



Conseil d'Etat
Staatsrat

CANTON DU VALAIS
KANTON WALLIS

MESSAGE

Objet **Projet de loi modifiant la loi d'application du code civil suisse
Professionnalisation des autorités de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA)**

Le Conseil d'Etat du canton du Valais

au

Grand Conseil

Monsieur le Président du Grand Conseil,
Mesdames et Messieurs les Députés,

Nous avons l'honneur de soumettre à votre appréciation le présent message accompagnant le projet de loi modifiant la loi d'application du code civil suisse (LACC).

Condensé

Lors de l'entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2013 du droit fédéral de protection de l'enfant et de l'adulte et de la modification de la LACC, le canton du Valais avait opéré des changements importants, soit avait réduit de 97 à 27 ses anciennes chambres pupillaires en les semi-professionnalisant. Les communes avaient également montré leur fort attachement à ces structures, qu'elles n'avaient pas voulu cantonaliser, au contraire d'autres cantons, tels ceux du Jura ou de Berne.

Cependant, cette organisation mise en place repose encore sur un système de milice important et ne suit pas les recommandations de la Conférence en matière de protection des mineurs et des adultes (COPMA) sur plusieurs points (taille, taux d'activité, interdisciplinarité stricte, etc.).

Plus de sept ans après cette entrée en vigueur, la présente modification législative est apparue nécessaire pour répondre à une professionnalisation indispensable des autorités de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA).

Au sein de la population valaisanne, des doléances et des mouvances ont ainsi surgi pour réclamer un changement. L'augmentation du nombre de plaintes concernant des dysfonctionnements d'APEA auprès du Département en charge de la sécurité ou l'affaire en responsabilité contre le canton en lien avec le dommage causé par un ancien tuteur privé à une personne domiciliée sur la commune de Lens, ont par ailleurs mis en exergue cette essentielle professionnalisation.

Au niveau cantonal, des interventions parlementaires de différents partis ont également réclamé des modifications structurelles et organisationnelles des APEA.

Sur un plan intercantonal, d'autres cantons réfléchissent actuellement à revoir leurs structures, que ce soit le canton du Tessin qui planche sur une cantonalisation, ou le canton de Vaud qui réfléchit à une spécialisation de certains juges de paix en matière de protection de l'enfant, suite à un scandale d'abus sexuels et de mauvais traitements (instauration de chambres spécialisées en protection de l'enfant). De l'avis de la COPMA, le canton du Valais est le dernier canton à ne pas avoir professionnalisé ses APEA.

De manière plus globale, une professionnalisation répond à l'augmentation croissante de la charge de travail des APEA ainsi qu'à la complexification des questions leur étant soumises, de par la mobilité géographique de la population impliquant des éléments d'extranéité et de par l'éclatement des cellules familiales, ainsi que par une judiciarisation de la société en augmentation.

La professionnalisation permettra de pallier une inégalité de traitement à un double titre : d'une part, par un nombre réduit d'APEA, les disparités entre elles quant au bassin de population touché seront nettement amoindries (p. ex. actuellement un bassin de population de 2'705 personnes pour l'APEA d'Anniviers versus un bassin de population de 44'384 personnes pour l'APEA de Monthey). D'autre part, l'instauration d'une présidence juridique au sein de l'APEA permettra de combler l'inégalité de traitement des causes concernant les enfants de parents mariés (relevant du juge de district) et les enfants de parents non mariés (APEA sans présidence juridique obligatoire actuellement).

La professionnalisation répond également à des enjeux financiers, soit pour prévenir un maximum de risques liés à des dommages causés à des personnes sous mesure de protection, dont le canton du Valais répond en première ligne. La professionnalisation implique également une prise en charge optimale des personnes sous mesure de protection.

Concernant les périodes fiscales 2014-2017, 89 contribuables avec une fortune imposable de plus de 5 millions de francs se sont installés en Valais contre 25 départs (source : service cantonal des contributions). Les conditions fiscales expliquent en partie cet attrait, mais la qualité de vie joue également un rôle. Le canton du Valais ayant démontré son attractivité, les enjeux financiers sont d'autant plus importants si ces personnalités aisées devaient être mises sous mesure de protection et suivies par des APEA valaisannes.

Actuellement, plus d'un milliard de francs de fortune mobilière de personnes sous mesure de protection est sous gestion des APEA et des curateurs (selon recensement effectué au printemps 2018 de la fortune mobilière égale ou supérieure à fr. 500'000 des personnes protégées en Valais).

Les travaux d'une première commission extraparlamentaire, puis les quatre axes d'un groupe de travail ont constitué l'ossature de la présente révision, soit la taille des APEA (réduction du nombre), la composition de l'APEA, la formation et les exigences liées aux curateurs et tuteurs ainsi que la précision des tâches incombant à la surveillance administrative et organisationnelle exercée par le Service juridique de la sécurité et de la justice (SJSJ). A cela se sont ajoutés d'autres points à améliorer, telles que les règles sur les incompatibilités et les actions récursoires découlant de la responsabilité primaire du canton.

Les remarques émises dans le cadre de la consultation ont également été analysées et prises en considération. Globalement, sauf en Haut-Valais, le projet a été bien accueilli par les personnes ou institutions consultées. Le point majeur soulevé lors de la consultation par un grand nombre de participants a été le fait qu'il fallait cantonaliser les APEA, au motif que le système communal avait désormais atteint ses limites. Ce point a été retenu dans le cadre du présent message au vu des nombreux avantages qu'il apporte. Le chiffre de 9 APEA a également rencontré une certaine unanimité, au regard de sa cohérence avec le découpage identique aux tribunaux de district. La présidence juridique a aussi reçu un accueil très favorable et représente une avancée majeure dans la prise en charge des personnes sous mesure de protection. Enfin, les dispositions concernant les curateurs et tuteurs, privés ou professionnels ont reçu majoritairement un écho favorable.

Les points de la révision législative forment un tout et sont interdépendants les uns des autres. En effet, le nombre d'APEA est lié à la nouvelle composition de l'autorité, notamment la présidence juridique, élément important quant au fait qu'il s'agit de rappeler que l'APEA est une autorité administrative avec tâches juridictionnelles, qui rend des décisions pouvant être portées devant le Tribunal cantonal et le Tribunal fédéral. La taille des APEA et la composition interdisciplinaire obligatoire impliquant une professionnalisation auront également des impacts sur le suivi et le soutien plus important aux curateurs et tuteurs. Enfin, la précision des tâches du SJSJ à l'égard des APEA - et indirectement également envers les mandataires - renforcera encore plus l'ensemble du système.

A. Préambule

En vertu de l'article 94 alinéa 1 LOCRP, le Conseil d'Etat a soumis, en consultation élargie, un rapport accompagnant la modification légale concernant la professionnalisation des APEA, du 29 octobre 2019 au 31 décembre 2019, avec une prolongation jusqu'au 31 janvier 2020.

Conformément à l'article 100 alinéa 3 LOCRP, le présent message renseigne sur le résultat de la procédure de consultation, en indiquant les prises de position sur les points saillants.

B. Rappel historique

En été 2006, le Conseil fédéral a soumis au Parlement le message et le projet de loi relatif à la révision du code civil suisse (CC) (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation). Le Conseil des Etats a accepté ce projet moyennant quelques rares modifications en automne 2007 et le Parlement l'a adopté en date du 19 décembre 2008. Les changements profonds dictés par le droit matériel fédéral devaient entraîner de nombreuses modifications de la LACC.

L'avant-projet du Conseil d'Etat soumis à la procédure de consultation le 6 décembre 2007 optait pour la variante cantonale judiciaire, laquelle avait été adoptée à l'unanimité - moins une abstention - par la commission cantonale des affaires tutélaires, dont l'un des mandats consistait à préavisier la réception en droit cantonal de la révision du droit de la tutelle. La solution revenait à rattacher l'autorité de protection aux tribunaux de première instance en charge de la justice civile, la présidence étant confiée à un juge de cette juridiction.

A l'opposé de l'option prise par la commission cantonale des affaires tutélaires, c'est celle de l'autorité communale ou intercommunale qui l'a emporté très largement dans la procédure de consultation et qui a finalement été retenue dans le message du Conseil d'Etat du 25 juin 2008. Le canton du Valais a alors ainsi opté pour un système de semi-professionnalisation, à mi-chemin entre les anciennes chambres pupillaires et un système professionnel (cf. article du Plaidoyer 1/2013 et constat également posé par les experts Jaffé et Zermatten dans leur prise de position du 21 janvier 2019).

Le Grand Conseil a adopté les modifications de la LACC le 11 février 2009.

Le nouveau droit de protection de l'enfant et de l'adulte est entré en vigueur au 1^{er} janvier 2013, tout comme les modifications de la LACC. Une ordonnance sur la protection de l'enfant et de l'adulte (OPEA) a également été adoptée par le Conseil d'Etat en date du 22 août 2012 et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013.

C. Nécessité législative

Plusieurs éléments de nature diverse dictent la présente modification législative :

- a/ Tout d'abord, du constat de la secrétaire générale de la COPMA, le canton du Valais est le dernier canton à ne pas avoir professionnalisé ses APEA, à savoir qu'elles ne touchent pas un bassin minimal de population d'au moins 50'000 habitants et que leurs membres n'ont pas un taux d'activité minimal leur permettant d'engranger une pratique et une expérience en la matière. Le canton du Tessin qui dispose actuellement d'un système assez similaire au Valais - soit 16 APEA communales/intercommunales - a néanmoins introduit dans sa législation une présidence juridique – qui ne doit pas être inférieure à 80%, rétroactivement au 1^{er} janvier 2013. Par ailleurs, un groupe de travail mandaté par le Conseil d'Etat tessinois réfléchit actuellement à une cantonalisation, suite à une volonté émise par le Grand Conseil.
- b/ Le système de milice actuel valaisan ne correspond pas à la volonté du législateur fédéral. Un des buts principaux de la révision était pourtant la professionnalisation des autorités afin de garantir que celles-ci puissent accomplir avec les connaissances et les aptitudes adéquates les tâches nombreuses et complexes qui leur sont confiées (Steinauer/Fountoulakis, Droit des personnes physiques et protection de l'adulte, Ed. 2014, p. 468, n. 1062; RDT 2009 p. 65; FF 2006 6705; BOCE 2007 823; BOCN 2008 1537; Leuba / Stettler / Büchler / Häfeli, Commentaire du droit de la famille (CommFam), p. 796, n. 11; RDT 2008 p. 162 et RMA 2010 p. 91).

Lors des débats parlementaires, la nouvelle organisation des autorités a été décrite comme la partie essentielle (BOCE 2007 824), l'idée essentielle (BOCN 2008 1537) ou le cœur du projet de loi (BOCN 2008 1511; CommFam, op.cit., p. 796, n. 10).

Le législateur fédéral a exigé une professionnalisation de l'organisation des autorités (FF 2006 6705) par le biais d'exigences expresses de qualité, car une loi n'a jamais que la valeur des autorités et des personnes qui l'appliquent (BOCN 2008 1514). Les autorités laïques ne sont plus admises : le seul bon sens ne suffit pas ! (Droit de la protection de l'adulte, Guide pratique COPMA, 2012, p. 21, n. 1.64).

Un des objectifs essentiels du nouveau droit de la protection était également de rétablir la hiérarchie au moyen d'autorités investies d'un pouvoir de décision et disposant des compétences interdisciplinaires.

Les autorités communales composées de non-professionnels et fonctionnant dans le cadre d'un système de milice ont souvent besoin de spécialistes externes et sont parfois totalement dépendantes de l'avis de ces derniers, ce qui conduit à une inversion de la hiérarchie (RMA 2010 p. 93). Ce que l'on peut retrouver en Valais, puisque les APEA miliciennes du canton sont actuellement confrontées aux divers professionnels du terrain (Offices pour la protection de l'enfant (OPE), avocats spécialisés en droit de la famille, médecins, etc.).

Actuellement, les miliciens font leur maximum et font preuve de bonne volonté. Néanmoins, de par un taux d'activité assez bas pour certains ou par un manque de formation utile à la fonction de membre, nécessitant ainsi un temps plus important pour acquérir les connaissances, l'on ne tend pas à la professionnalisation requise par le législateur fédéral et correspondant aux recommandations diverses de la doctrine et de la COPMA.

- c/ Le Département en charge de la sécurité, par le SJSJ, a pu constater au travers des questions posées par les APEA, des rapports de surveillance de ses trois inspecteurs, des plaintes de particuliers et des cas de responsabilité civile qui lui sont soumis pour traitement, qu'une nécessaire professionnalisation s'impose.

- d/ L'augmentation croissante de la charge de travail des APEA, la complexité, tant du droit de fond que du droit de procédure, ainsi que la complexification des questions soumises aux APEA, de par la mobilité géographique de la population impliquant des éléments d'extranéité et de par l'éclatement des cellules familiales, commandent également une professionnalisation. Ces difficultés étaient déjà craintes et évoquées dans le message du Conseil d'Etat du 25 juin 2008 adressé au Grand Conseil, *puisqu'il appelait de ses vœux - après une période probatoire de quelques années - à dresser un bilan des expériences faites sur le terrain, car il n'était pas certain que l'on fût en mesure de faire une pesée objective de l'ensemble des difficultés auxquelles pourrait se heurter, dans l'application du nouveau droit, une organisation qui continuait à reposer dans une mesure non négligeable sur un système de milice.*

- e/ Puis, le Conseil d'Etat donne suite à différentes interventions parlementaires, soit en particulier :
 - 1° le postulat n° 1.0025, intitulé "*Quid des assurances RC dans le cadre des nouvelles autorités de protection de l'enfance et de l'adulte (APEA) mises sur pied dès 2013 et de la justice communale*", déposé par les députés Pascal Rey, David Théoduloz et Sidney Kamerzin en juin 2013;
 - 2° le postulat n° 3.0141, intitulé "*APEA : un premier bilan*", déposé par les députés Jean-Luc Addor, Anne Luyet et Bruno Perroud en juin 2014;
 - 3° le postulat n° 3.0216, déposé par la députée Elisabeth Lehner en septembre 2015, demandait d'étudier la professionnalisation des APEA;
 - 4° le postulat n° 4.0293, déposé par le député Cornelius Imboden, en novembre 2017, requerrait d'adapter la facturation des indemnités et rémunérations des frais de l'APEA;
 - 5° le postulat n° 4.0328, déposé par les députés Benoît Bender, Xavier Fellay et Fanny Darbellay en juin 2018 demandait de définir, pour chaque APEA, des critères minimaux, que ce soit au niveau de l'interdisciplinarité mais aussi au niveau de la professionnalisation et exigeait un objectif temps raisonnable pour obliger les communes à s'adapter et à professionnaliser leurs structures;
 - 6° le postulat n° 4.0320, déposé par les députés Bruno Perroud, Emmanuel Chassot, Sandrine Perruchoud et Julien Monod, en juin 2018, sollicitait de nommer une commission extraparlamentaire constituée des personnes représentatives des professions et organisations concernées par la problématique des APEA.

- f/ Ensuite, pour répondre au postulat Lehner, le Conseil d'Etat a, par décision du 29 mars 2017, constitué une commission extraparlamentaire chargée d'examiner l'opportunité d'une professionnalisation des APEA et, le cas échéant, de préparer un projet de révision de la LACC.

Cette commission était composée de deux représentantes des présidents des APEA, de deux représentantes des greffiers des APEA, de deux représentants de la Fédération des communes valaisannes, de deux représentants du Pouvoir judiciaire, d'un représentant du service cantonal de la jeunesse, d'un représentant de l'administration cantonale des finances et de trois représentants du SJSJ.

La commission a examiné deux thèses législatives préparées par le SJSJ. S'en est suivie la vacance de poste de chef du SJSJ qui menait la réflexion de la modification législative.

Afin de poursuivre les réflexions de la commission, un groupe de travail - sous la présidence de la nouvelle cheffe du SJSJ - composé de trois représentants d'APEA et de trois représentants des communes désignés par la Fédération des communes valaisannes, a été mis en œuvre sur décision du Chef de Département en charge de la sécurité. Ce groupe de travail a débuté ses travaux à fin septembre 2018 et a siégé à cinq reprises jusqu'à mi-décembre 2018.

Il a arrêté quatre axes concernant la professionnalisation des APEA, soit la taille des APEA (réduction du nombre), la composition de l'APEA, la formation et les exigences liées aux curateurs et tuteurs ainsi que la précision des tâches incombant au SJSJ, dans le cadre de sa surveillance administrative et organisationnelle.

Les travaux de la commission et du groupe de travail, tout comme certaines requêtes exprimées au travers des interventions parlementaires, constituent l'ossature de la présente modification législative. Cependant, certains sujets n'ont pas retenu l'attention du groupe de travail, comme par exemple la nécessité de modifier la LACC en ce qui concerne la rémunération des curateurs. En effet, au vu des renseignements pris auprès des APEA, qui sont des autorités indépendantes, il ne semble pas que ces autorités facturent de manière linéaire un montant de fr. 300.- par mois à titre de rémunération du curateur pour les adultes. Elles appliquent l'article 31 LACC qui leur permet de fluctuer entre fr. 50.-- et fr. 300.--, voire de sortir de ce cadre. Enfin, rappelons que le 12 février 2015, une nouvelle directive élaborée avec le concours des APEA et des représentants de la Fédération des communes valaisannes a été adoptée par le Chef du Département en charge de la jeunesse. Dans ce cadre, le principe d'un montant forfaitaire pour les enfants a été confirmé.

Certaines modifications de la LACC vont naturellement engendrer des modifications de l'OPEA (p. ex. précision des tâches découlant de la surveillance administrative et organisationnelle du SJSJ). D'autres thématiques, abordées par le groupe de travail, comme la nécessité de revoir le système concernant l'indigence de la personne sous mesure de protection, impliqueront également la révision de l'OPEA.

Certains participants à la consultation ont demandé à ce que l'article 31 alinéa 4 lettre a LACC soit supprimé, à savoir que, *lorsque les sommes afférentes à la rémunération et au remboursement des frais ne peuvent être prélevées sur les biens de la personne concernée, le curateur perçoit, en sus du remboursement de ses frais, une indemnité correspondant au 70 pour cent de la rémunération ordinaire.*

L'article 31 alinéa 4 LACC a récemment été modifié, à savoir le 14 décembre 2017. Nous considérons qu'il n'y a pas lieu de réviser à nouveau cet article. Ce d'autant plus que l'article 31 alinéa 4 LACC s'inspire manifestement de l'article 30 LTar traitant du conseil juridique commis d'office (plein remboursement des frais et rémunération à 70% du tarif ordinaire) (cf. circulaire du Chef de Département de la sécurité du 16 janvier 2014).

Par contre, comme susindiqué, il s'agira de revoir les articles 32b et 32c de l'OPEA (indigence).

Les remarques émises dans le cadre de la consultation ont également été analysées et prises en considération. Le point majeur soulevé lors de la consultation par un grand nombre de participants a été le fait qu'il fallait cantonaliser les APEA, au motif que le système communal avait désormais atteint ses limites. Ce point a été retenu dans le cadre du présent message en raison des arguments présentés dans le cadre de la consultation, en faveur d'une cantonalisation :

- *la responsabilité primaire et la surveillance administrative incombent au canton;*
- *l'uniformité des pratiques entre APEA et l'harmonisation des processus seraient facilitées;*
- *il s'agit de la seule solution adéquate sur un long terme;*
- *elle implique une égalité de traitement des dossiers;*
- *cela évite un conflit financier entre APEA et communes;*
- *la cantonalisation implique une meilleure répartition des ressources ainsi qu'une meilleure qualité du travail et une amélioration du délai de traitement des situations;*
- *la cantonalisation diminue la complexité de la situation actuelle (rattachement des APEA aux communes, surveillance administrative du canton et recours au Tribunal cantonal);*
- *elle implique une meilleure transparence et les coûts incombant aux communes ne seraient plus un frein au signalement de cas;*

- *il y a une certaine efficience d'un modèle cantonal;*
- *cela assurerait les mêmes conditions ainsi que les mêmes moyens pour le personnel et les citoyens;*
- *les communes ne font que financer le modèle d'APEA communales/intercommunales, sans avoir d'influence, de compétences ou de droit à l'information quant aux dossiers traités;*
- *le nombre croissant de réclamations, la charge de travail importante des APEA, la complexité des cas ainsi que les diverses interventions parlementaires montrent que le système intercommunal a atteint ses limites;*
- *l'APEA intercommunale est un modèle du passé qui entrave la réalisation des objectifs visés par la réforme;*
- *le système de convention de collaboration intercommunale génère des lourdeurs administratives au niveau des communes, contraintes de participer à un groupement de communes dont le fonctionnement est source de lenteurs;*
- *il n'est pas logique d'attribuer le pouvoir de surveillance au canton mais de laisser la responsabilité aux communes; c'est celui qui surveille et qui peut prendre des mesures, qui doit assumer la responsabilité;*
- *cela permet de garantir une qualité tant dans l'organisation que dans les profils des personnes engagées;*
- *par analogie avec les tribunaux, les APEA doivent devenir cantonales;*
- *les APEA, dans leur composition et organisation actuelles, ont été créées lors de l'introduction du nouveau droit de protection de l'enfant et de l'adulte. Il serait regrettable de réitérer une restructuration à nouveau dans cinq ans;*
- *l'organisation doit absolument être cantonalisée pour garantir une professionnalisation maximale.*

g/ Ensuite, la professionnalisation présentée ci-après a également pour objectif de réduire les risques financiers pour le canton et les communes. Le droit de protection de l'enfant et de l'adulte prévoit la responsabilité exclusive et causale du canton applicable directement dès qu'une personne lésée par un organe de protection de l'enfant et de l'adulte montre qu'elle a subi un préjudice dans des conditions illicites (art. 454 al. 3 CC). Le canton voit sa responsabilité engagée sans qu'une faute n'ait nécessairement été commise. Une fois que le canton a indemnisé le lésé, il peut exercer une action récursoire à l'endroit de l'auteur du dommage en cas de faute intentionnelle ou de négligence grave ou contre la commune (art. 454 al. 4 CC).

