



Berne, le 22 février 2023

Modification du code civil (Protection de l'adulte)

Rapport explicatif de l'avant-projet pour la procédure de consultation

Condensé

La présente révision vise à améliorer sur plusieurs points le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte en vigueur depuis 2013, en renforçant les objectifs définis à l'époque sans pour autant les modifier. Elle porte essentiellement sur des mesures de la protection de l'adulte, visant à consolider le droit à l'autodétermination sous la forme du mandat pour cause d'inaptitude et à renforcer la solidarité familiale en améliorant notamment l'implication des proches. Elle vise aussi à renforcer la protection des personnes ayant besoin d'aide et à poursuivre l'optimisation de la mise en œuvre du droit en vigueur. Elle tient ainsi compte des critiques formulées peu après l'entrée en vigueur et répond à plusieurs demandes du Parlement, tout en intégrant les enseignements de la pratique.

Contexte

Le nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2013, a fait ses preuves malgré les vives critiques que les nouvelles dispositions, d'une part, et les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA), d'autre part, avaient rapidement suscitées, en donnant lieu à plusieurs initiatives politiques et interventions parlementaires. Un certain nombre d'analyses et de rapports émis aux niveaux fédéral ou cantonal ont déjà permis de relativiser l'essentiel des critiques. Le nombre des mesures de protection ordonnées en Suisse n'a pas augmenté depuis 2013, et le travail des APEA est aujourd'hui largement considéré comme professionnel, cohérent et approprié.

Comme le Conseil fédéral l'a constaté dans son rapport de 2017, bien que les inévitables difficultés initiales aient été entre-temps surmontées, certains points nécessitent des améliorations sous la forme d'un ajustement du droit fédéral. Il s'agit principalement de renforcer le droit à l'autodétermination des personnes concernées et la solidarité familiale en impliquant davantage les proches, ce qui correspond à ce qui a été demandé dans différentes interventions du Parlement.

Contenu de l'avant-projet

Dans le sillage de la réglementation entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013, l'avant-projet a pour but de consolider le droit à l'autodétermination. Il faut pour cela rendre plus efficace l'institution du mandat pour cause d'inaptitude par lequel une personne émet des instructions pour le cas où elle deviendrait incapable de discernement, en rendant possible partout en Suisse le dépôt de ce mandat auprès d'une autorité désignée par le canton.

Un enjeu central de la révision est par ailleurs l'amélioration de l'implication des proches, et ce par deux moyens : l'extension ponctuelle du pouvoir légal de représentation et le renforcement de la position des proches dans la procédure. Il est de surcroît prévu que les APEA examinent à l'avenir de manière générale si un proche est en mesure d'exercer un mandat de curatelle moyennant, le cas échéant, certains allègements en ce qui concerne les obligations du curateur.

L'avant-projet vise en outre à améliorer le droit en vigueur sur plusieurs autres points en remaniant, par exemple, les dispositions relatives au droit et à l'obligation d'aviser l'autorité de protection de l'adulte, et en consacrant une nouvelle disposition à la création de bases et de données statistiques sur les mesures de protection, homogènes à l'échelle de la Suisse. Il prévoit par ailleurs de régler la compétence à raison du lieu de l'APEA et du tribunal dans le domaine du placement à des fins d'assistance. Enfin, il propose d'apporter des précisions aux dispositions concernant la communication d'informations relatives aux mesures de protection de l'adulte.

Table des matières

Condensé	2
1 Contexte	7
1.1 Rétrospective : nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte de 2013	7
1.1.1 Principaux éléments du nouveau droit	7
1.1.2 Compétences de la Confédération et des cantons	8
1.2 Critiques à l'encontre du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, et réactions à ces critiques	9
1.3 Rapport du Conseil fédéral du 29 mars 2017	10
1.4 Autres développements et interventions parlementaires	11
1.4.1 Initiative pour la protection de l'enfant et de l'adulte	11
1.4.2 Interventions parlementaires	12
1.4.2.1 Postulat 19.3067 Schneider Schüttel	12
1.4.2.2 Postulat 19.3880 Schenker	12
1.4.2.3 Motion 19.4072 Dobler	13
1.4.2.4 Motion 19.4586 Reimann	13
1.4.2.5 Motion 21.4634 Bircher	13
1.4.3 Rapport du Conseil fédéral « Prévenir la violence envers les aînés » du 18 septembre 2020	14
1.4.4 Procédure de consultation relative au projet d'ordonnance concernant l'information sur des mesures de protection de l'adulte	14
1.5 Élaboration de l'avant-projet	15
1.5.1 Avis de droit Fankhauser	15
1.5.2 Étude Ecoplan	15
1.5.3 Groupe d'experts	16
2 Présentation du projet	17
2.1 Buts de la révision	17
2.1.1 Poursuivre le renforcement des principes de la subsidiarité et de la proportionnalité	17
2.1.2 Renforcement du droit à l'autodétermination (mesures personnelles anticipées)	18
2.1.3 Renforcer la solidarité familiale	18
2.1.4 Améliorer l'implication des proches	19
2.1.5 Améliorer la protection des personnes ayant besoin d'aide	19
2.1.6 Créer les bases légales permettant d'établir des statistiques nationales sur les mesures de protection de l'enfant et de l'adulte	20
2.1.7 Préciser les dispositions concernant la communication d'informations relatives aux mesures de protection de l'adulte	21

2.2	Optimisation du mandat pour cause d'incapacité : dépôt, obligation de signaler et validation	23
2.2.1	Contexte	23
2.2.2	Dépôt du mandat pour cause d'incapacité	24
2.2.3	Obligation de l'APEA de s'informer	26
2.2.4	Validation du mandat pour cause d'incapacité	26
2.2.5	Pouvoir de représentation du mandataire	28
2.2.6	Mandat pour cause d'incapacité et autres procurations et mandats	29
2.3	Extension du cercle des représentants légaux et du pouvoir de représentation	30
2.3.1	Contexte	30
2.3.2	Extension du cercle des représentants légaux aux personnes menant de fait une vie de couple avec l'intéressé	32
2.3.3	Étendue du pouvoir de représentation	33
2.3.4	Intervention limitée de l'APEA	34
2.4	Améliorer l'implication des proches	35
2.4.1	Notion de proche dans le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte	35
2.4.1.1	Contexte	35
2.4.1.2	La notion de « proche » en droit civil et dans la jurisprudence du Tribunal fédéral	35
2.4.1.3	Proches et autres notions	37
2.4.1.4	Définition légale dans le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte	38
2.4.2	Curatelle confiée à des proches	38
2.4.2.1	Contexte	38
2.4.2.2	Obligation pour les APEA d'examiner la possibilité de confier la curatelle à un proche ou à un autre curateur privé	39
2.4.2.3	Allègements prévus pour les proches nommés curateurs	41
	Initiatives parlementaires 16.428 et 16.429	
	Vogler	41
	Aide-mémoire et recommandations de la COPMA	41
	Rapport du Conseil fédéral du 29 mars 2017	42
	Adaptation de l'art. 420 CC	42
2.4.3	Renforcement de la position des proches dans les procédures relevant du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte	43
2.4.3.1	Contexte	43
2.4.3.2	Les proches en tant que parties à la procédure	44

2.4.3.3	Implication des proches dans l'établissement des faits	45
2.4.3.4	Qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral	46
2.5	Compétence à raison du lieu de l'APEA et du tribunal en cas de placement à des fins d'assistance	47
2.5.1	Contexte	47
2.5.2	Compétence à raison du lieu en cas de contrôle judiciaire au sens de l'art. 439 CC	48
2.5.3	Compétence à raison du lieu de l'APEA en cas d'examen périodique au sens de l'art. 431 CC	49
2.6	Droit et obligation d'aviser l'autorité de protection de l'adulte	50
2.6.1	Contexte	50
2.6.2	Nouvelle réglementation du droit et de l'obligation d'aviser	51
2.7	Questions non traitées dans l'avant-projet	51
2.8	Mise en œuvre	52
3	Commentaire des articles	53
3.1	Code civil (CC)	53
3.2	Loi sur le Tribunal fédéral (LTF)	66
4	Conséquences	67
4.1	Conséquences pour la Confédération	67
4.2	Conséquences pour les cantons et les communes, ainsi que pour les centres urbains, les agglomérations et les régions de montagne	67
4.3	Conséquences économiques	68
4.4	Conséquences sociales	68
4.5	Conséquences environnementales	68
4.6	Autres conséquences	68
5	Aspects juridiques	69
5.1	Constitutionnalité	69
5.2	Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse	69
5.3	Forme de l'acte à adopter	69
5.4	Frein aux dépenses	69
5.5	Conformité aux principes de subsidiarité et d'équivalence fiscale	69
5.6	Délégation de compétences législatives	69
5.7	Protection des données	69
6	Bibliographie	70
6.1	Travaux préparatoires	70
6.2	Doctrines	70

Rapport explicatif

1 Contexte

1.1 Rétrospective : nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte de 2013

1.1.1 Principaux éléments du nouveau droit

Le nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2013, est venu remplacer et moderniser l'ancien droit de la tutelle, qui datait de 1907¹, pour tenir compte des évolutions sociétales. Le projet adopté reposait sur les nouveautés et les objectifs suivants :

- L'un des objectifs de la révision était de favoriser l'*autonomie de la personne concernée* (art. 388, al. 2, du code civil [CC]²).
- Pour atteindre cet objectif, deux nouvelles institutions juridiques ont notamment été créées. Il s'agit premièrement du *mandat pour cause d'incapacité* (art. 360 ss CC), qui permet à une personne capable de discernement de charger une personne physique ou morale de lui fournir une assistance personnelle, de gérer son patrimoine ou de la représenter dans les rapports juridiques avec les tiers au cas où elle deviendrait incapable de discernement. Il s'agit deuxièmement des *directives anticipées du patient* (art. 370 ss CC), qui permettent à une personne capable de discernement, d'une part, de déterminer les traitements médicaux auxquels elle entend consentir ou non au cas où elle deviendrait incapable de discernement et, d'autre part, de désigner une personne physique qui aura la compétence de consentir en son nom à un traitement médical, également pour le cas où elle deviendrait incapable de discernement.
- Les proches d'une personne incapable de discernement, temporairement ou durablement, ont obtenu le droit de prendre un certain nombre de décisions, sans grandes complications. Ils ont ainsi été habilités à consentir ou non à des soins médicaux, pour autant qu'il n'existe pas de directives anticipées du patient (art. 378 CC). En outre, la nouvelle législation a accordé au conjoint et au partenaire enregistré de la personne incapable de discernement un certain pouvoir de représentation (art. 374 CC).
- Les mesures de protection de l'adulte prévues par l'ancien droit (tutelle, conseil légal et curatelle) ont été remplacées par *une seule institution, la curatelle* (art. 390 ss CC). Une curatelle est instituée si une personne n'est plus en mesure d'assurer elle-même la sauvegarde de ses intérêts en raison d'une déficience mentale, d'un trouble psychique ou d'un autre état de faiblesse et si l'appui fourni par des proches ou des services, privés ou publics,

1 Voir le message concernant le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, FF 2006 6635.

2 RS 210

ne suffit pas (art. 389, al. 1, CC, *subsidiarité*). L'autorité n'ordonne plus une mesure standardisée, mais l'assistance étatique est limitée au strict nécessaire (art. 389, al. 2, CC, *proportionnalité*). Le droit en vigueur prévoit quatre types de curatelles : la curatelle d'accompagnement, la curatelle de représentation, la curatelle de coopération et la curatelle de portée générale. Les curatelles d'accompagnement, de représentation et de coopération peuvent être combinées.

- La révision a aboli le *maintien sous autorité parentale d'enfants majeurs interdits* (art. 385, al. 3, aCC). Les parents sont désormais nommés curateurs dans ces situations. Selon les circonstances du cas d'espèce, l'autorité peut les dispenser, totalement ou partiellement, de l'obligation de remettre un inventaire, d'établir des rapports et des comptes périodiques et de requérir son consentement pour certains actes (art. 420 CC).
- La nouvelle réglementation du *placement à des fins d'assistance* dans une institution (art. 426 ss CC) a renforcé les voies de droit et comblé plusieurs lacunes.
- Jusqu'en 2013, l'organisation de la tutelle était complexe et différait selon les cantons. Si, dans les cantons romands, l'autorité tutélaire était généralement une autorité judiciaire, dans les cantons alémaniques et au Tessin, elle était souvent un organe administratif dont les membres étaient élus sur la base de considérations politiques et n'avaient pas à disposer de compétences professionnelles particulières en matière de droit de la tutelle. L'entrée en vigueur du nouveau droit a eu pour effet d'attribuer toutes les décisions en matière de protection de l'enfant et de l'adulte à une *autorité interdisciplinaire* (art. 440 CC). L'organisation de l'autorité est toutefois restée du ressort des cantons. Cette autorité peut être un organe administratif ou une autorité judiciaire.
- Il a finalement été renoncé à une *loi spéciale réglant la procédure devant l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte*, que le Conseil fédéral avait proposée dans l'avant-projet, et les principes fondamentaux de procédure ont été inscrits dans le CC (art. 443 ss CC). Ces principes constituent un standard applicable partout en Suisse.

1.1.2 Compétences de la Confédération et des cantons

Le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte fait traditionnellement partie du droit civil. Conformément à l'art. 122, al. 1, de la Constitution (Cst.)³, la législation en matière de droit civil et de procédure civile relève de la compétence de la Confédération. Le rôle de la Confédération se limite donc essentiellement à édicter les normes matérielles applicables et, éventuellement, des dispositions de procédure importantes. Il n'inclut pas, en principe, l'organisation des tribunaux et des autorités, pas plus que la *mise en œuvre* du droit fédéral, qui relève de la compétence des cantons

³ RS 101

(art. 46, al. 1, Cst.). Enfin, *la Confédération n'exerce aucune surveillance* sur l'exécution du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, contrairement à ce qui est le cas dans d'autres domaines juridiques⁴. Elle a uniquement la compétence d'édicter des dispositions en matière de surveillance (art. 441, al. 2, CC), mais elle n'en a jusqu'à présent jamais fait usage.

La mise en œuvre du droit fédéral relève de la compétence des cantons. Ceux-ci sont donc responsables d'instituer les autorités, en particulier les *autorités de protection de l'enfant et de l'adulte* (APEA) et les instances de recours (à l'exception du Tribunal fédéral). Ce sont également les cantons qui règlent la question du financement des mesures ordonnées.

La *Conférence en matière de protection des mineurs et des adultes* (COPMA) est un organe important de l'exécution du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte⁵. Elle joue un rôle de premier plan depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation, dont elle a facilité la mise en œuvre en proposant depuis 2013 des formations initiales ou continues. Elle publie en outre des formulaires types, des directives et des recommandations relatives au nouveau droit à l'intention des praticiens. Elle édite également la revue de la protection des mineurs et des adultes⁶ de même que plusieurs guides pratiques. La COPMA est, enfin, chargée d'établir la statistique nationale sur le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte⁷.

1.2 Critiques à l'encontre du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, et réactions à ces critiques

Les premières critiques à l'encontre du nouveau droit sont apparues très peu de temps après son entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013. Elles peuvent se résumer de la manière suivante :

- les APEA sont, d'une manière générale, dépassées par la situation et ne seraient pas à la hauteur de la tâche qui leur a été confiée ; elles travaillent de manière très bureaucratique, interviennent trop souvent et, dans de nombreux cas, de manière inappropriée ; elles ont, dans de nombreux cas, fait preuve d'une communication insuffisante et manqué d'empathie ;
- les APEA n'impliquent la plupart du temps pas suffisamment les proches dans le processus décisionnel ; les grands-parents, les membres de la famille et les proches ne sont, par exemple, pas entendus avant le placement d'un enfant ; en outre, les APEA nomment systématiquement des curateurs professionnels lorsqu'elles instituent des curatelles ;

⁴ Elle exerce notamment une surveillance sur les activités des offices d'état civil (art. 45, al. 3, CC) et des offices du registre foncier (art. 956, al. 2, CC) mais aussi dans d'autres domaines relevant du droit civil et de procédure, comme sur l'activité d'intermédiaire en vue d'adoption (art. 269c, al. 1, CC) et en matière de poursuite pour dettes et de faillite (art. 15, al. 1, de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite, RS 281.1).

⁵ Voir les informations figurant sur le site Internet de la COPMA : www.copma.ch.

⁶ Revue de la protection des mineurs et des adultes (RMA)

⁷ Voir le ch. 2.1.6.

- la nouvelle réglementation a entraîné une hausse considérable du nombre et du coût des mesures ordonnées ; les APEA multiplient les mesures coûteuses, participant à une véritable « industrie sociale », qui engloutit une grande partie des recettes fiscales ;
- les communes, qui doivent, dans plusieurs cantons, supporter les coûts des mesures ordonnées par les APEA lorsque la personne concernée n'est pas en mesure de le faire, ne sont pas ou du moins pas suffisamment associées à la prise de décision.

Un nombre important d'*interventions parlementaires* a été déposé sur le nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte peu après son entrée en vigueur, probablement en réaction aux nombreuses critiques qu'il a suscitées⁸. Deux de ces interventions, les initiatives parlementaires 16.428 Vogler « Article 420 du code civil. Changer de paradigme » et 16.429 Vogler « Adapter l'article 420 du code civil », n'ont pas encore été traitées. La révision proposée vise à leur apporter une réponse (voir le ch. 2.4.2.3).

Plusieurs cantons ont effectué une *évaluation de la mise en œuvre du nouveau droit*⁹ et procédé, sur la base des premières expériences, à une adaptation de leur législation d'exécution¹⁰. Certains ont, par ailleurs, revu à la hausse les effectifs de leur APEA pour lui permettre de mieux remplir sa mission.

Enfin, le centre d'écoute et d'assistance de l'enfant et de l'adulte (KESCHA), mis sur pied par la fondation Guido Fluri en collaboration avec l'Association professionnelle pour l'éducation sociale et la pédagogie spécialisée (Integras), la fondation Protection de l'enfance Suisse, l'association Kinderanwaltschaft Schweiz, PACH enfants placés ou adoptifs Suisse et la COPMA, a commencé ses activités fin janvier 2017¹¹. Il informe et conseille les personnes concernées par une mesure de protection de l'enfant ou de l'adulte. Le KESCHA publie un rapport annuel avec le soutien de l'Université de Fribourg, qui en établit une évaluation scientifique¹².

1.3 Rapport du Conseil fédéral du 29 mars 2017

Le Conseil fédéral a adopté le 29 mars 2017 le rapport « Premières expériences avec le nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte »¹³. Il y relève diverses difficultés de démarrage dues au nouveau droit et aux nouvelles tâches assignées aux autorités. Il rappelle également que les APEA sont souvent appelées à intervenir dans des situations difficiles à gérer tant sur le plan professionnel que sur le plan humain,

⁸ Voir Conseil fédéral, Premières expériences avec le nouveau droit, annexe 2.

⁹ Voir Conseil fédéral, Premières expériences avec le nouveau droit, p. 66 ss.

¹⁰ Le site Internet de la COPMA fournit une vue d'ensemble des dispositions d'exécution cantonales, voir www.copma.ch > Documentation > Révision du droit de tutelle > Mise en place dans les cantons.

¹¹ Voir www.kescha.ch.

¹² Voir www.kescha.ch > Medien > Wissenschaftliche Auswertung (disponible uniquement en allemand).

