



**Service juridique et  
législatif**

*Affaires juridiques*

Place du Château 1  
1014 Lausanne

***Via email uniquement***

Madame Valérie Berset  
Cheffe de l'Office de l'accueil de jour des  
enfants OAJE  
Rue de la Paix 4  
1014 Lausanne

N/réf. : A6 426 / 2019 - jb

Lausanne, le 13 juin 2019

**Notion de surveillance dans l'accueil parascolaire primaire des restaurants  
scolaires et dans l'accueil parascolaire secondaire**

---

Madame,

Nous nous référons à votre demande d'avis de droit du 28 mars dernier concernant l'objet cité en titre et sommes en mesure de prendre position comme suit.

**I. Questions posées**

Suite à des demandes en provenance des réseaux d'accueil de jour, des communes et associations de communes, vous nous posez quatre questions sur la manière dont doit s'organiser la surveillance des enfants gardés dans le cadre de restaurants scolaires (parascolaire primaire ou secondaire), notamment en termes de responsabilité.

Vous précisez que la notion de surveillance qui vous intéresse est celle exercée à l'égard des enfants et non celle qui porte sur l'activité des établissements soumis à l'OPE<sup>1</sup> et à la LAJE<sup>2</sup>.

Après avoir passé en revue les dispositions déterminantes du cadre légal, nous reviendrons sur chacune des questions posées.

---

<sup>1</sup> Ordonnance sur le placement d'enfants du 19 octobre 1977 (RS 211.222.338).

<sup>2</sup> Loi sur l'accueil de jour des enfants du 20 juin 2006 (RS 211.22).

## Notion de surveillance dans l'accueil parascolaire primaire des restaurants scolaires et dans l'accueil parascolaire secondaire

### II. Cadre légal et réglementaire

Le contenu de la surveillance des enfants gardés en dehors du foyer n'est défini nulle part dans la réglementation. Il peut toutefois être déduit à la lecture de plusieurs sources : les droits des enfants (Convention relative aux droits de l'enfant<sup>3</sup> ; art. 301 CC<sup>4</sup>), les conditions d'autorisation (OPE, LAJE/RLAJE<sup>5</sup>) et les conditions de la responsabilité endossée par les établissements chargés de la garde.

A noter que, en dehors du cadre découlant des besoins des enfants, la mise à disposition d'un restaurant scolaire par une commune constitue une prestation de service public. Les rapports entre les parents, les enfants et l'établissement public qu'est le restaurant scolaire relèveront donc du régime des rapports de puissance publique dits « spéciaux »<sup>6</sup>. Nous examinerons ce point également ci-après.

#### 1. Droits des enfants

Le 26 mars 1997 est entrée en vigueur, pour la Suisse, la **Convention relative aux droits de l'enfant**, convention aux termes de laquelle les Etats parties se sont engagés à respecter les droits énoncés par celle-ci et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction (art. 2 ch. 1 et 4). L'art. 3 ch. 1 exige que l'intérêt supérieur de l'enfant soit considéré comme primordial dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs. S'agissant des institutions, services et établissements qui ont la charge des enfants et assurent leur protection, les Etats parties sont tenus de veiller à ce que le fonctionnement de ceux-ci soit conforme aux normes fixées, particulièrement dans le domaine de la sécurité et de la santé et en ce qui concerne le nombre et la compétence de leur personnel (art. 3 ch. 3 CDE). En dehors de ces principes, la convention ne donne pas d'indication concrète sur les obligations en matière d'accueil de jour des enfants.

Les dispositions du **Code civil** qui peuvent entrer en ligne de compte pour définir l'étendue et les modalités de la surveillance des enfants gardés par des structures d'accueil de jour sont peu nombreuses et, surtout, peu spécifiques par rapport à la question qui nous occupe. Ainsi, les art. 301 al. 1 CC (droits et devoirs en matière

<sup>3</sup> Convention de New York du 20 novembre 1989 (RS 0.107 ; abrégée CDE).

<sup>4</sup> Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210).

<sup>5</sup> Règlement d'application de la LAJE du 13 décembre 2006 (RS 211.22.1).

<sup>6</sup> Pierre Moor/François Bellanger/Thierry Tanquerel, Droit administratif vol. III, Berne 2018, p. 473 ss, en particulier p. 480.

## Notion de surveillance dans l'accueil parascolaire primaire des restaurants scolaires et dans l'accueil parascolaire secondaire

de soins et d'éducation)<sup>7</sup> et 316 al. 1 CC (surveillance des enfants placés chez des parents nourriciers)<sup>8</sup> ne sont que de peu de secours pour interpréter la notion de surveillance. L'art. 300 al. 1 CC, quelque peu plus spécifique sur le contenu des rapports entre enfant et parents nourriciers, reste insuffisamment précis<sup>9</sup>.

L'**ordonnance sur le placement d'enfants** qui, donc, se fonde sur l'art. 316 CC ainsi que sur la convention sur les droits de l'enfant, est applicable à tous les mineurs, même si le régime de l'accueil à la journée qu'elle met en place à ses art. 12 ss concerne exclusivement les enfants jusqu'à 12 ans. Tout d'abord, elle instaure comme principe cardinal le. Au-delà de quelques lignes directrices (« bien de l'enfant » etc. ; art. 1a al. 1 OPE), l'ordonnance ne donne pas d'indication pratique sur la manière dont doit s'exercer la surveillance sur les enfants. Elle précise que certaines conditions d'organisation, de formation et d'équipement doivent être remplies afin qu'une autorisation d'accueillir des enfants soit délivrée (art. 14 et 15 OPE). Elle exige que soient assurées « *les conditions propres à favoriser le développement physique et mental des enfants* » (art. 15 al. 1 let. a OPE).

