - conclure des contrats de prêt.
4. Les limitations quant à la gestion du patrimoine doivent être réalisables par la banque. Elles doivent être expressément énoncées dans le document et/ou stipulées par renvoi au mandat pour cause d'incapacité. Elles peuvent concerner des comptes ou dépôts spécifiques et les autorisations de signature correspondantes.
5. En cas de conflit entre les intérêts de la personne mandatée et ceux de la personne représentée, l'opération est invalidée, ce qui peut entraîner l'annulation de prestations effectuées.
6. Si le mandataire est en situation de conflit d'intérêts manifeste (art. 365 al. 2 et 3 CC) ou si une opération n'est pas couverte par le mandat, la banque est tenue de solliciter auprès du mandataire une confirmation de l'APEA avant d'exécuter l'ordre.
7. Dès lors que la personne représentée (client de la banque) est incapable de discernement, elle n'a aucun droit de disposition.

III. Représentation par le conjoint ou par le partenaire enregistré (art. 374, 376 CC)

8. Dès lors que les conditions de la représentation légale, en particulier l'incapacité de discernement attestée le cas échéant par un certificat médical, sont réunies, la légitimation du conjoint ou du partenaire enregistré² envers la banque découle de la loi. Si la banque a des doutes, notamment en l'absence de procuration bancaire toujours en vigueur, elle peut demander au conjoint ou au partenaire enregistré un document établi par l'APEA conformément à l'art. 376 al. 1 CC. Ce document confirme le pouvoir de représentation légal et peut prévoir des restrictions aux pouvoirs de représentation.
9. En vertu de la loi, la représentation par le conjoint ou le partenaire enregistré envers la banque se limite à deux domaines, à savoir:
 - «tous les actes juridiques habituellement nécessaires pour satisfaire les besoins de la personne incapable de discernement» (art. 374 al. 2 ch. 1 CC). Fait partie des «besoins» tout ce qui est nécessaire au client devenu incapable de discernement et à sa famille pour maintenir leur niveau de vie antérieur.
 - «l'administration ordinaire de ses revenus et de ses autres biens» de la personne incapable de discernement (art. 374 al. 2 ch. 2 CC). Il s'agit là d'actes effectués fréquemment et de manière habituelle, comme par exemple le paiement de factures pour des prestations de soins nécessaires et payantes, des travaux d'entretien, ou encore les commandes de réparations de biens meubles et immeubles.
10. Dans le cadre de la gestion ordinaire du patrimoine sont en principe autorisés tous les placements que le client concerné pourrait effectuer lui-même compte tenu de son profil de risque. Le conseil concernant les besoins du client, lesquels peuvent avoir évolué en raison de son incapacité de discernement, doit néanmoins être adapté aux connaissances et à l'expérience du représentant.
11. S'il existe des doutes quant au fait qu'une opération bancaire entre dans ce cadre, la banque peut suspendre l'exécution de ladite opération jusqu'à ce que l'APEA ait clarifié la situation conformément à l'art. 376 CC; elle peut aussi refuser d'effectuer l'opération et laisser au conjoint ou partenaire enregistré représentant le soin de se faire légitimer ou pas auprès de l'APEA (consentement selon l'art. 374 al. 3 CC ou document selon l'art. 376 CC).
12. Le conjoint ou le partenaire enregistré dispose d'un droit d'information sur la relation bancaire du client incapable de discernement dans la mesure où cela lui est nécessaire pour exercer son pouvoir légal de représentation au sens de l'art. 374 CC.

² Par souci de lisibilité, l'emploi du masculin fait indifféremment référence aux hommes et aux femmes dans les développements qui suivent. Ce texte s'applique donc aux personnes des deux sexes.

13. Dès lors que la personne représentée (client de la banque) est incapable de discernement, elle n'a aucun droit de disposition.

IV. Curatelles

14. La légitimation du curateur envers la banque se fait au moyen d'un extrait des considérants de la décision exécutoire de l'APEA ou d'un acte de nomination établi au regard de ce dernier.
15. La banque fournit au curateur toutes les informations requises pour l'établissement de l'inventaire (art. 405 al. 4 CC).

A. Curatelle d'accompagnement (art. 393 CC) et curatelle de représentation sans gestion du patrimoine (art. 394 CC)

16. En cas de curatelle d'accompagnement (art. 393 CC) ou de curatelle de représentation sans gestion du patrimoine (art. 394 CC), le client est seul titulaire du droit d'information et du droit de disposition, sous réserve instructions contraires de l'APEA quant au droit d'information sur la base de l'art. 392 ch. 3 CC ou dans le cadre de la curatelle de représentation.

B. Curatelle de représentation avec gestion du patrimoine (art. 394 combiné à l'art. 395 CC)

17. «Lorsque l'autorité de protection de l'adulte institue une curatelle de représentation ayant pour objet la gestion du patrimoine, elle détermine les biens» [ou les éléments des revenus] «sur lesquels portent les pouvoirs du curateur» [...] (art. 395 al. 1 CC). «Sans limiter l'exercice des droits civils de la personne concernée, l'autorité de protection de l'adulte peut la priver de la faculté d'accéder à certains éléments de son patrimoine» (art. 395 al. 3 CC). «L'autorité de protection de l'adulte peut limiter en conséquence l'exercice des droits civils de la personne concernée» (art. 394 al. 2 CC). «Même si la personne concernée continue d'exercer tous ses droits civils, elle est liée par les actes du curateur» (art. 394 al. 3 CC, compétence parallèle).
18. Le curateur est soumis aux dispositions de l'OGPCT ainsi qu'aux art. 416 et 417 CC.
19. S'agissant des prêts avec ou sans gage immobilier, il incombe au curateur de requérir le consentement de l'APEA pour tout changement significatif comme l'octroi de nouveaux prêts ou le relèvement de prêts existants (art. 416 al. 1 ch. 4, 5 et 6 CC), sauf si la personne concernée dispose de ses droits civils et donne son accord (art. 416 al. 2 CC) ou si le consentement n'est pas requis pour d'autres motifs (notamment art. 420 CC).
20. La personne représentée capable de discernement (client de la banque) et le curateur disposent du droit d'information.

C. Curatelle de portée générale (art. 398 CC)

21. En cas de curatelle de portée générale (art. 398 CC), seul le curateur dispose des droits de gestion et de disposition. Cela concerne en principe toutes les opérations bancaires, à l'exception des montants mis à la libre disposition de la personne concernée (art. 409 CC). La banque n'exécute pas les instructions que le client lui transmet lui-même, à moins qu'il agisse avec l'accord du curateur ou dans le cadre d'une procédure de recours (appel à l'APEA en vertu de l'art. 419 CC) sur la base d'une injonction de l'APEA en ce sens.
22. Le curateur est soumis aux dispositions de l'OGPCT ainsi qu'aux art. 416 et 417 CC.
23. S'agissant des prêts avec ou sans gage immobilier, il incombe au curateur de requérir le consentement de l'APEA pour tout changement significatif comme l'octroi de nouveaux prêts ou le relèvement de prêts existants (art. 416 al. 1 ch. 4 et 5 CC).
24. La personne représentée (client de la banque) ne dispose pas d'un droit d'information direct à l'égard de la banque.

D. Curatelle de coopération (art. 396 CC)

25. En cas de curatelle de coopération (art. 396 CC), il appartient à l'APEA de déterminer quelles opérations bancaires requièrent l'accord du curateur. La banque n'exécute les opérations nécessitant la coopération du curateur que si elle dispose de l'accord écrit de ce dernier en sus de l'ordre du client (signature à deux).
26. Un consentement de l'APEA au sens de l'art. 416 CC n'est pas requis.
27. Le client et le curateur disposent d'un droit d'information sur les opérations nécessitant la coopération du curateur.

E. Gestion des revenus et du patrimoine dans le cadre de mesures de protection des mineurs

28. Les constatations et recommandations figurant aux chiffres 14 et 17–20 (pour l'art. 394/395 CC) ainsi qu'aux chiffres 21–24 (pour l'art. 398 CC) ci-dessus s'appliquent par analogie à la gestion des revenus et du patrimoine de mineurs dans le cadre de curatelles au sens de l'art. 325 CC et de tutelles au sens de l'art. 327a CC.

V. L'OGPCT en général

29. Il incombe au curateur de solliciter le consentement de l'APEA dès lors que l'OGPCT le prévoit.
30. Sont en principe à considérer comme des «contrats sur le placement et la préservation des biens» au sens de l'art. 9 OGPCT les contrats standard et les formulaires libellés au nom de la personne concernée, comme par exemple:

- les contrats concernant la tenue d'un compte ou d'un dépôt,
 - les contrats de gestion de fortune.
31. La décision de l'APEA quant au pouvoir de signature du curateur ou de la personne concernée en vertu de l'art. 395 al. 1 et 3 CC ainsi que de l'art. 9 al. 2 OGPCT est communiquée par écrit à la banque au moyen d'un formulaire signé par l'APEA. Les banques mettent à disposition un formulaire à cet effet³.
 32. L'identification du client s'effectue conformément aux dispositions de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB). En vertu de l'art. 2 ch. 11 c) de la CDB14, l'APEA sera considérée comme une instance publique habilitée à émettre des attestations d'authenticité.
 33. Les contrats bancaires conclus avant l'institution d'une curatelle restent valables. Au besoin et dans le cadre des compétences légales (art. 391 al. 2, 392 ch. 1, 394 al. 1 et 3, 395 et 445 CC), ils peuvent toutefois être modifiés ou, le cas échéant, révoqués.

VI. Pouvoirs et mandats

34. Les pouvoirs préexistants de la personne concernée qui ne se sont pas éteints par la perte de l'exercice des droits civils en vertu de l'art. 35 al. 1 CO peuvent être révoqués par l'APEA ainsi que par le curateur dans le cadre de son domaine de compétence.
35. Lorsque la banque constate que son client est frappé d'une incapacité de discernement probablement durable, elle doit en informer l'APEA conformément à l'art. 397a CO pour autant que la démarche paraisse appropriée au regard de la sauvegarde de ses intérêts. Tel peut par exemple être le cas si le client, en raison de son incapacité de discernement, fait preuve d'un comportement contraire à ses intérêts lorsqu'il effectue des opérations bancaires.
36. Demeure réservé le droit d'aviser l'autorité prévu à l'art. 443 al. 1 CC.

VII. Initiatives propres de l'APEA

A. *En cas de renonciation à instituer une curatelle (art. 392 CC)*

37. Lorsque l'institution d'une curatelle paraît manifestement disproportionnée, l'APEA peut par exemple, en vertu de l'art. 392 ch. 3 CC, désigner une personne qualifiée qui aura un droit de regard et d'information sur la situation de la personne concernée en termes de revenus et de patrimoine. Pour recevoir des informations d'une banque, cette personne doit y avoir été expressément habilitée par l'APEA dans une décision exécutoire.

³ Le formulaire-type «Mise en œuvre du droit de signature auprès de la banque en cas de curatelle ou de tutelle» a été élaboré conjointement par l'ASB et la COPMA.

B. Dans le cadre de la surveillance d'une curatelle (art. 10 al. 3 OGPCT)

38. En vertu de l'art. 10 al. 3 OGPCT et «pour exercer sa surveillance sur une banque», l'APEA «peut demander en tout temps des informations sur les comptes, les dépôts et les assurances de la personne concernée et avoir accès aux pièces».
39. L'APEA communique sa demande à la banque en lui faisant parvenir une décision exécutoire.

C. Injonctions et mesures provisionnelles pendant la procédure d'enquête

40. La banque collabore à l'enquête de l'APEA (art. 446 et 448 al. 1 CC) et lui communique, sur la base d'une ordonnance de procédure, toutes les informations requises concernant le patrimoine de la personne présumée avoir besoin d'aide.
41. Dès que l'APEA est saisie d'un cas, elle peut, sur demande ou d'office, prendre toutes les mesures provisionnelles nécessaires pendant la durée de la procédure et notamment ordonner dans ce cadre une mesure de protection du mineur et de l'adulte à titre provisoire (art. 445 al. 1 CC). De même, lorsque l'APEA redoute qu'un curateur, un mandataire ou un époux ou partenaire enregistré chargé de la représentation légale ne prenne des décisions illicites, elle peut prendre des mesures provisionnelles et, en particulier, faire bloquer provisoirement auprès d'une banque les avoirs concernés jusqu'à ce qu'un (nouveau) curateur ait été nommé. L'APEA communique sa demande à la banque en lui faisant parvenir une décision exécutoire.
42. S'agissant des opérations non mentionnées dans la décision de l'APEA (et/ou extérieures au domaine de compétence du curateur), la banque peut considérer que le client n'est soumis dans l'exercice de ses droits civils à aucune autre limitation résultant de mesures de protection du mineur et de l'adulte dès lors que lesdites mesures n'ont pas été ordonnées antérieurement.

VIII. Caractère exécutoire des décisions de l'APEA

43. Les décisions de l'APEA valant preuve de droits et de compétences auprès des banques doivent être exécutoires.

IX. Gestion du patrimoine d'une personne sous curatelle après son décès

44. La curatelle prend fin de plein droit au décès de la personne concernée (art. 399 al. 1 CC). Il incombe à la banque de traiter la succession comme si le client n'avait pas été sous curatelle.

X. Entrée en vigueur

45. Les présentes Recommandations ont été adoptées par le Comité du Conseil d'administration de l'Association suisse des banquiers le 24 juillet 2013 et par le Comité de la Conférence des cantons en matière de protection des mineurs et des adultes le 10 juillet 2013. Elles entrent en vigueur immédiatement.

Bâle, le 25 juillet 2013

Mise en œuvre du droit de signature auprès de la banque en cas de curatelle ou de tutelle

Mise en œuvre de la décision du **TT.MM.JJJJ**

- Nouvelle relation d'affaires
 Changement de curateur/tuteur
 Changement de compétence de l'Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA)

Mesures

- Curatelle de représentation avec limitation de la capacité civile et/ou suppression du droit d'accès
 Curatelle/tutelle de portée générale
 Mesure provisionnelle
 Tutelle (art. 327a–c CC)
- Curatelle de représentation sans limitations
 Curatelle de coopération
 Suppression du droit d'accès tous comptes (y compris non connus)

Client	<input type="checkbox"/> Monsieur	<input type="checkbox"/> Madame	Curateur/tuteur
Nom/Prénom:	_____		
Adresse:	_____		
NPA/Localité:	_____		
Date de naissance:	_____		
Etat civil:	_____		
N° de client:	_____ (à compléter par la banque)		

Contrat de base

Signature: Client Curateur/tuteur APEA Collectivement

Produits

	Droit de disposition			
	Client	Curateur/tuteur	APEA	Collectivement
<input type="checkbox"/> «Compte argent de poche» n° _____	<input type="checkbox"/> Carte de compte avec NIP <input type="checkbox"/> Carte Maestro	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
<input type="checkbox"/> Compte personnel (opérations de paiement) n° _____	<input type="checkbox"/> Carte de compte avec NIP <input type="checkbox"/> Carte Maestro	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
<input type="checkbox"/> Compte d'épargne n° _____	<input type="checkbox"/> Carte de compte avec NIP	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
<input type="checkbox"/> Autre type de compte n° _____		<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
<input type="checkbox"/> Autre type de compte n° _____		<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

Produits	Droit de disposition			
	Client	Curateur/ tuteur	APEA	Collective- ment
<input type="checkbox"/> Compte prévoyance individuelle liée (pilier 3a) n° _____	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
<input type="checkbox"/> Dépôt de titres (y compris compte de capital) n° _____	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
<input type="checkbox"/> E-banking				
<input type="checkbox"/> Nouveau contrat	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
<input type="checkbox"/> Contrat n° _____	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
<input type="checkbox"/> Contrat de crédit de base n° _____	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
<input type="checkbox"/> Comp. de coffre-fort n° _____ à _____ (filiale)	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
<input type="checkbox"/> _____	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

- Par les présentes et conformément à l'art. 9 de l'Ordonnance sur la gestion du patrimoine dans le cadre d'une curatelle ou d'une tutelle (OGPCT), l'Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte valide les contrats susmentionnés.

Remarques

Dès lors que le droit de disposition est reconnu au client ou au curateur/tuteur, celui-ci peut disposer librement des avoirs dans le cadre de ses pouvoirs légaux. La banque n'a pas d'obligation de contrôle.

Le «compte argent de poche» intègre le montant mis à la libre disposition de la personne concernée en vertu de l'art. 409 CC.

Il incombe au curateur/tuteur de requérir les éventuels consentements prévus aux art. 416 et 417 CC.

L'APEA confirme que les décisions susmentionnées sont exécutoires.

Annexes: Acte de nomination ou considérants de la décision de l'APEA (extrait)

Lieu et date/Référence

Signature Autorité de protection
de l'enfant et de l'adulte

Lieu et date/Référence

Signature curateur

Ce texte s'applique indifféremment aux hommes et aux femmes. Juillet 2013

Formulaire-type en application du chiffre 31 des Recommandations de l'ASB et de la COPMA relatives à la gestion du patrimoine conformément au droit de la protection des mineurs et des adultes, juillet 2013.

Résumé de jurisprudence (filiation et protection de l'adulte) mars à juin 2014¹

par Philippe Meier, docteur en droit et avocat, professeur ordinaire à l'Université de Lausanne
(version allemande Thomas Häberli, avocat, juge au Tribunal administratif, Berne)

A. Constitution fédérale et CEDH²

RJ 66-14

Reconnaissance d'une filiation établie à l'étranger par maternité de substitution

Arrêts de la Cour EDH Mennesson c. France et Labassee c. France du 26 juin 2014:

1. Recours à une mère porteuse aux Etats-Unis. Refus de transcription à l'état civil français selon la jurisprudence de la Cour de cassation. En outre, impossibilité pour le père d'intention (également père biologique) de faire reconnaître sa paternité. **2.** Les difficultés pratiques auxquelles sont confrontés les parents du fait de l'absence de reconnaissance des actes étrangers ne dépassent pas les limites qu'impose le respect de la vie familiale; pas de violation de l'art. 8 CEDH à leur endroit. **3.** En revanche, violation du droit à la vie privée des enfants: ceux-ci sont placés dans une situation d'incertitude juridique (impossibilité d'obtenir la nationalité française; impossibilité d'hériter en droit français); cette analyse est renforcée ici par le fait que le père d'intention est aussi le père biologique et que la reconnaissance de ce lien est un élément important pour l'identité des enfants. Le refus français n'est pas conforme à leur intérêt supérieur. Violation de l'art. 8 CEDH.

Remarque: un arrêt (pris à l'unanimité) sans nuance et mal motivé, que nous regrettons au plus haut point (les développements déterminants se trouvent aux §§ 96–101 de l'arrêt Mennesson, aux §§ 75–80 de l'arrêt Labassee). Sans vouloir refaire ici le débat pour ou contre la reconnaissance des filiations établies à l'étranger dans ces circonstances, trois observations s'imposent: a) la Cour met un accent disproportionné sur l'impossibilité d'obtenir la nationalité des parents

¹ Cette 32^{ème} édition du Résumé de jurisprudence couvre en principe les arrêts rendus ou/et publiés de mars à juin 2014. Pour les résumés précédents, cf. RDT 2003 117 et 409, RDT 2004 93 et 239, RDT 2005 113 et 249, RDT 2006 75, 183 et 292, RDT 2007 70, 192 et 296, RDT 2008 199, 352 et 476, RDT 2009 102, 245 et 390, RMA 2010 123, 292 et 445, RMA 2011 116, 288 et 471, RMA 2012 100, 290 et 457, RMA 2013 79, 281 et 423, RMA 2014 113. L'Arrêt RJ 28-14 est publié aux ATF 140 III 92, l'Arrêt RJ 39-14 aux ATF 140 III 49, l'Arrêt RJ 46-14 aux ATF 140 III 97 et l'Arrêt RJ 53-14 aux ATF 140 III 101. La lettre après la référence de l'arrêt fédéral (d/f/i) indique la langue de celui-ci.

² Arrêts CEDH consultables en ligne à l'adresse <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/Pages/search.aspx#>. Les arrêts de Chambre ne sont pas définitifs: un renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre peut être demandé. Le lecteur est invité à vérifier le caractère définitif de l'arrêt résumé sur le site de la Cour EDH. Sauf indication contraire, les arrêts sont des arrêts de Chambre.

d'intention (or ici, les enfants ne sont pas apatrides, mais détenteurs d'un passeport américain) et sur l'impossibilité d'hériter (que la Cour n'oppose pas à la commercialisation du fœtus permise par la maternité de substitution); *b*) la Cour relève l'absence de tout consensus en Europe: la gestation pour autrui est interdite dans 15 Etats de manière expresse; dans 10, elle est interdite selon les dispositions générales, ou non tolérée, ou son sort est incertain; elle est expressément autorisée dans 7 Etats et semble tolérée dans 4 autres. Quant à la reconnaissance juridique du lien étranger avec les parents d'intention, elle est possible dans 13 Etats, apparemment possible dans 11, exclue dans 11 autres. Malgré cette situation hautement contrastée, la CourEDH impose une solution rigoureuse, sans égards pour le débat éthique toujours en cours; *c*) la protection de la dignité des mères porteuses est totalement absente des développements juridiques. Or nous sommes persuadés que la transcription de tels actes étrangers ne doit être possible que dans des circonstances dans lesquelles il est établi que le processus est intervenu en toute transparence, sans exploitation de la misère sociale, économique ou psychologique de la mère porteuse. La CourEDH ne paraît pas envisager une telle solution «au cas par cas» (en Suisse, dans le cadre de l'application de l'art. 27 LDIP).

RJ 67-14

Délai pour l'action en constatation de paternité après la majorité

Arrêt de la CourEDH Konstantinidis c. Grèce du 3 avril 2014:

1. Action en recherche de paternité exercée en 2003, soit 4 ans après l'échéance du délai selon le droit grec (le droit s'éteint un an après la majorité). **2.** Le délai n'est pas déraisonnable. Il ménage un équilibre entre la protection de l'enfant (en lui permettant de pallier l'absence d'action durant la minorité) et celle du père présumé, et évite de laisser planer pendant longtemps une incertitude quant à la situation familiale et patrimoniale (notamment successorale). **3.** De plus, le délai peut être suspendu ou restitué en cas de force majeure. **4.** Le cas présent doit être distingué des affaires *Phinikaridou c. Chypre* (2007) et *Grönmark c. Finlande* (RJ 93-10). En effet, le requérant n'était pas au bénéfice d'une preuve certaine par ADN et le délai n'était en aucun cas rigide.

Remarque: le droit suisse connaît un même délai, susceptible de restitution (art. 263 al. 1 ch. 2 CC). La Cour justifie aussi (§ 54) le délai par le souci d'éviter la disparition des preuves. Lorsque l'on sait qu'une certitude peut être obtenue très simplement par un test ADN (y compris post-mortem, cf. RJ 71-06), l'argument étonne. Il apparaît dans le cas d'espèce que le requérant avait attendu deux ans après avoir obtenu l'information de sa mère. La Cour lui reproche également d'avoir attendu si longtemps. En droit suisse, le délai de grâce accordé pour les actions de la filiation est en principe de 4 semaines dès la disparition de l'empêchement (par ex. RJ 08-14). Dans une très intéressante opinion concordante, les juges Laffranque et Turkovic en appellent à une révision par les législateurs nationaux des délais de prescription et notamment à l'allongement, voire à la suppression du délai d'un an post-majorité. Ils rappellent de plus (cf. aussi notre remarque ad RJ 02-12) que le simple établissement du lien biologique devrait être

autorisé sans limitation de durée, à titre de remède subsidiaire, lorsque l'action en recherche de paternité est prescrite. C'est le cas en droit suisse (ATF 134 III 241; *Meier/Stettler*, Droit de la filiation, Zurich 2014, N 382 ss).

RJ 68-14

Droit d'information et de contact de la mère naturelle une fois l'enfant adopté

Arrêt de la CourEDH I.S. c. Allemagne du 5 juin 2014:

1. Consentement à l'adoption de deux jumelles nées d'une liaison extra-conjugale. Accord (contesté) avec les futurs parents adoptifs sur le fait que la mère biologique recevrait chaque année un compte-rendu avec photographies. Adoption prononcée. **2.** Rejet de l'action en annulation du consentement. **3.** Demande de contacts réguliers. **4.** La mère biologique ne s'est occupée des enfants que pendant deux semaines. On pourrait contester l'existence d'une vie familiale (art. 8 CEDH), mais en tout état de cause l'intéressée peut invoquer une atteinte à sa vie privée. **5.** La mère a abandonné tous ses droits par le consentement à l'adoption, la loi ne prévoyant pas de droit de contact. Un éventuel intérêt supérieur de l'enfant pourrait permettre de justifier des contacts, mais la mère n'avait vécu ici que deux semaines avec les enfants. **6.** Que les parents adoptifs aient pu donner des raisons de croire à une adoption «semi-ouverte» n'y change rien: la mise en œuvre dépend de la seule volonté des parents adoptifs selon le droit allemand. La mère biologique avait reçu tous les conseils juridiques nécessaires sur les effets de son consentement. **7.** La CourEDH estime proportionnée la décision faisant primer les intérêts privés et familiaux de la famille d'adoption dans un tel cas.

Remarque: l'art. 268f de l'Avant-projet de révision du droit de l'adoption (2013) prévoit que «les parents adoptifs et les parents biologiques peuvent convenir que ces derniers ont le droit d'entretenir avec l'enfant mineur des relations personnelles indiquées par les circonstances. Si l'enfant est capable de discernement, son consentement est requis. Cette convention ne peut être ni modifiée ni annulée unilatéralement. En cas de divergence, l'autorité de protection de l'enfant statue». Une telle convention devrait être ratifiée par l'autorité, ce que l'Avant-projet ne prévoit pas en l'état.

RJ 69-14

Possibilité d'imposer une autorité parentale conjointe au parent qui n'en veut pas (droit d'avant le 1^{er} juillet 2014)?

Arrêt de la CourEDH Buchs c. Suisse du 27 mai 2014:

1. Suites de l'Arrêt du TF 5A_420/2010, porté devant la CourEDH, auquel le TF faisait référence dans sa jurisprudence ultérieure. **2.** Les autorités nationales disposent d'une large marge d'appréciation lorsqu'elles statuent sur les droits parentaux. **3.** Après avoir constaté l'absence de consensus entre les Etats sur les conditions d'attribution de l'autorité parentale, la Cour note que l'affaire a fait l'objet d'une instruction complète au sens de l'art. 8 CEDH; les tribunaux suisses ont notamment attribué une place déterminante à l'intérêt de l'enfant et procédé à un examen approfondi. Dès lors, le fait d'exclure dans le cas d'espèce l'autorité parentale conjointe lorsqu'un parent oppose son veto entre dans la large marge

d'appréciation laissée aux autorités nationales, compte tenu aussi de l'absence de consensus à cet égard et des circonstances concrètes du cas, où les experts eux-mêmes estimaient que l'autorité parentale conjointe n'était pas indiquée et où le père bénéficiait quoi qu'il en soit d'un très large droit de visite (§ 55). **4.** Le requérant n'a pas suffisamment motivé son grief d'inégalité de traitement par rapport à un père non marié, puisque le droit suisse (d'avant le 1^{er} juillet 2014) exige une requête commune indépendamment de l'état civil des parents; de surcroît, chacun des parents mariés peut, au moment du divorce, s'opposer à l'autorité parentale conjointe (l'exigence légale ayant pour but de les obliger à montrer leur volonté de coopération après le divorce) et il n'y a donc pas de discrimination fondée sur le sexe.

Remarque: dans ses arrêts *Zaunegger c. Allemagne* (2009, RJ 02-10) et *Sporer c. Autriche* (2011, RJ 02-11), la Cour avait constaté une inégalité de traitement pour les couples non mariés par rapport aux couples mariés et divorcés. Ici, dans la mesure où le droit suisse ne donnait pas cette possibilité aux parents non mariés avant le 1^{er} juillet 2014, un père divorcé ne pouvait pas se plaindre d'une inégalité de traitement. Si le raisonnement est cohérent sous l'angle de l'art. 14 CEDH, il est regrettable que la Cour n'ait pas examiné plus avant la compatibilité de principe de l'art. 133 al. 3 aCC avec l'art. 8 CEDH. Il est vrai que l'affaire s'y prêtait mal et que l'intérêt de l'enfant pouvait ici justifier le refus d'autorité parentale conjointe (d'autant que l'instruction avait été approfondie). Tout au plus peut-on regretter le caractère sommaire et confus de l'examen de droit comparé mené par la CourEDH (§§ 22–24 de l'arrêt), sur lequel elle se fonde pourtant en partie pour constater l'absence de consensus entre Etats parties.

RJ 70-14

Enfant mort-né éliminé comme un déchet hospitalier

Arrêt de la CourEDH Maric c. Croatie du 12 juin 2014:

1. Elimination d'un enfant mort-né (au 9^{ème} mois de grossesse). Les parents ne souhaitent pas la dépouille et laissent le soin à l'hôpital de s'occuper de l'enterrement. Le cadavre est autopsié, puis éliminé comme un déchet hospitalier. **2.** La CourEDH juge que cette élimination était contraire au droit interne, notamment parce que le fœtus avait plus de 22 semaines. Le fait que le droit ne prévoit aucune réglementation cohérente, notamment sur l'information des parents, est lui aussi contraire à l'art. 8 CEDH.

RJ 71-14

Non-respect d'un calendrier de visites

Arrêt de la CourEDH Krasicki c. Pologne du 15 avril 2014:

1. Diverses démarches (tribunaux, tuteurs, police, école) pour faire respecter un calendrier de visites, avec un succès mitigé vu l'hostilité de la mère. Procédure en cours pour obtenir le placement des enfants (en attendant, ils vivent toujours avec leur mère). **2.** Non-violation de l'art. 8 CEDH.

Remarque: pour un cas semblable, cf. l'Arrêt de la CourEDH *P.K. c. Pologne du 10 juin 2014*. Dans l'Arrêt *Z.J. c. Lituanie du 29 avril 2014*, la CourEDH a estimé que le refus de restitution de la garde au père des enfants (ceux-ci ayant été

placés chez un cousin de son épouse au moment du décès de cette dernière, parce qu'il ne pouvait pas s'en occuper) n'était pas contraire à l'art. 8 CEDH (comp. art. 310 al. 3 CC).

B. Code civil³

1. Filiation

1.1 Établissement de la filiation

RJ 72-14

Contestation de la reconnaissance: pesée d'intérêts

Arrêt du TF 5A_939/2013 du 5 mars 2014 (f):

1. L'action en contestation de la reconnaissance (art. 260a CC) est un droit strictement personnel de l'enfant, qu'il peut exercer seul s'il a la capacité de discernement (art. 19c al. 1 CC); à défaut, il doit pouvoir agir par le ministère d'un curateur de représentation. **2.** L'autorité doit déterminer si l'ouverture de l'action est conforme à l'intérêt de l'enfant, en comparant sa situation avec ou sans la reconnaissance (ATF 121 III 1; Arrêt 5A_593/2011, RJ 54-12; cf. aussi RJ 91-11 et RJ 102-09). Elle doit tenir compte des conséquences d'ordre tant psycho-social que matériel, par exemple la perte du droit à l'entretien et des expectatives successorales; il ne sera pas dans l'intérêt de l'enfant d'introduire une telle action lorsqu'il est incertain qu'il puisse avoir un autre père légal, lorsque la contribution d'entretien serait notablement moindre, lorsque la relation étroite entre l'enfant et ses frères et sœurs serait sérieusement perturbée et lorsqu'il n'y a pas lieu d'admettre que l'enfant serait en mesure d'entretenir une relation positive sur le plan socio-psychique avec son géniteur. **3.** La décision de nommer un curateur à l'enfant suppose ainsi une pesée d'intérêts de la part de l'autorité. En outre, la notion d'intérêt de l'enfant étant une notion juridique indéterminée, le TF s'impose également une certaine retenue s'agissant de son interprétation. **4.** L'autorité cantonale a procédé conformément aux exigences jurisprudentielles. Elle a notamment comparé les liens noués avec le père juridique, considérés comme suivis et stables, et l'impossibilité vraisemblable d'établir l'identité exacte de son père biologique. L'existence d'un conflit parental, pour autant qu'il soit établi, concerne la garde de l'enfant et les relations personnelles du parent non gardien, et non l'intérêt de l'enfant à conserver un lien de filiation juridique avec son père.

