



RAPPORT
accompagnant l'avant-projet de modification de la loi d'application
du code civil (LACC)
PROFESSIONNALISATION DES APEA

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 six 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) et un renforcement de leur encadrement.

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 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 (par 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 et les communes, par le biais des actions récursoires du canton. 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 le renforcement de la surveillance administrative 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 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 surveillance administrative plus élargie du SJSJ à l'égard des APEA - et indirectement également envers les mandataires - renforcera encore plus l'ensemble du système.

A. 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. 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.

B. 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), 1 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 (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 (cf. annexe), 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 s'est réunie à quatre reprises. Elle a examiné deux thèses législatives préparées par le SJSJ, à savoir celle de la cantonalisation et celle du renforcement de l'encadrement des APEA et a privilégié celle du renforcement. 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.

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 le renforcement de la surveillance administrative du SJSJ.

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 (par ex. surveillance administrative élargie 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. Dans ce cadre, il paraîtrait également intéressant de réfléchir à des règles de communication d'informations minimales entre APEA et communes, qui permettraient aux communes de libérer plus aisément les paiements des honoraires des curateurs, sans mettre à mal l'indépendance de l'APEA et le secret curatelaire (sorte de codification des principes émis dans la circulaire établie par le Département de la sécurité le 16 janvier 2014 et des recommandations de la COPMA de juin 2014 en la matière).

- 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 cette professionnalisation, à savoir que les interventions des membres des APEA, des curateurs et des tuteurs soient de qualité, puisqu'il répond de leurs actes, alors qu'il ne les a pas choisis, ni engagés et qu'il ne surveille pas leur activité. Les communes partagent le même intérêt, puisqu'elles peuvent être appelées à répondre sur le plan financier en cas de dommage par le biais des actions récursoires du canton.

- 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 (par 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 (cf. annexe).

C. 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 le renforcement de la surveillance administrative opérée par le SJSJ.

Articles 13 alinéas 1, 2 (abrogé), 2bis (nouveau) et 2 ter (nouveau); 14 alinéa 1 1^{ère} et 3^{ème} phrase et alinéa 5; 15 alinéa 2; 18 alinéas 1 (nouveau) et 2; 111 alinéa 1 LACC

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 (cf. annexe).

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 et, partant, la création d'APEA uniquement intercommunales. La collaboration intercommunale prendra la forme d'une convention, telle que prescrite par l'article 108 alinéa 2 lettre a de la loi sur les communes.

Le groupe de travail a arrêté **le nombre de 9 APEA** dans le canton du Valais. Ce nombre prend en compte les spécificités régionales et géographiques du Valais, en ne retenant 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. 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.

APEA intercommunales	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

La modification législative n'arrête par contre pas le siège de l'APEA laissé à la libre appréciation du groupement de communes en raison de l'autonomie communale. Il est possible d'envisager que l'APEA puisse se déplacer pour certaines audiences dans d'autres lieux que son siège (antennes/bureaux) (par ex. APEA avec siège à Brigue et antenne à Conches), selon modalités à définir par le groupement intercommunal (cf. art. 13 al. 2 ter nouveau ; art. 1 al. 2 de l'ordonnance bernoise sur la protection de l'enfant et de l'adulte).

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. Par ailleurs, les cantons qui ne respectent pas ces chiffres minimaux connaissent un système où l'APEA est présidée par un juriste (cf. annexe). Ainsi, le nombre de 9 APEA doit être absolument contrebalancé par une caution, 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 que ce nombre recoupe, en nombre et en territoire, **les 9 arrondissements judiciaires des tribunaux de district** (art. 9 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).

L'on voit ainsi que ce nombre et ce recoupement permettront une intensification des relations, un plus grand dialogue et la création de liens de confiance entre ces deux autorités. Ce nombre donnera également une visibilité plus importante, une plus grande assise et davantage de crédibilité aux APEA. Relevons que le canton de Fribourg a également prévu cette solution, à savoir que le nombre des justices de paix (APEA dans le canton de Fribourg) recoupe celui des tribunaux d'arrondissement.

Le chiffre de 9 a été salué par le président de la COPMA, M. Guido Marbet, qui a été consulté sur les propositions du groupe de travail. Il a relevé la cohérence du découpage au vu des échanges techniques nécessaires entre tribunaux et APEA. Il a néanmoins souligné que ce nombre ne permettait pas d'avoir un taux d'activité de 50% au minimum pour les membres de l'APEA.

Nous sommes encore conscients qu'au vu des réflexions de la Constituante et des modifications légales en découlant, ce nombre de 9 arrondissements judiciaires pourrait être modifié. Néanmoins, même si l'on devait arriver à un nombre moindre d'arrondissements judiciaires à l'avenir, le chiffre de 9 APEA permettra une coordination plus aisée à mettre en place entre les tribunaux de district et les APEA.

Ce chiffre de 9 APEA impliquera également une surveillance plus aisée à effectuer par le SJSJ, tout comme l'uniformité de l'application du droit au sein des APEA sera plus facile à contrôler et à garantir.

En conférence de presse du 12 février 2019, le Chef du Département en charge de la sécurité a précisé que le nombre de 9 représentait le nombre maximum d'APEA que le canton du Valais devait avoir.

Enfin, 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.

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

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.

Le Professeur 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 surcroît, actuellement, on tend vers un important mouvement de collaborations intercommunales ou de fusions de communes en Valais. En effet, on est passé de 163 communes au 1^{er} janvier 2000 à 126 communes au 1^{er} janvier 2017. Les motifs avancés dans le cadre de fusions de communes résident notamment dans un meilleur engagement des moyens financiers, une mutualisation des forces, une plus grande effectivité et une professionnalisation des services communaux ainsi que la complexité des thématiques à traiter. Les mêmes motifs sont à retenir pour le regroupement des APEA communales.