Les **cantons** sont en outre habilités à édicter des dispositions allant au-delà de l'OPE « *aux fins d'assurer la protection des mineurs vivant en dehors de leur foyer* » ; ils peuvent ainsi établir des modèles de contrats de placement ou publier des notices renseignant les parents et parents nourriciers sur leurs droits et leurs obligations respectifs (art. 3 OPE). Dans le canton de Vaud, c'est la loi sur l'accueil de jour des enfants qui pose le cadre. Elle ne contient toutefois que peu de dispositions précisant les conditions de cet accueil : l'art. 3a LAJE énonce les missions des structures d'accueil collectif :

« *Outre la garde des enfants, les structures d'accueil collectif préscolaire et parascolaire poursuivent notamment les missions suivantes :*

a. *éducative dans le respect de la responsabilité première des parents, par le soutien du développement physique, affectif et social des enfants, dans un cadre favorisant un accueil de qualité et selon un projet pédagogique adaptés à leur âge et à leurs besoins ;*

<sup>7</sup> On pourrait considérer ces droits et devoirs comme étant délégués par les parents à l'établissement chargé de la garde de l'enfant (Philippe Meier/Martin Stettler, Droit de la filiation, Genève Zurich Bâle 2014, n° 1019 ss).

<sup>8</sup> La disposition semble a priori également applicable à la problématique de l'accueil de jour, malgré la terminologie utilisée (cf. doctrine relative aux art. 294 et 300 CC qui utilisent les mêmes termes : Jean-François Perrin *in* : Commentaire romand du Code civil, Tome I, Bâle 2010 (ci-après : CR I), ch. 6 ad art. 294 ou ch. 1 ad art. 300 ; Meier/Stettler, op.cit., n° 21, n° 466 s. et n° 1357 ss).

<sup>9</sup> Les traductions françaises et italiennes de l'expression « *unter Vorbehalt abweichender Anordnungen* » sont insatisfaisantes (ch. 8 ad art. 300).

## Notion de surveillance dans l'accueil parascolaire primaire des restaurants scolaires et dans l'accueil parascolaire secondaire

b. *sociale et préventive en favorisant l'égalité des chances et l'intégration sociale des enfants.* »

La loi sur l'accueil de jour des enfants ne contient pas d'autre indication sur le contenu de l'encadrement et de la surveillance exercée sur les enfants accueillis ; son règlement d'application<sup>10</sup>, qui n'est d'ailleurs pas applicable aux restaurants scolaires (art. 1a RLAJE), non plus. A la lecture de l'art. 2 LAJE, il apparaît que ce contenu sera intégré au « cadre de référence », défini comme étant une « directive concernant notamment les taux d'encadrement des enfants, les infrastructures et le projet pédagogique ». Or, la question du cadre de référence n'est reprise à l'art. 7a LAJE que pour en déléguer la définition à l'OAJE, pour ce qui est de l'accueil collectif préscolaire ou familial, ou à l'EIAP, pour ce qui est de l'accueil collectif parascolaire. On voit donc que le contenu de la surveillance n'est pas concrétisé dans les textes réglementaires, même s'agissant d'institutions surveillées par l'OAJE, en application directe de la loi sur l'accueil de jour des enfants.

### 2. L'accueil des enfants en tant que relation d'usage d'un service public

Dans la mesure où la prestation (restaurant scolaire ou accueil parascolaire secondaire) est offerte par la commune en vue de répondre à un besoin de la population (et non pour se procurer un revenu supplémentaire), on sera en principe en présence d'un service public.

S'agissant du recours à un service public, la loi doit déterminer si le droit applicable aux usagers est le droit public ou le droit privé, ce choix ne dépendant pas directement et uniquement de la nature (privée ou publique) de l'établissement qui offre le service concerné<sup>11</sup>. *En l'absence de norme claire et explicite* sur la question, la jurisprudence a développé une méthode dite « éclectique »<sup>12</sup> pour trancher la question. Certains domaines toutefois ne provoquent guère d'hésitations : les rapports avec les écoles relèvent ainsi clairement du droit public, alors que ceux avec les théâtres sont généralement soumis au droit privé<sup>13</sup>. Cette attribution au droit privé ou au droit public reposera aussi sur une évaluation, du point de vue du principe de la proportionnalité, de la nécessité de soumettre les rapports à une réglementation (de droit public) dérogeant aux règles usuelles (de droit privé) applicables aux échanges économiques.

Dans un régime de droit public, il faut relever que les sources réglant la relation d'usage se trouveront à divers niveaux : droit constitutionnel (*in casu* : CDE et

<sup>10</sup> Règlement d'application de la LAJE du 13 décembre 2006 (RLAJE ; RSV 211.22.1).

<sup>11</sup> Moor/Bellanger/Tanquerel, op.cit., p. 483 ss, en particulier p. 488.

<sup>12</sup> ATF 138 II 134, consid. 4.

<sup>13</sup> Moor/Bellanger/Tanquerel, op.cit., p. 486 ss, en particulier p. 488.

## Notion de surveillance dans l'accueil parascolaire primaire des restaurants scolaires et dans l'accueil parascolaire secondaire

art. 5 et 35 al. 2 Cst.), lois topiques (art. 301 CC et LAJE), ordonnances législatives ou exécutives (OPE et RLEO) ainsi que les prescriptions qui émanent de l'entité décentralisée chargée du service public. En effet, dans la mesure où une délégation législative le lui permet, cette entité sera habilitée à émettre des règles de droit définissant par exemple les droits et obligations des usagers (prescriptions autonomes). Elle sera en outre tenue, dans certaines circonstances, d'adopter des règles pour son fonctionnement « quotidien » (ordonnance administrative). Ces deux dernières sources directement issues du prestataire de services sont généralement les plus importantes pour déterminer le cadre dans lequel le service public est offert. Par ce biais, l'établissement concerné aura en outre la possibilité de prévoir son organisation en fonction de ses besoins et de ses réalités<sup>14</sup>.

Dans un régime de droit privé, même si la relation entre le fournisseur et l'utilisateur relève du droit privé, certaines garanties constitutionnelles ou légales restent applicables à la fourniture d'une prestation de service public. Ainsi, dans la mesure où ce dernier entre dans la définition des tâches publiques, l'art. 35 al. 2 Cst. déclare les droits fondamentaux applicables et d'autres contraintes peuvent découler de réglementations spécifiques, dans la mesure où celles-ci n'ont pas pour effet de violer la primauté du droit (privé) fédéral (art. 49 Cst. et 6 CC). Dans ce cadre, il sera donc loisible à l'autorité compétente de la commune (conseil communal/général ou municipalité, en fonction de la question visée), soit d'édicter des prescriptions (de droit public) en matière d'autorisation et de surveillance des structures d'accueil, soit de prévoir les conditions auxquelles elle entend, le cas échéant, offrir (elle-même) le service en question, de manière comparable à ce que n'importe quel sujet de droit privé le ferait.