¹³ Disponible à l'adresse : www.ofj.admin.ch > Société > Projets législatifs en cours > Protection de l'enfant et de l'adulte

et qu'il fallait attendre quelque temps pour que s'établisse un véritable *rythme de croisière*. Le rapport parvient par ailleurs aux conclusions suivantes :

- Rien n'indique que *le nombre de mesures ordonnées par les APEA* ait augmenté en Suisse depuis le 1^{er} janvier 2013. Il n'est certes pas exclu que ce soit le cas dans certains cantons ou communes, mais les chiffres concernant l'ensemble de la Suisse ne font état d'aucune hausse et encore moins d'une « explosion du nombre de cas ».
- *L'application du nouveau droit* par les APEA est largement conforme aux attentes du Conseil fédéral. On sait par expérience que la mise en œuvre d'une révision aussi vaste nécessite quelques années et on ne peut pas imaginer qu'elle puisse se réaliser sans difficulté aucune. Tous les acteurs et institutions ont acquis une précieuse expérience et se sont employés à éliminer les carences et à optimiser les procédures. De sérieux efforts ont aussi été entrepris pour améliorer la communication des autorités, qui a été sous le feu de vives critiques. Plusieurs cantons ont augmenté les effectifs des APEA et remédié ainsi, en partie du moins, à l'un des principaux problèmes.
- Il faut saluer le *rôle actif de la COPMA* dans ce processus. Il apparaît judicieux, eu égard à sa grande expertise surtout, de lui laisser le pilotage de la mise en œuvre du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte dans les cantons. Du fait qu'elle est un organe intercantonal spécialisé, ses recommandations sont bien acceptées.
- *La nécessité de légiférer sur le plan fédéral est limitée*. Le fédéralisme suisse en général et le mode de mise en œuvre du nouveau droit dans les cantons entraînent presque inévitablement une grande disparité de pratiques. Il appartient aux cantons de prendre des mesures pour remédier concrètement aux carences existantes.

Le Conseil fédéral conclut dans son rapport qu'il faut surtout agir et clarifier les choses, au niveau fédéral, dans le domaine de la participation des proches. Il s'agit d'identifier, avec le concours des cantons, des acteurs de terrain et des milieux intéressés, les moyens de mieux *associer les proches* à tous les stades de la procédure et à l'ensemble des décisions de l'APEA, et de garantir institutionnellement leur participation (établissement des faits, prise en compte pour un mandat de curatelle ou un placement d'enfant). Il faut aussi examiner la possibilité de régler plus concrètement *la procédure à suivre par l'APEA en cas d'avis de mise en danger (signalement)*.

1.4 Autres développements et interventions parlementaires

1.4.1 Initiative pour la protection de l'enfant et de l'adulte

La liste de signatures à l'appui de l'initiative populaire fédérale « Pour l'autonomie de la famille et de l'entreprise (initiative pour la protection de l'enfant et de l'adulte) »

a été présentée à la Chancellerie fédérale le 26 mars 2018¹⁴. Le 18 novembre 2019, celle-ci a fait savoir que l'initiative n'avait pas été déposée accompagnée du nombre de signatures requis¹⁵. L'initiative a donc échoué.

Elle visait à développer considérablement le pouvoir légal de représentation (art. 374 CC) en l'étendant à de nouvelles personnes (aux parents au premier degré, aux parents au second degré et à la personne menant de fait une vie de couple avec l'intéressé). Elle visait aussi à renforcer le principe d'autodétermination.

1.4.2 Interventions parlementaires

1.4.2.1 Postulat 19.3067 Schneider Schüttel

Après que le centre d'assistance privé KESCHA (voir le ch. 1.2) a publié, le 25 janvier 2019, son rapport annuel accompagné d'une appréciation scientifique de l'Université de Fribourg formulant un certain nombre de remarques, la conseillère nationale Schneider Schüttel a déposé le postulat 19.3067 « APEA. Désignation de curateurs privés », qui a été adopté le 21 juin 2019¹⁶. Ce postulat charge le Conseil fédéral « d'examiner et d'exposer dans un rapport s'il est judicieux et réaliste de fixer expressément des principes pour la curatelle dans le code civil et, dans l'affirmative, de définir les critères qui seront imposés à l'Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte pour qu'elle recoure en premier lieu à des curateurs privés, ou bien qu'elle explique, dans chacun des cas où elle désignera un curateur professionnel, pourquoi elle n'a pas pu recourir à un curateur privé » (voir le ch. 2.4.2).

1.4.2.2 Postulat 19.3880 Schenker

Le postulat de la conseillère nationale 19.3880 Schenker « Protection de l'adulte. Renforcer l'autodétermination » adopté le 27 septembre 2019¹⁷ charge le Conseil fédéral « d'étudier et de déterminer, dans un rapport, s'il serait possible et opportun de renforcer l'autodétermination dans la protection de l'adulte (art. 360 ss du code civil CC) et la représentation incombant au conjoint ou au partenaire enregistré de par la loi (art. 374 ss CC) en abandonnant l'obligation de faire valider le mandat pour cause d'inaptitude à l'Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA) et l'obligation de requérir son consentement pour l'administration extraordinaire des biens par le conjoint ou le partenaire enregistré (art. 374, al. 3, CC) » (voir les ch. 2.2.4 et 2.3.3).

¹⁴ FF 2018 2705

¹⁵ FF 2019 7516

¹⁶ BO 2019 N 1324

¹⁷ BO 2019 N 1940

1.4.2.3 Motion 19.4072 Dobler

La motion 19.4072 Dobler « Pour l’instauration d’une autorité dépositaire cantonale, seul moyen de retrouver un mandat pour cause d’inaptitude » charge le Conseil fédéral d’introduire dans le code civil « une disposition prévoyant que les cantons sont tenus de veiller à ce que les mandats pour cause d’inaptitude puissent être remis, ouverts ou clos, à une autorité chargée d’en recevoir le dépôt », et « une disposition faisant obligation à l’autorité de protection de l’adulte de s’enquérir auprès de l’autorité dépositaire (et pas uniquement auprès de l’office d’état civil) de l’existence éventuelle d’un mandat pour cause d’inaptitude ». Le Conseil national l’a adoptée le 20 décembre 2019, et le Conseil des États le 17 mars 2021¹⁸ (voir le ch. 2.2).

1.4.2.4 Motion 19.4586 Reimann

La motion Reimann 19.4586 « Recours déposés contre une décision de placement à des fins d’assistance, contre une décision d’une APEA ou contre une décision au sens de l’article 439 CC. Déterminer la juridiction territoriale compétente » charge le Conseil fédéral « de déterminer clairement quelle est la juridiction territoriale compétente pour connaître des recours déposés contre une décision de placement à des fins d’assistance, contre une décision d’une autorité de protection de l’enfant et de l’adulte (APEA) ou contre une décision prise en vertu de l’art. 439 CC ». Le Conseil national l’a adoptée le 19 juin 2020, et le Conseil des États le 17 mars 2021¹⁹ (voir le ch. 2.5.1).

1.4.2.5 Motion 21.4634 Bircher

La motion 21.4634 Bircher « Amélioration de la collecte de données sur les mesures de protection des enfants et des adultes à l’échelle nationale » du 17 décembre 2021 demande que les bases légales soient modifiées « afin de confier à l’Office fédéral de la statistique (OFS) la responsabilité de recueillir des données éloquentes sur les mesures de protection des enfants et des adultes à l’échelle nationale. Ces données doivent pouvoir être mises en relation avec les autres statistiques établies par l’OFS (par ex. avec la statistique policière de la criminalité). » Le Conseil fédéral a proposé de rejeter la motion le 16 février 2022. Le Parlement ne l’a pas encore traitée (voir le ch. 2.1.6).

¹⁸ BO 2019 N 2426, BO 2021 E 292

¹⁹ BO 2020 N 1138, BO 2021 E 292

1.4.3 Rapport du Conseil fédéral « Prévenir la violence envers les aînés » du 18 septembre 2020

En adoptant le rapport « Prévenir la violence envers les aînés » du 18 septembre 2020²⁰, le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral de justice et police (DFJP) d'examiner, dans le droit de la protection de l'adulte, « la possibilité d'étendre l'obligation d'aviser à d'autres cercles de personnes en contact régulier avec les personnes âgées dans le cadre professionnel, de façon analogue à ce qui a été fait dans le domaine de la protection de l'enfant (art. 314d, al. 1, CC) » (voir les ch. 2.1.5 et 2.6).

1.4.4 Procédure de consultation relative au projet d'ordonnance concernant l'information sur des mesures de protection de l'adulte

Le 16 décembre 2016, en réponse à l'initiative parlementaire 11.449 Joder « Publication des mesures de protection des adultes », le Parlement a décidé d'une révision du CC sur deux points²¹ :

- préciser à l'art. 449c nCC dans quels cas une APEA doit informer d'autres autorités des mesures qu'elle a ordonnées, en ajoutant à la liste des autorités concernées la commune du domicile, l'office des poursuites, l'autorité d'établissement des documents d'identité et, au besoin, l'office du registre foncier ;
- compléter l'art. 451, al. 2, nCC en chargeant le Conseil fédéral d'édicter une ordonnance afin que la communication par l'APEA des informations sur l'existence et les effets d'une mesure de protection se fasse de manière simple, rapide et unifiée.

La procédure de consultation relative au projet d'ordonnance concernant l'information sur des mesures de protection de l'adulte a eu lieu du 29 septembre 2019 au 17 janvier 2020. Elle a produit des avis très contrastés : une partie des participants, estimant que la communication d'informations sur des mesures de protection de l'adulte ne posait désormais plus de difficultés dans la pratique, ont considéré qu'il n'y avait pas lieu d'édicter une ordonnance²².

²⁰ Disponible à l'adresse : www.ofas.admin.ch > Politique sociale > Politique de la vieillesse et des générations > Prévenir la violence envers les aînés

²¹ FF 2016 8627

²² Voir www.ofj.admin.ch > Société > Projets législatifs en cours > Protection de l'enfant et de l'adulte

1.5 Élaboration de l'avant-projet

1.5.1 Avis de droit Fankhauser

Le Conseil fédéral ayant constaté qu'il fallait agir et clarifier les choses, au niveau fédéral, dans le domaine de la *participation des proches* (voir le ch. 1.3), le professeur Roland Fankhauser de l'Université de Bâle a été chargé de rédiger un avis de droit sur la question.

Dans son avis daté du 26 février 2019²³, le professeur Fankhauser conclut que le droit en vigueur constitue une base suffisante pour impliquer les proches dans les procédures et les décisions des APEA. Il estime probable que lorsqu'il existe des ressources familiales, les APEA les exploitent d'ores et déjà, pour autant que ce ne soit pas contraire aux intérêts de la personne concernée. Le professeur Fankhauser n'a identifié aucune carence normative ni institutionnelle concernant les *avis de mise en danger (signalements)*. Il souligne que les acteurs de terrain ont à leur disposition de nombreuses procédures standardisées, et qu'ils sont largement sensibilisés à la nécessité de pratiquer une communication appropriée.

Il envisage néanmoins plusieurs pistes d'optimisation. Il estime notamment qu'il faudrait améliorer les possibilités dont disposent les proches pour contester les décisions d'une autorité devant les tribunaux dans l'intérêt de la personne concernée. L'avis n'exclut par ailleurs pas que la loi puisse instituer un devoir d'impliquer les proches. Il insiste cependant sur le fait que la protection des intéressés et le bien de l'enfant doivent primer en toute circonstance.

1.5.2 Étude Ecoplan

Dans un deuxième temps, afin d'améliorer les données disponibles, la société Ecoplan, à Berne, a été chargée de mener une enquête auprès de toutes les APEA de Suisse et de recueillir des données sur les principaux thèmes pertinents. Dans son rapport final du 28 août 2019, Ecoplan²⁴ formule les conclusions suivantes :

- Le type de curateur désigné varie selon le domaine : dans celui de la protection de l'adulte, les curateurs privés assument près de 40 % des mandats, contre 4 % dans celui de la protection de l'enfant. Les curateurs privés sont majoritairement des proches (parents ou connaissances issues du milieu social de l'intéressé). On observe aussi des différences très nettes dans le cercle des proches selon le domaine : en matière de protection de l'adulte, on fait souvent appel aux parents ou aux enfants, alors qu'en matière de protection de l'enfant, c'est généralement impossible compte tenu de la situation donnant lieu à l'intervention. Il faut donc recruter des personnes dans un entourage plus large. Dans un bon quart des cas, on fait appel aux grands-parents.

²³ Disponible à l'adresse : www.ofj.admin.ch > Société > Projets législatifs en cours > Protection de l'enfant et de l'adulte (en allemand uniquement)

²⁴ Disponible à l'adresse : www.ofj.admin.ch > Société > Projets législatifs en cours > Protection de l'enfant et de l'adulte (rapport en allemand)

- Les APEA associent souvent voire toujours les proches et les personnes concernées à leur enquête, quoique dans une mesure variable. Elles leur signalent qu’ils peuvent proposer un curateur, mais il est rare que les intéressés ou leurs proches usent de ce droit. Lorsqu’une personne concernée émet un souhait concernant un curateur, les APEA satisfont souvent voire toujours ce souhait. Les APEA s’efforcent aussi de satisfaire les souhaits des proches, mais font preuve ici de plus de réserve qu’avec les vœux de la personne concernée elle-même. Comme motifs de refus elles évoquent l’existence de conflits familiaux, le rejet, par la personne concernée, de la personne proposée, des conflits d’intérêts ou la distance géographique.
- Les APEA des zones rurales recourent beaucoup plus fréquemment à des curateurs privés que les APEA des zones urbaines. Les autorités judiciaires recourent elles aussi un peu plus souvent à des curateurs privés que les autorités administratives. Par ailleurs, les APEA qui disposent d’un pool de mandataires privés recourent plus fréquemment à ces mandataires que celles qui ne disposent pas de pool.
- Les APEA assurent l’essentiel du recrutement, de l’instruction et de l’accompagnement des curateurs privés. Les frais correspondants sont pris en charge par les pouvoirs publics selon 80 % des APEA, et par les curateurs privés eux-mêmes selon 14 % des APEA.
- Conformément à l’art. 420 CC, les APEA peuvent accorder aux proches assumant le rôle de curateur des allègements ou les dispenser de certaines tâches dans différents domaines. La COPMA a publié des recommandations à ce sujet²⁵. Plus de 90 % des APEA indiquent appliquer les recommandations de la COPMA, plus ou moins généralement. Les allègements les plus fréquemment demandés par les proches dans le domaine de la protection de l’adulte concernent l’obligation d’établir des rapports et de présenter les comptes. Mais dans l’ensemble, les demandes d’allègements sont plutôt l’exception que la règle. Les APEA ont tendance à accéder à ces demandes, quoiqu’elles accordent plus facilement des allègements modestes tels que la réduction de l’obligation d’établir des rapports, que des allègements plus importants ou des dispenses.
- Des cas de responsabilité au sens des art. 454 ss CC surviennent tant avec les curateurs privés qu’avec les curateurs professionnels. Au cours des trois dernières années, on en a dénombré 1217 chez les premiers et 1081 chez les seconds.

1.5.3 Groupe d’experts

Dans un troisième temps, l’administration a constitué un groupe d’experts en vue de l’élaboration d’un avant-projet. Entre avril 2019 et octobre 2022, ce groupe d’experts

²⁵ www.copma.ch > Documentation > Recommandations > La curatelle confiée à des proches – critères de mise en œuvre de l’art. 420 CC, aide-mémoire et recommandations de novembre 2016

s'est réuni à huit reprises²⁶. L'avant-projet ne reflète pas les opinions individuelles ni le point de vue collectif des experts consultés, même si les discussions qu'ils ont menées ont bien entendu influencé l'élaboration de l'avant-projet. Le groupe d'experts se composait des personnes suivantes (par ordre alphabétique) :

- Yvo Biderbost, docteur en droit, chef du service juridique de l'APEA de la ville de Zurich,
- Thomas Büchler, licencié en droit, président de l'APEA de Thounne,
- Prof. Roland Fankhauser, docteur en droit, Université de Bâle,
- Jürg Lienhard, licencié en droit, juge au tribunal cantonal argovien (jusqu'en juillet 2022),
- Prof. Philippe Meier, docteur en droit, Université de Lausanne,
- Prof. Margot Michel, docteur en droit, Université de Zurich,
- Prof. Diana Wider, licenciée en droit, secrétaire générale de la COPMA.

2 Présentation du projet

2.1 Buts de la révision

2.1.1 Poursuivre le renforcement des principes de la subsidiarité et de la proportionnalité

Le nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2013. Dix ans après, on peut affirmer qu'il a globalement fait ses preuves. Toutefois, une pratique très riche, les discussions scientifiques et le débat public ont mis en lumière, ces dernières années, différents points dont le traitement, dans le cadre d'une révision, permettrait d'améliorer encore le droit en vigueur. La révision envisagée ne vise donc *pas une réorientation fondamentale* du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte en vigueur. Il s'agit plutôt de *renforcer les buts de la précédente révision*, et en premier lieu les principes de la subsidiarité et de la proportionnalité.

L'art. 389, al. 1, CC consacre le principe de la *subsidiarité* dans la loi : l'autorité de protection de l'adulte ne peut ordonner une mesure que si « l'appui fourni à la personne ayant besoin d'aide par les membres de sa famille, par d'autres proches ou par des services privés ou publics ne suffit pas ou semble a priori insuffisant » (*ch. 1*) ou si « le besoin d'assistance et de protection de la personne incapable de discernement n'est pas ou pas suffisamment garanti par une mesure personnelle anticipée ou par une mesure appliquée de plein droit » (*ch. 2*). Si l'autorité de protection de l'adulte constate qu'une personne a besoin d'aide, elle doit donc commencer par vérifier s'il y a lieu d'intervenir. Elle doit accorder la priorité aux mesures personnelles anticipées prises par la personne concernée (art. 360 à 373 CC), puis aux mesures appliquées de plein droit (art. 374 à 381 et 382, al. 3, CC). Enfin, les

²⁶ La pandémie de COVID-19 ayant contraint la Confédération et les cantons à modifier l'affectation de leurs ressources, les travaux du groupe d'experts ont été suspendus en 2020.

mesures prises par l'autorité sont aussi subsidiaires par rapport au soutien apporté par l'entourage²⁷. Ce n'est que si cet examen révèle que l'assistance et la protection de la personne qui a besoin d'aide ne sont pas assurées (art. 388, al. 1, CC) que l'autorité de protection de l'adulte peut ordonner une mesure officielle²⁸.

Le principe constitutionnel de la *proportionnalité* (art. 5, al. 2, Cst.) visé à l'art. 389, al. 2, CC veut par ailleurs que l'autorité n'ordonne une mesure que si celle-ci est nécessaire et appropriée. Il faut donc que la mesure permette d'écarter la mise en danger de la personne qui a besoin d'aide, qu'aucun moyen moins incisif ne permette d'atteindre le but poursuivi, et que le rapport entre l'intervention et le but poursuivi soit adéquat (proportionnalité au sens étroit)²⁹.

2.1.2 Renforcement du droit à l'autodétermination (mesures personnelles anticipées)

La révision de 2008 avait pour but essentiel et déclaré de favoriser l'autodétermination³⁰. Elle a donc introduit dans la loi un chapitre intitulé « *Des mesures personnelles anticipées* » et créé deux nouvelles institutions juridiques : le mandat pour cause d'incapacité (art. 360 ss CC) et les directives anticipées du patient (art. 370 ss CC). Ces mesures offrent à chacun la possibilité de décider lui-même qui, au cas où il deviendrait incapable de discernement, sera chargé d'agir et de prendre des décisions pour son compte, respectivement de s'occuper de lui dans tous les domaines de la vie³¹.

La révision envisagée aujourd'hui vise à rendre plus efficace cette possibilité, essentielle en pratique, de s'en remettre à autrui sous la forme d'un mandat pour cause d'incapacité, en réglant de façon plus claire et plus appropriée dans la loi différents aspects qui se sont révélés importants pour la mise en œuvre; il s'agit en particulier du dépôt du mandat, de l'obligation pour les APEA de se renseigner sur l'existence d'un mandat et de la validation du mandat par l'APEA compétente (voir le ch. 2.2).

2.1.3 Renforcer la solidarité familiale

Le droit de la protection de l'adulte doit trouver un équilibre entre liberté (autodétermination) et prise en charge (dépendance d'autrui). Si le principe de l'autodétermination doit toujours primer, il est des circonstances dans lesquelles pour le bien de la personne qui a besoin d'aide, il est nécessaire de remettre certaines décisions entre les mains de tiers³².

²⁷ ZK-MEIER, n° 2 et 26 à 32 *ad* art. 389 CC et les références citées

²⁸ BIDERBOST, Mélanges Breitschmid, p. 98 s.

²⁹ ZK-MEIER n° 24 *ad* art. 389 CC et les références citées

³⁰ Message concernant le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, FF 2006 6635, p. 6636 et, pour plus de détails, p. 6645 ss

³¹ HÄFELI, n° 93 et les références citées

³² HÄFELI, n° 278

La révision de 2008 visait à renforcer la solidarité familiale. Ainsi, elle a tenu compte du fait que les proches de la personne incapable de discernement devaient pouvoir prendre eux-mêmes certaines décisions, sans l'intervention d'une autorité. Cela épargne aussi aux autorités de devoir systématiquement instituer une curatelle. Le droit en vigueur accorde par conséquent au conjoint ou au partenaire enregistré de la personne incapable de discernement le droit d'effectuer certains actes du quotidien (art. 374 CC).