Le canton a un intérêt à la cantonalisation des APEA et à leur professionnalisation, à savoir que les interventions des membres des APEA soient de qualité, puisqu'il répond de leurs actes, alors que, jusqu'à présent, il ne les avait pas choisis, ni engagés. Les communes partagent le même intérêt, puisqu'elles ne pourront plus être appelées à répondre sur le plan financier en cas de dommages causés par des membres des APEA par le biais des actions récursoires du canton. Néanmoins, vont subsister pour ces dernières des actions récursoires en cas de dommages causés par des curateurs et tuteurs des services officiels de la curatelle.

- h/ Enfin, cette professionnalisation vise l'amélioration de la prise en charge des personnes sous mesure de protection qui doivent être au centre des préoccupations. Cette prise en charge implique des thématiques difficiles, que ce soit en matière de protection de l'enfant (cas de maltraitance, retrait du droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant, retrait de l'autorité parentale, etc.) ou en matière de protection de l'adulte (addictions, problèmes psychiques, retrait de l'exercice des droits civils, placement à des fins d'assistance, vente de biens immobiliers, règlement de succession, etc.) avec des enjeux importants pouvant avoir des conséquences sur la vie et le destin de ces personnes fragilisées. Des décisions inappropriées ou un défaut de réactivité peuvent avoir des répercussions terribles sur ces personnes sous mesure de protection, avec des incidences à long terme sur un plan sanitaire, social et financier.
- i/ Près de six ans après l'entrée en vigueur du nouveau droit de protection de l'enfant et de l'adulte au 1^{er} janvier 2013, plusieurs cantons (p. ex. Vaud, Jura et Berne) ont déjà révisé leur législation en la matière afin de l'adapter aux problèmes rencontrés dans la pratique.
- j/ Dans le cadre de son programme gouvernemental, le Conseil d'Etat a mandaté, en 2018, une étude auprès du Bureau d'études de politique du travail et de politique sociale à Berne, afin de réformer sa politique familiale, vision 2020-2030. Au travers de plusieurs domaines analysés (sécurité économique, organisation et temps de la famille, égalité des chances et prévention/protection violence intrafamiliale), ce rapport a arrêté plusieurs objectifs à atteindre pour optimiser sa politique familiale. Pour le domaine prévention/protection violence intrafamiliale, il a préconisé notamment d'assurer la réactivité, l'autonomie et le professionnalisme des APEA.
- k/ Enfin, les quatre experts consultés sur les propositions du groupe de travail, par le Chef du Département en charge de la sécurité, à savoir :

- 1° Dr. Philippe Meier, avocat, professeur ordinaire à l'Université de Lausanne, directeur de l'Ecole de droit de la Faculté et vice-doyen, membre de la Commission permanente de la COPMA et président du conseil de rédaction de la Revue de la protection des mineurs et des adultes,
- 2° M. Jean Zermatten, juriste, ancien Président du Comité des droits de l'enfant de l'ONU et fondateur de l'Institut international des droits de l'enfant (IDE) à Bramois,
- 3° Dr. Philip Jaffé, psychothérapeute FSP, élu le 29 juin 2018 à New York comme membre du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, enseignant à la Faculté de psychologie et des sciences de l'éducation de Genève et directeur du Centre interfacultaire en droits de l'enfant (CIDE),
- 4° ainsi que M. Guido Marbet, président de la COPMA,

soulignent la nécessaire professionnalisation des APEA, dans leurs expertises respectives des 29 janvier 2019, 21 janvier 2019 et 28 janvier 2019.

D. Commentaire de l'avant-projet

Dans le cadre de la marge de manœuvre qui est laissée par le droit fédéral, l'objet de la réforme portant sur la professionnalisation des APEA repose notamment sur les quatre axes arrêtés par le groupe de travail, soit la taille des APEA (réduction du nombre), la composition de l'APEA, la formation et les exigences liées aux curateurs et tuteurs ainsi que la précision des tâches du SJSJ découlant de la surveillance administrative et organisationnelle. La réforme arrête également la cantonalisation des APEA.

Les questions d'organisation revêtent une importance centrale, puisque la réalisation du droit matériel dépend directement de l'organisation des autorités compétentes (CommFam, op. cit., p. 793, n. 1).

Article 10 alinéa 1 lettre g^{bis} LACC – Département compétent

L'article 16 LACC indique que la surveillance administrative et organisationnelle sur les APEA relève du Conseil d'Etat.

Il est important d'ancrer cette nouvelle lettre g^{bis}, (la lettre g concernait la mesure d'interdiction propre au détenu [art. 371 CC]), afin de préciser qu'il s'agit du Département en charge de la sécurité qui va exercer sur un plan opérationnel la surveillance administrative et organisationnelle sur les APEA. L'OPEA arrête les modalités de cette surveillance.

Articles 13 alinéas 1, 2 (abrogé), 2^{bis} (nouveau), 2^{ter} (nouveau); 13a (nouveau); 14 alinéas 1, 3 et 5 (abrogé); 111 alinéa 1 LACC – Nombre et cantonalisation des APEA

Du nombre de 9 APEA

La doctrine a relevé que le caractère interdisciplinaire obligatoire de l'autorité de protection (art. 440 al. 1 CC) incite au regroupement géographique, car une autorité de protection devrait en principe avoir sous sa responsabilité un bassin de population de 50'000 à 100'000 personnes pour que la charge de travail confiée à l'autorité interdisciplinaire corresponde à une activité professionnelle principale et que son engagement réponde aux critères de professionnalisme requis (Meier/Lukic, Introduction au nouveau droit de protection de l'adulte, Ed. 2011, p. 32 et 33, n. 71; RDT 2008 p. 156, 169 et 185). C'est pourquoi, il ne faudrait pas descendre au-dessous de 50'000 habitants (RDT 2008 p. 156).

La COPMA a également arrêté qu'une population de 50'000 à 100'000 personnes correspond à environ 1'000 mesures en vigueur (mesures existantes) et environ 250 nouvelles mesures instituées par an. Cette taille est nécessaire pour pouvoir occuper trois personnes à titre principal au sein du collège (Droit de protection de l'adulte, op. cit., p. 23, n. 1.68; RMA 2010 p. 91). Cela étant mentionné, le nombre actuel des 23 APEA valaisannes est important, si l'on observe que, dans le canton de Fribourg, il y a 7 justices de paix, réparties en arrondissements et que, dans le canton de Vaud, il y a 9 justices de paix (une par district, sauf dans le district du Gros-de-Vaud, regroupé avec celui du Jura-Nord-Vaudois). Dans le canton de Berne, il existe actuellement 12 APEA.

En comparaison du niveau suisse (142 APEA), le nombre d'APEA du canton du Valais représente environ le 20%, ce qui est trop élevé pour garantir une professionnalisation et une pratique uniforme. Au regard de ce nombre important d'APEA en Valais, en comparaison des autres cantons et de la nécessaire professionnalisation des APEA, passant par un bassin de population plus important et par un plus grand nombre de dossiers à gérer, le groupe de travail a préconisé une réduction du nombre d'APEA en Valais, en arrêtant **le nombre de 9**.

APEA	Population ¹
1. Brigue / Rarogne oriental / Conches	34'231 habitants
2. Viège.....	28'371 habitants
3. Loèche / Rarogne occidental	20'242 habitants
4. Sierre	49'028 habitants
5. Sion	46'640 habitants
6. Hérens / Conthey	39'151 habitants
7. Martigny / St-Maurice.....	60'612 habitants
8. Entremont	15'183 habitants
9. Monthey	45'718 habitants
	339'176 habitants

Le nombre de 9 ne retient pas strictement les prescriptions doctrinales et les recommandations de la COPMA qui fixent idéalement le bassin de population entre 50'000 et 100'000 habitants par APEA. Tous les cantons ne suivent pas strictement ces prescriptions doctrinales et ces recommandations si l'on effectue une comparaison intercantonale du bassin de population minimal par APEA. Le bassin de population minimal de 50'000 habitants est néanmoins garanti si l'on examine la moyenne du bassin au sein de chaque canton.

Les cantons ne suivant pas strictement les prescriptions doctrinales et les recommandations de la COPMA en matière de bassin de population minimal par APEA ont néanmoins introduit une présidence juridique ou des magistrats cantonaux à la tête de leurs APEA. Ainsi, le nombre de 9 APEA doit être absolument contrebalancé par une cautèle, soit la présidence juridique (cf. développement infra).

Ce nombre de 9 APEA a également été retenu par le groupe de travail en raison du fait qu'il correspond actuellement, en nombre et en territoire, **aux 9 tribunaux de district** (art. 10 de la loi sur l'organisation de la Justice [LOJJ]). En effet, les tribunaux de district et les APEA ont d'importantes interactions entre eux (art. 315a et 315b CC). Cette solution a été retenue par le canton de Fribourg, à savoir que le nombre des justices de paix (APEA dans le canton de Fribourg) recoupe celui des tribunaux d'arrondissement.

D'autres variantes exposées dans l'avant-projet soumis en consultation n'ont pas été retenues, à savoir 3, 5, 6 ou 7 APEA. Ces chiffres avaient le mérite de se rapprocher davantage du bassin minimal de population requis par la COPMA, voire de l'atteindre expressément.

Cependant, ces chiffres ont été accueillis de manière disparate dans le cadre de la consultation. Aucun chiffre ne s'est réellement distingué hormis peut-être celui de 3. Cependant, nombre de participants à la consultation, notamment la Fédération des communes valaisannes, ont souligné que le chiffre choisi de 9 évitait une centralisation. Et le recouplement sur la base des tribunaux de district a été majoritairement salué.

Enfin, le nombre de 9 APEA prend en compte les spécificités régionales et géographiques du Valais. Ce nombre semble être également un bon compromis entre le nombre actuel de 23 et une seule autorité, tel un tribunal unique de la famille, (évoqué également par la doctrine, RDT 2008 p. 159).

Du tribunal de la famille

Par ailleurs, la variante du tribunal de la famille a été accueillie plutôt défavorablement par une majorité de participants à la consultation, aux motifs que :

- des juges peuvent être des théoriciens bureaucratiques, jeunes et sans expérience;
- le tribunal tend à instaurer une certaine distance à l'égard des populations et des services officiels de la curatelle, alors que les affaires en matière de protection de l'enfant et de l'adulte nécessitent une empathie et une certaine proximité;
- les APEA ne sont pas des tribunaux. Elles ne doivent pas perdre un esprit de collaboration avec les parties;
- les juges de district sont déjà actuellement surchargés;
- la notion de tribunal a une connotation de litige pour le justiciable; or, dans les dossiers traités par les APEA, il n'y a pas toujours forcément un litige (cas des personnes qui acceptent leur mise sous curatelle);
- la solution d'un tribunal de la famille serait plus coûteuse que des APEA cantonales;

¹ Population au 31 décembre 2016 (source : *Le Valais en chiffres 2017*)

- elle implique une complexification du système au niveau procédural;
- la mise en place d'un tribunal de la famille risque de prendre du temps, alors qu'une réforme est urgente;
- elle risquerait de créer une distance trop importante entre les juges et les membres à formation interdisciplinaire;
- la solution du tribunal de la famille implique une forte augmentation de personnel.

Rappelons également que le Conseil fédéral avait proposé dans son avant-projet du nouveau droit de protection de l'enfant et de l'adulte un tribunal interdisciplinaire. Il fut contesté lors de la procédure de consultation et abandonné (CommFam, op.cit., p. 793, n. 12).

Par ailleurs, dans le canton de Vaud, en automne 2019, une initiative a été lancée pour récolter des signatures en faveur de la création d'un tribunal de la famille, mais cette initiative n'a pas abouti.

En outre, il faut relever que le tribunal de la famille du canton d'Argovie (autorité judiciaire) (qui représente une section de chaque tribunal de district – [en l'espèce 11]) est également soumis à de vives tensions (cf. article du 26 février 2019 de l'Aargauer Zeitung) et que la création d'un tribunal de la famille a également été rejetée dans les cantons de St-Gall et des Grisons.

De la proximité

Certains pourraient craindre qu'en réduisant le nombre d'APEA, l'on mette à mal la proximité envers le concitoyen.

A notre sens, la proximité entre APEA et population doit s'entendre - non pas d'une proximité géographique - mais d'une proximité humaine, soit d'une empathie et d'une compréhension par les APEA des problématiques humaines rencontrées par les personnes sous mesures de protection. Cette analyse est également partagée par les experts Jaffé et Zermatten. Le nombre de 9 permet à chaque APEA de bénéficier d'une bonne connaissance du tissu économique et social et de faire preuve de l'objectivité nécessaire à la prise de décision.

En effet, tant la doctrine que la COPMA relèvent que la proximité géographique peut induire des biais subjectifs qui doivent être combattus. L'autorité pourra avoir des préjugés du fait de sa connaissance de la personne à protéger, de ses antécédents ainsi que de sa famille. Les représentants d'APEA au sein du groupe de travail ont du reste relevé que des personnes avaient souhaité ne plus être auditionnées à proximité des autorités communales de leur domicile pour les raisons précitées. L'expert Philippe Meier relève que la proximité peut s'avérer contreproductive, notamment lorsque des décisions délicates doivent être prises par le voisin immédiat de la personne concernée.

En outre, au vu de la mobilité géographique actuelle de la population, de l'exode rural de certaines vallées et de l'urbanisation concentrée en certaines régions, cette proximité géographique perd également de son sens, puisque l'on tend vers une anonymisation de la société.

L'expert Philippe Meier souligne également qu'avec la virtualisation des relations et avec la généralisation de services publics cantonalisés ou régionalisés, l'argument de la proximité paraît avoir perdu beaucoup de son poids, surtout lorsqu'on le confronte aux autres réalités de la protection de l'enfant et de l'adulte. En effet, le domaine de la protection de l'enfant et de l'adulte (sans compter que les APEA sont devenues les autorités de référence en droit de la famille pour les couples non mariés avec enfants) est un domaine extrêmement délicat sur le plan humain (les personnes concernées sont par définition vulnérables, les choix faits mettent en jeu leur existence même, et pas seulement leurs intérêts patrimoniaux), mais aussi sur les plans juridique et technique.

De la perte d'emplois

Certains pourraient encore avoir peur d'une perte d'emplois. Cependant, pour une certaine partie des employés en activité, selon des études effectuées, il s'agit de pourcentages bas ou partiels, particulièrement dans le Haut-Valais, devant déjà ainsi impliquer une autre activité professionnelle en parallèle. Pour d'autres, au vu de la création d'APEA de plus grande taille, les personnes actuellement en place pourront retrouver un emploi auprès de ces structures, ce d'autant plus si l'on table sur une augmentation du nombre de dossiers vu l'évolution sociétale.

L'expert Philippe Meier met en avant qu'aujourd'hui le personnel - que ce soit du secteur public ou privé - doit accepter de se déplacer pour exercer son activité professionnelle. Le fait que certaines communes pourraient perdre des emplois avec une régionalisation paraît un argument de faible poids par rapport aux avantages escomptés d'une régionalisation (qui ne signifie d'ailleurs pas réduction du personnel dans son ensemble mais regroupement). Les experts Jaffé et Zermatten mentionnent que la diminution du nombre d'APEA ne fait pas obligatoirement diminuer le nombre d'employés, d'autant plus que l'on doit s'attendre à une augmentation des cas et des décisions, et non l'inverse, sans parler de la complexification des situations. Une séparation/spécialisation de la protection enfants/adultes pourrait aussi conduire à l'embauche plutôt qu'au congé.

De la cantonalisation des APEA

Le groupe de travail avait arrêté le principe d'autorités intercommunales. Mais il est ressorti assez clairement de la consultation qu'il fallait cantonaliser les APEA, au motif que le système intercommunal avait désormais montré ses limites. Le présent projet prend donc désormais en compte cet aspect important.

Relevons que, lors de l'implémentation du nouveau droit de protection de l'enfant et de l'adulte, les structures communales ont été remplacées par une structure cantonale dans 13 cantons (AR, AG, BE, GR, JU, NW, OW, SH, SO, SZ, TG, UR, ZG).

Soulignons encore que la doctrine mentionne que, pour des motifs visant à assurer la qualité, la préférence doit être donnée à des modèles cantonaux (CommFam, op. cit., p. 800, n. 27).

Une cantonalisation se justifie parce que la responsabilité incombe au canton si un acte ou une omission illicite sont commis dans le cadre de mesures prises par l'APEA (art. 454 CC). Ni la protection de l'enfant, ni la protection de l'adulte ne laissent d'espace au pouvoir discrétionnaire (RDT 2008 p. 129). Il ne peut y avoir d'autonomie communale en la matière (RDT 2008 p. 163; arrêt du Tribunal fédéral 5A.15/2003 du 25 août 2003; ATF 100 Ib 113).

La doctrine a également mis en avant les avantages suivants, en faveur d'une cantonalisation : intégration dans une organisation existante, structures et compétences claires pour créer une nouvelle organisation de l'autorité, directives communes lors de l'affectation des postes {(spécialisation, profil requis, clé de répartition des postes, financement, pratique cantonale uniforme, gestion commune de la documentation technique, utilisation optimale de synergies communes) (informatique, achat de matériel, mobilier de bureau) (RMA 2010 p. 91)}.

Du rattachement administratif des APEA

Les cantons de Suisse alémanique ont prévu que les APEA sont des autorités cantonales administratives. Leur nombre par canton varie de 1 à 12. Lorsque le nombre d'APEA est petit, le canton alémanique prévoit généralement leur rattachement administratif au Département en charge de la surveillance administrative des APEA (p. ex. AI, NW). Par contre, lorsque le nombre d'APEA est plus élevé, certains cantons ont prévu leur rattachement à un service, en charge de la surveillance administrative des APEA (p. ex. Berne).

Le projet prévoit désormais que l'APEA est une autorité cantonale administrative et qu'elle exerce son activité de manière indépendante. L'indépendance de l'autorité de protection est reprise, telle que développée dans le message du Conseil d'Etat du 25 juin 2008. Cette indépendance est définie par renvoi aux articles 6 CEDH et 30 Cst. féd., retenant ainsi que l'autorité de protection a le statut juridique d'un tribunal.

Les 9 APEA sont également rattachées administrativement au Département en charge de la sécurité, qui effectue la surveillance administrative et organisationnelle envers les APEA.

De l'avis de l'expert Philippe Meier, la solution prévue par les cantons alémaniques, soit la concentration en un seul et même Département en ce qui concerne le rattachement administratif et la surveillance administrative, est adéquate. Ces cantons évitent ainsi un nombre d'intervenants trop important, qui nécessiterait coordination et éventuellement transferts financiers. Lorsque tout est concentré auprès du même Département, la situation est beaucoup plus simple. Par ailleurs, ce qui remonte de l'autorité de rattachement ou d'appréciation est du plus haut intérêt pour la surveillance administrative (et vice-versa).