RJ 73-14

Affaire Juggi, toujours ... (cf. déjà RJ 10-13 et 09-14)

Arrêt du TF 5F_1/2014 du 18 février 2014 (f):

1. Refus de la demande de révision déposée par l'épouse et le fils du père biologique, contre les Arrêts 5A_518/2011, RJ 10-13 et 5A_585/2013, RJ 09-14; cf. les

³ Les arrêts résumés couvrent parfois plusieurs sujets. Ils ne figurent toutefois qu'une seule fois dans la présente chronique. Certains développements relatifs au droit de visite peuvent ainsi se trouver dans des arrêts résumés dans la sous-rubrique «entretien».

doutes que nous exprimions dans la remarque ad RJ 09-14. **2.** Le TF n'avait pas à tenir compte d'office du grief d'autorité de la chose jugée du jugement de 1948 écartant la paternité. Les parties doivent soulever tous les griefs qu'ils souhaitent voir traités de façon que le TF soit en mesure de rendre une décision finale qui clôt le litige. Les recourants ne peuvent s'en prendre qu'à eux-mêmes s'ils ont abandonné un grief. **3.** Sur le fond, même s'il constate n'avoir pas pu entrer en matière sur cette question (dès lors qu'elle n'avait pas été soulevée dans la cause 5A_518/2011 et qu'elle ne pouvait l'être dans la cause 5A_585/2013), le TF relève qu'une action en paternité était possible malgré un jugement antérieur. Le Message du Conseil fédéral relatif au nouveau droit de la filiation prévoyait expressément que «le nouveau droit d'intenter action doit cependant, pour respecter l'égalité devant la loi, être accordé également à l'enfant qui l'a déjà fait, mais dont l'action a été rejetée pour un motif que ne retient pas le nouveau droit» (FF 1974 II p. 104).

1.2 Effets de la filiation

1.2.1 *Autorité parentale et garde, relations personnelles*

RJ 74-14

Garde alternée imposée? Une jurisprudence courageuse tuée dans l'œuf!

Arrêt du TF 5A_866/2013 du 16 avril 2014 (f):

1. Attribution d'une garde alternée en mesures provisionnelles (préconisée par l'expert) contre l'avis de la mère, notamment par référence à l'avis émis par *Ph. Meier* (RJ 60-12) et au nouveau droit de l'autorité parentale entrant en vigueur le 1^{er} juillet 2014. **2.** Rappel de la jurisprudence fédérale. La garde alternée est la situation dans laquelle les parents exercent en commun l'autorité parentale, mais se partagent la garde de l'enfant de manière alternée pour des périodes plus ou moins égales. Elle s'inscrit dans le cadre de l'exercice conjoint de l'autorité parentale (art. 133 al. 3 aCC) qui constituait (avant le 1^{er} juillet 2014) une exception au principe de l'attribution de l'autorité exclusive. Même dans le cas où les parents requièrent conjointement le maintien de l'exercice en commun de la garde après le divorce et soumettent à la ratification du juge une convention, l'admissibilité d'un tel accord doit être appréciée sous l'angle du bien de l'enfant et dépend essentiellement des circonstances du cas particulier, telle que la capacité de coopération des parents (par ex. Arrêt 5A_196/2013, RJ 82-13). **3.** Dans le cas d'espèce, le TF estime que ni l'expertise ni le jugement ne permettent de déterminer quel est l'intérêt des enfants, la situation des parents ayant retenu toute l'attention; le jugement est donc arbitraire (art. 9 Cst. féd.). **4.** Vu la jurisprudence actuelle, qui laisse ouvert le point de savoir si la seule référence à l'absence de consentement des deux parents au maintien de l'autorité parentale conjointe ou à la garde alternée est suffisante, l'opposition d'un parent doit être examinée comme l'une des circonstances importantes à prendre en considération. Bien que la seule opposition d'un parent ne suffise peut-être pas à faire échec à l'application de la garde conjointe, l'absence de consentement de l'un des parents laisse entendre que ceux-ci ont de la difficulté à trouver un accord sur des questions

importantes concernant leur enfant. Or *Meier* (loc. cit.) ne préconise pas de contourner sans réserve l'opposition d'un parent, mais de relativiser ce veto avec le critère essentiel du bien de l'enfant et les autres circonstances.

Remarque: l'arrêt est très sévère, alors qu'il n'est rendu que sous l'angle de l'arbitraire. Au consid. 5.2, le TF rappelle le large pouvoir d'appréciation laissé à l'autorité cantonale ... mais n'en tient ensuite plus aucun compte! On ne saurait considérer, alors même que la garde alternée était préconisée par l'expert, que l'autorité cantonale avait à ce point omis de mettre l'intérêt de l'enfant au centre et statué en fonction du seul intérêt des parents.

RJ 75-14

Droits parentaux en mesures protectrices de l'union conjugale – arbitraire

Arrêt du TF 5A_825/2013 du 28 mars 2014 (f):

1. Père se consacrant à des projets musicaux (cours, concerts); mère psychiatre, travaillant comme indépendante à 65% en cabinet. Un enfant majeur, un enfant âgé de 10 ans. **2.** La règle fondamentale pour l'attribution du droit de garde en mesures protectrices est l'intérêt de l'enfant. Rappel des différents critères applicables. **3.** Pour apprécier ces critères, le juge du fait dispose d'un large pouvoir d'appréciation. Dans les recours limités à l'arbitraire, le TF n'intervient que si le juge s'est écarté sans motif des principes établis par la doctrine et la jurisprudence, lorsqu'il s'est fondé sur des faits qui ne devaient jouer aucun rôle pour la solution du cas d'espèce, ou lorsque, au contraire, il n'a pas tenu compte de circonstances qui auraient impérativement dû être prises en considération. **4.** En l'espèce, l'autorité cantonale a versé dans l'arbitraire en attribuant la garde de l'enfant à l'intimée. Elle a tout d'abord ignoré le critère de stabilité, d'un poids particulier lorsque les capacités des parents sont équivalentes: le recourant a, depuis la naissance de l'enfant cadet, travaillé à domicile à un pourcentage d'environ 25%, tandis que l'intimée a travaillé à 80%, puis à 65% dès les 6 ans de cet enfant. Par ailleurs, l'intimée a fini par quitter le domicile conjugal sans son fils et au moment où l'autorité cantonale a statué, l'enfant avait demeuré depuis plus de 6 mois avec son père au domicile conjugal. **5.** L'autorité cantonale semble avoir accordé un poids particulier à la disponibilité de la mère le mercredi (jour de congé de l'enfant). Ce critère doit fortement être relativisé, compte tenu du fait que le recourant peut lui aussi adapter ses horaires en fonction des besoins de l'enfant, notamment pour être présent durant les repas, que l'enfant, âgé d'une dizaine d'années, est doué d'une certaine autonomie, et, enfin et surtout, que le recourant travaille non seulement à domicile mais aussi à un pourcentage moins élevé que l'intimée. De plus, comme un large droit de visite doit de toute façon être instauré en faveur du parent non gardien également durant la semaine, la prise en charge de l'enfant les mercredis peut se régler par le droit de visite. **6.** L'autorité cantonale ne peut pas être suivie dans sa méthode consistant à d'abord décider que le recourant doit augmenter son taux d'activité, alors que l'intimée ne travaille qu'à 65% et pourrait vraisemblablement augmenter son taux d'activité au vu de sa qualité d'indépendante, puis à décider de l'attribution de la garde de l'enfant: il faut, bien au contraire, attribuer la garde notamment en

fonction du critère de la disponibilité actuelle, puis décider d'une éventuelle augmentation du taux d'activité du parent gardien sur la base de l'art. 163 CC, lors de la fixation des contributions d'entretien à la famille, si les ressources manquent. *Remarque*: à noter que le TF modifie aussi les détails du droit de visite (dans un recours limité à l'arbitraire!) afin d'éviter à l'enfant des déplacements trop fréquents les semaines. Cf. aussi l'*Arrêt du TF 5A_720/2013 du 4 mars 2014 (d)* ainsi que l'*Arrêt du TF 5A_57/2014 du 16 mai 2014 (d)* pour un rappel de la jurisprudence relative à l'attribution du droit de garde en mesures protectrices et au renoncement à une expertise par appréciation anticipée des preuves.

RJ 76-14

Expertise et recours au TF

Arrêt du TF 5A_187/2014 du 9 mai 2014 (d):

Le parent qui s'oppose à ce que l'enfant soit soumis, dans le cadre d'une procédure de divorce, à une expertise pédo-psychiatrique ne subit pas un risque de préjudice irréparable ouvrant la voie au recours en matière civile au TF contre cette décision préjudicielle (art. 93 al. 1 lit. a LTF).

RJ 77-14

Respect du droit de visite par le parent non gardien et art. 291 CC

Arrêt du TF 5A_173 et 5A_174/2014 du 6 juin 2014 (f):

1. Le droit aux relations personnelles doit servir en premier lieu l'intérêt de l'enfant. Le critère déterminant pour l'octroi, le refus et la fixation des modalités du droit de visite est le bien de l'enfant, et non une éventuelle faute commise par le titulaire du droit. **2.** L'appréciation des circonstances de fait pour fixer le droit aux relations personnelles, c'est-à-dire la détermination de leur portée juridique, est une question de droit. Le TF s'impose toutefois une certaine retenue. Le juge du fait qui, par son expérience en la matière, connaît mieux les parties et le milieu dans lequel l'enfant évolue, dispose d'un large pouvoir d'appréciation en vertu de l'art. 4 CC. **3.** En l'espèce, le père n'a exercé son droit de visite que de manière irrégulière en 2013. Or le respect des modalités du droit de visite est un élément important pour la stabilité et le bon développement des enfants. Réduction du droit de visite confirmée. **4.** L'avis aux débiteurs (art. 291 CC) constitue une mesure particulièrement incisive, qui suppose un défaut caractérisé de paiement. Une omission ponctuelle ou un retard isolé de paiement sont insuffisants: il faut disposer d'éléments permettant de retenir de manière univoque qu'à l'avenir, le débiteur ne s'acquittera pas de son obligation, ou du moins qu'irrégulièrement et ce indépendamment de toute faute de sa part. Des indices en ce sens sont suffisants s'ils reposent sur des circonstances concrètes; le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation.

RJ 78-14

Droit à l'information (art. 275a CC)

Arrêt du TF 5A_518/2013 du 27 mai 2014 (i) (destiné à la publication):

1. Le droit à l'information de l'art. 275a CC n'est pas inconditionnel. Le parent non détenteur de l'autorité parentale qui ne se préoccupe pas du bien de l'enfant

(parce qu'il n'exerce pas ou que peu son droit de visite) peut s'en voir privé; il en va de même lorsque le droit ne peut être imposé au détenteur de l'autorité parentale en raison d'un conflit grave et persistant entre les parents. Demeure réservé le droit pour l'intéressé d'obtenir des renseignements directement des tiers qui participent à la prise en charge de l'enfant. **2.** Dans le cas d'espèce, le père avait obtenu les renseignements nécessaires de l'école par oral, de sorte qu'il était disproportionné pour lui de demander une copie des livrets scolaires à l'autre parent. Il n'avait au demeurant pas établi que l'école elle-même lui aurait refusé les documents demandés.

Remarque: arrêt très curieux et motivation légère ... Il n'est pas une seule fois fait référence à l'art. 275a al. 3 CC: or, pour refuser le droit à l'information, il faut des circonstances analogues à celles de l'art. 274 al. 2 CC, soit une situation relativement grave. A notre sens, la barre doit être placée plus haut que pour le droit de visite, notamment s'agissant du conflit interparental: on ne voit pas pourquoi le fait de devoir remettre des documents sur le parcours scolaire de l'enfant pourrait accentuer ce conflit au point de mettre le bien-être de l'enfant en danger. Au contraire, c'est l'opacité et le refus de transparence qui alimentent les craintes du parent non gardien. S'il n'était apparemment pas démontré que l'école avait refusé de fournir les informations, il n'était pas établi non plus qu'elle allait les donner; il n'y avait pas de raison de déroger au principe qui veut que le premier débiteur de l'information soit le parent gardien: à lui d'établir que la demande était disproportionnée parce que les renseignements pouvaient être très facilement obtenus des tiers. Les renseignements oraux ne sauraient par ailleurs remplacer la valeur «officielle» d'un livret scolaire.

RJ 79-14

Compétence de l'autorité de protection pour modifier la réglementation des relations personnelles (jugement de divorce étranger)

Arrêt du TF 5A_40/2014 du 17 avril 2014 (d):

1. Jugement de divorce allemand ne se prononçant pas sur le droit de visite; au motif que la décision suisse sur mesures protectrices serait devenue caduque à la suite du jugement et qu'aucune procédure de complément n'est pendante en Suisse, l'autorité de protection estime qu'elle n'a pas compétence pour donner des instructions sur l'exercice du droit de visite. **2.** L'art. 276 al. 2 CPC s'applique aussi lorsque le jugement est prononcé à l'étranger; les mesures protectrices sont demeurées en vigueur faute pour le juge étranger d'avoir statué sur les relations personnelles. **3.** En l'espèce, dans la mesure où la mère et l'enfant avaient leur résidence habituelle en Suisse au moment du divorce (et l'ont conservée depuis), les autorités judiciaires et administratives suisses sont compétentes pour statuer sur les relations personnelles entre l'enfant et son père (art. 3 lit. b et 5 al. 1 de la CLaH 96). **4.** A défaut de toute procédure matrimoniale en Suisse, l'autorité de protection est matériellement compétente (art. 275 al. 1 CC) pour modifier ou compléter la décision sur mesures protectrices. La solution est identique si l'on se fonde sur l'art. 307 CC.

RJ 80-14**Suite de l'Arrêt 5A_350/2013, RJ 85-13; compétences locales spéciales**

Arrêt du TF 5A_836/2013 du 18 mars 2014 (d):

1. Compétence locale spéciale des autorités de l'Etat appelé à statuer sur une demande en divorce ou en séparation de corps selon l'art. 10 CLaH 96. Par séparation de corps, on entend l'institution réglée aux art. 117 s. CC et 59 ss LDIP. La disposition n'est pas applicable à une procédure de séparation en mesures protectrices de l'union conjugale, régie par l'art. 46 LDIP. La question peut cependant être laissée ouverte in casu, car le recours est de toute manière mal fondé. **2.** Confirmation de la décision d'attribution de la garde au père, bien que celui-ci ait fait l'objet d'une procédure de retour après avoir emmené sa fille en Allemagne sans l'accord de la mère.

1.2.2 Entretien**RJ 81-14****Modification de l'entretien de l'enfant et questions procédurales en cas de subrogation partielle de la collectivité publique**

Arrêt du TF 5A_634/2013 du 12 mars 2014 (f):

1. Rappel de la jurisprudence relative à la fixation (art. 285 CC) et à la modification (art. 286 al. 2 CC) de l'entretien. **2.** Le moment déterminant pour apprécier si un fait nouveau s'est produit est la date du dépôt de la demande de modification. La survenance d'un fait nouveau – important et durable – n'entraîne pas automatiquement une modification de la contribution. Ce n'est que si la charge d'entretien devient déséquilibrée entre les deux parents, vu les circonstances prises en compte dans le jugement précédent, en particulier si cette charge devient excessivement lourde pour le parent débirentier qui a une condition modeste, qu'une modification de la contribution entre en considération. Le juge ne peut pas se limiter à constater une modification dans la situation d'un des parents; il doit procéder à une pesée des intérêts respectifs de l'enfant et de chacun des parents. Lorsque ces conditions sont remplies, le juge doit fixer à nouveau la contribution d'entretien, après avoir actualisé tous les éléments pris en compte pour le calcul dans le jugement précédent. Pour que le juge puisse procéder à cette actualisation, il n'est pas nécessaire que la modification survenue dans ces autres éléments constitue également un fait nouveau. **3.** Lorsque l'un des parents, ou les deux, ne fournissent pas tous les efforts que l'on peut attendre d'eux pour assumer leur obligation d'entretien, le juge peut s'écarter du revenu effectif des parties et imputer un revenu hypothétique supérieur, tant au débiteur de l'entretien qu'au parent gardien. Rappel des exigences de la jurisprudence et des conditions permettant, en présence de situations financières modestes, d'imputer à l'intéressé un revenu basé sur une profession qu'il n'aurait pas eu à accepter selon les règles prévalant en matière d'assurances sociales (ATF 137 III 118). **4.** L'opinion de l'autorité cantonale selon laquelle, compte tenu de ses obligations d'entretien envers ses enfants mineurs, le débiteur peut être raisonnablement tenu d'intensifier ses recherches visant des emplois moins qualifiés, n'appa-

raît pas critiquable, quand bien même il a déjà effectué des recherches en ce sens (imputation d'un salaire mensuel net de CHF 4500.–, alors que l'intéressé est à l'aide sociale depuis plusieurs années). **5.** Selon l'art. 289 al. 2 CC, la prétention à la contribution d'entretien passe avec tous les droits qui lui sont rattachés à la collectivité publique lorsque celle-ci assume l'entretien de l'enfant (subrogation légale, art. 166 CO). L'art. 289 al. 2 CC vise en particulier les prestations de l'assistance publique ou de l'aide sociale, y compris les avances. Il inclut aussi bien les prestations futures que celles versées par le passé. **6.** La collectivité publique qui procède en qualité de cessionnaire légal a notamment le droit de réclamer l'entretien en justice, de demander la modification de la contribution alimentaire, de faire aviser les tiers débiteurs et d'exiger des sûretés. **7.** Lorsque la collectivité publique fournit une aide qui se situe en deçà de la prétention à l'entretien de l'enfant, elle n'est subrogée que jusqu'à concurrence des prestations versées pour le surplus, l'enfant conserve la qualité de créancier des contributions d'entretien dues par les père et mère. Mais, il est opportun de coordonner la conduite du procès par les parties et celle effectuée par le juge, de même que d'assurer une représentation commune de l'enfant et de la collectivité publique. **8.** L'action en modification du jugement de divorce du parent débirentier est dirigée contre l'enfant (ou son représentant) et contre la collectivité publique lorsque celle-ci est subrogée dans la prétention de l'enfant à une contribution d'entretien. Lorsque la collectivité publique n'est que partiellement subrogée dans les droits de l'enfant, celui-ci garde la qualité de créancier, et donc la «légitimation passive», pour le surplus. **9.** In casu, l'action en modification du jugement de divorce a été intentée exclusivement contre la mère des enfants. L'autorité cantonale ne pouvait toutefois inviter le service social à participer à l'instance, le CPC ne le prévoyant pas. Les maximes inquisitoire et d'office ne lui permettaient au surplus pas non plus de revoir la part avancée par ledit service, dès lors que celui-ci n'était pas partie à la procédure. En revanche, selon ces principes, il incombait aux juges précédents de réserver les droits dudit service. En refusant de fixer, pour le passé et pour toute la durée de la procédure, les contributions d'entretien en deçà des montants avancés par la collectivité publique, la cour cantonale s'est donc conformée aux règles susmentionnées.

RJ 82-14

Modification de l'entretien

Arrêt du TF 5A_891/2013 du 12 mars 2014 (f):

1. Rappel des conditions de la modification ou de la suppression de l'entretien de l'enfant (art. 286 al. 2 CC, par renvoi de l'art. 134 al. 2 CC). **2.** Rappel des conditions posées pour retenir un revenu hypothétique (ici d'un niveau inférieur à celui réalisé précédemment, pour tenir compte du marché du travail, de l'âge et de la durée d'inactivité du débirentier). **3.** La comparaison avec la règle des 45 ou 50 ans pour un conjoint qui doit recommencer à travailler n'est pas pertinente: l'intéressé a toujours travaillé pendant le mariage, il avait moins de 50 ans au divorce et est ici débiteur d'une obligation d'entretien à l'égard d'un enfant mineur. **4.** Rappel des exigences strictes en droit de la famille: le débirentier peut se voir

imposer un revenu basé sur une profession qu'il n'aurait pas eu à accepter selon les règles prévalant en matière d'assurances sociales (ATF 137 III 118). **5.** Il n'est pas arbitraire de ne modifier la pension qu'à partir du dépôt d'une demande complète, conclusions précises et renseignements chiffrés à l'appui. **6.** La valeur locative d'un logement occupé par le propriétaire n'est en principe pas prise en considération comme revenu, à l'exception des loyers effectivement perçus ou qui seraient réalisés en mettant en location des locaux qui pourraient l'être.

Remarque: pour un autre exemple de rejet d'une demande de modification et d'imputation d'un revenu hypothétique (possibilité de revenir de France en Suisse, pour y travailler à nouveau dans la restauration), cf. l'Arrêt du TF 5A_763/2013 du 11 avril 2014 (f).

RJ 83-14

Prise en charge des enfants et revenu hypothétique de la mère

Arrêt du TF 5A_888/2013 du 20 mai 2014 (f):

1. La capacité de pourvoir soi-même à son entretien est susceptible d'être limitée totalement ou partiellement par la charge que représente la garde des enfants. En principe, on ne peut exiger d'un époux la prise ou la reprise d'une activité lucrative à un taux de 50% avant que le plus jeune des enfants n'ait atteint l'âge de 10 ans révolus, et de 100% avant qu'il n'ait atteint l'âge de 16 ans révolus. Ces lignes directrices sont toujours valables: la garde et les soins personnels sont dans l'intérêt des enfants en bas âge, ainsi que de ceux en âge de scolarité, et les soins personnels représentent un critère essentiel lors de l'attribution de la garde. Elles ne sont toutefois pas des règles strictes; leur application dépend des circonstances du cas concret, notamment de ce qui a été convenu durant la vie commune ou des capacités financières du couple. **2.** S'il est vrai qu'on ne peut, en principe, exiger de l'époux qui a la garde des enfants qu'il exerce une activité lucrative à un taux de 50% avant que le plus jeune d'entre eux n'ait atteint l'âge de 10 ans révolus, une activité lucrative peut être exigée avant lorsqu'elle a déjà été exercée durant la vie conjugale ou si l'enfant est gardé par un tiers, de sorte que le détenteur de l'autorité parentale, respectivement de la garde, n'est pas empêché de travailler pour cette raison.

RJ 84-14

Répartition de l'entretien dans les familles recomposées – un mode d'emploi

Arrêt du TF 5A_86/2013 du 12 mars 2014 (d):

1. Rappel de la solution de l'ATF 137 III 59 (en cas d'enfants de plusieurs lits): après avoir calculé le minimum vital, répartition du solde disponible entre les enfants en fonction de leurs besoins et de la capacité contributive de l'autre parent. **2.** La solution n'est pas nécessairement adéquate lorsque les parents ont un train de vie élevé (les excédents ne peuvent simplement être répartis entre les enfants sans examiner leurs besoins effectifs); dans un tel cas, la méthode des pourcentages n'est pas indiquée non plus. Ici, les parents vivent cependant dans des conditions précaires ou moyennes. **3.** En l'espèce, deux des enfants du couple vivent chez la mère, un chez le père, qui a eu deux enfants d'une nouvelle relation. Pour chaque parent, il y a lieu, après déduction du minimum d'existence, de

répartir le disponible entre les enfants de la relation en cause. Les enfants doivent en principe tous être traités de la même manière, mais il faut tenir compte des besoins concrets particuliers (âge, maladie, formation, placement, etc.). **4.** Calculs détaillés du TF, qui tient compte de la situation des deux parents et des trois enfants issus de leur relation pour déterminer les contributions dues à chaque enfant. **5.** Les montants alloués aux enfants sont relativement élevés (alors que les parents sont réduits à leur minimum vital), mais le TF examine ce que chaque ménage (parent + enfants, du couple ou non) a à sa disposition et n'y voit pas de problème particulier.

RJ 85-14

Conclusions chiffrées et maxime d'office

Arrêt du TF 5A_704/2013 du 15 mai 2014 (d) (destiné à la publication):

1. Sous l'angle de l'arbitraire, il est parfaitement admissible d'exiger d'une partie qui plaide en mesures protectrices de l'union conjugale – en tout cas lorsqu'elle est assistée d'un avocat – qu'elle chiffre ses conclusions pour son entretien, ou qu'elle fixe un montant minimum, à adapter à l'issue de l'administration des preuves. C'est d'ailleurs également le cas devant le TF. **2.** En mesures protectrices également, l'époux et les enfants mineurs disposent de prétentions séparées; celles de l'époux sont soumises à la maxime de disposition (art. 58 CPC), celles des enfants à la maxime d'office (art. 296 al. 3 CPC). **3.** Le juge est par conséquent lié par les conclusions prises par le conjoint pour son propre entretien (l'art. 272 CPC n'y change rien), même si l'autre conjoint – après la fixation de l'entretien des enfants – disposerait de moyens supplémentaires à partager avec lui. L'art. 282 al. 2 CPC est une règle exceptionnelle prévue en faveur de l'enfant; elle n'exige pas que l'on revoie d'office l'entretien de l'époux lorsque celui des enfants est contesté. **4.** La fixation de l'entretien de l'enfant influencera souvent celle de l'entretien de l'époux: celui-ci doit prendre des conclusions subsidiaires pour faire face à cette situation. **5.** La recourante savait que l'attribution de la garde des enfants était litigieuse et que la décision pouvait influencer sur la question de l'entretien. Sous l'angle de l'arbitraire, il n'appartenait pas au juge de l'inviter expressément à se déterminer une nouvelle fois sur l'entretien, pour lui donner la possibilité de modifier ses conclusions (ce qu'elle pouvait faire jusqu'au début des délibérations). Il en aurait été différemment par exemple si les deux parents avaient pris des conclusions concordantes sur le sort des enfants et que le juge matrimonial envisageait de ne pas les suivre.

Remarque: la recourante invoquait une inégalité de traitement (niée par le TF) avec une autre décision rendue par la même instance cantonale. Il est intéressant de relever que dans cette affaire, le conjoint avait conclu au paiement d'une somme globale pour l'entretien de la famille, en précisant que l'entretien lui revenant correspondrait à la différence entre ce montant global et l'entretien qui serait alloué à l'enfant.

RJ 86-14**Avis aux débiteurs (art. 291 CC)**

Arrêt du TF 5A_223/2014 du 30 avril 2014 (d):

1. L'avis aux débiteurs est une mesure d'exécution forcée sui generis. Le recours en matière civile est néanmoins ouvert au sens de l'art. 72 al. 2 lit. b LTF (ATF 137 III 193). **2.** Rappel des conditions pour prononcer un avis aux débiteurs. Le juge saisi n'a pas à revoir les faits et l'appréciation juridique du jugement matrimonial; il doit cependant respecter les droits de la personnalité du débiteur et par conséquent appliquer les règles du droit des poursuites protégeant le minimum vital de l'intéressé lorsque la situation de celui-ci s'est dégradée depuis la fixation de la pension (cf. par ex. Arrêt 5A_791/2012, RJ 26-13). **3.** La maxime d'office (art. 296 al. 3 CPC) étant applicable, le juge de première instance n'est pas lié par les conclusions des parties s'agissant du sort de l'enfant; il peut statuer même sans conclusions. Dès lors, le juge pouvait sans autre accorder un avis aux débiteurs pour les pensions fixées par le jugement au fond, même si l'avis avait été requis originellement pour les pensions fixées sur mesures provisionnelles (qui devenaient caduques une fois le jugement au fond rendu).

Remarque: cf. aussi ci-dessus RJ 77-14.

RJ 87-14**Faits nouveaux en appel et maxime inquisitoire**

Arrêt du TF 5A_22/2014 du 13 mai 2014 (f):

1. La maxime inquisitoire, applicable aux questions relatives aux enfants dans les affaires de droit de la famille (art. 296 al. 1 CPC), ne dit pas jusqu'à quel moment les parties peuvent invoquer des faits ou des moyens de preuve nouveaux. Cette question est régie, en procédure d'appel, par l'art. 317 al. 1 CPC (ATF 138 III 625, mais dans le cadre d'un litige portant sur des assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale). **2.** Les nova ne sont pris en compte au stade de l'appel que s'ils sont produits sans retard et ne pouvaient l'être devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise. En matière matrimoniale, la jurisprudence n'a toutefois pas tranché la question de fond – discutée en doctrine –, tout en soulignant que l'application de l'art. 317 CPC dans le cadre d'une procédure sommaire soumise à la maxime inquisitoire n'était pas arbitraire et qu'on pouvait par conséquent exiger des parties qu'elles agissent avec diligence conformément à l'art. 317 al. 1 CPC (Arrêts du TF 5A_342/2013, 5A_807/2012, 5A_63/2012). **3.** S'agissant de la détermination du «début des délibérations», l'ATF 138 III 788 a retenu que les faits et l'ensemble des moyens de preuve à disposition des parties doivent être portés à la connaissance du juge avant la clôture des débats principaux, puisque c'est en se basant sur son appréciation des faits et des preuves qu'il appliquera – dans le cadre des délibérations – le droit aux faits constatés et rendra sa décision; la règle vaut aussi en procédure d'appel, puisqu'elle comprend les mêmes phases que la première instance.

RJ 88-14**Entretien des enfants majeurs**

Arrêt du TF 5A_636/2013 du 21 février 2014 (d):

1. Tant que les enfants majeurs n'ont pas acquis une (première) formation appropriée, les père et mère restent tenus d'un devoir d'entretien à leur égard. Ils ne peuvent pas organiser librement leur vie, par ex. en renonçant à une activité économique, au risque de se voir imputer un revenu hypothétique. **2.** Circonstances personnelles devant être réunies (art. 277 al. 2 CC en lien avec l'art. 272 CC) pour l'entretien de l'enfant majeur; rappel de la jurisprudence (cf. déjà l'Arrêt 5A_627/2013, RJ 22-14, ainsi que les ATF 120 II 177 et 113 II 374, ou encore les Arrêts 5A_503/2012, RJ 22-13, et 5A_563/2008, RJ 27-09). **3.** Après la séparation, les rapports ont d'abord continué, puis le père – après avoir fondé une nouvelle famille – a interdit toute visite aux enfants (alors âgés de 8 et 10 ans). Les enfants ont par la suite tenté à plusieurs reprises de renouer le contact, le père s'y est toujours opposé. Il supporte seul la responsabilité de la rupture des relations. **4.** Lorsque l'on retient un revenu hypothétique, il faut en principe laisser au débiteur la période de transition nécessaire, mais tel n'est pas toujours le cas, notamment lorsque la nécessité d'une adaptation aux nouvelles circonstances était immédiatement reconnaissable. Dans le cas d'espèce, même si le juge de divorce n'avait pas d'emblée fixé l'entretien post-majorité, le père devait s'attendre – vu le parcours scolaire des enfants – à ce que ceux-ci poursuivent leur formation au-delà des 18 ans et qu'il doive donc continuer à les entretenir.

Remarque: pour un cas de refus de modification de la contribution d'entretien (l'enfant a 14 ans) afin d'introduire une poursuite de l'obligation post-majorité (pas de modification notable de la situation au sens de l'art. 286 al. 2 CC, malgré la jurisprudence de l'ATF 139 III 401, RJ 90-13): *Arrêt du TF 5A_957/2013 du 9 mai 2014 (d)* (qui rappelle aussi les conditions générales d'une modification de l'entretien).

1.2.3 Autres effets

RJ 89-14**Refus de reconnaissance d'une décision de mise sous tutelle étrangère (ordre public)**

ATF 140 V 136 (Arrêt du TF 8C_789/2013 du 10 mars 2014 [d]):

1. Demande de la grand-mère paternelle visant à toucher la demi-rente d'orphelin due à ses petits-fils, versée à leur mère. Elle invoque une décision de son autorité de domicile, au Kosovo, lui attribuant la tutelle sur les enfants (qui vivent depuis 10 ans auprès d'elle). **2.** Application de l'art. 85 al. 1 LDIP. Toutes les dispositions (art. 27 LDIP, art. 16 CLaH 61, art. 23 ch. 2 CLaH 96, art. 9 et 10 de la Convention de Luxembourg sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants) réservent la possibilité de refuser la reconnaissance d'une décision étrangère lorsque celle-ci est contraire à l'ordre public. **3.** La décision dont la reconnaissance est demandée part à tort de l'idée que les enfants n'étaient pas sous auto-

rité parentale; il y a également plusieurs éléments qui laissent penser que la mère n'a pas laissé volontairement les enfants au Kosovo chez leur grand-mère. Elle n'a par ailleurs pas été entendue dans la procédure au Kosovo, alors même que celle-ci portait gravement atteinte à sa situation juridique ... et la décision ne lui a pas été notifiée. **4.** Violation de l'ordre public suisse, matériel et formel. Refus de reconnaissance.