La révision envisagée ici tient compte des demandes formulées depuis 2013 en vue d'une extension des droits octroyés aux représentants légaux des personnes ayant besoin d'aide, afin de limiter les interventions de l'autorité de protection de l'adulte au profit de la solidarité familiale. Elle prévoit donc d'intégrer dans le cercle des représentants légaux la personne menant de fait une vie de couple avec l'intéressé et de renforcer ce pouvoir de représentation (voir le ch. 2.3).

2.1.4 Améliorer l'implication des proches

Le renforcement de la solidarité familiale ne passe pas uniquement par une extension du pouvoir légal de représentation du conjoint ou du partenaire de la personne incapable de discernement : il faut aussi renforcer la position d'autres membres de la famille et d'autres proches dans la procédure devant l'autorité de protection. Il s'agit là d'une exigence de longue date, qui constitue le point de départ du présent projet de révision (voir les ch. 1.3 et 1.4.1).

Pour satisfaire cette exigence, le législateur propose plusieurs modifications (voir le ch. 2.4). L'avant-projet contient une définition de la notion de proche en droit de la protection de l'adulte. Les autorités devront à l'avenir examiner systématiquement s'il existe un proche susceptible, au besoin, d'être désigné comme curateur. Si tel est le cas, ce proche pourra, selon les circonstances, bénéficier d'un allègement de certaines obligations par rapport à celles qui incombent à un curateur professionnel. Au-delà de cette question, le projet vise de manière générale à renforcer l'implication des proches dans la procédure.

2.1.5 Améliorer la protection des personnes ayant besoin d'aide

L'autorité de protection de l'adulte doit intervenir si les intérêts de la personne ayant besoin d'aide sont compromis ou risquent de l'être (art. 368, 373, 376, 381 et 385 CC). Cela suppose que l'autorité sache que la personne a besoin d'aide. L'art. 443, al. 1, CC dispose que toute personne a le droit d'aviser l'autorité de protection de l'adulte qu'une personne semble avoir besoin d'aide. Toute personne qui, dans l'exercice de sa fonction officielle, a connaissance d'un tel cas est tenue d'en informer l'autorité (art. 443, al. 2, CC), les dispositions relatives au secret professionnel étant réservées.

Le droit et l'obligation d'aviser l'autorité de protection de l'enfant ont fait l'objet d'une nouvelle réglementation en 2019 (art. 314c ss CC); la pratique a montré, d'une

part, qu'elle n'avait pas entraîné d'augmentation des avis ou signalements, et, d'autre part, qu'elle revêtait une grande importance pour les personnes qui ont régulièrement affaire à des enfants en leur faisant prendre mieux conscience de leurs responsabilités quant à l'examen des situations délicates. C'est pourquoi le Conseil fédéral a décidé, dans le cadre de son rapport « Prévenir la violence envers les aînés » du 18 septembre 2020, d'examiner, dans le droit de la protection de l'adulte, « la possibilité d'étendre l'obligation d'aviser à d'autres cercles de personnes en contact régulier avec les personnes âgées dans le cadre professionnel, de façon analogue à ce qui a été fait dans le domaine de la protection de l'enfant (art. 314d, al. 1, CC) »³³. Les analyses et les travaux préparatoires menés par le groupe d'experts ont confirmé la pertinence d'une telle réglementation, d'où la proposition d'une *révision du droit et de l'obligation d'aviser* semblable à ce qui a été fait dans le domaine de la protection de l'enfant (voir le ch. 2.6).

La proposition de modifier la *réglementation de la procédure de recours contre une décision de placement à des fins d'assistance* vise elle aussi à améliorer la protection, et plus particulièrement la protection juridique, des personnes ayant besoin d'aide. La réglementation du placement à des fins d'assistance fait certes l'objet d'une évaluation distincte, qui n'est pas encore terminée (voir le ch. 2.7), mais en adoptant la motion 19.4586 Reimann « Recours déposés contre une décision de placement à des fins d'assistance, contre une décision d'une APEA ou contre une décision au sens de l'article 439 CC. Déterminer la juridiction territoriale compétente », le Parlement a clairement reconnu la nécessité de modifier les règles de for, en particulier s'agissant des recours déposés contre une décision de placement à des fins d'assistance (voir le ch. 1.4.2.4). Le projet doit régler cet aspect (voir les art. 431, al. 1 et 3, et 439, al. 1^{bis}, AP-CC) et donner ainsi suite à la motion 19.4586 Reimann (voir le ch. 1.4.2.4).

2.1.6 Créer les bases légales permettant d'établir des statistiques nationales sur les mesures de protection de l'enfant et de l'adulte

Les relevés statistiques revêtent une importance capitale, surtout dans un domaine aussi sensible que la protection de l'enfant et de l'adulte. Pour l'heure, la Confédération n'établit aucune statistique sur les mesures de protection de l'enfant et de l'adulte. C'est la COPMA qui, chaque année depuis 1994, recueille les données auprès des APEA, les traite et les publie³⁴. Le droit fédéral étant muet sur cette question, chaque canton décide en principe librement s'il souhaite participer à ces relevés, et dans quelle mesure³⁵. Cette manière de procéder ne répond plus aux besoins d'une statistique nationale moderne dans ce domaine particulièrement sensible.

³³ Voir Conseil fédéral, Prévention de la violence sur les personnes âgées, p. 33.

³⁴ www.copma.ch > Documentation > Statistiques

³⁵ Depuis 2013, les APEA transmettent directement leurs données à la base de données centrale de la COPMA par voie électronique. Actuellement, 24 cantons l'alimentent. Le canton d'Argovie et le Tessin établissent leur propre relevé et fournissent leurs données séparément. Les mesures de protection de l'enfant qui sont ordonnées par un tribunal civil en vertu de l'art. 315a CC ne sont pas prises en compte.

Le Conseil fédéral, même s'il a proposé de rejeter la motion 21.4634 Bircher « Amélioration de la collecte de données sur les mesures de protection des enfants et des adultes à l'échelle nationale » dans son avis du 16 février 2022 (voir le ch. 1.4.2.5), est convaincu de l'utilité d'une collecte de données nationale, avec la participation de la Confédération. Cela permettrait à l'Office fédéral de la statistique, à moyen ou long terme, de mettre en relation les données recueillies avec d'autres et de procéder à d'autres évaluations. Le Conseil fédéral estime toutefois qu'il faut, dans un premier temps, clarifier un certain nombre de questions, par exemple : faut-il créer un nouveau système informatique ou peut-on utiliser la base de données ou le système de saisie de données de la COPMA ? Ou encore : quels sont les frais à prévoir, et qui devra les assumer ? Ce nonobstant, il considère qu'il est indispensable d'intégrer à la présente révision une base légale pour l'établissement de statistiques nationales sur les mesures de protection de l'enfant et de l'adulte (voir l'art. 441a AP-CC). Les cantons veilleront à fournir les bases et données statistiques sur les mesures de protection de l'enfant et de l'adulte, comme ils le font déjà aujourd'hui à l'intention de la COPMA. La Confédération apportera aussi sa contribution à l'amélioration et à la modernisation de la statistique nationale. Le Conseil fédéral pourra fixer les principes et les modalités de l'établissement des statistiques avec le concours des cantons.

2.1.7 Préciser les dispositions concernant la communication d'informations relatives aux mesures de protection de l'adulte

Le nouveau droit de 2013 a remplacé la publication obligatoire des mesures de protection de l'adulte par la possibilité de se renseigner directement auprès de l'autorité de protection de l'adulte sur l'existence de telles mesures (art. 451, al. 2, CC)³⁶. En réponse à l'initiative parlementaire 11.449 Joder « Publication des mesures de protection des adultes », le Parlement a révisé le 16 décembre 2016 les art. 449c et 451, al. 2, CC. L'art. 449c nCC règle de manière exhaustive l'obligation de communiquer des APEA vis-à-vis d'autres autorités que l'état civil. L'art. 451, al. 2, CC a quant à lui été complété par une nouvelle deuxième phrase, afin que le Conseil fédéral règle dans une nouvelle ordonnance la communication, par l'autorité de protection de l'adulte, d'informations sur l'existence et sur les effets d'une mesure de protection de l'adulte (voir le ch. 1.4.4).

Le Conseil fédéral a fixé l'entrée en vigueur de ces dispositions au 1^{er} janvier 2024³⁷. Dans le même temps, il a expliqué vouloir renoncer à édicter une ordonnance et proposer des modifications tant pour l'art. 449c, al. 1, ch. 2, let. a, nCC que pour l'art. 451, al. 2, nCC dans le cadre du présent projet³⁸. La consultation sur le projet d'ordonnance ayant suscité des réactions très critiques³⁹, il a fallu réexaminer la nécessité et le contenu de l'ordonnance et il s'est avéré que dans l'intervalle, la

³⁶ Message concernant le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, FF **2006** 6635, p. 6722

³⁷ Voir le communiqué de presse du Conseil fédéral du 22 février 2023.

³⁸ Voir le communiqué de presse du Conseil fédéral du 22 février 2023 ■.

³⁹ Voir le communiqué de presse du Conseil fédéral du 28 avril 2021.

communication d'informations sur les mesures de protection de l'adulte ne posait plus de difficultés dans la pratique (voir le ch. 1.4.4). Cela tient notamment au fait la COPMA a émis des recommandations concernant l'« information sur l'existence et les effets d'une mesure de protection de l'adulte »⁴⁰, qui jouent bien leur rôle selon les praticiens et permettent de garantir une uniformité dans l'exécution. L'ordonnance n'a donc plus lieu d'être, et la disposition correspondante doit être biffée. Il faut adapter en conséquence l'art. 451, al. 2, CC (voir l'art. 451, al. 2, AP-CC).

S'agissant de l'art. 449c, al. 1, ch. 2, let. a, nCC, la formulation proposée laisse planer un doute sur la portée de l'obligation de l'APEA de communiquer des informations à la commune de domicile. Comme la doctrine publiée depuis 2016 l'a établi⁴¹, le caractère exhaustif de cette disposition selon laquelle l'autorité de protection de l'adulte doit communiquer à la commune de domicile « tout placement d'une personne sous curatelle » est excessif : les APEA n'ont pas à communiquer à la commune de domicile toutes les mises sous curatelle ordonnées en vertu du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, ne serait-ce que pour des raisons de protection des données, mais aussi parce que cela ne présente aucune utilité pour l'exécution des tâches légales de la commune ; elles ne doivent lui communiquer que les mises sous curatelle relevant de la protection de l'adulte qui privent l'intéressé de l'exercice de ses droits civils ou restreignent cet exercice (concrètement, les mesures visées aux art. 394, al. 2, 396 et 398 CC). C'est la raison pour laquelle le présent avant-projet modifie cette disposition dans ce sens (voir l'art. 449c, al. 1, ch. 2, let. a, AP-CC).

Aujourd'hui, une partie de la pratique et de la doctrine remettent même en cause la nécessité de prévoir une obligation de communication dans le droit fédéral, au motif qu'on ne voit pas pour quelles tâches (hormis la tenue du registre des électeurs⁴²) la commune de domicile aurait besoin de cette information. Le fait que certaines réglementations cantonales prévoient la transmission de ces informations à la commune de domicile dans d'autres domaines n'y change rien. De plus, la communication de renseignements sur des mesures de protection de l'adulte en cours ne relève pas de la compétence de la commune de domicile mais uniquement de celle de l'autorité de protection de l'adulte⁴³. Étant donné que l'exclusion du droit de vote (au niveau fédéral) des personnes souffrant d'un handicap mental est elle aussi remise en question⁴⁴, on pourrait imaginer, à terme, renoncer totalement à réglementer une obligation de communiquer à l'art. 449c, al. 1, ch. 2, let. a, CC.

⁴⁰ www.copma.ch > Documentation > Recommandations

⁴¹ Voir à ce propos ZK-MEIER, n° 61 *ad* art. 393 CC, nbp 113 et les références citées ; BSK ZGB I-MARANTA, n° 20 *ss ad* art. 449c ; KUKO ZGB-ROSCI, n° 9 *ad* art 449c nCC.

⁴² Voir les art. 2, al. 2, let. a et b, et 6, let. t, de la loi du 23 juin 2006 sur l'harmonisation des registres (RS 431.02).

⁴³ Si la demande d'information est adressée à une autre autorité, comme l'office des poursuites, l'office de l'état civil ou l'administration communale, cette autorité ne doit pas communiquer d'informations même si elle en dispose. Elle doit transmettre la demande à l'autorité de protection de l'adulte compétente (voir le commentaire explicatif du 27 septembre 2019 relatif à l'avant-projet d'ordonnance concernant l'information sur des mesures de protection de l'adulte, commentaire de l'art. 2, p. 5).

⁴⁴ Voir le postulat 21.3296 Carobbio « Pleine participation politique pour les personnes qui ont un handicap intellectuel » et l'interpellation 21.3295 Baume-Schneider « Droits politiques en faveur des personnes en situation de handicap psychique ou mental ». A propos des développements dans les cantons, voir MEIER, n° 242 et nbp 399.

2.2 Optimisation du mandat pour cause d'incapacité : dépôt, obligation de signaler et validation

2.2.1 Contexte

En vertu de l'art. 360, al. 1, CC, toute personne ayant l'exercice des droits civils (mandant) peut charger une personne physique ou morale (mandataire) de lui fournir une assistance personnelle, de gérer son patrimoine ou de la représenter dans les rapports juridiques avec les tiers au cas où elle deviendrait incapable de discernement. Le mandat pour cause d'incapacité est constitué en la forme olographe ou authentique (art. 361, al. 1, CC).

Il appartient au mandant de prendre les dispositions pour que, le moment venu, l'autorité de protection de l'adulte ait connaissance du mandat. À cette fin, la loi prévoit que le mandant peut demander à l'office de l'état civil d'inscrire la constitution et le lieu de dépôt du mandat dans la banque de données centrale « Infostar » (art. 361, al. 3, CC et 23a de l'ordonnance du 28 avril 2004 sur l'état civil⁴⁵)⁴⁶. Il ne doit pas pour autant déposer le document. L'office de l'état civil n'a donc pas l'obligation (ni le droit) de vérifier si le mandat existe bien et s'il a été constitué valablement.

L'art. 363, al. 1, CC précise que lorsque l'autorité de protection de l'adulte apprend qu'une personne est devenue incapable de discernement et qu'elle ignore si celle-ci a constitué un mandat pour cause d'incapacité, elle doit s'informer auprès de l'office de l'état civil⁴⁷. Cette « solution simple, efficace et peu onéreuse » permet d'éviter que les mandats pour cause d'incapacité ne restent lettre morte⁴⁸.

L'inscription éventuelle dans Infostar ne fournissant aucune indication sur la validité du mandat, il faut, pour que celui-ci puisse prendre effet, que l'autorité de protection de l'adulte l'examine (art. 363 CC). L'APEA doit en effet s'assurer que le mandat a été constitué valablement (respect des exigences de forme, par ex.), que les conditions de sa mise en œuvre (notamment l'incapacité de discernement) sont remplies et que le mandataire est apte à le remplir (art. 363, al. 2, ch. 1 à 3, CC)⁴⁹. Il faut ensuite que le mandataire accepte le mandat (art. 363, al. 3, CC). L'autorité de protection de l'adulte doit en outre vérifier l'étendue du mandat : si les tâches qui y figurent ne couvrent pas tous les besoins du mandant en matière de soins et de représentation, il se peut qu'il faille prendre des mesures supplémentaires de protection de l'adulte (art. 363, al. 2, ch. 4, CC). Dans la pratique, on parle ici de « procédure de validation »⁵⁰.

⁴⁵ RS 211.112.2

⁴⁶ Voir la directive de l'Office fédéral de l'état civil (OFEC) n° 10.22.09.01 du 1^{er} septembre 2022, disponible à l'adresse : www.ofj.admin.ch > Société > État civil > Directives > Mandat pour cause d'incapacité.

⁴⁷ Aucun émoulement n'est perçu pour cette information (voir la directive de l'OFEC sur le mandat pour cause d'incapacité, ch. 5).

⁴⁸ Message concernant le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, FF 2006 6635, p. 6661

⁴⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_905/2015 du 1^{er} février 2016

⁵⁰ RENZ, FamPra.ch p. 935

Pour promouvoir le droit à l'autodétermination dans le cadre des mesures personnelles anticipées, deux propositions ont été formulées : désigner une autorité dépositaire dans chaque canton (voir le ch. 2.2.2) et renoncer à la validation du mandat pour cause d'inaptitude par l'APEA (voir le ch. 2.2.4). On notera que le mandat pour cause d'inaptitude n'est apparemment pas encore bien connu du public : si à peine un adulte sur deux (48 %) en a connaissance à l'échelle nationale, son existence est ignorée de près de 70 % des adultes en Suisse romande, et de 60 % des adultes au Tessin. Ils ne sont que 12 % à avoir constitué un mandat (16 % en Suisse alémanique, 5 % en Suisse romande et 2 % au Tessin)⁵¹.

2.2.2 Dépôt du mandat pour cause d'inaptitude

Aujourd'hui, plusieurs cantons disposent déjà d'un lieu acceptant en dépôt, contre un émoulement, les mandats pour cause d'inaptitude. C'est le cas de 14 cantons germanophones (AG, AI, AR, BL, BS, GL, GR, NW, OW, SG, SH, TG, UR, ZH). Douze d'entre eux ont désigné l'APEA comme autorité dépositaire, le canton de Saint-Gall a désigné son office du registre du commerce et du notariat, et le canton de Bâle-Campagne son service des successions. Dans le canton de Berne, ce sont certaines communes qui offrent à leurs citoyens la faculté de déposer leur mandat pour cause d'inaptitude⁵². Cette possibilité n'existe par contre dans aucun canton ni dans aucune commune de Suisse romande et du Tessin.

Selon l'avant-projet, le droit fédéral exigera que les *mandats pour cause d'inaptitude puissent être déposés auprès d'une autorité*, comme c'est le cas depuis longtemps pour les testaments selon une formule qui a fait ses preuves (voir les art. 504 et 505 CC). L'idée est d'obliger les cantons à désigner une autorité chargée de recevoir le dépôt de ces mandats constitués en la forme olographe ou authentique (art. 361a AP-CC)⁵³. Il est probable que cela contribuera à la généralisation du mandat pour cause d'inaptitude comme un instrument clé d'autodétermination permettant à la personne concernée de prendre elle-même des dispositions pour l'avenir. Ces propositions donnent suite à la motion 19.4072 Dobler (voir le ch. 1.4.2.3).

Les cantons étant déjà tenus de permettre le dépôt des testaments auprès d'une autorité contre émoulement, il n'y a pas lieu de craindre que l'extension de cette obligation aux mandats pour cause d'inaptitude entraîne une charge de travail et des frais supplémentaires, puisque l'infrastructure existe déjà et que le dépôt se ferait contre paiement. Il faut cependant laisser le choix de l'autorité dépositaire aux cantons. Ce ne doit pas nécessairement être la même que pour les testaments. Comme on l'a vu

⁵¹ Voir gfs-Zürich, «Telefonische Omnibus-Befragung zur persönlichen Vorsorge Quantitative Befragung im Auftrag von Pro Senectute Schweiz», 2021, cité dans HÄFELI, n° 144, et MEIER, nbp 613.

⁵² Voir le Mémento du 24 octobre 2018 concernant le mandat pour cause d'inaptitude (état au 1^{er} janvier 2022) du canton de Berne, Direction de l'intérieur et de la justice, Directoire de l'APEA, p. 2.

⁵³ Comme en droit des successions, les cantons devront ensuite déterminer, d'une part, qui pourra consulter le document et dans quelles conditions, et, d'autre part, les cas dans lesquels le document sera communiqué à un tribunal ou à une autre autorité (BSK ZGB II-JEITZNER, n° 4 ad art. 504 CC).

plus haut, à ce jour, seul le canton de Bâle-Campagne a confié les deux tâches à la même autorité.