L'autorité de protection étant une autorité cantonale, il est prévu que le président, les deux membres ainsi que les deux suppléants sont nommés par l'autorité d'engagement, soit le Conseil d'Etat, au sens de la loi sur le personnel de l'Etat du Valais (cf. art. 13 et 14 LcPers). A cet égard, nous relèverons que d'autres cantons ont prévu la référence à la loi sur le personnel (art. 5 et 17 de la loi sur l'organisation de la protection de l'enfant et de l'adulte du canton du Jura et art. 5 LPEA/BE).

Il en va de même pour le greffier et le secrétariat.

Enfin, il a fallu abroger la dernière phrase de l'alinéa 1 de l'article 14, tout comme l'alinéa 5, qui n'ont plus leur place, vu que l'autorité de protection est désormais une autorité cantonale.

Un participant à la consultation a demandé à ce qu'il soit précisé comment les décisions sont prises au sein de l'APEA. L'article 112 alinéas 1 et 2 LACC, comme l'article 440 alinéa 2 1^{ère} phrase CC, précisent que l'APEA délibère dans sa composition collégiale, sous réserve de certaines affaires déterminées (art. 112 al. 3 et 4 LACC et 440 al. 2, 2^{ème} phrase CC).

Du financement des APEA

Le Conseil d'Etat, dans sa séance du 8 avril 2020, a décidé d'une cantonalisation des APEA, avec une participation financière des communes.

Suite à RPT II, on retrouve une répartition des charges financières entre le canton (70%) et les communes (30%), dans diverses lois cantonales (par ex. art. 3 al. 1 de la loi sur l'harmonisation du financement des régimes sociaux et d'insertion socio-professionnelle ou art. 87 al. 1 de la loi sur les routes).

Cette même répartition a été choisie pour le financement des charges financières des APEA.

Article 14 alinéa 1 2^{ème} phrase LACC - Interdisciplinarité

La référence à l'interdisciplinarité a été supprimée, au motif qu'elle est requise par le droit fédéral (art. 440 CC). Néanmoins, elle a été concrétisée à l'article 14 alinéa 2^{bis}.

Article 14 alinéa 1, 1^{ère} phrase LACC – Présidence juridique et activité à titre principal

a) S'agissant de la présidence juridique

Selon les informations communiquées par la COPMA, plus du 80% des APEA au niveau suisse sont présidées par un juriste. Les cantons voisins du canton du Valais ont adopté une présidence juridique (Vaud, Genève, Fribourg, Tessin, Jura, Neuchâtel). Le canton de Berne a certes changé sa législation au 1^{er} janvier 2016 en n'exigeant plus une présidence juridique. Cependant, sur 12 APEA bernoises, 11 restent présidées par un juriste.

Les compétences centrales de l'autorité de protection résident en particulier dans les connaissances juridiques utiles à la conduite et à la maîtrise d'une procédure. Ce point saute aux yeux. Différents cantons et des Etats voisins (Allemagne, France et Italie) n'attribuent-ils pas aujourd'hui déjà l'application du droit tutélaire aux autorités judiciaires ? (RDT 2008 p. 142).

Dans le cadre de la consultation, la présidence juridique a été favorablement accueillie.

Certains ont néanmoins mis en avant qu'une expérience professionnelle importante, humaine et de qualité suffisait et qu'il n'y avait pas besoin de juriste. D'autres se sont référés à l'article 27 alinéa 2 LOJ, en lien avec une formation pratique jugée suffisante.

Cet alinéa prévoit que, pour les postes de juge cantonal, juge de district, juge des mineurs, juge des mesures de contrainte, juge de l'application des peines et mesures, procureur général, procureur général adjoint, premier procureur, procureur, substitut, suppléant de ces magistrats ou greffier, les titulaires d'une licence, master ou doctorat en droit, ou d'un titre universitaire équivalent étaient éligibles à condition de justifier d'une formation pratique suffisante.

Cependant, il est à rappeler que le principe fixé à l'alinéa 1 de l'article 25 LOJ prévoit la nécessaire titularité du brevet d'avocat.

En outre, on rappellera que, selon la doctrine et le message du 28 juin 2006 du Conseil fédéral, la compétence s'acquiert, en règle générale, par la formation (initiale); ce n'est qu'exceptionnellement qu'elle peut aussi résulter de la formation continue et de la pratique (message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), FF 2006 p. 6706; Commentaire du droit de la famille, n. 13, p. 797). Le canton de Zürich exige, outre un diplôme d'études supérieures, une expérience professionnelle de plusieurs années.

D'autres ont invoqué qu'un président travailleur social aurait une vision beaucoup plus holistique (globale) ou que la situation actuelle fonctionnait, même sans présidence juridique.

Enfin, certains ont proposé que le greffier-juriste devienne membre de l'APEA. Cette solution n'est pas possible en raison du fait que le membre de l'APEA a d'autres tâches que le greffier-juriste. Le greffier-juriste doit rédiger les décisions prises par l'APEA en collégialité ou par le seul président et les membres de l'APEA doivent participer à l'instruction du dossier et à son suivi. Le greffier-juriste ne peut pas à la fois s'occuper de rédiger des décisions et siéger au sein de l'APEA, avec la charge de procéder à des actes d'instruction. En outre, actuellement, de l'avis des greffiers des APEA du Valais romand, beaucoup trop d'APEA s'appuient uniquement sur le greffier, les présidents n'ayant pas les compétences juridiques.

Partant, la présidence de l'autorité **assumée par un juriste est nécessaire** à plus d'un titre :

- a/ L'instauration d'une présidence juridique au sein de l'APEA permettra de combler l'inégalité de traitement des causes concernant les enfants de parents mariés (relevant du juge de district) et les enfants de parents non mariés (APEA sans présidence juridique obligatoire actuellement).
- b/ L'APEA est une autorité de première instance, qui dit le droit et qui rend des décisions pouvant être portées devant le Tribunal cantonal et le Tribunal fédéral. Seule une présidence juridique peut incarner ce rôle. Le droit ne s'improvise pas. L'image à retenir est celle d'un chef d'orchestre à qui l'on demande d'avoir suivi des études de musicologie. Il en va de même pour un président d'une APEA à qui l'on doit demander d'être au bénéfice d'une formation juridique.
- c/ Par ailleurs, seul un président juridique peut contrôler les décisions qu'il cosigne avec son greffier. Les 110 tâches incombant aux APEA illustrent l'ampleur et le poids des responsabilités d'une APEA que la nécessité d'une présidence juridique ne fait que concrétiser.
- d/ Il incombe au président de conduire la procédure, d'instruire à titre principal les dossiers, de mener les débats face à des avocats rompus au droit de la famille (certains bénéficiant en plus d'une formation d'avocat spécialisé FSA) et de connaître la procédure civile et le droit matériel. Il ne s'agit pas uniquement de connaître le droit de protection de l'enfant et de l'adulte.

Il faut aussi maîtriser toutes les autres branches du droit, tels le droit de la famille, le droit du bail, le droit des successions, le droit de la santé, les droits réels, le droit des contrats, le droit des assurances sociales, le droit fiscal, etc., soit toutes les branches du droit qui peuvent toucher une personne tout au long de sa vie. Il faut également avoir une capacité à examiner un acte notarié en cas de vente immobilière. Seul un président juriste avec un taux certain aura le temps de procéder à des recherches juridiques.

- e/ Vu l'obligation de l'APEA de soutenir les curateurs/tuteurs et de contrôler la bonne exécution du mandat (art. 400 al. 3 CC), le président doit avoir la capacité de donner un input technique très approfondi aux curateurs/tuteurs (capacité d'aller au-delà du raisonnement ou des propositions du curateur/tuteur). Un président juridique sera plus à même de le faire car il aura les connaissances les plus larges et aura le temps nécessaire. Le surveillant doit avoir plus de compétences juridiques que le surveillé ! En outre, le vieillissement de la population va, par définition, faire augmenter le nombre de dossiers soumis aux APEA. Parmi ceux-ci figurent et figureront des dossiers qui sont, non seulement humainement, mais aussi économiquement très sensibles (fortunes conséquentes de résidents venus profiter à leur retraite des charmes du Valais). Une surveillance déficiente des mandataires non encadrée peut avoir des conséquences désastreuses pour le canton, comme l'a montré récemment l'affaire de Lens (expertise de Philippe Meier du 29 janvier 2019 sur les propositions du groupe de travail).
- f/ Avec 9 APEA sur le territoire cantonal, il y aura un nombre plus important de décisions à rendre, d'où l'importance de privilégier que le seul membre au plus haut taux (président) soit juriste. En outre, avec 9 APEA représentant des bassins de population plus bas que ce qui est préconisé par la doctrine et la COPMA, il y a lieu de prévoir un garde-fou que représente la présidence juridique.
- g/ Si l'activité du président est à titre principal, il est alors nécessaire que ce soit le président avec le plus haut taux d'activité qui ait ces compétences juridiques. Considérer qu'il n'y a pas besoin de présidence juridique car un autre membre de l'APEA aurait des compétences juridiques pour pallier ce manco ne tient pas, du fait notamment que ce membre devrait être garant que les décisions soient correctes sur le plan légal alors qu'il serait moins rétribué que le président. Soulignons encore que l'autorité de protection ne délibère pas toujours de manière collégiale et que certaines décisions relèvent de la seule compétence du président, qui n'est alors pas assisté par un autre membre (art. 112 al. 3 LACC).
- h/ La présidence juridique est nécessaire pour combler le fait qu'actuellement beaucoup de décisions ou de points juridiques sont réglés par le greffier-juriste, solution qui ne tient notamment pas du fait qu'il n'a qu'une voix consultative, qu'il ne doit pas prendre la place du président de l'APEA et créer une dépendance juridique à son égard. L'expert Philippe Meier souligne que la solution du greffier-juriste est un pis-aller qui doit être abandonnée, ce qui ne doit bien sûr pas empêcher l'APEA d'engager des juristes pour son greffe en plus de ses membres à part entière.
- i/ Le président de l'APEA a notamment contact avec d'autres autorités judiciaires (juges cantonaux, juges de district, procureurs) ou d'autres institutions (Ordre des avocats valaisans) ainsi qu'avec des mandataires des personnes concernées qui sont de plus en plus souvent au bénéfice d'une formation spécialisée en droit de la famille (par ex. FSA) ou en droit de protection de l'enfant et de l'adulte. Il est ainsi primordial de pouvoir parler le même langage juridique.

- j/ Un défaut de réactivité ou des décisions incorrectes ou inappropriées prises en matière de protection de l'enfant ou de l'adulte peuvent avoir des incidences énormes sur ces personnes fragilisées et leur avenir. Le canton a également un intérêt financier à prévoir une présidence juridique performante pour prévenir tout dommage impliquant des risques financiers (responsabilité primaire du canton).
- k/ Dans le cas d'une affaire vaudoise de maltraitance et d'abus sexuels d'un père sur ses enfants malgré l'intervention socio-éducative de l'Etat de 1997 à 2015, le Conseil d'Etat vaudois a mandaté l'expert Claude Rouiller pour faire la lumière sur cette affaire. Cet expert a relevé, lors d'une intervention télévisuelle du 14 octobre 2018 à la RTS, que seuls des magistrats spécialisés en droit de protection de l'enfant permettraient de conclure à un risque insignifiant d'erreurs. Comme sus-indiqué, l'Ordre judiciaire vaudois réfléchit à spécialiser au sein de chaque APEA un juge en droit de protection de l'enfant (cf. communiqué du 17 janvier 2020 de l'Ordre judiciaire vaudois). Quant au canton de Fribourg, le Conseil de la magistrature recommande à ses magistrats, y compris les juges de paix, de suivre un CAS en magistrature suite à leur engagement (cf. directives du Conseil de la magistrature concernant la formation des magistrats).
- Par interpellation urgente du 12 juin 2018, les députés Desmeules et Melly ont du reste posé la question de savoir si seuls des magistrats professionnels ne pourraient pas minimiser le risque financier du canton face aux actions en responsabilité à son encontre.
- l/ Enfin, la doctrine considère que la personne jouissant d'une formation juridique devrait en principe assumer la présidence afin qu'un déroulement des procédures conforme au droit soit assuré (Meier/Lukic, op.cit., p. 31 n. 68; Vogel/Wider in RDT 2009 p. 62; RMA 2010 p. 100; Wuarin, in RDT 2003 p. 384).

Elle ajoute que le fait de doter l'autorité de protection d'un greffier-juriste ou de lui accorder le soutien de services internes ou externes compétents ne change rien au devoir des cantons de garantir l'interdisciplinarité des membres de l'autorité. Les cantons doivent veiller à ce que les membres de l'autorité disposent de compétences propres (Steinauer/Fountoulakis, op.cit., p. 469 n. 1063).

De notre point de vue, cette rigueur juridique n'empêche nullement une empathie à l'égard de la personne sous mesure de protection. Nous avons précisé que, s'agissant du président, le titre universitaire en droit était de niveau master, un bachelor d'une durée de trois ans nous paraissant largement insuffisant et non conforme aux exigences du poste.

b) S'agissant de son activité à titre principal

Nous soulignerons tout d'abord que la réduction du nombre d'APEA aura, non seulement une incidence sur la professionnalisation en ce sens qu'elle permettra à l'APEA de rendre un plus grand nombre de décisions engendrant ainsi une plus grande expérience dans les matières traitées et une plus grande effectivité, mais impliquera également un taux d'activité plus important de ses membres.

Et réciproquement, un taux d'activité plus élevé des membres favorise un développement de leurs compétences professionnelles (un raisonnement analogue avait conduit le Conseil fédéral à envisager dès 1995 un taux minimum d'activité pour les officiers d'état civil, eux aussi confrontés à une complexification croissante de leurs tâches, cf. message concernant la révision du CC du 15 novembre 1995, FF 1996 1ss ch. 123 – le principe a été concrétisé à l'art. 1 OEC).

Vu le choix porté sur une autorité cantonale, il a été renoncé à ancrer dans la loi des taux minima des membres de l'APEA.

Une co-présidence ou un partage du poste de président a été évoquée dans le cadre de la consultation aux motifs qu'un temps partiel permettrait d'attirer des personnes et de faciliter le recrutement. Cela permettrait aussi de favoriser le fonctionnement de plusieurs chambres.

Cette possibilité ne doit pas être exclue à l'avenir mais l'on doit rappeler, à l'instar de la doctrine, que la fonction au sein de l'autorité doit être exercée à titre principal (au minimum un 50%).

La doctrine a en effet précisé à cet égard que, compte tenu des tâches qui lui sont attribuées, l'autorité de protection doit être disponible de façon quasi permanente. On ne saurait guère justifier une disponibilité partielle. Par ailleurs, dans les cas urgents, l'autorité de protection doit pouvoir prendre des mesures provisionnelles, voire superprovisionnelles (art. 445 CC; RDT 2008 p. 147; Commentaire du droit de la famille, p. 800 et 801, n. 26 et 28).

Enfin, d'autres cantons ont prévu cette précision, soit par exemple le canton de Berne (art. 9 LPEA).

Article 14 alinéa 2 LACC (abrogé) – Juge de commune

Actuellement, le juge de commune est membre de droit de l'APEA.

La problématique de la qualité de membre de droit du juge de commune a été évoquée, non seulement dans le cadre de la commission extraparlamentaire de 2017, mais également dans le groupe de travail de 2018. Il a été relevé que la présence obligatoire d'un juge de commune pouvait constituer parfois un obstacle à l'interdisciplinarité ou à la spécialisation de l'autorité, du fait que l'exigence de spécialisation n'est pas posée comme condition à l'élection du juge de commune.

Certains problèmes ont été relevés, notamment dans les rapports annuels d'inspection, eu égard au manque de disponibilité ou de compétences professionnelles spécifiques des juges de commune en lien avec la protection de l'adulte et de l'enfant.

Le juge de commune ne bénéficie en effet pas nécessairement des compétences pour satisfaire à l'exigence d'interdisciplinarité de l'autorité dictée par le droit fédéral. Actuellement, au début de chaque législature, une formation est dispensée par certaines APEA aux juges de commune membres de l'autorité.

Or, de l'avis de la doctrine et des recommandations de la COPMA, les membres de l'APEA doivent avoir une formation de base et des compétences professionnelles spécifiques et pointues utiles à la prise de décisions en matière de protection de l'enfant et de l'adulte.

La disponibilité du juge de commune n'est également pas toujours satisfaisante, dans la mesure où ce membre exerce une autre activité professionnelle à titre principal et ne peut pas systématiquement se libérer en journée. Par ailleurs, le juge est réélu chaque quatre ans. Dans la mesure où le juge de commune peut changer après une législature, l'efficacité, l'efficience et la constance de l'APEA peuvent en pâtir pendant une période transitoire puisqu'il s'agira d'apporter au nouveau juge une formation ou de lui réexpliquer le fonctionnement et les tâches de l'autorité.

Enfin, il est délicat que le juge de commune, membre de l'APEA, participe à la prise de décisions à l'égard de personnes qui sont ses électeurs.

Cette abrogation a reçu un écho très favorable dans le cadre de la consultation. Le manque de compétences spécifiques ainsi que le manque de disponibilités ont été mis en avant.

Certains ont évoqué le fait qu'il faudrait alors trouver comment la commune pourrait continuer à être mise au courant des mesures prononcées. Nous rappelons cependant que les décisions prises par l'APEA sont soumises au secret curatelaire (art. 451 al. 1 CC).

Pour d'autres, si un juge de commune présente des compétences intéressantes pour une APEA, il doit pouvoir être nommé au sein de celle-ci s'il en fait la demande. Cette solution n'est pas idéale, puisqu'il lui manquera toujours la disponibilité et le taux nécessaire d'activité pour engranger cette fameuse routine et expérience nécessaire à la fonction.

Article 14 alinéa 2^{bis} LACC (nouveau) – Interdisciplinarité des membres

La liste des 110 tâches incombant à l'APEA illustre l'ampleur et le poids des responsabilités qui pèsent sur cette autorité dans le domaine de la protection de l'enfant et de l'adulte. Les décisions complexes prises en ces domaines ont des incidences importantes sur le destin des personnes sous mesure de protection.

La doctrine (RMA 2010 p. 91) a précisé encore que l'autorité est composée de trois membres au moins et qu'ils sont choisis en fonction de leurs compétences nécessaires pour remplir leurs tâches.

Le message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 relevait que *l'autorité doit toujours comprendre un juriste afin de garantir une application correcte du droit* (ndlr : ce qui n'est pas le cas actuellement en Valais). *En outre, selon le cas à régler, les membres devraient disposer de compétences psychologiques, sociales, pédagogiques, comptables, actuarielles ou médicales. Pour les questions se rapportant à la gestion des biens ou à l'approbation des comptes, il serait souhaitable que l'autorité comprenne aussi des personnes disposant de connaissances en gestion de biens ou de comptabilité* (message du Conseil fédéral, FF 2006 p. 6706).

La COPMA a encore précisé que, à tout le moins, les trois compétences clés à retenir étaient celles du droit, du travail social et de la pédagogie/psychologie.

Les compétences spécifiques des membres sont importantes pour aider le président à traiter le dossier et à prendre des décisions idoines. L'APEA est en effet une autorité interdisciplinaire qui doit prendre ses décisions en collégialité (art. 440 al. 1 et 2 CC), sauf pour certains points (cf. art. 112 al. 3 et 4 LACC).

Le canton du Jura (art. 6 de la loi sur l'organisation de la protection de l'enfant et de l'adulte) a prévu que les membres non permanents comprennent notamment un médecin généraliste ou un pédiatre, un psychiatre et une personne du domaine financier ou fiduciaire, alors que les membres permanents comprennent au moins un juriste, un travailleur social et un psychologue (art. 5 de la loi sur l'organisation de la protection de l'enfant et de l'adulte).

Afin de laisser une certaine marge de manœuvre, nous n'avons pas voulu arrêter de manière stricte les domaines dans lesquels les membres et suppléants doivent bénéficier d'un titre reconnu et d'une expérience professionnelle. Nous avons mentionné les plus pertinents, sans être exhaustifs. D'autres cantons en ont fait de même (art. 2 LPEA/FR; art. 8 LPEA/BE; art. 4 LAPEA/NE). Néanmoins, il nous a paru important de concrétiser l'interdisciplinarité dans le cadre de cet article.

Dans le cadre de la consultation, certains ont relevé qu'il ne fallait pas parler de compétences particulières, mais de titres reconnus; ce que nous avons retenu dans notre modification légale, tout en ajoutant la notion d'expérience professionnelle.