En l'espèce, force est de constater que la qualification de la nature des relations juridiques entre la structure d'accueil et les parents n'est pas si évidente, au contraire de celle du rapport entre la commune et la structure d'accueil qui relève elle, clairement, du droit public. Une analyse rapide de ces relations avec les parents tendrait plutôt à classer celles-ci dans le domaine du droit privé<sup>15</sup>. Quoiqu'il en soit, non seulement il n'appartient pas à l'administration cantonale de se prononcer sur cette question qui relève de la compétence communale, mais nous ne saurions donner une quelconque garantie que notre avis serait suivi par un tribunal appelé à trancher un litige en la matière, d'autant que notre analyse se fonde sur des données théoriques, susceptibles de varier dans la pratique.

<sup>14</sup> Moor/Bellanger/Tanquerel, op.cit., p. 502 ss.

<sup>15</sup> Parmi les différents critères applicables à la détermination de la nature des rapports (critère des intérêts, fonctionnel, de la subordination et modal ; cf. ATF 138 II 134, consid. 4 déjà cité), seul le critère modal permet d'obtenir un résultat univoque, plaidant pour la soumission des dits rapports au droit privé.

## Notion de surveillance dans l'accueil parascolaire primaire des restaurants scolaires et dans l'accueil parascolaire secondaire

### 3. Conditions d'autorisation des restaurants scolaires et de l'accueil parascolaire secondaire

#### a) Restaurants scolaires

Aux termes de l'art. 9 al. 4 LAJE, les restaurants scolaires – définis comme étant les lieux offrant uniquement un accueil de midi à des enfants suivant un enseignement primaire – sont autorisés et surveillés par les communes, à moins d'être intégrés à un réseau d'accueil de jour. Ce sont les communes qui fixent les conditions d'autorisation. Selon l'EMPL relatif à la révision de la loi sur l'accueil de jour des enfants<sup>16</sup>, l'idée de ce régime était de permettre aux communes d'adopter un cadre minimal, correspondant aux « *conditions générales prévues dans l'OPE* ». Contrairement au régime prévalant avant l'entrée en vigueur de la dernière révision, on ne se trouverait par conséquent pas dans le cas de figure visé à l'art. 13 al. 2 let. a OPE qui dispense d'autorisation officielle<sup>17</sup>. Cependant, l'art. 24 al. 1 RLEO qui prévoit que, « *[L]orsque les repas de midi sont organisés dans un restaurant scolaire, l'autorité communale est responsable de la surveillance des enfants entre la fin des cours de la matinée et le début des cours de l'après-midi* », reste applicable<sup>18</sup>.

Dans l'hypothèse des restaurants scolaires hors réseau, la loi sur l'accueil de jour ne prescrit donc qu'un nombre très restreint d'obligations matérielles, sous la forme des principes généraux ancrés à l'art. 3a LAJE.

#### b) Accueil parascolaire secondaire

Comme vous le soulignez dans votre demande d'avis, les communes sont tenues de financer un accueil parascolaire secondaire (soit pour les jeunes de 12 à 15 ans), accueil qui doit être *surveillé*, mais qu'elles peuvent au surplus organiser de manière indépendante (art. 32a al. 1 LAJE). Elles peuvent en outre déléguer cette tâche, sous leur responsabilité, « *notamment à des associations sportives, culturelles ou à des organisations de jeunesse* » (art. 32a al. 1 LAJE). Ainsi que le relève l'EMPL-LAJE, le droit fédéral ne soumet pas l'accueil extrafamilial des enfants au-delà de 12 ans à une obligation d'autorisation ou de surveillance, lorsque cet accueil se fait « à la journée ». L'EMPL-LAJE précise que « *les communes seront libres de fixer les conditions de l'accueil collectif parascolaire secondaire* », celui-ci devant toutefois être offert du lundi au vendredi, dans un local chauffé, et comprendre, outre la surveillance requise aux art. 4a al. 2 et 32a LAJE, un repas<sup>19</sup>. Dans ce sens, la prestation minimale ne semble pas devoir être très différente de celle offerte par des restaurants scolaires pour les élèves du primaire.

<sup>16</sup> EMPL n° 286 de février 2016 (EMPL-LAJE), p. 16 s. ; cf. également p. 30.

<sup>17</sup> EMPL-LAJE, p. 30.

<sup>18</sup> EMPL-LAJE, p. 17.

<sup>19</sup> EMPL-LAJE p. 18 s.

## Notion de surveillance dans l'accueil parascolaire primaire des restaurants scolaires et dans l'accueil parascolaire secondaire

Par ailleurs, au vu du champ d'application de la loi sur l'enseignement obligatoire (art. 1 LEO<sup>20</sup>), il appert que l'art. 24 RLEO serait également applicable à un accueil parascolaire secondaire qui se limiterait à proposer les mêmes prestations qu'un simple restaurant scolaire. Toutefois, il nous semble qu'une interprétation stricte de cette disposition concernant la définition du laps de temps pendant lequel les jeunes seront obligatoirement sous la responsabilité de la structure d'accueil entrerait en conflit avec le régime introduit par la LAJE pour l'accueil parascolaire secondaire. En effet, non seulement la LAJE avait pour objectif de laisser une assez large autonomie aux communes en matière d'organisation de l'accueil parascolaire secondaire, mais elle prévoit en outre expressément des régimes différents en fonction des âges (cf. notamment l'art. 3a let. a LAJE). Dès lors, la surveillance exigée pourra avoir des contours différents suivant le niveau scolaire de l'enfant accueilli, non seulement dans son contenu (projet pédagogique) que dans son étendue temporelle. Bien que délicate au vu de la lettre de l'art. 24 RLEO, une telle interprétation nous semble admissible compte tenu du fait que la disposition fait partie d'un règlement adopté par l'exécutif, alors que la LAJE est une loi au sens formel qui a par ailleurs été adoptée postérieurement. Cela étant, la situation est insatisfaisante au regard de la sécurité du droit et une modification de l'art. 24 RLEO s'imposerait pour tenir compte des nouvelles prérogatives des communes en matière d'organisation de l'accueil parascolaire secondaire.