Le dépôt du mandat pour cause d'inaptitude doit rester *facultatif et ne pas être une condition de validité* du mandat. La personne concernée pourra ainsi décider librement (conformément au principe de l'autodétermination) si elle souhaite déposer son mandat, et à quel endroit : chez un proche, chez le mandataire, chez l'officier public instrumentant ou auprès de l'autorité désignée par le droit cantonal. Elle devra par conséquent veiller elle-même à ce que l'on puisse accéder au mandat. C'est la raison pour laquelle le projet ne prévoit *pas d'obligation de remettre le mandat*, contrairement à l'art. 556 CC, qui prévoit l'obligation de remettre le testament. Il pourrait au demeurant s'avérer difficile pour l'autorité dépositaire, l'officier public qui a dressé le mandat en la forme authentique ou les tiers éventuels de savoir que la personne concernée est devenue incapable de discernement. S'agissant de la possibilité d'accéder au mandat, la personne concernée devra veiller, si elle déménage dans le ressort territorial d'une autre APEA, à déposer son mandat auprès de l'autorité compétente de son nouveau domicile. Ces informations figurent généralement dans les mémentos publiés par les cantons⁵⁴. Si le mandat est reçu en la forme authentique, il faudra en outre que le notaire informe la personne concernée non seulement de la faculté d'enregistrer le mandat dans Infostar (art. 361, al. 3, CC), mais aussi de la possibilité de déposer le mandat auprès de l'autorité désignée par le canton et des conséquences d'un changement de domicile.

La possibilité d'enregistrer le lieu de dépôt dans Infostar (art. 361, al. 3, CC) sera maintenue, quoique toutes les personnes domiciliées en Suisse ne soient pas enregistrées dans Infostar⁵⁵. Le but est de garantir que le document sera accessible et pourra être obtenu à temps, afin que la volonté de la personne concernée soit respectée au mieux. Compte tenu de la mobilité qui caractérise notre époque, il n'est pas exclu que l'autorité compétente pour recevoir le dépôt au moment de la constitution ne soit pas la même que l'autorité compétente au moment de la validation, d'autant plus qu'un grand laps de temps peut s'être écoulé⁵⁷. Si la personne concernée a oublié de déposer son mandat à son nouveau domicile, l'APEA sera quand même en mesure, grâce à l'enregistrement, de savoir au moins s'il existe un mandat et, le cas échéant, où il peut avoir été déposé.

⁵⁴ Voir, par ex., le « Merkblatt Vorsorgeauftrag » de l'union des présidences des APEA du canton de Zurich, p. 2.

⁵⁵ Le registre de l'état civil Infostar ne contient que les données sur le statut personnel et familial des citoyens suisses et des étrangers qui ont un lien avec des citoyens suisses en vertu du droit de la famille ou qui ont enregistré un fait d'état civil en Suisse. Toute personne non enregistrée dans Infostar qui souhaite y saisir le lieu de dépôt de son mandat pour cause d'inaptitude doit d'abord se faire enregistrer.

⁵⁶ Lorsqu'une personne n'est pas enregistrée dans Infostar, sa demande d'enregistrement du lieu de dépôt du mandat entraîne une saisie ou une ressaisie de ses données personnelles ; dans le premier cas de figure, elle doit présenter les documents ou actes nécessaires (voir la directive de l'OFEC sur le mandat pour cause d'inaptitude, ch. 2).

⁵⁷ BIDERBOST, RNRF, p. 354

2.2.3 Obligation de l'APEA de s'informer

L'instauration de la possibilité de déposer un mandat pour cause d'incapacité auprès d'une autorité entraîne une *extension de l'obligation de l'APEA de s'informer* : à l'avenir, elle devra vérifier s'il existe un mandat non seulement auprès de l'office de l'état civil *mais aussi auprès de l'autorité de dépôt désignée par le canton*. L'art. 363, al. 1, CC sera donc modifié en conséquence, ce qui satisfera à une autre requête de la motion Dobler 19.4072.

Conformément à l'art. 363, al. 1, CC, l'autorité de protection de l'adulte est tenue de s'informer auprès de l'office de l'état civil lorsqu'elle apprend qu'une personne est devenue incapable de discernement « et qu'elle ignore si celle-ci a constitué un mandat pour cause d'incapacité ». En même temps qu'une nouvelle possibilité de dépôt est mise en place, cette deuxième condition doit être supprimée. L'APEA devra systématiquement s'informer auprès de tous les interlocuteurs possibles, y compris l'état civil et, à l'avenir, l'autorité dépositaire du domicile de la personne devenue incapable de discernement, et ce même si elle est déjà en possession d'un mandat valable. C'est le seul moyen de garantir que l'APEA disposera de la dernière version du mandat. Cette précaution découle en réalité déjà du devoir général de diligence de l'APEA⁵⁸, de la maxime inquisitoire applicable à la procédure de protection de l'enfant et de l'adulte (voir l'art. 446, al. 1, CC) et du principe, inscrit à l'art. 389, al. 1, ch. 2, CC, de la subsidiarité des mesures ordonnées par l'autorité de protection de l'adulte. Selon les experts, les APEA ont déjà pour habitude de se renseigner sur l'existence d'un mandat auprès des proches de la personne concernée, et de demander des informations aux tiers, y compris à l'office de l'état civil, concernant l'existence d'un mandat. Il faudrait par ailleurs que toute personne qui est en possession d'un mandat le remette à l'APEA lorsqu'elle apprend que la personne concernée est devenue incapable de discernement, même si le droit de la protection de l'adulte ne prévoit pas d'obligation à cet égard. Cela vaut également pour les personnes qui, alors que la personne concernée les a désignées, ne veulent pas accepter le mandat. Ce n'est qu'ainsi que l'APEA pourra respecter la volonté du mandant s'agissant du choix de la mesure et de sa mise en œuvre⁵⁹.

2.2.4 Validation du mandat pour cause d'incapacité

Selon le droit en vigueur, lorsqu'une personne est devenue incapable de discernement et que l'APEA dispose d'un mandat pour cause d'incapacité, l'APEA vérifie si celui-ci a été constitué valablement, si les conditions de sa mise en œuvre sont remplies et si le mandataire est apte à le remplir (voir l'art. 363, al. 2, ch. 1 à 3, CC)⁶⁰. Le postulat 19.3880 Schenker chargeait notamment le Conseil fédéral de vérifier s'il serait possible d'abandonner la validation du mandat pour cause d'incapacité par l'APEA (voir le ch. 1.4.2.2).

⁵⁸ HÄFELI, n° 112

⁵⁹ HÄFELI, n° 114

⁶⁰ En cas de doute sur l'aptitude du mandataire, celui-ci ne peut pas être automatiquement exclu pour autant. Tant que cette question n'est pas réglée, il faut prendre les mesures prévues par l'art. 368, al. 1, CC.

Le postulat met en évidence les tensions qui existent, dans la protection de l'adulte, entre l'autonomie privée (autodétermination) et la mission de l'État de garantir une protection suffisante aux personnes ayant besoin d'aide⁶¹. Il ressort de l'examen mené qu'il ne faut pas renoncer à faire valider le mandat pour cause d'incapacité par l'APEA, et ce pour plusieurs raisons.

- Dans un premier temps, la suppression de la validation entraînerait indiscutablement un renforcement de l'autodétermination dans le droit de la protection de l'adulte, notamment parce que les aptitudes du mandataire ne seraient plus vérifiées préventivement par l'APEA. Concrètement, la validation pourrait être remplacée par un certificat médical, par exemple, attestant sur un formulaire spécifique l'incapacité de discernement durable. Ce certificat entraînerait la mise en œuvre automatique du mandat (constitué en la forme olographe ou authentique). Ce n'est que si les intérêts du mandant étaient compromis ou risquaient de l'être que l'APEA devrait intervenir et prendre les mesures nécessaires (art. 368, al. 1, CC). Cela reviendrait à admettre, dans le domaine des mesures personnelles anticipées, que la *législation doit se limiter à combattre les abus*, ce qui apparaît insuffisant aux yeux du Conseil fédéral.
- Dans le cadre de la validation, l'APEA doit aussi vérifier « si elle doit prendre d'autres mesures de protection de l'adulte » (art. 363, al. 2, ch. 4, CC). Cette précaution peut par exemple se révéler nécessaire lorsqu'il s'est écoulé beaucoup de temps entre la constitution du mandat et la survenue de l'incapacité de discernement, et que les tâches énoncées dans le mandat ne couvrent pas tous les besoins du mandant en matière d'assistance et de représentation. Pour l'accomplissement de ces tâches, l'autorité doit ordonner une des mesures visées aux art. 393 ss CC et nommer le mandataire ou un tiers comme curateur, pour autant que ces tâches ne relèvent pas du droit de représentation accordé par la loi au conjoint ou au partenaire enregistré⁶². Seule l'APEA a la compétence pour apprécier la situation ; une validation s'impose donc également pour cette raison.

Comme alternative au droit en vigueur ou à l'abandon complet de la validation, il a été envisagé d'inscrire expressément dans la loi que l'APEA ne peut s'écarter du mandat pour cause d'incapacité que dans des circonstances bien précises, et notamment qu'elle ne peut dénier l'aptitude du mandataire (art. 363, al. 2, ch. 3, CC) qu'en cas d'*incapacité manifeste*. Les experts estiment cependant que cette précision est inutile : selon le message relatif au droit en vigueur, « l'autorité ne peut s'écarter de la volonté du mandant que s'il est évident que la personne qu'il a désignée n'est pas apte à remplir le mandat⁶³ ». Cela correspond d'ores et déjà à la pratique établie. L'APEA doit certes vérifier d'office l'aptitude du mandataire, mais tant que celle-ci est établie, le droit à l'autodétermination du mandant interdit à l'APEA d'intervenir, même s'il existe en théorie des personnes plus appropriées⁶⁴. Par contre, si l'APEA

61 RENZ, FamPra.ch, p. 940 s.

62 HÄFELI, n° 119

63 Message concernant le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, FF 2006 6635, p. 6661

64 MEIER, n° 423 et les références citées ; BSK ZGB I-JUNGO, n° 25 ad art. 363 CC

constate d'emblée des insuffisances et des risques manifestes liés au choix du mandataire, elle ne peut pas accepter ces insuffisances et ces risques au motif qu'il faut respecter l'autonomie de la personne concernée, car cela serait précisément *contraire au but de protection que poursuit le mandat pour cause d'incapacité*⁶⁵.

Pour toutes ces raisons, le Conseil fédéral considère qu'il ne faut rien changer au système actuel de validation du mandat, qui a par ailleurs fait ses preuves dans la pratique. Cela dit, deux autres points liés au mandat pour cause d'incapacité, et plus particulièrement aux mandataires, soulèvent des difficultés dans la pratique. On en traite ci-après.

2.2.5 Pouvoir de représentation du mandataire

La première question qui se pose, en relation avec le pouvoir de représentation du mandataire, est de savoir si le renvoi, à l'art. 365, al. 1, CC, aux règles du code des obligations (CO)⁶⁶ sur le mandat englobe également les dispositions de l'art. 396, al. 3, CO, selon lesquelles le mandataire a besoin d'un pouvoir spécial pour effectuer certains actes juridiques d'une portée particulière⁶⁷.

Les travaux préparatoires n'évoquent pas cette question, et le Tribunal fédéral ne semble pas s'être prononcé sur le sujet. Le Conseil fédéral considère, à l'instar des experts consultés et de la doctrine dominante⁶⁸ qu'un pouvoir spécial n'est pas nécessaire. Les tâches relevant de la gestion du patrimoine et de la représentation dans les rapports juridiques avec les tiers sont réglées à l'art. 360, al. 1, CC, et cette disposition ne contient aucune réserve concernant des actes particuliers. Si l'APEA estime, lors de la validation, que le mandat est constitué valablement, que les conditions de sa mise en œuvre sont réunies, que le mandataire est apte à le remplir et qu'aucune autre mesure de protection de l'adulte n'est nécessaire (voir le ch. 2.2.4), elle n'a aucune raison de ne pas suivre la volonté du mandant même si l'assistance mise en place est globale. Les intérêts du mandant sont suffisamment protégés par les art. 365, al. 2 et 3, et 368 CC : s'il existe un conflit d'intérêts entre le mandant et le mandataire, celui-ci doit en informer l'APEA et ses pouvoirs prennent fin de plein droit (art. 365, al. 2 et 3, CC). Par ailleurs, si les intérêts du mandant sont compromis ou risquent de l'être, l'APEA peut prendre les mesures nécessaires d'office ou sur requête d'un proche du mandant (art. 368, al. 1, CC).

Le Conseil fédéral n'estime pas nécessaire de le préciser expressément dans la loi. La situation des représentants légaux visés à l'art. 374 CC est différente : l'avant-projet étend leur pouvoir légal de représentation (voir le ch. 2.3.3) tout en excluant expressément les actes prévus à l'art. 396, al. 3, CO (voir l'art. 374, al. 2, ch. 2, AP-CC).

⁶⁵ BSK ZGB I- JUNG0, n° 25 *ad* art. 363 CC

⁶⁶ RS 220

⁶⁷ Art. 396, al. 3, CO : « Le mandataire ne peut, sans un pouvoir spécial, transiger, compromettre, souscrire des engagements de change, aliéner ou grever des immeubles, ni faire des donations. »

⁶⁸ MEIER, n° 439 et les références citées

2.2.6 Mandat pour cause d'incapacité et autres procurations et mandats

L'autre question qui se pose en pratique concerne le rapport entre, d'une part, un mandat pour cause d'incapacité et, d'autre part, les procurations et les mandats qui restent valables même si la personne est devenue incapable de discernement (art. 35 et 405 CO).

Le droit de la protection de l'adulte entré en vigueur en 2013 n'a en effet pas mis fin à la possibilité de conclure un mandat pouvant continuer à déployer ses effets après la perte de l'exercice des droits civils (art. 405, al. 1, CO). Le mandat en question doit toutefois prendre effet dès sa constitution (*ex nunc*), lorsque que le mandant est encore capable de discernement. De même, une procuration restant valable alors que la personne concernée est devenue incapable de discernement (art. 35, al. 1, CO) doit également avoir été donnée alors que le représenté avait encore sa capacité de discernement et de contrôle⁶⁹. Le fait que la représentation ne peut pas être révoquée par le mandant, une fois celui-ci devenu incapable de discernement, est une source potentielle d'abus⁷⁰. Afin de protéger la personne qui a besoin d'aide, le législateur a introduit à l'art. 397a CO l'obligation, pour le mandataire, d'informer l'APEA lorsque le mandant est frappé d'une incapacité de discernement probablement durable⁷¹. L'autorité peut aussi intervenir à la suite d'un signalement (art. 443 CC). Un mandat – quelle qu'en soit la dénomination – qui prendrait effet *ex tunc*, à la survenue de l'incapacité de discernement, est en revanche inadmissible depuis 2013,⁷² sauf s'il est constitué dans les formes plus strictes du mandat pour cause d'incapacité (art. 361 CC)⁷³.

S'il existe à la fois un mandat pour cause d'incapacité et un mandat ou une procuration déployant ses effets au-delà de la perte du discernement, il faut clarifier les relations entre ces deux institutions juridiques. Il est indiscutable qu'elles peuvent subsister côte à côte, sans que l'une l'emporte sur l'autre, tant que le mandat ou la procuration n'empiète pas sur des domaines réglés dans le mandat pour cause d'incapacité⁷⁴. Si leurs contenus se chevauchent, la doctrine majoritaire estime que la personne à qui a été confié le mandat ordinaire peut continuer à agir, mais à condition que celle à qui a été confié le mandat pour cause d'incapacité ait donné son accord exprès. Dans le cadre de son droit de contrôle, le mandataire pour cause d'incapacité peut en outre priver le mandataire ordinaire de son mandat ou lui retirer sa procuration et le destituer⁷⁵. La doctrine minoritaire considère par contre que le mandat pour cause d'incapacité doit primer, mais que le mandataire pour cause d'incapacité peut, au

⁶⁹ RENZ, n° 197 ; BIDERBOST, RNRF, p. 343

⁷⁰ Selon BIDERBOST, Mélanges Breitschmid, p. 107, le défaut de contrôle est cependant précisément le motif de la procuration ; le représenté a choisi cette solution à dessein étant donné que la procuration restera expressément valable lorsqu'il aura perdu sa capacité de discernement, sans qu'un mécanisme de contrôle spécifique soit mis en place.

⁷¹ Message concernant le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, FF 2006 6635, p. 6742

⁷² COPMA, Guide pratique, ch. 2.2

⁷³ RENZ, n° 197

⁷⁴ MEIER, nbp 651 ; RENZ, n° 199

⁷⁵ Ces avis figurent dans MEIER, n° 385.

besoin, déléguer par contrat certaines tâches à la personne désignée par le mandat ordinaire qui a perdu sa validité⁷⁶. Ces deux avis de doctrine aboutissent en pratique à un résultat analogue puisque tous deux appliquent le principe juridique selon lequel la *lex specialis* (mandat pour cause d'incapacité) prime la *lex generalis* (mandat qui se poursuit après la perte du discernement).

Compte tenu de ces éléments, le Conseil fédéral ne voit pas actuellement la nécessité de modifier ou de compléter la réglementation existante. Le plus judicieux est sans doute d'inciter les personnes concernées, au moment où elles reçoivent les informations et conseils nécessaires pour constituer le mandat pour cause d'incapacité (en particulier lorsque celui est instrumenté en la forme authentique) à modifier toute procuration conclue auparavant et dont l'effet se poursuivrait en cas d'incapacité de discernement, afin qu'il soit clairement établi qu'à partir de ce moment, seul le mandataire pour cause d'incapacité disposera d'un pouvoir de représentation⁷⁷.

2.3 Extension du cercle des représentants légaux et du pouvoir de représentation

2.3.1 Contexte

Conformément au principe de la subsidiarité (voir le ch. 2.1.1), au cas où une personne devenue incapable de discernement n'aurait pas pris de mesures personnelles anticipées, la loi prévoit un certain nombre de mesures qui peuvent rendre inutile l'intervention de l'APEA (art. 389, al. 1, ch. 2, CC). Le pouvoir légal de représentation visé à l'art. 374 CC a notamment pour but de garantir la satisfaction des principaux besoins personnels et matériels d'une personne incapable de discernement sans l'intervention de l'APEA⁷⁸.

Selon l'art. 374, al. 1 CC, lorsqu'une personne frappée d'une incapacité de discernement n'a pas constitué de mandat pour cause d'incapacité et que sa représentation n'est pas assurée par une curatelle, son conjoint ou son partenaire enregistré dispose du pouvoir légal de représentation s'il fait ménage commun avec elle ou s'il lui fournit une assistance personnelle régulière ; l'al. 2 prévoit que le pouvoir de représentation porte sur tous les actes juridiques habituellement nécessaires pour satisfaire les besoins de la personne incapable de discernement (*ch. 1*), sur l'administration ordinaire de ses revenus et de ses autres biens (*ch. 2*), et si nécessaire, sur le droit de prendre connaissance de sa correspondance et de la liquider (*ch. 3*) ; en vertu de l'al. 3, le conjoint ou le partenaire enregistré doit requérir le consentement de l'APEA pour les actes juridiques relevant de l'administration extraordinaire des biens.

Ce pouvoir légal de représentation suscite des difficultés en pratique, qu'il s'agit de résoudre.