Enfin, certains pourraient encore avoir peur d'une perte d'emplois pour certains collaborateurs en place. 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. A Monthey, lors de la réunion des APEA de Monthey, du Haut-Lac et de la Vallée d'Illiez, les personnes en place ont pu retrouver un emploi auprès des différentes autorités communales du district ou rejoindre l'APEA nouvellement constituée.

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.

D'autres variantes pourraient être retenues, à savoir 3, 5, 6 ou 7 APEA (cf. annexe). Ces chiffres auraient le mérite de se rapprocher encore plus du bassin minimal de population requis par la COPMA, voire de l'atteindre expressément. Ils permettraient également aux membres des APEA d'avoir des taux d'activité plus élevés, soit au minimum 50%, tel que préconisé par la COPMA, mais également par les experts Jaffé et Zermatten. Ces derniers relèvent à cet égard que l'interdisciplinarité doit être exercée et réalisée régulièrement. Il ne suffit pas de convoquer à l'une ou l'autre reprise le psychologue ou le travailleur social, mais il est nécessaire qu'ils apprennent à travailler ensemble afin de développer une pratique cohérente.

L'expert Philippe Meier a précisé que l'argument de la coordination avec les tribunaux de district ne paraissait pas déterminant étant donné que 3, 5, 6 ou 7 APEA peuvent tout aussi bien se coordonner avec les tribunaux de district dans les dossiers qui le requièrent (on ne parle ici que de dossiers concernant les enfants de personnes mariées nécessitant des mesures de protection). De plus, les nouvelles règles fédérales entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2017 prévoient au demeurant une attraction de compétences en faveur du juge de l'entretien lorsque l'entretien concernant l'enfant de parents non mariés est litigieux à côté des droits parentaux, ce qui a réduit d'autant le besoin de coordination avec les APEA. Enfin, il relevait que, même si comparaison n'est point raison, le chiffre de 9 serait identique à celui du canton de Vaud (avec près de 800'000 habitants) et à celui de St-Gall (avec plus de 500'000 habitants) et qu'il apparaît donc encore élevé.

Analyse des variantes quant au nombre d'APEA à retenir

- a/ Le chiffre de 3 (basé sur les régions constitutionnelles) permettrait de créer dans chaque APEA une autorité spécialisée pour les adultes et une autorité spécialisée pour les enfants (une telle spécialisation est notamment en discussion à l'heure actuelle dans le canton de Vaud suite à un scandale d'abus sexuels et de mauvais traitements envers des enfants, situation dans laquelle le manque de compétences des autorités concernées sur les questions de protection des enfants a été déploré par certains). Une telle spécialisation existe du reste de longue date à Genève.

Ce chiffre de 3 est préconisé par les experts Meier, Zermatten et Jaffé. Ils rejoignent ainsi l'idée de la création de deux chambres distinctes au sein de chaque APEA en soulignant que la fonction de protecteur de l'enfant et celle de protecteur de l'adulte sont presque totalement différentes dans leur approche et dans les compétences spécifiques à avoir.

La doctrine précise à ce sujet que, lorsqu'on est en présence d'une circonscription suffisamment grande (à partir d'environ 100'000 habitants), il est possible d'instituer une autorité séparée pour la protection de l'enfant et une autre pour celle de l'adulte, ce qui serait idéal compte tenu des exigences différentes (CommFam, op, cit., p. 795, n. 9). Par contre, il ne s'agit nullement de scinder l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte, puisque l'article 440 alinéa 3 CC prévoit que l'autorité de protection de l'adulte fait également office d'autorité de protection de l'enfant.

Enfin, si l'on fait des parallèles, ce chiffre de 3 a été retenu par exemple dans d'autres domaines, soit 3 régions pour les soins stationnaires (art. 6 al. 5 de la loi sur les établissements et institutions sanitaires [LEIS]), 3 régions socio-économiques (art. 7 de la loi sur la politique régionale) ou 3 offices du registre du commerce (art. 27 al. 1 OELACC).

Les experts Zermatten et Jaffé vont encore plus loin, en posant la question de la création d'un tribunal de la famille (évoquée également par la doctrine, RDT 2008 p. 159), en charge de toutes les questions relevant du droit de la famille, protection de l'enfant et de l'adulte incluse, comme cela se fait dans le canton d'Argovie.

On peut néanmoins se demander si une seule entité est la panacée, si on lit l'article du 18 février 2019 du Quotidien jurassien, qui décrit les difficultés et les critiques que rencontre l'unique APEA cantonale du Jura (une autorité administrative). Elle relate sa réorganisation pour décider mieux et vite, notamment par l'engagement de 1.8 EPT de juriste.

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). La création d'un tribunal de la famille a également été rejetée dans les cantons de St-Gall et des Grisons.

- b/ Le chiffre de 5 pourrait être mis en relation avec les 5 régions sanitaires des centres médico-sociaux (CMS), soit :

- 1° Monthey-St-Maurice;
- 2° Martigny-Entremont;
- 3° Sion-Hérens-Conthey;
- 4° Sierre;
- 5° Haut-Valais.

Cependant, seules les APEA du Haut-Valais font appel actuellement aux curateurs professionnels des CMS pour exécuter des mandats de protection.