### c) *Le rôle des communes*

On a constaté que le fondement de l'accueil d'élèves par les restaurants scolaires (non intégrés à un réseau) et celui de l'accueil parascolaire secondaire sont en partie différents. Ils entrent tous deux dans le champ d'application de la LAJE, mais le second ne repose toutefois sur aucune obligation de l'OPE.

Cela étant, on peut tout de même relever de grandes similitudes entre les deux systèmes. Ainsi, dans un cas comme dans l'autre, les communes devront prévoir une procédure d'autorisation et, comme vous le relevez dans votre courrier, les deux régimes exigent que l'accueil soit surveillé. De même, la notion de surveillance des enfants et des jeunes n'est explicitée ni dans un cas, ni dans l'autre.

La conséquence en est que les communes seront extrêmement libres dans la gestion de ces activités. Toutefois, le droit administratif pose un certain nombre d'exigences applicables à l'ensemble de l'activité de l'Etat, résumés dans les principes généraux suivants : légalité, égalité de traitement, intérêt public, proportionnalité, interdiction de l'arbitraire. Ces principes doivent guider l'ensemble de l'action étatique et, dans la réglementation des types d'accueil de jour qui nous intéressent ici, l'intérêt public et la proportionnalité joueront un rôle de premier

<sup>20</sup> Loi du 7 juin 2011 (LEO ; RSV 400.02).

## **Notion de surveillance dans l'accueil parascolaire primaire des restaurants scolaires et dans l'accueil parascolaire secondaire**

ordre. Chaque commune concernée devra ainsi adopter une réglementation fixant des règles d'organisation et encadrant le fonctionnement des restaurants scolaires et des établissements d'accueil parascolaire secondaire, cela afin notamment de s'assurer que les principes d'égalité et d'interdiction de l'arbitraire seront respectés dans l'ensemble des processus choisis, y compris dans le cadre de la procédure d'autorisation.

Dans la mesure où le recours à l'accueil de jour mis en place par une commune constitue une relation d'usage d'un service public, rappelons le cadre défini plus haut (ch. II.2). S'agissant des normes conférant des droits ou obligations aux autorités ou aux particuliers<sup>21</sup>, il y aura à tout le moins lieu de recourir à l'adoption d'un règlement communal. Ce règlement devra notamment fixer les conditions d'octroi de l'autorisation et les modalités de la surveillance des structures autorisées. Le cas échéant, une délégation de compétence pourra être prévue en faveur de la municipalité ou de l'une de ses directions pour fixer des charges et conditions particulières relatives à des domaines ou questions spécifiés des procédures d'autorisation ou de surveillance. Le règlement devra également déterminer le cadre de référence, y compris le taux d'encadrement, afin de garantir une application uniforme, conforme à l'égalité de traitement, entre d'éventuelles structures d'accueil concurrentes. Au surplus, les normes réglant le fonctionnement quotidien de la structure (règlement interne) pourront être édictées soit par la municipalité (en cas de structure faisant partie de l'administration communale), soit par l'établissement indépendant lui-même.

#### **4. Conditions de responsabilité dans l'accueil parascolaire offert par les restaurants scolaires ou par un établissement d'accueil secondaire**

De la même manière que la nature des relations contractuelles entre les restaurants scolaires/structures d'accueil parascolaire secondaires et les parents, le régime (droit public/droit privé) de responsabilité des communes par rapport aux familles plaçant leur enfant est une question délicate à laquelle il n'est pas possible de répondre de manière générale. La réponse dépendra fortement des choix d'organisation opérés par chaque commune.

Cela étant, il sied de préciser que la commune répondra naturellement, en vertu du droit public<sup>22</sup>, des éventuelles conséquences de ses décisions en matière d'autorisation et de surveillance des structures d'accueil. Si une commune devait avoir prévu un cadre insuffisant (conditions d'autorisation ou cadre de référence) ou l'avoir mal appliqué, elle pourrait être tenue de répondre d'éventuels dommages qui en découleraient, dans la mesure où l'on devrait considérer que la norme violée a pour but de protéger les enfants.

<sup>21</sup> Cf. art. 94 al. 2 de la loi sur les communes du 28 février 1956 (LC ; RSV 175.11).

<sup>22</sup> Selon la loi sur la responsabilité de l'Etat, des communes et de leurs agents (RSV 170.11 ; LRECA).

## Notion de surveillance dans l'accueil parascolaire primaire des restaurants scolaires et dans l'accueil parascolaire secondaire

Au surplus, pour ce qui est des préjudices ne découlant pas d'une mise en œuvre (correcte) du cadre fixé par la commune, mais bien plutôt de manquements directement imputables à la structure d'accueil ou à ses employés, il y a de fortes probabilités pour que la responsabilité de celle-ci relève du droit privé, à tout le moins lorsque la prestation d'accueil ne serait pas offerte par un service de la commune elle-même.

Dans l'hypothèse où la responsabilité serait de nature privée, il s'agira généralement d'une responsabilité contractuelle, sauf acte commis en dehors de l'exécution du contrat (auquel cas, la responsabilité reposera sur les art. 41 ss CO). L'établissement répondra donc en première ligne des dommages découlant d'une violation (fautive) du rapport contractuel (art. 97 al. 1 CO). Les termes du contrat (ainsi que des règlements et autres conditions générales applicables) joueront à cet égard un rôle primordial pour définir l'étendue de la responsabilité (contractuelle) de l'établissement : la définition des contours de la surveillance offerte sera donc déterminante. Cela étant, l'existence d'une responsabilité contractuelle n'exclut pas le concours avec une responsabilité délictuelle au sens des art. 41 ss CO, dans l'hypothèse où le dommage invoqué résulterait *en outre* d'un acte illicite.