1.3 Mesures de protection

RJ 90-14

Curatelle du nondum conceptus (enfant non conçu)

ATF 140 III 145 (Arrêt du TF 5A_600/2013 du 21 mars 2014 [d]):

1. Testament par lequel le petit-fils reçoit un immeuble, avec une clause de substitution l'obligeant à le transférer à son décès à ses propres enfants (non encore nés), ou, subsidiairement, à sa future épouse (art. 545 CC). Action de l'héritier tendant à faire constater qu'il n'est pas soumis à substitution. L'exécuteur testamentaire demande l'institution d'une curatelle pour les enfants à naître. **2.** Rappel des avis de doctrine sous l'ancien droit (et de l'obiter dictum de l'ATF 73 II 85 s.) relatifs à la possibilité de désigner un curateur pour défendre les intérêts d'un nondum conceptus. **3.** Le nouveau droit ne connaît pas de disposition analogue à l'art. 393 ch. 3 aCC (curatelle en cas de droits de succession incertains) sur laquelle une partie de la doctrine se fondait avant 2013. Un nouvel art. 544 al. 1^{bis} CC a en revanche été introduit: il prévoit que si les intérêts de l'enfant l'exigent, l'autorité de protection nomme un curateur. S'il reprend une partie de la disposition de l'art. 393 ch. 3 aCC (protection des intérêts de l'enfant conçu), il ne tient pas compte de la nécessité de défendre les intérêts de l'enfant non conçu (droits de succession incertains). **4.** Comme il s'agit en l'espèce uniquement de défendre à l'action intentée par l'héritier grevé, il ne se justifie pas d'instituer une administration d'office (art. 490 al. 3, art. 554 al. 1 ch. 2 et ch. 3 CC par analogie), mais il suffit d'appliquer par analogie l'art. 544 al. 1^{bis} CC dans un tel cas et de désigner aux enfants non conçus un curateur pour défendre leurs intérêts.

RJ 91-14

Curatelle éducative ou curatelle de surveillance du droit de visite?

Arrêt du TF 5A_513/2013 du 8 mai 2014 (i) (destiné à la publication):

1. Droit de visite très contentieux sur un enfant né en 2003; la réglementation prévoit un exercice accompagné (dans un endroit neutre), avec curatelle de surveillance. Les visites sont interrompues depuis 2010 en raison de la forte opposition de l'enfant (l'autorité inférieure juge la situation de conflit «hallucinante»). **2.** Rappel des conditions légales pour le prononcé de mesures de protection. **3.** Dans le cas d'espèce, la menace pour l'enfant est uniquement liée aux difficultés attachées à l'exercice d'un droit de visite. Une curatelle éducative (art. 308 al. 1 CC) n'est pas la mesure adéquate dans un cas comme celui-ci et violerait, qui plus est, le principe de subsidiarité. C'est une curatelle de surveillance selon l'art. 308 al. 2 CC qu'il faut instituer, respectivement confirmer.

Remarque: le TF semble admettre (la doctrine est divisée sur ce point; pour les références, cf. le consid. 2.3) que le mandat du curateur de l'art. 308 al. 2 CC n'est pas une modalité de la curatelle éducative générale de l'art. 308 al. 1 CC (qui en comprendrait donc toujours implicitement les pouvoirs d'aide et de conseil). La question reste cependant de nature très théorique.

RJ 92-14

Audition et représentation dans la procédure de protection – Retrait du droit de garde

Arrêt du TF 5A_869/2013 du 24 mars 2014 (f):

1. Refus de retirer le droit de garde à la mère (demande du père non marié); litige sur le droit de visite également. **2.** Rappel de la jurisprudence relative au but de l'audition de l'enfant (art. 314a al. 1 CC et art. 298 CPC) et aux lignes directrices fixées par la jurisprudence sur l'âge de l'enfant. L'art. 12 CDE ne garantit pas de prérogatives plus larges que celles résultant du droit fédéral. **3.** Rappel des conditions d'application de l'art. 314a^{bis} CC (curateur de procédure). Dès lors que la décision de nommer un curateur à l'enfant suppose une pesée d'intérêts de la part de l'autorité cantonale, le TF fait preuve de retenue en revoyant sa décision. **4.** Demande d'audition et de curatelle présentée pour la première fois en appel par le père. Compte tenu de l'âge de l'enfant (6 ans et 9 mois), on ne saurait lui concéder la capacité de discernement (art. 16 CC). L'art. 12 CDE n'a donc pas été enfreint. **5.** Par ailleurs, son audition constituait avant tout un moyen de preuve supplémentaire, dont l'administration pouvait être considérée comme superflue (les éléments dont disposait l'autorité cantonale étant suffisamment établis et pertinents pour trancher la question litigieuse). Au demeurant, le TF a admis que, lorsque l'enfant a déjà été entendu par un tiers, en général dans le cadre d'une expertise, le juge peut renoncer à l'entendre une nouvelle fois si une audition répétée représenterait pour l'enfant une charge insupportable, par exemple en cas de conflit de loyauté aigu, et que l'on ne peut attendre aucun nouveau résultat d'une audition supplémentaire ou que l'utilité escomptée est sans rapport raisonnable avec la charge causée par la nouvelle audition; or l'expert a eu trois entretiens seul avec l'enfant. Enfin, il n'apparaît pas que l'autorité ait méconnu l'intérêt de l'enfant en refusant de lui nommer un curateur de représentation à ce stade de la procédure. **6.** Rappel de la jurisprudence relative à l'art. 310 CC. Ici aussi, la décision suppose une pesée d'intérêts de la part des autorités cantonales; le TF fait preuve de retenue en revoyant leurs décisions. Sur la base des faits retenus, l'autorité cantonale ne saurait se voir reprocher d'avoir violé l'art. 310 al. 1 CC en considérant que le développement de l'enfant n'était pas compromis s'il restait vivre auprès de sa mère. Elle s'est écartée avec des motifs suffisants de l'avis de l'expert et du Service de protection des mineurs, puisque ceux-ci se fondaient sur un lieu de vie commun des parties et qu'il fallait tenir compte du changement de circonstances que constituait le déménagement de la mère et de l'enfant en Suisse alémanique, où le père de son nouvel enfant (avec lequel elle s'est mariée) avait trouvé du travail. **7.** Rappel des critères de fixation du droit de visite.

RJ 93-14**Retrait du droit de garde et curatelle de procédure (suite de l'Arrêt RJ 25-14)**

Arrêt du TF 5A_875/2013 du 10 avril 2014 (f):

1. Rappel des conditions de l'art. 310 al. 1 CC. Pour un retrait du droit de garde, le danger doit être tel qu'il soit impossible de le prévenir par les mesures moins énergiques prévues aux art. 307 et 308 CC; sa cause doit résider dans le fait que le développement corporel, intellectuel ou moral de l'enfant n'est pas assez protégé ou encouragé dans le milieu de ses père et mère ou dans le milieu où ceux-ci l'ont placé. **2.** Les conditions posées par l'expertise pour le retour des trois mineurs au domicile de leurs parents (notamment la mise en place d'un suivi psychothérapeutique) n'étaient pas réalisées et les parents continuaient de refuser de collaborer avec les professionnels de la santé et de l'éducation au sujet de leurs enfants. **3.** Remise en cause par les parents des mandats de curatelle. **4.** L'art. 314a^{bis} CC prévoit la nomination d'un curateur à l'enfant mineur aux fins de faire des propositions et de le représenter en justice: en l'occurrence, un avocat a été nommé à ce titre. **5.** Les art. 400 et 401 al. 2 CC sont sans pertinence ici, dès lors qu'ils concernent les mesures prises par l'autorité de protection de l'adulte. **6.** Les autres mandats de curatelle ont été confiés à une collaboratrice du Service de protection des mineurs (curatelle d'organisation et de surveillance du droit de visite, curatelle d'assistance éducative, curatelle aux fins d'organiser les examens et les soins médicaux des mineurs, etc.); selon l'autorité cantonale, les recourants n'ont fourni aucun élément qui impliquerait la nomination d'un autre curateur, le fait que des divergences existent entre eux et la curatrice désignée ne justifiant pas la révocation du mandat de celle-ci. Les griefs des recourants sur ce point ne sont pas suffisamment motivés.

Remarque: à notre sens, bien que les art. 400 et 401 CC ne soient pas visés par le renvoi de l'art. 314 al. 1 CC, les choix de l'enfant (notamment pour une curatelle de représentation procédurale) doivent être pris en considération, par application analogique de l'art. 401 al. 1 CC. Le TF n'en traite pas ici, puisqu'il écarte à juste titre l'application de l'art. 401 al. 2 CC lorsqu'il s'agit précisément de protéger les enfants de leurs proches!

RJ 94-14**Placement de l'enfant chez le père non marié**

Arrêt du TF 5A_827/2013 du 7 mars 2014 (d):

1. Le père non marié ne peut recevoir le droit de garde sur l'enfant, sauf s'il est détenteur (seul – ce qui supposerait que l'autorité ait été retirée à la mère – ou conjointement) de l'autorité parentale. L'enfant peut en revanche être placé chez lui (cf. l'Arrêt 5A_742/2013, RJ 27-14). **2.** Violation du droit d'être entendu du père: la question d'un placement chez lui plutôt qu'en foyer n'a pas été examinée par l'autorité supérieure: elle a estimé que des investigations complémentaires étaient nécessaires, mais n'a pas pour autant renvoyé l'affaire à l'autorité inférieure.

RJ 95-14**Procédure de recours (autorisation de placement) devenue sans objet**

Arrêt du TF 5A_852/2013 du 20 mars 2014 (d):

1. Procédure de recours contre une décision autorisant un placement nourricier, devenue sans objet. **2.** Le Code civil ne règle pas la question des frais dans un tel cas. La législation bâloise renvoie à la procédure administrative; l'art. 450f CC, qui renvoie pour sa part au CPC, n'est pas applicable. **3.** Hors les cas spéciaux de l'art. 95 lit. c à e LTF, la violation du droit cantonal ne peut pas être portée devant le TF, sauf si le droit cantonal viole le droit fédéral (art. 95 lit. a LTF) – interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst. féd.) ou atteinte à d'autres droits constitutionnels – ou le droit international (art. 95 lit. b LTF). **4.** En l'espèce, la procédure a donné raison à la recourante; celle-ci était représentée par un avocat, qui a effectivement agi pour son compte. Le droit bâlois prévoit que l'autorité peut attribuer une indemnité de dépens à la partie victorieuse. C'est en réalité le cas normal; l'autorité doit motiver une éventuelle décision contraire. A défaut, la décision est – comme ici – arbitraire.

RJ 96-14**Une décision fondamentale sur les rapports entre protection de l'enfant ou de l'adulte et intérêts financiers de la collectivité publique**

Arrêt du TF 5A_979/2013 du 28 mars 2014 (d):

1. Décision de retrait du droit de garde et de placement en foyer. L'autorité communale en charge de l'aide sociale est invitée à se déterminer dans la procédure. La décision est rendue alors qu'elle avait demandé une audition personnelle et des compléments de preuves. **2.** Par application des art. 440 al. 3 et 314 al. 1 CC (même si le renvoi n'est qu'analogique), les décisions prises par l'autorité de protection de l'enfant sont soumises aux mêmes règles pour les recours (art. 450 ss CC) que les décisions prises par l'autorité de protection de l'adulte. **3.** La commune est-elle une personne ayant un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée au sens de l'art. 450 al. 2 ch. 3 CC? Parmi les arguments que le TF juge non pertinents figure son propre arrêt (*critiqué, c'est nous qui précisons*) rendu sous l'ancien droit (ATF 135 V 134, consid. 3.2, qui paraît réserver un tel droit à l'autorité d'aide sociale). **4.** Comme sous l'ancien droit (art. 420 aCC; cf. l'ATF 137 III 67), un tiers ne peut invoquer un intérêt juridique (idéal ou économique) protégé que pour autant que cet intérêt soit en lien direct avec la mesure, respectivement qu'il doive être protégé grâce à la mesure et que l'autorité de protection aurait dû en tenir compte. Un tiers n'aura pas la qualité pour recourir s'il prétend défendre des intérêts de la personne concernée, alors qu'il n'est en réalité pas un proche de celle-ci. **5.** Si un intérêt de pur fait peut être suffisant pour avoir la qualité pour recourir au TF selon l'art. 89 al. 1 LTF (cf. l'ATF 134 II 45 dont la commune schwytzoise se prévalait), tel n'est pas le cas lorsque la loi exige comme ici un intérêt juridique protégé. **6.** Lorsqu'elle prend une décision de protection de l'enfant, l'APEA se laisse guider exclusivement par le risque de mise en danger de l'enfant; la loi n'exige pas qu'elle prenne en compte également les intérêts financiers de la commune qui devrait supporter

les frais de la mesure. Lorsque l'art. 310 al. 1 CC exige un placement «approprié» (notamment s'agissant du choix entre famille ou foyer d'accueil), seule la situation de mise en danger de l'enfant est déterminante (Arrêt du TF 5C.258/2006, RJ 15-07). La commune ne peut ainsi se prévaloir d'un intérêt juridiquement protégé au sens de l'art. 450 al. 2 ch. 3 CC. **7.** Dans la mesure où elle allègue que l'intérêt de l'enfant n'a pas été préservé et qu'une mesure trop incisive a été prononcée, elle fait valoir des intérêts de l'enfant lui-même. Or elle n'est pas admise à le faire, puisqu'elle n'est pas un proche au sens de l'art. 450 al. 2 ch. 2 CC, même si une relation de proximité de fait suffirait (référence à la doctrine ainsi qu'à l'Arrêt 5A_663/2013, RJ 45-14). Elle n'allègue notamment pas qu'elle connaît particulièrement bien l'enfant et qu'elle lui serait proche, par ses organes ou ses services. **8.** La commune ne peut pas non plus se prévaloir de la qualité de partie à la procédure en vertu de l'art. 450 al. 2 ch. 1 CC, même si ses services ont été entendus et que la décision lui a été notifiée. Sont visés par cette disposition (dans une procédure de protection de l'enfant) les père et mère et l'enfant; lorsque les actes ou omissions d'un curateur sont en cause, il doit lui aussi être partie à la procédure. D'autres tiers qui ont participé de facto à la procédure, qui lui ont été associés d'office ou auxquels la décision a été notifiée peuvent aussi revêtir cette qualité selon la doctrine. Cependant, le simple fait d'avoir été invité à se déterminer dans la procédure de première instance ou d'avoir reçu notification de la décision ne saurait suffire: les proches et les tiers qui auraient participé à la procédure ne peuvent recourir qu'aux conditions de l'art. 450 al. 2 ch. 2 et ch. 3 CC. **9.** Le TF laisse ouverte la question de savoir si la professionnalisation des autorités de protection justifierait déjà à elle seule d'exclure la collectivité publique qui finance la mesure du cercle des recourants potentiels. **10.** Enfin, le TF écarte toute atteinte à l'autonomie communale, dans la mesure où la commune est liée par les décisions prises par les autorités de protection mises en place (même si le droit cantonal garantit, en vertu du principe de subsidiarité, que les mesures ne sont à la charge de la collectivité qu'à la condition que les personnes concernées elles-mêmes ne puissent en assumer la charge).

Remarque: la décision doit être saluée pour deux raisons au moins. D'abord, elle met un terme à une pénible incertitude et à des décisions contradictoires rendues dans les cantons, qui ont amené la COPMA, quelques jours avant que l'arrêt ne soit publié, à élaborer une recommandation (sur l'implication des autorités d'aide sociale dans les processus décisionnels des organes de protection de l'enfant, RMA 2014 263) qui se trouve confirmée par l'arrêt en question. Ensuite, le raisonnement relatif à l'art. 450 al. 2 CC – disposition équivoque s'il en est – est convaincant et clarifie le rapport entre les trois chiffres de l'alinéa. Priver la commune de sa qualité pour recourir n'empêche naturellement pas de l'inviter à prendre position dans la procédure de protection, pour autant que cela ne retarde pas la prise d'une décision urgente (cf. aussi ch. 2.3.3 a) de la Recommandation COPMA). Au consid. 7.3 de l'Arrêt (considérant relatif à l'autonomie communale), le TF paraît accorder de l'importance au fait que le canton de Schwytz a renoncé à des autorités de protection de niveau communal et donc privé les communes de toute autonomie sur ce point. A notre sens, même lorsque l'autorité de

protection est communale, elle doit se laisser guider par les seuls intérêts de l'enfant et ne pas faire prévaloir des considérations financières (cf. aussi l'ATF 138 V 58).

RJ 97-14

Protection de l'enfant et droits récursives de la collectivité publique

Arrêt du TF 8D_4/2013 du 19 mars 2014 (d):

1. Injonction (art. 307 al. 3 CC) donnée par l'autorité tutélaire de l'époque de placer l'enfant temporairement en clinique; le service social accepte de prendre les frais (CHF 24 000.–) en charge à titre subsidiaire (l'obligation primaire incombant aux parents), mais rend une décision constatant que les père et mère sont tenus à remboursement. **2.** La décision, fondée sur la loi cantonale d'aide sociale, est rendue dans une cause de droit public et doit faire l'objet d'un recours en matière de droit public au TF (art. 82 ss LTF). **3.** Les frais des mesures de protection relèvent de l'entretien de l'enfant (art. 276 al. 2 CC). **4.** Il est trop tard pour les parents de se plaindre ne pas avoir été entendus dans la procédure tutélaire: ils devaient le faire en recourant contre la décision de l'autorité (à qui incombe le devoir d'entendre les personnes et institutions impliquées) et ne peuvent désormais invoquer ce grief dans la procédure dirigée contre la décision du service social. **5.** Le bien-fondé du placement ne peut pas être revu lui non plus dans le cadre de la procédure d'aide sociale (ATF 135 V 134). Quant à la prise en charge subsidiaire par le service d'aide sociale, elle est obligatoire, car les père et mère ne peuvent être contraints de payer les frais des mesures que dans les limites de ce que l'on peut raisonnablement leur imposer. **6.** La prétention d'entretien appartient à l'enfant; elle passe à la collectivité publique lorsque celle-ci assume l'entretien (art. 289 al. 2 CC, cession légale), avec tous les droits qui lui sont rattachés (droit d'agir en justice contre les père et mère, avis aux débiteurs, sûretés). Ce transfert ne modifie cependant en rien la nature de la prétention (même si la collectivité intervient sur la base du droit public cantonal, art. 293 al. 1 CC), qui demeure civile. La collectivité prend la place de l'enfant comme créancier ordinaire et n'a pas de pouvoir de décision en qualité d'organe souverain; sa créance en restitution se mesure exclusivement en fonction des besoins de l'enfant et de la situation financière des parents au moment déterminant. **7.** Une véritable créance récursive fondée sur le droit public cantonal ne peut exister que dans la mesure où les prestations de services dépasseraient, pour quelque raison que ce soit, l'étendue de l'obligation d'entretien des père et mère. Dans ce cadre, l'autorité cantonale ne peut imposer aux débiteurs la constitution d'une hypothèque pour garantir le paiement.

Remarque: sur le statut juridique de l'autorité d'aide sociale dans les procédures de protection, cf. ci-dessus RJ 96-14.

RJ 98-14***Enlèvement international – analyse de la jurisprudence de la CourEDH/longue durée de la procédure***

Arrêt du TF 5A_246/2014 du 28 avril 2014 (d):

1. Enfant emmenée par la mère de Tchéquie en Suisse. **2.** La CourEDH a relativisé la jurisprudence *Neulinger c. Suisse* dans l'Arrêt *X. c. Lettonie* (RJ 04-14, § 104 ss): la Grande Chambre y relève que l'Arrêt *Neulinger* pouvait et a effectivement été lu comme suggérant que les juridictions nationales devaient se livrer à un examen approfondi de l'ensemble de la situation familiale et de toute une série d'éléments. Il faut en réalité que les éléments susceptibles de constituer une exception au retour immédiat de l'enfant en application des articles 12, 13 et 20 CLaH 80 soient réellement pris en compte par le juge requis. Ce dernier doit rendre une décision suffisamment motivée sur ce point, afin de permettre à la CourEDH de s'assurer que ces questions ont bien fait l'objet d'un examen effectif. Deuxièmement, ces éléments doivent être appréciés à la lumière de l'art. 8 CEDH (intérêt de l'enfant). Tant un refus de tenir compte d'objections au retour qu'une insuffisance de motivation de la décision rejetant de telles objections seraient contraires aux exigences de l'art. 8 CEDH. **3.** Selon l'état de fait, la fillette âgée de 7 ans préférerait rester en Suisse mais n'exprime pas de véritable opposition à un retour au sens de l'art. 13 al. 2 CLaH 80. **4.** La CourEDH exige (§ 108 de l'Arrêt *X. c. Lettonie*) que les juges s'assurent que les garanties adéquates sont données de manière convaincante dans l'Etat d'origine et, en cas de risque avéré, que des mesures de protection concrète y sont prises. Le TF rappelle que les autorités suisses ne sont pas habilitées à donner des instructions aux autorités tchèques. Une intervention via l'autorité centrale est envisageable (cf. Arrêt 5A_27/2011, RJ 70-11), mais dans le cas d'espèce, il est plus efficace de demander à la mère, si elle décide de ne pas accompagner l'enfant, de prendre contact avec les autorités sur place (elle a passé l'essentiel de sa vie en Tchéquie, elle est de langue maternelle tchèque et connaît bien les circonstances sur place). Des mesures de protection pourraient d'ailleurs aussi être requises dans la procédure au fond pendante en Tchéquie. **5.** La mise en œuvre du retour conforme à la CLaH 80 ne constitue pas une expulsion d'une citoyenne suisse prohibée par l'art. 25 Cst. féd. **6.** La longueur inhabituelle de la procédure (près de 10 mois) a pu donner à l'enfant l'impression qu'elle pourrait rester en Suisse, mais elle s'explique par le souci de respecter scrupuleusement le droit d'être entendu des parties à chaque stade (notamment lors de la médiation et de l'audition de l'enfant). Elle ne crée cependant pas une situation de confiance pour l'enfant dont elle pourrait se prévaloir. En revanche, le temps écoulé peut être pris en compte dans le cadre des art. 12 al. 2 et 13 al. 1 lit. b CLaH 80. **7.** La séparation de l'enfant avec son demi-frère est un élément à prendre en compte par le juge de fond avant tout; il n'en découle en tout cas pas de danger grave au sens de l'art. 13 al. 1 lit. b CLaH 80. **8.** Confirmation de l'ordre de retour, avec un délai de deux semaines environ pour un retour volontaire.

Remarque: sur les rapports entre le devoir d'instruction du juge et les droits procéduraux des parties, d'une part, et le principe de célérité, d'autre part, cf. ATF 137 III 529 (RJ 27-12).

2. *Protection de l'adulte*

2.1 Mesures de protection et questions de procédure (hors PAFA)

RJ 99-14

Ciblage «fin» de la curatelle de représentation/gestion

Arrêt du TF 5A_4/2014 du 10 mars 2014 (d):

1. Curatelle de portée générale levée et remplacée par une curatelle fondée sur les art. 394/395 CC avec pour objet les relations avec les prestataires médicaux, la caisse maladie et les organes AVS/AI, ainsi que la gestion des prestations de premier pilier en vue de régler les frais médicaux, les primes d'assurances maladie et les cotisations AVS. **2.** Le droit fédéral n'exige pas une audition personnelle devant l'instance judiciaire de recours. Celle-ci peut cependant être imposée par le droit cantonal ou par le CPC appliqué à titre de droit cantonal; dans les deux cas, la violation d'un tel droit ne peut être attaquée que pour violation des droits constitutionnels, en particulier pour arbitraire (art. 106 al. 2 LTF). **3.** Conditions de l'art. 390 al. 1 ch. 1 CC réunies. **4.** Le recourant n'a pas conscience de son besoin d'aide; il n'est pas en mesure de confier le soin de gérer ses affaires par le biais d'une procuration privée (pas de violation du principe de subsidiarité, art. 389 al. 1 CC). **5.** La mesure prononcée doit être proportionnée (art. 389 al. 2 CC), c'est-à-dire calibrée sur les besoins concrets de l'intéressé (art. 391 al. 1 CC).

RJ 100-14

Curatelle pour «autre état de faiblesse»

Arrêt du TF 5A_773/2013 du 5 mars 2014 (d):

1. Notion d'«autre état de faiblesse» au sens de l'art. 390 al. 1 ch. 1 CC. Interprétation restrictive: il faut qu'il présente des analogies avec une déficience mentale ou un trouble psychique. Il n'est pas possible d'invoquer cette cause de curatelle pour une personne qui ne fait que gérer son argent d'une manière non conforme à la norme (ici en faisant des libéralités à un couple de sa connaissance): le droit de la protection de l'adulte ne vise pas la protection des héritiers ou de la collectivité publique, mais celle de la personne concernée elle-même. **2.** En revanche, l'autorité de protection peut avoir motif à intervenir si la personne concernée n'est plus capable de discernement (art. 16 CC). En l'espèce, la capacité cognitive (intellectuelle) existe; en revanche, la capacité volitive (intentionnelle) fait défaut, car l'intéressée est dans un rapport de dépendance avec le couple en question et n'est pas en mesure de résister à son influence. **3.** L'auteur des pressions ne saurait être choisi comme curateur (art. 401 al. 1 CC); la personne concernée n'a de surcroît fait valoir aucun motif objectif à l'appui de son refus de la curatrice désignée (art. 401 al. 3 CC).

Remarque: il est surprenant que dans une situation comme celle-ci, l'APA n'ait pas retiré l'exercice des droits civils à l'intéressée pour la protéger. Certes, il lui est possible d'invoquer son incapacité de discernement, mais compte tenu du contexte et du fait que la «source de danger» est clairement identifiée, il eût été plus simple de prononcer un tel retrait, le cas échéant limité aux actes (ou certains actes) passés avec le couple en question.

RJ 101-14

Choix du curateur par la personne concernée (changement de curateur)

Arrêt du TF 5A_290/2014 du 14 mai 2014 (f):

1. Rappel de la jurisprudence de l'ATF 140 III 1. **2.** Les recourants semblent faire valoir une violation de leur droit d'être entendus (art. 29 al. 2 Cst. féd.). Or ils n'affirment pas avoir requis leur audition personnelle en procédure. De plus, la procédure ne porte pas sur la prise ou le maintien d'une mesure de protection, à l'égard de laquelle l'impression personnelle de l'autorité peut, le cas échéant, jouer un rôle important, mais sur la personne du curateur. Les recourants ont pu s'exprimer dans leur requête sur les motifs pour lesquels ils souhaitent un changement de curateur; ils ont eu l'occasion d'exposer une nouvelle fois leur point de vue dans leur recours cantonal. Ils n'expliquent cependant pas en quoi une audition personnelle eût été nécessaire, voire utile. **3.** Pour le surplus, il n'existe pas de droit, pour la personne concernée par une mesure de curatelle, d'être entendue oralement devant l'autorité de recours (Arrêt 5A_540/2013, consid. 3.1, RJ 42-14, non publié à l'ATF 140 III 1).

RJ 102-14

Objectif de l'art. 419 CC

Arrêt du TF 5A_186/2014 du 7 avril 2014 (d):

1. Le but du recours de l'art. 419 CC est que l'APEA rende une décision selon une procédure simple et rapide. Conformément à l'art. 420 al. 1 aCC, le recours contre des actes ou des omissions du curateur n'est soumis à aucun délai. Cependant, le recours n'est plus recevable dès le moment où il n'a plus aucun sens parce que l'acte ne peut plus être corrigé ou parce qu'il n'est plus possible de remédier à l'omission, excepté s'il s'agit d'une question de principe dont la clarification est dans l'intérêt de la jurisprudence (MCF, FF 2006 6692). **2.** Ni le Message ni les travaux parlementaires ne précisent ce qu'il faut entendre par question de principe. Comme sous l'ancien droit, il faut se référer à la notion d'intérêt virtuel dégagée par la jurisprudence relative à l'art. 88 aLOJ; il est exceptionnellement renoncé à l'exigence d'un intérêt actuel et pratique si la question soulevée est susceptible de se poser en tout temps dans des circonstances identiques ou semblables, s'il existe un intérêt public à trancher cette question en raison de sa portée générale et si le contrôle constitutionnel ne pourrait quasiment jamais intervenir à temps dans un cas d'espèce (par ex. ATF 120 Ia 165, ATF 118 Ia 46, ainsi que l'ATF 139 I 206). **3.** Il n'y a plus d'intérêt au recours ici, puisque l'épouse du recourant est décédée. La question qu'il évoque (celle des droits et pouvoirs des proches en cas d'hospitalisation d'une personne sous mesure de protection)

peut se poser à nouveau dans une procédure concrète et être tranchée à ce moment-là: l'intérêt virtuel fait défaut lui aussi.

RJ 103-14

Recours de la personne sous curatelle de portée générale (CPG)

Arrêt du TF 5A_101/2014 du 6 mars 2014 (d):

1. Recours contre une décision d'approbation d'une vente immobilière (art. 416 al. 1 ch. 4 CC) par la propriétaire, placée sous CPG. La curatrice a refusé de consentir au recours. **2.** L'intéressée a la qualité pour recourir au TF (art. 76 al. 1 LTF). Qu'elle soit sous CPG n'y change rien: elle a la capacité d'ester en justice s'agissant de sa propre capacité civile et capacité procédurale. **3.** Si elle est capable de discernement, la personne sous CPG exerce seule ses droits strictement personnels (art. 19c al. 1 CC). Tel n'est pas le cas en revanche des droits de nature patrimoniale, pour lesquels elle a besoin de l'accord de son représentant légal (Arrêts 5A_658/2012, RJ 35-13, et 5P.408/2003, RJ 29-04). Elle ne pouvait par conséquent pas recourir seule contre la décision fondée sur l'art. 416 al. 1 ch. 4 CC, de nature patrimoniale.

Remarque: nous avons déjà eu l'occasion de critiquer cette jurisprudence sous l'ancien droit (cf. ad RJ 35-13 et RJ 29-04). Pour le reste, le TF laisse ouverte la question de savoir si la vente d'un bien présentant une valeur particulière pour l'intéressé (art. 412 al. 2 CC) est nulle. Ce n'est pas le cas: une telle vente engage la responsabilité des organes de protection de l'adulte, mais contrairement aux actes prohibés de l'art. 412 al. 1 CC (frappés de nullité), l'acte est valable (dans le même sens: *P. Fassbind, Erwachsenenschutz, Zurich 2012, p. 292*).

RJ 104-14

Rapport et comptes finaux (art. 425 CC)

Arrêt du TF 5A_151/2014 du 4 avril 2014 (d):

1. Comme sous l'ancien droit (Arrêts 5A_494/2013, RJ 109-13, et 5A_578/2008, RJ 116-08) et contrairement à ce qui est le cas des rapports et comptes périodiques, le rapport et les comptes finaux servent à informer l'autorité, non à vérifier la bonne exécution de la mesure; ils doivent donc être approuvés à partir du moment où cet objectif d'information est atteint. **2.** L'autorité n'a pas à prendre position sur d'éventuels manquements du curateur; l'approbation n'a pas de portée matérielle et ne saurait avoir valeur de décharge. Les prétentions en responsabilité ne sont pas affectées.

RJ 105-14

Constatation inexacte des faits

Arrêt du TF 5A_110/2014 du 19 mars 2014 (d):

La constatation fautive des faits pertinents est un motif de recours cantonal selon l'art. 450a al. 1 ch. 2 CC. En revanche, s'agissant du recours au TF, seule une constatation manifestement inexacte (art. 97 al. 1 LTF), c'est-à-dire arbitraire, peut être invoquée (une autre violation du droit au sens de l'art. 95 LTF étant réservée). Le recourant doit établir que les conditions strictes posées par la loi sont réunies (par ex. ATF 133 II 249).