- c/ Le chiffre de 5 pourrait également être mis en relation avec les 5 régions de politique administrative du canton qui prévoit de regrouper les infrastructures et les guichets de l'Etat dans les villes suivantes, selon décision du Conseil d'Etat prise dans sa séance du 3 octobre 2018 :

- 1° Viège;
- 2° Sierre;
- 3° Sion;
- 4° Martigny;
- 5° Monthey.

- d/ Une autre solution consisterait à se fonder sur les arrondissements électoraux (art. 136a de la loi sur les droits politiques [LcDP]) pour proposer 6 autorités, soit :

- 1° Arrondissement de Brigue;
- 2° Arrondissement de Viège;
- 3° Arrondissement de Sierre;
- 4° Arrondissement de Sion;
- 5° Arrondissement de Martigny;
- 6° Arrondissement de Monthey.

e/ Le chiffre de 6 pourrait être également mis en relation avec les 6 centres régionaux de l'office pour la protection de l'enfant (OPE) (Monthey, Martigny, Sion, Sierre, Viège, Brigue).

f/ Enfin, le chiffre de 7 ne peut être rattaché à aucun arrondissement ou circonscription déjà existant.

De toutes ces dernières variantes, seule celle de 3 est à notre sens la plus concurrentielle au vu de sa cohérence et de la vision pionnière qu'elle implique. La question qui reste encore ouverte est celle de savoir s'il s'agit de 3 APEA intercommunales ou **cantoniales**. MM. Zermatten et Jaffé parlent idéalement d'une organisation judiciaire ou administrative de protection **cantonalisée** avec 3 régions et 3 instances.

Se pose ainsi également la question d'une cantonalisation, qui n'équivaut cependant pas à une centralisation, avec une seule APEA, le nombre d'APEA cantonales pouvant également varier entre 3 et 9.

Articles 13 alinéa 2 quater lettre a (nouveau); 14 alinéa 5 LACC

Le travail de l'autorité dépend des compétences personnelles de ses membres mais aussi des ressources financières et des conditions-cadres organisationnelles dans lesquelles elle évolue (locaux sécurisés, moyens, etc.). Les organes doivent être rémunérés à hauteur de leurs compétences et constitués de manière à pouvoir exécuter les tâches qui leur sont confiées dans le respect des objectifs fixés par la loi.

Pour répondre aux exigences quantitatives et qualitatives, le législateur fédéral a imposé une professionnalisation des autorités car la mise en œuvre du droit matériel dépend directement de la manière dont les instances qui l'appliquent sont organisées (Droit de la protection de l'adulte, op. cit., p. 20, n. 1.62 et n. 1.63). Il est par ailleurs essentiel que l'autorité de protection dispose également de suffisamment de ressources en temps (Droit de protection de l'adulte, op. cit., p. 23, n. 1.68; RMA 2010 p. 91).

L'APEA, étant désormais une autorité intercommunale selon le projet, elle est naturellement financée par le groupement de communes. Les communes disposent à cet égard d'une autonomie communale. Cependant, vu l'indépendance de l'autorité de protection, elle doit disposer d'un budget et d'un compte distincts (art. 12 al. 2 OPEA).

De l'avis du groupe de travail, des recommandations du canton quant à l'élaboration du budget de l'APEA sont nécessaires et importantes pour faciliter le travail des APEA, soutenir les communes et prévenir ainsi toute éventuelle action récursoire du canton en cas d'éventuel dommage. En effet, la responsabilité de la commune peut être engagée si elle ne donne pas des moyens suffisants à l'APEA pour fonctionner.

La commission extraparlamentaire de 2017 avait indiqué que les infrastructures à disposition des APEA ne correspondaient pas aux standards valant pour les autorités judiciaires. Les salles d'audience étaient souvent trop exigües ne permettant pas de garantir la distance et la confidentialité des documents de référence.

Elle avait également mentionné que les rapports annuels d'inspection indiquaient pour les années 2013, 2014 et 2015 une dotation insuffisante des ressources humaines et que l'engagement des assesseurs était insuffisant lors de chaque exercice passé sous revue. Les rapports des inspecteurs pour l'année 2017 et 2018 relevaient à nouveau le manque de moyens financiers des APEA et soulignaient que nombre d'APEA se plaignaient que les organes exécutifs communaux rechignaient de plus en plus à approuver le budget en constante augmentation.

On pourrait croire que les APEA engendrent des coûts communaux importants. Cependant, si l'on examine le fait que ces autorités s'occupent de plus de 110 tâches arrêtées selon la doctrine (64 tâches dans le domaine de la protection de l'adulte et 46 tâches dans le domaine de la protection de l'enfant) (Droit de la protection de l'adulte, op. cit., p. 19 n. 1.60; RDT 2008 p. 140 et 185), leur coût paraît raisonnable au prorata de leur importante intervention. Par ailleurs, ce sont des coûts dictés par le droit fédéral auxquels les APEA ne peuvent se soustraire. Ces recommandations permettront également de faciliter le travail des APEA à l'égard des organes exécutifs communaux.

Enfin, les recommandations se fonderont sur les prescriptions doctrinales, les recommandations de la COPMA et la composition du budget de l'APEA de Monthey. A titre d'exemple, il est relevé que le président de l'APEA de Monthey soumet chaque année une proposition de budget de fonctionnement annuel à l'organe exécutif des communes qui le discute et l'approuve.

Article 13 alinéa 2quater lettre b LACC (nouveau)

Lors des échanges au sein du groupe de travail, est apparu le fait que bon nombre d'organes exécutifs communaux semblent méconnaître le travail des APEA, soit ne savent pas précisément en quoi consistent les tâches des APEA dictées par le droit fédéral. Cette méconnaissance peut se traduire par une méfiance envers les APEA et une incompréhension quant aux coûts de fonctionnement.

