



A Mesdames et Messieurs
les Présidentes et Présidents des autorités
de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA)

Références SH/CB
Date 21 janvier 2019

Levée du secret de fonction¹

Madame la Présidente,
Monsieur le Président,

Le Département est régulièrement saisi de demandes de levée du secret de fonction par les APEA notamment pour les besoins de procédures pénales. La présente circulaire a pour but de préciser la marche à suivre en cas de demande de divulgation d'informations.

1. Généralités

a/ Obligation de garder le secret (art. 451 al. 1 CC)

En vertu de l'article 451 alinéa 1 CC, les membres et le personnel des autorités de protection, chacun à titre individuel, ont l'obligation de garder le secret, à moins que des intérêts prépondérants ne s'y opposent.²

Le devoir de garder le secret **porte** sur :

- les mesures de protection (art. 388ss CC);
- les cas que la loi qualifie d'intervention de l'autorité de protection (art. 368, 373, 376, 381, 385 et 419 CC).³

Le **but** de l'obligation de garder le secret en matière de protection de l'enfant et de l'adulte est :

- de protéger la sphère privée (les informations réunies à propos de la personne concernée et parfois aussi de ses proches ou des tiers étant particulièrement dignes de protection);
- de protéger des intérêts publics.⁴

Cette obligation n'est pas absolue.⁵ **Des exceptions**, donc le droit à la divulgation de certaines informations, sont prévues dans la loi. D'une part, il est possible de communiquer certaines informations, à moins que des intérêts prépondérants ne s'y opposent (art. 451 al. 1 CC), et d'autre part, le droit de la protection de l'adulte envisage d'autres situations dans lesquelles l'APEA est admise à révéler des informations (notamment art. 451 al. 2, 449c, 452 al. 2. et 453 CC).

¹ Source : Avis de droit du Professeur Philippe Meier

² MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 282ss

³ CommFam – COTTIER/HASSLER, art. 451 N 9; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 287

⁴ CommFam – COTTIER/HASSLER, art. 451 N 2

⁵ Message, Protection adulte, FF 2006 6721

b/ Secret de fonction (art. 320 CP)

Par ailleurs, les membres des APEA sont soumis, parallèlement à l'obligation de l'article 451 alinéa 1 CC, au secret de fonction de l'article 320 CP qui rend la révélation du secret punissable, sauf si "*elle a été faite avec le consentement écrit de l'autorité supérieure*" (ch. 2).⁶

La présence d'intérêts prépondérants qui justifient la révélation du secret selon le droit de la protection de l'adulte lève aussi la punissabilité selon l'article 320 CP, puisque qu'elle constitue un motif justificatif au sens de l'article 14 CP.⁷

2. Compétence principale de l'APEA

a/ Principe

Avant toute autorisation de l'autorité supérieure, il appartient à **l'APEA elle-même** d'examiner l'existence d'intérêts prépondérants légitimant la communication de certaines informations (art. 451 al. 1 CC).

Dans le cadre d'une procédure, la responsabilité primaire de décider de témoigner ou non appartient au membre de l'APEA. Les dispositions procédurales ne lui interdisent en effet pas de collaborer mais lui en donnent le droit et renvoient au droit matériellement applicable pour le guider dans sa décision.

Cette compétence de l'APEA doit être exercée **collégialement** et ne peut pas être déléguée au président ou à un membre de l'autorité de protection (cf. art. 112 al. 3 lit. n LACC a contrario).

Il est clair que si le membre de l'APEA témoigne alors que les conditions de l'article 14 CP ne sont pas réunies, il court le risque d'une sanction pénale mais cela ne le prive pas pour autant de sa compétence décisionnelle.⁸

b/ Pesée des intérêts

Afin de déterminer dans quelle mesure il peut être dérogé à l'obligation de garder le secret, l'APEA doit procéder à **une pesée des intérêts**.⁹ Il faut que l'intérêt soit clairement prépondérant pour qu'il soit dérogé à cette obligation.¹⁰

Les intérêts prépondérants peuvent être ceux de la personne concernée, de tiers ou de la collectivité.¹¹

Dans le cadre de cette pesée, l'APEA doit faire appel à son pouvoir d'appréciation (art. 4 CC) et :

- mettre en balance les intérêts susmentionnés avec la protection de la sphère privée visée principalement par l'article 451 CC, le cas échéant avec l'intérêt de l'Etat au bon fonctionnement de ses institutions;
- chaque fois que cela est possible, requérir le consentement de la personne concernée lorsqu'elle est capable de discernement. Le consentement ne peut porter que sur les informations qui concernent directement la personne qui donne son accord. Si ces informations portent aussi sur des tiers, les intérêts de ceux-ci pourraient être opposés au consentement de la personne.¹² Selon la jurisprudence, si la personne concernée a donné son accord, il n'en appartiendrait pas moins à l'autorité de décider si des intérêts publics autres s'opposent à la divulgation;¹³