En dehors de la responsabilité contractuelle, les conditions matérielles de la responsabilité seront sensiblement les mêmes, que celle-ci relève du droit privé ou du droit public<sup>23</sup>. L'élément central dans ce contexte sera probablement la question de l'illicéité de l'acte à l'origine du dommage, dans la mesure où elle pourra avoir une incidence sur le contenu des devoirs de la commune<sup>24</sup>. Les autres conditions ordinaires de la responsabilité (dommage, rapport de causalité adéquate) ne nécessitent pas un examen particulier ici.

Est donc considéré comme illicite, tout acte entraînant la lésion d'un bien protégé par l'ordre juridique, soit qu'un droit absolu du lésé ait été touché (*lettre a.* ci-après), soit qu'une norme protégeant l'intérêt en cause du lésé ait été violée<sup>25</sup> (*lettre b.* ci-après). L'hypothèse où le dommage résulterait d'une omission (également *lettre b.* ci-après) se rapprochera de cette seconde situation : pour qu'il y ait illicéité, il faut qu'ait existé un devoir d'agir de la part de la personne appelée à répondre du dommage. En d'autres termes, s'agissant d'une omission, l'Etat (dans le cas d'une responsabilité de droit public) ou la structure d'accueil doit avoir eu une position de garant vis-à-vis du lésé et l'inaction de l'agent doit avoir

<sup>23</sup> Les conditions posées à la responsabilité en vertu de la LRECA sont analogues à celles de la responsabilité délictuelle des art. 41 ss CO, la différence principale entre les deux régimes résidant dans l'imputation des actes des agents publics aux corporations publiques.

<sup>24</sup> Thierry Tanquerel, op.cit., ch. 1634.

<sup>25</sup> Dans cette 2<sup>ème</sup> hypothèse, on sera en présence d'un dommage purement économique, lequel est défini comme étant une diminution du patrimoine ne résultant pas d'une atteinte aux droits absolus du lésé (vie, intégrité corporelle, propriété, etc.), cf. Franz Werro, La responsabilité civile, Berne 2017, ch. 110. Cf. ég. Thierry Tanquerel, op.cit., ch. 1638.

## Notion de surveillance dans l'accueil parascolaire primaire des restaurants scolaires et dans l'accueil parascolaire secondaire

violé les prescriptions qui déterminent la nature et l'étendue de son devoir de service<sup>26</sup> ou, en cas de responsabilité fondée sur le droit privé, violé une norme tendant justement à protéger les intérêts atteints.

### a) *Lésion d'un droit absolu et devoirs des établissements d'accueil*

Un acte peut être considéré comme illicite lorsque le résultat qu'il produit porte atteinte à un « droit subjectif absolu, qui par sa nature même, impose son respect à tout tiers quelconque : vie et intégrité corporelle, liberté, propriété et autres droits réels, possession, droit de la personnalité »<sup>27</sup>.

Ainsi, s'agissant de ces droits absolus, tout établissement devra impérativement mettre en place les stratégies nécessaires afin d'éviter qu'un acte ne puisse entraîner la violation. Si l'on pense à l'activité d'un restaurant scolaire ou d'un accueil parascolaire secondaire, les risques qu'un de ses agents ne porte atteinte à ces droits par la commission d'un acte (*i.e.* non seulement par une omission) sont relativement faibles. On peut toutefois imaginer le cas d'une intoxication alimentaire en raison d'une contamination de la nourriture servie ou celui d'une personne qui commettrait des abus d'ordre sexuel sur les enfants ou qui porterait atteinte d'une autre manière aux droits de la personnalité de ceux-ci, par exemple en publiant sur des réseaux sociaux des photos ou des commentaires sur les enfants ou leurs parents. Dans un régime de responsabilité de droit privé, l'établissement répondra des dommages qui résultent de tels agissements aux conditions des art. 97 ss CO (probablement en particulier de l'art. 101 CO) dans le cas d'une violation contractuelle (p.ex. intoxication alimentaire, abus sexuels dans les locaux de l'accueil) et/ou des art. 41 ss CO si les actes sortent du cadre de l'exécution contractuelle. Dans un régime de droit public, la commune répondra en application de la loi précitée sur la responsabilité de l'Etat, des communes et de ses agents.

Pour ce qui est des risques de lésions des droits absolus des enfants, il y aura lieu, d'une part, de mettre en place des procédures en matière d'hygiène et, d'autre part, des mesures de prévention au recrutement et après l'engagement des collaborateurs de ces établissements (cf. également les art. 9 al. 5 et 32a al. 1 LAJE). Ces mesures incomberont en première ligne à la structure, mais devront être prises en compte dans un éventuel règlement communal et/ou dans l'autorisation de la structure d'accueil.

En dehors de ces cas, il apparaît probable que d'éventuels dommages causés aux usagers des établissements considérés relèveront plutôt de l'omission (traitée ci-après).

<sup>26</sup> Thierry Tanquerel, op.cit., ch. 1651

<sup>27</sup> Moor/Poltier, op.cit., p. 857.

## Notion de surveillance dans l'accueil parascolaire primaire des restaurants scolaires et dans l'accueil parascolaire secondaire

### *b) Violation d'une norme de comportement (absence de lésion d'un droit absolu ou omission)*

En cas de dommages résultant d'une omission<sup>28</sup>, la responsabilité pourra être engagée en cas de violation d'une norme de comportement justement destinée à protéger les intérêts atteints. Comme déjà souligné, ce sera sans doute cette dernière hypothèse qui constituera la majorité des cas de responsabilité touchant les restaurants scolaires ou les structures d'accueil parascolaire secondaire. Décrits de manière large, il s'agira de cas d'omission d'exercer une surveillance adéquate, idée qui nous ramène au cœur des questions que vous nous posez.

Ainsi, l'Etat (qui exploiterait lui-même la structure d'accueil) ou la structure ne pourra être recherché(e) en responsabilité pour un dommage résultant d'une omission d'un de ses agents/employés que pour autant qu'il existait, dans le cas d'espèce, un devoir d'agir du dit agent/employé, devoir qui fondait une position de garant (de l'Etat ou de la structure) envers le lésé<sup>29</sup>. En cela, les régimes de responsabilité du droit privé et du droit public ne sont pas fondamentalement différents.