Il a semblé ainsi important de prévoir un article introduisant l'obligation pour les APEA de présenter un rapport d'activité annuel à l'organe exécutif intercommunal afin de détailler son activité, ses tâches et ses difficultés, son budget, etc. De l'avis des experts Zermatten et Jaffé, ce rapport devrait comporter une partie quantitative (nombre de cas, nombre de mesures, nature des cas, etc.) et une partie qualitative (travail effectué, obstacles rencontrés, collaboration avec les instances judiciaires ou avec les autres partenaires, besoins particuliers, formations suivies, etc.).

Il s'agira d'un outil de communication important dans les relations APEA/communes. L'importance de la communication a été soulignée par les trois experts ainsi que par le président de la COPMA. L'expert Philippe Meier relève cependant que ce rapport ne doit pas représenter un moyen au travers duquel les APEA devraient rendre des comptes à l'organe exécutif intercommunal. De ce rapport ne peut en effet découler aucune surveillance ni ingérence du groupement de communes à l'égard de l'APEA qui est une autorité indépendante soumise à la seule surveillance administrative du SJSJ et au contrôle matériel de ses décisions par le biais des recours adressés au Tribunal cantonal. Il est prévu que ce rapport soit remis en copie à l'autorité de surveillance administrative, ce qui participe des moyens de contrôle qui sont les siens (CommFam, op. cit., p. 808, n. 9).

Article 14 alinéa 1 1^{ère} phrase LACC

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).

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 spécialisés FSA en droit de la famille 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 variant de 80% à 100% 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 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 (grosses fortunes 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 on part de l'idée dans la modification législative que l'activité du président est à temps complet (80% à 100%) et que l'activité des membres est à temps partiel (40% à 50%), 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.
- 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 FSA en droit de la famille 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, tout comme les communes, ont également un intérêt financier à prévoir une présidence juridique performante pour prévenir tout dommage impliquant des risques financiers (responsabilité primaire du canton et actions récursoires du canton à l'encontre des communes).
- 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. 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 du taux d'activité des membres

La réduction du nombre d'APEA a, 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).

Le nombre moindre d'APEA supposera également une disponibilité plus grande des membres des APEA, telle qu'exigée par la doctrine et les recommandations de la COPMA, mais aussi souhaitée par certains partenaires des APEA, notamment en cas d'urgence. Il sera ainsi plus facile de garantir des permanences, en particulier durant les week-ends pour les APEA.

Le taux d'activité plus important des membres entraînera aussi des audiences à des heures de bureau, et non en soirée, comme actuellement pour certaines. Ces horaires nocturnes ont du reste été critiqués par certains partenaires d'APEA.

Le président de l'APEA devrait avoir un taux oscillant entre 80% et 100% et les deux autres membres de l'APEA devraient avoir un taux minimum de 40% pour chacun d'entre eux (Steinauer/Fountoulakis, op. cit., p. 470 n. 1063; CommFam, op. cit., p. 801 n. 28; RMA 2010 p. 91).

A titre de droit comparé intercantonal, relevons que le canton de Glaris prévoit que les membres permanents de l'autorité de protection exercent désormais leur activité à titre principal (art. 63bis LACC). Dans le canton du Tessin, il est prévu spécifiquement que la présidence ne doit pas être exercée à un taux inférieur à 80% (art. 9 al. 1 LPMA). S'agissant du canton de Berne, il prévoit que les membres des APEA exercent leur activité à titre principal (à temps complet ou partiel) et que les membres des autorités à temps partiel ont un degré d'occupation de 50% au moins (art. 9 LPEA).

Enfin, dans le cadre de l'inspection annuelle portant sur l'année 2017, certaines APEA ont appelé de leurs vœux une professionnalisation, conscientes des risques que leur fait prendre leur fonction de funambule.

Article 14 alinéa 1 2^{ème} phrase (nouvelle) LACC

Le fait que l'autorité de nomination veille à l'interdisciplinarité a été supprimé au motif que, désormais, les compétences des membres de l'APEA sont clairement définies ex lege. Tous les cantons ayant clairement précisé dans leur législation les compétences des membres de l'APEA n'ont pas expressément légiféré sur le fait que l'autorité de nomination devait veiller au respect de cette interdisciplinarité. Seul le canton de Vaud, qui n'a pas défini clairement les compétences, a indiqué à l'article 4 alinéa 2 LVP AE que le Tribunal cantonal (à la fois autorité de nomination et autorité de surveillance) veillait au respect de l'interdisciplinarité lors de la désignation de ses assesseurs (membres de l'APEA dans le canton de Vaud).

Le contrôle de l'interdisciplinarité est néanmoins maintenu au travers de la surveillance administrative du SJSJ qui contrôlera les compétences des membres de l'APEA. En effet, selon la doctrine, la surveillance administrative au sens étroit comprend notamment le contrôle des compétences (composition) (CommFam, op. cit., p. 805 n. 1). Il a semblé important que cela soit l'autorité de surveillance administrative qui veille à l'exigence de l'interdisciplinarité (art. 440 CC) et plus l'autorité de nomination.

Article 14 alinéa 1bis LACC (nouveau)

Il a également 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.

Article 14 alinéa 2 LACC (abrogé)

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 de ces derniers 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.

Article 14 alinéa 2bis LACC (nouveau)

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. L'autorité de protection doit avoir un caractère interdisciplinaire et être collégiale (art. 440 al. 1 et 2 CC).