⁶ MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 285

⁷ CommFam – COTTIER/HASSLER, art. 451 N 18

⁸ VOGEL, RMA 2014, 254 – pour la procédure civile – et 256 – pour la procédure pénale

⁹ Message, Protection adulte, FF 2006 6721

¹⁰ ATF 142 II 307, c. 4.3; TF, 2C_215/2015 du 16 juin 2016, c. 5.1

¹¹ Message, Protection adulte, FF 2006 6721

¹² MEIER, Droit de la protection de l'adulte N 294

¹³ ATF 138 I 331, c. 6.2

- consulter le curateur de la personne concernée, quel que soit le type de mesure et quel que soit le discernement de la personne concernée;
- se conformer au principe de proportionnalité concernant le principe et l'étendue des informations qu'elle serait disposée à communiquer.

c/ Divulgence des informations

Suite à la pesée des intérêts faite par l'autorité de protection, cette dernière pourra soit :

- procéder à une "*divulgence sélective des informations*", en fonction des intérêts en question.¹⁴ **Dans ce cas, aucune décision de l'autorité de surveillance n'est alors nécessaire;**¹⁵
- refuser de témoigner selon l'article 451 alinéa 1 CC, soit parce que les intérêts invoqués paraissent de trop faible portée, soit parce qu'une incertitude trop importante subsiste pour prendre le risque d'une sanction pénale subséquente. Dans ce cas, l'autorité de protection pourra solliciter – pour autant que les intérêts prépondérants opposés ne fassent pas manifestement défaut - l'autorisation de l'autorité de surveillance (*cf infra* ch.3 let. a).

3. Compétence subsidiaire du Département

a/ Principe

En matière de protection de l'enfant et de l'adulte, l'autorité supérieure habilitée à lever le secret de fonction est l'autorité de surveillance au sens de l'article 441 CC, à savoir le Département en charge de la sécurité (art. 5 al. 1 OPEA).

Il appartient en principe à l'APEA comme telle de demander au Département la levée du secret. Cette demande doit :

- exposer de façon détaillée les motifs exacts pour lesquels l'audition est sollicitée (les renseignements utiles à cet égard doivent être pris si nécessaire auprès du juge),
- mentionner les raisons pour lesquelles l'APEA a estimé ne pas devoir témoigner,
- être accompagnée de la détermination de la personne concernée lorsque celle-ci est capable de discernement et de celle du curateur.

b/ Décision

Si l'autorisation est accordée : le membre de l'APEA a le devoir de témoigner en vertu des dispositions procédurales topiques (art. 166 al. 1 let.c CPC et art. 170 CPP).

Si l'autorisation est refusée : le membre de l'autorité ne pourra pas invoquer ultérieurement un motif justificatif selon les articles 451 alinéa 1 CC et 14 CP. Il se rendrait en effet coupable de violation de l'article 320 CP.

En cas de modification des circonstances intervenue après le refus de l'autorité de surveillance, l'APEA pourrait en principe se livrer elle-même à un nouvel examen de la situation à la lumière de l'article 451 alinéa 1 CC. Cependant, il semble plus judicieux de solliciter une nouvelle autorisation de l'autorité de surveillance.

¹⁴ Message, Protection adulte, FF 2006 6721

¹⁵ CommFam – COTTIER /HASSLER, art. 451 N 18, MEIER, Droit de la protection de l'adulte N 285 et N 290

3. Sanctions

En cas de violation de l'article 451 CC, le Code Civil ne prévoit pas de sanction spécifique. Il faut réserver la responsabilité du canton au sens de l'article 454 CC, ainsi que d'éventuelles sanctions de nature disciplinaire que le droit cantonal peut prévoir à l'endroit des membres des APEA (cf. art. 9 al. 3 et 10 OPEA).

La violation de l'article 320 CP entraîne des sanctions pénales contre le membre de l'autorité concernée.

Cela étant, nous vous invitons, dorénavant, à procéder comme décrit ci-devant lorsque vous devrez communiquer des informations soumises au secret.

Nous vous prions de croire, Madame la Présidente, Monsieur le Président, à l'assurance de nos sentiments les meilleurs.



Frédéric Favre
Conseiller d'Etat

Copie à Madame et Messieurs les inspecteurs des APEA