⁷⁶ MEIER, n° 384

⁷⁷ HÄFELI, n° 101

⁷⁸ Message concernant le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, FF 2006 6635, p. 6668

- Selon le droit en vigueur, le pouvoir de représentation ne s’applique pas aux couples vivant en union libre. Il n’est pas possible de l’appliquer par analogie, car cette extension a été rejetée et dans le message du Conseil fédéral⁷⁹ et pendant les délibérations parlementaires⁸⁰. Les couples vivant en union libre sont donc tenus de régler leurs relations mutuelles au moyen de contrats, de procurations (voir le ch. 2.2.6) ou d’un mandat pour cause d’incapacité⁸¹, ce qui pose la question d’une extension du cercle des personnes habilitées à exercer une représentation légale (voir le ch. 2.3.2).
- C’est d’autant plus vrai que le droit en vigueur octroie déjà un pouvoir de représentation à la personne qui fait ménage commun avec l’intéressé dans un domaine aussi important que celui de la santé (voir l’art. 378, al. 1, ch. 4, CC). L’art. 378 CC prévoit un pouvoir de représentation pour les décisions concernant les traitements médicaux, qui, selon les circonstances, ont une portée bien plus large que les actes juridiques courants et que la gestion ordinaire des revenus et de la fortune⁸². Outre le cercle des représentants légaux, il faut donc examiner la portée du pouvoir légal de représentation (voir le ch. 2.3.3).
- La limitation à l’« administration ordinaire » des revenus et des autres biens entraîne l’obligation de vérifier dans chaque cas d’espèce, compte tenu de la situation globale, si un acte juridique précis relève de l’administration ordinaire ou non. Il arrive régulièrement, semble-t-il, que l’autre partie au contrat (surtout les banques et les assurances) refuse de reconnaître le pouvoir de représentation s’il n’a pas été formellement constaté par une autorité. Dès lors, il y a lieu de se demander si le pouvoir légal de représentation doit être étendu à d’autres actes juridiques que ceux qui relèvent de l’administration ordinaire et comment faire pour améliorer son acceptation en pratique (voir le 2.3.4) ?
- Enfin, la mise en œuvre du pouvoir de représentation s’est révélée complexe dans la pratique, malgré la clarté apparente de la prescription légale. Par exemple, le droit de prendre connaissance de la correspondance et de la liquider « si nécessaire » est considéré comme non pertinent⁸³ car ce n’est qu’en prenant connaissance de la correspondance que le conjoint peut savoir s’il s’agit d’une facture à régler dans un certain délai.

⁷⁹ Message concernant le droit de la protection de l’enfant et de l’adulte, FF **2006** 6635, p. 6648

⁸⁰ BO **2008** N 1519 s. (proposition de la conseillère nationale Thanei)

⁸¹ Message concernant le droit de la protection de l’enfant et de l’adulte, FF **2006** 6635, p. 6648

⁸² HÄFELI, n° 202 et les références citées ; Meier, nbp 982

⁸³ Selon le message concernant le droit de la protection de l’enfant et de l’adulte, « "si nécessaire" signifie que le représentant ne peut pas ouvrir le courrier du seul fait que son conjoint ou son partenaire est devenu incapable de discernement ; il ne peut le faire que s’il est en droit de penser, de bonne foi, qu’une enveloppe contient une facture ou que la politesse exige de répondre à une lettre ou à un courriel sans trop attendre. » (FF **2006** 6635, p. 6668)

2.3.2 Extension du cercle des représentants légaux aux personnes menant de fait une vie de couple avec l'intéressé

Selon le droit en vigueur, seuls le conjoint et le partenaire enregistré sont habilités à représenter la personne incapable de discernement. Cela répond au principe fondateur des deux institutions juridiques que sont le mariage et le partenariat enregistré⁸⁴, selon lequel les époux ou les partenaires se doivent assistance l'un à l'autre (art. 159 CC et 12 de la loi du 18 juin 2004 sur le partenariat [RS 211.231])⁸⁵. Le mariage ou un partenariat enregistré ne suffit toutefois pas à lui seul à fonder le pouvoir légal, pour la personne capable de discernement, de représenter son époux ou son partenaire incapable de discernement. Il faut au surplus que les deux personnes fassent ménage commun ou que l'une fournisse à l'autre une assistance personnelle régulière. La réalisation de l'une de ces deux conditions permet de prouver l'existence d'une relation réelle⁸⁶.

Le pouvoir légal de représentation présuppose donc l'existence d'un rapport de confiance et d'une relation réelle. Cette condition est remplie par le conjoint ou par le partenaire enregistré qui fait ménage commun avec l'intéressé ou, si la vie commune est impossible parce que la personne incapable de discernement réside dans une institution médico-sociale ou dans un home, qui lui fournit une assistance personnelle régulière. Elle est toutefois également remplie par la *personne qui mène de fait une vie de couple avec l'intéressé*, en particulier lorsqu'il s'agit d'une communauté de vie semblable au mariage (le couple vit dans le même type de relation qu'un couple marié). Il n'y a donc plus lieu aujourd'hui de réserver à l'union libre un traitement différent de celui du mariage et du partenariat enregistré, d'autant que la personne qui fait ménage commun avec la personne incapable de discernement est déjà habilitée à la représenter dans le domaine médical (art. 378 CC). Le législateur a déjà pris en compte dans d'autres domaines du droit l'assistance personnelle que les concubins se fournissent mutuellement, bien que la communauté de fait n'engendre aucun devoir légal d'assistance⁸⁷. Il faut dès lors modifier l'art. 374, al. 1, CC en conséquence.

Le Conseil fédéral écarte par contre une extension du pouvoir légal de représentation à d'autres personnes, comme l'aurait voulu l'initiative populaire avortée (voir le ch. 1.4.1). Celle-ci visait à conférer un pouvoir légal de représentation en priorité au conjoint ou au partenaire enregistré, puis aux parents au premier degré (les enfants et les parents), puis aux parents au deuxième degré (les petits-enfants, les grands-parents

⁸⁴ Précisons que depuis le 1^{er} juillet 2022, date de l'extension du mariage aux partenaires de même sexe, il n'est plus possible de contracter de nouveaux partenariats enregistrés.

⁸⁵ HÄFELI, n° 199

⁸⁶ Message concernant le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, FF 2006 6635, p. 6668

⁸⁷ Voir le rapport du Conseil fédéral « État des lieux sur le concubinage en droit actuel – Un PACS pour la Suisse ? » du 30 mars 2022, p. 14 : « Par exemple, depuis l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur l'amélioration de la conciliation entre activité professionnelle et prise en charge de proches le 1^{er} janvier 2021, le travailleur a droit à un congé payé pour la prise en charge du partenaire atteint dans sa santé (art. 329h CO). De plus, la prise en charge d'une personne par son concubin donne droit aux bonifications pour tâches d'assistance, si le ménage commun dure depuis au moins cinq ans sans interruption (art. 29^{septies}, al. 1, de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance vieillesse et survivants). »

et les frères et sœurs), et enfin à la personne qui mène de fait une vie de couple avec la personne concernée. Les parents au premier et au deuxième degré seraient ainsi devenus des représentants légaux sur la seule base du lien de parenté, indépendamment de la qualité de la relation, avec le risque que le pouvoir légal de représentation soit accordé à une personne n'ayant aucune relation personnelle avec l'intéressé, voire étant brouillée avec elle. Il n'est pas nécessaire d'insister ici sur les difficultés considérables que la mise en œuvre aurait occasionnées dans la pratique. Dans de nombreux cas, une telle extension du pouvoir légal de représentation obligerait au surplus les personnes concernées à révoquer ce pouvoir au moyen d'un mandat pour cause d'incapacité.

Il est donc logique de conférer un pouvoir légal de représentation à un cercle relativement étroit de personnes, dont les circonstances laissent supposer qu'elles entretiennent avec la personne concernée un rapport de confiance et une relation réelle. Celle-ci demeure libre de désigner d'autres personnes pour la représenter en leur donnant une procuration ou en constituant un mandat pour cause d'incapacité.

2.3.3 Étendue du pouvoir de représentation

Le postulat 19.3880 Schenker charge également le Conseil fédéral « d'étudier et de déterminer, dans un rapport, s'il serait possible et opportun de renforcer [...] la représentation incombant au conjoint ou au partenaire enregistré de par la loi (art. 374 ss CC) en abandonnant [...] l'obligation de requérir [le consentement de l'APEA] pour l'administration extraordinaire des biens par le conjoint ou le partenaire enregistré (art. 374, al. 3, CC) » (voir le ch. 1.4.2.2).

En pratique, il est apparu que l'art. 374 CC n'est pas facile à appliquer, surtout en ce qui concerne le rapport entre l'al. 2, ch. 2, et l'al. 3. Le fait qu'il faille requérir le consentement de l'APEA pour les actes juridiques relevant de l'administration extraordinaire des biens (*al. 3*) suscite l'incompréhension d'un grand nombre de personnes concernées, qui la rejettent comme une ingérence injustifiée des autorités⁸⁸. La limitation du pouvoir de représentation à l'« administration ordinaire » des revenus et des autres biens (*al. 2, ch. 2*) oblige en outre à vérifier si un acte juridique précis relève de l'administration ordinaire ou extraordinaire du revenu ou de la fortune. Cela a pour conséquence que l'autre partie au contrat (une banque ou une compagnie d'assurance, par ex.) refuse en général de reconnaître le pouvoir de représentation s'il n'a pas été établi par une autorité et exige systématiquement l'attestation visée à l'art. 376, al. 1, CC, ce qui, d'une part, relativise considérablement le pouvoir légal de représentation et, d'autre part, entraîne un important surcroît de travail pour l'APEA.

Cela dit, étendre le pouvoir légal de représentation à l'administration extraordinaire des biens sans aucune limitation ni contrôle n'est pas non plus souhaitable selon les experts. Contrairement au mandataire, le représentant légal n'a pas été désigné comme administrateur de ses biens par la personne devenue incapable de discernement elle-même. Il n'en est pas moins difficile de déterminer si un acte juridique doit être considéré comme relevant de l'administration ordinaire ou de l'administration

⁸⁸ HÄFELI, n° 214

extraordinaire des biens. Par mesure de compromis, le Conseil fédéral propose d'abandonner la distinction entre administration ordinaire et administration extraordinaire des biens (voir l'art. 374, al. 2, ch. 2, AP-CC), mais de limiter expressément le pouvoir de représentation en excluant les actes prévus à l'art. 396, al. 3, CO. Le représentant légal aura donc besoin, à l'avenir, d'un pouvoir spécial octroyé par l'APEA pour transiger, compromettre, souscrire des engagements de change, aliéner ou grever des immeubles, ou faire des donations. Pour étendre le pouvoir de représentation à la vente d'immeubles, par exemple, il sera néanmoins toujours possible pour les conjoints ou les partenaires de se désigner mutuellement comme mandataires pour cause d'inaptitude (voir le ch. 2.2), en vertu du droit à l'autodétermination qui est le leur.

2.3.4 Intervention limitée de l'APEA

Selon le droit en vigueur, si des tiers doutent de l'existence du pouvoir légal de représentation d'une personne, ils peuvent s'adresser à l'APEA, qui statuera sur ce pouvoir et qui remettra au représentant un document qui fait état de ses compétences et qui lui servira de légitimation⁸⁹. Cette possibilité a incité en pratique des banques, des services fiscaux et des services de l'AI / AVS à exiger systématiquement (essentiellement pour des questions de responsabilité) une justification officielle du pouvoir de représentation. Cette question a fait l'objet en août 2019 d'un échange entre la COPMA et SwissBanking, dont il a résulté que la sécurité des transactions interdit de renoncer purement et simplement à la possibilité d'exiger de l'APEA la confirmation des droits de représentation. Toutefois, à la lumière de la modification proposée à l'art. 374, al. 2 et 3, CC (voir le ch. 2.3.3), le seuil d'intervention de l'autorité s'en trouvera relevé.

À l'avenir, les cocontractants devraient en règle générale pouvoir se passer d'une telle attestation, parce qu'ils pourront se fier à une représentation déjà valable pour de nombreux actes, comme par exemple la perception d'une rente AVS. Si l'une des parties au contrat craint, dans une situation donnée, que les intérêts de la personne incapable de discernement soient compromis, elle pourra bien entendu le signaler à l'APEA (art. 443 CC). Après réception du signalement, l'autorité devra vérifier d'office les conditions de la représentation (art. 446 CC). Si elle en conclut qu'elles sont bien remplies, elle remettra au représentant, comme elle le fait aujourd'hui déjà, un document faisant état de son pouvoir (art. 376, al. 2, ch. 1, AP-CC).

⁸⁹ Message concernant le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, FF 2006 6635, p. 6668. La COPMA a créé un modèle pour ce document : www.copma.ch > Documentation > Recommandations > Attestation pouvoir de représentation (art. 374 CC).

2.4 Améliorer l'implication des proches

2.4.1 Notion de proche dans le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte

2.4.1.1 Contexte

Conformément au principe de la subsidiarité, le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte fait primer le soutien apporté par la famille et par d'autres proches sur les mesures prises par l'État (voir le ch. 2.1.1). Les membres de la famille et les proches sont ceux qui connaissent le mieux la situation personnelle de l'intéressé, il paraît donc logique de tirer parti de cette proximité et de cette connaissance au moment de statuer sur une mesure étatique⁹⁰.

La loi ne contient pas de définition légale de la notion de proche. Il ressort toutefois des travaux préparatoires du nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte que « le proche est une personne qui connaît bien la personne concernée et qui, grâce à ses qualités et, le plus souvent, grâce à ses rapports réguliers avec celle-ci, paraît apte à en défendre les intérêts. L'existence d'un rapport juridique entre les deux personnes n'est toutefois pas requise. C'est le lien de fait qui est déterminant. [...] Peuvent être des proches les parents, les enfants, d'autres personnes étroitement liées par parenté ou amitié à la personne concernée, le partenaire, mais également le curateur, le médecin, l'assistant social, le prêtre ou le pasteur, ou une autre personne qui a pris soin et s'est occupée de la personne concernée ⁹¹. »

Bien que l'absence de définition légale pose peu de problème parce que la qualité de proche ou de non-proche est généralement évidente en pratique, ce manque de précision affaiblit la position des personnes concernées. Vu le nombre de droits qui découlent de cette notion, le Conseil fédéral considère qu'une définition légale dans le droit de la protection de l'adulte renforcera la position de ces personnes et, partant, celle des personnes concernées (voir le ch. 2.4.1.4).

2.4.1.2 La notion de « proche » en droit civil et dans la jurisprudence du Tribunal fédéral

Les proches sont déjà évoqués dans différentes dispositions du *droit de la protection de l'adulte* en vigueur. Dans la plupart des cas, il s'agit de leur conférer un droit de déposer des requêtes ou un droit de recours à des fins de contrôle ou pour sauvegarder les intérêts de la personne concernée⁹². En dehors du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, le CC utilise la notion de « personnes proches » à l'art. 89a, al. 6, ch. 8, et al. 7, ch. 5 (*Institutions de prévoyance en faveur du personnel*), qui renvoie à la loi

⁹⁰ C'est la raison pour laquelle le message de 2006 concernant le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte insiste en plusieurs endroits sur l'importance des proches. Le législateur les évoque dans toute une série de dispositions (voir la liste dans l'avis de droit Fankhauser, annexe I).

⁹¹ Message concernant le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, FF **2006** 6635, p. 6716

⁹² Voir l'avis de droit Fankhauser, n° 9 et annexe I.

fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP)⁹³, et le terme « proches » à l'art. 260a, al. 2 (*Action en contestation de la reconnaissance d'un enfant*), à l'art. 125, al. 3, ch. 3 (*Entretien après le divorce*) et à l'art. 477, ch. 1 (*Exhérédatation*)⁹⁴.

Le CO mentionne pour sa part les « proches » notamment dans les dispositions générales sur le *droit des contrats* à l'art. 30, al. 1. Le code de procédure civile (CPC)⁹⁵ parle des « proches » dans le cadre de la procédure d'administration des preuves et dresse une liste des relations personnelles qui sont qualifiées de telles (voir l'art. 165 en rel. avec les art. 163 et 166 CPC). Contrairement au droit de la protection de l'enfant et de l'adulte (voir le ch. 2.4.1.2), le CPC présume de façon irréfutable que les relations en question fondent une relation de proximité. Il n'exige pas que l'on s'assure, au cas par cas, que la personne qui refuse de collaborer entretient bien une relation réelle avec l'autre personne. La notion n'a donc pas la même signification dans le CPC et dans le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte : dans ce dernier cas, la parenté fait présumer une relation de proximité, mais cette présomption est réfutable.

La notion de proche doit donc être définie de manière *autonome* dans le contexte spécifique du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, sur la base non pas, contrairement au droit de la procédure civile, d'une relation formalisée avec la personne concernée (mariage ou lien de parenté, par ex.) mais d'une proximité effective. L'autorité chargée d'appliquer le droit doit examiner chaque cas particulier et décider si une personne doit être qualifiée de proche au sens de la loi. La *jurisprudence du Tribunal fédéral* rendue au sujet de l'art. 397d, al. 1, aCC⁹⁶ et de l'art. 450, al. 2, ch. 2, CC apparaît ici déterminante.

Avant 2013, le Tribunal fédéral a interprété le terme comme s'appliquant à toute *personne* qui connaît bien l'intéressé du fait de liens de parenté ou d'amitié, de ses fonctions ou de son activité professionnelle (médecin, assistant social, prêtre ou pasteur, etc.) et qui semble de ce fait apte à défendre les intérêts de celui-ci⁹⁷. Pourront dès lors être également considérés comme des proches l'ami intime, l'enseignant, le prêtre, le médecin, le psychologue, l'animateur de groupe de jeunes ou l'assistant social s'il a eu, à titre professionnel, des contacts étroits avec la personne privée de liberté⁹⁸. Le Tribunal fédéral a encore précisé ces principes après 2013 dans sa jurisprudence relative à l'art. 450 CC : le mot « proche » désigne un individu qui a avec la personne concernée une relation marquée par une connaissance étroite de sa personnalité et par le souci de son bien-être, et qui semble de ce fait apte, aux yeux des tiers, à défendre les intérêts de cette personne. La personne concernée reconnaît cette relation en tant que telle. Cette relation doit être rendue vraisemblables, de même que les trois exigences auxquelles elle doit satisfaire : (1) connaissance étroite de la

⁹³ RS 831.40

⁹⁴ Dans les versions allemande et italienne, il est question tantôt de « nahestehende Person » / « persona vicina », tantôt de « nahe verbundene Person » / « persona intimamente legata ».

⁹⁵ RS 272

⁹⁶ « La personne en cause ou une personne qui lui est proche peut en appeler par écrit au juge, dans les dix jours à compter de la communication de la décision. »

⁹⁷ ATF 137 III 67 consid. 3.4.1

⁹⁸ ATF 122 I 18 consid. 2c/bb

personnalité de la personne concernée, (2) acceptation par celle-ci, et (3) souci du bien-être de la personne concernée. Peuvent être considérés comme proches selon le Tribunal fédéral les parents, les enfants et d'autres personnes reliées à la personne concernée par des liens de parenté ou d'amitié ; si le tiers est un parent (proche) et / ou une personne faisant ménage commun avec la personne concernée, la jurisprudence lui reconnaît régulièrement (au sens d'une présomption de fait) la qualité de proche, donc de personne apte à défendre les intérêts de la personne concernée⁹⁹. Autrement dit, les parents proches sont présumés être des proches, mais cette présomption est réfragable. Pour les autres personnes, les conditions permettant de reconnaître la qualité de proche doivent être rendues vraisemblables¹⁰⁰.

2.4.1.3 Proches et autres notions

Le CC, dans sa version française, emploie le terme de « proches » en relation avec l'institution d'une curatelle ou avec le placement à des fins d'assistance (voir les art. 390, al. 2, et 426, al. 2, CC), mais dans le droit de l'adoption, il parle des « membres de la parenté » (art. 268a^{quater} CC) et dans le droit des successions tantôt de « proches » (voir l'art. 477, ch. 1, CC), tantôt de « famille » (voir l'art. 477, ch. 2, CC), tantôt de « membres de la famille » (voir l'art. 520, al. 2, CC). L'art. 401, al. 2 CC parle pour sa part des souhaits « des membres de la famille ou d'autres proches »¹⁰¹. Le CO emploie le terme « proches » en plusieurs endroits (art. 30, al. 1, art. 43, al. 1^{bis}, art. 249, ch. 2, par ex.) ; le terme est aussi utilisé dans le CPC (art. 163, al. 1, let. a et 166, al. 1, let. a. De manière générale, la notion de proche implique une relation formelle avec la personne concernée, sans que ses contours soient précisément tracés. Elle vise en principe avant tout les membres de la famille. L'art. 420 CC fournit ainsi une liste exhaustive des personnes réputées proches, à savoir le conjoint, le partenaire enregistré, les père et mère, les descendants, les frères et sœurs de la personne concernée et la personne menant de fait une vie de couple avec elle. La loi donne parfois une définition différente du terme « proches » (voir, par ex., l'art. 110, al. 1, du code pénal¹⁰²). Les nombreux usages du terme démontrent qu'il n'en existe pas de définition générale. Flou par nature, il nécessite d'être précisé dans le contexte donné.