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 relevait que l'autorité doit toujours comprendre un juriste afin de garantir une application correcte du droit, ce qui n'est pas le cas actuellement en Valais. Par ailleurs, en fonction de la situation à évaluer, il faut le concours de personnes bénéficiant d'une formation psychologique, sociale, pédagogique, fiduciaire, médicale ou en droit des assurances. 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 qui doit prendre ses décisions en collégialité sauf pour certains points (cf. art. 112 al. 3 et 4 LACC).

Un catalogue de compétences professionnelles spécifiques nécessaires pour les membres des APEA a ainsi été arrêté dans la modification légale.

Le canton du Jura (art. 6 de la loi sur l'organisation de la protection de l'enfant et de l'adulte) a été plus loin et 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 compétences des membres et des assesseurs. L'autorité de surveillance administrative s'assurera que la composition est conforme aux exigences légales. Il faut par ailleurs rappeler que l'APEA peut toujours faire appel à un assesseur (art. 14 al. 4 LACC), soit un membre supplémentaire disposant de compétences nécessaires au cas à traiter lorsque la composition "*ordinaire*" ne l'autorité ne suffit pas.

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.

Article 14 alinéas 3 et 5 LACC

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 bachelor d'une durée de trois ans nous paraissant largement insuffisant et non conforme aux exigences du poste.

Article 14a LACC (nouveau)

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 2bis. 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. 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 classées sans suite ou closes par suite de paiement durant les cinq dernières années, l'autorité de nomination 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 de nomination 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.

Enfin, 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 70 ans au plus {cf. à ce titre l'art. 24 al. 2 de la loi sur le notariat (LN)}. Le membre pourra naturellement siéger jusqu'à la fin de l'année calendaire.

Article 16 alinéas 1 et 1bis LACC

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 des APEA relève du Conseil d'Etat qui la confie au Département en charge de la sécurité, par le SJSJ (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.

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** qui relève du Conseil d'Etat selon des modalités arrêtées par voie d'ordonnance et que la surveillance d'une application correcte du droit relevait du Tribunal cantonal en tant qu'autorité de recours (art. 114 al. 1 let. c).

D'autre part, il paraît important d'élargir la surveillance administrative 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).

L'OPEA devra être modifiée pour élargir la surveillance administrative du SJSJ afin qu'il puisse notamment :

- examiner le rapport annuel d'activité de l'APEA dont il recevra copie (selon présent projet);
- 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;
- examiner les arrêts 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;
- contrôler également l'interdisciplinarité des membres de l'APEA puisque la surveillance administrative s'entend également d'un contrôle des compétences de l'APEA (tel que relevé par la doctrine) (cf. art. 14 al. 1, 2^{ème} phrase nouvelle LACC);
- 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 APEA, et non plus uniquement en transmettant aux APEA des offres de formation continue externes.

Il pourra également s'agir de repenser les modalités des inspections des APEA.

Articles 17 alinéa 1; 19a alinéa 1; 19d à g (nouveau); 29 alinéa 2 LACC

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;
- 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 (par ex. avocat, 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.

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'autres entités (CMS et Pro Senectute) des mandats complexes ne pouvant être assumés par un particulier ou par l'OPE. Des curateurs avec des compétences spécifiques en gestion financière 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 reprendre la même idée.

En complément des articles 17 alinéa 1 et 29 alinéa 2, les articles 19d à 19g précisent ces points. D'autres cantons ont prévu de telles précisions (art. 31 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 LVP/VE; art. 14 ROPM/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 LVP/VE) 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 professionnel de la gestion financière (agent fiduciaire, comptable, expert-comptable, gestionnaire de fortune) puisse être nommé curateur privé d'une personne sous mesure de protection, ayant une fortune mobilière nette égale ou supérieure à 500'000 francs.

La fortune 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. Naturellement, en fonction des besoins supplémentaires de la personne concernée (sociaux par ex.), l'APEA pourra nommer un co-curateur (art. 402 CC).

Article 17 alinéa 2 LACC (abrogé)

Du fait que le SOC est désormais intercommunal (art. 18 LACC), il s'agit d'abroger l'alinéa 2 qui précisait que le SOC compétent était celui du domicile de la personne concernée.

Articles 19d alinéa 1; 19e alinéa 1 2^{ème} phrase et alinéa 2; 19f alinéas 1 et 2 LACC

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.

Tous les curateurs et tuteurs professionnels des SOC, des CMS et de Pro Senectute ainsi que les curateurs privés professionnels doivent bénéficier d'une formation initiale d'assistant social ou d'une formation jugée équivalente (master en psychologie ou en sciences sociales par exemple) 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 également 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 également privilégiée (Vaud, Genève, Fribourg et Neuchâtel).

La question d'une éventuelle application de l'article 27 de la Constitution fédérale (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'une formation d'assistant social ou d'une formation jugée équivalente 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'une autre formation que celle d'assistant 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.

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 les groupements de communes, est rendue obligatoire pour les proches assumant un mandat en faveur d'un proche (tutelle ou curatelle) et pour les curateurs privés ayant quelques mandats.

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.

Nous considérons que cette formation initiale ne doit s'adresser qu'aux curateurs privés assumant quelques mandats ainsi qu'aux curateurs/tuteurs de proches, mais non aux curateurs privés choisis pour leurs compétences

particulières, tels des notaires, des avocats ou des agents fiduciaires, et non pas également pour les curateurs privés professionnels. En effet, ces deux dernières catégories possèdent déjà des compétences utiles au mandat et des connaissances techniques.