Le groupe de travail n'a pas modifié le système des assesseurs et a rappelé l'importance des conventions conclues avec la Société médicale du Valais, Fiduciaire Suisse-Section Valais, l'association des psychologues et psychothérapeutes et l'association des travailleurs sociaux dans la mesure où elles ont notamment arrêté le tarif horaire de l'intervention de ces professionnels. Il a néanmoins été relevé que les APEA font, dans la règle, toujours appel aux mêmes assesseurs de sorte que certaines personnes sur ces listes ayant accepté de fonctionner en tant qu'assesseurs peuvent très bien ne jamais être appelées. En date du 17 juin 2019, le Département, par le SJSJ, a communiqué à l'ensemble des APEA les listes actualisées des assesseurs des différentes associations professionnelles.

La Société médicale du Valais a relevé que la place des assesseurs, notamment dans le domaine médical, n'était pas clairement établie dans le projet de loi. Elle demandait que le rôle des assesseurs soit mieux défini et que la loi précise leur intervention dans les situations qui supposent leur expertise.

Cependant, l'article 14 alinéa 4 LACC prévoit déjà que "*De manière à satisfaire à l'exigence de l'interdisciplinarité dans un cas particulier, l'autorité de protection peut faire appel à un assesseur disposant de connaissances spéciales, notamment en matière d'éducation, de pédagogie, de médecine, de psychologie ou de gestion fiduciaire des biens*". Il n'y a dès lors pas lieu de rajouter un point supplémentaire à ce sujet.

Article 14 alinéas 3 LACC – Greffier et secrétariat

Dans l'idée que l'APEA doit avoir les moyens de fonctionner de manière optimale et efficace, il a semblé important de préciser que les membres de l'APEA et le greffier-juriste sont soutenus dans leurs activités par un secrétariat. D'autres cantons l'ont précisé dans leur législation (art. 14 LPMA/TI; art. 8 de la loi sur l'organisation de la protection de l'enfant et de l'adulte/JU; art. 13 LPEA/BE).

Nous avons précisé que, s'agissant du greffier-juriste, le titre universitaire en droit était de niveau master, un bachelier d'une durée de trois ans nous paraissant largement insuffisant et non conforme aux exigences du poste.

Enfin, nous avons supprimé qu'en cas d'empêchement ou de récusation du greffier, l'autorité de protection désigne un greffier remplaçant. Ce type de question organisationnelle sera en effet traitée dans le cadre du règlement interne de l'APEA.

Article 14 alinéa 7 LACC – Formation continue des membres des APEA, du greffier et du secrétariat

A l'instar de la nécessaire formation continue des curateurs et tuteurs privés et professionnels, les membres de l'autorité de protection doivent suivre une formation continue. L'autorité d'engagement (soit le Conseil d'Etat; art. 14 et 44 LcPers) veillera au suivi de la formation continue des membres de l'autorité de protection. Il en va de même pour le secrétariat et le greffier.

Certains ont précisé que cela n'était pas nécessaire, car la formation continue était déjà prévue soit par leurs corporations ou par leurs professions. Cette remarque est exacte mais l'on prévoit ici une formation continue, utile et spécifique à leur mission de membre de l'APEA. L'importance de la formation continue pour les membres de l'autorité de protection est du reste reconnue dans d'autres cantons (art. 2 LPEA/FR; art. 19 LPEA/BE).

Article 14a LACC (nouveau) – Conditions d'engagement des membres

Il est apparu opportun d'ajouter, comme dans le canton de Neuchâtel (art. 5 LAPEA), certains critères pour être membre de l'APEA en sus des compétences prescrites par l'article 14 alinéas 1 et 2^{bis}.

Pour des raisons évidentes, un premier point a semblé important, soit celui d'absence de toute mesure de curatelle.

Puis, nous avons rajouté la précision d'exemption de poursuites et d'inscription au casier judiciaire (ordinaire et spécial). Il est en effet important pour des membres d'une autorité de faire preuve d'une probité et d'une solvabilité absolues, tel que rappelé dans la circulaire du Département du 28 février 2019. Actuellement, les mises au concours de postes de procureur et de juge de district mentionnent l'exigence de production d'extraits de casier judiciaire et d'extraits de poursuites par les candidats.

Si l'extrait du registre des poursuites fait ressortir que le membre de l'autorité de protection à désigner a des poursuites en cours - chicanières ou non, classées sans suite ou closes par suite de paiement durant les cinq dernières années, l'autorité d'engagement doit apprécier de cas en cas, le cas échéant après l'avoir entendu, si celles-ci constituent un obstacle à l'exécution de sa mission. L'existence de poursuites en cours doit toutefois, dans la règle, amener l'autorité d'engagement à renoncer à l'engagement.

La question s'est posée de savoir si la production de ces documents devait être renouvelée tous les deux ans, comme pour les curateurs et tuteurs. Afin de garder une certaine cohérence et proportionnalité au sein du système, l'idée a été abandonnée de demander une telle production, puisque les juges de district et les procureurs ne semblent pas être actuellement astreints à une telle exigence.

Comme dans le canton de Neuchâtel, il a paru pertinent de prévoir que ne pouvaient être nommés membres de l'autorité de protection que les personnes âgées de moins de 70 ans. Le membre pourra naturellement siéger jusqu'à la fin de l'année calendaire.

Dans le cadre de la consultation, ces exigences ont été très bien accueillies. La question de l'âge a suscité des remarques, telles qu'il fallait plutôt retenir l'âge AVS ou ne pas prévoir d'âge maximal. Certains ont également relevé qu'il fallait prévoir un âge minimal, soit 30 ans. Nous considérons qu'un âge minimal serait discriminant et rendrait plus difficile le processus de recrutement des membres.

Par ailleurs, l'âge de 70 ans est calqué sur ce qui est prévu pour les notaires, soit que la fin des fonctions survient à l'âge de 70 ans (art. 24 al. 2 de la loi sur le notariat [LN]). En outre, les collaborateurs de l'administration cantonale peuvent également désormais travailler jusqu'à l'âge de 70 ans (introduction d'un âge de retraite flexible de 58 à 70 ans, suite aux modifications de la loi régissant la Caisse de prévoyance du canton du Valais, adoptées en décembre 2018 et entrées en vigueur au 1^{er} janvier 2020).

Certains participants à la consultation ont indiqué qu'il n'y avait pas besoin de prévoir cet âge de 70 ans, vu que les membres de l'APEA seront des employés de l'Etat du Valais. A notre sens, le maintien se justifie, car cela amène davantage de clarté de prévoir dans une seule disposition l'ensemble des conditions.

Enfin, il s'agit de préciser que les conditions prévues à l'article 14a sont des conditions cumulatives.

Article 14b LACC (nouveau) – Rôle de la présidence

Nous avons prévu à l'alinéa 1 que le président dirige l'autorité de protection et veille à la bonne marche de l'APEA et au respect du principe de célérité, en s'inspirant du canton de Berne (art. 7 LPEA), des tâches dévolues au doyen d'un tribunal de première instance (art. 12 du règlement d'organisation des tribunaux valaisans (ROT) ou des tâches du procureur général (art. 6 al. 2 LACPP)).

La direction de l'autorité de protection ainsi que la bonne marche de l'APEA doivent être mises en relation avec le contrôle qu'exercera l'autorité de surveillance administrative sur le fonctionnement et l'organisation de l'APEA.

Rappelons que les articles 29 alinéa 1 Cst. féd. et 6 § 1 CEDH consacrent le principe de célérité, selon lequel toute personne a le droit, dans une procédure judiciaire, à ce que sa cause soit traitée dans un délai raisonnable.

A l'alinéa 2, nous avons mentionné que le président représentait l'autorité envers l'extérieur, à l'instar du canton de Berne (art. 7 LPEA).

A l'alinéa 3, nous avons précisé que le président assumait la fonction de supérieur hiérarchique du personnel de l'autorité dans les questions relevant du droit du personnel, comme le canton de Berne (art. 7 LPEA). Par personnel, l'on entend l'ensemble des personnes œuvrant au sein de cette autorité, à savoir les membres, les assesseurs, les greffiers et le secrétariat.

Enfin, à l'alinéa 4, il a semblé important d'ancrer le principe du remplacement du président en cas d'empêchement (maladie, vacances) ou de récusation de ce dernier et de le préciser puisque les articles 15 alinéas 1 et 7, 112 alinéas 3 et 5, 118c et 118d LACC évoquent déjà actuellement le remplacement du président.

La présidence étant centrale et cruciale, il s'agissait de prévoir que le président soit remplacé par un des membres au courant des questions à traiter et du rôle à tenir.

Dans le cadre de la consultation, certains ont demandé s'il ne fallait pas prévoir un vice-président, qui remplacerait le président. Jusqu'à présent, dans certaines APEA, un vice-président était désigné, bien que cette notion n'existait pas sur un plan légal.

Cela étant, dans la plupart des APEA, le remplacement du président se fait par l'un des membres selon une désignation interne.

Dans le canton du Jura, il est prévu que les autres membres assument la fonction de vice-président (art. 7 al. 2 de la loi sur l'organisation de la protection de l'enfant et de l'adulte), sans préciser qui désigne ce vice-président et dans le canton de Berne, le vice-président est désigné par le Conseil-exécutif parmi les membres. La solution jurassienne permet la désignation du membre de façon plus souple en fonction du dossier.

Notre formulation légale se calque sur la solution jurassienne. Elle prend également en compte le fait que les membres sont à un pourcentage réduit et peuvent être désignés en fonction du dossier ainsi que de leurs compétences. Il est laissé une latitude à l'interne pour savoir qui des deux membres remplacera le président, en cas d'empêchement ou de récusation.

Nous ne retenons donc pas la notion de vice-président qui n'a de sens que si c'est toujours le même membre qui remplace le président.

Article 15 alinéa 2 LACC – Délibérations et décisions

Il est important de prévoir qu'il incombera à l'autorité de surveillance administrative et organisationnelle sur les APEA de désigner des membres ad hoc si, dans un cas particulier, l'autorité de protection ne peut pas se constituer (avis de droit du Professeur Philippe Meier du 19 novembre 2018).

Article 16 alinéa 1 et 2 LACC - Surveillance

Tout d'abord, la question s'est posée de savoir si les APEA, désormais autorités cantonales avec tâches juridictionnelles, étaient soumises à la surveillance du Conseil de la magistrature.

Selon l'article 2 alinéa 1 lettre a de la loi sur le Conseil de la magistrature (LCDM), "*le Conseil de la magistrature est l'organe de surveillance des autorités judiciaires cantonales, instituées par la loi sur l'organisation de la Justice du 11 février 2009*".

Même si les APEA sont désormais cantonales, elles ne sont pas instituées par la LOJ, mais par la LACC. Elles ne sont donc pas soumises à la surveillance du Conseil de la magistrature (cf. p. 3 du message du Conseil d'Etat du 23 mai 2018 accompagnant le projet de LCDM).

Cela étant mentionné, il s'agit de rappeler que la surveillance de l'autorité de protection vise à assurer l'uniformité dans l'application du droit, le bien-fondé des décisions, le fonctionnement optimal de l'institution et le respect de la séparation des Pouvoirs.

Dans une acception large, la notion de surveillance recouvre à la fois la surveillance administrative et la procédure judiciaire de recours (CommFam, op. cit., p. 805, n. 1).

Dans ce dernier cas, la surveillance s'exerce par le biais de recours adressés à l'autorité judiciaire chargée de se prononcer sur le bien-fondé des décisions de l'autorité de protection. Dans un sens étroit, le concept ne vise que la surveillance administrative, dans quel cas l'autorité de surveillance agit d'office ou sur requête; son rôle se limite à un contrôle de la gestion de l'autorité de protection du point de vue administratif, de l'organisation et des compétences (CommFam, op. cit., p. 805, n. 1).

Dans le canton du Valais, la surveillance est répartie entre le Tribunal cantonal et le Département en charge de la sécurité :

- a/ Le Tribunal cantonal est l'autorité de recours contre les décisions prises par les APEA (art. 114 al. 1 let. c LACC). Il contrôle l'application correcte du droit matériel et formel. Il est chargé de se prononcer sur le bien-fondé des décisions de l'autorité de protection. Les missions de l'instance judiciaire de recours résultent de la loi (art. 450 à 450e CC).
- b/ La surveillance administrative et organisationnelle des APEA relève du Conseil d'Etat qui la confie au Département en charge de la sécurité, par le SJSJ (art. 10 let. g^{bis} nouveau; art. 16 al. 1 LACC et 5 al. 1 OPEA).

Actuellement, le rôle du SJSJ se limite à un contrôle de la gestion de l'autorité de protection du point de vue administratif et organisationnel. Le SJSJ traite également les plaintes de particuliers qui lui sont adressées ainsi que les cas de responsabilité civile qui lui sont soumis, à régler par voie transactionnelle (et par voie judiciaire, suite à la modification du règlement concernant la représentation de l'Etat devant les tribunaux adoptée en session de mars 2020 du Grand Conseil, ainsi que les actions récursoires en découlant).

La doctrine mentionne pourtant que les missions de l'autorité de surveillance doivent être conçues avec largesse (CommFam, op.cit., p. 806 n. 4). De plus, elle ajoute que, si le canton répartit les missions entre plusieurs autorités, il doit déterminer les compétences concrètes et respectives et leur hiérarchie (CommFam, op.cit., p. 809 n. 14).

Partant, il a semblé opportun de préciser dans la loi que la surveillance des autorités de protection est une surveillance **administrative et organisationnelle** qui relève du Conseil d'Etat selon des modalités arrêtées par voie d'ordonnance et que l'application correcte du droit relève du Tribunal cantonal en tant qu'autorité de recours (art. 114 al. 1 let. c LACC).

D'autre part, il paraît important de préciser les tâches découlant de la surveillance administrative et organisationnelle du SJSJ afin de pouvoir notamment veiller à l'application uniforme du droit, s'assurer d'un bon fonctionnement des APEA et de la bonne compréhension par les APEA du droit formel et matériel, quand bien même le SJSJ ne peut pas revoir les décisions des APEA (de la compétence du Tribunal cantonal au travers des recours qui lui sont soumis).

Il a également paru utile de s'inspirer de la surveillance administrative opérée par le Conseil de la magistrature (CDM), sur l'organisation et le fonctionnement des autorités judiciaires et du ministère public.

a/ Le fonctionnement correct d'un service public : sont concernés tous les domaines de la gestion (sur le modèle de l'art. 2 al. 1 du règlement sur la surveillance par le Tribunal fédéral - RS 173.110.132), à l'exception de la gestion financière relevant de la compétence de l'Inspection cantonale des finances.

Les domaines de la gestion à surveiller administrativement sont donc notamment la direction de l'autorité de protection, la répartition de la charge de travail et la dotation en ressources humaines de chaque autorité, le respect de l'organisation arrêtée par le règlement interne, la gestion du personnel, les outils informatiques et l'archivage.

b/ Le respect des obligations imposées aux présidents de l'autorité, aux membres et à leurs suppléants :

- la rigueur : exigence intellectuelle postulant notamment une formation continue;
- l'assiduité : application, ponctualité, promptitude dans l'exécution;
- la diligence : référence au comportement du juge ou du procureur modèle, par analogie au bonus pater familias de l'article 41 du code des obligations (CO);
- l'humanité et l'empathie envers les personnes sous mesure de protection.

c/ Le respect des principes d'efficacité et d'économicité garantissant respectivement la meilleure gestion administrative possible (art. 2 al. 4 LGCAF) et prescrivant un emploi économique et judicieux des fonds (art. 2 al. 3 et 3 al. 1 LGCAF et art. 2 al. 3 du règlement sur la surveillance par le Tribunal fédéral qui a la teneur suivante : "*La surveillance a pour but une exécution conforme à la loi, efficace et économique des tâches incombant aux tribunaux concernés*").

L'OPEA devra être modifiée pour préciser les tâches découlant de la surveillance administrative et organisationnelle du SJSJ, à savoir :

- se saisir d'office ou sur signalement;
- traiter les plaintes qui lui sont soumises et les cas RC qui lui sont adressés, par voie transactionnelle (et par voie judiciaire, suite à la modification du RRET adoptée en session de mars 2020 du Grand Conseil, ainsi que les actions récursoires en découlant);
- veiller à l'application uniforme du droit matériel et formel allant au-delà d'une coordination des pratiques (art. 8 al. 2 de l'actuelle OPEA); il en va ainsi dans d'autres cantons, tel le canton du Tessin qui, par l'inspection (art. 11 al. 1 let. c LPMA), supervise une application régulière et uniforme des règles de protection des mineurs et des adultes;
- prendre connaissance des prononcés du Tribunal cantonal en matière de protection de l'enfant et de l'adulte qui lui auront été transmis afin de déceler l'éventuelle mauvaise compréhension du droit matériel et formel par les APEA et d'y pallier ensuite par le biais de circulaires/directives;
- fournir des renseignements généraux professionnels sur demande (tel que préconisé par la doctrine), mais non sur des cas particuliers;
- dispenser ou organiser des formations continues pour les membres d'APEA, et non plus uniquement en transmettant aux APEA des offres de formation continue externes;
- contrôler l'activité des APEA par des inspections périodiques (CommFam, op.cit., p. 808, n. 9; Knapp, Précis de droit administratif, Ed. Bâle 1991, p. 5, n. 13). La surveillance administrative portera également sur l'organisation et le fonctionnement des APEA;
- contrôler l'organisation et le fonctionnement des APEA;
- contrôler le respect des obligations imposées aux présidents de l'autorité et à leurs remplaçants ;
- contrôler le respect des principes d'efficacité et d'économicité;
- approuver le règlement interne des autorités de protection (art. 16a al. 2 nouveau).

Il pourra également s'agir de repenser les modalités des inspections des APEA, qui sont actuellement exercées par des inspecteurs. Il en découlera alors une modification de l'OPEA.

Lors de la consultation, beaucoup ont relevé qu'il ne fallait pas renforcer la surveillance administrative du SJSJ. Le terme renforcement a peut-être été trompeur. Tel que précisé supra, l'idée est de préciser les tâches découlant de la surveillance administrative du SJSJ et de les citer expressément.

Puis, certains ont indiqué qu'il était contraire à l'indépendance de l'APEA le fait de prévoir que la surveillance de l'autorité administrative englobe également l'application uniforme du droit et la bonne compréhension par les APEA du droit formel et matériel. Cette remarque tombe à faux, à plus d'un titre :

Tout d'abord, il y a lieu de rappeler que, telle que prévue actuellement, la surveillance administrative ne s'entend pas d'un contrôle de la mise en œuvre du droit matériel dans un cas particulier. Elle n'inclut pas un pouvoir d'instruction, ni de modification des mesures prises dans un cas particulier (art. 6 al. 2 OPEA). En effet, la correction directe d'une décision de l'autorité de protection qui se rapporte à un cas d'espèce ne peut pas être effectuée dans le cadre de la surveillance administrative; cette compétence appartient au seul tribunal compétent dans le cadre de la procédure judiciaire de recours (art. 450 CC; FF 2006 6707; (Meier, Droit de protection de l'adulte, Ed. 2016, P. 76ss, n. 152ss ; Droit de protection de l'adulte, op.cit., p. 27, n. 1.77ss).

Puis, l'auteur Knapp relève bien que le pouvoir de surveillance comprend, de manière générale, le droit de veiller à ce que l'organisme surveillé respecte, sous réserve de son autonomie, son propre ordre juridique et celui de la collectivité surveillante. Par ailleurs, soulignons que la surveillance administrative a surtout une grande importance pour l'amélioration qualitative de la protection de l'enfant et de l'adulte (CommFam, op. cit., p. 805, n. 2).

Enfin, l'autorité de surveillance doit veiller à une application correcte et uniforme du droit (cf. message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 accompagnant le projet de loi introduisant le nouveau droit de protection de l'enfant et de l'adulte - FF 2006 6707). Elle surveille et soutient l'activité de l'autorité de protection et indirectement également celle des mandataires. Dans cette attribution, elle doit s'assurer que les services subordonnés remplissent leurs tâches conformément au but recherché (CommFam, op. cit., p. 806, n. 5). Elle peut intervenir d'office si elle a connaissance d'un acte ou d'une omission illicite de l'autorité de protection et des curateurs (Meier, op. cit., p. 77, n. 154) ou sur signalement; elle est exercée de manière préventive et répressive (CommFam, op. cit., p. 806, n. 6).

La surveillance est assurée de façon préventive par la publication d'instructions générales (lignes directrices ou circulaires sur des questions pratiques importantes; elles sont contraignantes pour les autorités de protection subordonnées) ou de directives, la transmission d'informations de tiers (ex. recommandations de la COPMA), des conseils dans des cas d'espèce ou des renseignements professionnels sur demande, l'organisation de formations de base ou continues ou la fourniture de supports techniques ou la documentation de la jurisprudence (CommFam, op. cit., p. 807 n. 7; Knapp, op. cit., p. 5, n. 13).