En l'espèce, il conviendra donc d'établir quelles sont les normes de comportement déterminantes et de vérifier si celles-ci sont édictées dans le but de protéger l'intérêt en question de l'usager de l'établissement. On peut probablement affirmer que, dans le cas de l'accueil d'écoliers, les objectifs visés par les normes de comportement seront assez facilement discernables et auront généralement pour but de protéger l'intégrité physique et psychique des enfants. Dans ce cadre, il y aura toutefois lieu d'admettre que les intervenants sur le terrain disposeront d'une marge d'appréciation.

Par ailleurs, l'examen des questions de responsabilité est compliqué par le fait que les normes en matière de surveillance des enfants devront encore être concrétisées : en tout ou partie par les communes, selon le fonctionnement choisi. Comme on l'a vu plus haut, le cadre légal donné par le droit supérieur se limite aux grands principes (droit constitutionnel ou fédéral) ou à des points de détail (local chauffé et repas pour la LAJE). Cependant, en application des principes du droit constitutionnel et fédéral, il ne saurait être question pour une commune ou pour une structure d'accueil autorisée de rejeter toute responsabilité pour omission dans la surveillance des enfants qui lui seraient confiés, que ce soit par le biais d'un règlement communal, du règlement interne de la structure ou de clauses contractuelles. En effet, on doit considérer que le bien de l'enfant, son besoin de soins adaptés à son âge conduiront à exiger que son encadrement

<sup>28</sup> Le cas des dommages résultant d'un acte commis (et non pas d'une omission) en violation d'une norme de comportement sans léser un droit absolu (dommages purement économiques) ne sera pas traité ici, dans la mesure où il nous semble qu'il concerne peu les problématiques autour de la « surveillance » qui vous intéressent.

<sup>29</sup> ATF 137 V 76, consid. 3.2. En droit privé : Franz Werro, op.cit., ch. 347 s.

## Notion de surveillance dans l'accueil parascolaire primaire des restaurants scolaires et dans l'accueil parascolaire secondaire

réponde à des exigences minimum. Le cadre (réglementaire) fixé par la commune devra y veiller.

Toute la difficulté résidera dans la détermination de ces exigences minimum. Les communes qui n'exploiteront pas elles-mêmes une structure d'accueil participeront tout de même à la définition des exigences minimum en leurs fonctions d'autorités chargées de délivrer l'autorisation et d'exercer la surveillance de l'activité des restaurants scolaires et des structures d'accueil parascolaire secondaire. Celles qui, au contraire, offriront elles-mêmes ces prestations aux familles, pourront, au même titre qu'une structure privée, déterminer les détails de l'organisation quotidienne, p.ex. par un règlement interne. On constate une fois encore qu'il existe une large palette de situations possibles, ce qui rend pratiquement impossible toute évaluation précise des risques encourus en matière de responsabilité.

Toutefois, on peut retenir en premier lieu que les communes pourront être tenues responsables des décisions qu'elles auront prises en matière d'encadrement de ces structures (autorisation et surveillance). En second lieu, nous soulignons qu'il ne saurait être question pour les restaurants scolaires ou les structures d'accueil parascolaire secondaire d'échapper à leur responsabilité par le recours à une large clause contractuelle d'exonération de responsabilité<sup>30</sup>.

### III. Examen de vos questions

1. **La surveillance dans un restaurant scolaire au sens des art. 9 al. 4 et 32a al. 1 LAJE nécessite-t-elle qu'un règlement spécifique soit élaboré qui fixe les conditions de la surveillance, les normes à appliquer, le déroulement de la pause de midi, etc., pour les enfants du primaire et du secondaire ?**

En application de ce qui a été expliqué plus haut (ch. II.3.c), il semble absolument indispensable pour toute commune, respectivement établissement, pratiquant l'accueil des enfants au sens des dispositions citées d'adopter un règlement relatif à cette activité. Si la commune n'exploite pas directement elle-même la structure, le règlement communal pourra se limiter à des règles d'ordre plus général, fixant un cadre notamment par le biais des conditions d'autorisation et de surveillance, laissant le soin à l'établissement indépendant d'édicter un *règlement interne* précisant les détails du fonctionnement quotidien de l'accueil.

<sup>30</sup> Moor/Bellanger/Tanquerel, op.cit., p. 500. Moor/Poltier, op.cit., sur ce thème : p. 845.

## Notion de surveillance dans l'accueil parascolaire primaire des restaurants scolaires et dans l'accueil parascolaire secondaire

Bien que pas optimal au regard des exigences d'égalité de traitement<sup>31</sup>, il semblerait à la rigueur admissible qu'une commune fixe les conditions d'autorisation et de surveillance qu'elle entend appliquer directement dans une convention qu'elle passerait avec la structure, dans la mesure où ladite convention n'impliquerait pas la création de droits ou obligations pour les usagers eux-mêmes<sup>32</sup>. Une telle situation serait par exemple envisageable dans des petites communes avec de faibles besoins d'accueil de midi. Il incombera dans tous les cas à la commune de préciser ce qu'elle attend au minimum en matière de surveillance, à défaut de quoi sa responsabilité pourrait être engagée.

Si une petite commune avec de faibles besoins d'accueil de midi devait décider d'offrir elle-même la prestation, il nous semble qu'il serait admissible que la municipalité (ou, sur délégation, l'une de ses directions) adopte des directives réglant les détails de l'accueil et de la surveillance exercée. La commune pourra choisir de soumettre ses rapports avec les usagers au droit privé et devra, dans ce cas, intégrer ces directives aux contrats correspondants.

Comme déjà souligné, le *contenu du règlement interne* ne pourra pas être défini de manière complètement libre. Les normes impératives (y compris les principes généraux) du droit supérieur devront être respectées. Ainsi, en tout premier lieu, les normes devront avoir pour objectif l'accomplissement du bien de l'enfant, ce qui, a priori, ne devrait pas poser de problème majeur. Les soins offerts devront être adaptés à l'âge des enfants. On pourra se référer à cet égard aux principes énoncés à l'art. 3a LAJE, mis en œuvre dans le cadre de référence actuellement en vigueur et, dans le futur, dans le cadre de référence de l'EIAP. Ces documents pourront servir d'exemple pour l'élaboration, par les communes, des règlements relatifs à l'accueil dans les restaurants scolaires. Pour ce qui est des structures destinées aux élèves du secondaire, ce cadre de référence devra être adapté à l'autonomie et à l'indépendance accrues des jeunes de 12 à 15 ans.