⁹⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_112/2015 du 7 décembre 2015, consid 2.5.1.2

¹⁰⁰ MEIER, n° 256

¹⁰¹ Dans les exemples donnés ici, la version allemande emploie partout le mot « Angehörige », sauf à l'art. 477, ch. 1, où elle dit « nahe verbundene Person » ; la version italienne emploie partout le terme « congiunti », sauf à l'art. 477 où elle dit « persona intimamente legata » (ch. 1) et « persona appartenente alla famiglia » (ch. 2). A l'art. 401, al. 2 CC, il est question de « Angehörige » et de « andere nahestehende Personen », respectivement de « congiunti » et d'« altre persone vicine all'interessato ».

¹⁰² RS 311.0

2.4.1.4 Définition légale dans le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte

Le Conseil fédéral considère qu'il faut définir spécifiquement la notion de proche dans la loi. À partir de la définition qui découle de la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'avant-projet définit le terme « proche » pour le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte (art. 389a AP-CC). Le but est, comme nous l'avons dit plus haut, de renforcer la position des proches et, partant, celle des personnes concernées, de souligner l'importance des proches dans le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte tout entier et, indirectement, de promouvoir la subsidiarité et le droit à l'autodétermination.

La modification d'ordre linguistique apportée au texte allemand (remplacement de « Angehörige » par « nahestehende Person » aux art. 390, al. 2, et 426, al. 2, AP-CC) n'a pas d'incidence sur le texte français.

2.4.2 Curatelle confiée à des proches

2.4.2.1 Contexte

Aujourd'hui déjà, les APEA cherchent en principe d'abord à confier la curatelle à un proche de la personne concernée¹⁰³. La COPMA leur recommande expressément de mener un premier entretien, dans le cadre de l'enquête, avec toute la famille et pas seulement avec la personne concernée, soit aussi avec les personnes susceptibles de se voir confier la curatelle¹⁰⁴. Le droit en vigueur n'instaure cependant pas d'obligation d'examiner si un proche peut être désigné comme curateur. Il prévoit seulement que lorsque la personne concernée propose une personne de confiance¹⁰⁵ pour occuper cette fonction, l'autorité de protection de l'adulte accède à son souhait pour autant que la personne proposée remplisse les conditions requises et accepte la curatelle (art. 401, al. 1, CC). L'autorité doit en outre prendre en considération autant que possible les souhaits des membres de la famille ou d'autres proches (art. 401, al. 2, CC).

En matière de protection de l'adulte, l'étude menée par Ecoplan (voir le ch. 1.5.2) a montré que la curatelle est confiée dans 63 % des cas à des curateurs professionnels et dans 37 % des cas à des curateurs privés. Parmi ces derniers, 66 % sont des proches et 34 % des personnes qui exercent cette activité sur une base volontaire. Parmi les proches, le lien avec la personne concernée peut varier : ce sont le plus souvent les parents (39 %), suivis des enfants (28 %) et des frères et sœurs (14 %) qui sont

¹⁰³ ZK-MEIER, n° 3 *ad* art. 401 CC

¹⁰⁴ Aide-mémoire et recommandations de la COPMA « La curatelle confiée à des proches – critères de mise en œuvre de l'art. 420 CC » de novembre 2016, ch. 2.

¹⁰⁵ Voir BSK ZGB II-RUTH E. REUSSER, n° 11 *ad* art. 401 CC au sujet de la notion de « personne de confiance » : la personne concernée est libre d'accorder sa confiance à qui elle veut ; il peut s'agir d'un membre de la famille, d'une personne issue du cercle restreint d'amis et de proches ou d'une autre personne qu'elle connaît, mais un curateur professionnel peut aussi être sa personne de confiance. Il n'est pas nécessaire qu'une relation de confiance à proprement parler existe déjà bel et bien.

désignés curateurs ; dans 11 % des cas, il s'agit d'autres personnes issues de l'entourage de la personne concernée¹⁰⁶. Lorsque la nature et l'ampleur des tâches à effectuer demandent des connaissances spécialisées et que les besoins d'encadrement ou de soins sont complexes, ce sont en principe automatiquement des curateurs professionnels qui sont nommés¹⁰⁷.

L'art. 420 CC prévoit que des proches à qui la curatelle est confiée peuvent être dispensés de certaines obligations « si les circonstances le justifient », ce qui est une formulation très ouverte. La marge de manœuvre laissée aux APEA entraîne des pratiques très diverses, ce qui a été critiqué à répétitions reprises au cours des dernières années.

2.4.2.2 Obligation pour les APEA d'examiner la possibilité de confier la curatelle à un proche ou à un autre curateur privé

Peut être nommée à la fonction de curateur une personne physique qui possède les aptitudes et les connaissances nécessaires à l'accomplissement des tâches qui lui seront confiées, qui dispose du temps nécessaire et qui les exécute en personne (art. 400, al. 1, CC). En pratique, on fait une distinction entre les curateurs privés, les curateurs officiels et les curateurs professionnels¹⁰⁸. Peuvent être curateurs privés les proches (membres de la famille, amis ou connaissances) ou encore des personnes qui se chargent du mandat à titre volontaire (et qui ne connaissent pas la personne concernée personnellement avant de devenir son curateur)¹⁰⁹. L'instauration d'une obligation, pour l'APEA, d'examiner la possibilité de mandater un curateur privé a été demandée à différentes reprises :

- dans le résumé de son rapport d'activité pour l'année 2018, daté du 23 janvier 2019, la KESCHA propose en substance que l'autorité de protection de l'adulte, quand elle doit désigner un curateur, soit tenue légalement d'examiner dans chaque cas d'espèce la possibilité de nommer un curateur privé, ce pour renforcer la position de la personne concernée et pour répondre au principe de la subsidiarité (curateur privé plutôt que curateur étatique)¹¹⁰ ;
- le postulat 19.3067 Schneider Schüttel (voir le ch. 1.4.2.1) défend la même approche : « Même si [le] principe [de recourir à des curateurs privés] ressort, au moins en filigrane, du texte de loi en vigueur, il serait bon de clarifier les choses en exigeant expressément de l'autorité [de protection de l'adulte] qu'elle examine d'abord la possibilité de recourir à un curateur privé avant d'envisager la désignation d'un curateur professionnel. »

¹⁰⁶ Rapport Ecoplan, p. 12 s.

¹⁰⁷ ZK-MEIER, n° 8 *ad* art. 401 CC

¹⁰⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_669/2019 du 7 avril 2020, consid. 4

¹⁰⁹ Rapport Ecoplan, p. 6.

¹¹⁰ KESCHA im Jahr 2018: Kurzbericht, recommandation 3, p. 12 s. (disponible en allemand uniquement).

Le Conseil fédéral estime lui aussi que l’instauration d’une telle obligation dans la loi est la solution qui permettra au mieux de prendre en compte les besoins de la personne concernée lors de la nomination d’un curateur. Il propose de compléter l’art. 400 CC dans ce sens (voir l’art. 400, al. 1^{bis}, AP-CC).

En règle générale, l’APEA vérifiera tout d’abord, comme elle le fait déjà aujourd’hui, si un proche peut assumer la curatelle. S’il n’y a pas de proche apte à remplir cette fonction (en raison par ex. d’un conflit d’intérêts ou de la complexité de la situation patrimoniale), l’APEA examinera si une autre personne n’exerçant pas en tant que curateur professionnel pourrait se charger du mandat (voir l’art. 400, al. 1^{bis}, AP-CC). La nouvelle disposition vise à permettre d’exploiter le potentiel d’autres mandataires privés (par ex. de retraités). Selon le rapport Ecoplan, environ trois quarts des APEA interrogées disposent d’un pool de curateurs privés, qui se chargent de mandats sur une base volontaire¹¹¹. Les mandataires privés représentent aujourd’hui déjà un pilier important du système, du moins en matière de protection de l’adulte¹¹². En matière de protection de l’enfant, il est très rare – et cela vaut pour tous les cantons – de désigner des mandataires privés ou des proches comme curateurs, étant donné qu’une formation spécifique est requise pour assumer une curatelle de mineur.

Dans ses recommandations sur les services des curatelles professionnelles du 18 juin 2021, la COPMA se montre elle aussi favorable au recours à des curateurs privés : en raison de l’évolution démographique de la population (par ex. proportion croissante de personnes âgées), il faut s’attendre à une augmentation des mesures de protection de l’adulte prononcées par les APEA. La charge de travail liée à la gestion des curatelles va augmenter, raison pour laquelle les curateurs professionnels devraient se limiter aux cas complexes, les mandats plus faciles pouvant être confiés à des curateurs privés¹¹³. Cela dit, il est important non seulement de pouvoir recruter et nommer des proches ou d’autres personnes comme curateurs, mais aussi de les soutenir personnellement et de les accompagner dans leur travail, notamment en leur proposant des entretiens individuels de soutien ou des cours de formation et de perfectionnement¹¹⁴. Sans oublier qu’un *partage de la curatelle entre un curateur privé et un curateur professionnel*, avec une répartition claire des tâches (par ex. gestion financière pour l’un, assistance personnelle pour l’autre) est également une solution envisageable pour tenir compte au mieux des besoins de la personne concernée.

Même si les proches ne sont pas nommés curateurs, ils ont quand même la possibilité de s’engager en faveur de la personne à assister : dans la pratique, il n’est pas rare que le curateur les consulte. Cette possibilité sera également prévue expressément dans la loi (voir l’art. 406, al. 3, AP-CC).

¹¹¹ Rapport Ecoplan, p. 12. Le « Manuel de modèles à l’usage des mandataires privés » publié par la COPMA en 2014 sert de base à l’activité des curateurs privés, tout comme la documentation complémentaire élaborée par différents cantons.

¹¹² Voir par ex. pour le canton de Berne : Ecoplan, Evaluation Umsetzung des Kindes- und Erwachsenenschutzgesetzes im Kanton Bern, rapport final du 9 janvier 2018, p. 58 (en allemand).

¹¹³ Recommandations de la COPMA relatives à l’organisation et au développement des services des curatelles professionnelles, ch. 5.1

¹¹⁴ Plusieurs cantons ont créé à cet effet un service pour les mandataires privés.

2.4.2.3 Allègements prévus pour les proches nommés curateurs

Initiatives parlementaires 16.428 et 16.429 Vogler

Le 27 avril 2016, l'ancien conseiller national Karl Vogler a déposé deux initiatives parlementaires, demandant toutes deux une révision de l'art. 420 CC :

- l'initiative parlementaire 16.428 « Article 420 du code civil. Changer de paradigme » demande une modification de l'art. 420 CC afin que les personnes auxquelles la curatelle est confiée, notamment les parents et les conjoints, ne soient soumis qu'exceptionnellement aux obligations d'établir des rapports et des comptes périodiques et, le cas échéant, aux autres obligations fixées à l'art. 420 CC ;
- l'initiative parlementaire 16.429 « Adapter l'article 420 du code civil » demande que l'art. 420 CC soit modifié de telle façon que la liste des personnes que l'autorité de protection de l'adulte peut dispenser de certaines obligations ne soit plus une liste exhaustive.

Les Commissions des affaires juridiques des deux conseils ont donné suite à ces initiatives. Vu leur connexité avec la révision du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte en cours, la commission compétente a toutefois décidé d'attendre le projet du Conseil fédéral avant de reprendre les travaux liés à l'élaboration de son propre projet. Le Conseil national a donc décidé le 1^{er} octobre 2021 de prolonger le délai pour élaborer un projet jusqu'à la session d'automne 2023.

Aide-mémoire et recommandations de la COPMA

En novembre 2016, la COPMA a adopté un aide-mémoire et des recommandations sous le titre « La curatelle confiée à des proches – critères de mise en œuvre de l'art. 420 CC »¹¹⁵. Se fondant sur des exemples de *bonnes pratiques* suivies par les APEA de diverses régions du pays, d'une part, et sur les prescriptions légales et la jurisprudence récente, d'autre part, la COPMA a élaboré en collaboration avec diverses associations intéressées (insieme, Pro Infirmis, procap, association Alzheimer) des critères devant servir de standards pour l'ensemble de la Suisse. Elle y présente tout d'abord les principes à respecter lors de la désignation de proches en qualité de curateurs, à savoir la solidarité familiale et la subsidiarité des mesures prises par l'autorité. Elle décrit ensuite la procédure à suivre jusqu'à l'adoption d'une mesure par l'autorité. Elle formule pour finir toute une série de recommandations destinées à uniformiser la pratique et à éliminer les problèmes. Elle aborde tant la question de la dispense des obligations envers l'APEA que celle des allègements envisageables. Selon ces recommandations, « pour les proches, pour autant qu'ils le veulent et [que] les circonstances so[ie]nt simples, il y a lieu de prévoir, dans la règle, des allègements. L'intérêt de la personne sous curatelle est le critère déterminant pour savoir si et quelles dispenses, respectivement allègements, peuvent être consentis »¹¹⁶.

¹¹⁵ www.copma.ch > Documentation > Recommandations

¹¹⁶ Aide-mémoire et recommandations de la COPMA « La curatelle confiée à des proches – critères de mise en œuvre de l'art. 420 CC », ch. 3.1, p. 5

Rapport du Conseil fédéral du 29 mars 2017

Le Conseil fédéral s'est également prononcé dans son rapport du 29 mars 2017 (voir le ch. 1.3) sur la possibilité de dispenser des proches de certaines obligations¹¹⁷, et a notamment renvoyé aux documents de la COPMA. Même si ces recommandations n'ont pas de caractère contraignant pour les APEA, le Conseil fédéral a estimé qu'elles auraient une grande influence sur la pratique et qu'elles permettraient de trouver un large consensus pour l'application de l'art. 420 CC¹¹⁸.

Adaptation de l'art. 420 CC

Même si la situation s'est améliorée depuis le dépôt des initiatives parlementaires et la rédaction du rapport du Conseil fédéral et que l'étude menée par Ecoplan montre que plus de 90 % des APEA disent suivre toujours ou la plupart du temps les recommandations de la COPMA, le sujet reste d'actualité. Le rapport Ecoplan indique que les proches souhaitent le plus souvent des allègements en matière de remise de comptes et de rapports. Selon Ecoplan, les APEA les accordent dans la règle, en privilégiant des allègements de moindre envergure (par exemple des rapports simplifiés) plutôt que des allègements plus conséquents voire des dispenses complètes (voir le ch. 1.5.2). Dès lors, les demandes formulées dans les initiatives parlementaires sont, de l'avis du Conseil fédéral, toujours pertinentes et justifient l'adaptation de l'art. 420 CC.

La possibilité d'accorder des allègements aux curateurs conformément à l'art. 420 CC sera ainsi étendue à tous les curateurs privés qui sont des proches au sens du nouvel art. 389a AP-CC. Ils ne pourront toutefois pas (ou plus) bénéficier d'une dispense complète, car l'autorité n'aurait alors plus de contrôle sur la gestion du mandat quand bien même sa responsabilité resterait engagée (voir l'art. 454 CC). Dans certaines situations, un allègement des obligations est certes parfaitement compatible avec les intérêts de la personne concernée, mais dans d'autres, il peut s'avérer contreproductif notamment dans l'optique de prévenir la maltraitance ; les recherches montrent en effet que les auteurs d'abus financiers à l'égard de personnes âgées sont souvent des proches¹¹⁹. Une dispense complète du devoir de rendre compte à l'autorité de protection de l'adulte – comme elle est encore prévue à l'art. 420 CC en vigueur¹²⁰ –

¹¹⁷ Conseil fédéral, Premières expériences avec le nouveau droit, ch 5.5, p. 57 ss

¹¹⁸ Conseil fédéral, Premières expériences avec le nouveau droit, ch. 5.5.5, p. 61 s.

¹¹⁹ Conseil fédéral, Prévention de la violence sur les personnes âgées, p. 18 et les références citées.

¹²⁰ Selon le rapport Ecoplan, les curateurs demandent rarement à être dispensés entièrement de la présentation des comptes et de l'établissement d'un inventaire. Ils sollicitent plutôt une réduction de l'obligation de présenter des rapports et des comptes. De manière plus générale, les proches demandent rarement ou seulement occasionnellement de pouvoir bénéficier d'allègements (ch. 7.1, p. 26 s.).

serait en outre contraire aux objectifs de la Convention du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées¹²¹, entrée en vigueur le 15 mai 2014¹²².

Une dispense ne pourra donc être accordée, si les circonstances le justifient, que pour certains actes – à définir au cas par cas – visés à l’art. 416 CC et soumis à l’approbation de l’APEA. Dans les autres cas, seuls des allègements pourront être accordés, et ce uniquement si le proche le souhaite et que les circonstances le justifient. L’APEA pourra par exemple adapter, dans le cas concret, l’obligation d’établir des rapports et des comptes périodiques aux compétences du curateur, notamment lorsque la situation en termes de revenus et de fortune est claire.

Le Conseil fédéral ne juge en revanche pas pertinent de créer des catégories différentes de personnes, qui seraient privilégiées en termes d’allègements (par ex. conjoints ou parents, par opposition aux frères et sœurs, au partenaire de vie de fait, etc.)¹²³. Ce n’est pas la proximité du lien de parenté qui est déterminante lorsqu’il s’agit d’accorder des allègements, mais l’aptitude de la personne à exercer le mandat et le respect des intérêts de la personne concernée. Il reste que les allègements accordés à un proche ne libèrent pas l’APEA de son devoir général de surveillance sur les mandataires. Les dispositions sur la responsabilité et celles sur la responsabilité directe de l’État valent également pour les curateurs privés, et pas uniquement pour les personnes qui assument cette fonction à titre professionnel.

2.4.3 Renforcement de la position des proches dans les procédures relevant du droit de la protection de l’enfant et de l’adulte

2.4.3.1 Contexte

En droit de la protection de l’enfant et de l’adulte, les proches ont des droits (procéduraux) spécifiques. Le CC leur octroie une *droit de requête formel* à différents égards (par ex. aux art. 368, al. 1, 376, al. 2, 381, al. 3, 390, al. 3, 399, al. 2, et 423, al. 2, CC)¹²⁴. La personne qui dépose une requête dans ce contexte a la *qualité de partie*. La requête visant à instituer une curatelle au sens de l’art. 390, al. 3, CC entraîne une participation à la procédure alors que le fait d’aviser l’autorité qu’un adulte semble avoir besoin d’aide, conformément à l’art. 443, al. 1, CC, n’a pas cet effet, même si l’avis aboutit à l’institution d’une curatelle¹²⁵. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le droit général d’aviser l’APEA pour signaler qu’une personne

¹²¹ RS 0.109

¹²² « Les États Parties font en sorte que les mesures relatives à l’exercice de la capacité juridique soient assorties de garanties appropriées et effectives pour prévenir les abus, conformément au droit international des droits de l’homme. Ces garanties doivent garantir que les mesures relatives à l’exercice de la capacité juridique respectent les droits, la volonté et les préférences de la personne concernée, soient exemptes de tout conflit d’intérêt et ne donnent lieu à aucun abus d’influence, soient proportionnées et adaptées à la situation de la personne concernée, [...] et soient soumises à un contrôle périodique effectué par un organe compétent, indépendant et impartial ou une instance judiciaire. » (art. 12, ch. 4).

¹²³ Voir à ce propos Conseil fédéral, Premières expériences avec le nouveau droit, ch. 5.5.1.2.

¹²⁴ Voir à ce propos la vue d’ensemble dans l’avis de droit Fankhauser, annexe I

¹²⁵ Avis de droit Fankhauser, n° 22

a besoin d'aide ne confère pas à la personne qui y recourt un rôle formel dans la procédure : la personne qui avise l'autorité – même si elle est proche de la personne concernée – n'a pas le droit d'être informée de l'ouverture d'une procédure, de participer à la procédure ni de recevoir la décision matérielle qui sera rendue¹²⁶. Cette différenciation a son importance, notamment parce que seules les personnes parties à la procédure ont le *droit de consulter le dossier* (art. 449b CC), qui peut contenir des informations extrêmement personnelles (dossier médical, fortune).

Le droit en vigueur ne donne pas aux proches *de préention à être consultés lors de l'établissement des faits* par les autorités, ce qui amène parfois à reprocher aux APEA de ne pas établir les faits de manière suffisamment précise et de violer par conséquent l'art. 446, al. 1, CC, notamment lorsqu'elles renoncent à entendre les proches avant d'ordonner une mesure. La loi ne prévoit pas non plus de droit à déposer une requête de participation à la procédure permettant de devenir formellement partie à celle-ci.