Dans le canton de Vaud, ces derniers n'ont pas l'obligation de suivre la formation de base. Ils pourront néanmoins la suivre en cas d'intérêt personnel.

Cette formation sera mise sur pied par le SJSJ en collaboration avec la HES-SO du canton du Valais. Elle 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, prestations sociales, placement à des fins d'assistance, gestion du patrimoine, etc.). Elle pourra se dérouler sur trois à six soirées, avec différents modules.

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 à l'office des curatelles et des tutelles professionnelles du canton de Vaud. 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.

Nous avons prévu que le tuteur et le curateur privés 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).

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 (art. 400 al. 1 et 401 al. 1 CC). Il en va ainsi notamment de leur formation 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'à l'engagement, un extrait des poursuites soit exigé 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.

S'agissant des exigences de production, il n'a pas été 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).

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

L'APEA étant compétente pour l'attribution des mandats, elle veillera à ce que les curateurs et tuteurs professionnels des autres entités (structures privées, CMS et Pro Senectute) bénéficient d'une formation initiale d'assistant social ou d'une formation jugée équivalente et soient exempts de poursuites et d'inscription au casier judiciaire.

Pour les curateurs et tuteurs professionnels des SOC, cette tâche incombera à l'autorité de nomination (groupement de communes) (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).

L'APEA veillera également à ce que les curateurs privés et les curateurs de proches soient exempts de poursuites et d'inscription au casier judiciaire. Cette exigence d'exemption de poursuites vaut aussi pour les curateurs nommés pour leurs compétences particulières (avocat, notaire et agent fiduciaire).

En effet, 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).

Articles 19a alinéa 3 lettre a; 19e alinéa 3; 19f alinéa 3 LACC

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 annuellement une formation continue utile à l'exercice de leurs mandats.

En vertu de l'article 19e alinéa 3 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).

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. 19f al. 3 LACC).

Articles 19a alinéa 3 lettre c (nouveau); 19d alinéa 2; 19e alinéa 4; 19f alinéa 4 LACC

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 canton, par 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).

Les recommandations expliciteront ce qu'on entend par formation jugée équivalente (profil) et apporteront des précisions quant aux exigences (extrait de poursuites et casier judiciaire). La question du nombre de mandats est 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 avec une recommandation à 48 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'impose de limiter le nombre de mandats attribués à chacun (10), 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.

Le nombre de mandats prévu dans des recommandations doit être assorti d'une obligation plus forte inscrite dans la loi, soit que le SOC soit doté d'un effectif en personnel suffisant.

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).

Articles 18 alinéas 1 et 2; 18 alinéa 2 lettres a, b et c (abrogées) et alinéa 3; 19 LACC (abrogé); 19a alinéa 4

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 professionnels d'autres structures en cas de besoin (CMS, Pro Senectute ou structures privées professionnelles). A titre d'exemple, le district de Monthey compte actuellement une APEA, trois SOC et un quatrième en voie de constitution. L'APEA ne pourra en revanche pas recourir aux curateurs/tuteurs professionnels d'un autre SOC relevant d'un autre groupement intercommunal, afin :

- d'éviter tout problème en cas de dommage causé par un curateur/tuteur à la personne sous mesure de protection; le canton répondrait en premier lieu mais devrait alors introduire une action récursoire à la fois contre le groupement de communes en charge de l'APEA responsable pour son éventuel manque de suivi et contre l'autre groupement de communes en charge du SOC;
- d'éviter de vider de sa substance un SOC, si ses curateurs/tuteurs devaient être préférés à d'autres pour diverses raisons.

L'article 19 LACC a été abrogé au motif qu'il n'existe plus la possibilité pour l'organe exécutif intercommunal de prévoir une délégation vu l'obligation d'instaurer un SOC par APEA prévue expressément ex lege. Partant, il n'y a pas besoin de prévoir l'obligation de collaborer dans une autre forme prévue.

Article 19a alinéa 3 lettre d LACC (nouveau)

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. 514, 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, Droit de protection de l'adulte, Ed. 2016, 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 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).

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. Contrairement aux APEA qui sont également actuellement une tâche communale, le droit fédéral prévoit une surveillance de ces autorités de protection (art. 440 al. 1 CC). 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.

Articles 14 alinéa 6 LACC et 19b LACC (abrogés); 19h LACC (nouveau)

a/ Article 19h alinéas 1, 2 et 3 LACC

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 19h 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. 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). 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).

La responsabilité du canton est également engagée lorsque le curateur 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 (Steinauer/Fountoulakis, op. cit., p. 565 n. 1285a, b, etc.).

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 19h LACC. Il est désormais précisé que le canton dispose d'une action récursoire :

- contre le groupement de communes responsable du/des SOC et de l'APEA concernés, avec ou sans faute de sa part;
- contre un organe de l'autorité de protection ainsi que ses 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 LRCPA (cf. art. 19 b al. 3 dont le texte est repris ici).

S'agissant des premiers nommés, il s'agit d'un droit récursoire spécifique non régi par la LRCPA. L'article 19h alinéa 2 lettre a LACC doit spécifier que le recours du canton contre le groupement de communes peut s'exercer même en l'absence de toute faute de sa part. En effet, la responsabilité 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 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).

Si l'on transpose ce principe à l'APEA, le droit récursoire du canton doit également exister contre le groupement de communes en cas de manquements de l'APEA dans son organisation ou son fonctionnement (avis de droit de Philippe Meier du 19 novembre 2018). La responsabilité de la commune s'analyse au regard de l'article 55 CO (circulaire 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).

b/ **Article 19h alinéa 4 LACC**

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) (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 loi sur le notariat [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. Cette assurance RC devrait également couvrir la commune en ce qui concerne les curateurs et tuteurs privés, qui sont des employés des APEA.