### **2. La surveillance dans un restaurant scolaire au sens des art. 9 al. 4 et 32a al. 1 LAJE implique-t-elle que les enfants du primaire et du secondaire soient inscrits et leur présence contrôlée, le cas échéant avec l'obligation de contacter les parents en cas d'absence non annoncée, durant un temps déterminé ?**

La réponse à cette question est largement déterminée par le régime de responsabilité applicable à ce type de prestations. On peut imaginer qu'elle sera différente en fonction de l'âge des élèves concernés. A première vue, il semblerait indispensable qu'un tel contrôle soit effectué pour les enfants du *primaire*, avec

<sup>31</sup> Dans une telle hypothèse, un éventuel nouveau prestataire de services qui serait intéressé à développer une offre concurrente ne connaîtrait pas les conditions applicables.

<sup>32</sup> Si c'est le cas, l'adoption d'un règlement communal s'impose (art. 94 al. 2 de la loi sur les communes du 28 février 1956 ; BLV 175.11).

## Notion de surveillance dans l'accueil parascolaire primaire des restaurants scolaires et dans l'accueil parascolaire secondaire

l'obligation subséquente de contacter les responsables légaux de l'enfant qui serait absent sans que le restaurant scolaire n'en ait été averti.

En fonction du contexte local et du fonctionnement prévu, il nous semble que l'*accueil parascolaire secondaire* pourrait être organisé sans contrôle des présences, même si une telle solution semble a priori plutôt contraire à la lettre de l'art. 24 RLEO qui prévoit que « *l'autorité communale est responsable de la surveillance des enfants entre la fin des cours de la matinée et le début des cours de l'après-midi* ». Nous avons déjà exposé plus haut (cf. ch. II.3.b) les raisons pour lesquelles nous estimons que cette disposition doit être interprétée de manière souple pour ce qui est de l'accueil parascolaire secondaire. Toutefois, une telle interprétation de cette disposition nécessite à nos yeux de procéder avec précaution et de prévoir expressément les « dérogations » à cette disposition et de les communiquer non moins clairement. Cela étant, nous relevons que, sur le plan pratique, la mise en place d'un régime d'accueil parascolaire secondaire sans contrôle des présences aurait probablement pour corollaire que le nombre d'enfants présents à l'accueil parascolaire secondaire de midi ne pourrait pas être anticipé, ce qui pourrait se révéler problématique du point de vue organisationnel. Des solutions pourraient toutefois être trouvées pour pallier cet inconvénient (annonce le matin avant le début de l'école p.ex.).

Si, donc, l'on autorisait les jeunes de plus de 12 ans à venir à l'accueil de midi sans s'annoncer ou à s'annoncer eux-mêmes, il semble probable que la responsabilité sur ces jeunes demeurerait auprès de leurs représentants légaux pendant la pause de midi, puisque, dans un tel cas, on doit admettre que les parents laissent leur enfant décider s'il veut s'annoncer ou non pour le repas de midi. Dans une telle hypothèse, la responsabilité relative au sort du jeune qui ne se présenterait pas à l'accueil à midi pourrait donc être considérée comme conservée par les parents, un contrôle des présences ne devant par conséquent pas obligatoirement être effectué. Ce qui ne veut toutefois pas dire que, durant le temps de présence du jeune à l'accueil de midi, celui-ci ne serait pas soumis au règlement interne de l'établissement et, dans cette mesure, à la responsabilité de ce dernier. Dans une situation où le jeune ne serait pas inscrit à l'accueil de manière régulière, ni annoncé par ses parents, non seulement le contrôle des présences pourrait donc éventuellement être omis, mais à notre sens il pourrait en outre être admis que le jeune quitte les locaux de l'accueil après avoir fini son repas, sur autorisation (écrite) des représentants légaux. Répétons que de telles modalités devraient être clairement prévues et communiquées.

Du point de vue de la responsabilité de l'établissement, précisons que le fait de procéder à un contrôle des présences sur la base de listes nominales (que ce soit des listes permanentes ou des listes variables en fonction des annonces ponctuelles par les parents) impliquerait à nos yeux une information obligatoire des responsables légaux en cas d'absence (même pour des jeunes de plus de 12 ans), tant il serait injustifiable de constater l'absence non annoncée d'un enfant et

## Notion de surveillance dans l'accueil parascolaire primaire des restaurants scolaires et dans l'accueil parascolaire secondaire

de ne pas réagir afin de s'assurer que rien ne soit arrivé à celui-ci. Or, il semble difficile d'imaginer un système où les parents inscriraient leur jeune au repas (quelle que soit la façon requise ou les délais d'inscription), sans qu'un contrôle des présences ne se fasse, ne serait-ce que pour des motifs d'organisation. Ainsi, nous recommanderions que, lorsqu'un jeune est inscrit à l'accueil *par ses parents*, l'établissement prenne toutes les mesures utiles en cas d'absence non annoncée, cela à moins que le contrat ou le règlement n'excluent expressément le contrôle nominal des présences pour les jeunes *et* qu'ils spécifient clairement aux parents que l'établissement ne supporte aucune responsabilité pour les enfants qui ne se présenteraient pas.

### 3. Qui assume la responsabilité des enfants du primaire et du secondaire lorsque ceux-ci ne sont pas formellement inscrits pour la prestation du repas dans un restaurant scolaire au sens des art. 9 al. 4 et 32a al. 1 LAJE, mais achètent des repas au moyen de coupons ou d'une carte prépayée et viennent à leur convenance ?