La situation juridique exposée ci-dessus découle directement du droit fédéral, même si la procédure est en principe régie par le droit cantonal (art. 450f CC). Les cantons ont toutefois la possibilité d'accorder à des tiers des droits de procédure supplémentaires, au-delà de ce que prévoit le droit fédéral.

2.4.3.2 Les proches en tant que parties à la procédure

La distinction faite entre une requête et un avis de mise en danger (signalement) et les effets qui en découlent en lien avec la position du proche dans la procédure ne sont pas satisfaisants. Le fait qu'une requête formelle de mise sous curatelle soit déposée plutôt qu'un signalement à l'APEA relève souvent du hasard, et le proche n'est la plupart du temps pas conscient du fait que son rôle dans la procédure variera sensiblement en fonction de la forme de son intervention¹²⁷. De l'avis du Conseil fédéral, il n'y a *pas de raison de traiter les proches différemment en fonction de la forme et de la qualification de leur intervention*.

Conférer aux proches *d'office* la qualité de partie dès lors qu'ils adressent une requête à l'APEA ne serait cependant pas non plus une solution satisfaisante : cet élargissement entraînerait un plus grand potentiel d'abus, puisque toutes les parties ont le droit de consulter le dossier (art. 449b, al. 1, CC)¹²⁸. Il faut empêcher que des personnes prétendument proches acquièrent la qualité de partie – et donc le droit d'accéder au dossier dans son intégralité – pour pouvoir défendre leurs propres intérêts. Il s'agit d'élargir le moins possible l'accès à des informations sensibles concernant la santé ou le patrimoine (secret d'affaires, secret bancaire ou professionnel) de la personne concernée.

Ce n'est dès lors pas la forme de l'intervention, mais l'attitude du proche dans la procédure et à l'égard de la personne qui a besoin d'aide qui sera à l'avenir

¹²⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_750/2018 du 18 septembre 2018, consid. 5.

¹²⁷ Sur les conséquences qui diffèrent en fonction du dépôt d'une requête ou d'un avis de mise en danger (signalement), voir l'avis de droit Fankhauser, n° 22 et 31.

¹²⁸ Avis de droit Fankhauser, n° 31

déterminante pour sa participation à la procédure. Le Conseil fédéral propose deux changements :

- à des fins de clarification, la *distinction entre requête et avis de mise en danger sera supprimée* s’agissant de l’intervention de l’APEA pour venir en aide à une personne. Les dispositions seront adaptées et le terme de « requête » remplacé par un simple « avis » (voir les art. 368, al. 1, 376, al. 1, 390, al. 3, et 381, al. 3, AP-CC) ;
- il reviendra à l’APEA de décider de la participation du proche à la procédure et de son rôle dans celle-ci. De par son avis (signalement), le proche n’aura pas automatiquement la qualité de partie. Le seul fait qu’une personne ait été invitée à prendre position dans la procédure ou qu’elle ait été entendue ou que la décision lui ait été notifiée ne suffit pas non plus pour qu’elle soit considérée comme une partie à la procédure¹²⁹. C’est l’APEA qui décidera de la qualité de partie (voir l’art. 446a, ch. 2, AP-CC). Le rôle du proche est ainsi clarifié pour tous, pour les membres de la famille de la personne concernée comme dans la perspective d’une procédure de recours (voir l’art. 450 CC).

2.4.3.3 Implication des proches dans l’établissement des faits

En plus de la possibilité de participer à la procédure en qualité de partie, les proches peuvent également être appelés à participer à l’établissement des faits. L’APEA doit établir les faits d’office (art. 446, al. 1, CC) : elle doit donc retenir tous les faits susceptibles d’être pertinents pour la prise de décision¹³⁰. Comme le prof. Fankhauser l’a relevé dans son avis de droit, il existe de ce fait déjà une base légale suffisante pour impliquer les proches dans l’établissement des faits¹³¹. Le rapport Ecoplan a en outre montré que les APEA consultent les proches dans la mesure du possible lors de l’établissement des faits, même si elles ne le font pas toutes avec la même régularité (voir les ch. 1.5.1 et 1.5.2).

Pour mettre en évidence le rôle des proches dans le droit de la protection de l’enfant et de l’adulte, il faut néanmoins, de l’avis du Conseil fédéral, une disposition légale expresse. C’est pourquoi la loi prévoira que *l’APEA associe les proches à l’établissement des faits*, sauf si des motifs s’y opposent dans le cas d’espèce (art. 446, al. 2^{bis}, AP-CC). Sont ici visés avant tout les proches qui s’annoncent spontanément à l’APEA ou les personnes que la personne concernée elle-même désigne comme des proches. Si tel n’est pas le cas, l’APEA devra vérifier d’elle-même s’il existe des proches. Elle n’est toutefois pas tenue d’associer à la procédure tous les proches connus ni toutes les personnes susceptibles d’être considérées comme des proches, lorsqu’elle arrive à la conclusion que les faits ont été établis dans leur intégralité. Elle devra aussi renoncer à associer les proches si leur implication contrevient à la volonté de la personne concernée ou à une opinion reconnaissable de sa part, qu’elle n’est pas dans son intérêt, ou qu’elle prolongerait la procédure de façon démesurée ou

¹²⁹ Voir l’arrêt du Tribunal fédéral 5A_165/2019 du 16 août 2019, consid. 3.2.

¹³⁰ Voir pour les détails l’avis de droit Fankhauser, n° 13.

¹³¹ Avis de droit Fankhauser, n° 19

entraînerait des coûts disproportionnés. Selon le rapport Ecoplan, ce sont précisément ces motifs qui amènent la pratique à ne pas associer les proches à l'établissement des faits : conflits au sein de la famille, refus de la personne concernée, conflits d'intérêts ou encore distance géographique (voir à ce propos le ch. 1.5.2).

Si l'APEA renonce à associer à la procédure certains proches, il serait bon qu'elle le motive brièvement dans sa décision. Lorsqu'un proche de la personne concernée n'a pas été associé à la procédure, il peut interjeter recours sur la base de l'art. 450, al. 2, ch. 2, CC et faire valoir qu'il aurait dû être consulté dans l'intérêt de la personne concernée. Il devra dans ce cas démontrer dans quelle mesure son association à la procédure aurait influencé la décision avec des effets favorables pour la personne concernée¹³².

2.4.3.4 **Qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral**

La qualité pour recourir devant les autorités cantonales est définie de manière très large dans le droit en vigueur (art. 450, al. 2, CC) : elle est conférée aux personnes parties à la procédure, c'est-à-dire principalement aux personnes physiques qui sont directement touchées par les mesures ordonnées par l'autorité, qu'il s'agisse d'une personne ayant besoin d'aide ou d'une autre personne faisant l'objet d'une mesure de protection. Dans les procédures relatives à la protection de l'enfant, il s'agit de l'enfant lui-même et en règle générale également de ses parents. Si les actes ou les omissions d'un curateur font l'objet de la procédure, celui-ci sera également considéré comme une personne partie à la procédure¹³³. Outre les personnes directement concernées, d'autres personnes au sens de l'art. 450, al. 2, ch. 1, CC peuvent également être parties à la procédure dans la mesure où elles ont effectivement participé à la procédure de première instance devant l'APEA, qu'elles y étaient d'office impliquées ou que la décision de l'autorité leur a au moins été notifiée ; le Tribunal fédéral précise toutefois que le simple fait qu'une personne a été invitée à donner son avis dans la procédure de première instance ou que la décision lui a été notifiée ne lui confère pas sans autre la qualité pour recourir contre la décision prise par l'APEA¹³⁴. La révision apportera plus de clarté à cet égard, vu que l'APEA rendra une décision incidente sur la qualité de partie (voir le ch. 2.4.3.2). Des proches qui ne sont pas considérés comme des personnes parties à la procédure pourront eux aussi, comme par le passé, recourir contre la décision de l'APEA en vertu de l'art. 450, al. 2, ch. 2, CC, dans la mesure où ils font valoir les intérêts de la personne concernée et non leurs propres intérêts¹³⁵.

Pour ce qui est du recours devant le Tribunal fédéral, l'art. 76, al. 1, de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF)¹³⁶ définit la qualité pour recourir de façon plus stricte, ce qui a pour effet que les proches n'ont en règle générale pas le droit de

¹³² Voir l'avis de droit Fankhauser, n° 25

¹³³ Voir DELL'ORO/DE LUZE, ch. 2.2 et 2.3, et les références citées.

¹³⁴ Voir l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_979/2013 du 28 mars 2014, consid. 6.

¹³⁵ Voir l'avis de droit Fankhauser, n° 25.

¹³⁶ RS 173.110

recourir devant le Tribunal fédéral¹³⁷. A qualité pour former un recours de matière civile, conformément à l'art. 76, al. 1, LTF, quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire (let. a) *et* est particulièrement touché par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à son annulation ou sa modification (let. b). Le seul fait, pour un proche, d'avoir participé en tant que partie à la procédure cantonale n'établit donc pas un intérêt qui soit digne de protection. Il faut de plus que le proche soit particulièrement touché par la décision attaquée et qu'il ait un intérêt à l'aboutissement de son recours, parce qu'il lui permettra d'éviter un désavantage d'ordre économique, moral, matériel ou un autre effet négatif ; l'intérêt poursuivi doit être le sien et il ne peut pas faire valoir les intérêts de tiers en formant un recours en matière civile¹³⁸.

Ces règles divergentes ont été critiquées : la voie de droit au Tribunal fédéral devrait être réglée de façon analogue à l'art. 450, al. 2, ch. 2, CC pour le proche qui défend les intérêts d'une personne concernée¹³⁹. Comme la révision vise à renforcer le rôle des proches dans la procédure, le Conseil fédéral propose de prévoir dans la LTF une disposition qui renvoie à l'art. 450, al. 2, CC s'agissant de la qualité pour recourir contre les décisions de l'APEA (art. 76, al. 1^{bis}, AP-LTF). La qualité pour recourir dans les procédures devant le Tribunal fédéral sera ainsi élargie et harmonisée avec les règles applicables aux procédures devant les autorités cantonales.

2.5 Compétence à raison du lieu de l'APEA et du tribunal en cas de placement à des fins d'assistance

2.5.1 Contexte

Une personne qui souffre de troubles psychiques, d'une déficience mentale ou d'un grave état d'abandon peut être placée dans une institution appropriée lorsque l'assistance ou le traitement nécessaires ne peuvent lui être fournis d'une autre manière (art. 426, al. 1, CC). C'est l'APEA (art. 428 CC) ou un médecin (art. 429 CC) qui peuvent ordonner le placement ; en règle générale, c'est l'autorité du domicile de la personne concernée qui est compétente (art. 442, al. 1, CC). Lorsqu'il y a péril en la demeure, l'autorité du lieu où réside la personne concernée peut également intervenir (art. 442, al. 2, CC).

S'il n'y a pas d'institution adaptée dans le canton de domicile de la personne concernée ou s'il n'y a pas de place libre, il arrive souvent qu'en situation d'urgence une *solution intercantonale* s'impose. Dans ce cas, l'institution ne sera donc pas située dans le même canton que le domicile de la personne concernée et le siège de l'autorité compétente. Cette situation peut entraîner des conflits de compétence – positifs mais surtout négatifs – s'agissant du contrôle judiciaire requis en vertu de l'art. 439 CC ou de l'examen périodique à effectuer au sens de l'art. 431 CC. Ces conflits peuvent aboutir à une restriction voire à une perte de la protection juridique lorsqu'aucune

¹³⁷ Avis de droit Fankhauser, n° 28.

¹³⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_111/2021 du 9 juin 2021, consid. 2.2, et les références citées.

¹³⁹ Avis de droit Fankhauser, n° 31, et les références citées ; DELL'ORO/DE LUZE, ch. 5.2, p. 817 à 820, et les références citées, et ch. 7, p. 824.

autorité ni aucun tribunal ne se considèrent compétents à raison du lieu. Le CC ne contient pas de disposition sur la compétence à raison du lieu du tribunal dans ce contexte intercantonal. La compétence à raison du lieu de l'APEA est également parfois critiquée, surtout lorsque l'établissement se trouve dans un autre canton et qu'un examen périodique doit être mené.

La motion 19.4586 Reimann exige justement une clarification de la compétence en cas de recours portant sur un placement à des fins d'assistance (voir le ch. 1.4.2.4).

2.5.2 Compétence à raison du lieu en cas de contrôle judiciaire au sens de l'art. 439 CC

La compétence de l'autorité judiciaire de recours en cas de contestation d'une décision de placement à des fins d'assistance dépend de l'autorité qui a pris la décision. Si la décision de placement a été ordonnée par l'*autorité de protection de l'adulte* (art. 428 CC) au lieu de séjour de la personne concernée, c'est le juge du lieu où la décision de placement a été prise qui est compétent¹⁴⁰. Si le *placement à des fins d'assistance a été ordonné par un médecin* (art. 429 CC), il peut être fait appel au juge compétent, conformément à l'art. 439, al. 1, ch. 1, CC, mais les règles de compétence matérielle sont fixées par les cantons¹⁴¹. Il peut également être fait appel au tribunal dans d'autres cas, en vertu de l'art. 439, al. 1, CC, à savoir en cas de maintien par l'institution (ch. 2), de rejet d'une demande de libération par l'institution (ch. 3), de traitement de troubles psychiques sans le consentement de la personne concernée (ch. 4) et d'application de mesures limitant la liberté de mouvement de la personne concernée (ch. 5).

Le droit en vigueur ne précise pas la compétence à raison du lieu des autorités judiciaires de recours dans les cas visés à l'art. 439, al. 1, CC et ne contient pas non plus de règles régissant les conflits de compétence intercantonaux. Selon le message concernant le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, le tribunal compétent pour les cas visés à l'art. 439, al. 1, ch. 2 à 5, CC est celui du siège de l'institution¹⁴². Le message ne contient cependant pas d'indication au sujet du ch. 1 (contrôle judiciaire d'un placement ordonné par un médecin). Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a décidé que la compétence intercantonale pour statuer sur le recours contre un placement ordonné par un médecin revient au *juge du lieu où le placement a été ordonné*, et ce *indépendamment du lieu de l'institution* ou du domicile de la personne concernée¹⁴³. Le Tribunal fédéral estime que le juge du lieu de l'institution n'est pas compétent étant donné qu'une décision de placement à des fins d'assistance n'est pas

¹⁴⁰ ATF 146 III 377, consid. 4.3

¹⁴¹ Si l'APEA est un tribunal, le canton peut déclarer qu'elle est compétente pour le contrôle judiciaire prévu à l'art. 439 CC (voir à ce propos BSK-ZGB I, GEISER/ÉTZENSBERGER, n^{os} 28 et s. ad art. 439 CC). Bien que la voie de droit diffère de celle qui vaut en cas de recours contre une décision de l'APEA, la procédure est régie par analogie par les art. 450 ss CC (art. 439, al. 3, CC).

¹⁴² Message concernant le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, FF 2006 6635, p. 6704 et s.

¹⁴³ ATF 146 III 377, consid. 3 à 6

assimilable à une décision de libération d'une institution¹⁴⁴. Il rejette également la compétence au lieu de domicile ou de séjour de la personne concernée¹⁴⁵.

L'avant-projet vise à codifier cette jurisprudence afin d'améliorer la sécurité juridique. Il précise que le contrôle judiciaire des cas visés à l'art. 439, al. 1, ch. 2 à 5, CC relève de la compétence du tribunal du lieu de l'institution (voir les art. 439, al. 1^{bis}, AP-CC). Cette règle est dans le droit fil de l'art. 429, al. 3, CC, qui prévoit que la décision de libérer la personne placée appartient à l'institution, et de l'art. 385, al. 1, CC, selon lequel la personne concernée ou l'un de ses proches peut, en tout temps, en appeler par écrit à l'autorité de protection de l'adulte au siège de l'institution. La nouvelle disposition donne suite à la motion 19.4586 Reimann.

2.5.3 Compétence à raison du lieu de l'APEA en cas d'examen périodique au sens de l'art. 431 CC

Dans les cas où l'APEA a rendu une décision de placement et dans ceux où elle a prolongé un placement ordonné par le médecin (voir l'art. 429, al. 2, CC), elle doit examiner périodiquement si les conditions du maintien de la mesure sont encore remplies et si l'institution est toujours appropriée (voir l'art. 431, al. 1, CC).

Comme pour le contrôle judiciaire prévu à l'art. 439 CC, le droit en vigueur ne règle pas clairement *quelle APEA est compétente à raison du lieu pour effectuer cet examen périodique*. Cette question n'est pas abordée dans le message concernant le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte. Les auteurs de doctrine considèrent que c'est l'APEA au domicile de la personne placée à des fins d'assistance qui est compétente, soit celle qui a en règle générale aussi rendu la décision de placement¹⁴⁶.

La présente révision vise également à lever les doutes à ce sujet : l'art. 431, al. 1, AP-CC précise que l'APEA qui a décidé de la mesure de placement est compétente à raison du lieu pour mener l'examen périodique, à moins que la procédure n'ait été reprise par une autre autorité (voir l'art. 431, al. 3, AP-CC).

¹⁴⁴ ATF 146 III 377, consid. 6.2. Le Tribunal fédéral retient en substance que les bases sur lesquelles le médecin se fonde pour évaluer un cas au moment d'ordonner un placement à des fins d'assistance ne sont pas du tout les mêmes que celles qui prévalent au moment où la personne est placée dans l'institution ou lorsqu'il y a lieu de décider de sa libération.

¹⁴⁵ ATF 146 III 377, consid. 6.3.2. Le Tribunal fédéral constate en substance que la primauté de l'autorité de protection de l'adulte sur le médecin pour ordonner un placement à des fins d'assistance a été abandonnée, ce pourquoi il ne se justifie plus, dans le cas du contrôle judiciaire du placement à des fins d'assistance, de rattacher la compétence intercantonale exclusivement au domicile de la personne concernée.

¹⁴⁶ BSK-ZGB I, ETZENSBERGER/GEISER, n° 7 ad art. 431 CC, MEIER, n°s 1265 et 2331 et les références citées.

2.6 Droit et obligation d'aviser l'autorité de protection de l'adulte

2.6.1 Contexte

Le droit et l'obligation d'aviser l'autorité de protection de l'adulte ne concerne pas seulement les personnes âgées, mais celles-ci tout particulièrement. Selon le rapport du Conseil fédéral du 18 septembre 2020 intitulé « Prévenir la violence sur les personnes âgées », le phénomène de la maltraitance des personnes âgées est encore méconnu et son ampleur difficile à estimer ; entre 300 000 et 500 000 personnes âgées de plus de 60 ans seraient concernées chaque année, en Suisse, par l'une ou l'autre forme de maltraitance. Les raisons de maltraitance sont quant à eux identifiés : les aînés se trouvent dans un état de dépendance, de vulnérabilité et souvent de déficience et d'isolement, à quoi s'ajoute la surcharge du personnel soignant ou des proches aidants¹⁴⁷.

La définition qui fait référence, et qui oriente la prévention, est celle de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) qui considère que *elder abuse* et maltraitance sont des synonymes¹⁴⁸. Elle englobe une multitude d'actes, de comportements et d'omissions, intentionnelles ou non, comme les abus sur le plan physique, sexuel, psychologique, émotionnel, financier et matériel, l'abandon, la négligence, les atteintes à la dignité et au respect¹⁴⁹.

Pour combattre ce phénomène, différentes mesures de prévention dite primaire et secondaire ont été présentées dans le rapport du Conseil fédéral. La prévention primaire consiste à former, à sensibiliser et à informer les personnes concernées (par ex. le personnel des établissements pour personnes âgées), y compris les proches aidants et les aînés eux-mêmes¹⁵⁰. Les mesures de prévention primaire doivent permettre de mieux détecter les cas de violence et de négligence (prévention secondaire), afin qu'une intervention rapide soit possible¹⁵¹. Les signalements adressés à l'autorité de protection de l'adulte relèvent de la prévention secondaire. En pratique, on constate cependant une certaine réticence à signaler les cas de maltraitance¹⁵².