RJ 106-14***Hospitalisation de la personne concernée – droit strictement personnel***

Arrêt du TF 5A_967/2013 du 4 mars 2014 (d):

1. Le représentant légal est habilité à révoquer une procuration donnée par une personne alors qu'elle était encore capable de discernement; le retrait d'un recours équivaut à une telle révocation. **2.** Savoir où l'intéressé doit être hospitalisé ne relève pas d'un droit strictement personnel absolu, faute de quoi les personnes incapables de discernement qui ont besoin de soins ne pourraient tout simplement pas être représentées.

2.2 PAFA**RJ 107-14*****Recours à une expertise précédente et PAFA comme ultima ratio***

Arrêt du TF 5A_391/2014 du 23 mai 2014 (d):

1. Rappel des exigences relatives à l'expertise (ATF 137 III 289; Arrêts 5A_189/2013, RJ 67-13, et 5A_879/2012, RJ 38-13). **2.** PAFA ordonné le 16 avril 2014, sur la base d'expertises datant de 2012 et 2013, effectuées à l'occasion de précédents internements; elles sont jugées suffisantes (notamment celles de fin 2013), car toujours d'actualité. **3.** Le TF s'étonne toutefois du fait que le concept de prise en charge proposé par l'une des expertises (logement avec accompagnement et accueil en structure de jour) n'ait toujours pas été implémenté: le PAFA est une ultima ratio; il est contraire à ce principe de devoir sans cesse prononcer de nouveaux placements parce que les autres mesures adéquates n'ont pas été mises en œuvre.

RJ 108-14***Examen périodique selon l'art. 431 CC***

ATF 140 III 105 (Arrêt du TF 5A_236/2014 du 11 avril 2014 [d]):

1. Rappel des exigences posées à l'expertise requise en cas de troubles psychiques (ici alcoolisme) (cf. ci-dessus RJ 107-14 et références). **2.** Confirmation du PAFA à l'issue de l'examen périodique fondé sur l'art. 431 al. 1 CC. Recours devant l'instance judiciaire de recours. L'art. 450e al. 3 CC exige une expertise également lorsque l'instance judiciaire de recours statue dans ce cadre-là. Elle doit répondre aux mêmes exigences matérielles que pour le recours contre le placement lui-même. **3.** La référence à une expertise passée n'entre en principe pas en ligne de compte: l'expert doit au contraire examiner si et dans quelle mesure les éléments pris en compte dans l'expertise précédente ou originelle sont toujours d'actualité ou non. **4.** La présence d'un professionnel dans l'instance judiciaire de recours ne dispense pas de requérir une expertise (ATF 137 III 289). **5.** Renvoi à l'autorité cantonale pour nouvelle décision dans un délai de 30 jours, faute de quoi le placement sera caduc.

Remarque: dans l'Arrêt 5A_212/2014 du 1^{er} avril 2014 (f), le TF a rappelé les conditions d'application de l'art. 426 CC (cf. notamment l'ATF 140 III 101, RJ 53-14). Il y a jugé qu'il n'était pas contraire au principe de proportionnalité d'opter pour une hospitalisation plutôt que pour un traitement ambulatoire, compte tenu de

l'état physique de l'intéressée, qui souffre d'anorexie, avec un indice de masse corporelle (IMC) de moins de 15kg/m² (limite inférieure pour permettre l'intégration à un centre de jour), très loin de l'indice de santé minimal de 18kg/m².

RJ 109-14

Indemnité de l'avocat d'office dans le cadre de l'art. 439 CC

ATF 140 III 167 (Arrêt du TF 5A_39/2014 du 12 mai 2014 [d]):

1. Le recourant l'emporte suite à un PAFA ordonné par un médecin et doit être libéré; fixation des dépens dus à l'avocat (d'office) qui le représentait. **2.** Application par le juge bernois de la jurisprudence pénale de l'ATF 139 IV 261, qui fixe l'indemnité d'office selon les tarifs d'avocat (avec une indemnité réduite puisqu'il s'agit d'un mandat d'office), sans égard au fait que la partie l'ait emporté ou non. Cette manière de faire est contraire aux dispositions légales applicables, que l'on se fonde sur la loi bernoise sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA/BE, RSB 155.21), à laquelle renvoie, pour la fixation des frais, la loi d'application du droit de la protection de l'adulte et de l'enfant (LPEA/BE, RSB 213.316), ou sur la procédure civile fédérale (par renvoi de l'art. 450f CC); il n'est pas admissible de fixer une indemnité réduite de dépens au motif que la partie qui l'a emporté plaide au bénéfice de l'assistance judiciaire. **3.** Ce mode de faire constitue également un revirement de jurisprudence qui ne respecte pas les exigences posées à cet égard par le TF (notamment ATF 136 III 6). **4.** La décision attaquée viole également l'art. 29 al. 2 Cst. féd. (droit d'être entendu) en ce sens qu'elle n'est pas suffisamment motivée s'agissant de la réduction des heures retenues pour arrêter les honoraires.

RJ 110-14

Rémunération du curateur de procédure (art. 449a CC) dans le cadre d'un PAFA

Arrêt du TF 5A_83/2014 du 21 mars 2014 (d):

1. Refus de la requête d'assistance judiciaire, mais admission du recours et libération de l'intéressé. **2.** Recours de l'APA et du service social de la commune, au motif qu'ils devront supporter les frais du curateur. **3.** Absence d'intérêt digne de protection pour recourir.

2.3 Autres questions

RJ 111-14

Donation au médecin ou à une autre personne de confiance?

Arrêt du TF 4A_3/2014 du 9 avril 2014 (d):

1. Donation mixte (avec droit d'usufruit) d'un immeuble au profit du médecin de la donatrice, capable de discernement au moment de l'acte. Institution d'une mesure de tutelle une année plus tard. Acte attaqué au motif qu'il serait contraire aux mœurs (art. 20 al. 1 CO). **2.** Rappel de la jurisprudence de l'ATF 132 III 455: la donation peut être immorale lorsque le donataire dispose, de par son activité professionnelle (médecin, avocat, notaire, etc.), d'un large accès à la sphère privée du donateur, qui lui permettrait d'abuser du lien de confiance ainsi créé.

Examen au cas par cas: toute donation (même importante, comme ici: CHF 2 millions) n'est pas systématiquement nulle; il faut que le donateur ait été privé de son libre arbitre ou que le donataire ait violé des règles professionnelles élémentaires qui visent précisément à éviter tout conflit d'intérêts. **3.** En vertu de l'art. 38 du Code de déontologie de la FMH, le médecin n'accepte, de la part de patients ou de tiers, aucun cadeau en nature ou en espèces, aucune disposition testamentaire ni aucun avantage pouvant l'influencer dans ses décisions médicales et dépassant les signes habituels de gratitude. **4.** Mais en l'espèce, il a été établi en fait que la donation n'influçait pas les décisions prises (la donatrice était dépendante au Rohypnol bien avant) et qu'il existait une relation d'ordre privé, parallèle mais aussi antérieure à la relation thérapeutique entre les parties.

C. Autres domaines apparentés

RJ 112-14

Domicile d'assistance pour l'enfant placé

Arrêt du TF 8C_701/2013 du 14 mars 2014 (d):

1. Domicile d'assistance selon le droit cantonal des Grisons, qui renvoie aux règles de la LAS fédérale. Rappel de la réglementation relative au domicile d'assistance des enfants mineurs (art. 7 LAS). L'enfant placé (volontairement ou par décision de l'autorité) a un domicile d'assistance propre au dernier domicile d'assistance fixé aux alinéas 1 et 2 (lieu où vivait le parent ou les parents avec le(s)quel(s) il vivait avant le placement), en vertu de l'art. 7 al. 3 lit. c LAS. Ce domicile d'assistance subsiste même si les père et mère modifient ensuite leur propre domicile. **2.** L'art. 7 al. 3 lit. c LAS ne s'applique pas aux cas de placement de courte durée (vacances, séjour hospitalier ou en cure, temps de faire des investigations pour l'AI, formation scolaire à l'extérieur, etc.) ou pour lesquels un contact étroit avec les parents est maintenu, l'intention étant de réintégrer les enfants chez leurs parents après un temps déterminé. **3.** Lorsque les parents ne s'occupent pas des enfants (peu importe que l'autorité parentale ait été retirée ou non) et que le placement est d'emblée prononcé pour une durée indéterminée ou pour plus de 6 mois, l'art. 7 al. 3 lit. c LAS est en principe applicable. La durée effective du placement importe peu: ce qui est déterminant est de savoir au départ si le placement est censé être durable ou non (la situation relative au financement ne pourrait sinon être clarifiée qu'après une certaine durée de placement, ce qui n'est pas le but de la loi). **4.** Lorsque les parents placent eux-mêmes l'enfant atteint dans sa santé dans une institution spécialisée, qu'ils s'occupent régulièrement de lui, lui rendent visite fréquemment, prennent autant que possible les frais en charge et ont l'intention de reprendre l'enfant chez eux après la fin de la scolarité spécialisée, le placement est en général provisoire (il en va de même pour un internat de semaine, lorsque l'enfant rentre régulièrement chez ses parents le week-end). Les placements en vue de mesures thérapeutiques ou d'instruction sont en principe provisoires, ceux prononcés comme dans le cadre de mesures de protection de l'enfant plutôt durables. **5.** In casu, retrait provisoire de la garde et placement d'urgence dans une famille d'accueil. Le placement ne

pouvait être considéré comme durable dès ce moment-là, mais seulement après que les mesures d'instruction (expertise) eurent été prises et que l'autorité eut pu confirmer le placement (décision de retrait définitif du droit de garde). Jusque-là, l'enfant n'avait pas de domicile d'assistance propre.

RJ 113-14

Cumul des allocations familiales?

Arrêt du TF 8C_223/2013 du 10 avril 2014 (f) (destiné à la publication):

1. En vertu de l'art. 6 LAFam (interdiction du cumul), le même enfant ne donne pas droit à plus d'une allocation du même genre. L'art. 7 LAFam instaure un ordre de priorité en cas de cumul de droits à des prestations familiales. **2.** Sont visées par l'interdiction du cumul les allocations énumérées à l'art. 3 LAFam, soit l'allocation pour enfant, l'allocation de formation professionnelle, ainsi que l'allocation de naissance et l'allocation d'adoption que les cantons peuvent prévoir dans leur régime d'allocations familiales. **3.** Les indemnités versées par l'ONU à ses employés ne sont pas des allocations familiales au sens de la LAFam et, partant, ne sont pas visées par la règle anti-cumul de l'art. 6 LAFam. **4.** L'ordre de priorité fixé à l'art. 7 LAFam est indissociablement lié à la règle de l'interdiction du cumul posée à l'art. 6 LAFam, qu'il concrétise. Le régime en cascade prévu à l'art. 7 al. 1 LAFam ne s'applique qu'en cas de concours d'un droit aux allocations familiales en vertu d'une législation fédérale ou cantonale.

RJ 114-14

Enfant en formation (rente AI)

Arrêt du TF 8C_875/2013 du 29 avril 2014 (d):

1. Droit à la rente complémentaire AI pour un enfant en formation (art. 35 al. 1 LAI avec renvoi à l'art. 25 al. 5 LAVS pour les conditions matérielles). **2.** Formation définie par l'art. 49^{bis} RAVS. L'enfant n'est pas considéré en formation si son revenu (brut) d'activité lucrative mensuel moyen est supérieur à la rente de vieillesse complète maximale de l'AVS (al. 3). **3.** Aval donné aux directives de l'OFAS pour les règles de calcul du revenu moyen (les mois d'activité lucrative précédant le début ou suivant la fin de la formation ne sont pas pris en compte; calcul séparé pour chaque année civile, sur la base du montant annuel perçu, même si certains mois, l'enfant a touché nettement moins que le montant d'une rente AVS).

RJ 115-14

Rente extraordinaire d'invalidité – 18 ans ou 20 ans?

Arrêt du TF 9C_756/2013 du 6 juin 2014 (f) (destiné à la publication):

1. Les ressortissants étrangers et apatrides invalides ont exceptionnellement droit à une rente extraordinaire (art. 39 al. 3 LAI), pour autant qu'ils remplissaient comme enfants les conditions fixées à l'art. 9 al. 3 LAI (les exigences relatives à l'année entière de cotisations et aux années de résidence en Suisse du ressortissant étranger, respectivement de son père ou de sa mère, sont remplies, et l'intéressé a bénéficié ou aurait pu bénéficier de mesures de réadaptation). **2.** En l'espèce, l'intéressée a subi des atteintes à la santé peu de temps avant d'atteindre la majorité; on doit se demander ce que signifient les termes «comme enfants»:

est-ce que les conditions de l'art. 9 al. 3 LAI doivent (ou auraient dû) être réalisées par la personne concernée jusqu'à sa majorité (dix-huit ans) ou jusqu'à ce qu'elle a atteint l'âge de vingt ans (soit la limite d'âge prévue par l'art. 9 al. 3 LAI, laquelle correspondait à l'âge de la majorité lors de l'entrée en vigueur de l'art. 39 al. 3 LAI)? **3.** Comme la limite d'âge de 20 ans a été expressément maintenue à l'art. 9 al. 3 LAI au moment de l'abaissement de l'âge de la majorité civile, il y a lieu d'admettre que les termes «comme enfants» signifient «avant l'âge de vingt ans révolus» à l'art. 39 al. 3 LAI également.

RJ 116-14

Revenu hypothétique de l'invalidé et prestations complémentaires

Arrêt du TF 9C_908/2013 du 22 mai 2014 (d) (destiné à la publication):

1. En vertu de l'art. 14a al. 1 OPC-AVS/AI, le revenu de l'activité lucrative des invalides est pris en compte sur la base du montant effectivement obtenu par l'assuré dans la période déterminante. L'al. 2 fixe pour les invalides âgés de moins de 60 ans un montant minimal à prendre en compte (en fonction du taux d'invalidité). Si l'intéressé ne réalise pas ce revenu, il est présumé avoir volontairement renoncé à des ressources (art. 11 al. 1 lit. g LPC). **2.** Cette présomption peut être renversée lorsque des éléments autres que l'invalidité (âge, langue, formation, marché du travail, etc.) empêchent le bénéficiaire d'utiliser sa capacité de travail résiduelle; il faut donc partir d'un revenu hypothétique. **3.** Selon l'art. 16 LPG, pour évaluer le taux d'invalidité, le revenu que l'assuré aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide est comparé avec celui qu'il pourrait obtenir en exerçant l'activité qui peut raisonnablement être exigée de lui après les traitements et les mesures de réadaptation, sur un marché du travail équilibré. La règle doit également être appliquée dans le cadre des prestations complémentaires: le revenu hypothétique imputé à l'intéressé doit être celui qu'il aurait pu réaliser dans le métier dans lequel l'AI l'invitait à se réadapter (ici celui de masseur, pour un malvoyant).

RJ 117-14

Frais d'entretien des immeubles et prestations complémentaires

Arrêt du TF 9C_862/2013 du 19 février 2014 (d):

Prise en compte d'un loyer dans les dépenses reconnues (prestations complémentaires), même si le bénéficiaire habite gratuitement chez sa compagne (art. 10 al. 1 lit. b LPC). Il n'y a pas lieu d'ajouter des frais d'entretien des bâtiments et les intérêts hypothécaires, jusqu'à concurrence du rendement brut de l'immeuble (art. 10 al. 3 lit. b LPC), sauf quand le bénéficiaire est propriétaire de l'immeuble (qu'il le donne en location ou l'habite lui-même ne joue pas de rôle: dans le premier cas, on lui imputera le revenu réalisé, dans le second la valeur locative, art. 11 al. 1 lit. b LPC).

Remarque: l'Arrêt du TF 9C_884/2013 du 9 avril 2014 (d), destiné à la publication, rappelle que les avoirs de libre passage doivent être pris en compte au titre de la fortune (art. 11 al. 1 lit. c LPC) dès qu'ils peuvent être retirés (ce qui est le cas, de façon anticipée, lorsque le bénéficiaire touche une rente AI complète et que le risque invalidité n'est pas assuré à titre complémentaire, puisque la prestation

vieillesse peut alors être demandée en vertu de l'art. 16 al. 2 OLP). La loi parle cependant de fortune nette: il faut déduire les dettes (hypothécaires, petits crédits bancaires, dettes auprès de privés, fiscales), ici les impôts qui auraient été dus si la prestation vieillesse avait effectivement été réclamée comme elle aurait dû l'être.

RJ 118-14

Autorisation de séjour et droit de visite

Arrêt du TF 2C_994/2013 du 20 janvier 2014 (f):

1. Sous l'angle du droit à une vie familiale (cf. art. 8 § 1 CEDH et art. 13 al. 1 Cst. féd.), il suffit en règle générale que le parent vivant à l'étranger exerce son droit de visite dans le cadre de séjours de courte durée, au besoin en aménageant ses modalités quant à la fréquence et à la durée. **2.** Un droit plus étendu peut le cas échéant exister en présence de liens familiaux particulièrement forts d'un point de vue affectif et économique, lorsque cette relation ne pourrait pratiquement pas être maintenue en raison de la distance qui sépare le pays de résidence de l'enfant du pays d'origine de son parent, et que l'étranger a fait preuve en Suisse d'un comportement irréprochable. **3.** Pour le parent ayant déjà eu une autorisation de séjour en Suisse en raison d'un mariage entre-temps dissous, l'exigence du lien affectif particulièrement fort doit être considérée comme remplie lorsque les contacts personnels sont exercés dans le cadre d'un droit de visite usuel selon les standards d'aujourd'hui. Mais le droit de visite n'est déterminant que dans la mesure où il est effectivement exercé, ce que les autorités compétentes doivent dûment vérifier. En outre, les autres conditions d'une prolongation de l'autorisation doivent être également remplies (cf. ATF 139 I 315, RJ 118-13). **4.** Lien affectif étroit, mais absence de lien économique (du fait des années passées en détention) et comportement tout sauf irréprochable (nombreuses poursuites pénales pour des infractions toujours plus graves).

Remarque: cf. aussi l'*Arrêt du TF 2C_1006/2013 du 2 juin 2014 (d)*, dans lequel le droit de visite «usuel» n'était pas exercé dans les faits, l'*Arrêt du TF 2C_979/2013 du 25 février 2014 (f)*, dans lequel il est rappelé qu'au regard de l'art. 8 CEDH, c'est la réalité et le caractère effectif des liens qu'un père a tissés avec son enfant qui sont pertinents (peu importe que les visites soient empêchées par la mère), l'*Arrêt du TF 2C_1025/2013 du 7 avril 2014 (d)* (absence de droit de visite fixé par les décisions matrimoniales, le curateur de représentation de l'enfant y était d'ailleurs défavorable), l'*Arrêt du TF 2C_478/2013 du 1^{er} mai 2014 (d)* (absence de lien économique suffisant avec l'enfant, délits pénaux graves) et l'*Arrêt du TF 2C_1076/2013 du 2 juin 2014 (d)* (absence de lien économique suffisant, malgré un contact personnel étroit, les pensions n'étant pas payées depuis 2006, comportement pénalement pas sans reproche).

RJ 119-14

Droit des étrangers et rapports de droit civil

Arrêt du TF 2C_303/2013 du 13 mars 2014 (d):

1. Rappel de la jurisprudence de l'ATF 137 I 247 (droit de séjour en Suisse du parent étranger parce que l'on ne peut exiger de l'enfant, suisse, qu'il quitte le

pays avec lui). **2.** Annulation par le TF de la décision de révocation de l'autorisation de séjour de la mère. Certes, il y a des doutes quant à la paternité de l'homme suisse qui a transmis sa nationalité à l'enfant (l'ex-mari de la mère a en effet reconnu l'enfant après le divorce), mais tant que la reconnaissance n'a pas été annulée (art. 260a CC), le TF s'en tient aux rapports de droit civil et se doit d'appliquer la jurisprudence sur le regroupement familial inversé.

RJ 120-14

Autorisation de séjour – menaces de sévices pour l'enfant à l'étranger?

Arrêt du TF 2C_792/2013 du 11 février 2014 (f):

1. En cas de regroupement familial inversé, l'enfant mineur titulaire d'une autorisation d'établissement partagé, du point de vue du droit des étrangers, le sort du parent qui en a la garde. Il n'y a ainsi pas atteinte à la vie familiale lorsque son renvoi est exigible, ce qui est en principe le cas pour un enfant en bas âge ou qui ne se trouve pas à la fin de sa scolarité obligatoire. **2.** Pour déterminer si l'on peut contraindre un enfant bénéficiant d'une autorisation d'établissement à suivre le parent dont il dépend à l'étranger, il faut tenir compte non seulement du caractère admissible de son renvoi, mais aussi des motifs d'ordre et de sécurité publics, comme le fait que ce parent est tombé de manière continue et dans une large mesure à la charge de l'assistance publique. Il y a lieu également de prendre en considération l'intérêt de l'enfant (art. 3 al. 1 CDE). **3.** En l'espèce, la mère ne peut faire valoir aucune circonstance personnelle qui s'opposerait à son renvoi. Il s'agit dès lors seulement de savoir si le départ de sa fille est également exigible (toute relation avec le père a cessé, la question du droit de visite de ce dernier ne se pose pas). **4.** Etant née et ayant toujours vécu en Suisse, l'enfant ne connaît pas le pays dont sa mère est originaire. Elle est au début de sa scolarité et encore à un âge où l'on peut s'adapter à un nouvel environnement, d'autant plus que sa mère n'a aucune attache en Suisse et qu'elle a en revanche de la famille dans son pays d'origine, notamment sa mère et son frère. **5.** Le fait que la fille est métisse et possède également la nationalité italienne de son père ne suffit en tout cas pas à admettre qu'elle serait exposée à des sévices particuliers ou à un mariage forcé au Nigéria. Des allégations générales ne suffisent pas à démontrer un risque concret de traitement inhumain ou dégradant: la recourante n'a nullement établi que sa fille courrait réellement un tel risque dans la communauté dont elle est originaire et ne prétend pas qu'elle aurait été elle-même excisée.

Remarque: pour des cas de regroupement familial différé pour raisons familiales majeures (art. 47 al. 4 LEtr), cf. l'*Arrêt du TF 2C_897/2013 du 16 avril 2014 (f)* (refus pour une enfant majeure ayant vécu sous la garde de sa grand-mère au Kosovo) et l'*Arrêt du TF 2C_1013/2013 du 17 avril 2014 (f)* (admission: le déplacement du Vietnam en Suisse auprès de la mère, souhaité par l'ensemble des membres de la famille, est dans l'intérêt de l'enfant et ne représenterait par pour lui un déracinement traumatisant, étant rappelé que le pouvoir d'appréciation des autorités de police des étrangers sur l'intérêt de l'enfant est limité). Pour un cas de regroupement familial (art. 42 al. 2 LEtr) des petits-enfants des recourants, âgés de 15 et 17 ans et titulaires d'une autorisation de séjour durable en

Belgique, *Arrêt du TF 2C_1057/2012 du 7 mars 2014 (d)*; le TF n'y voit pas d'abus de droit: les grands-parents avaient de bonnes raisons de laisser les enfants (qui avaient précédemment habité en Suisse) vivre jusqu'à leur adolescence avec leur mère à l'étranger (en les soutenant financièrement et les voyant fréquemment), pour les laisser ensuite décider d'une éventuelle installation en Suisse. La loi fixe d'ailleurs une limite d'âge élevée, à 21 ans. Dans l'*Arrêt 2C_614/2013 du 28 mars 2014 (f)*, le TF rappelle que l'extension de la protection de l'art. 8 CEDH aux ressortissants étrangers majeurs suppose l'existence d'un lien de dépendance comparable à celui qui unit les parents à leurs enfants mineurs: le handicap ou la maladie grave doivent nécessiter une présence, une surveillance, des soins et une attention que seuls des proches parents sont généralement susceptibles d'assumer et de prodiguer. Des difficultés économiques ou d'autres problèmes d'organisation ne suffisent pas.

RJ 121-14

Autorisation de séjour, autorité parentale conjointe et garde partagée

Arrêt du TF 2C_606/2013 du 4 avril 2014 (f):

1. Demande d'autorisation de séjour d'un ressortissant brésilien, père d'une fillette de nationalité portugaise, dont la mère, portugaise, a une autorisation de séjour en Suisse. **2.** Pas de droit à autorisation selon l'ALCP (la jurisprudence de l'ATF 139 II 393 n'est pas applicable). **3.** Examen sous l'angle de l'art. 8 CEDH. Le TF ne s'est jamais prononcé sur la situation d'une autorité parentale conjointe et d'une garde partagée sur un enfant, ressortissant d'un Etat partie à l'ALCP, entre des parents non mariés vivant séparément. La jurisprudence relative à la situation du parent étranger qui n'a pas l'autorité parentale ni la garde de l'enfant au bénéfice d'une autorisation d'établissement ou de séjour en Suisse ne trouve pas directement application (cf. l'ATF 139 I 315). La situation de l'intimé diffère également de celle du parent étranger ayant la garde et l'autorité parentale sur un enfant suisse (ATF 137 I 247, ATF 136 I 285, ATF 135 I 153). **4.** Les circonstances du cas d'espèce se rapprochent en revanche des faits à l'origine de l'Arrêt 2C_652/2013, RJ 60-14. A la différence du cas présent, l'enfant du recourant était de nationalité suisse et les parents, bien que séparés, étaient encore formellement mariés. Mais compte tenu des similitudes, il se justifie de s'inspirer des critères posés par cet arrêt, en particulier en lien avec l'exigence d'un comportement conforme à l'ordre public. **5.** Quand bien même il n'a jamais vécu avec la mère de son enfant, l'intéressé a su établir des contacts très étroits avec sa fille, dépassant de loin les standards usuels en la matière. Or les avantages d'une relation qu'un parent entretient de manière étroite et effective avec son enfant revêtent une importance considérable dans l'appréciation du bien-être de ce dernier. La CDE impose d'accorder un poids particulier au maintien du lien parental par rapport à la protection de l'ordre public suisse. A cet égard, les infractions à la loi sur les étrangers commises par l'intimé présentent une gravité particulièrement légère. L'autorisation doit être accordée.

Remarque: pour un autre cas d'application de la jurisprudence ad RJ 60-14, cf. l'*Arrêt du TF 2C_584/2013 du 7 mai 2014 (d)*.

Übersicht zur Rechtsprechung im Kindes- und Erwachsenenenschutzrecht (März bis Juni 2014)¹

von Dr. iur. Philippe Meier, Rechtsanwalt, Professor an der Universität Lausanne;

Thomas Häberli, Fürsprecher, Richter am Verwaltungsgericht des Kantons Bern.

A. Bundesverfassung und internationale Abkommen²

ÜR 66-14

Leihmutterschaft – Anerkennung von Kindesverhältnissen

Urteile des EGMR vom 26. Juni 2014 i.S. Mennesson bzw. Labassee c. Frankreich:

1. Weigerung der französischen Behörden, Kinder ins Zivilstandsregister einzutragen, die in den USA von einer Leihmutter ausgetragen wurden; selbst die biologische Abstammung vom Vater wurde nicht anerkannt. **2.** Die Schwierigkeiten, die sich aus der Nichtanerkennung der ausländischen Urkunde ergeben, stellen in Bezug auf die Eltern keine Verletzung des Anspruchs auf Achtung des Familienlebens dar (Art. 8 EMRK). **3.** Aber die rechtlichen Konsequenzen (keine französische Staatsbürgerschaft und keine Erbenstellung) verletzen den Anspruch der Kinder auf Schutz ihres Privatlebens (Art. 8 EMRK). Besonders ins Gewicht fällt auch, dass das Abstammungsverhältnis zum biologischen Vater trotz dessen Bedeutung für die Identität der Kinder nicht anerkannt wird.

Bemerkungen: Die – einstimmig gefällten – Urteile sind leider undifferenziert und schlecht begründet (vgl. Rz. 96–101 i.S. Mennesson und Rz. 75–80 i.S. Labassee). Ohne hier die bekannten Argumente für und wider die Anerkennung von im Ausland mittels einer Leihmutter begründeter Kindesverhältnisse wiederholen zu wollen drängen sich folgende Bemerkungen auf: *a)* Der Gerichtshof gibt der Unmöglichkeit, die Staatsbürgerschaft der Eltern zu erwerben und von diesen zu erben, zu viel Gewicht, während er die mit der Leihmutterschaft verbundene Gefahr einer Vermarktung von Föten überhaupt nicht thematisiert; im

¹ Die 32. Ausgabe der Rechtsprechungsübersicht gibt grundsätzlich Urteile wieder, die im Zeitraum von März bis Juni 2014 gefällt und/oder publiziert worden sind. Für die bisherigen Ausgaben vgl. ZVW 2003 S. 142 u. 433; 2004 S. 116 u. 257; 2005 S. 129 u. 267; 2006 S. 93, 195 u. 306; 2007 S. 86, 205 u. 313; 2008 S. 219, 372 u. 495; 2009 S. 122, 263 u. 408; ZKE 2010 S. 145, 312 u. 462; 2011 S. 137, 312 u. 493; 2012 S. 128, 317 u. 486; 2013 S. 102, 251 u. 458 sowie 2014 S. 148.

Zwischenzeitlich sind folgende von uns präsentierte Urteile amtlich publiziert worden: ÜR 28-14 (BGer 5A_815/2013) als BGE 140 III 92, ÜR 39-14 (BGer 5A_702/2013) als BGE 140 III 49, ÜR 46-14 (BGer 5A_843/2013) als BGE 140 III 97 und ÜR 53-14 (BGer 5A_872/2013) als BGE 140 III 101.

² Die Urteile des EGMR können im Internet unter «<http://hudoc.echr.coe.int>» in französischer und englischer Sprache abgerufen werden. Dabei kann auch – mit Blick auf eine allfällige Verweisung an die Grosse Kammer – verifiziert werden, ob ein bestimmtes Urteil bereits rechtskräftig («final») ist. Wird in unserer Übersicht nicht ausdrücklich die Grosse Kammer erwähnt, liegt ein Urteil einer der Sektionen des EGMR vor.

Übrigen verfügen die betroffenen Kinder über einen Pass der USA und sind nicht etwa staatenlos. *b)* Zwar stellt der Gerichtshof richtigerweise fest, dass ein europäischer Konsens fehlt: Die Leihmutterschaft ist in 15 Staaten ausdrücklich untersagt und wird in 10 weiteren implizit ausgeschlossen bzw. nicht toleriert (bzw. die Rechtslage ist unklar); nur in 7 Staaten ist die Leihmutterschaft ausdrücklich zulässig und in 4 andern wird sie offenbar toleriert. Die rechtliche Anerkennung von ausländischen Kindesverhältnissen zu den (beabsichtigten) Eltern ist in 13 Staaten vorgesehen und in 10 weiteren offenbar möglich, aber in 11 Staaten ausgeschlossen. Trotz dieser uneinheitlichen Rechtslage zwingt der Gerichtshof den Mitgliedstaaten dann aber ohne jegliche Rücksichtnahme auf die laufende ethische Diskussion eine strikte Regelung auf. *c)* Die Würde der Leihmutter spielt in seinen (oberflächlichen) rechtlichen Erörterungen keine Rolle und eine differenzierte Beurteilung nach den konkreten Umständen des Einzelfalls ist nicht vorgesehen. Uns scheint eine Anerkennung des Kindesverhältnisses jedenfalls nur vertretbar zu sein, wenn erstellt ist, dass weder eine soziale noch eine wirtschaftliche oder psychische Notlage der Leihmutter ausgenutzt wurde. In der Schweiz ist eine solche fallweise Betrachtung im Rahmen von Art. 27 Abs. 1 IPRG möglich.

ÜR 67-14

Befristung der Vaterschaftsklage

Urteil des EGMR vom 3. April 2014 i.S. Konstantinidis c. Griechenland:

1. Einreichung der Vaterschaftsklage vier Jahre nachdem das Klagerecht erloschen war. **2.** Die gesetzliche Befristung auf ein Jahr nach Erreichen der Volljährigkeit ist vernünftig; das griechische Recht trägt damit sowohl den Interessen des Kindes (das noch selber handeln kann, falls eine Klage während seiner Minderjährigkeit unterblieben ist) als auch jenen des vermeintlichen Vaters Rechnung und vermeidet längerdauernde Unsicherheiten über die familiären und erbrechtlichen Verhältnisse. **3.** Zudem kann die Frist unterbrochen oder wiederhergestellt werden. **4.** Es verhält sich anders als in den Verfahren i.S. Phinikaridou c. Zypern und Grönmark c. Finnland (ÜR 93-10), zumal die Klagefrist nicht unflexibel geregelt ist und der Beschwerdeführer über keinen Beweis mittels DNA-Analyse verfügt.