L'autorité de surveillance doit également examiner les plaintes déposées devant elle. Par ce moyen de droit, les intéressés sont habilités à saisir en tout temps l'autorité de surveillance, sans pouvoir néanmoins prétendre au prononcé d'une décision formelle (Droit de protection de l'adulte, op.cit., p. 28, n. 1.81; Knapp, op. cit., p. 5, n. 13).

Enfin, au vu de la responsabilité lui incombant directement, le canton a un intérêt immédiat à ce que la qualité de l'activité menée par l'APEA soit guidée et contrôlée. Cet objectif peut être réalisé, par exemple à l'aide d'une surveillance et de directives qualitatives quant à l'organisation des autorités ou en garantissant l'intégration et la conduite directe de ces autorités (Droit de protection de l'adulte, op.cit., p. 27. n. 1.75; RDT 2008 p. 162).

D'autres cantons ont prévu expressément dans leur réglementation une surveillance administrative, organisationnelle et technique du Conseil d'Etat, par le Département (p. ex. art 36 KESV/GR), qui comprend le contrôle de l'application uniforme du droit, des inspections, la supervision de la formation et le perfectionnement des membres des autorités, ainsi qu'une intervention d'office ou sur plainte contre des situations irrégulières.

A l'alinéa 2, nous concrétisons le principe évoqué à l'article 22 alinéa 3 LIPDA qui mentionne que les données personnelles ainsi que les données sensibles peuvent, dans des cas concrets, être transmises aux autorités et organes publics qui en font la demande si la transmission est autorisée par la loi ou si les informations sollicitées sont nécessaires à l'accomplissement de leurs tâches.

Il est nécessaire dans le cadre du traitement des plaintes ou des cas de responsabilité civile de pouvoir accéder au dossier de l'affaire concernée de l'autorité de protection sous une forme non anonymisée.

Article 16a (nouveau) – Règlement interne

Cet article s'inspire de la LOCRP (art. 2 al. 1 2^{ème} phrase) et de la LOJ (art. 44 et 45), lesquelles prescrivent aux autorités judiciaires et au ministère public de se doter d'un règlement interne d'organisation. L'article 8 LCDM prévoit également que le Conseil de la magistrature dispose d'un règlement interne d'organisation.

Chaque autorité de protection de l'enfant et de l'adulte édictera un règlement interne fixant son organisation et son fonctionnement, à l'instar du canton de Berne (art. 15 LPEA).

Ce règlement traitera notamment de l'organisation des permanences, des pouvoirs de représentation et du droit de signature, de la communication d'informations aux plans interne et externe, de la récusation, des empêchements et de la suppléance.

Enfin, le règlement interne sera soumis à l'approbation de l'autorité de surveillance.

Article 19 LACC (abrogé) – Collaboration imposée

Cet article est abrogé, au motif qu'il nous paraît superflu, non seulement en raison des principes posés à l'article 18 alinéas 1 et 2 LACC mais aussi en vertu de l'article 150 de la loi sur les communes (LCo). Ce dernier article prévoit que lorsqu'une autorité d'une collectivité de droit public néglige d'entreprendre une tâche ou d'accomplir un acte prescrit impérativement par la loi, le Conseil d'Etat, après une sommation au moins, prend les mesures nécessaires ou charge un tiers de l'exécution de cette tâche, à la place et aux frais de la collectivité défailante.

Articles 17 alinéa 1; 19a alinéa 1; 19a alinéa 2(abrogé) ; 19c à 19f (nouveau); 29 alinéa 2 LACC – Curateurs et tuteurs privés et professionnels

Dans le canton du Valais, il s'agit actuellement de distinguer entre les différents curateurs et tuteurs:

- 1° Curateur professionnel : curateur au sein d'un service officiel de la curatelle (SOC), d'un CMS, de Pro Senectute ou de l'office pour la protection de l'enfant (OPE), assumant des mandats à la demande des APEA;
- 2° Tuteur professionnel : tuteur au sein d'un SOC, assumant des mandats à la demande des APEA ou d'un CMS et de Pro Senectute;
- 3° Curateur privé professionnel : curateur au sein d'une structure privée professionnelle assumant un nombre important de mandats à la demande des APEA;
- 4° Curateur privé : d'une part, personne à disposition des APEA pour assumer quelques mandats simples (4-5) et, d'autre part, personne ayant des compétences professionnelles spécifiques particulières (p. ex. avocat, notaire, agent fiduciaire);
- 5° Curateur ou tuteur de "*proches*" (qui sont également des curateurs/tuteurs privés) : personne assumant un mandat de protection pour un membre de sa famille.

L'on peut se référer aux arrêts 145 I 183 et 6B_580/2016 du 23 octobre 2017 du Tribunal fédéral sur les diverses classifications qui peuvent varier d'un auteur de doctrine à un autre. Au regard de ces distinctions, nous avons ajouté à l'article 19a alinéa 1 le terme de "*tuteur*".

Puis, rappelons que les missions de l'OPE sont fixées dans la loi cantonale en faveur de la jeunesse (LJe). L'office collabore notamment avec les APEA et peut être appelé à examiner les conditions d'existence d'un enfant en réalisant sur demande des APEA des enquêtes sociales et/ou procéder à l'audition d'enfant (art. 19 LJe). Il peut être aussi chargé d'un mandat de garde (art. 310 CC), de mesures de surveillance (art. 307 al. 3 CC) et de curatelle éducative (art. 308 al. 1 et 2 CC) ordonnées par les APEA.

Le message du Conseil d'Etat du 25 juin 2008 mentionnait que : "*le service officiel de la curatelle pourvoit à l'exécution des mandats d'aide et de gestion que l'autorité de protection ne peut confier à un particulier ou au service cantonal de la jeunesse (art. 17 al. 1 P.LACCS). Il n'intervient donc qu'à titre subsidiaire. Il incombe, en effet, à l'autorité de protection de procéder elle-même à la recherche de particuliers en mesure d'assumer un mandat de curateur ou de tuteur "à titre privé" (art. 112 al. 4 lettre e P.LACCS) (FF 2006 6683). Ce principe demeure valable même si l'obligation d'accepter un mandat de curatelle pour une personne privée (art. 400 al. 2 aCC) a été abrogée au 1^{er} janvier 2019.*

Nous avons ainsi précisé l'alinéa 1 de l'article 17, en y ajoutant le terme "*en principe*" puisque, dans la pratique, les APEA peuvent confier à des curateurs privés professionnels ou à des curateurs professionnels d'entités reconnues d'utilité publique (CMS et Pro Senectute) des mandats complexes ne pouvant être assumés par un particulier ou par l'OPE. Des curateurs avec des compétences particulières (avocat, notaire, professionnel de la gestion fiduciaire de biens) complètent ce panel. Il ne s'agit pas non plus d'oublier le fait qu'il peut y avoir également des mandats de tutelle assumés par des privés ou des professionnels.

Nous avons également ajouté le terme "*en principe*" à l'article 29 alinéa 2 LACC afin de faire écho à l'article 17 alinéa 1 et de reprendre la même idée. Le terme des "*connaissances spéciales requises par leur mission*" a également été ajouté pour reprendre la même terminologie de l'article 19c alinéa 1 lettre a LACC.

L'article 19a alinéa 2 a également été abrogé, en raison de la teneur des articles 17 alinéa 1 et 29 alinéa 2 LACC, ainsi que de l'article 19a alinéa 3 LACC, qui reprennent l'objet de cet article.

En complément des articles 17 alinéa 1 et 29 alinéa 2, les articles 19c à 19f précisent ces points. Si l'on résume :

- l'article 19c concerne les curateurs et tuteurs professionnels du SOC;
- l'article 19d a trait aux autres curateurs et tuteurs professionnels, soit ceux des CMS et de Pro Senectute, ceux de l'OPE ainsi que ceux de structures privées professionnelles;
- l'article 19e vise les curateurs et tuteurs privés, soit ceux s'occupant de proches, ceux ayant un à plusieurs mandats ou ceux ayant été choisis pour leurs compétences particulières, à mettre par exemple en lien avec l'article 31 alinéa 2 lettre a LACC (avocat ou notaire p. ex.);
- l'article 19f concerne également des curateurs et tuteurs privés, aux compétences particulières, en lien avec une fortune mobilière et/ou immobilière importante(s).

D'autres cantons ont prévu de telles précisions ou distinctions (art. 27ss LAPEA/NE; art. 9 LPEA/FR; art. 35 LPEA/BE; art. 6 de l'ordonnance concernant la protection de l'enfant et de l'adulte/JU; art. 40 LVPAE/VD; art. 14 et 15 ROPMA/TI).

Certains cantons ont prévu des distinctions entre, par exemple, cas simples et cas lourds pour faciliter l'attribution des mandats entre les curateurs privés et les curateurs professionnels (art. 40 al. 4 LVPAE/VD) ou ont spécifié expressément qu'au-delà d'une fortune de fr. 50'000.--, un curateur privé professionnel devait être mandaté (art. 2 al. 2 RRC/GE). Cette limite de fortune a été fixée pour décharger le Service de protection de l'adulte du canton de Genève (service cantonal des curateurs professionnels).

Le groupe de travail n'a pas considéré utile d'apporter plus de précisions dans la loi en faisant par exemple des distinctions entre cas simples et cas lourds, afin que cela soit laissé à la libre appréciation de l'APEA, naturellement dans le respect du cadre légal fédéral et cantonal (précisé selon développement supra). Du reste, dans la pratique, les curateurs privés professionnels et les curateurs privés assument des cas simples et les cas lourds ainsi que les cas des personnes indigentes sont pris en charge par le SOC. Certains curateurs privés professionnels peuvent néanmoins également se charger de cas lourds.

Il a semblé néanmoins important, vu le milliard sous gestion dans le canton du Valais en 2018 (soit la totalité des actifs mobiliers supérieurs à fr. 500'000.-- des personnes sous mesures de protection) de prévoir expressément dans la loi qu'un curateur/tuteur privé aux compétences particulières (p. ex. professionnel en gestion fiduciaire de biens, avocat, notaire) soit nommé, afin d'exercer le mandat en faveur d'une personne sous mesure de protection, ayant une fortune mobilière importante.

Vu la complexité, nous avons considéré qu'il fallait renvoyer à l'ordonnance, qui déterminera le seuil de la fortune (montant à partir duquel on considère que la fortune mobilière est importante {par ex. 500'000 francs) et précisera les modalités.

L'ordonnance mentionnera également s'il s'agit de prendre en compte une fortune nette ou brute. Une fortune mobilière nette s'entend de la fortune mobilière directement disponible (argent liquide, avoirs bancaires ou postaux, titres, etc.), sous déduction des dettes à court terme (mais non des dettes hypothécaires) et à l'exclusion des revenus. Les avoirs LPP, les garanties de loyer, l'assurance-vie mais également la fortune immobilière de la personne concernée ne sont ainsi pas pris en compte.

Une fortune immobilière nette s'entend quant à elle sous déduction des dettes hypothécaires.

L'ordonnance pourra prévoir la nomination d'un curateur/tuteur aux compétences particulières si la situation est complexe ou si l'autorité de protection l'estime nécessaire (par ex. fortune mobilière importante mais dettes conséquentes également). Des exceptions pourront par exemple être également prévues, par ex. si la personne sous mesure de protection habite sa maison.

La notion de limite de fortune mobilière a rencontré en grande majorité un écho favorable. Certains ont néanmoins exprimé qu'il fallait relever la limite à un million, surtout si l'on songe aux biens immobiliers. Cependant, cette limite serait à notre sens trop élevée et plus risquée.

D'autres se sont questionnés quant à savoir ce qu'il se passerait si cette limite devait être atteinte en cours de mandat. Conformément à l'article 400 alinéa 1 CC, il appartiendra à l'APEA de nommer un nouveau curateur/tuteur, remplissant les aptitudes de l'article 19f LACC. Il sera opportun dans ce type de cas que l'APEA envisage un rendement de comptes annuel et non bisannuel (art. 410 al. 1 CC).

Certains ont soulevé le fait qu'un curateur au sein de chaque SOC pourrait ne s'occuper que de ce type de cas. Cette solution pourrait être à notre sens problématique et ce, à plusieurs égards :

- cela pourrait être difficile de recruter une telle personne au sein du SOC;
- généralement, les SOC traitent les cas des personnes indigentes;
- cela pourrait être délicat et dangereux de concentrer les cas de fortune importante sur une seule personne.

Certains ont regretté que des compétences spécifiques en gestion financière soient réservées aux plus nantis, chaque individu devant a priori bénéficier de la même qualité de services. La fortune de chacun a la même valeur aux yeux de celui qui a économisé et qu'importe le moment.

Nous ne faisons que préciser le profil nécessaire du curateur/tuteur pour des montants importants de fortune, qui sont des cas particuliers avec des risques importants, sans créer pour autant une inégalité entre personnes nanties et les autres. Cette disposition n'est qu'un écho de l'article 400 alinéa 1 CC, qui prévoit que l'APEA doit nommer un curateur/tuteur qui possède les aptitudes et les connaissances nécessaires à l'accomplissement des tâches qui lui seront confiées.

Un parti a proposé qu'un curateur spécialisé soit nommé en cas d'importantes dettes. Cependant, l'article 408 alinéa 2 chiffre 2 CC prévoit déjà que le curateur chargé de la gestion du patrimoine peut régler les dettes dans la mesure où cela est indiqué. Il peut ainsi, dans le cadre de son mandat, assainir la situation financière de son protégé et prévoir des éventuels plans de désendettement avec les créanciers, pour autant que la situation de la personne sous mesure de protection le permette. Il n'y a donc pas lieu de prévoir autre chose en droit cantonal.

Certains ont proposé de rajouter à l'article 19f qu'en cas de placements immobiliers importants ou à effectuer, un spécialiste soit nommé à la personne sous mesure de protection.

Bien que l'article 416 alinéa 1 CC prévoit que le curateur/tuteur doit solliciter le consentement de l'autorité de protection pour acquérir ou aliéner des immeubles, les grever de gages ou d'autres droits réels ou construire au-delà des besoins de l'administration ordinaire et accorde ainsi une certaine protection à la personne sous mesure de protection, il nous a paru important et pertinent de rajouter la notion de fortune immobilière à l'article 19f alinéa 1.

Néanmoins, nous avons abandonné la notion de professionnel de la gestion financière, considérant que cela serait trop restrictif et pourrait compliquer l'exercice du mandat et l'activité de l'autorité. En effet, l'autorité de protection doit garder une certaine marge de manœuvre quant à la nomination du curateur/tuteur ayant le profil le plus adéquat. Par ailleurs, nommer un professionnel de la gestion financière est adéquat si l'on ne parle que de fortune mobilière importante. Cependant, cela se complexifie si la personne sous mesure de protection a plusieurs immeubles, avec des revenus locatifs à gérer, a des dettes ou des prêts hypothécaires importants ou fait partie d'une hoirie. Un autre professionnel avec d'autres compétences particulières doit pouvoir également entrer en jeu dans le choix du meilleur curateur (cf. arrêt du Tribunal fédéral 5A_844/2017 du 15 mai 2018 démontrant la complexité d'un mandat avec fortune mobilière et immobilière complexe).

Il est à préciser que nous avons mentionné à chaque fois la notion de curateur et de tuteur, vu l'article 327c alinéa 2 en lien avec l'article 400 alinéa 1 CC (Steinauer/Fountoulakis, op. cit., p. 585, n. 1334).

Enfin, naturellement, en fonction des besoins supplémentaires de la personne concernée (sociaux p. ex.), l'APEA pourra nommer un co-curateur (art. 400 al. 1, 2^{ème} phrase et art. 402 al. 1 CC) ou un co-tuteur (Steinauer/Fountoulakis, op. cit., p. 585, n. 1334a).

Dans le cadre de la consultation, l'Association Insieme s'est prononcée - dans sa prise de position - en défaveur de l'administration par un professionnel de la fortune mobilière équivalente ou supérieure à 500'000 francs, au motif que *"concernant le cas de nos enfants avec handicap mental, nous pensons que les parents sont les seuls à connaître les besoins de leurs enfants, que ce soit pour les soins médicaux ou autres. Ils peuvent garder le pouvoir de décision pour leur enfant quel que soit le montant. Cela ne doit pas être une règle et la seule règle devrait être l'intérêt de la personne mise sous curatelle"*.

L'Association Insieme partage pourtant le même souci que le Conseil d'Etat, à savoir avoir toujours à cœur la meilleure prise en charge de la personne sous mesure de protection et sauvegarder la défense de ses intérêts.

L'article 19f remplit ces deux exigences, soit prévoit un curateur/tuteur aux compétences particulières pour une gestion optimale de la fortune mobilière et immobilière importante (s) de la personne sous mesure de protection et un co-curateur/co-tuteur pour les autres aspects (sociaux, médicaux, accompagnement personnel), dont le mandat pourra être exécuté par le(s) parent(s) de la personne sous mesure de protection.

Articles 19c alinéa 1; 19d alinéas 2 et 3; 19e alinéas 1 et 2 LACC – Formation initiale et exigences des curateurs et tuteurs privés et professionnels

Les curateurs et tuteurs jouent un rôle central, de par les différentes missions qu'ils ont à accomplir eu égard à leur mandat. Leurs compétences sont ainsi primordiales.

1. Formation initiale des curateurs et tuteurs professionnels des SOC, des CMS et de Pro Senectute ainsi que les curateurs privés professionnels

Tous les curateurs et tuteurs professionnels des SOC, des CMS et de Pro Senectute ainsi que les curateurs privés professionnels doivent être titulaire d'un titre en travail social ou d'un titre jugé équivalent, avec expérience professionnelle utile à la fonction, pour exécuter un mandat de protection confié par l'APEA, sous réserve des proches qui assument un mandat pour un membre de leur famille (que ce soit une mesure de curatelle ou de tutelle) et des curateurs privés ayant uniquement quelques mandats.

Si l'on examine les offres d'emploi de curateur professionnel de Pro Senectute, elles mentionnent comme exigence, une formation initiale d'assistant social ou une formation jugée équivalente. Dans d'autres cantons, pour être curateur professionnel, la formation d'assistant social est privilégiée (Vaud, Genève, Fribourg et Neuchâtel).

La question d'une éventuelle application de l'article 27 de la Constitution fédérale (Cst. féd.) (liberté économique) à l'activité de curateur a été abordée récemment par le Tribunal fédéral (arrêt 5C_2/2017 du 11 mars 2019). La Haute Cour rappelle (c. 4.1.2) qu'"entre dans le domaine de protection matériel de la garantie constitutionnelle toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu (ATF 143 I 403 consid. 5.6.1; 142 II 369 consid. 6.2; 141 V 557 consid. 7.1; 137 I 167 consid. 3.1).

L'accomplissement de tâches publiques, même s'il est le fait de personnes exerçant une profession libérale, n'entre pas dans ce cadre (cf. ATF 132 I 201 consid. 7.1; arrêt P.616/1981 consid. 2a; cf. Dubey, Droits fondamentaux, Volume II : Libertés, garanties de l'Etat de droit, droits sociaux et politiques, 2018, p. 464, no 2787 et p. 465s, nos 2797s.). La jurisprudence a ainsi considéré que le notaire qui instrumente un acte ou l'avocat en sa qualité de défenseur d'office ne peuvent invoquer la liberté économique, le premier du fait qu'il est un officier public, investi d'une parcelle de la puissance publique (ATF 133 I 259 consid. 2.2; 124 I 297 consid. 3a), le second parce qu'il exerce une tâche étatique régie par le droit public cantonal (ATF 141 I 124 consid. 4.1 et les arrêts cités; 138 I 217 consid. 3.4)". L'arrêt analyse ensuite en détail l'activité du curateur pour parvenir à la conclusion (c. 4.2.1) que le curateur "accomplissant (...) une tâche publique (...) ne saurait se prévaloir de la liberté économique".

De plus, même lorsque la liberté économique est applicable, les cantons peuvent apporter des restrictions de police au droit d'exercer librement une activité économique. Les restrictions cantonales doivent cependant reposer sur une base légale, être justifiées par un intérêt public prépondérant et, selon le principe de la proportionnalité, se limiter à ce qui est nécessaire à la réalisation des buts d'intérêt public poursuivis (art. 36 Cst. féd.) (ATF 123 I 212; Mahon, Droit constitutionnel, Droits fondamentaux, 3^{ème} éd. 2015, p. 198 n. 126 et p. 199). Le Tribunal fédéral a jugé à plusieurs reprises que le principe constitutionnel ne s'opposait nullement à ce que l'exercice de certaines professions soit subordonné à certaines conditions jugées nécessaires pour prévenir les risques de l'ignorance ou de l'inexpérience (ATF 103 la 259; ATF 104 la 196).