Pour ce qui est des élèves du primaire, l'accueil dans un restaurant scolaire sans inscription préalable par les parents (que ce soit de manière régulière ou ponctuelle) paraît difficilement concevable au regard des exigences générales tirées du droit fédéral et de l'art. 3a al. 1 LAJE. Les enfants jusqu'à 12 ans ont des besoins qui impliquent qu'ils ne devraient en général pas être laissés livrés à eux-mêmes sans qu'un cadre minimum soit convenu avec les parents. D'ailleurs, la définition de l'accueil parascolaire primaire donnée à l'art. 2 LAJE – qui n'est certes pas applicable en l'espèce, mais qui peut être considérée comme indicative du niveau d'exigences applicable aux élèves du primaire –, inclut les déplacements entre l'établissement scolaire et le lieu d'accueil. Par ailleurs, nous rappelons que l'art. 24 al. 1 RLEO impose une responsabilité de surveillance aux communes qui mettent en place un restaurant scolaire, obligation qui s'étend « *entre la fin des cours de la matinée et le début des cours de l'après-midi* ». Sur cette base, il est douteux qu'une commune puisse s'exonérer de son obligation de surveillance dans le cadre d'une prestation qui devrait être qualifiée de « restaurant scolaire ». Au vu de ces considérations, nous estimons donc que les communes devraient éviter de proposer une telle prestation afin d'éviter d'exposer les enfants du primaire à des risques qui pourraient entraîner une responsabilité de la structure d'accueil.

Cela étant, comme nous l'avons déjà relevé, il est tout à fait imaginable d'adapter le cadre aux besoins (allégés) des élèves du secondaire. Nous vous renvoyons tout d'abord aux explications relatives à la question n° 2 ci-avant. Le fait que des jeunes viennent à l'accueil de midi « à leur convenance » signifie que les parents acceptent de laisser cette autonomie à leur enfant, ce qui devrait être acté d'une manière ou d'une autre. Néanmoins, en se rendant à l'accueil de midi, l'enfant sollicite la prestation d'un établissement public. A ce titre, il sera tenu de respecter le cadre fixé par le règlement interne de celui-ci. Afin d'éviter tout malentendu,

**Notion de surveillance dans l'accueil parascolaire primaire des restaurants scolaires et dans l'accueil parascolaire secondaire**

l'établissement ou la commune pourrait par exemple notifier à tous les parents des élèves du niveau secondaire les conditions de l'utilisation du restaurant scolaire, avec la précision que le fait de fréquenter celui-ci implique le respect des dites conditions. Cela pourrait se faire au moyen d'une circulaire adressée à toutes les familles en début d'année scolaire, circulaire dont les parents devraient accuser réception d'une manière ou d'une autre afin de documenter l'engagement correspondant des parents.

Il nous semble que votre question pourrait éventuellement être étendue à celle des enfants souhaitant profiter de l'infrastructure, sans consommer les repas du restaurant scolaire, p.ex. en raison d'un régime alimentaire particulier. La situation des enfants qui seraient, le cas échéant, autorisés à prendre leur pique-nique dans les locaux de l'accueil devrait ainsi également être réglée dans le règlement interne et les modalités de la surveillance devraient être clairement définies, avec éventuellement deux régimes différents en fonction du niveau scolaire des élèves concernés (primaire ou secondaire).

**4. Une décharge de responsabilité de l'institution autorisée ou de la commune, respectivement de l'association de communes au profit des parents des enfants du primaire et du secondaire a-t-elle une valeur juridique ?**

Nous sommes d'avis que, au vu de la réglementation applicable, notamment des dispositions qui imposent une surveillance des enfants (art. 4a al. 2, 32a al. 1 LAJE et 24 RLEO), ainsi que de la jurisprudence en matière de responsabilité des autorités, une décharge de responsabilité ne pourrait déployer qu'un effet très limité.

Comme relevé plus haut, même en l'absence de normes de comportement édictées par la commune ou l'établissement, les normes du droit supérieur fixent des attentes minimales (cf. notamment II.1 et II.3). Idéalement, celles-ci devront se refléter dans le règlement interne de l'établissement et, pour autant que ledit règlement soit suffisant au regard du droit supérieur, la communication du règlement aux parents comme suggérée ci-dessus (question n° 3) pourra correspondre à une forme de décharge de responsabilité. Cela étant, plutôt qu'une décharge, les communes ou les structures d'accueil devront établir une bonne délimitation du cadre au-delà duquel elles n'assument plus de responsabilité. Cela est d'autant plus important qu'il existe une certaine tension entre le régime prévu par la LAJE et l'art. 24 al. 1 RLEO pour ce qui est de l'organisation de l'accueil parascolaire secondaire (cf. ch. II.3.b ci-avant). Au surplus, nous renvoyons principalement à notre réponse à la question précédente où la problématique des responsabilités est examinée.

**Notion de surveillance dans l'accueil parascolaire primaire des restaurants scolaires et dans l'accueil parascolaire secondaire**

**IV. Conclusion**

Il est difficile de définir les contours exacts de la surveillance qui incombera aux structures d'accueil de jour à mettre en place sous la responsabilité des communes (restaurants scolaires et accueil de jour parascolaire secondaire) dans un avis de droit général comme celui-ci. Même si quelques critères généraux peuvent être énoncés, les circonstances (et les choix) propres à chaque commune joueront un rôle prépondérant dans cette définition ainsi que dans la répartition des compétences y relatives.

Nous avons cherché, dans le présent avis, à exposer les limites objectives posées par le droit supérieur (droit constitutionnel, y compris Convention relatives aux droits de l'enfant, droit fédéral et droit cantonal), d'une manière générale, et, indirectement, par les risques auxquelles les communes sont exposées du fait de leur responsabilité. La détermination du régime de responsabilité applicable à la surveillance des enfants est également délicate dans la mesure où l'on est confronté à une activité réglementée par l'Etat, d'un intérêt public certain, mais dans laquelle il existe encore une marge de manœuvre importante aussi bien pour les collectivités publiques que pour les éventuels prestataires de service privés concernés. La relation entre la loi sur l'accueil de jour révisée et l'art. 24 RLEO pose également certaines difficultés d'interprétation s'agissant de la marge de manœuvre des communes dans l'organisation de l'accueil parascolaire secondaire.

S'agissant des questions que vous nous posez, nous vous renvoyons aux explications qui figurent ci-avant (ch. III).

---

Je vous prie d'agréer, Madame, l'expression de mes sentiments distingués.

Jocelyne Bourquard  
Conseillère juridique

**Copies**

- Mme Béatrice Métraux, Cheffe DIS
- M. Michel Rubattel, Secrétaire général du DIRH