Bemerkungen: Das Schweizer Recht kennt in Art. 263 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB die gleiche (wiederherstellbare) Frist. – Die Urteilsbegründung erstaunt insofern, als die Befristung des Klagerechts auch mit dem (möglichen) Verschwinden von Beweisen gerechtfertigt wird (Rz. 54), obschon eine einfache DNA-Analyse ausreicht, die bekanntlich auch nach dem Hinschied noch vorgenommen werden kann (vgl. ÜR 71-06). Der Gerichtshof schliesst zudem auf eine zu lange Untätigkeit des Beschwerdeführers, der offenbar zwei Jahre zuwartete nachdem ihn seine Mutter informiert hatte (in der Schweiz wird eine «letzte Bedenkfrist» von einem Monat seit Wegfall des Hinderungsgrunds gewährt; vgl. etwa ÜR 08-14). In einer alternativen Urteilsbegründung rufen die Richterinnen Laffranque und Turković die Mitgliedstaaten zu einer Revision der Fristenregelung auf. Die Befristung des Klagerechts auf ein Jahr ab Erreichen der Volljährigkeit sei aufzuge-

ben oder zumindest zu verlängern. Weiter solle das bloss Ergründen der eigenen Abstammung zeitlich unbeschränkt zulässig bleiben, falls die Vaterschaftsklage verwirkt sei (vgl. dazu unsere Bemerkung zu UR 02-12). In der Schweiz besteht ein entsprechender subsidiärer Anspruch (BGE 134 III 241; *Meier/Stettler*, *Droit de la filiation*, 5. Aufl. Zürich 2014, N 382 ff.).

ÜR 68-14

Informations- und Besuchsrecht der leiblichen Mutter adoptierter Kinder?

Urteil des EGMR vom 5. Juni 2014 i.S. I.S. c. Deutschland:

1. Adoption von ausserehelich geborenen Zwillingen. **2.** Abweisung der Klage der leiblichen Mutter auf Ungültigerklärung ihrer Zustimmung zur Adoption. **3.** Antrag auf regelmässigen persönlichen Kontakt. **4.** Die leibliche Mutter hat sich nur während zweier Wochen um ihre Kinder gekümmert, weshalb fraglich ist, ob ein Familienleben im Sinn von Art. 8 EMRK vorliegt; jedenfalls kann sie sich auf den Schutz ihres Privatlebens berufen. **5.** Mit ihrer Zustimmung zur Adoption hat die leibliche Mutter alle Rechte aufgegeben und verfügt über keinen gesetzlichen Anspruch auf persönlichen Verkehr mehr. Die Aufrechterhaltung eines Kontakts könnte allenfalls mit Blick auf das Kindeswohl geboten sein, was vorliegend – angesichts eines Zusammenlebens während bloss zweier Wochen – ausgeschlossen ist. **6.** Ob die leibliche Mutter von einer «halb-offenen Adoption» ausging, ist unerheblich; eine solche ist gesetzlich nicht vorgesehen und die Konsequenzen der vollzogenen Adoption richten sich allein nach dem deutschen Recht und dem Willen der Adoptiveltern. Die leibliche Mutter wurde umfassend über die rechtlichen Folgen ihrer Zustimmung aufgeklärt. **7.** Es ist nicht konventionswidrig, vorliegend den Interessen der Adoptivfamilie Vorrang zu geben.

Bemerkung: Streitig war unter anderem auch, ob die Adoptiveltern der leiblichen Mutter einen jährlichen Bericht über die Entwicklung der Kinder mit Fotos bzw. ein Besuchsrecht in Aussicht gestellt hatten. – In der Schweiz sieht der Vorentwurf der Revision des Adoptionsrechts (Art. 268f) vor, dass Adoptiveltern und leibliche Eltern vereinbaren können, Letzteren werde «ein Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr mit dem minderjährigen Adoptivkind eingeräumt. Ist das Kind urteilsfähig, so ist seine Zustimmung notwendig. Diese Vereinbarung kann einseitig nicht abgeändert oder aufgehoben werden. Bei Uneinigkeit entscheidet die Kindesschutzbehörde.» Eine solche Vereinbarung sollte einer behördlichen Genehmigung bedürfen, was im Vorentwurf so nicht vorgesehen ist.

ÜR 69-14

Gemeinsames Sorgerecht gegen den Willen eines Elternteils?

Urteil des EGMR vom 27. Mai 2014 i.S. Buchs c. Schweiz:

1. Das Urteil bestätigt BGer 5A_420/2010, auf den sich das Bundesgericht in seiner jüngsten Rechtsprechung verschiedentlich berufen hat. **2.** Beim Entscheid über Elternrechte steht den Mitgliedstaaten ein grosser Ermessensspielraum zu. **3.** Die Schweizer Gerichte haben das Kindeswohl umfassend abgeklärt und ihm ausschlaggebende Bedeutung beigemessen. Es verstösst nicht gegen Art. 8

EMRK, hier ein gemeinsames Sorgerecht wegen der Weigerung eines Elternteils auszuschliessen. Der Gerichtshof trägt einerseits dem fehlenden europäischen Konsens bezüglich der Regeln für die Sorgerechtszuteilung und andererseits den konkreten Umständen (Experten halten ein gemeinsames Sorgerecht für unangebracht, der Vater verfügt ohnehin über ein sehr grosszügiges Besuchsrecht [Rz. 55]) Rechnung. **4.** Die Rüge einer rechtsungleichen Behandlung im Vergleich zu unverheirateten Vätern ist unbegründet, da es nach (bis 30. Juni 2014 geltendem) Schweizer Recht keinem Vater – ob verheiratet oder nicht – möglich war, das gemeinsame Sorgerecht zu erhalten, falls die Mutter damit nicht einverstanden war. Überdies können sich beide Elternteile bei der Scheidung einem gemeinsamen Sorgerecht widersetzen, was eine Diskriminierung wegen des Geschlechts ausschliesst. Das Erfordernis der beidseitigen Zustimmung will die Eltern zur Kooperation anhalten.

Bemerkung: In seinen Urteilen i.S. Zaunegger c. Deutschland (ÜR 02-10) und Sporer c. Österreich (ÜR 02-11) hatte der Gerichtshof auf eine Ungleichbehandlung von unverheirateten und geschiedenen Paaren geschlossen, weil es (damals) nur den geschiedenen Vätern möglich war, das gemeinsame Sorgerecht zu erhalten. Zwar leuchtet die vorliegende Begründung mit Blick auf Art. 14 EMRK ein, es ist aber bedauerlich, dass der Gerichtshof die Vereinbarkeit von aArt. 133 Abs. 3 ZGB mit Art. 8 EMRK nicht etwas genauer beleuchtet hat. Unbefriedigend sind sodann die oberflächlichen und konfuse Erwägungen betreffend den fehlenden europäischen Konsens (Rz. 22–24).

ÜR 70-14

Entsorgung eines totgeborenen Kindes als Spitalabfall

Urteil des EGMR vom 12. Juni 2014 i.S. Maric c. Kroatien:

1. Ein Kind wird im neunten Schwangerschaftsmonat tot geboren. Die Eltern beanspruchen die sterblichen Überreste nicht und überlassen die Bestattung dem Spital. Die Leiche wird obduziert und anschliessend als Spitalabfall entsorgt. **2.** Der Gerichtshof schliesst auf eine Verletzung von Landesrecht, weil der Fötus mehr als 22 Wochen alt war. Zudem verstösst das Fehlen einer kohärenten Regelung, insb. über die Information der Eltern, gegen Art. 8 EMRK.

ÜR 71-14

Nichteinhaltung des Terminplans für den persönlichen Verkehr

Urteil des EGMR vom 15. April 2014 i.S. Krasicki c. Polen:

1. Durch Gerichte, Polizei, Schule und Beistände werden – mit begrenztem Erfolg – verschiedene Schritte unternommen, um die widerspenstige Mutter zur Respektierung der Besuchstermine des Vaters zu bewegen. Nunmehr ist ein Verfahren auf Fremdplatzierung der Kinder hängig. **2.** Keine Verletzung von Art. 8 EMRK.

Bemerkung: Für einen ähnlichen Sachverhalt vgl. *Urteil des EGMR vom 10. Juni 2014 i.S. P.K. c. Polen.*

B. Zivilgesetzbuch³

1. Kindesverhältnis

1.1 Entstehung des Kindesverhältnisses

ÜR 72-14

Anfechtung der Vaterschaftsanerkennung – Interessenabwägung

BGer 5A_939/2013 vom 5. März 2014 (f):

1. Bei der Anfechtung der Vaterschaftsanerkennung (Art. 260a ZGB) handelt es sich um ein höchstpersönliches Recht des Kindes, das es selbständig ausüben kann, falls es urteilsfähig ist (Art. 19c Abs. 1 ZGB), und das es andernfalls über eine Vertretungsbeistandschaft wahr. **2.** Die Einsetzung eines Beistands ist angezeigt, wenn die Klageeinreichung im Interesse des Kindes liegt, wobei die Situation mit Anerkennung und jene ohne zu vergleichen sind (BGE 121 III 1; ÜR 54-12, 91-11, 102-09). Dabei sind neben den psycho-sozialen auch die materiellen Auswirkungen einer Aufhebung der Vaterschaft (Unterhalt, erbrechtliche Anwartschaften) zu würdigen. Wenn unsicher erscheint, ob ein neues Vaterschaftsverhältnis begründet werden kann, wenn die Unterhaltsansprüche künftig wesentlich geringer wären, wenn ein enges Verhältnis zu Geschwistern beeinträchtigt würde oder wenn nicht sicher erscheint, dass das Kind eine positive Beziehung zu seinem vermutlichen Erzeuger herzustellen vermöchte, entspricht die Anfechtung nicht dem Kindeswohl. **3.** Beim Kindeswohl handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff und der Entscheid über die Einsetzung eines Beistands beruht auf einer Interessenabwägung, weshalb sich das Bundesgericht bei der Überprüfung zurückhält. **4.** Keine Bundesrechtsverletzung durch die Nichteinsetzung eines Beistands angesichts der gefestigten Beziehung zum gesetzlichen Vater und der Unwahrscheinlichkeit, die Identität des vermeintlichen biologischen Vaters zu ermitteln. Der Konflikt zwischen den Eltern betrifft die Obhutsfrage und das Besuchsrecht der Mutter und beschlägt nicht das Interesse des Sohnes am Kindesverhältnis zum Vater.

ÜR 73-14

Und erneut das Verfahren «Jäggi»

BGer 5F_1/2014 vom 18. Februar 2014 (f):

1. Abweisung des Revisionsgesuchs, das die Ehefrau des verstorbenen Vaters und der gemeinsame Sohn der beiden gegen BGer 5A_518/2011 (ÜR 10-13) und BGer 5A_585/2013 (ÜR 09-14, mit Bemerkung) eingereicht haben. **2.** Den Einwand, die Abweisung der Vaterschaftsklage im Jahr 1948 sei rechtskräftig, hatte das Bundesgericht nicht von Amtes wegen zu berücksichtigen. Die Parteien müssen alle Rügen vortragen, die das Bundesgericht behandeln soll, damit ein Endentscheid gefällt werden kann, der die Streitigkeit abschliesst. Die Beschwerde-

³ Mit den Buchstaben «d/f/i» nach der Referenz wird auf die Sprache des Urteils hingewiesen. Die zusammengefassten Urteile werden, auch wenn sie mehrere Rechtsbereiche betreffen, nur einmal wiedergegeben. So finden sich Ausführungen zu Besuchsrechtsfragen verschiedentlich auch im Kapitel zum Kindesunterhalt.

fürer haben es sich selber zuzuschreiben, dass der Einwand nicht behandelt wurde. **3.** Im Übrigen war eine Vaterschaftsklage trotz des früheren Urteils noch möglich. Die Botschaft des Bundesrats zum neuen Kindesrecht sah ausdrücklich vor, dass «um der Rechtsgleichheit willen das neue Klagerecht auch dem Kinde zugebilligt werden muss, das zwar geklagt hat, dessen Klage aber aus einem Grunde abgewiesen worden ist, den das neue Recht nicht mehr kennt» (BBl 1974 II 102).

1.2 Wirkungen des Kindesverhältnisses

1.2.1 Elterliche Sorge, Obhut und persönliche Beziehungen

ÜR 74-14

Keine «aufgezwungene» alternierende Obhut?

BGer 5A_866/2013 vom 16. April 2014 (f):

1. Im Rahmen vorsorglicher Massnahmen wird – gegen den Willen der Mutter – eine alternierende Obhut angeordnet (unter Hinweis auf unsere Bemerkungen zu ÜR 60-12 und die neue Sorgerechtsregelung). **2.** Alternierende Obhut bedeutet, dass die Eltern ihre Kinder abwechselnd in ungefähr gleichem Umfang betreuen. Sie steht mit der gemeinsamen Ausübung des Sorgerechts in Verbindung, die vor dem 1. Juli 2014 eine Ausnahme von der Zuteilung an einen Elternteil darstellt (aArt. 133 Abs. 3 ZGB). Selbst bei Vorliegen eines gemeinsamen Antrags der Eltern auf Beibehaltung des gemeinsamen Sorgerechts nach der Scheidung muss mit Blick auf das Kindeswohl die Genehmigungsfähigkeit der Vereinbarung geprüft werden; sie hängt von den Umständen des Einzelfalls ab wie der Kooperationsfähigkeit der Eltern (vgl. etwa BGer 5A_196/2013; ÜR 82-13). **3.** Das Kindeswohl ist vorliegend weder aus dem Gutachten noch aus dem angefochtenen Urteil ersichtlich, da sich diese Dokumente allein mit der Situation der Eltern befassen. Das Urteil verstösst mithin gegen das Willkürverbot (Art. 9 BV). **4.** Die jüngste Rechtsprechung hat offengelassen, ob allein das Fehlen der Zustimmung eines Elternteils ausreicht, um ein Beibehalten des gemeinsamen Sorgerechts und eine alternierende Obhut auszuschliessen. Das Veto eines Elternteils bildet jedenfalls Teil der wesentlichen Umstände, die zu berücksichtigen sind, und zeigt auf, dass die Eltern Schwierigkeiten haben, sich über die wichtigen Fragen betreffend ihr Kind zu verständigen. Auch gemäss ZKE 2012 S. 326 (Bemerkungen zu ÜR 60-12) soll der Widerstand eines Elternteils nicht einfach übergangen, sondern bloss die Bedeutung des Einverständnisses beider Eltern mit Blick auf das Kindeswohl relativiert werden.

Bemerkung: Ungeachtet seiner Willkürkognition zeigt sich das Bundesgericht sehr streng; es verweist zwar auf einen grossen Ermessensspielraum der kantonalen Behörden (vgl. E. 5.2), trägt diesem in der Folge aber keine Rechnung. Im Übrigen ist nur schwer vorstellbar, dass die Vorinstanz bei ihrem Entscheid einzig die Interessen der Eltern berücksichtigt und das Kindeswohl ausgeblendet hat, zumal die alternierende Obhut vom Gutachter ausdrücklich empfohlen worden ist.

ÜR 75-14**Obhutszuteilung im Eheschutzverfahren – Willkür**

BGer 5A_825/2013 vom 28. März 2014 (f):

1. Der Vater ist Musiker (Lehrer; Mitglied einer Musikgruppe), während die Mutter zu 65% als selbständige Psychiaterin in einer eigenen Praxis tätig ist; ein Kind ist volljährig und das andere 10 Jahre alt. **2.** Im Eheschutzverfahren richtet sich die Zuteilung des Obhutsrechts nach dem Kindeswohl. Massgebende Kriterien. **3.** Dem Gericht kommt bei der Würdigung dieser Kriterien ein grosser Ermessensspielraum zu, weshalb das Bundesgericht bei der Überprüfung Zurückhaltung übt (vgl. ÜR 40-14, 49-13, 73-12, 23-11, 94-11, 99-11). **4.** Vorliegend verstösst die Obhutszuteilung an die Mutter gegen das Willkürverbot: Die Vorinstanz hat das Kriterium der Stabilität der Verhältnisse ausser Acht gelassen, dem bei gleichen erzieherischen Fähigkeiten der Eltern besonders Gewicht zukommt. Der Vater hat seit der Geburt des jüngeren Kindes mit einem Pensum von rund 25% zuhause gearbeitet, während die Mutter zu 80% und ab dem 6. Altersjahr des Kindes zu 65% erwerbstätig war. Zudem hat die Mutter die eheliche Wohnung ohne das Kind verlassen, das im Urteilszeitpunkt bereits mehr als sechs Monate mit dem Vater dort verblieben war. **5.** Die Bedeutung der Verfügbarkeit der Mutter am schulfreien Mittwoch ist stark zu relativieren, weil der Vater seinen Terminplan ebenfalls den Bedürfnissen des Kindes anpassen und etwa während der Mahlzeiten anwesend sein kann, weil ein zehnjähriges Kind über eine gewisse Autonomie verfügt und insbesondere auch weil der Vater zuhause arbeitet und über einen tieferen Beschäftigungsgrad verfügt als die Mutter. Im Übrigen kann die Betreuung des Kindes am Mittwoch im Rahmen des grosszügigen Besuchsrechts organisiert werden, dass dem nicht obhutsberechtigten Elternteil auch unter der Woche zu gewähren ist. **6.** Der Vorinstanz kann nicht gefolgt werden, wenn sie zuerst erkennt, der Vater habe seinen Beschäftigungsgrad zu erhöhen und dann, gestützt darauf, über die Obhutszuteilung entscheidet. Zunächst ist die Obhut entsprechend der aktuellen Verfügbarkeit zuzuteilen und allenfalls anschliessend gestützt auf Art. 163 ZGB über eine Erhöhung des Beschäftigungsgrads des obhutsberechtigten Elternteils zu befinden, falls bei der Bestimmung der Unterhaltsbeiträge ein Manko festgestellt wird. Zudem könnte die Mutter, die nur zu 65% erwerbstätig ist, als Selbständigerwerbende wohl ihren Beschäftigungsgrad erhöhen.

Bemerkung: Es fällt auf, dass das Bundesgericht – obschon es sich eigentlich auf eine Willkürprüfung zu beschränken hätte – selbst Einzelheiten der Besuchsrechtsregelung abändert, um dem Kind häufige Wechsel unter der Woche zu ersparen. Weitere Urteile zur Obhutszuteilung im Eheschutzverfahren (antizipierte Beweiswürdigung, Verzicht auf Gutachten): *BGer 5A_720/2013 vom 4. März 2014 (d)* und *BGer 5A_57/2014 vom 16. Mai 2014 (d)*.

ÜR 76-14**Beschwerde gegen die Anordnung einer Begutachtung**

BGer 5A_187/2014 vom 9. Mai 2014 (d):

Aus der Beweisverfügung, mit der in einem Scheidungsverfahren die psychiatrische Begutachtung des Kindes angeordnet wird, kann dem Vater kein nicht wiedergutzumachender Nachteil im Sinn von Art. 93 Abs. 1 Bst. a BGG entstehen, der ihn zur Beschwerde in Zivilsachen legitimieren würde.

ÜR 77-14**Wahrnehmung des Besuchsrechts und Schuldneranweisung**

BGer 5A_173/2014 und 5A_174/2014 vom 6. Juni 2014 (f):

1. Das Besuchsrecht hat primär den Interessen des Kindes zu dienen. Seine Erteilung und Ausgestaltung, bzw. seine Verweigerung, richten sich nach dem Kindeswohl und nicht nach einem allfälligen Fehlverhalten des Berechtigten. **2.** Die Würdigung der für den persönlichen Verkehr massgebenden Sachumstände, d.h. die Ermittlung ihrer rechtlichen Tragweite, stellt eine Rechtsfrage dar. Das Bundesgericht hält sich bei der Überprüfung aber zurück, da der Sachrichter über einen grossen Ermessensspielraum verfügt und die Parteien sowie das Umfeld des Kindes besser kennt. **3.** Vorliegend hat der Vater sein Besuchsrecht im 2013 nur unregelmässig wahrgenommen. Da es für die innere Stabilität und die Entwicklung des Kindes bedeutsam ist, dass die Modalitäten des Besuchsrechts beachtet werden, ist eine Einschränkung des Besuchsrechts gerechtfertigt. **4.** Die Schuldneranweisung (Art. 291 ZGB) stellt eine besonders einschneidende Massnahme dar und setzt einen massiven Zahlungsrückstand voraus. Eine vereinzelte Verzögerung oder punktuelle Unterlassung reicht nicht aus. Die Massnahme ist erst dann gerechtfertigt, wenn eindeutig feststeht, dass der Schuldner seinen Verpflichtungen nicht nachkommen oder diese zumindest nur sehr unregelmässig erfüllen wird. Es müssen konkrete dahingehende Indizien vorliegen, wobei das Gericht über einen grossen Ermessensspielraum verfügt (vgl. ÜR 25-13).

ÜR 78-14**Informationsrecht nach Art. 275a ZGB**

Zur Publikation bestimmtes Urteil 5A_518/2013 vom 27. Mai 2014 (i):

1. Das Informationsrecht besteht nicht bedingungslos; es kann dem Elter entzogen werden, der sein Besuchsrecht gar nicht oder nur selten ausübt und sich nicht um das Wohl seines Kindes kümmert. Weiter kann es dem Sorgeberechtigten nicht aufgezwungen werden, falls zwischen den Eltern ein anhaltender und schwerer Konflikt herrscht; vorbehalten bleibt die Möglichkeit, bei Drittpersonen, die an der Betreuung des Kindes beteiligt sind, Auskünfte über den Zustand und die Entwicklung des Kindes einzuholen (Art. 275a Abs. 2 ZGB). **2.** Vorliegend hat der Vater die nötigen Informationen mündlich von der Schule erhalten, weshalb es unverhältnismässig war, von der Mutter Zeugniskopien zu verlangen. Zudem hat der Vater nicht dargetan, dass ihm die Schule die entsprechenden Dokumente nicht aushändigen will.

Bemerkung: Ein interessantes, aber oberflächlich begründetes Urteil, das letztlich nicht zu überzeugen vermag. Zunächst fehlt jeglicher Hinweis auf Art. 275a Abs. 3 ZGB, der für die Beschränkung des Informationsrechts auf die entsprechende Regelung beim persönlichen Verkehr verweist; eine Beschränkung ist mithin nur bei Vorliegen der (gewichtigen) Umstände gemäss Art. 274 Abs. 2 ZGB zulässig. U.E. müssten die Voraussetzungen für eine Beschränkung beim Informationsrecht eher noch strenger sein als beim Besuchsrecht, da die blosser Verpflichtung, dem andern Elternteil Kopien von Dokumenten zuzustellen, den Konflikt der Eltern kaum derart verschärfen kann, dass das Kindeswohl gefährdet wird. Vielmehr scheinen hier Intransparenz und die Weigerung der Mutter geeignet, beim nicht sorgeberechtigten Vater Ängste zu schüren. Es mag sein, dass die Unerhältlichkeit der Informationen von der Schule nicht erstellt wird, aber ebenso wenig stand fest, dass diese die Dokumente aushändigen wird. Es hat der Grundsatz zu gelten, dass in erster Linie der Sorgeberechtigte informationspflichtig ist, wobei es auch ihm obliegen muss, gegebenenfalls die Unverhältnismässigkeit eines Informationersuchens darzutun und nicht – wie es hier scheint – am Berechtigten, dessen Verhältnismässigkeit zu begründen. Im Übrigen vermögen blosser mündliche Auskünfte den verbindlichen Charakter eines Zeugnisses nicht zu ersetzen.

ÜR 79-14

Zuständigkeit der KESB zur Abänderung einer Besuchsrechtsregelung

BGer 5A_40/2014 vom 17. April 2014 (d):

1. Deutsches Scheidungsurteil ohne Besuchsrechtsregelung. Weil die Besuchsrechtsregelung gemäss schweizerischem Eheschutzverfahren mit Ausfällung des Scheidungsurteils dahingefallen sei, erachtet sich die KESB der Stadt Zürich für unzuständig, Anordnungen zum Besuchsrecht zu treffen. **2.** Gemäss Art. 276 Abs. 2 ZPO dauern Massnahmen, die das Eheschutzgericht angeordnet hat, weiter bis das zuständige Scheidungsgericht entweder die Eheschutzmassnahme ausdrücklich durch eine vorsorgliche Massnahme ersetzt oder stillschweigend durch Endurteil über den Streitgegenstand der Eheschutzmassnahme entscheidet. Falls das Scheidungsgericht zwar die Ehe durch Teilurteil scheidet, aber über die Scheidungsfolgen, die Gegenstand der Eheschutzmassnahme bilden, noch nicht befindet, besteht also die Eheschutzmassnahme weiter. Diese Regelung gilt auch für internationale Sachverhalte. **3.** Mutter und Kind hatten zum Zeitpunkt des deutschen Scheidungsurteils ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz, woran sich bisher nichts geändert hat. Nach Art. 3 lit. b und Art. 5 Abs. 1 HKsÜ⁴, das in beiden Staaten gilt, sind die Schweizer Behörden zur Regelung des persönlichen Verkehrs zwischen Kind und Vater zuständig. **4.** Für Besuchsrechtsfragen ist die KESB am Wohnsitz des Kindes zuständig, ausser ein Gericht ist im Eheschutz- oder Scheidungsverfahren mit Kinderbelangen befasst (Art. 275

⁴ Übereinkommen vom 19. Oktober 1996 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern (Haager Kindesschutzübereinkommen, HKsÜ; SR 0.211.231.011), für die Schweiz in Kraft getreten am 1. Juli 2009.

Abs. 1 und 2 ZGB). Weil hier kein solches Verfahren hängig ist, ist die KESB der Stadt Zürich zur Abänderung der fortbestehenden Regelung der Eheschutzrichterin zuständig. Nichts anderes ergibt sich aufgrund von Art. 307 ZGB.

ÜR 80-14

Obhutszuteilung – internationale Zuständigkeit

BGer 5A_836/2013 vom 18. März 2014 (d):

1. Fortsetzung des Verfahrens 5A_350/2013 (ÜR 85-13). In hängigen Scheidungs- oder Trennungsverfahren eröffnet Art. 10 HKsÜ eine mit Art. 5–9 HKsÜ konkurrierende internationale Zuständigkeit für den Erlass von Kindesschutzmassnahmen; mit «Trennung» ist diejenige nach Art. 117 f. ZGB i.V.m. Art. 59 ff. IPRG gemeint, nicht die faktische Trennung in einem Eheschutzverfahren (vgl. Art. 46 IPRG). Die Frage der schweizerischen Entscheidzuständigkeit konnte hier offenbleiben, weil die Beschwerde ohnehin unbegründet war. **2.** Bestätigung der Obhutszuteilung an den Vater, obschon dieser das Kind ohne Zustimmung der Mutter nach Deutschland verbracht hatte, weshalb ein Rückführungsverfahren eingeleitet worden war.

1.2.2 Unterhalt

ÜR 81-14

Anpassung des Kinderunterhalts – partielle Subrogation des Gemeinwesens

BGer 5A_634/2013 vom 12. März 2014 (f):

1. Rechtsprechung zur Bemessung (Art. 285 ZGB) und Anpassung (Art. 286 Abs. 2 ZGB) des Unterhaltsbeitrags. **2.** Ob sich der Sachverhalt verändert hat, beurteilt sich nach den Verhältnissen bei Klageeinreichung. Liegt eine erhebliche und dauerhafte Sachverhaltsänderung vor, führt dies nicht automatisch zu einer Neufestsetzung des Unterhaltsbeitrags. Erforderlich ist, dass mit Blick auf das ursprüngliche Scheidungsurteil ein unzumutbares Ungleichgewicht zwischen den Eltern entsteht, was insb. zutrifft, falls die Beitragspflicht für einen Unterhaltsschuldner mit beschränkten Mitteln untragbar wird. Das Gericht kann sich also nicht auf die Feststellung einer Veränderung beschränken, sondern muss die Interessen der Kinder und jedes Elternteils gegeneinander abwägen, um zu beurteilen, ob im konkreten Fall eine Anpassung des Unterhaltsbeitrags geboten ist (BGE 137 III 604; ÜR 64-12, 98-11). Bei der Neufestsetzung sind die einzelnen Parameter der Unterhaltsbemessung zu aktualisieren, wobei auch unverändert gebliebene angepasst werden dürfen. **3.** Unternimmt ein Elternteil nicht alles in seiner Macht Stehende, um seiner Unterhaltspflicht nachzukommen, kann ihm ein höheres hypothetisches Einkommen angerechnet werden. Rechtsprechung zu den hohen Anforderungen bei wirtschaftlich engen Verhältnissen, gemäss denen auch Erwerbsmöglichkeiten in Betracht zu ziehen sind, die nach den Kriterien der Arbeitslosenversicherung unzumutbar wären (BGE 137 III 118). **4.** Dass die kantonalen Behörden den Unterhaltsschuldner verpflichten, seine Arbeitsbemühungen zu intensivieren und auch eine weniger qualifizierte Arbeitsstelle anzunehmen, ist mit Blick auf dessen Verpflichtungen gegenüber minderjährigen

Kindern nicht zu beanstanden, selbst wenn er schon in diese Richtung gesucht hat. Anrechnung eines monatlichen Nettoeinkommens von Fr. 4500.–, obschon der Vater seit Jahren Leistungen der Sozialhilfe bezieht. **5.** Nach Art. 289 Abs. 2 ZGB geht der Unterhaltsanspruch mit allen Rechten auf das Gemeinwesen über, wenn dieses für den Unterhalt des Kindes aufkommt (gesetzliche Subrogation; Art. 166 OR); erfasst werden öffentliche Unterstützungsleistungen für die Zukunft und die Vergangenheit, einschliesslich Vorschüssen. **6.** Gestützt auf die Legalzession kann das Gemeinwesen den Unterhaltsanspruch einklagen, die Abänderung des Unterhaltsbeitrags verlangen, Dritten die Abtretung anzeigen sowie Sicherheiten verlangen. **7.** Sind die öffentlichen Unterstützungsleistungen geringer als der Unterhaltsanspruch des Kindes, reicht die Subrogation in dessen Rechte nur bis zur Höhe der erbrachten öffentlichen Leistungen; für den Rest bleibt das Kind Unterhaltsgläubiger. Es drängt sich auf, die Verfahren zu koordinieren und eine gemeinsame Vertretung für Gemeinwesen und Kind zu organisieren. **8.** Die Abänderungsklage des Unterhaltsschuldners richtet sich gegen das Kind (oder dessen Vertreter) und gegen das Gemeinwesen, falls dieses in die Unterhaltsansprüche des Kindes subrogiert ist; bei einer bloss teilweisen Subrogation behält das Kind die Passivlegitimation für seine Ansprüche. **9.** Vorliegend war die Abänderungsklage ausschliesslich gegen die Mutter gerichtet. Eine Beiladung des Sozialdienstes war unmöglich, weil in der ZPO nicht vorgesehen; mangels Parteistellung der Behörde erlaubten es auch Untersuchungsgrundsatz und Offizialmaxime nicht, die von der Behörde vorgeschossenen Beträge zu überprüfen. Aufgrund der dargestellten Grundsätze hatte das Gericht die Rechte des Sozialdienstes zu wahren. Es ist nicht zu beanstanden, dass es ablehnte, die Unterhaltsbeiträge für die Vergangenheit und die Prozessdauer auf einen Betrag festzusetzen, der unter der Bevorschussung durch das Gemeinwesen liegt.

ÜR 82-14

Anpassung des Kinderunterhalts

BGer 5A_891/2013 vom 12. März 2014 (f):

1. Voraussetzungen für eine Anpassung oder Aufhebung des Unterhaltsbeitrags des Kindes (Art. 286 Abs. 2 i.V.m. Art. 134 Abs. 2 ZGB). **2.** Voraussetzungen für die Aufrechnung eines hypothetischen Einkommens. **3.** Die Berufung des Vaters auf die Regel bezüglich Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit nach dem 45. bzw. 50. Altersjahr ist verfehlt: Er war während der Ehe stets erwerbstätig, im Scheidungszeitpunkt noch nicht 50 Jahre alt und hat für den Unterhalt eines minderjährigen Kindes aufzukommen. **4.** Gemäss den hohen Anforderungen an den Unterhaltspflichtigen (vgl. oben ÜR 81-14) hat dieser auch Erwerbsmöglichkeiten zu ergreifen, die nach den Kriterien der Arbeitslosenversicherung nicht in Frage kämen (BGE 137 III 118). **5.** Es ist nicht willkürlich, den Unterhaltsbeitrag erst ab Vorliegen einer vollständigen Eingabe mit klaren und bezifferten Anträgen anzupassen. **6.** Der Eigenmietwert ist in der Regel nicht als Einkommen zu berücksichtigen; anders verhält es sich bei Mieteinnahmen, die tatsächlich erzielt werden oder erzielt werden könnten.