L'exigence d'un titre en travail social ou d'un titre jugé équivalent avec expérience professionnelle utile à la fonction, pour les curateurs privés professionnels n'est ainsi pas contraire à la liberté du commerce et de l'industrie pour autant qu'elle s'applique, ce que la dernière jurisprudence en date paraît exclure. En effet, elle repose tout d'abord sur une base légale, puisque l'on inscrit désormais cette prescription dans la LACC. Puis, il existe un intérêt public à avoir des curateurs privés professionnels avec des compétences pour la gestion de mandats de protection, notamment en raison de la grande vulnérabilité des personnes prises en charge, des enjeux (notamment personnels et sociaux) des décisions que les curateurs doivent prendre dans le cadre de leur mission ainsi que des risques financiers pouvant en découler et de la responsabilité primaire du canton. Enfin, le principe de la proportionnalité est respecté puisque l'on prévoit l'équivalence possible d'un autre titre que celui en travail social.

Actuellement, il est déjà exigé à l'engagement des curateurs professionnels de l'OPE une formation d'assistant social ou une formation jugée équivalente.

Une crainte a été exprimée dans le cadre de la consultation, soit que les curateurs/tuteurs professionnels des SOC, actuellement en place qui ne seraient pas assistants sociaux puissent rester en place. Cette situation de fait va de soi, puisque la rétroactivité proprement dite d'une loi est en principe interdite (une loi nouvelle soumet à des faits qui se sont entièrement déroulés avant son entrée en vigueur) (Dubey/Zufferey, Droit administratif général, Bâle 2014, p. 137, n. 382).

2. **Formation initiale des curateurs et tuteurs privés (de proches, exerçant quelques mandats, avec compétences spécifiques ou des privés professionnels)**

Selon l'article 400 alinéa 3 CC, l'autorité de protection doit veiller à ce que le curateur reçoive les instructions, les conseils et le soutien nécessaires. Pour les curateurs privés, ce devoir commence lors du recrutement par une formation générale à la prise en charge et à l'exercice de mandats.

Par conséquent, une formation initiale, prise en charge financièrement par le canton, est rendue obligatoire pour les curateurs privés ayant quelques mandats.

Par communiqué de presse du 23 janvier 2020, l'Association Insieme a mentionné que "*Forcer les parents à suivre une formation paraît disproportionné et inutile. En effet, lorsque leur autorité parentale se transforme en "curatelle de portée générale" à la majorité de leur enfant, ils bénéficient déjà de l'aide d'assistants sociaux spécialisés pour un placement en institution. De plus, ils sont les meilleurs experts de la situation particulière de leur enfant avec handicap mental, puisqu'ils suivent tous les problèmes médicaux, administratifs, scolaires et sociaux depuis sa naissance, sans compter les contrôles et visites des assurances sociales*".

Dans sa prise de position, l'Association a également indiqué que les parents étaient généralement soutenus par des assistants sociaux, pour les soutenir dans les démarches à effectuer.

Cependant, cette prise de position ne prend pas en compte toutes les situations de proches. Par exemple, celle d'une mère qui serait nommée curatrice privée de son fils majeur, qui tomberait par exemple uniquement à 25 ans dans une situation de faiblesse, nécessitant une mesure de curatelle, alors qu'auparavant, ce dernier n'avait aucun problème et se gérait très bien tout seul.

Il est également à relever que, sur un plan juridique, l'assistante sociale qui soutient les parents devient leur auxiliaire et en cas de faute de sa part, ce sont les parents qui en répondront dans le cadre d'une action récursoire de l'Etat.

Néanmoins, par souci d'écoute, nous prenons en compte cette considération et prévoyons que cette formation initiale est désormais rendue facultative pour les proches assumant un mandat en faveur d'un proche (tutelle ou curatelle). Ils pourront néanmoins la suivre en cas d'intérêt personnel.

Nous prenons également exemple sur le canton de Vaud, où cette formation est facultative pour les proches.

L'on relèvera cependant que les recommandations de la COPMA de novembre 2016, intitulée "*La curatelle confiée à des proches – critères de mise en œuvre de l'art. 420 CC*", prévoient en page 4, au point 2 lettre e que : Une rencontre de formation peut être recommandée. Cas échéant, des séances d'information peuvent être offertes pour les proches.

La formation initiale proposée par le canton et dispensée par la HES-SO pourrait ainsi valoir séance d'information, pour les parents qui le souhaiteraient.

Cette formation sera une plus-value pour les curateurs privés puisque, actuellement, certaines APEA ne transmettent par courrier à ces derniers qu'un lien internet sur le site de la COPMA et son manuel de modèles à l'usage des mandataires privés, à titre de formation.

Cette formation initiale ne doit s'adresser qu'aux curateurs privés assumant quelques mandats mais non aux curateurs privés choisis pour leurs compétences particulières, tels des notaires, des avocats ou des agents fiduciaires. Ils pourront néanmoins la suivre en cas d'intérêt personnel.

La formation initiale ne s'adresse pas non plus aux curateurs privés professionnels, puisqu'ils doivent être titulaires d'un titre en travail social ou d'un titre jugé équivalent avec expérience professionnelle utile à la fonction.

Cette formation sera mise sur pied par le SJSJ en collaboration avec la HES-SO du canton du Valais. La doctrine prévoit en effet que les tâches de formation peuvent être assurées, hormis par un membre de l'autorité, par des services logistiques rattachés à l'autorité de protection ou délégués à un mandataire professionnel (CommFam, op. cit., p. 514, n. 23).

Cette formation initiale aura pour but d'apporter des notions utiles à l'exercice du mandat (exercice et jouissance des droits civils, droits de la personne sous mesure de protection, droits et devoirs du curateur/tuteur, prestation sociales, placement à des fins d'assistance, gestion du patrimoine, etc.). Elle pourra se dérouler sur un certain nombre de soirées (à déterminer encore), avec différents modules. La HES-SO du canton du Valais nous a indiqué, sur la base de la moyenne des curateurs privés nommés annuellement dans le canton du Valais, pouvoir mettre sur pied 3 sessions annuelles de formation pour les curateurs privés germanophones et 10 sessions pour les curateurs privés francophones.

Une telle formation initiale est par exemple prévue dans le canton de Vaud. Elle est gratuite et dispensée par le bureau d'aide aux curateurs privés, appartenant au Service des curatelles et des tutelles professionnelles du canton de Vaud. Dans le canton de Vaud, comme déjà indiqué, ni les proches ni les curateurs aux compétences spécifiques n'ont l'obligation de suivre la formation de base.

Nous avons prévu que le tuteur et le curateur privés, hormis ceux nommés pour leurs compétences particulières (p. ex. avocat, notaire, agent fiduciaire) et ceux assumant un mandat en faveur de proches, devront suivre la formation dans les six mois suivant leur nomination et que l'autorité de protection devait veiller au suivi de cette formation. Nous avons considéré que prévoir que le tuteur et le curateur privés ne pouvaient être nommés qu'après s'être vu proposer une formation pouvait être bloquant pour les APEA, devant ainsi attendre sur le suivi de la formation par le mandataire, alors qu'elle aurait besoin de le nommer de suite. D'autres cantons ont pourtant prévu cette solution (cf. art. 40 al. 2 LVPAE/VD).

Le contenu et les modalités de la formation seront définis par voie d'ordonnance.

Le président de la COPMA, à titre d'expert, relève l'importance de cette formation initiale pour les curateurs privés, ce d'autant plus que le canton du Valais possède un nombre important de curateurs privés (plus de 40%, selon communiqué de presse du 25 janvier 2019 conjoint de l'Université de Fribourg et du centre Kescha). Par ailleurs, la doctrine précise que l'institution du curateur privé conserve son importance pratique et sociale à l'avenir également (Droit de la protection de l'adulte, op.cit., p. 191 n. 6.33).

3. Exigences quant aux curateurs et tuteurs

Rappelons que l'APEA se doit d'examiner que les curateurs nommés possèdent les aptitudes et les connaissances nécessaires à l'accomplissement des tâches qui leur sont confiées, y compris les curateurs de proches (art. 400 al. 1 et 401 al. 1 CC). Il en va ainsi notamment de leur formation, de leur probité et de leur solvabilité. La responsabilité de l'APEA pourrait être engagée dans le fait d'avoir choisi un curateur ne présentant pas les qualifications et l'expérience requises pour la prise en charge d'un mandat en particulier compte tenu des difficultés spécifiques de celui-ci, respectivement de l'ampleur des affaires (notamment patrimoniales) à régler (avis de droit du Professeur Philippe Meier du 19 novembre 2018).

Il a ainsi paru indispensable de prévoir qu'un extrait des poursuites et un extrait de casier (ordinaire et spécial) soient exigés de toutes les personnes assumant un mandat de curatelle et de tutelle, y compris pour les proches et curateurs privés ainsi que pour les curateurs de l'OPE. Relevons que l'article 22 alinéa 1 de l'ordonnance sur le personnel de l'Etat du Valais (OcPers) mentionne qu'en cas de besoin, le recrutement peut comprendre un contrôle de sécurité (notamment casier judiciaire et extrait des offices des poursuites et faillites). Il est proposé ensuite que la production de ces documents soit exigée tous les deux ans.

La formation initiale comme les exigences liées aux extraits de poursuites et du casier judiciaire (ordinaire et spécial) ont paru nécessaires pour tendre vers une réduction des actions en responsabilité civile et des actions récursoires en découlant.

Certains ont relevé que cela pouvait compliquer le recrutement et effrayer les curateurs privés. D'autres ont indiqué que l'APEA contrôlait déjà les comptes de la personne sous mesure de protection et qu'il n'y avait ainsi pas lieu de requérir ces documents. Néanmoins, le contrôle des comptes ne permet pas d'attester de la probité ni de la solvabilité d'un curateur/tuteur.

D'autres ont relevé que l'on ne pouvait pas exiger des parents la production de ces documents, alors que cela n'est pas demandé aux parents d'enfants ordinaires. Cependant, la différence majeure est que les premiers sont nommés par une autorité et assument un mandat officiel et engageant la responsabilité primaire de l'Etat en cas d'erreur.

Enfin, certains se sont questionnés quant à savoir ce qu'il se passerait si le curateur en cours de mandat ne devait plus remplir les conditions de probité et de solvabilité. Conformément à l'article 423 alinéa 1 chiffre 1 CC, l'autorité devra libérer le curateur de ses fonctions s'il n'est plus apte.

L'Association Insieme, dans son communiqué de presse du 23 janvier 2020, a mentionné que "*s'agissant de la demande d'extrait judiciaire ou de poursuites, elle n'est pas pertinente pour des parents dont les jeunes travaillent dans des centres spécialisés : la plupart sont au bénéfice de prestations complémentaires réglées et contrôlées par la caisse de compensation. De plus, cette disposition contredit une des recommandations de la COPMA qui précise que cette démarche, exigée pour les curateurs privés, ne devrait pas l'être pour les parents, frères, sœurs et conjoints*". Elle ajoute que "*dans l'intérêt de la personne sous curatelle, il est important que les parents puissent garder le pouvoir de décision et qu'ils ne soient pas a priori considérés comme des voleurs ou des incompetents. Dans leur situation, ils ont plutôt besoin d'être soutenus et reconnus par les autorités*".

Tout d'abord, relevons que, s'agissant des exigences de production, il n'est pas fait de différence entre les curateurs/tuteurs professionnels et les curateurs/tuteurs privés, car tous sont chargés des mêmes tâches à l'égard de la personne concernée, sont soumis aux mêmes obligations à l'égard de l'APEA et engagent la responsabilité du canton au même titre (avis de droit du Professeur Philippe Meier du 19 novembre 2018).

Puis, les recommandations élaborées par la COPMA en novembre 2016, en collaboration avec différents organismes (dont Insieme et Pro Infirmis) intitulées "*La curatelle confiée à des proches – critères de mise en œuvre de l'art. 420 CC*", prévoient en page 4, au point 2 lettre e que :

En principe, l'APEA doit examiner également l'aptitude à la fonction de curateur pour les proches. Comme pour la mise en œuvre d'autres curatelles, l'APEA doit se demander de quelles informations elle doit disposer dans le cas particulier pour être en mesure de se prononcer sur la capacité du proche concerné en qualité de curateur. A cette occasion, l'APEA examine en particulier si les proches sont en mesure de préserver les intérêts de la personne qui a besoin d'aide et, si nécessaire, de les défendre contre d'autres intérêts de membres de la famille. Pour éviter des frais aux proches, l'APEA requiert directement la délivrance d'un extrait du registre des poursuites et elle informe les proches de cette démarche.

*Si une APEA requiert habituellement pour des curateurs privés un extrait du casier judiciaire, elle le demande aussi **directement** pour les parents; il est, **dans la règle**, renoncé à cette démarche compte tenu de la relation particulière existant avec la personne sous curatelle.*

*Les références qui sont occasionnellement exigées pour des mandataires privés ne sont requises s'agissant des proches que dans des circonstances particulières (p. ex. **en présence d'un patrimoine important ou d'une situation personnelle exigeante**).*

L'on voit ainsi que la COPMA n'interdit pas de manière absolue la production d'un extrait de casier judiciaire et d'un extrait de poursuites. Cependant, elle recommande à ce que ce soit l'autorité qui le fasse directement pour éviter des frais aux proches.

Nous avons interpellé les cantons de Vaud, Genève, Fribourg, Jura, Berne et Neuchâtel pour savoir s'ils demandaient l'extrait de casier judiciaire et l'extrait de poursuite pour les curateurs de proches. La réponse a été affirmative pour les cantons de Vaud, Genève, Neuchâtel, Berne et Fribourg.

Nous avons ainsi modifié le projet, à savoir maintenu l'exigence de production du casier judiciaire et de l'office des poursuites, mais ces documents seraient demandés directement par l'APEA (art. 12a al. 3 OELP, art. 5 al. 3 OALP et art. 51 loi fédérale sur le casier judiciaire informatif VOSTRA), pour éviter des frais aux curateurs de proches.

Enfin, l'Association Insieme a mentionné, lors d'un reportage télévisé, que les parents dont les enfants étaient bénéficiaires de prestations complémentaires, étaient déjà contrôlés, par la caisse de compensation. Cependant, le but du contrôle de la caisse de compensation porte sur le droit PC de l'assuré et le montant de ses PC, alors que l'APEA vérifie la bonne exécution du mandat par le contrôle des comptes.

L'on voit ainsi que le contrôle de la caisse de compensation et le contrôle de l'APEA n'ont pas le même but. L'APEA et la caisse de compensation pourront naturellement se baser en partie sur les mêmes pièces (p. ex. extraits de comptes bancaires), pour contrôler respectivement ce qu'elles ont à vérifier. Le projet ne prévoit nullement, contrairement à ce qui a pu être évoqué dans les médias, que les parents doivent fournir une comptabilité structurée. Néanmoins, il est rappelé que, conformément à l'article 410 alinéa 1 CC, les parents, curateurs de leur enfant, doivent soumettre les comptes à l'approbation de l'autorité de protection aux périodes fixées par celle-ci, mais au moins tous les deux ans. L'article 420 CC prévoit cependant que, lorsque la curatelle est confiée au conjoint, au partenaire enregistré, aux père et mère, à un descendant, à un frère ou à une sœur de la personne concernée ou à la personne menant de fait une vie de couple avec elle, l'autorité de protection de l'adulte peut, si les circonstances le justifient, les dispenser en totalité ou en partie de l'obligation de remettre un inventaire, d'établir des rapports et des comptes périodiques et de requérir son consentement pour certains actes (cf. page 6 des recommandations de la COPMA de novembre 2016).

4. Respect des exigences et de la formation initiale

L'APEA étant compétente pour l'attribution des mandats (art. 400 CC), elle veillera à ce que les curateurs et tuteurs professionnels des autres entités (structures privées, CMS et Pro Senectute) bénéficient d'un titre en travail social ou d'un titre jugé équivalent avec expérience professionnelle utile à la fonction et soient exempts de poursuites et d'inscription au casier judiciaire (ordinaire et spécial). Elle s'assurera notamment, au moment de la nomination, que les curateurs et tuteurs professionnels d'autres entités ne fassent ni l'objet d'inscription au casier judiciaire ordinaire et spécial, ni l'objet d'inscription au registre des poursuites et faillites. Elle s'enquerra de ces informations auprès des autorités compétentes (art. 5 al. 3 OALP et 51 de la loi fédérale sur le casier judiciaire informatif VOSTRA). L'APEA renouvellera cette démarche tous les deux ans ou lorsqu'elle l'estimera nécessaire.

Pour les curateurs et tuteurs professionnels des SOC, cette tâche (quant au respect de la formation initiale et de l'absence de poursuite et de casier judiciaire) incombera à l'autorité d'engagement (groupement de communes ou commune). Nous avons prévu une formulation large, soit l'autorité d'engagement (cf. art. 94 et 96 LCo) (cf. solution identique prévue à l'art. 4 de l'ordonnance sur la collaboration des services communaux avec les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte et l'indemnisation des communes/BE). Il a été précisé encore que la production des extraits de poursuite et de casier à l'autorité d'engagement est renouvelée tous les deux ans ou lorsque l'autorité d'engagement l'estime nécessaire.

Comme pour les curateurs/tuteurs de proches, l'APEA veillera à ce que les curateurs/tuteurs privés et les curateurs nommés pour leurs compétences particulières (avocat, notaire et agent fiduciaire) soient exempts de poursuites et d'inscription au casier judiciaire (ordinaire et spécial). Elle s'enquerra de ces informations auprès des autorités compétentes (art. 5 al. 3 OALP et 51 de la loi fédérale sur le casier judiciaire informatif VOSTRA). L'APEA renouvellera cette démarche tous les deux ans ou lorsqu'elle l'estimera nécessaire.

Même si les avocats et notaires ne doivent pas faire l'objet d'actes de défaut de biens, respectivement lors de leur inscription au registre, lors de leur requête de pouvoir pratiquer le notariat (art. 8 let. c LLCA et 17 al. 1 let. c LN) et lors de l'inspection annuelle des minutes, il est important que l'APEA vérifie leur solvabilité lors de leur nomination qui pourra intervenir bien après leur inscription ou leur autorisation de pratiquer, ce d'autant plus que ces curateurs auront été choisis pour leurs compétences spécifiques en lien avec un mandat pouvant avoir des incidences financières (règlement d'une succession, gestion immobilière, placement de fortune, etc.). Il en va également de l'importance de la relation de confiance qu'ils ont à créer avec la personne sous mesure de protection.

Leur solvabilité démontrera l'absence de problématique avérée en gestion de patrimoine.

Si l'extrait du registre des poursuites fait ressortir que le curateur a des poursuites en cours, chicanières ou non, classées sans suite ou closes par suite de paiement durant les cinq dernières années, l'APEA doit apprécier de cas en cas, sous sa seule responsabilité et après avoir entendu le curateur, si celles-ci constituent un obstacle à l'exécution du mandat de curatelle (circulaire du 13 décembre 2018 du Département de la sécurité).

Enfin, l'APEA veillera au suivi de la formation initiale par les curateurs/tuteurs privés, ayant quelques mandats. Dans le cadre de la consultation, certains se sont questionnés de la sanction encourue par ceux qui ne suivraient pas la formation initiale. L'autorité de protection devra les libérer de leur fonction (art. 423 CC, en lien avec l'art. 400 CC).

Articles 19a alinéa 3 lettre a; 19d alinéa 4; 19e alinéa 3 LACC – Formation continue des curateurs et tuteurs privés et professionnels

La formation continue est primordiale pour maintenir ses connaissances à jour et acquérir de nouvelles compétences utiles.

L'article 19a alinéa 3 lettre a LACC prévoit que le SOC doit veiller à ce que les tuteurs et curateurs professionnels travaillant au sein de sa structure suivent une formation continue utile à l'exercice de leurs mandats. Le terme « veiller » a été choisi dans la formulation légale, afin de laisser une certaine souplesse aux structures comme au personnel.

En vertu de l'article 19d alinéa 4 LACC, l'APEA devra s'enquérir annuellement du suivi de formations continues des curateurs et tuteurs professionnels d'autres entités (CMS, Pro Senectute et structures privées de curateurs professionnels). A l'instar des SOC, ces entités devront veiller dans la mesure du possible au suivi de formation continue de leur personnel.