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)

Comme déjà rappelé, selon l'article 16 LACC et l'article 5 alinéa 1 OPEA, la surveillance administrative 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 pourrait 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, Droit de la protection de l'adulte, Ed. 2016, 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.

La réglementation cantonale valaisanne ne connaît pas de telle disposition. 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. cant. pour obtenir les arrêts, jugements et décisions du Tribunal cantonal en la matière.

Le Tribunal cantonal souhaite néanmoins qu'une base légale formelle soit adoptée. La nouvelle disposition prévoit ainsi que le Tribunal cantonal communique à l'autorité de surveillance administrative tous les prononcés (arrêts, jugements et décisions) dès leur entrée en force, dans le domaine de la protection de l'enfant et de l'adulte. Puis, concernant les modalités, il y a lieu de préciser que les prononcés transmis au SJSJ ne devront pas être anonymisés, ni au regard de la désignation de l'APEA, ni au regard des parties et des mandataires.

En effet, s'agissant de la désignation de l'APEA, le SJSJ doit connaître le nom de l'APEA qui aura éventuellement méconnu le droit afin de pouvoir ensuite, soit prendre des mesures correctrices à son égard, soit émettre une circulaire à l'endroit de toutes les APEA concernant le point de droit méconnu par l'APEA. Si le SJSJ devait transmettre l'arrêt aux APEA ou y faire référence dans sa circulaire, naturellement qu'elle anonymiserait les données personnelles, comme cela se fait dans le canton de Lucerne. Quant à l'anonymisation des parties à l'égard du SJSJ, au vu de la base légale formelle, il n'y a plus besoin d'y procéder (art. 22 LIPDA).

En outre, il y a lieu de relever que les collaborateurs du SJSJ sont des employés de l'Etat du Valais soumis au secret de fonction.

Enfin, le canton de Lucerne nous a confirmé 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.

Articles 20a (nouveau) et 22 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 de parenté, comme l'a fait le canton de Berne dans sa loi (art. 10 LPEA) et de régler également les questions d'incompatibilités relatives aux greffiers de l'APEA.

D. Incidences financières

1. Incidences financières communales

1.1 Réelle autonomie communale ?

La notion d'autonomie de la commune recouvre la compétence de la commune à accomplir correctement et de manière autonome les tâches publiques conformément aux conditions locales. L'objectif est de pouvoir tenir compte au mieux des besoins et de la situation du lieu d'habitation. Les marges de manœuvre politiques correspondantes se situent en particulier dans l'aménagement du territoire, dans les services de politique sociale, dans la promotion économique en général et dans la promotion du tourisme en particulier (RDT 2008 p. 163).

Or, le processus décisionnel dans le domaine de la protection de l'enfant et de l'adulte n'apparaît justement pas comporter des marges de manœuvre politiques ou de pouvoir d'action : en tant qu'instruments d'une assistance spéciale axée sur le bien-être individuel de la personne et régies par le droit fédéral, les mesures de protection de l'enfant et de l'adulte représentent une activité visant la mise en œuvre du droit fédéral de la famille.

Cette activité est publique, dans la mesure où l'Etat se porte garant des personnes faibles et de celles qui ont besoin d'aide, mais elle doit viser des solutions axées sur l'intérêt privé des personnes concernées. Typiquement, les aspects de l'autonomie communale sont étrangers à cet objet (RDT 2008 p. 163; arrêt du Tribunal fédéral 5A.15/2003 du 25 août 2003; ATF 100 Ib 113).

1.2 Augmentation prévisible des coûts en matière de protection de l'enfant et de l'adulte

Il faut rappeler que le Conseil fédéral a mentionné dans son rapport que le nouveau droit de protection de l'enfant et de l'adulte devait entraîner des coûts supplémentaires pour les cantons (au vu d'une augmentation des tâches de 15 à 20% pour les autorités) et impliquer des exigences plus élevées pour les autorités vu le système de "*mesures sur mesure*" (Premières expériences avec le nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, rapport du Conseil fédéral en réponse aux postulats 14.3776, 14.3891, 14.4113 et 15.3614 du 29 mars 2017). Le Conseil fédéral avait d'ailleurs explicitement attiré l'attention à ce sujet dans le message relatif au droit de la protection de l'enfant et de l'adulte (Premières expériences avec le nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, rapport du Conseil fédéral en réponse aux postulats 14.3776, 14.3891, 14.4113 et 15.3614 du 29 mars 2017; RMA 2010 p. 98).

Avant l'entrée en vigueur du nouveau droit de protection de l'enfant et de l'adulte, la doctrine précisait du reste que la dotation des anciennes autorités tutélaires ne pouvait simplement être reconduite dans les mêmes proportions. En effet, dans la plupart des cantons, une nouvelle organisation et des structures totalement nouvelles devaient être créées ce qui, dans une phase initiale, impliquerait un surcroît non négligeable de besoins en personnel. Pour que l'APEA réponde aux exigences de professionnalisation requises et que le

nouveau droit de protection puisse être mis en œuvre, les moyens nécessaires doivent être accordés (RDT 2009 p. 71).

A notre sens, une augmentation des coûts pourrait encore continuer ces prochaines années au vu de l'évolution de la société actuelle (augmentation démographique, migration et libre circulation des personnes, éléments d'extranéité, éclatement de la société familiale, séparations plus complexes et conflictuelles, anonymisation de la société, judiciarisation en augmentation, maintien des mesures pour des mineurs lors du passage à l'âge adulte, complexification de la société, troubles psychiques et placement à des fins d'assistance en augmentation, etc.).