Bemerkung: In einem andern Unterhaltsstreit wurde die Aufrechnung eines hypothetischen Einkommens geschützt, weil der Betroffene aus Frankreich in die Schweiz zurückkehren und hier wieder im Gastgewerbe arbeiten könnte (*BGer 5A_763/2013 vom 11. April 2014*) (f).

ÜR 83-14

Kinderbetreuung und Erwerbseinkommen der Mutter

BGer 5A_888/2013 vom 20. Mai 2014 (f):

1. Die Möglichkeit, für den eigenen Unterhalt selber aufzukommen, kann im Zusammenhang mit der Betreuung von Kindern eingeschränkt sein. Als Richtlinie gilt, dass dem obhutsberechtigten Elternteil die (Wieder-)Aufnahme einer Erwerbstätigkeit wie folgt zumutbar ist: zu 50% sobald das jüngste Kind 10-jährig ist und zu 100% sobald es 16-jährig ist. Diese Altersgrenzen sind immer noch massgebend, zumal die unmittelbare persönliche Betreuung und Pflege bei kleinen sowie im obligatorischen Schulalter stehenden Kindern deren Interessen dient und einen wesentlichen Gesichtspunkt für den Zuteilungsentscheid darstellt. Die Richtlinie gilt jedoch nicht strikt; ihre Anwendung hängt von den Umständen des konkreten Einzelfalls ab, namentlich von den für das Zusammenleben getroffenen Vereinbarungen und der finanziellen Leistungsfähigkeit der Eltern. **2.** Eine weitergehende Tätigkeit ist dem betreuenden Elternteil zumutbar, wenn sie bereits während des ehelichen Zusammenlebens ausgeübt worden ist oder wenn dieser, weil das Kind fremdplatziert ist, nicht verhindert ist.

ÜR 84-14

Unterhaltsansprüche von Kindern aus erster und zweiter Ehe

BGer 5A_86/2013 vom 12. März 2014 (d):

1. Grundsätze von BGE 137 III 59: Stehen sich Kinder aus einer früheren und solche aus einer neuen Beziehung gegenüber, ist dem jeweils unterhaltspflichtigen Elternteil sein eigenes betriebsrechtliches Existenzminimum zu belassen und der dieses übersteigende Einkommensbestandteil unter allen unterhaltsberechtigten Kindern zu verteilen nach Massgabe von deren jeweiligen Bedürfnissen und der Leistungsfähigkeit des andern Elternteils. **2.** Angesichts des höheren Lebensstandards der Eltern ist dieses Vorgehen bei überdurchschnittlichen finanziellen Verhältnissen nicht sachgerecht; rechnerische Überschüsse dürfen dann nicht einfach unbesehen der effektiven Bedürfnisse auf die Kinder verteilt werden. Auch die Prozentmethode kann in solchen Fällen zu unangemessenen Resultaten führen. Hier ist die Methode von BGE 137 III 59 anzuwenden, weil eher knappe finanzielle Verhältnisse vorliegen, die sich ab Mai 2016 zwar bessern, aber immer noch nicht überdurchschnittlich sein werden. **3.** Leben die gemeinsamen Kinder teils bei der Mutter, teils beim Vater, so haben die Elternteile gemäss ihrer Leistungsfähigkeit und den objektiven Bedürfnissen der Kinder jeweils übers Kreuz an die unter der elterlichen Sorge bzw. Obhut des andern Elternteils stehenden Kinder in Form von Geldzahlungen Unterhalt zu leisten. Hier leben zwei der ehelichen Kinder bei der Mutter und ein eheliches Kind beim Vater, der weitere Kinder aus der neuen Beziehung hat. Auf beiden Seiten

ist der nach Abzug des Existenzminimums für den jeweiligen Elternteil verbleibende Einkommensbestandteil zu ermitteln und auf sämtliche Kinder der jeweiligen Beziehung aufzuteilen. Dabei können die Bedürfnisse der Kinder aufgrund der konkreten Situation unterschiedlich sein (Alter, besondere Kosten für Krankheit, Ausbildung oder Unterbringung, etc.), was zu beachten ist. **4.** Detaillierte Berechnungen in Anwendung dieser Grundsätze. **5.** Der angewandte Berechnungsmodus ergibt relativ hohe Beträge für die Kinder, während die Eltern auf das Existenzminimum gesetzt bleiben. Allerdings bleibt die Bestimmung des am Existenzminimum orientierten Bedarfs der Elternteile letztlich eine rechnerische Operation. Zieht man in Betracht, welche Beträge für den jeweiligen Haushalt zur Verfügung stehen, sind die Mittel nicht nur in einem ausgewogenen Verhältnis unter den Kindern verteilt, sondern auch bedarfsgerecht unter den beiden Haushalten.

ÜR 85-14

Bezifferte Anträge und Offizialmaxime

Zur Publikation bestimmtes Urteil 5A_704/2013 vom 15. Mai 2014 (d):

1. Zumindest von anwaltlich vertretenen Gesuchstellern kann willkürfrei verlangt werden, dass sie im Eheschutzgesuch ihre Begehren um Ehegattenunterhalt beziffern oder wenigstens einen Mindestbetrag angeben, den sie nach Abschluss des Beweisverfahrens oder nach Auskunfterteilung durch den gesuchsgegenerischen Ehegatten ziffermässig festlegen. In der Beschwerde an das Bundesgericht sind Begehren auf Leistung von Unterhalt im Übrigen ebenfalls zu beziffern. **2.** Auch im Eheschutzverfahren verfügen Ehegatten (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB) und unmündige Kinder (Art. 176 Abs. 3 i.V.m. Art. 276 Abs. 2 ZGB) über selbständige Unterhaltsansprüche mit je eigenem Schicksal. Der Kindesunterhalt wird von der Offizialmaxime beherrscht (Art. 296 Abs. 3 ZPO), so dass das Eheschutzgericht ohne Bindung an die Parteianträge entscheidet. **3.** Demgegenüber unterliegt der Unterhaltsanspruch des Ehegatten der Dispositionsmaxime (Art. 58 Abs. 1 ZPO), weshalb eine Bindung an die Anträge besteht. Es kann nicht von Amtes wegen mehr Unterhalt zugesprochen werden als verlangt, selbst wenn dem Pflichten nach Abzug seiner Leistungen an die Kinder noch verfügbare Mittel bleiben, die an sich mit dem andern Ehegatten zu teilen wären. Daran ändert der im Eheschutzverfahren geltende Untersuchungsgrundsatz (Art. 272 ZPO) nichts. Ferner handelt es sich bei Art. 282 Abs. 2 ZPO um eine Sonderbestimmung allein zugunsten des Kinderunterhalts, der keine Neubeurteilung des Ehegattenunterhalts von Amtes wegen gestattet, wenn bloss der Kinderunterhalt angefochten wird. **4.** Der Unwägbarkeit, dass die Regelung der Kinderunterhaltsbeiträge die Höhe des Ehegattenunterhalts beeinflusst, kann mit Eventualanträgen begegnet werden; diese können gegebenenfalls auch weiter gehen als das entsprechende Hauptbegehren. **5.** Die kantonalen Gerichte durften willkürfrei annehmen, für die Beschwerdeführerin habe ausreichend Anlass zu Eventualbegehren bestanden, da die Obhutszuteilung streitig war und die Kinder beim Beschwerdegegner bleiben wollten. Vor diesem Hintergrund hat das Eheschutzgericht der Beschwerdeführerin nicht eigens Gelegenheit ge-

ben müssen, sich vor dem Entscheid nochmals zum Ehegattenunterhalt zu äussern und allenfalls geänderte oder neue Begehren zu stellen (was noch bis zur Urteilsberatung zulässig gewesen wäre). Anders verhielte es sich, falls die Parteien übereinstimmende Anträge zur Regelung der Kinderbelange gestellt hätten, von denen das Gericht abweichen wollte.

Bemerkung: Die Beschwerdeführerin rügte zudem vergeblich eine rechtsungleiche Behandlung durch das Obergericht im Vergleich mit einem Verfahren, in dem ein Ehegatte einen (bezahlten) Gesamtbetrag als «Familienunterhalt» geltend gemacht und als Ehegattenunterhalt den Differenzbetrag zwischen dem beanspruchten Gesamtunterhalt und dem gerichtlich festgesetzten Kinderunterhalt gefordert hatte. Das Bundesgericht betont die Unterschiede zwischen den beiden Rechtsbegehren, namentlich auch hinsichtlich der Bezifferung.

ÜR 86-14

Schuldneranweisung (Art. 291 ZGB)

BGer 5A_223/2014 vom 30. April 2014 (d):

1. Die Schuldneranweisung stellt eine privilegierte Zwangsvollstreckungsmassnahme sui generis dar. Die Beschwerde in Zivilsachen ist gestützt auf Art. 72 Abs. 2 lit. b BGG zulässig (BGE 137 III 193). **2.** Die Schuldneranweisung setzt voraus, dass der Schuldner die in einem Urteil festgesetzten Unterhaltspflichten gegenüber den Kindern ganz oder teilweise nicht erfüllt. Diesfalls ist die Anweisung für den im Unterhaltstitel festgesetzten Betrag grundsätzlich auszusprechen, ohne dass sich der Anweisungsrichter mit dem Sachverhalt und den rechtlichen Themen des Eheschutz- oder Scheidungsverfahrens erneut befasst. Es sind aber die grundlegenden Persönlichkeitsrechte des Rentenschuldners zu beachten, weshalb die Grundsätze über die Festsetzung des betriebsrechtlichen Existenzminimums bei der Lohnpfändung sinngemäss anzuwenden sind, falls sich die Lage des Unterhaltsschuldners seit Erlass des Unterhaltstitels in einer Weise verschlechtert hat, dass die Anweisung in sein Existenzminimum eingreift (vgl. etwa BGer 5A_791/2012; ÜR 26-13). **3.** Da für Kinderbelange die Offizialmaxime gilt, war der erstinstanzliche Richter nicht an Parteianträge gebunden (Art. 296 Abs. 3 ZPO) und hätte selbst entscheiden können, wenn Anträge gänzlich ausgeblieben wären. So war es ihm unbenommen, den Antrag auf Schuldneranweisung insoweit abzuändern, als er diese anstatt für die Kinderunterhaltsbeiträge gemäss vorsorglicher Massnahme (die mit dem Urteil in der Hauptsache dahingefallen ist) in gleicher Höhe für jene gemäss Urteil in der Hauptsache gewährte.

Bemerkung: Vgl. auch oben ÜR 77-14.

ÜR 87-14

Nova im Berufungsverfahren und Untersuchungsgrundsatz

BGer 5A_22/2014 vom 13. Mai 2014 (f):

1. Aus dem in Kinderbelangen geltenden Untersuchungsgrundsatz (Art. 296 Abs. 1 ZPO) ergibt sich nicht, bis zu welchem Zeitpunkt die Parteien neue Tatsachen und Beweismittel ins Verfahren einbringen können. Im Berufungsverfah-

ren wird diese Frage abschliessend durch Art. 317 Abs. 1 ZPO geregelt. **2.** Demgemäss werden Nova nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (BGE 138 III 625). Allerdings betraf diese Rechtsprechung eine Streitigkeit der Krankenzusatzversicherung. Für familienrechtliche Verfahren wurde diese (umstrittene) Frage noch nicht entschieden; immerhin hat das Bundesgericht erwogen, die Anwendung von Art. 317 ZPO im Rahmen eines summarischen Verfahrens, für das der Untersuchungsgrundsatz gelte, sei nicht willkürlich. **3.** Zum Begriff des «Beginns der Urteilsberatung» hat es in BGE 138 III 788 ausgeführt, Tatsachen und (für die Parteien greifbare) Beweismittel müssten dem Gericht vor Schluss der Hauptverhandlung zur Kenntnis gebracht werden, weil dieses im Rahmen der Urteilsberatung das Recht gestützt auf seine Würdigung der Beweise anwende. Dies gilt gleichermaßen für das Berufungsverfahren, das die gleichen Verfahrensschritte kennt wie das erstinstanzliche Verfahren.

ÜR 88-14

Volljährigenunterhalt

BGer 5A_636/2013 vom 21. Februar 2014 (d):

1. Die Unterhaltspflicht dauert grundsätzlich bis zum Abschluss einer (ersten) angemessenen Ausbildung des Kindes. Die Eltern sind nicht völlig frei, ihr Leben zu gestalten, sondern müssen sich grundsätzlich so einrichten, dass sie ihren finanziellen Verpflichtungen nachzukommen vermögen. **2.** Voraussetzungen für einen Unterhaltsanspruch des Volljährigen (Art. 277 Abs. 2 ZGB; BGer 5A_627/2013 [ÜR 22-14], 5A_503/2012 [ÜR 22-13] 5A_563/2008 [ÜR 27-09]; BGE 120 II 177, 113 II 374). **3.** Nach der Trennung der Eltern im Jahre 1996 pflegten Vater und Kinder zunächst eine gute Beziehung. Dessen Wiederverheiratung führte indes zum Kontaktabbruch, weil der Vater seinen damals acht- bzw. zehnjährigen Kindern jegliche Besuche bei ihm verbot. Mehrmals sind Versuche der Kinder, den Kontakt wiederaufzunehmen, gescheitert. Der Vater hat den Kontaktabbruch allein zu verantworten. **4.** Bejaht das Gericht die Pflicht zur Aufnahme oder Ausweitung der Erwerbstätigkeit und wird durch die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens eine Umstellung der Lebensverhältnisse verlangt, ist dem Betroffenen hinreichend Zeit zu lassen, die rechtlichen Vorgaben umzusetzen; die Dauer der zu gewährenden Übergangsfrist bestimmt sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalls. Ein Verzicht auf eine Übergangsfrist kann zulässig sein, wenn die geforderte Umstellung für den Betroffenen voraussehbar war. Hier wurden zwar die Unterhaltsbeiträge nicht über die Mündigkeit hinaus festgesetzt, der Vater musste aber damit rechnen, dass die Kinder aufgrund der Schulausbildung (Kantonsschule) und der Lebensplanung ein Studium in Angriff nehmen werden. Es war für ihn ohne weiteres voraussehbar, dass er zu Unterhaltszahlungen über die Volljährigkeit hinaus angehalten werden könnte. Angesichts dieser evidenten Sachlage erübrigte sich eine Anpassungs- und Übergangsfrist.

Bemerkung: In einem andern Verfahren, das die Erhöhung des Kindesunterhalts für eine 14-Jährige und die vorgängige Festlegung von Volljährigenunterhalt be-

traf, fehlte es – ungeachtet der Rechtsprechung nach BGE 139 III 401 (ÜR 90-13) – an einer erheblichen Veränderung der Verhältnisse i.S.v. Art. 286 Abs. 2 ZGB (*BGer 5A_957/2013 vom 9. Mai 2014*) (d).

1.2.3 Andere Wirkungen

ÜR 89-14

Ordre public-widrige ausländische Bevormundung

BGE 140 V 136 (BGer 8C_789/2013 vom 10. März 2014) (d):

1. Antrag der Grossmutter, ihr die Halbweisenrenten zu überweisen, die bisher der Mutter der betroffenen Kinder zukommt; sie beruft sich auf einen ausländischen Entscheid, der die Kinder, die seit mehr als 10 Jahren bei ihr im Kosovo leben, unter ihre Vormundschaft stelle. **2.** Sämtliche möglicherweise anwendbaren Rechtsnormen behalten die Vereinbarkeit ausländischer Entscheidungen mit der hiesigen öffentlichen Ordnung vor (Art. 27 IPRG, Art. 16 MSA⁵, Art. 23 Abs. 2 HKsÜ⁶, Art. 9 f. ESÜ⁷). **3.** Die kosovarische Verfügung, die anerkannt werden soll, beruht auf der unzutreffenden Annahme, für die Kinder habe keine elterliche Sorge bestanden. Weiter gibt es Anhaltspunkte dafür, dass die Mutter ihre Söhne unfreiwillig bei deren Grosseltern zurückgelassen hat. Sodann wurde die Mutter nicht in das Verfahren vor der Sozialbehörde einbezogen, obwohl sie in schwerwiegender Weise betroffen ist; die entsprechende Verfügung ist ihr nicht einmal zugestellt worden, so dass sie keine Möglichkeit hatte, dagegen ein Rechtsmittel zu ergreifen. **4.** Es liegt ein offensichtlicher und schwerer Verstoss gegen fundamentale Grundsätze der Schweizer Rechtsordnung vor (materieller und formeller ordre public), weshalb der Verfügung die Anerkennung zu versagen ist.

1.3 Kindesschutzmassnahmen

ÜR 90-14

Beistandschaft für das noch nicht gezeugte Kind (*nondum conceptus*)

BGE 140 III 145 (BGer 5A_600/2013 vom 21. März 2014) (d):

1. Der Enkel wird testamentarisch als Vorerbe eines Grundstücks eingesetzt, wobei Nacherben seine zukünftigen Nachkommen bilden bzw. bei deren Fehlen seine künftige Ehefrau (Art. 545 Abs. 1 ZGB). Der Enkel klagt auf Feststellung, dass er nicht mit einer Nacherbschaft belastet sei. Der eingesetzte Willensvoll-

⁵ Übereinkommen vom 5. Oktober 1961 über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen (SR 0.211.231.01), für die Schweiz in Kraft getreten am 4. Februar 1969.

⁶ Übereinkommen vom 19. Oktober 1996 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern (Haager Kindesschutzübereinkommen, HKsÜ; SR 0.211.231.011), für die Schweiz in Kraft getreten am 1. Juli 2009.

⁷ Europäisches Übereinkommen vom 20. Mai 1980 über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgerechts (ESÜ, SR 0.211.230.01), für die Schweiz in Kraft getreten am 1. Januar 1984.

strecker hat seinerseits die Errichtung einer Beistandschaft zur Sicherung der Anwartschaft der nicht vorhandenen Nacherben beantragt. **2.** Lehrmeinungen zur Beistandschaft für den noch nicht gezeugten Nacherben (nondum conceptus) unter altem Recht (vgl. auch BGE 73 II 85). **3.** Das geltende Erwachsenenschutzrecht kennt keine Vermögensverwaltungsbeistandschaft infolge Ungewissheit der Erbfolge mehr, wie sie bisher in aArt. 393 Ziff. 3 ZGB vorgesehen war. Immerhin wird der zweite von aArt. 393 Ziff. 3 ZGB geregelte Aspekt – Wahrung der Interessen des Kindes vor dessen Geburt – durch den neuen Art. 544 Abs. 1^{bis} ZGB weitergeführt: Die KESB ernennt dem Nasciturus, falls es dessen Interessen erfordern, einen Beistand. **4.** Da es hier einzig darum geht, sich gegen die Klage des Vorerben zur Wehr zu setzen, rechtfertigt sich die Anordnung einer Erbschaftsverwaltung gestützt auf Art. 490 Abs. 3 bzw. Art. 554 Abs. 1 Ziff. 2 oder 3 ZGB nicht. Dem Bedürfnis nach Sicherstellung genügt, wenn die Interessen des nondum conceptus im Prozess in analoger Anwendung von Art. 544 Abs. 1^{bis} ZGB durch einen Beistand wahrgenommen werden und die Auslieferungspflicht des Vorerben im Grundbuch vorgemerkt wird.

ÜR 91-14

Beistandschaft – Grundsatz der Subsidiarität

Zur Publikation bestimmtes Urteil 5A_513/2013 vom 8. Mai 2014 (i):

1. Äusserst umstrittenes begleitetes Besuchsrecht des Vaters eines 11-Jährigen an einem neutralen Treffpunkt mit Beistandschaft zur Überwachung (die erste Instanz bezeichnete die Konfliktsituation als unglaublich bzw. «allucinante»). Wegen heftigen Widerstands des Sohnes sind die Besuche seit 2010 ausgesetzt. **2.** Gesetzliche Voraussetzungen für die Anordnung von Kinderschutzmassnahmen. **3.** Vorliegend wird das Kindeswohl nur durch den Konflikt bezüglich Besuchsrecht gefährdet, weshalb eine Erziehungsbeistandschaft (Art. 308 Abs. 1 ZGB) nicht die geeignete Massnahme darstellt und gegen den Grundsatz der Subsidiarität verstossen würde. Die angeordnete Beistandschaft zur Überwachung des persönlichen Verkehrs (Art. 308 Abs. 2 ZGB) ist zu bestätigen.

Bemerkung: Das Bundesgericht scheint die Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB nicht als Modalität der Erziehungsbeistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 ZGB zu betrachten; die Frage ist in der Lehre umstritten (vgl. die Zitate in E. 2.3). Es handelt sich allerdings um eine reichlich theoretische Fragestellung.

ÜR 92-14

Kinderanhörung und Prozessvertretung

BGer 5A_869/2013 vom 24. März 2014 (f):

1. Streitigkeit über Obhutsrecht und Besuchsrecht. **2.** Rechtsprechung zur Kindesanhörung (Art. 314a Abs. 1 ZGB und Art. 298 ZPO). Art. 12 KRK vermittelt keine über das Bundesrecht hinausgehenden Ansprüche. **3.** Voraussetzungen für eine Vertretung des Kindes nach Art. 314a^{bis} ZGB. Die Bestellung eines Prozessvertreters beruht auf einer Interessenabwägung, weshalb sich das Bundesgericht bei der Überprüfung zurückhält. **4.** Im Berufungsverfahren verlangt der Vater erstmals die Anhörung des Kindes, das mit einem Alter von 6 Jahren und 9 Mo-

naten nicht urteilsfähig ist. Keine Verletzung von Art. 12 KRK. **5.** Eine Anhörung würde vorab der weiteren Sachverhaltsabklärung dienen, auf die in antizipierter Beweiswürdigung verzichtet werden durfte, nachdem sich der Gutachter dreimal mit dem Kind unterhalten hatte. Wurde das Kind bereits (insb. im Rahmen einer Begutachtung) durch eine Drittperson angehört, kann das Gericht auf eine erneute Anhörung verzichten, wenn diese für das Kind zu einer unzumutbaren Belastung führen würde, was namentlich bei akuten Loyalitätskonflikten der Fall sein kann, und überdies keine neuen Erkenntnisse zu erwarten wären (oder wo der erhoffte Nutzen in keinem vernünftigen Verhältnis zur durch eine erneute Befragung verursachten Belastung stünde). **6.** Rechtsprechung zu Art. 310 ZGB. Weil die kantonalen Anordnungen auf einer Interessenabwägung beruhen, hält sich das Bundesgericht bei ihrer Überprüfung zurück. Hier ist der Entscheid, die Entwicklung des Kindes werde durch den Verbleib bei der Mutter nicht gefährdet, mit Art. 310 Abs. 1 ZGB vereinbar. Die Vorinstanz ist der Meinung des Experten zu Recht nicht gefolgt, weil diese noch auf der Annahme eines gleichen Wohnorts der Eltern beruhte; es galt die veränderten Umstände zu berücksichtigen, nachdem Kind und Mutter inzwischen mit deren zweitem Kind und deren neuem Ehemann in die Deutschschweiz umgezogen sind. **7.** Kriterien für die Festsetzung des Besuchsrechts.

ÜR 93-14

Entzug des Obhutsrechts und Prozessvertretung

BGer 5A_875/2013 vom 10. April 2014 (f):

1. Fortsetzung von ÜR 25-14: Der Entzug des Obhutsrechts (Art. 310 Abs. 1 ZGB) setzt eine Gefährdung des Kindes voraus, der nicht durch weniger einschneidende Massnahmen gemäss Art. 307 f. ZGB begegnet werden kann. Gefährdet ist das Kind, wenn es bei den Eltern oder am Ort, an dem diese es untergebracht haben, nicht so geschützt und gefördert wird, wie es für seine körperliche, geistige und sittliche Entfaltung nötig wäre. **2.** Die Voraussetzungen, die gemäss Gutachten für eine Rückkehr der drei Kinder zu den Eltern gegeben sein müssen, sind nicht erfüllt und diese weigern sich weiterhin, mit den involvierten Fachpersonen zusammenzuarbeiten. **3.** Infragestellung der verschiedenen Beistandschaften durch die Eltern. **4.** Den Kindern wurde gestützt auf Art. 314a^{bis} ZGB ein Rechtsanwalt als Prozessvertreter bestellt. **5.** Art. 400 und 401 Abs. 2 ZGB regeln den Erwachsenenschutz und sind daher nicht einschlägig. **6.** Die restlichen Beistandschaftsmandate sind einer Mitarbeiterin des Jugendamts übertragen worden (Beistandschaft zur Organisation und Überwachung des persönlichen Verkehrs, Erziehungsbeistandschaft etc.). Es gibt keinen Grund für die Einsetzung einer andern Person; der Umstand, dass zwischen Beiständin und Eltern Meinungsverschiedenheiten bestehen, reicht nicht aus.

Bemerkung: Auch wenn Art. 400 f. ZGB vom Verweis in Art. 314 Abs. 1 ZGB nicht erfasst werden, ist der explizite Wunsch des Kindes in analoger Anwendung von Art. 401 Abs. 1 ZGB zu berücksichtigen (namentlich für eine Prozessvertretung). Hierzu hat sich das Bundesgericht indes nicht geäussert, als es – zu Recht,

geht es doch vorliegend gerade um den Schutz des Kindes vor seinen Angehörigen – eine Anwendung von Art. 401 Abs. 2 ZGB ausgeschlossen hat.

ÜR 94-14

Platzierung des Kindes beim unverheirateten Vater

BGer 5A_827/2013 vom 7. März 2014 (d):

1. Eine Obhutsübertragung auf den nicht mit der Mutter verheirateten Vater würde eine Übertragung der elterlichen Sorge voraussetzen. Eine Sorgerechtsübertragung ist wiederum nur möglich, wenn der Kindsmutter die elterliche Sorge vorgängig entzogen oder aber eine gemeinsame Sorge der Eltern errichtet würde. Demgegenüber ist eine (blosse) Platzierung des Kindes beim unverheirateten Vater möglich. Bei einer Platzierung wird das Kind einer Person oder Institution zu Pflege und Erziehung überlassen, wobei diese Unterbringung nicht mit einer Übertragung der Obhut gleichzusetzen ist (vgl. BGer 5A_742/2013; ÜR 27-14). **2.** Verletzung des Willkürverbots und des rechtlichen Gehörs: Ob schon das Kantonsgericht diesbezüglich weitere Abklärungen für erforderlich hielt, hat es eine Platzierung beim Vater zur Zeit ausgeschlossen; bei diesen Gegebenheiten hätte sich eine Rückweisung an die KESB aufgedrängt.

ÜR 95-14

Parteientschädigung im gegenstandslos gewordenen Beschwerdeverfahren

BGer 5A_852/2013 vom 20. März 2014 (d):

1. Das Rechtsmittelverfahren betreffend eine Bewilligung zur Aufnahme eines Pflegekindes wird gegenstandslos. **2.** Die Frage der Parteientschädigung ist nicht im ZGB geregelt; die ZPO gilt hier nicht gestützt auf Art. 450f ZGB sinngemäss, weil der Kanton Basel-Landschaft das kantonale Verwaltungsprozessrecht für anwendbar erklärt (§ 66 Abs. 2 EG ZGB/BL). **3.** Abgesehen von den Ausnahmen gemäss Art. 95 lit. c–e BGG kann vor Bundesgericht nicht die Verletzung von kantonalem Recht gerügt werden; es kann insoweit lediglich geltend gemacht werden, die Anwendung des kantonalen Rechts verletze Bundesrecht (Art. 95 lit. a BGG) – namentlich das Willkürverbot (Art. 9 BV) oder andere verfassungsmässige Rechte – oder das Völkerrecht (Art. 95 lit. b BGG). **4.** Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin als obsiegende Partei anzusehen ist, wobei es einem allgemeinen Prinzip entspricht, dass sich der Prozessgewinn auch in der Liquidation der Gerichts- und Parteikosten eines Rechtsmittelverfahrens zugunsten der obsiegenden Partei auswirken muss. § 21 Abs. 1 VPO/BL zufolge «kann» der obsiegenden Partei für den Beizug eines Anwalts eine angemessene Parteientschädigung zugesprochen werden. Will der Richter die obsiegende Partei in dieser Hinsicht aber ganz und gar leer ausgehen lassen, so muss er die Gründe für diese Abweichung vom Normalfall klar und deutlich offenlegen. Allein der Umstand, dass eine Partei das Mandatsverhältnis zu ihrer Prozessvertretung im Zeitpunkt des Kostenentscheids bereits beendet hat, stellt keinen sachlichen Grund dar, ihr eine Entschädigung zu verweigern, wenn zugleich feststeht, dass sie im fraglichen Verfahren als obsiegende Partei zu gelten hat und eine ganze Reihe wichtiger Prozesshandlungen durch einen Rechtsanwalt vorneh-

men liess. Die «Wettschlagung» der Parteikosten verstösst deshalb hier gegen das Willkürverbot.