Enfin, s'agissant des curateurs privés et de proches, l'autorité de protection les encouragera à suivre des formations continues annuelles à leur charge pour l'exercice de leur mission (art. 19e al. 3 LACC). Cet encouragement ne se veut être nullement contraignant; le suivi de formation continue est ainsi laissé à leur libre appréciation. Lors de la consultation, il a en effet été souligné qu'imposer des formations continues aux curateurs/tuteurs privés pourrait être source de découragement pour eux ou pourrait nuire au recrutement de ces personnes.

Articles 19a alinéa 3 lettre c (nouveau); 19c alinéa 2; 19d alinéa 5; 19e alinéa 4 LACC – Directives et recommandations concernant le profil, les exigences et le nombre de mandats

Il a semblé important que des recommandations cantonales à l'attention des communes soient édictées sur le profil, les exigences et le nombre de mandats liés à la fonction des curateurs et des tuteurs professionnels au sein des SOC.

Le nombre de mandats est à mettre en lien avec le fait que le SOC doit être doté d'un effectif en personnel suffisant (art. 19a al. 3 let. c LACC). Certaines lois cantonales obligent déjà les communes, lorsque ce sont elles qui sont compétentes, à mettre suffisamment de professionnels à disposition pour la gestion des mandats de curatelle (ex. art. 12 al. 3 LPEA/FR, §21 de la loi zurichoise d'introduction au nouveau droit de protection de l'adulte ou § 67 de la loi argovienne d'introduction au CC), faute de quoi l'autorité de protection pourrait désigner elle-même les professionnels jugés nécessaires à l'accomplissement des tâches aux frais de la collectivité en cause (Droit de la protection de l'adulte, op.cit., p. 179 à 184; Kurt Affolter, Responsabilité du curateur, de l'APEA, de la commune et de l'employeur dans le cadre de l'article 400 alinéa 1 CC, in site internet de l'ASCP, Droit de protection de l'adulte, Consultation).

Les recommandations expliciteront également ce qu'on entend par titre jugé équivalent (profil) et apporteront des précisions quant aux exigences (extrait de poursuites et casier judiciaire).

La question du nombre de mandats est aussi importante au vu notamment de la responsabilité de l'APEA qu'elle peut engendrer (l'APEA doit nommer des personnes qui ont la disponibilité nécessaire pour exécuter leur mandat, comme le prévoit expressément l'art. 400 al. 1 CC).

Les chiffres indicatifs que l'on trouve dans la littérature fixent en principe un nombre de 40 à 60 mandats par poste de curateur à plein temps sans soutien administratif particulier, de 60 à 100 dans les autres cas. En Suisse alémanique, ce rapport est d'environ 40 à 60 mandats pour un plein temps (avis de droit de Philippe Meier du 19 novembre 2018; Droit de la protection de l'adulte, op. cit., p. 184-185; CommFam, op.cit., p. 512, n. 18). Selon l'Association suisse des curateurs professionnels (ASCP), 60 à 80 mandats peuvent être attribués à un curateur professionnel en fonction de la difficulté et du soutien administratif.

En matière de protection de l'enfant, la Conférence latine de promotion et de protection de l'enfant (CLPPJ), se fondant notamment sur une étude effectuée sur le canton de Genève, préconise un ratio de 40 à 60 dossiers. Ainsi, l'intervention socio-éducative sur une base de 40 à 60 dossiers implique une disponibilité de 24 heures à 36 heures par année, soit de 2 à 3 heures par mois en moyenne. Selon toute vraisemblance, il conviendra de retenir pour l'avenir un chiffre de 40 à 60 mandats par curateur professionnel et curateur privé professionnel.

S'agissant des curateurs privés, il s'imposera de limiter le nombre de mandats attribués à chacun (par ex. 20), comme cela se fait dans le canton de Vaud. En effet, en cas d'incapacité de ce dernier (maladie, décès, incurie dans la gestion de ses mandats et retrait de ses mandats), il s'agit pour l'APEA de retrouver des curateurs ayant le même profil adéquat, ce qui peut la mettre en difficulté si ce dernier avait un nombre très élevé de mandats.

Enfin, le canton, par l'autorité de surveillance administrative et organisationnelle qu'est le SJSJ, pourra également établir des directives à l'égard des APEA concernant le profil, les exigences et le nombre de mandats liés à la fonction des curateurs privés et des curateurs et tuteurs professionnels d'autres entités (ex. structures privées, CMS et Pro Senectute).

Articles 18 alinéas 1 et 2 LACC – Statut juridique du SOC

Il a paru important aux membres du groupe de travail que chaque APEA puisse s'appuyer sur un SOC au minimum afin de pouvoir s'adjoindre les services de professionnels pour les cas particuliers dont un proche ou un particulier ne peut s'occuper. L'autre idée résidait aussi dans le fait qu'il fallait privilégier la proximité des SOC avec les personnes à protéger, voire la renforcer. Les experts consultés (MM. Meier, Zermatten et Jaffé) soulignent la nécessité d'avoir en effet un SOC au minimum par APEA.

Cette obligation d'instaurer un SOC au moins par APEA n'enlèvera pas la possibilité pour une APEA de pouvoir également mandater des curateurs de structures privées professionnelles.

Le principe d'avoir un SOC au minimum par APEA a été salué dans le cadre de la consultation. Cependant, le terme "*en principe*" a été ajouté, afin de laisser une certaine souplesse, notamment aux communes du Haut-Valais, qui n'ont pas du tout de SOC mais qui ont conclu des mandats de prestations avec les CMS ou Pro Senectute. Pour cette raison, à l'alinéa 2 lettre b, il est précisé que la commune accomplit cette tâche par délégation à une entité reconnue d'utilité publique.

Par ailleurs, l'autorité de protection ne peut pas recourir au(x) service(s) officiel(s) de la curatelle relevant d'un autre groupement intercommunal ou d'une autre commune, en raison de l'article 17 alinéa 2, qui prévoit que le service officiel de la curatelle compétent est celui de la commune de domicile de la personne concernée par la mesure de protection.

Enfin, une commune a relevé que la formulation « accomplit cette tâche par une collaboration intercommunale de droit privé ou par une association de communes », ne permettait pas de comprendre la nature juridique de l'employeur du SOC. Elle ajoutait qu'il devait être prévu un rattachement à la commune site et l'établissement de convention avec les communes associées.

Il n'y a, à notre sens, pas lieu d'apporter davantage de précisions à cet article, qui garde en grande partie, à l'alinéa 2, la même teneur.

Ainsi, la commune a le choix de mettre en place un SOC par ses propres moyens ou par délégation à une entité reconnue d'utilité publique ou en ayant recours à une collaboration intercommunale de droit privé (la convention fixera alors les modalités) ou par une association de communes portant sur la gestion d'un service officiel de la curatelle.

Lorsque la commune dispose d'un service officiel, elle peut faire l'objet d'une action récursoire. Cette action récursoire existe cependant aussi lorsqu'elle a délégué cette tâche à une entité reconnue d'utilité publique ou a eu recours à une collaboration intercommunale ou une association de communes.

La commune est en effet dans tous les cas dans l'obligation de mettre en place un service officiel et de répondre sur recours pour lui. Il importe peu de savoir laquelle des options réservées par l'article 18 alinéa 2 LACC elle a choisie avis de droit du Professeur Philippe Meier du 19 novembre 2018.

Article 19a alinéa 3 lettre d LACC (nouveau) et alinéa 4 – Système de contrôle interne

Selon l'article 400 alinéa 3 CC, l'autorité de protection doit veiller à ce que le curateur reçoive les instructions, les conseils et le soutien dont il a besoin pour accomplir ses tâches. La doctrine mentionne que cela comprend des instructions sur l'exercice d'un mandat déterminé, de même que le soutien et l'accompagnement appropriés en vue de son exécution.

En raison de leur formation et de leur spécialisation et en raison de leur expérience aussi, les curateurs professionnels devraient être en mesure d'exercer de manière professionnelle et autonome un mandat déterminé, à partir du dispositif de la décision (CommFam, op. cit., p. 543, n. 21).

Le devoir de l'APEA de soutenir le curateur passe en revanche au second plan lorsque le curateur professionnel est déjà encadré, formé et suivi par son autorité d'engagement (avis de droit de Philippe Meier du 19 novembre 2018). Le curateur professionnel est en effet soumis, en sus de la surveillance de l'APEA, à la surveillance hiérarchique de l'entité qui l'emploie (Meier, op. cit., p. 454, n. 1518).

L'article 19a alinéa 3 lettre a LACC le prévoit du reste expressément, en indiquant que le SOC doit veiller à ce que les curateurs et tuteurs professionnels reçoivent les instructions, les conseils et les soutiens nécessaires dont ils ont besoin pour accomplir leurs tâches. Cette entité se doit d'être organisée autour d'un responsable. Le message du Conseil d'Etat du 25 juin 2008 le précisait :

"Appelé à assumer des mandats d'une complexité particulière, le curateur professionnel doit absolument disposer des aptitudes et des connaissances spéciales requises par sa mission. Celles-ci doivent bien entendu aussi être réunies dans la personne responsable de la gestion administrative d'un service officiel comprenant plusieurs curateurs professionnels; ce n'est qu'à cette condition qu'elle sera en mesure :

- *de veiller à ce que les curateurs professionnels reçoivent les instructions, les conseils et les soutiens dont ils ont besoin pour accomplir leurs tâches;*
- *de garantir la confidentialité des données traitées".*

Afin de répondre aux responsabilités légales de l'article 19a alinéa 3 let. a LACC mais aussi pour respecter les prescriptions légales du droit fédéral, le responsable du SOC a pour mission de mettre en place des instruments de contrôle, de pilotage, de stratégies, de respect des règles éthiques et déontologiques ainsi que d'assurer le suivi en cas de défaillance d'un curateur (RDT 2006 p. 232).

Dans le cadre de la consultation, il semble que le terme de "système de contrôle interne" ou "SCI" n'ait pas été bien compris. L'on rappellera alors que le SCI désigne l'ensemble des mesures de contrôle interne contribuant à la surveillance des principaux processus de travail déployés au sein d'une structure. L'on dit aussi que lorsqu'une direction fait l'inventaire des risques auxquels sa structure est exposée, lorsqu'elle établit la liste des compétences des différents secteurs ou lorsqu'elle définit les décisions qui ne peuvent être prises qu'après l'avis d'une seconde personne, elle renforce son système de contrôle interne (SCI).

Le SCI est à mettre en place et à effectuer par le chef du SOC et non par le SJSJ, comme il a pu l'être mentionné dans le cadre de la consultation. Certains ont opposé que le SCI n'était pas nécessaire au motif qu'il y avait déjà la surveillance administrative du SJSJ et le contrôle des comptes de l'APEA. Cependant, il faut souligner que la surveillance administrative et organisationnelle du SJSJ porte sur les APEA et non sur les SOC. Le contrôle des comptes par l'APEA est un élément de surveillance de la bonne exécution du mandat mais qui ne permet pas de tout contrôler.

A titre d'exemples d'éléments du SCI, l'on citera :

- un contrôle financier des dossiers est effectué tous les trois mois;
- une évaluation à quatre mois est effectuée entre le curateur et son chef : on examinera lors de cet entretien s'il faut faire encore d'autres démarches auprès de partenaires (demandes de prestations ou requêtes auprès de l'APEA [renforcement de la mesure, levée de la mesure]);
- le portefeuille de mandats est revu à une année entre le curateur et son chef (budget, démarches entreprises les derniers temps, les projets en cours);
- revue des dossiers avant le départ en vacances du collaborateur.

Dans le cadre du SCI, le chef du SOC aura également mis en place des règles de gestion organisationnelles, pour pallier l'absence d'un curateur/tuteur officiel, que ce soit de courtes ou longues absences prévues ou non (p. ex. qui checke et traite le courrier, qui paie les factures et quand annoncer à l'APEA l'absence du curateur).

La protection des données ne doit pas entraver la mise en place d'un système de contrôle interne. A défaut, la protection des données ferait échec aux exigences légales de surveillance imposées par le droit cantonal conformément à l'article 19a alinéa 3 LACC.

Le secret auquel sont soumis les curateurs officiels ne fait pas davantage obstacle au droit de regard du supérieur hiérarchique. Une dérogation au secret est admise dans le cadre des instruments d'assurance qualité que sont les supervisions, interventions, révisions, etc. (COPMA – Guide pratique Protection de l'adulte, N 1.219; avis de droit de Kurt Affolter du 14 janvier 2019 de l'Association suisse des curatrices et curateurs professionnels; RDT 2006 p. 232).

En raison de l'action récursoire possible du canton, l'organe responsable communal d'une curatelle professionnelle est donc bien avisé de s'assurer, par une gestion professionnelle de la qualité, que les curateurs professionnels bénéficient du soutien nécessaire de leur employeur, ce qui permet d'éviter que des dommages ne résultent de la gestion du mandat (avis de droit de Kurt Affolter du 14 janvier 2019 de l'ASCP).

Au vu des éléments précités, il a semblé important de prévoir que le SOC se devait d'être doté d'un système de contrôle interne comprenant un ensemble d'instruments de contrôle, de pilotage, de reporting, de stratégies, de respect des règles éthiques et déontologiques pour que le curateur/tuteur puisse exécuter parfaitement son mandat.

Le groupe de travail avait préconisé la réinstauration d'une surveillance administrative sur les SOC par le SJSJ. Il a finalement été renoncé à cette mesure, au motif que les SOC sont des services communaux, dont la gestion incombe aux communes. L'expert Philippe Meier relevait également dans son expertise du 29 janvier 2019 que cette surveillance sur les SOC pouvait avoir pour effet que les autorités de protection ne surveillent plus les curateurs des SOC, au motif que le SJSJ s'en occupe déjà.

Dans le cadre de la consultation, il a été souligné que le système de contrôle interne n'était prévu que pour les collaborateurs du SOC et qu'il fallait ainsi aussi prévoir des recommandations à l'égard des curateurs/tuteurs professionnels des entités reconnues d'utilité publique. D'autres ont relevé qu'il fallait prévoir des recommandations à l'attention des communes, afin de préciser la notion de système de contrôle interne (contenu, nature), afin de viser une certaine uniformité.

D'autres se sont posé la question ce qu'il advenait des SOC avec 1 seul collaborateur. A notre sens, cette situation risque à l'avenir de ne plus se poser vu la taille des SOC, en lien avec le nombre d'APEA. Si par hasard, cela devait se présenter, le SOC devrait avoir un système de contrôle, qui s'apparente à un système d'agendage de dossiers que tout professionnel doit avoir.

Les curateurs de proches et les curateurs privés ne se voient pas imposer de système de contrôle interne, au vu du nombre très restreint de mandats à gérer. Cela irait à l'encontre de toute proportionnalité.

Articles 14 alinéa 6 LACC et 19b LACC (abrogés), article 19g alinéas 1, 2 et 3 LACC – Responsabilité primaire et actions récursoires

Selon l'article 454 alinéas 1 et 3 CC, la responsabilité du canton est engagée lorsque le dommage est causé par un acte ou une omission illicites commis dans le cadre de mesures prises par l'autorité de protection. Comme l'indiquent les versions allemande et italienne, l'article 454 alinéa 1 CC vise, non seulement les mesures prises par l'autorité de protection, mais plus généralement tout comportement illicite en relation avec des mesures administratives relevant de la protection de l'adulte. Il faut ainsi comprendre que le canton est responsable du comportement illicite de toute personne et autorité agissant dans le cadre de mesures administratives prises en application du droit fédéral de la protection de l'adulte (Meier, op. cit., n. 306s; Steinauer/Fountoulakis, op. cit., p. 565 n. 1285). L'article 19g alinéa 1 LACC rappelle les éléments sus-décrits.

Puis, il s'agit de définir qui sont ces personnes et autorités pouvant être responsables d'un comportement illicite engageant la responsabilité du canton. La doctrine précise que :

L'auteur du dommage peut d'abord être un organe de la protection de l'adulte et de l'enfant : l'autorité de protection ou l'un de ses membres (suivant qu'elle statue à un membre ou de manière collégiale), le curateur ou encore le tiers mandaté par l'autorité de protection au titre de l'article 392 chiffres 2 et 3 CC.

Le curateur privé et le curateur officiel engagent la responsabilité du canton et doivent être qualifiés d'agents de l'Etat au sens de la loi sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents (LRCPA) (avis de droit du Professeur Philippe Meier du 19 novembre 2018). Il en va de même du tuteur privé ou professionnel.

Cela peut également être un auxiliaire de l'APEA, soit le greffier-juriste ou l'assesseur (cf. complément du 17 décembre 2018 à la circulaire du 23 janvier 2015 et avis de droit du Professeur Philippe Meier du 19 novembre 2018).

La responsabilité du canton est également engagée lorsque le curateur/tuteur ou le tiers prévus à l'article 392 CC a eu recours à un auxiliaire. L'auteur du dommage peut être aussi l'une des personnes ou institutions habilitées à prendre des décisions dans le domaine du placement à des fins d'assistance. Ces personnes ou institutions agissent également dans le cadre de mesures administratives liées à la protection de l'adulte, en ordonnant, exécutant ou levant un placement à des fins d'assistance. Le dommage causé par le comportement illicite du médecin habilité à ordonner un placement peut ainsi donner lieu à l'action en responsabilité de l'article 454 alinéa 1 CC. Celle-ci sera également ouverte en cas de faits dommageables imputables au médecin-chef ou au médecin-traitant. L'action est en outre ouverte lorsque la compétence de libérer la personne placée a été déléguée et que la décision de l'institution ne respecte pas la diligence requise et cause ainsi un préjudice (Steinauer/Fountoulakis, op. cit., p. 565 n. 1285a, b, et c).

Dans la mesure où une action récursoire est prévue par le droit cantonal (art. 454 al. 4 CC), le canton qui a dû réparer le dommage peut se retourner contre la personne qui en est l'auteur (Steinauer/Fountoulakis, op. cit., p. 573 n. 1302). En sus, le droit cantonal peut faire également supporter à la commune les frais de sa responsabilité lorsque la protection de l'adulte est organisée au niveau communal (CommFam, op. cit., p. 993 n. 33).

Actuellement, l'article 14 alinéa 6 LACC, applicable aux membres des APEA, renvoie à l'article 19b LACC applicable par analogie. Il faut lire ainsi membre de l'APEA en lieu et place du titulaire du mandat de protection tant à l'alinéa 2 lettre b qu'à l'alinéa 3.

Il nous a paru important de repenser les dispositions concernant la responsabilité civile, soit les articles 14 alinéa 6 et 19b LACC afin qu'ils soient concentrés en un seul article, comme dans d'autres cantons (ex. art. 64 EG ZGB/AG et 93 EG ZGB/BL).

Pour cette raison, ils ont été abrogés et remplacés par l'article 19g LACC. Il est désormais précisé que le canton dispose d'une action récursoire :

- alinéa 2 : contre la commune/le groupement de communes responsable du/des SOC concerné(s), avec ou sans faute de sa part (alinéa 2);
- alinéa 3 : contre les organes de l'autorité de protection ainsi que leurs auxiliaires, y compris les personnes ou institutions habilitées à prendre des décisions dans le domaine du placement à des fins d'assistance, **aux conditions de la LRPCA** (cf. art. 19 b al. 3 dont le texte est repris ici).

S'agissant de l'alinéa 2, il s'agit d'un droit récursoire spécifique non régi par la LRPCA. L'article 19g alinéa 2 LACC spécifie que le recours du canton contre la commune/le groupement de communes peut s'exercer avec faute de sa part (art. 41 CO) ou même en l'absence de toute faute de sa part. En effet, la responsabilité de la commune/du groupement de communes au regard de l'organisation de son SOC devrait être engagée en cas de violation de son devoir de diligence dans le choix, l'instruction et la surveillance générale des curateurs/tuteurs professionnels engagés, ainsi qu'en cas de dommage résultant d'une insuffisance de l'équipement mis en place (culpa in eligendo, instruendo et custodiendo) (message du Conseil d'Etat du 25 juin 2008 p. 33). La responsabilité de la commune/groupement de communes s'analyse alors au regard de l'article 55 CO (circulaire du Département du 23 janvier 2015 sur la responsabilité du canton en cas d'actes ou d'omissions illicites commis au détriment du bénéficiaire du mandat de protection de la personne).

Dans le cadre de la consultation, il a été opposé que le groupement de communes n'avait pas la personnalité juridique.