1.3 **Enjeux**

a/ Un premier enjeu financier que l'on doit encore relever pour les communes réside dans la performance des systèmes informatiques des APEA. Actuellement, deux systèmes informatiques sont utilisés en Valais par les APEA : CIGES pour le Valais romand et Casenet pour le Haut-Valais. Ces deux systèmes sont très différents l'un de l'autre et vont à l'encontre d'une uniformité de pratique et de décisions, vers laquelle l'on doit pourtant tendre dans le cadre d'une surveillance administrative optimale et d'un système global adéquat. Ces deux systèmes sont également distincts quant aux possibilités qu'ils offrent aux APEA pour les soutenir dans leurs activités. Pour l'un, il paraît se cantonner grosso modo à pouvoir délivrer des statistiques, pour l'autre à avoir un éventail un peu plus large de prestations.

Ces systèmes informatiques actuels ont pourtant un coût pour les communes, devant payer annuellement une licence, à laquelle s'ajoutent les frais de tout développement supplémentaire. Cependant, si l'on compare ces deux systèmes au système informatique bilingue du canton de Berne développé pour les APEA, ce dernier offre un éventail de prestations bien plus important. L'enjeu pour les communes est pourtant d'avoir des systèmes informatiques performants permettant aux APEA de répondre à leurs obligations et de remplir leurs tâches avec efficacité, ce d'autant plus qu'elles auront un plus gros volume d'affaires à gérer dans le cadre de la professionnalisation à venir.

Le canton de Berne a du reste expressément mis en exergue l'importance du système informatique, puisqu'il a inscrit à l'article 4a de la LPEA que les APEA disposent d'un système commun de gestion électronique des affaires.

b/ L'autre enjeu réside dans le fait que le projet fédéral Justitia 4.0 prévoit que les dossiers juridiques électroniques seront utilisés par toutes les parties prenantes à tous les niveaux des procédures de droit civil, pénal et administratif (ou procédures devant les tribunaux administratifs) et feront l'objet d'échanges sans changement de supports.

La mise en œuvre et le déploiement à l'échelle nationale de ce projet sont prévus en plusieurs étapes de 2022 à 2026. L'Office fédéral de la justice est en train d'établir un avant-projet d'une loi sur la communication électronique (LCE). Cette loi décrètera l'obligation d'utiliser le dossier judiciaire électronique et la tenue des dossiers judiciaires sous forme numérique avec certaines exceptions.

A notre sens, la loi cantonale d'application de cette loi fédérale pourra prévoir l'obligation pour les APEA de passer à l'ère numérique afin que les dossiers des APEA en cas de recours puissent être adressés au Tribunal cantonal par voie numérique. Pensons également au transfert de force lorsqu'il s'agira pour une APEA valaisanne de transférer son dossier numérique à une APEA d'un autre canton, également numérisée (ce d'autant plus que les APEA des autres cantons sont des autorités judiciaires – VD; FR; NE; GE). Ainsi, seul un système informatique performant, bilingue et global pour l'ensemble du canton pourra absorber cette transition numérique et permettre une uniformité dans les modèles de décisions. Une budgétisation effectuée par l'entreprise CM Informatik AG à Schwerzenbach a arrêté un montant de 80'000 à 100'000 francs pour un tel système. A cet égard, précisons que cette entreprise a créé le système informatique compétitif et bilingue des APEA du canton de Berne.

1.4 **Coûts de la professionnalisation des APEA à charge des communes**

S'agissant de ce point, nous renvoyons à l'expertise de la société Ecoplan à Berne, jointe en annexe.

Dans la mesure où les communes devaient décider de doter les APEA d'un système informatique performant, elles devraient prévoir un montant de l'ordre de 80'000 à 100'000 francs.

En outre, les communes du Haut-Valais doivent budgétiser les montants nécessaires à la constitution de SOC.

Enfin, il s'agira de prévoir un montant annuel de l'ordre de fr. 100'000.-- correspondant aux frais de la HES-SO du canton du Valais concernant les coûts de la formation initiale pour les curateurs/tuteurs privés.

2. Incidences financières cantonales

a/ 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.

b/ SJSJ

Le renforcement et l'élargissement de la surveillance du SJSJ – points développés en relation avec l'article 16 - nécessitera naturellement l'allocation de ressources supplémentaires au SJSJ. L'on estime le besoin du SJSJ à 2 EPT supplémentaires.

c/ 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.

E. Droit transitoire

Les modifications législatives sont applicables dès l'entrée en vigueur fixée par le Conseil d'Etat, vraisemblablement en deux étapes, un délai plus long paraissant nécessaire pour réduire le nombre d'APEA, définir leur organisation et leur composition. A noter qu'il a fallu une législature pour constituer l'APEA intercommunale de Monthey. Partant, les communes auront également une législature pour mettre en place les nouvelles structures.

De l'avis des experts consultés (MM. Meier, Jaffé et Zermatten), ce délai est beaucoup trop long : la professionnalisation devrait intervenir le plus rapidement possible.

Sion, le 23 octobre 2019.

- Annexes :**
1. Expertise de la société Ecoplan sur la projection des coûts à la charge des communes
 2. Comparaison intercantonale sur la dotation en APEA
 3. Arrondissements d'APEA - Variantes
 4. Expertises de MM. Philippe Meier, Jean Zermatten, Philip Jaffé et Guido Marbet
 5. Comparaison des chiffres des années 2015, 2016, 2017 et 2018