ÜR 96-14

Verhältnis zwischen Kinderschutz und öffentlichen Finanzinteressen

BGer 5A_979/2013 vom 28. März 2014 (d):

1. Entzug des Obhutsrechts der Adoptiveltern und Platzierung eines suizidgefährdeten Kindes. Beschwerde der kommunalen Sozialhilfebehörde, die von der KESB zur Stellungnahme eingeladen worden war. **2.** Zu den beschwerdefähigen Entscheiden der Erwachsenenschutzbehörde i.S.v. Art. 450 Abs. 1 ZGB gehören auch jene, die sie in ihrer Funktion als Kinderschutzbehörde gefällt hat (Art. 440 Abs. 3 ZGB; vgl. auch Art. 314 Abs. 1 ZGB). **3.** Bei der Gemeinde als Kostenträgerin handelt es sich nicht um eine «Person», die über ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids i.S.v. Art. 450 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB verfügt. Vorab verwirft das Bundesgericht als Argument für eine generelle Beschwerdebefugnis des Gemeinwesens die Ausführungen in BGE 135 V 134 E. 3.2 (in denen für das alte Recht von einer entsprechenden Legitimation ausgegangen wurde). **4.** Weiter erwägt es, dass die Geltendmachung des eigenen (wirtschaftlichen oder ideellen) rechtlich geschützten Interesses einer Drittperson nur zulässig ist, wenn dieses mit der fraglichen Massnahme direkt zusammenhängt bzw. mit der Massnahme geschützt werden soll und deshalb von der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde hätte berücksichtigt werden müssen (gleich verhielt es sich schon unter Geltung von aArt. 420 ZGB; BGE 137 III 67 E. 3.1). Ein Dritter ist nicht zur Beschwerde befugt, wenn er vorgibt, Interessen der betroffenen Person wahrzunehmen, aber nicht als nahestehende Person in Betracht fällt. **5.** Nicht massgebend ist, dass BGE 134 II 45 E. 2.2.1 für die Beschwerdebefugnis gemäss Art. 89 Abs. 1 BGG vermögensrechtliche Interessen des Gemeinwesens als Erbringer von Fürsorgeleistungen genügen lässt; diese Bestimmung setzt ein «schutzwürdiges Interesse» voraus, das nicht mit dem rechtlich geschützten Interesse gleichzusetzen ist, und das, anders als Letzteres, namentlich auch (bloss) tatsächlicher Natur sein kann. **6.** Über Obhutsentzug und Unterbringung des Kindes (Art. 310 Abs. 1 ZGB) ist allein aufgrund der Gefährdung des Kindeswohls zu entscheiden; das Gesetz sieht nicht vor, dass die KESB bei ihrem Entscheid auch die wirtschaftlichen Interessen der Wohnsitzgemeinde als Kostenträgerin der Massnahme berücksichtigen müsste. Ob die Unterbringung «in angemessener Weise» in einer Pflegefamilie, einer betreuten Wohngruppe oder in einem Pflegeheim erfolgt, beurteilt sich allein nach der spezifischen Gefährdungslage (vgl. Urteil 5C.258/2006; ÜR 15-07). **7.** Soweit die Gemeinde rügt, die Fremdplatzierung diene nicht dem Kindeswohl und stelle nicht die mildeste Massnahme dar, macht sie nicht ihre eigenen Interessen, sondern jene des Kindes geltend. Hierfür müsste sie eine nahestehende Person i.S.v. Art. 450 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB sein. Eine Rechtsbeziehung ist für das Näheverhältnis nicht erforderlich; entscheidend ist vielmehr die faktische Verbundenheit, wie sie zum Beispiel bei Eltern, Kindern, andern Verwandten, Freunden, Lebensgefährten, aber auch bei Beistandspersonen, Ärzten, Sozialarbeitern oder Geistli-

chen gegeben sein kann (BGer 5A_663/2013; ÜR 45-14). Die Gemeinde macht nicht geltend, dass eine natürliche Person, die als Organ oder auf andere Weise in ihren Diensten steht, ein Näheverhältnis zum Kind aufweist. **8.** Die Gemeinde ist auch keine am Verfahren beteiligte Person i.S.v. Art. 450 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB. Damit sind vorab die Betroffenen gemeint, d.h. in einem Kindesschutzverfahren das Kind und die Eltern. Soweit die Handlungen oder Unterlassungen eines Beistands Verfahrensgegenstand bilden, muss auch dieser als beteiligte Person gelten. Im Schrifttum wird zudem vertreten, soweit sie sich am erstinstanzlichen Verfahren vor der KESB tatsächlich beteiligt haben, von Amtes wegen beteiligt wurden oder ihnen mindestens der Entscheid der Behörde zugestellt wurde könnten weitere Personen «beteiligte Person» sein. Allein der Umstand, dass jemand im erstinstanzlichen Verfahren zur Stellungnahme eingeladen oder dass ihm der Entscheid eröffnet wurde, verschafft ihm jedoch nicht ohne Weiteres auch die Befugnis zur Beschwerde gegen den Entscheid der KESB. Denn nahestehende Personen oder Dritte, auch wenn sie sich im beschriebenen Sinn am Verfahren beteiligt haben, sind nur im Rahmen ihrer nach Art. 450 Abs. 2 Ziff. 2 oder 3 ZGB bestehenden Legitimation zur Beschwerde zuzulassen. **9.** Offen gelassen wurde, ob die vom neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrecht geforderte Professionalität einem Beschwerderecht des die Massnahme finanzierenden Gemeinwesens generell entgegensteht, wie dies teils postuliert wird. **10.** Schliesslich verneint das Bundesgericht, dass das Recht des Kantons Schwyz den Gemeinden im interessierenden Bereich Autonomie belässt. Vielmehr ist die Kostenpflicht verbindlich geregelt, auch wenn sie subsidiärer Natur ist und die Gemeinden nur insoweit belastet, als die betreuungsbedürftige Person oder die gesetzlich Verpflichteten die Kosten nicht decken können.

Bemerkung: Das Urteil ist mindestens in zweierlei Hinsicht zu begrüssen. Erstens beendet es die Unsicherheiten, welche die KOKES angesichts von widersprüchlichen kantonalen Urteilen zum Verfassen der – mit dem vorliegenden Urteil bestätigten – Empfehlungen über den Einbezug von Sozialhilfebehörden in die Entscheidungsfindung der Kindesschutzorgane (ZKE 2014 S. 263 ff.) bewogen hat. Zweitens überzeugen die Erwägungen zu Art. 450 Abs. 2 ZGB (bei dem es sich um ein Paradebeispiel einer missverständlichen Bestimmung handelt) und klären das Verhältnis der drei Ziffern zueinander. Zu bemerken ist sodann, dass die Verneinung der Beschwerdebefugnis des Gemeinwesens nicht etwa bedeutet, dass dieses nicht mehr zur Stellungnahme einzuladen wäre, ausser dadurch werde eine dringliche Entscheidung in einem Schutzverfahren verzögert (vgl. auch Ziff. 2.3.3 lit. a der Empfehlung der KOKES). Allenfalls mag ein wenig irritieren, dass das Bundesgericht dem Umstand Gewicht zu geben scheint, dass der Kanton Schwyz keine kommunalen, sondern kantonale KESB geschaffen hat (E. 7.3). U.E. würde auch eine kommunale Organisationsstruktur der KESB nicht für das Bestehen von Autonomie der Gemeinden sprechen, da sich an der alleinigen Massgeblichkeit des Kindeswohls nichts ändern würde und der Entscheid so oder anders nicht durch finanzielle Überlegungen beeinflusst werden darf (vgl. BGE 138 V 58).

ÜR 97-14**Kindesschutz und Rückforderungsanspruch des Gemeinwesens**

BGer 8D_4/2013 vom 19. März 2014 (d):

1. Weisung der Vormundschaftsbehörde, ein 14-jähriger Junge habe eine «Time-Out-Zeit» in einer Klinik zu verbringen (Art. 307 Abs. 3 ZGB). Der Sozialdienst übernimmt die angefallenen Kosten von Fr. 24000.– subsidiär und verfügt eine Rückerstattungspflicht der Eltern. **2.** Der Entscheid stützt sich auf kantonales Sozialhilferecht und unterliegt der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Art. 82 ff. BGG). **3.** Die Kosten der Kindesschutzmassnahmen gehören gemäss Art. 276 Abs. 1 ZGB zum Unterhalt und sind von den Eltern zu tragen. **4.** Die Rüge der Eltern, sie seien im vormundschaftlichen Verfahren nicht angehört worden, kann gegen die Verfügung des Sozialdienstes nicht mehr vorgebracht werden. **5.** Die Rechtmässigkeit der Platzierung in der Klinik ist nicht zu überprüfen. **6.** Die Begründetheit einer vormundschaftlichen Anordnung zu entscheiden ist (vgl. BGE 135 V 134 E. 4.3). Die Vormundschaftsbehörde hat auch die Finanzierung bereits geregelt und – da die Eltern nur soweit zumutbar auf die Leistung eines Beitrags zu verpflichten sind – bestimmt, für die Kosten habe der Sozialdienst Kostengutsprache zu erteilen. **7.** Das Gemeinwesen subrogiert gemäss Art. 289 Abs. 2 ZGB in den Unterstützungsanspruch des Berechtigten, sobald es für dessen Unterhalt aufkommt. Durch Legalzession geht der Anspruch unverändert und mit allen Rechten auf das Gemeinwesen über (vgl. ÜR 21-12). An der rechtlichen Natur des Anspruchs ändert sich deshalb nichts; dieser gründet nach wie vor im Zivilrecht und ist in entsprechender Form, mithin durch Klage geltend zu machen. Der Umstand, dass die Gemeinde ihre Leistungen gestützt auf kantonales öffentliches Recht erbringt (Art. 293 Abs. 1 ZGB; kantonales Sozialhilferecht), ändert nichts. Im Verhältnis zu den die Unterhaltsbeiträge des Kindes schuldenden Eltern tritt das Gemeinwesen nicht als Inhaber der öffentlichen Gewalt, sondern als gewöhnlicher Gläubiger auf, ohne jegliche Verfügungsbefugnis. Der Rückerstattungsanspruch bemisst sich daher nach den Bedürfnissen des Kindes und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Eltern im massgebenden Zeitraum. **8.** Mithin kann ein gestützt auf Art. 293 ZGB vom kantonalen öffentlichen Recht begründeter Rückerstattungsanspruch nur dann in Betracht fallen, wenn die von der Gemeinde erbrachten Leistungen im Sinne einer Sozialhilfe für die vollständige Deckung der Unterhaltskosten des Sohnes erforderlich gewesen sein oder die Unterhaltspflicht der Eltern aus irgendwelchen Gründen überstiegen haben sollten.

Bemerkung: Zur Rechtstellung der Sozialhilfebehörde im Kindesschutzverfahren vgl. oben ÜR 96-14.

ÜR 98-14**Kinderrückführung: Rechtsprechung des EGMR und Verfahrensdauer**

BGer 5A_246/2014 vom 28. April 2014 (d):

1. Entführung eines Kindes durch die Mutter aus Tschechien in die Schweiz. **2.** Der EGMR hat seine Rechtsprechung i.S. Neulinger ausdrücklich relativiert: Im Ur-

teil X. c. Lettland (ÜR 04-14) hat die Grosse Kammer anerkannt, dass es nicht darum gehe, gewissermassen in vertiefter Prüfung eine Gesamtschau vorzunehmen und einen materiellen Entscheid zu fällen, sondern sich aus Art. 8 EMRK bloss die Verpflichtung der nationalen Gerichte ergebe, im Rahmen des Mechanismus des HKÜ⁸ nicht nur die eine Rückführung begründenden Elemente, sondern auch die geltend gemachten Ausschlussgründe zu prüfen und genügend zu motivieren, dies im Licht des Kindeswohls und unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls, wobei der Ausschlussgrund restriktiv auszulegen sei. **3.** Das 7-jährige Mädchen würde am liebsten in der Schweiz verbleiben und mit seiner Mutter zusammen sein, ohne aber eine eigentliche Ablehnung gegen Tschechien oder den Vater zum Ausdruck zu bringen; ein Widersetzen im Sinn von Art. 13 Abs. 2 HKÜ kann ohne Rechtsverletzung verneint werden. **4.** Bezüglich der Verpflichtung des Rückführungsrichters, sich zu versichern, dass im Herkunftsstaat für genügenden Schutz des Kindes gesorgt ist (Rz. 108 des Urteils X. c. Lettland), erinnert das Bundesgericht daran, dass schweizerische Gerichte gegenüber ausländischen Behörden nicht weisungsbefugt sind. Möglich wäre eine Intervention der schweizerischen Zentralbehörde (vgl. BGer 5A_27/2011; ÜR 70-11). Vorliegend scheint aber zweckmässiger, dass die Mutter – falls sie nicht ohnehin mit der Tochter nach Tschechien zurückkehrt – selber mit den zuständigen tschechischen Behörden Kontakt aufnimmt; sie hat ihr Leben überwiegend dort verbracht, ist mit den Verhältnissen bestens vertraut und kann sich in ihrer tschechischen Muttersprache ausdrücken. Im Übrigen ist in Tschechien das (sistierte) Sorgerechtsverfahren hängig, in dessen Rahmen allenfalls erforderliche einstweilige Schutzmassnahmen beantragt werden könnten. **5.** Die Rückführung nach Tschechien gemäss HKÜ stellt keine gegenüber Schweizer Bürgern ausgeschlossene Ausweisung dar (Art. 25 Abs. 1 BV). **6.** Das kantonale Rückführungsverfahren hat mit rund zehn Monaten überaus lange gedauert, was sich durch das Bestreben erklärt, den Abklärungspflichten in jeder erdenklichen Weise nachzukommen und zu allen Verfahrensschritten jeder Seite umfassend das rechtliche Gehör zu gewähren (u.a. monatelange Terminsuche für Mediation). Aus einer langen Verfahrensdauer als solcher können weder geschützte Rechtspositionen bzw. Rückführungsausschlussgründe noch Ansprüche auf eine Art Vertrauensschutz entstehen. Denkbar wäre, dass eine Unzumutbarkeit i.S.v. Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ entstanden oder in der Konstellation von Art. 12 Abs. 2 HKÜ zwischenzeitlich ein Einleben erfolgt ist, was indes nicht geltend gemacht wird. **7.** Die Trennung vom Halbbruder wird primär vom Sachrichter bei der Ausgestaltung der Elternrechte berücksichtigt werden müssen; jedenfalls würde dadurch keine schwerwiegende Gefahr i.S.v. Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ entstehen. **8.** Bestätigung des Rückführungsentscheids unter Ansetzung einer Frist von rund zwei Wochen für eine freiwillige Rückkehr.

Bemerkung: Zum Spannungsverhältnis im Rückführungsverfahren zwischen den Untersuchungspflichten des Gerichts und den Verfahrensrechten der Parteien

⁸ Übereinkommen vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (SR 0.211.230.02), für die Schweiz in Kraft getreten am 1. Januar 1984.

einerseits und dem Beschleunigungsgebot andererseits vgl. BGE 137 III 529 E. 2.2 (ÜR 27-12).

2. *Erwachsenenschutz*

2.1 Schutzmassnahmen und Verfahrensfragen (ohne FüU)

ÜR 99-14

Vertretungsbeistandschaft mit Vermögensverwaltung nach Mass

BGer 5A_4/2014 vom 10. März 2014 (d):

1. Ablösung der umfassenden Beistandschaft (Art. 398 ZGB) durch eine Vertretungsbeistandschaft mit Einkommens- und Vermögensverwaltung (Art. 394 f. ZGB) mit den Aufgabenbereichen (1) Verkehr mit Krankenkasse, medizinischen Leistungserbringern, AHV und IV/EL sowie (2) Verwaltung der Leistungen aus der ersten Säule zur Deckung von Krankenkassenprämien, Krankheitskosten und AHV/IV-Beiträgen. **2.** Das ZGB schreibt im Verfahren vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz keine persönliche Anhörung vor; eine solche kann aber nach kantonalem Verfahrensrecht oder nach der als kantonales Recht anwendbaren ZPO (Art. 450f ZGB) geboten sein. Insoweit steht allein die Anwendung des kantonalen Rechts in Frage, weshalb nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte, namentlich des Willkürverbots geltend gemacht werden kann; es gilt das Rügeprinzip (Art. 106 Abs. 2 BGG). **3.** Die Voraussetzungen von Art. 390 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB sind hier erfüllt. **4.** Mangels Einsicht in seine Hilfsbedürftigkeit ist der Beschwerdeführer nicht in der Lage, einer geeigneten Person oder Stelle die Vollmacht für bestimmte Aufgaben zu übertragen. Kein Verstoss gegen die Subsidiarität gemäss Art. 389 Abs. 1 ZGB. **5.** Die behördliche Massnahme muss verhältnismässig sein (Art. 389 Abs. 2 ZGB), also den konkreten Bedürfnissen der betroffenen Person entsprechen (Art. 391 Abs. 1 ZGB).

ÜR 100-14

Beistandschaft wegen eines «ähnlichen Schwächezustands»

BGer 5A_773/2013 vom 5. März 2014 (d):

1. Der «ähnliche in der Person liegende Schwächezustand» gemäss Art. 390 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB ist als Auffangtatbestand restriktiv zu handhaben. Anlass zur Errichtung einer Beistandschaft kann nur ein Schwächezustand geben, der im Hinblick auf die Hilfsbedürftigkeit mit einer geistigen Behinderung oder einer psychischen Störung vergleichbar ist. Eine Person kann nicht allein deshalb verbeiständet werden, weil sie in einer Art und Weise mit ihrem Geld umgeht, die nach landläufiger Auffassung unvernünftig ist. Das Erwachsenenschutzrecht dient dem Schutz der hilfsbedürftigen Person, nicht jenem ihrer Erben oder des Gemeinwesens. **2.** Einzuschreiten hat die Erwachsenenschutzbehörde aber dann, wenn eine Person urteilsunfähig ist (Art. 16 ZGB). Die Urteilsfähigkeit enthält zwei Elemente: Die intellektuelle Komponente besteht in der Fähigkeit, Sinn, Zweckmässigkeit und Wirkungen einer bestimmten Handlung zu erkennen; das Willens- bzw. Charakterelement im Vermögen, gemäss der vernünftigen Erkenntnis nach freiem Willen zu handeln und allfälliger fremder Willensbeeinflus-

sung in normaler Weise Widerstand zu leisten. Hier sind die intellektuellen Fähigkeiten gegeben, aber die Beschwerdeführerin ist nicht in der Lage, auch ihrem Willen entsprechend zu handeln. Sie steht in einem Abhängigkeitsverhältnis zu einem Ehepaar, dem sie ohne Gegenleistung beträchtliche Mittel überlässt. **3.** Der Vorschlag, jene Person als Beistand einzusetzen, zu der das Abhängigkeitsverhältnis besteht, musste und durfte die KESB nicht berücksichtigen (Art. 401 Abs. 1 ZGB). Es werden keine objektiven Gründe für die Ablehnung der eingesetzten Beiständin vorgebracht (Art. 401 Abs. 3 ZGB).

Bemerkung: Es erstaunt, dass die KESB nicht die Handlungsfähigkeit der Betroffenen beschränkt hat. Zwar kann sich diese gegebenenfalls auf ihre fehlende Urteilsfähigkeit berufen, aber es wäre hier wohl einfacher gewesen, die Handlungsfähigkeit – allenfalls bloss gegenüber dem als «Gefahrenherd» identifizierten Ehepaar – einzuschränken; die Beschränkung hätte zudem auf bestimmte Rechtsgeschäfte begrenzt werden können.

ÜR 101-14

Persönliche Anhörung und Wechsel der Person des Beistands

BGer 5A_290/2014 vom 14. Mai 2014 (f):

1. Rechtsprechung gemäss BGE 140 III 1 (ÜR 42-14). **2.** Rüge einer Gehörsverletzung (Art. 29 Abs. 2 BV). Allerdings hatten die Beschwerdeführer im Verfahren keine persönliche Anhörung verlangt. Weiter betrifft das Verfahren nicht die Anordnung oder Aufrechterhaltung einer Schutzmassnahme, bei welcher der persönliche Eindruck der Behörde gegebenenfalls eine wichtige Rolle spielen kann, sondern die Bestimmung der Person des Beistands. Die Beschwerdeführer konnten in ihrem Gesuch darlegen, weshalb sie einen Wechsel des Beistands wünschen. In der Beschwerdebegründung konnten sie ihren Standpunkt erneut erläutern. Weshalb zudem eine persönliche Anhörung erforderlich oder nützlich sein könnte, wird nicht dargelegt. **3.** Bei einer Verbeiständung hat der Betroffene keinen Anspruch darauf, von der Beschwerdeinstanz mündlich angehört zu werden (ÜR 42-14; unpubl. E. 3.1 von BGE 140 III 1).

ÜR 102-14

Zweck der Beschwerde nach Art. 419 ZGB

BGer 5A_186/2014 vom 7. April 2014 (d):

1. Die Beschwerde nach Art. 419 ZGB soll in einem einfachen Verfahren und innert kurzer Zeit zu einer materiell richtigen Entscheidung der KESB führen; deren Anrufung ist – wie nach aArt. 420 Abs. 1 ZGB – nicht befristet. Allerdings steht die Beschwerde mangels eines aktuellen Interesses nicht mehr offen, sobald ein Verfahren keinen Sinn mehr macht, weil die Handlung nicht mehr zu korrigieren ist oder die Unterlassung nicht mehr gutgemacht werden kann, ausser es geht um eine Grundsatzfrage, deren Klärung im Interesse der Praxis liegt (BBl 2006 7059). **2.** Weder der bundesrätlichen Botschaft noch den parlamentarischen Beratungen lässt sich entnehmen, was unter einer Grundsatzfrage zu verstehen ist. Wie bezüglich aArt. 420 ZGB ist – in Anlehnung an die Rechtsprechung zur staatsrechtlichen Beschwerde gemäss Art. 88 OG – vom Erfordernis

des aktuellen Interesses abzusehen, wenn sich die strittige Frage jederzeit unter ähnlichen Umständen wieder stellen könnte, an ihrer Klärung ein öffentliches Interesse besteht und sie andernfalls nie überprüft werden könnte (BGE 120 Ia 165 E. 1a, 118 Ia 46 E. 3c). Da sich die Beschwerde nach Art. 419 ZGB an jener gemäss aArt. 420 ZGB orientiert, kann das Kriterium des virtuellen Interesses (vgl. BGE 139 I 206 E. 1.1) auf den vorliegenden Fall übertragen und der Hinweis auf die Grundsatzfrage als Ausdruck des Erfordernisses eines virtuellen Interesses ausgelegt werden. **3.** Hier besteht kein aktuelles Interesse mehr, da die Ehefrau des Beschwerdeführers verstorben ist. Die aufgeworfene Frage – Zulässigkeit einer «Ausgrenzung» naher Angehöriger im Fall einer Spital- oder Heimeinweisung – kann sich jederzeit wieder stellen und alsdann geklärt werden, weshalb es an einem virtuellen Interesse fehlt.

ÜR 103-14

Beschwerdeführung durch eine umfassend verbeiständete Person

BGer 5A_101/2014 vom 6. März 2014 (d):

1. Anfechtung einer Zustimmung zur Eigentumsübertragung (Art. 416 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB) durch die umfassend verbeiständete Eigentümerin, wobei die Beiständin die Zustimmung zur Beschwerdeführung verweigert; Nichteintretensentscheid des Verwaltungsgerichts. **2.** In Bezug auf die eigene Handlungs- und Prozessfähigkeit ist auch eine umfassend Verbeiständete zur Beschwerdeführung vor Bundesgericht befugt. **3.** Urteilsfähige Handlungsunfähige üben die Rechte, die ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustehen, selbständig aus (Art. 19c Abs. 1 ZGB). Die Wahrnehmung vermögensrechtlicher Interessen gilt nicht als Ausübung solcher höchstpersönlicher Rechte; insoweit ist die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erforderlich (BGer 5A_658/2012 [ÜR 35-13], 5P.408/2003 [ÜR 29-04]).

Bemerkung: Diese restriktive Rechtsprechung haben wir bereits verschiedentlich kritisiert (vgl. insb. Bemerkungen zu ÜR 35-13 und 29-04). Zudem lässt das Bundesgericht die Frage offen, ob die Veräusserung eines Vermögenswerts i.S.v. Art. 412 Abs. 2 ZGB (mit besonderem Wert für den Betroffenen oder dessen Familie) nichtig ist. Sie wäre zu verneinen gewesen: Anders als die durch Abs. 1 von Art. 412 ZGB untersagten Rechtsgeschäfte, die absolut ungültig sind, können Geschäfte gemäss Abs. 2 gültig geschlossen werden, lösen aber eine Verantwortlichkeit der involvierten Organe aus.

ÜR 104-14

Bedeutung von Schlussbericht und Schlussrechnung

BGer 5A_151/2014 vom 4. April 2014 (d):

1. Wie unter altem Recht (vgl. BGer 5A_494/2013 [ÜR 109-13], 5A_578/2008 [ÜR 116-08]) dienen Schlussbericht und Schlussrechnung (Art. 425 ZGB) nicht der Überprüfung der Führung der Beistandschaft, sondern der Information; sie sind zu genehmigen, soweit sie der Informationspflicht genügen. Die periodischen Berichte und Rechnungen gemäss Art. 415 ZGB dienen der Behörde demgegenüber dazu, die Amtsführung des Beistands zu steuern und ihm gegebenen-

falls Weisungen zu erteilen. **2.** Die Genehmigung von Schlussbericht und Schlussrechnung hat sich nicht über allfällige Verfehlungen des Beistands zu äussern. Ihr eignet keine unmittelbare materiellrechtliche Bedeutung, so dass namentlich Verantwortlichkeitsansprüche gemäss Art. 454 ZGB von der Genehmigung unberührt bleiben.

ÜR 105-14

Sachverhaltskontrolle im Rechtsmittelverfahren

BGer 5A_110/2014 vom 19. März 2014 (d):

Im kantonalen Beschwerdeverfahren kann eine unrichtige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 450 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB). Vor Bundesgericht ist demgegenüber Art. 97 Abs. 1 BGG massgebend, wonach die Sachverhaltsfeststellung nur gerügt werden kann, wenn sie offensichtlich unrichtig, d.h. willkürlich ist (bzw. auf einer andern Rechtsverletzung i.S.v. Art. 95 BGG beruht). Der Beschwerdeführer hat dies rechtsgenügend zu begründen (vgl. etwa BGE 133 II 249 E. 1.4.3).

ÜR 106-14

Spitalwahl als höchstpersönliches Recht?

BGer 5A_967/2013 vom 4. März 2014 (d):

1. Eine vor Eintritt der Urteilsunfähigkeit ausgestellte Vollmacht kann vom gesetzlichen Vertreter widerrufen werden, wobei der Rückzug eines Rechtsmittels als solcher Widerruf gesehen werden kann. **2.** Der Entscheid darüber, in welchem Spital der Betroffene untergebracht werden soll, stellt kein absolut höchstpersönliches Recht dar. Eine Vertretung muss insoweit möglich sein, könnten doch sonst pflegebedürftige urteilsunfähige Personen in solchen Fragen gar nicht vertreten werden.

2.2 Fürsorgerische Unterbringung (FüU)

ÜR 107-14

Frühere Gutachten – FüU als «ultima ratio»

BGer 5A_391/2014 vom 23. Mai 2014 (d):

1. Anforderung an ein Gutachten (BGE 137 III 289 [ÜR 80-11]; BGer 5A_189/2013 [ÜR 67-13], 5A_879/2012 [ÜR 38-13]). **2.** Anordnung einer FüU am 16. April 2014 gestützt auf Gutachten und Ergänzungsgutachten vom 24. Februar 2012, 17. Oktober und 29. November 2013 betreffend frühere FüU. Dem ersten Gutachten fehlt die nötige zeitliche Nähe zur streitigen FüU, aber die beiden letzteren sind erst wenige Monate alt; dass sich die Verhältnisse in der Zwischenzeit verändert haben, ist unwahrscheinlich und wird nicht behauptet. **3.** Das Bundesgericht zeigt sich aber erstaunt, dass das empfohlene Behandlungs- und Betreuungskonzept (betreute Wohnsituation mit Tagesstruktur) nicht umgesetzt worden ist, und erinnert daran, dass die FüU eine «ultima ratio» darstellt. Diesem Anliegen widerspricht es, wenn mangels Anordnung anderer geeigneter Massnahmen immer wieder FüU nötig werden.

ÜR 108-14**Periodische Überprüfung gemäss Art. 431 ZGB**

BGE 140 III 105 (BGer 5A_236/2014 vom 11. April 2014) (d):

1. Anforderung an Gutachten (vgl. oben ÜR 107-14). **2.** Beschwerde gegen die Bestätigung einer FÜU im Rahmen einer periodischen Überprüfung nach Art. 431 Abs. 1 ZGB. Art. 450e Abs. 3 ZGB verlangt ein aktuelles Gutachten unabhängig davon, ob eine Unterbringung, ein Entlassungsgesuch oder eine periodische Überprüfung betroffen ist. **3.** Der Verwendung von Gutachten früherer Verfahren sind allein schon deshalb enge Grenzen gesetzt, weil sich der Gutachter zu den Fragen des konkreten Verfahrens zu äussern hat. Bezüglich der Fortführung einer FÜU ist auszuführen, ob und inwiefern in den im früheren Gutachten festgestellten tatsächlichen Parametern eine Änderung eingetreten ist. **4.** Ein Fachrichter vermag den Beizug eines unabhängigen Experten nicht zu ersetzen (BGE 137 III 289 E. 4.4). **5.** Rückweisung zu neuem Entscheid innert 30 Tagen, ansonsten die FÜU ohne weiteres dahinfällt.

Bemerkung: In einem andern Verfahren betreffend Art. 426 ZGB hat das Bundesgericht die Hospitalisation einer an Anorexie Leidenden für verhältnismässig erachtet; eine ambulante Therapie war ungeeignet bei einem Body-Mass-Index (BMI), der mit 15 kg/m² weit unter dem gesundheitlichen Minimalwert von 18 kg/m² lag (BGer 5A_212/2014 vom 1. April 2014) (f).

ÜR 109-14**Entschädigung des amtlichen Rechtsbeistands**

BGE 140 III 167 (BGer 5A_39/2014 vom 12. Mai 2014) (d):

1. Gutheissung einer Beschwerde gegen eine FÜU. Ausrichtung einer reduzierten Parteientschädigung von 1600 Franken (8 Stunden à Fr. 200.–) für den amtlichen Rechtsbeistand. **2.** Es wurde die Rechtsprechung der Strafabteilung angewandt, gemäss der dem amtlichen Verteidiger das gegebenenfalls reduzierte Honorar nach einschlägigem Anwaltstarif unabhängig vom Prozessausgang ausgerichtet wird (BGE 139 IV 261). Dieses Vorgehen widerspricht der bernischen Regelung der Parteientschädigung (Art. 70 Abs. 1 KESG⁹ i.V.m. Art. 108 Abs. 3 VRPG¹⁰) und würde auch gegen Art. 450f ZGB i.V.m. Art. 122 Abs. 2 ZPO verstossen. Es ist willkürlich, die Parteientschädigung nach den für die staatliche Entschädigung geltenden Tarifregeln zu kürzen, wenn eine unentgeltlich vertretene Partei obsiegt (BGE 121 I 113 E. 3d). **3.** Gleichzeitig lag eine Praxisänderung vor, die den verfassungsmässigen Anforderungen an eine solche nicht genügt (BGE 136 III 6 E. 3). **4.** Schliesslich wurde auch gegen Art. 29 Abs. 2 BV verstossen, weil die Reduktion mehrerer Positionen der Kostenliste im Entscheid ohne Begründung blieb.

⁹ Gesetz vom 1. Februar 2012 über den Kindes- und Erwachsenenschutz (BSG 213.316).

¹⁰ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (BSG 155.21).

ÜR 110-14**Amtliche Verbeiständung und Verfahrensbeistandschaft (Art. 449a ZGB)**

BGer 5A_83/2014 vom 21. März 2014 (d):

1. Das Obergericht heisst die Beschwerde gegen eine FÜU gut, weist aber das Gesuch um amtliche Verbeiständung ab. **2.** Hiergegen gelangen KESB und Sozialdienst ans Bundesgericht, da sie die Verfahrensbeiständin zu entschädigen haben. **3.** Die Beschwerde ist offensichtlich unzulässig: Der Sozialdienst war nicht am Verfahren beteiligt und der KESB mangelt es an einem schützenswerten Interesse.

2.3 Andere Aspekte**ÜR 111-14****Schenkung an eine Vertrauensperson (Hausarzt)**

BGer 4A_3/2014 vom 9. April 2014 (d):

1. Verkauf eines Grundstücks an den Hausarzt; gemischte Schenkung im Wert von 2 Mio. Franken. Die Schenkerin war bei Vertragsschluss urteilsfähig, wird aber ein Jahr später entmündigt. Anfechtung des Rechtsgeschäfts wegen Sittenwidrigkeit (Art. 20 Abs. 1 OR). **2.** Die Tätigkeit bestimmter Berufsträger (Ärzte, Psychologen, Anwälte, Geistliche, Notare usw.) ist besonders sensibel, da sie unweigerlich tiefe Einblicke in die persönlichen und wirtschaftlichen Belange der betreuten Person verschafft. Daher ist fallweise zu beurteilen, ob eine Verfügung zugunsten einer solchen Vertrauensperson auf einem selbstbestimmten Entscheid beruht. Nicht jede Schenkung an eine Vertrauensperson ist nichtig, sondern es bedarf einer unlauteren Beeinflussung oder eines Verstosses gegen elementare Standesregeln, die gerade der Verhinderung von Interessenkonflikten und unerwünschten Beeinflussungen dienen (BGE 132 III 455 E. 4.1 f.). **3.** Gemäss Art. 38 der Standesordnung FMH ist die Annahme von Geschenken, Verfügungen von Todes wegen oder von andern Vorteilen unzulässig, die den Arzt in seinen ärztlichen Entscheidungen beeinflussen können und das übliche Mass kleiner Anerkennungen übersteigen. **4.** Diese Voraussetzungen waren hier nicht erfüllt; im Übrigen bestand bereits vor der ärztlichen Betreuung seit langem ein nahes persönliches Verhältnis zwischen den Parteien.