Tout d'abord, il y a lieu de préciser que cette notion était déjà utilisée à l'article 19b LACC. Puis, la notion doit être comprise au sens large, à savoir que le groupement existe, soit au travers d'une convention intercommunale (art. 112 LCo) – sans personnalité juridique, soit par une association (art. 116 LCo), avec personnalité juridique. En cas de convention intercommunale, c'est la convention qui règle quelle commune doit être recherchée.

Article 19g alinéa 4 LACC – Assurance RC

Le droit fédéral n'impose pas la conclusion d'une assurance responsabilité civile pour les activités de protection de l'adulte, ni s'agissant des curateurs, ni s'agissant des autorités (à comparer pour une telle obligation art. 63 LCR, RS 741.01; art. 11 loi sur la responsabilité civile en matière nucléaire, RS 732.44), ce qui ne signifie pas qu'elle ne soit pas recommandée (avis de droit du Professeur Philippe Meier du 19 novembre 2018).

Dans le cadre d'éventuelles actions récursoires du canton à leur égard, les communes ont un intérêt à assurer leur responsabilité civile, d'autant que leur responsabilité n'est pas limitée aux cas de faute intentionnelle ou de négligence grave.

En date du 23 janvier 2015, le Chef du Département de la sécurité avait du reste adressé une circulaire aux présidents des APEA, en leur demandant ce qui suit :

- a) *Les APEA doivent attirer l'attention du conseil communal ou de l'organe exécutif du groupement de communes sur la responsabilité subsidiaire encourue par la commune, les membres de l'APEA et les curateurs professionnels ou privés, ou encore les tiers au sens de l'article 392 chiffres 2 et 3 CCS dans la mesure où, une fois mandatés, ces derniers deviennent des organes de protection de l'adulte (CommFam, Meier, art. 392 N 18 et N 26).*
- b) *Elles doivent s'assurer auprès du conseil communal ou de l'organe exécutif du groupement de communes que l'assurance responsabilité civile de la commune, respectivement de la commune du siège de l'APEA intercommunale, couvre ce risque.*

A notre sens, la couverture d'assurance RC des communes étant centrale, il nous a paru important que cette couverture soit prévue dans la loi (comme pour les avocats : art. 12 let. f loi sur la libre circulation des avocats [LLCA] ou les notaires : art. 17 let. f LN).

Cette assurance RC couvrira la commune en tant qu'employeur, mais également pour les actes et omissions illicites d'un organe de la protection de l'enfant et de l'adulte et l'un de ses auxiliaires.

S'agissant des curateurs professionnels des CMS, de Pro Senectute et des structures privées, il s'agira que le canton, par le SJSJ, sensibilise ces structures à l'importance d'une couverture d'assurance RC couvrant les activités de leurs employés.

Article 114a LACC (nouveau) - Devoir de collaboration

Comme déjà rappelé, selon l'article 16 LACC et l'article 5 alinéa 1 OPEA, la surveillance administrative et organisationnelle des APEA relève du Conseil d'Etat qui la confie au Département en charge de la sécurité, par le SJSJ. Le SJSJ peut prendre connaissance de l'éventuelle mauvaise compréhension du droit matériel et formel effectuée par les APEA par le biais des inspections, des plaintes et des actions en responsabilité qui lui sont soumis, mais peut aussi le faire par le biais des arrêts rendus par le Tribunal cantonal suite aux recours lui ayant été adressés contre les décisions des APEA.

La doctrine précise que, lorsqu'un canton a prévu deux régimes distincts de surveillance, il est primordial que des échanges permanents et professionnels aient lieu entre les deux systèmes (surveillance administrative et surveillance judiciaire de recours). Car cette dernière instance entretient les liens nécessaires avec la matière et est à même d'identifier les besoins d'intervention sur la base des recours portés devant elle (ex. carences procédurales, lacunes organisationnelles, normes juridiques BSK-VOGEL, n. 26 ad art. 44; Meier, op. cit., p. 77, n. 152).

Certaines réglementations cantonales ont choisi de formaliser le principe de ces échanges :

- Selon le § 72 EG KESR/ZH, l'autorité de recours a l'obligation de communiquer à l'autorité de surveillance les décisions matérielles entrées en force.
- Selon le § 4 VESR/LU, les tribunaux communiquent leurs jugements et décisions à l'autorité de surveillance.
- Selon le § 4 alinéa 3 VV KESR/SZ, le tribunal administratif, autorité de recours, communique à l'autorité de surveillance les décisions prises sur recours dans le domaine de la protection de l'enfant et de l'adulte.
- Selon l'article 5 alinéa 1 OPEA/BE, le Tribunal de la protection de l'enfant et de l'adulte communique à l'Office des mineurs les décisions qu'il rend dans les domaines de la protection de l'enfant et de l'adulte ainsi que du placement d'enfants. Selon l'alinéa 2, sont exclues de l'obligation de communiquer prévue à l'alinéa 1 :
 - a. les décisions incidentes, y compris celles qui concernent l'assistance judiciaire,
 - b. les décisions d'irrecevabilité,
 - c. les décisions ordonnant la radiation du rôle.

La réglementation cantonale valaisanne ne connaît pas de telle disposition.

Par courrier du 7 décembre 2018, le Tribunal cantonal avait invité le Département en charge de la sécurité à créer une base légale, pour qu'il puisse lui communiquer ses jugements. Il n'est pas exclu que le SJSJ puisse déjà se prévaloir des règles sur la transparence de l'activité publique ou de l'article 30 alinéa 3, 1^{ère} phrase Cst. féd. pour obtenir les prononcés du Tribunal cantonal en la matière, concrétisés par la dernière révision de l'article 38 LOJ, adopté en session de décembre 2019, par le Grand Conseil.

Cependant, la modification légale proposée repose sur l'idée que le SJSJ reçoive systématiquement les prononcés du Tribunal cantonal, en matière de protection de l'enfant et de l'adulte, dès leur entrée en force et non qu'il doive consulter le site internet du Tribunal cantonal, pour accéder à ces prononcés. Cependant, à l'instar du canton de Berne, sont exclues de cette communication les décisions incidentes, les décisions d'irrecevabilité et les décisions ordonnant la radiation du rôle.

Lors de la consultation du projet de modification légale, le Tribunal cantonal a relevé dans son écrit du 20 décembre 2019, la question délicate de la forme non anonymisée prévue par le nouvel article, découlant des intérêts privés prépondérants. D'autres participants à la consultation ont également mentionné le caractère délicat de la transmission non anonymisée des prononcés.

Il sied de préciser néanmoins que le canton de Lucerne nous a précisé que l'autorité de surveillance des APEA recevait les prononcés non anonymisés. Le chef du service juridique de l'APEA de la ville de Zurich, chargé de cours aux Universités de Lucerne et Zurich et membre de la commission permanente de la COPMA, est également d'avis que les prononcés ne doivent pas être anonymisés.

Par ailleurs, une base légale spécifique prévue dans une loi sectorielle (réalisée en l'espèce par la nouvelle disposition de la LACC) permet, en vertu des articles 22 alinéa 1 lettre a et alinéa 2 lettre a LIPDA, une communication au SJSJ des données personnelles et sensibles.

Les prononcés transmis ne seront ainsi aucunement anonymisés, que ce soit au regard de la désignation de l'APEA et au regard des parties et des mandataires.

En effet, le Département, par le SJSJ, doit connaître le nom de l'APEA qui aura éventuellement méconnu le droit afin de pouvoir ensuite prendre des mesures correctrices à son égard, puis de rédiger une circulaire à l'endroit de toutes les APEA concernant le point de droit méconnu.

Le Tribunal cantonal oppose ensuite la teneur de l'alinéa 3 de l'article 22 LIPDA, qui prévoit que : "*Les données personnelles ainsi que les données sensibles peuvent, dans des cas concrets, être transmises aux autorités et organes publics qui en font la demande si la transmission est autorisée par la loi ou si les informations sollicitées sont nécessaires à l'accomplissement de leurs tâches*".

Il objecte la notion de cas concret à l'ensemble des cas qui seraient ainsi transmis au SJSJ, par le biais de la nouvelle disposition.

De l'avis du 30 avril 2020 de Me Sylvain Métille, avocat spécialisé en protection de des données, lorsqu'une loi spécifique prévoit que la transmission est possible dans certaines situations, telle la mission de surveillance administrative du Conseil d'Etat dans le domaine de la protection de l'enfant et de l'adulte, alors la loi spéciale prime et équivaut aux cas concrets mentionnés dans la LIPDA.

Enfin, le Tribunal cantonal souligne que les articles 13 et 15 LIPDA doivent être pris en compte. L'article 13 LIPDA concrétise l'accès différencié qui s'opère lorsqu'un document officiel contient des données personnelles (qui sont également des informations au sens de la loi).

Ainsi, lorsque le document officiel contient de telles données, elles doivent être séparées des autres informations ou rendues anonymes, sauf si la personne concernée a elle-même rendu ces données publiques. Le préposé à la protection des données, Me Sébastien Fanti in RVJ 2016 p. 393, précise qu'*en cas de travail manifestement disproportionné ou techniquement impossible pour satisfaire à ces exigences, l'accès aux documents est soumis à des conditions supplémentaires figurant aux articles 22 et 23 LIPDA (art. 13 al. 2 LIPDA). Ce renvoi permet par exemple l'accès à des documents contenant des données personnelles lorsque cela est indispensable à la sauvegarde d'un intérêt prépondérant public ou privé. Cette norme fait également le lien entre l'accès aux documents officiels et la protection des données en exigeant qu'une pesée des intérêts soit opérée entre le droit d'accéder aux documents officiels et les intérêts des particuliers au respect de leur sphère privée.*

En l'occurrence, avec l'introduction de la disposition légale, il est satisfait aux articles 13 et 22 LIPDA.

Quant à l'article 15 LIPDA, différentes exceptions au droit d'accès y figurent, en fonction des critères d'intérêt prépondérant public ou privé. Un intérêt privé prépondérant est notamment reconnu lorsque le document officiel contient des données personnelles et que sa communication n'est pas autorisée par la LIPDA (art. 15 al. 3 let. a), lorsque l'accès révèle des secrets professionnels, de fabrication ou d'affaires (art. 15 al. 3 let. b) ou encore lorsque l'accès divulgue des informations fournies librement par un tiers à une autorité qui a garanti le secret (art. 15 al. 3 let. c). En l'espèce, aucune condition n'est remplie, justifiant une limitation au droit d'accès (RVJ 2016 p. 393).

Article 116c LACC – Entraide administrative

La formulation et la teneur de cet article découlent du droit fédéral (art. 448 al. 4 CC). Pour établir les faits de manière complète, il est souvent indispensable que les autorités administratives et judiciaires – qu'elles soient cantonales ou communales - fournissent des documents en leur possession et communiquent des informations requises à l'autorité de protection, à moins que des intérêts dignes de protection ne s'y opposent. L'autorité appelée à apporter l'assistance administrative requise doit, dans un tel cas, procéder à une pesée des intérêts en présence.

Cette entraide administrative doit être gratuite.

Articles 9a (nouveau) et 12 alinéa 1 de la loi sur les incompatibilités

Selon l'article 13 alinéa 1 LACC, l'APEA est une autorité ***indépendante de l'administration***.

Les règles sur les incompatibilités ont pour but de garantir l'indépendance d'une autorité de manière toute générale. Au contraire, les règles sur la récusation ont pour but de garantir l'impartialité d'une autorité dans un cas d'espèce. Les articles 63 et 90 Cst. cant. traitent des incompatibilités et renvoient à la loi pour le règlement des questions se rapportant aux incompatibilités.

A l'heure actuelle, aucune base légale traitant des APEA ne contient des règles relatives aux incompatibilités. Seule une circulaire du 29 octobre 2012 du SJSJ précise qu'il y a une incompatibilité entre les fonctions de membre du conseil municipal et de membre de l'APEA. Cette circulaire avait également souligné que le Conseil fédéral avait relevé "*qu'il était contestable, sur le plan du droit constitutionnel, qu'un conseil communal élu politiquement prenne des décisions touchant au droit fondamental de la liberté personnelle comme, par exemple, en matière de placement d'un enfant en vue de son adoption sans l'accord des parents*" (FF 2006 6655).

Sous l'angle de la technique législative, on peut se demander si les incompatibilités doivent figurer dans une loi générale ou être intégrées dans la législation spéciale. Il convient en principe de régler les incompatibilités dans une loi générale pour éviter de disperser ces dispositions dans des lois spéciales. Toutefois, si une catégorie du personnel fait l'objet d'une législation spéciale, il peut être indiqué que cette loi traite des incompatibilités éventuelles. C'est le cas des membres de la police cantonale qui sont soumis à la loi sur la police cantonale, des notaires qui sont soumis à la LN, des membres de la Banque cantonale du Valais qui sont soumis à la loi sur la Banque cantonale du Valais et des membres du Réseau Santé Valais qui sont soumis à la LEIS. Par contre, lorsque les personnes visées ne sont pas comprises dans le champ d'application de la loi sur les incompatibilités (LI), les incompatibilités les concernant doivent être réglées dans la législation spéciale (selon son art. 1, la LI s'applique aux membres des autorités cantonales et communales, aux magistrats, aux fonctionnaires et employés d'Etat, des communes et des établissements autonomes) (cf. message du Conseil d'Etat accompagnant le projet de modification de la LI et le projet de modification de la loi sur l'organisation des Conseils et les rapports entre les pouvoirs (LOCRP).

Par conséquent, nous avons ancré les nouvelles règles d'incompatibilités eu égard aux APEA dans la loi traitant des incompatibilités.

Il nous est apparu important de régler les questions d'incompatibilité tenant à la séparation des pouvoirs, relatives aux membres, aux suppléants et aux greffiers de l'APEA. Afin de garantir l'indépendance de l'APEA, diverses catégories de personnel communal pouvant connaître la personne sous mesure de protection, avoir accès à des données ou à des informations la concernant et les utiliser ont été exclues quant à la possibilité d'accéder à la fonction de membres, de suppléants ou de greffier de l'APEA.

Enfin, les questions d'incompatibilité tenant à la parenté, ont également été traitées, comme l'a fait le canton de Berne dans sa loi (art. 10 LPEA).

Article 6 alinéa 1 lettre j de la loi sur les communes (LCo)

Rien n'était mentionné dans le message du Conseil d'Etat accompagnant la loi sur les communes, concernant le terme de tutelle. Il nous a paru important de préciser, au vu de la cantonalisation des APEA, que les communes municipales conservent l'attribution des services officiels de la curatelle.

E. Incidences financières

a/ Cantonalisation des APEA

L'on estime le budget nécessaire à une cantonalisation à **fr. 6'977'036.--**.

Il convient d'ajouter à cette charge un montant de l'ordre de **300'000 francs** pour les "*autres frais*" (bibliothèque juridique, fournitures de bureau, téléphone, affranchissements, impression, etc.).

Dans le même sens, il est très difficile d'évaluer la rémunération des curateurs/tuteurs privés d'une personne indigente (coûts à la charge de l'Etat).

A cela s'ajoute le coût de la formation initiale dispensée par la HES-SO pour les curateurs/tuteurs privés, s'élevant à environ **100'000 francs**.

Un système informatique performant, bilingue et adapté aux besoins des APEA se monte en sus à environ **100'000 francs**.

Un montant de l'ordre de **80'000 francs** doit être prévu pour la formation continue des membres des APEA (4 journées - 50 personnes - 400 francs la journée).

S'agissant des expertises psychiatriques ordonnées par les APEA leur permettant de déterminer la mesure la plus appropriée à prononcer, le coût moyen se situe entre **5'000 et 7'000 francs** pris en charge, dans la règle, par la personne sous mesure de protection; si celle-ci devait être indigente, le coût incomberait au canton. En l'état, il n'est pas possible d'évaluer le nombre d'expertises ordonnées et les coûts à charge de l'Etat (personnes indigentes).

L'ensemble des montants indiqués sont des postes annuels.

Enfin, le Conseil d'Etat a décidé, dans sa séance du 8 avril 2020, qu'il devait y avoir une participation financière des communes à la cantonalisation des APEA.

b/ Ordre judiciaire

Le Tribunal cantonal, dans son rapport annuel pour l'année 2017, a relaté un délai de traitement de 23 mois quant aux recours en matière civile. Il a également évoqué sa difficulté à traiter les affaires courantes et à résorber le retard, au vu du manque de moyens à disposition.

Ce délai de traitement a naturellement des conséquences fâcheuses en matière de protection de l'enfant et de l'adulte vu les thématiques et les enjeux en question. Dans le cadre d'une rencontre entre partenaires, les représentants des APEA ont relayé cette problématique, les difficultés qu'elles rencontraient et les incidences en découlant.

Nous proposons qu'une Chambre des curatelles soit créée, à l'instar d'autres cantons (ex. Vaud). Par courrier du 1^{er} février 2019, adressé au Chef du Département en charge de la sécurité, le Tribunal cantonal a indiqué avoir approuvé le principe de la création d'une Cour/Chambre des curatelles au sein du Tribunal cantonal à la condition qu'un nouveau poste de juge cantonal soit créé.

Un rapport du Conseil d'Etat visant à la création d'un poste supplémentaire de juge cantonal sera soumis au Grand Conseil en session de septembre 2020.

c/ **SJSJ**

Les APEA cantonales seront rattachées administrativement au SJSJ qui devra, à ce titre, assumer de nouvelles missions, en particulier s'agissant de la gestion des ressources humaines (55 EPT), des ressources financières (budget, compte, planification intégrée, rapport annuel d'activité, etc.). Cette importante tâche implique un renforcement des effectifs du SJSJ de l'ordre de **3 EPT**.

Le renforcement et l'élargissement de la surveillance administrative et organisationnelle nécessitera également un renforcement des effectifs du SJSJ de **2 EPT** supplémentaires.

d/ **OPE**

Les APEA sont les mandants principaux de l'OPE, en moyenne 65% des situations prises en charge. Depuis ces dernières années, l'OPE a constaté une augmentation constante du nombre de nouveaux mandats confiés par les APEA, en particulier les mesures des articles 307 et 308 CC (mesures de surveillance et curatelle éducative). La prévention régulière de la maltraitance effectuée auprès des professionnels travaillant avec des enfants a contribué à l'augmentation du nombre de cas signalés aux APEA et pris en charge ensuite pour certains par l'OPE.

A l'instar d'autres cantons, l'OPE doit prendre en charge des situations d'une complexité croissante (maltraitements, précarité, conflits parentaux, problèmes santé psychique etc.) qui nécessitent de multiples interventions et une collaboration en réseau avec d'autres professionnels. Ceci dans un contexte souvent hautement émotionnel et de plus en plus judiciairisé. En 2018, l'OPE disposait de 24.7 EPT d'intervenants en protection de l'enfant et le nombre de situations se montait alors à environ 79 dossiers par EPT, en comptabilisant un dossier/un enfant.

Les recommandations de l'ASCP et de la CLPPJ se situent à 60 dossiers par EPT. De ce fait, pour atteindre cette recommandation, 8 EPT supplémentaire était nécessaire afin d'arriver à 60 dossiers par EPT. L'OPE a reçu 6 EPT par le Grand Conseil pour l'année 2019. Sachant que la professionnalisation impliquera de plus grandes APEA avec un plus gros volume de dossiers à traiter et avec une plus grande efficacité, il s'agira que les 6 centres régionaux de l'OPE soient réactifs afin de ne pas créer des goulets d'étranglement devant ces centres qui deviendraient incapables de répondre aux besoins et demandes des APEA.

Au vu des éléments susmentionnés, un renforcement significatif des ressources pour l'OPE doit être prévu, non seulement pour s'approcher des recommandations (+ 2 EPT), mais également pour assurer ces prochaines années les mandats confiés par les APEA (+ 2 EPT).

Il s'agirait ainsi de renforcer l'OPE de 4 EPT.

Il est important que le Grand Conseil en adoptant la modification légale, soumise dans le présent message, accepte en conséquence le nombre de postes requis, inscrits dans la PIP 2021-2024.

F. Dispositions transitoires

Il a paru important de régler par des dispositions transitoires la réorganisation des APEA communales/intercommunales en APEA cantonales, particulièrement en ce qui concerne le personnel.

G. Conclusion

Vu le développement qui précède, nous vous proposons, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les Députés, d'accepter le projet de loi modifiant la loi d'application du code civil suisse et vous recommandons, avec nous, à la protection divine.

Sion, le 19 août 2020.

Le président du Conseil d'Etat: **Christophe Darbellay**
Le chancelier d'Etat: **Philipp Spörri**