C. Andere Rechtsbereiche**ÜR 112-14****Unterstützungswohnsitz fremdplatzierter Kinder**

BGer 8C_701/2013 vom 14. März 2014 (d):

1. Begründung und Aufgabe des Unterstützungswohnsitzes richten sich im Kanton Graubünden nach den Grundsätzen des ZUG. Spezialregelung von Art. 7 ZUG für Minderjährige. Gemäss dessen Abs. 3 lit. c hat ein fremdplatziertes Kind einen eigenen Unterstützungswohnsitz am letzten Wohnsitz gemäss Abs. 1 und 2 (Unterstützungswohnsitz der Eltern bzw. des Elternteils, bei dem es gewohnt hat). Dieser Unterstützungswohnsitz bleibt für die gesamte Dauer der

Fremdplatzierung erhalten, auch wenn die Eltern den Wohnsitz wechseln. **2.** Art. 7 Abs. 3 lit. c ZUG gilt nicht für lediglich vorübergehende Fremdaufenthalte, die entweder nur von kurzer Dauer sind oder bei denen ein enger Kontakt zu den Eltern aufrecht erhalten wird und die Absicht besteht, dass das Kind nach einer bestimmten Zeit wieder zu den Eltern zieht, bspw. Ferien, Spital- oder Kuraufenthalte, Abklärungen der IV und auswärtige Schul- oder Berufsausbildung. **3.** Kümern sich die Eltern hingegen nicht ernstlich um ihr Kind und erfolgt die Fremdplatzierung auf unbestimmte Zeit oder für mehr als sechs Monate, spricht dies für die Dauerhaftigkeit des Fremdaufenthalts (unabhängig davon, ob die elterliche Sorge entzogen wird). Auf die tatsächliche Dauer kommt es nicht an, entscheidend ist einzig, ob bei Beginn des Fremdaufenthalts von Dauerhaftigkeit auszugehen oder nur eine vorübergehende Lösung beabsichtigt war. Andernfalls könnte über die Kostentragung immer erst nach einer bestimmten Dauer des Fremdaufenthalts entschieden werden, was nicht dem Sinn des Gesetzes entsprechen kann. **4.** Wenn die Eltern ihr gesundheitlich versehrtes Kind selber in einem Sonderschulheim untergebracht haben, sich regelmässig um es kümmern und nach Möglichkeit die Schul- und Heimkosten direkt bezahlen und die Absicht haben, das Kind nach Beendigung der Sonderschulbedürftigkeit wieder zu sich zu nehmen, lebt das Kind nur vorübergehend nicht bei den Eltern (insb. beim sog. «Wocheninternat», bei dem das Kind die Wochenenden regelmässig bei den Eltern verbringt). Weiter ist der Zweck des Aufenthalts zu beachten: Therapeutische und der Abklärung dienende Massnahmen sprechen gegen und Kinderschutzmassnahmen tendenziell für die Dauerhaftigkeit der Fremdplatzierung. **5.** Hier kam es zum vorläufigen Entzug der elterlichen Obhut mit Fremdplatzierung in einer SOS-Pflegefamilie als vorsorgliche Kinderschutzmassnahme. Da zu diesem Zeitpunkt noch keine dauerhafte Lösung beabsichtigt sein konnte, erlangte das Kind erst mit dem definitiven Obhutsentzug und der Begründung des Dauerpflegeverhältnisses einen eigenen Unterstützungswohnsitz.

ÜR 113-14

Verbot des Doppelbezugs von Familienzulagen

Zur Publikation bestimmtes Urteil 8C_223/2013 vom 10. April 2014 (f):

1. Gemäss Art. 6 FamZG (Verbot des Doppelbezugs) wird pro Kind nur eine Zulage derselben Art ausgerichtet. Art. 7 FamZG bestimmt eine Reihenfolge für den Fall, dass mehrere Personen für das gleiche Kind Anspruch auf Familienzulagen haben. **2.** Das Verbot des Doppelbezugs erfasst die Leistungen gemäss Art. 3 FamZG, also die Kinderzulage, die Ausbildungszulage sowie die Geburts- und Adoptionszulagen, die das kantonale Recht vorsehen kann. **3.** Die Vergütungen, welche die UNO ihren Mitarbeitern ausrichtet, stellen keine Familienzulagen im Sinn des FamZG dar und fallen mithin nicht unter das Verbot des Doppelbezugs. **4.** Die Reihenfolge gemäss Art. 7 FamZG ist an das Verbot des Doppelbezugs gebunden, das sie konkretisiert. Sie kommt nur dann zum Tragen, wenn eine Anspruchskonkurrenz für Familienzulagen nach eidgenössischem oder kantonalem Recht besteht.

ÜR 114-14**Kinderrente – Kind in Ausbildung**

BGer 8C_875/2013 vom 29. April 2014 (d):

1. Kinderrente der IV für ein Kind in Ausbildung (Art. 35 Abs. 1 IVG i.V.m. Art. 25 Abs. 5 AHVG). **2.** Ausbildungsbegriff (Art. 49^{bis} Abs. 1 AHVV). Nicht in Ausbildung ist ein Kind, wenn es ein durchschnittliches monatliches Erwerbseinkommen erzielt, das höher ist als die maximale volle Altersrente der AHV (Art. 49^{bis} Abs. 3 AHVV). **3.** Bestätigung der Wegleitung des BSV hinsichtlich Berechnung des Durchschnittseinkommens: Eine Erwerbstätigkeit vor Beginn oder nach Ende der Ausbildungszeit ist nicht miteinzubeziehen und Erwerbseinkommen während der Ausbildungszeit ist auf einen Monatsdurchschnitt für das betroffene Kalenderjahr umzurechnen; wird der Rentenbetrag während einzelner Monate überschritten, schadet dies nicht.

ÜR 115-14**Ausserordentliche Rente der IV – Altersgrenze**

Zur Publikation bestimmtes Urteil 9C_756/2013 vom 6. Juni 2014 (f):

1. Nach Art. 39 Abs. 3 IV haben invalide Ausländer und Staatenlose, die als Kinder die Voraussetzungen von Art. 9 Abs. 3 IV (betreffend Beitragszeit und Aufenthaltsdauer) erfüllt haben, Anspruch auf eine ausserordentliche Rente. **2.** «Als Kinder» kann sich entweder auf Art. 9 Abs. 3 IV und eine Altersgrenze von 20 Jahren (Mündigkeitsalter bei Inkrafttreten von Art. 39 Abs. 3 IV) oder auf das geltende Volljährigkeitsalter von 18 Jahren beziehen. **3.** Da die Altersgrenze in Art. 9 Abs. 3 IV nicht an den früheren Eintritt der Volljährigkeit angepasst wurde, ist die Formulierung «als Kinder» in Art. 39 Abs. 3 IV mit «das 20. Altersjahr noch nicht vollendet» gleichzusetzen.

ÜR 116-14**Hypothetisches Einkommen im Rahmen der Ergänzungsleistungen (EL)**

Zur Publikation bestimmtes Urteil 9C_908/2013 vom 22. Mai 2014 (d):

1. Gemäss Art. 14a Abs. 1 ELV wird Invaliden als Erwerbseinkommen grundsätzlich der Betrag angerechnet, den sie im massgebenden Zeitabschnitt tatsächlich verdient haben. Abs. 2 bestimmt, welches Erwerbseinkommen Rentnern unter 60 Jahren – in Abhängigkeit von ihrem Invaliditätsgrad – mindestens anzurechnen ist; bei Nichterreichen dieses Grenzbetrages gilt die Vermutung eines freiwilligen Verzichts auf Erwerbseinkünfte (Art. 11 Abs. 1 lit. g ELG). **2.** Diese Vermutung kann widerlegt werden, wenn invaliditätsfremde Gründe wie Alter, mangelhafte Ausbildung und Sprachkenntnisse oder die Arbeitsmarktsituation die Verwertung der Resterwerbsfähigkeit erschweren. Massgebend ist daher das hypothetische Einkommen, das der Versicherte tatsächlich realisieren könnte. **3.** Beim Invalideneinkommen nach Art. 16 ATSG wird fingiert, der Versicherte habe in Wahrnehmung seiner Schadenminderungspflicht allfällige (zumutbare) Eingliederungsmassnahmen (erfolgreich) absolviert. Es rechtfertigt sich auch im Bereich der EL, auf das nach Durchführung der Eingliederungsmassnahme erzielbare Einkommen abzustellen, ansonsten sich der Rentner für die IV-rechtl-

chen Folgen seiner Untätigkeit mittels EL (zumindest teilweise) schadlos halten könnte.

ÜR 117-14

Gebäudeunterhaltskosten und Ergänzungsleistungen

BGer 9C_862/2013 vom 19. Februar 2014 (d):

EL-Berechnung; Anrechnung einer Mietzinsausgabe für das Wohnen bei der Lebenspartnerin, obschon keine Miete bezahlt wird (Art. 10 Abs. 1 lit. b ELG). Demgegenüber können Gebäudeunterhaltskosten und Hypothekarzinsen (Art. 10 Abs. 3 lit. b ELG) nur vom Eigentümer geltend gemacht werden, da es sich um Gewinnungskosten handelt, was die Erzielung eines Liegenschaftenertrags voraussetzt; dabei ist unerheblich, ob der Eigentümer die Liegenschaft vermietet oder selber bewohnt (entweder erzielt er Mieteinnahmen oder es fällt Eigenmietwert an).

Bemerkung: Bei anderer Gelegenheit erinnert das Bundesgericht daran, dass Freizügigkeitsguthaben der beruflichen Vorsorge bei der EL-Berechnung als Vermögen zu berücksichtigen ist (Art. 11 Abs. 1 lit. c ELG), sobald es (allenfalls vorzeitig) bezogen werden kann; gemäss Art. 16 Abs. 2 FZV trifft dies (bei fehlender anderweitiger Versicherung des Invaliditätsrisikos) ab dem Zeitpunkt zu, in dem Anspruch auf eine ganze Invalidenrente besteht. Da das Gesetz auf das «Reinvermögen» abstellt, sind vom rohen Vermögen die Schulden (etwa Hypothekarschulden, Kleinkrediten, Darlehen zwischen Privaten und Steuerschulden) abzuziehen, bevor der Vermögensverzehrbetrag ermittelt wird (*zur Publikation bestimmtes Urteil 9C_884/2013 vom 9. April 2014 (d)*).

ÜR 118-14

Aufenthaltsbewilligung und Besuchsrecht

BGer 2C_994/2013 vom 20. Januar 2014 (f):

1.–3. Neue Rechtsprechung zum Verhältnis von Aufenthaltsbewilligung und Besuchsrecht (BGE 139 I 315 [ÜR 118-13]; vgl. auch ÜR 59-14, 60-14). **4.** Hier besteht eine enge affektive Beziehung, aber es fehlt sowohl an einer engen wirtschaftlichen Beziehung (unstetiges Berufsleben, Gefängnisaufenthalte) als auch an einem tadellosen Verhalten (mehrere Strafverfahren wegen immer gravierenderen Delikten).

Bemerkung: Für weitere Urteile von Interesse betreffend Aufenthaltsberechtigung vgl. *BGer 2C_1006/2013 vom 2. Juni 2014 (d)*, *2C_979/2013 vom 25. Februar 2014 (f)*, *2C_1025/2013 vom 7. April 2014 (d)*, *2C_478/2013 vom 1. Mai 2014 (d)*, *2C_1076/2013 vom 2. Juni 2014 (d)*.

ÜR 119-14

Umgekehrter Familiennachzug

BGer 2C_303/2013 vom 13. März 2014 (d):

1. Nach neuerer Rechtsprechung genügen Zumutbarkeit der Ausreise und das öffentliche Interesse an einer restriktiven Einwanderungspolitik nicht mehr, um dem sorgeberechtigten ausländischen Elternteil eines Schweizer Kindes die An-

wesenheit zu verweigern; es bedarf hierfür jeweils besonderer – namentlich ordnungs- und sicherheitspolizeilicher – Gründe, welche die mit der Ausreise verbundenen weitreichenden Folgen für das Schweizer Kind zusätzlich rechtfertigen (BGE 137 I 247; ÜR 83-11). **2.** Zwar bestehen Zweifel an der biologischen Vaterschaft des schweizerischen Ex-Ehemanns der Beschwerdeführerin, das Bundesgericht geht jedoch von den zivilrechtlichen Vorgaben aus, solange diese nicht auf den entsprechenden Rechtswegen modifiziert wurden (Art. 260a Abs. 1 ZGB). Aufhebung des kantonalen Urteils, das den Widerruf der Niederlassungsbewilligung der Mutter schützte.

ÜR 120-14

Aufenthaltbewilligung – Misshandlungsgefahr für das Kind?

BGer 2C_792/2013 vom 11. Februar 2014 (f):

1. Das aufenthaltsberechtigte Kind teilt grundsätzlich schon aus familienrechtlichen Gründen das ausländerrechtliche Schicksal des Sorge- bzw. Obhutsberechtigten und hat diesem gegebenenfalls ins Ausland zu folgen. Ist dem Kind die Ausreise zumutbar (was grundsätzlich zu bejahen ist, wenn es sich im anpassungsfähigen Alter befindet), liegt gar kein Eingriff in das Familienleben vor. **2.** Die Zumutbarkeit beurteilt sich unter Berücksichtigung ordnungs- und sicherheitspolizeilicher Motive, etwa einer dauerhaften und erheblichen Sozialhilfeabhängigkeit des Obhutsberechtigten, wobei das Kindeswohl ebenfalls zu beachten ist (Art. 3 Abs. 1 KRK). **3.** Vorliegend sprechen keine Gründe gegen die Wegweisung der Mutter, weshalb allein massgebend ist, ob die Ausreise des Kindes zumutbar ist (zum Vater besteht kein Kontakt mehr, weshalb sich keine Besuchsrechtsfragen stellen). **4.** Das Kind ist in der Schweiz geboren und hat immer hier gelebt, so dass es das Heimatland der Mutter nicht kennt; es ist aber erst am Beginn der Schulpflicht und damit noch in einem Alter, in dem es sich an eine neue Umgebung anpassen kann. **5.** Allein der Umstand, dass das Mädchen gemischter Herkunft ist und auch über die italienische Staatsbürgerschaft seines Vaters verfügt, legt nicht nahe, dass ihm in Nigeria Misshandlungen oder eine Zwangsheirat drohen; eine Gefahr unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung lässt sich nicht mit blossen Behauptungen dartun.

Bemerkung: Von Interesse sind sodann folgende Urteile betreffend Familiennachzug mit denen wichtige familiäre Gründe für einen nachträglichen Familiennachzug gemäss Art. 47 Abs. 4 AuG einmal verneint (*BGer 2C_897/2013 vom 16. April 2014*) (f) und einmal bejaht (*BGer 2C_1013/2013 vom 17. April 2014*) (f), der Nachzug von Grosskindern mit dauerhaften Aufenthaltbewilligungen in Belgien gemäss Art. 42 Abs. 2 AuG für zulässig erklärt (*BGer 2C_1057/2012 vom 7. März 2014*) (d) aber der Nachzug einer rund 55-jährigen Grossmutter mangels eines besonderen Abhängigkeitsverhältnisses i.S. von Art. 8 EMRK verweigert wurden (*BGer 2C_614/2013 vom 28. März 2014*) (f).

ÜR 121-14**Aufenthaltsbewilligung – gemeinsames Sorgerecht und geteilte Obhut**

BGer 2C_606/2013 vom 4. April 2014 (f):

1. Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung für einen Brasilianer, der Vater eines Mädchens mit portugiesischer Staatsbürgerschaft ist, dessen (portugiesische) Mutter über ein Aufenthaltsrecht verfügt. **2.** Kein Anspruch des Vaters gestützt auf das FZA (keine BGE 139 II 393 [ÜR 74-13] entsprechende Situation). **3.** Art. 8 EMRK: Bedeutung eines gemeinsamen Sorgerechts und geteilter Obhut von unverheirateten und getrenntlebenden Eltern über ein Kind aus einem Vertragsstaat des FZA. Die neue Rechtsprechung zur Stellung des (bloss) besuchsberechtigten Elternteils (BGE 139 I 315; ÜR 118-13) findet keine direkte Anwendung und auch jene zum ausländischen Elternteil mit Sorge- und Obhutsrecht über ein Schweizer Kind (BGE 137 I 247 [ÜR 83-11], 136 I 285 [ÜR 83-10], 135 I 153 [ÜR 80-09]) ist nicht einschlägig. **4.** Demgegenüber gleicht der vorliegende Sachverhalt jenem, der BGer 2C_652/2013 (ÜR 60-14) zugrunde lag. Zwar verfügte das Kind dort über das Schweizer Bürgerrecht und die Eltern waren, obschon getrennt, formell noch verheiratet. Mit Blick auf die Gemeinsamkeiten ist es jedoch gerechtfertigt, sich an den dortigen Kriterien zu orientieren. **5.** Der Vater hat eine sehr enge Beziehung zur Tochter aufgebaut, die weit über das hinausgeht, was (bei getrennt Lebenden) üblich ist. Der Aufrechterhaltung dieser Beziehung kommt für das Kindeswohl eine grosse Bedeutung zu, die das wenig gewichtige öffentliche Interesse an der Fernhaltung des Vaters (bloss Verstösse gegen die Ausländerrechtsgesetzgebung) überwiegt.

Bemerkung: Das Bundesgericht hat auch in folgendem Urteil auf seine Rechtsprechung gemäss ÜR 60-14 verwiesen: *BGer 2C_584/2013 vom 7. Mai 2014 (d).*

Mitteilungen – Communications – Comunicazioni**KOKES-Empfehlungen zur Umsetzung der Revision
«gemeinsames Sorgerecht als Regelfall»**

Seit 1. Juli 2014 gilt die gemeinsame elterliche Sorge auch bei nicht verheirateten Eltern als Regelfall. Zwecks Unterstützung bei der Umsetzung der neuen Rechtsgrundlagen hat die KOKES Empfehlungen zuhanden der KESB, ein Merkblatt für Eltern sowie ein Formular für die Erklärung der Eltern erarbeitet.

Dokumente zum **Download**: www.kokes.ch > Dokumentation > Revision Sorgerecht

**Recommandations de la COPMA – «L'autorité parentale
conjointe devient la règle – Mise en œuvre»**

Depuis le 1^{er} juillet 2014, l'autorité parentale conjointe est la règle également pour les parents non mariés. Pour faciliter la mise en œuvre des nouvelles dispositions légales, la COPMA a élaboré des recommandations à l'intention des APEA, ainsi qu'un mémento destiné aux parents et un formulaire pour leur déclaration.

Pour **télécharger** les documents: www.copma.ch > Documentation > Révision autorité parentale

**COPMA – Raccomandazioni per la trasposizione
della revisione concernente l'autorità parentale esercitata
in comune**

Dal 1. Luglio 2014 è in vigore l'autorità parentale congiunta quale regola anche per i genitori non coniugati assieme. Allo scopo di sostenere e facilitare la trasposizione delle nuove basi di diritto, la COPMA ha redatto delle raccomandazioni per le APMA nonché un foglio illustrativo e un formulario per la dichiarazione, destinati ai genitori.

I documenti sono **scaricabili** da www.copma.ch > Documentation > Révision autorité parentale

Diana Wider, Generalsekretärin KOKES

Wechsel in der ZKE-Redaktion

Der französischsprachige Redaktor, **Gabriel Frossard**, Berater und ehemaliger tuteur général, hat seine Tätigkeit für die ZKE mit der Nummer 3/2014 beendet. Mit ihm verliert die ZKE eine kompetente Stimme aus Genf. Er hat die ZKE in den letzten sechs Jahren (seit Nr. 3/2007) mit grossem Engagement, Hingabe und Zuverlässigkeit begleitet. Die KOKES und Schulthess bedanken sich herzlich für seine Mitarbeit und wünschen ihm für die Zukunft alles Gute.

Die Nachfolge konnte noch nicht definitiv geregelt werden. Wir danken dem Lehrstuhl Zivilrecht der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Lausanne für die Bereitschaft, diese Aufgabe bis Ende 2014 interimistisch zu übernehmen.

Changement à la rédaction de la RMA

Le rédacteur de langue française, **Gabriel Frossard**, consultant et ancien tuteur général, a cessé son activité au service de la RMA avec le numéro 3/2014. C'est une personnalité genevoise compétente qui quitte notre revue. Il l'aura accompagné pendant 6 ans (depuis le numéro 3/2007), en montrant beaucoup d'engagement, de dévouement et de fiabilité. La COPMA et Schulthess le remercient chaleureusement pour sa collaboration et lui souhaitent tout le meilleur pour la suite.

Sa succession n'a pas encore pu être définitivement réglée. Nous remercions la Chaire de droit civil de la Faculté de droit de l'Université de Lausanne d'avoir accepté d'assumer cette tâche à titre intérimaire jusqu'à la fin 2014.

Cambiamenti nella redazione della RMA

Il redattore di lingua francese **Gabriel Frossard**, consulente e già tutore generale, ha cessato la sua attività al servizio della RMA col numero 3/2014. Frossard è una personalità ginevrina competente che lascia la nostra rivista. L'ha accompagnata nel corso di 6 anni (dal numero 3 del 2007) dimostrando costante impegno, dedizione e affidabilità. La COPMA e l'editore Schulthess lo ringraziano calorosamente per la sua collaborazione e gli augurano ogni bene per il futuro.

La sua successione non ha potuto essere definitivamente regolata. Ringraziamo la Cattedra di diritto civile della facoltà di diritto dell'Università di Losanna per aver accettato d'assumere ad interim questo incarico fino alla fine del 2014.

KOKES,
Guido Marbet, Präsident
Diana Wider, Generalsekretärin

Schulthess Juristische Medien
Karen Schobloch, Geschäftsf. Verlegerin
Annette Eberle, Verantwortliche Zeitschriften

Veranstaltungshinweise – Manifestations – Manifestazioni

HES-SO – Haute école de travail social Genève (HETS)

CAS Aide et conseils aux victimes d'infractions (selon la LAVI)

Cette formation postgrade s'adresse aux professionnels travaillant dans les centres de consultation LAVI et les services concernés par l'application de la LAVI, mais aussi à tous les professionnels ayant affaire à des personnes victimes: assistants sociaux, éducateurs, professionnels de la santé, psychologues, avocats, policiers, etc.

Alliant connaissances théoriques et d'intervention, la formation aborde:

- Le contexte institutionnel et le cadre légal de l'aide aux victimes d'infractions en Suisse, y compris les aspects financiers et matériels;
- Les bases de la victimologie et le soutien psychologique des victimes;
- Différentes catégories de victimes (victimes de violences conjugales, de violences sexuelles, enfants victimes de maltraitements, traite des êtres humains, etc.) et modèles d'intervention spécifiques.

Il est possible de suivre uniquement le module 1 (Aspects juridiques, financiers et matériels de la prise en charge des victimes). Cette offre s'adresse aux personnes souhaitant disposer d'une vue d'ensemble de l'aide aux victimes d'infractions en Suisse.

8 mois – 15 jours de cours, 12 crédits ECTS. Début de la formation: **novembre 2014**.

Coût: CAS: CHF 1500.–/Module 1: CHF 600.–

Renseignements: HETS, Centre de formation continue (CEFOC), Geneviève Clavequin, tél. +41 22 388 95 11, genevieve.clavequin@hesge.ch – www.hesge.ch/hets/cas-lavi

CAS/DAS en Médiation de conflits

CAS en Médiation de conflits

Cette formation postgrade aborde les bases théoriques et la méthodologie de la médiation de conflits, investigate brièvement différents champs de médiation. Elle offre aussi des temps d'analyse de pratiques. Au terme de la formation, les participants seront en mesure de transférer les préceptes d'une posture médiative dans l'exercice de leur profession ou leur engagement dans une collectivité.

12 crédits ECTS – 20 jours de cours entre janvier et décembre 2015.

DAS en Médiation de conflits, spécialisation dans le champ familial

Le DAS inclut en première partie le CAS. Il offre une spécialisation dans le champ de la médiation familiale: couples se séparant, conflits entre générations, problèmes de garde d'enfants, crises qui ponctuent les différentes étapes du cycle de vie. Il met l'accent sur les enjeux et étapes de la médiation familiale, ainsi que sur sa pratique.

30 crédits ECTS – 47 jours de cours entre janvier 2015 et juin 2017.

Ces formations s'adressent aux professionnels œuvrant dans les domaines du travail social, de la santé, des sciences humaines, des RH et du champ juridique.

Coût: CAS: CHF 5200.–/DAS: CHF 11 400.–

Renseignements: HETS, Centre de formation continue (CEFOC), Andrea Neuhausler, tél. +41 22 388 95 13, andrea.neuhausler@hesge.ch – www.hesge.ch/hets/cas-mediation – www.hesge.ch/hets/das-mediation

Université de Lausanne/CEDIDAC et Faculté de droit

La gestion du patrimoine des majeurs sous curatelle – cadre juridique et questions pratiques

La gestion du patrimoine des personnes placées sous curatelle joue un rôle crucial dans la pratique. La plupart des mesures prononcées comportent ce cercle de tâches, confiées aussi bien aux services officiels qu'aux curateurs privés. La réglementation du Code civil est très sommaire sur ces questions. Le Conseil fédéral a reçu, au 1^{er} janvier 2013, la compétence d'uniformiser les règles de gestion au plan suisse, ce qu'il a fait avec l'Ordonnance sur la gestion du patrimoine dans le cadre d'une curatelle ou d'une tutelle (OGPCT). Ce texte soulève au moins autant de questions qu'il n'en résout.

La journée de formation a pour but d'analyser de manière critique le cadre juridique en place et de développer des solutions pragmatiques, en échangeant les idées et les expériences des intervenants et des participants.

Date: mardi 7 octobre 2014

Lieu: Université de Lausanne

Intervenants: Prof. A. Leuba (Université de Genève); Prof. Ph. Meier (Université de Lausanne); Prof. J. Bovay (Haute école de travail social, Lausanne); Me E. de Luze, maître-assistante (Université de Lausanne); C. Kühnlein, juge cantonale (Lausanne); Th. Wuarin, président TP AE (Genève); N. Barada, service de révision TP AE (Genève); O. Peissard, 1^{er} juge de paix (Yverdon); F. Vuissoz, chef OCTP (Lausanne); S. Huguét, adjointe OCTP (Lausanne); M.-H. Koch Binder, directrice SPAd (Genève); R. Pilonel, adjointe SPAd (Genève)

Organisation: Prof. Ph. Meier et Prof. E. Philippin (Université de Lausanne)

Programme, informations et inscriptions online: <http://www.unil.ch/cedidac>

Universität Freiburg

Weiterbildungskurse

Médiation familiale (22–23 septembre 2014)

Wenn Jugendliche Grenzen überschreiten (26. September 2014)

Fremdplatzierungen von Kindern – Juristische und psychologische Aspekte (17. Oktober 2014)

Kinderbelange im Scheidungsrecht (24. Oktober 2014)

L'enfant dans la procédure civile (20 novembre 2014)

L'autorité parentale conjointe dans le nouveau droit (16 janvier 2015)

Journée du droit de la succession (22 janvier 2015)

Familienrechtliche Grundlagen für Beratung und Therapie (23. Januar 2015)

Anhörung des Kindes in familienrechtlichen Verfahren (6. und 7. Februar 2015)

Fremdplatzierungen von Kindern – Juristische und psychologische Aspekte (10. April 2015)

Häusliche Gewalt (17. April 2015)

Weitere Informationen: www.unifr.ch/formcont

Berner Fachhochschule, Fachbereich Soziale Arbeit

Weiterbildungen im Kindes- und Erwachsenenschutz

CAS-Studiengänge:

CAS Kinderschutz (22 Tage, September 2014 bis August 2015, Web-Code: C-KIS-1)

CAS Mandatsführung im Kindes- und Erwachsenenschutz (In Kooperation mit der Hochschule Luzern, 24 Studientage, Januar bis November 2015, Web-Code C-KES-1)

Fachkurse und Kurse als Vertiefung ausgewählter Aspekte:

Kindeswohl – Kindeswohlgefährdung – Kinderschutz (15.–17. Oktober 2014, Web-Code: K-KES-8)

Neues Erwachsenenschutzrecht – Massschneidung (18./19. November 2014, Web-Code: K-KES-6)

Fachkurs Koordinatorin/Koordinator im Familienrat – Family Group Conference (8 Kurstage, Dezember 2014 bis September 2015, Web-Code: K-KES-15)

Neues Erwachsenenschutzrecht – Fürsorgerische Unterbringung (15./16. Dezember 2014, Web-Code: K-KES-7)

Feststellung der Vaterschaft, gemeinsame elterliche Sorge, Unterhaltsregelung (22./23. Januar 2015, Web-Code: K-REC-12)

Professionelle Kindeswohlabklärungen – Einführung in ein neues Instrument für die Schweiz (3 Tage, Durchführungen im April, Juni und November 2015, Web-Code: K-KES-1)

Kindeswohlgefährdung erkennen und angemessen handeln (6./7. Mai 2015, Web-Code: K-EKS-9)

Neues Erwachsenenschutzrecht – Eigene Vorsorge und Massnahmen von Gesetzes wegen (12./13. Mai 2015, Web-Code: K-EKS-8)

Kinder anhören und beteiligen (19./20./21. Mai 2015, Web-Code: K-EKS-2)

Mit einem Klick zum Ziel

Geben Sie im Code-Suchfeld der Website www.soziale-arbeit.bfh.ch den entsprechenden Web-Code ein und Sie gelangen direkt zum Angebot.



Hatt-Bucher-Stiftung

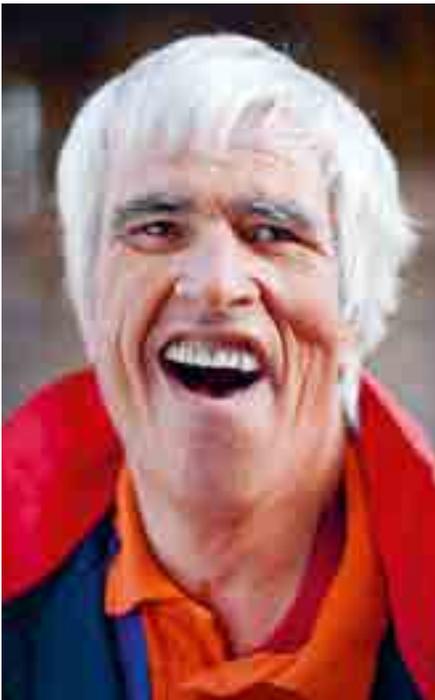
Die Hatt-Bucher-Stiftung engagiert sich für die Lebensqualität der älteren Menschen in der Schweiz (Einzelfallhilfe).

Das Engagement der Stiftung kann mit den Stichworten «Freude bereiten» und «Not lindern» zusammengefasst werden. Es umfasst das ganze Spektrum der Einzelfallhilfe.

Gesuche können von Beiständinnen und Beiständen sowie Sozialberatungsstellen für Klientinnen und Klienten im Alter von 60plus, die Ergänzungsleistungen beziehen, eingereicht werden.

Informationen zur Zusammenarbeit mit der Hatt-Bucher-Stiftung finden Sie unter www.hatt-bucher-stiftung.ch

Wir freuen uns auf die Zusammenarbeit mit Ihnen!



Heimat ist, wo Xaver verstanden wird.

Die Stiftung Waldheim bietet erwachsenen Menschen mit geistiger, körperlicher und psychischer Behinderung ein Zuhause mit hoher Lebensqualität. Wir wollen für die Bewohner nicht einfach ein Heim sein, sondern eine Heimat fürs ganze Leben.

www.stiftung-waldheim.ch

Spendenkonto 90-18177-2



Eine Heimat
für Behinderte.



Jetzt lieferbar

Frust am Bücherregal?

Wir
feiern die
50.
Auflage



**ZGB/OR ist seit über
100 Jahren gut aufgelegt.**

Die klassische Textausgabe von
Gauch/Stöckli mit Anhängen,
Querverweisen, Sachregister und
Anmerkungen.

Diese Textausgabe ist auch nach 100 Jahren zu Recht die richtige Wahl. In seiner 50. Auflage bietet der Klassiker erneut weit mehr als die blosse Wiedergabe von Gesetzestexten: Hinweise auf Materialien, eine Vielzahl systematischer Querverweise, ein Sachregister, informative Anmerkungen über bevorstehende Änderungen, einschlägige Nebengesetze, Staatsverträge und Verordnungen sowie ein kostenloser Update-Service machen den Unterschied. Alles nach wie vor im kompakten Format, als Gesamtband oder als Teilbände.

	50. Auflage
	2268 Seiten, gebunden
	CHF 158.00
	978-3-7255-6976-2

	50. Auflage
	1052 Seiten, gebunden
	CHF 79.00
	978-3-7255-6978-6

	50. Auflage
	1366 Seiten, gebunden
	CHF 79.00
	978-3-7255-6977-9

Schulthess

Schulthess Juristische Medien AG Zwingliplatz 2 8001 Zürich www.schulthess.com