Dans son rapport, le Conseil fédéral est arrivé à la conclusion qu'il faut réunir les acteurs compétents si l'on veut améliorer la prévention et la lutte contre la maltraitance envers les personnes âgées. Des domaines de première importance comme les soins en milieu institutionnel, les établissements médico-sociaux et les soins à domicile relèvent de la compétence des cantons, si bien que le Conseil fédéral a chargé le DFI de se concerter avec les cantons et de voir si un programme

¹⁴⁷ Conseil fédéral, Prévention de la violence sur les personnes âgées, résumé.

¹⁴⁸ Définition de l'OMS dans la Déclaration de Toronto sur la prévention des mauvais traitements envers les aînés (Toronto Declaration on the Global Prevention of Elder Abuse, 2002), citée dans le rapport du Conseil fédéral « Prévenir la violence sur les personnes âgées », p. 6: « On entend par maltraitance des personnes âgées un acte isolé ou répété, ou l'absence d'intervention appropriée, qui se produit dans toute relation de confiance et cause un préjudice ou une détresse chez la personne âgée ».

¹⁴⁹ Conseil fédéral, Prévention de la violence sur les personnes âgées, p. 6.

¹⁵⁰ Conseil fédéral, Prévention de la violence sur les personnes âgées, p. 24 à 27.

¹⁵¹ Conseil fédéral, Prévention de la violence sur les personnes âgées, p. 27 et s.

¹⁵² Conseil fédéral, Prévention de la violence sur les personnes âgées, p. 27 et s.

d'incitation ciblé pourrait s'avérer nécessaire¹⁵³. S'agissant des domaines de compétence de la Confédération, le Conseil fédéral s'est déclaré prêt à examiner, en matière de droit de la protection de l'adulte, « la possibilité d'étendre l'obligation d'aviser à d'autres cercles de personnes en contact régulier avec les personnes âgées dans le cadre professionnel, de façon analogue à ce qui a été fait dans le domaine de la protection de l'enfant »¹⁵⁴.

2.6.2 Nouvelle réglementation du droit et de l'obligation d'aviser

Les travaux préparatoires relatifs au présent avant-projet ont conforté l'idée qu'une nouvelle réglementation était souhaitable : dans une société qui vieillit, le nombre de personnes ayant besoin d'aide augmente, et par conséquent aussi les risques de maltraitance. Il est important que les groupes de personnes qui s'occupent régulièrement des personnes âgées prennent leurs responsabilités pour que les aînés et leurs proches obtiennent le soutien dont ils ont besoin. L'objectif premier n'est donc pas qu'une mesure de protection de l'adulte soit prononcée, mais que l'autorité de protection de l'adulte puisse clarifier la situation et que les intérêts de la personne concernée soient protégés. Le proche peut alors, selon les circonstances, obtenir un soutien bienvenu.

Les nouvelles règles (voir les art. 443, 443a et 448 AP-CC) s'appuient sur les dispositions qui valent en droit de la protection de l'enfant, tout en tenant compte de la particularité de la situation qui est celle des adultes qui ont besoin d'assistance.

2.7 Questions non traitées dans l'avant-projet

Les questions énumérées ci-après n'ont pas été traitées dans l'avant-projet.

- *Nécessité de réviser le droit en matière de placements à des fins d'assistance* : le 15 juin 2018, la conseillère nationale Yvette Estermann a déposé les motions 18.3653 « Empêcher les internements forcés ordonnés à la légère » et 18.3654 « Réduire modérément le nombre d'internements forcés ordonnés à la légère ». Dans son avis du 29 août 2018, le Conseil fédéral a proposé de rejeter les motions, tout en reconnaissant la nécessité de soumettre les dispositions sur le placement à des fins d'assistance à une évaluation approfondie. Ces travaux sont encore en cours : le rapport final de socialdesign et du groupe de recherche *Mental Health Care and Service Research* a été publié le 16 décembre 2022¹⁵⁵. Le Conseil fédéral ne rédigera

¹⁵³ Le Conseil fédéral ne s'est pas encore prononcé sur les résultats des consultations menées auprès des cantons (état en novembre 2022).

¹⁵⁴ Conseil fédéral, Prévention de la violence sur les personnes âgées, p. 33.

¹⁵⁵ Voir www.ofj.admin.ch > Publications et services > Rapports, avis de droit et décisions > Rapports et avis de droit externes

son propre rapport qu'une fois que les résultats de l'évaluation concernant les placements à des fins d'assistance de mineurs seront connus¹⁵⁶.

- *Uniformisation de la procédure devant l'APEA* : dans son rapport du 29 mars 2017 (voir le ch. 1.3), le Conseil fédéral s'est encore une fois prononcé sur l'idée d'uniformiser la procédure devant l'APEA et est arrivé à la conclusion qu'il n'y avait pas de raisons de revenir sur la décision, prise en 2006, de renoncer à mettre en place une procédure fédérale¹⁵⁷. Il n'y a donc pas lieu de revenir sur le sujet. Il faut faire une distinction entre cette question d'ordre général et les questions de droit de la procédure qu'il est prévu de régler différemment dans l'avant-projet, comme le rôle joué par les proches dans la procédure (voir le ch. 2.4.3) ou la compétence à raison du lieu en matière de placement à des fins d'assistance (voir le ch. 2.5).
- *Besoin de réviser les règles de la curatelle* : le Comité des droits des personnes handicapées des Nations Unies a, après avoir examiné le rapport de la Suisse du 14 au 16 mars 2022 à Genève, formulé des recommandations concernant la mise en œuvre de la Convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées. Il a notamment émis une recommandation sur la mise en œuvre de l'art. 12 de la convention (égalité devant la loi). Selon le comité, cette disposition interdit toute forme de décision substitutive (*substitute decision making*), à savoir les curatelles de représentation avec ou sans restriction des droits civils, et impose un système fondé sur la prise de décision assistée (*supported decision making*), qui respecte la volonté et les préférences, ainsi que les décisions individuelles, des personnes handicapées. Le Département fédéral de l'intérieur a informé le Conseil fédéral le 4 mai 2022 des recommandations du comité. Celles-ci seront vraisemblablement intégrées dans les mesures politiques relatives aux personnes handicapées pour les années 2023 à 2026¹⁵⁸.

2.8 Mise en œuvre

La mise en œuvre des dispositions sur la création de nouvelles statistiques nationales au sujet du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte sera une tâche commune de la Confédération et des cantons. Pour ce qui est des autres dispositions, la mise en œuvre relèvera des cantons. Concernant l'obligation des cantons d'instituer une autorité dépositaire des mandats pour cause d'inaptitude, nous renvoyons au ch. 2.2.

La révision n'entraîne au demeurant pas de tâches foncièrement nouvelles pour les APEA qui impliqueraient une forme de réorganisation. Il est probable et souhaitable que la COPMA continue de jouer son rôle central lors de la mise en œuvre du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, ce qui contribue à harmoniser la pratique à l'échelle de la Suisse.

¹⁵⁶ Voir le communiqué « Placement à des fins d'assistance : la révision a porté ses fruits » du 16 décembre 2022.

¹⁵⁷ Conseil fédéral, Premières expériences avec le nouveau droit, ch. 4.2.4

¹⁵⁸ Voir le communiqué « Recommandations de l'ONU sur la mise en œuvre de la Convention relative aux droits des personnes handicapées » du 4 mai 2022.

3 **Commentaire des articles**

3.1 **Code civil (CC)**

Art. 361, titre marginal

La proposition de réglementer le dépôt des mandats pour cause d'incapacité dans un nouvel art. 361a AP-CC (voir le ch. 2.2.2 et le commentaire de l'article) implique la modification du titre marginal de l'art. 361 CC (ajout du terme « dépôt »).

Art. 361a Dépôt

Par analogie avec les art. 504 et 505 CC, qui portent sur les testaments, chaque canton devra veiller à ce que les mandats pour cause d'incapacité puissent être remis à une autorité chargée d'en recevoir le dépôt. Il existe déjà de nos jours une autorité dépositaire dans 14 cantons (voir le ch. 2.2.2).

Le droit cantonal désignera l'autorité compétente et précisera s'il peut y en avoir plusieurs. La personne concernée devra alors tenir compte du fait qu'en cas de déménagement dans une région relevant de la compétence d'une autre APEA du même canton, elle devra également déposer le mandat pour cause d'incapacité auprès de la nouvelle autorité compétente. C'est à cette condition que l'APEA pourra, au moment où la personne sera devenue incapable de discernement, vérifier rapidement auprès de l'autorité dépositaire s'il existe un mandat pour cause d'incapacité (voir l'art. 363, al. 1, AP-CC). C'est pourquoi la solution la plus efficace serait que les cantons désignent une seule autorité chargée de recevoir le dépôt de ces mandats : ce serait la façon la plus simple de garantir que la version actuelle du mandat pour cause d'incapacité se trouve dans le canton de domicile de la personne devenue incapable de discernement. Si plusieurs mandats ont été déposés auprès de l'autorité, le plus récent remplace les versions précédentes (voir l'art. 362, al. 3, CC).

Contrairement à ce qui est prévu à l'art. 504 CC, les officiers publics qui instrumentent le mandat pour cause d'incapacité en la forme authentique ne sont pas tenus de le conserver ou de le remettre en dépôt à l'autorité compétente. Il n'existe pas non plus d'obligation générale de remettre un tel mandat à l'autorité. Selon le principe de l'autodétermination, la décision concernant le dépôt et le lieu de dépôt appartient uniquement à la personne concernée, qui est également responsable de faire en sorte que le mandat pour cause d'incapacité puisse être retrouvé (voir le ch. 2.2.2). Selon la pratique actuelle, la plupart des officiers publics ou notaires préparent un formulaire en vue d'une inscription dans le registre Infostar, conformément à l'art. 361, al. 3, CC. Dans le cadre de leur tâche de conseil, ils informeront désormais également le mandant sur la possibilité de déposer le mandat d'incapacité auprès de l'autorité désignée par le droit cantonal. La décision de le faire incombera toutefois à la seule personne concernée.

Art. 362, titre marginal

L'introduction d'un nouvel art. 361a AP-CC, et du titre marginal correspondant, entraîne l'adaptation du titre marginal de l'art. 262 CC.

Art. 363, al. 1

Cette disposition précise que l'APEA a l'obligation de se renseigner pour savoir si un mandat pour cause d'incapacité a été constitué. Elle est modifiée sur deux points :

- l'APEA se renseignera à l'avenir auprès de l'autorité dépositaire désignée par le canton de domicile de la personne concernée, en vertu de l'art. 361a AP-CC, en plus de le faire auprès de l'office de l'état civil (Infostar). Elle se renseignera également auprès des proches, comme c'est déjà le cas à l'heure actuelle, lorsqu'une personne est devenue incapable de discernement. Cette manière de procéder augmente les chances de trouver le mandat pour cause d'incapacité, et ce dans sa dernière version, et donc de pouvoir tenir compte des souhaits de la personne concernée ;
- l'APEA procédera à l'avenir dans tous les cas à ces vérifications et pas uniquement lorsqu'elle ignore si un mandat a été constitué ; en d'autres termes, elle se renseignera même si elle est déjà en possession d'un mandat formellement valable (voir le ch. 2.2.3). La restriction apportée dans le droit en vigueur sera donc biffée.

La validation obligatoire du mandat pour cause d'incapacité par l'APEA, comme le prévoit le droit en vigueur, reste inchangée (voir le ch. 2.2.4).

Art. 368, al. 1

La nouvelle formulation (remplacement de « requête » par « avis ») vise à supprimer la différence (un peu aléatoire) de traitement qu'implique le droit en vigueur, en fonction de la façon dont les proches ont demandé à l'autorité d'intervenir (requête de curatelle ou avis). Le nouveau libellé couvre les deux cas de figure (voir le ch. 2.4.3.2).

Titre du sous-chapitre I précédant l'art. 374 CC

Comme l'avant-projet prévoit que la personne menant de fait une vie de couple avec la personne concernée est également investie d'un pouvoir légal de représentation (voir l'art. 374 AP-CC), le titre doit être adapté : la liste des représentants légaux est remplacée par la formule impersonnelle « du pouvoir légal de représentation ».

Art. 374

La disposition est citée en entier, vu que seul l'al. 2, ch. 1, reste inchangé.

Le champ d'application de l'art. 374 est élargi à un double titre : quant aux personnes disposant du pouvoir légal de représentation (*al. 1*) et quant à l'étendue matérielle du pouvoir de représentation (*al. 2*).

Al. 1 : le pouvoir légal de représentation défini à l'art. 374 CC sera étendu à la personne menant de fait une vie de couple avec la personne concernée (voir le ch. 2.3.2). Il n'y a pas de raison de traiter ici l'union libre autrement que le mariage ou le partenariat enregistré, d'autant moins que la personne qui fait ménage commun avec une personne incapable de discernement dispose déjà d'un pouvoir de représentation dans le domaine médical (art. 378 CC).

Il n'est pas jugé nécessaire de définir ce qu'est la vie de couple de fait ni de fixer un nombre minimal d'années de vie commune (pour toutes les formes de relation) avant que la personne concernée soit frappée d'une incapacité de discernement. L'art. 374 CC vise les cas où une personne devient incapable de discernement pendant la vie commune. Mais même si un mariage est contracté ou qu'une vie de couple de fait débute après que la personne est devenue incapable de discernement pour certains actes (le discernement pouvant encore être suffisant pour le mariage), le pouvoir légal de représentation au sens de l'art. 374 CC ne devrait pas être exclu d'emblée¹⁵⁹. D'une part, l'autorité de protection de l'adulte peut intervenir si les intérêts de la personne incapable de discernement risquent d'être compromis, par exemple en cas d'abus ou de conflit d'intérêts (art. 376 CC). D'autre part, le pouvoir de représentation est limité à certains actes administratifs seulement (voir l'al. 2).

Al. 2, ch. 2 : la distinction, pas toujours aisée, entre administration ordinaire et administration extraordinaire des biens est supprimée, mais une forme de contrôle sur l'administration des revenus et autres biens par le représentant légal subsistera (voir le ch. 2.2.4).

Le ch. 2 contient ainsi une réserve expresse qui a pour effet d'exclure d'office les actes relevant de l'art. 396, al. 3, CO du pouvoir de représentation. Le représentant légal devra donc requérir le consentement de l'APEA pour transiger, compromettre, souscrire des engagements de change, aliéner ou grever des immeubles ou faire des donations.

La solution choisie simplifiera la situation du représentant légal mais aussi celle des cocontractants, car les actes exclus du droit de représentation seront désormais clairement définis. Cela pourrait permettre de décharger l'APEA de son devoir de statuer sur le pouvoir de représentation et d'émettre le cas échéant une confirmation des compétences du représentant (voir le commentaire de l'art. 376 AP-CC).

Al. 2, ch. 3 : l'expression « si nécessaire » qui figure dans le droit en vigueur est biffée. Le représentant légal aura à l'avenir le droit de prendre connaissance de toute la correspondance (également électronique) et de la liquider, sans quoi le droit de représentation ne peut pas être exercé de façon efficace en pratique.

Al. 3 : la disposition est adaptée en raison de la modification du ch. 2 et simplifiée.

Art. 376

Les besoins pratiques, notamment lorsqu'il s'agit de traiter avec les banques ou d'autres prestataires de services financiers, ne permettent pas de renoncer entièrement à la possibilité de demander à l'APEA qu'elle confirme par écrit l'étendue des compétences du représentant ; il en va en effet de la sécurité des transactions. Vu les adaptations de l'art. 374, al. 2 et 3, CC qui sont proposées, il sera toutefois possible de relever le seuil d'intervention (voir le ch. 2.3.4).

L'APEA devra à l'avenir intervenir uniquement dans les cas où les intérêts de la personne incapable de discernement sont compromis ou risquent de l'être, et non pas dès le moment où il existe des « doutes » sur le pouvoir de représentation lui-même

ou sur son étendue. L'*al. 1* est modifié en conséquence. La possibilité de demander un document faisant état des compétences incluses dans le pouvoir de représentation est maintenue (voir l'*al. 2, ch. 1*). Cette confirmation ne devrait toutefois plus être demandée que lorsqu'il existe un risque d'abus dans le cas d'espèce. La disposition reste inchangée pour le surplus.

Art. 378, al. 1, ch. 3 et 8

Ch. 3 : selon le droit en vigueur, les personnes menant de fait une vie de couple disposent d'un pouvoir de représentation en matière médicale en vertu de l'art. 378, al. 1, ch. 4, CC, au même titre que deux amies qui vivent ensemble sans pour autant former un couple. Les conditions cumulatives du ménage commun et de l'assistance personnelle régulière visent à distinguer les communautés fondées sur la responsabilité réciproque des simples colocations (pendant les études par ex.). Comme les personnes menant de fait une vie de couple seront désormais mentionnées à l'art. 374, al. 1, le libellé de l'art. 378, al. 1, ch. 3 doit être adapté pour que les conditions du pouvoir légal de représentation soient les mêmes pour elles dans tous les domaines – concernant tant la gestion du patrimoine et l'assistance personnelle que les questions médicales.

Ch. 8 : il s'agit ici de compléter la liste des personnes habilitées à représenter la personne incapable de discernement et à consentir ou non aux soins médicaux ambulatoires ou en milieu institutionnel. L'expérience montre que les personnes âgées qui n'ont pas d'enfants peuvent souvent compter sur l'aide d'un neveu ou d'une nièce pour les représenter, notamment pour ce qui est des questions médicales. Cet ajout répond aux principes de la subsidiarité et de la proportionnalité et renforce la prise en compte des proches (voir le ch. 2.4).

Art. 389a C. Proches

L'art. 389a AP-CC contient désormais une définition légale de ce qu'on entend par proches.

Le terme apparaît certes déjà aux art. 368, 373 et 381 CC, mais la définition est donnée ici, au chapitre portant sur les mesures prises par l'autorité, car c'est lors de l'institution d'une mesure de protection de l'adulte que le rôle des proches apparaît particulièrement important. Les droits et obligations des proches sont ensuite concrétisés dans d'autres dispositions (voir les art. 400, al. 1^{bis}, 401, al. 2, 406, al. 3, 413, al. 3, 420, 446a AP-CC et 76, al. 1^{bis}, AP-LTF).

Al. 1 : la définition des proches donnée à l'al. 1 repose, comme élément central, sur une relation de proximité effective (*tatsächliches Näheverhältnisses*), conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral (voir le ch. 2.4.1.2). C'est donc la relation concrète, et non la relation formelle avec la personne à assister, qui est déterminante. Sur la base de la jurisprudence du Tribunal fédéral, la définition requiert deux éléments pour qu'une personne puisse être qualifiée de proche :

- l'expression « étroitement lié » couvre deux des exigences posées par la jurisprudence, à savoir celle de la bonne connaissance de la personnalité de la personne qui a besoin d'aide et de la reconnaissance de la qualité de proche

par celle-ci ; la volonté de la personne concernée peut ainsi être prise en compte ;

- le fait que la personne doit sembler « apte à protéger [les] intérêts » de la personne concernée concrétise la troisième exigence formulée dans la jurisprudence. Les proches doivent toujours défendre les intérêts de la personne concernée et non leurs propres intérêts¹⁶⁰. Leurs aptitudes seront toutefois jugées ici moins sévèrement que lorsqu'il s'agit de désigner un curateur¹⁶¹.

Les personnes qui déclarent être des proches de la personne concernée devront dès lors rendre vraisemblable envers l'APEA qu'elles sont étroitement liées à elle et qu'elles sont aptes à représenter ses intérêts. Elles devraient pouvoir y parvenir aisément, car normalement ces personnes ont déjà été impliquées dans la procédure, soit parce qu'elles se sont adressées à l'autorité, soit parce qu'il ressort de l'entretien avec la personne concernée ou d'autres circonstances qu'elles font partie des proches.

Al. 2 : Le cercle des proches au sens de l'al. 1 est plus large que celui des membres de la famille. Les parents mentionnés à l'al. 2 et les partenaires de vie de fait sont toutefois présumés être des proches. Cette règle codifie la jurisprudence du Tribunal fédéral (voir le ch. 2.4.1.2). La liste correspond pour l'essentiel à celle qui figure actuellement à l'art. 420 CC, complétée par deux nouvelles catégories de parents en ligne directe : les grands-parents et les petits-enfants. Pour les mineurs en particulier, les grands-parents peuvent être des personnes de référence, tout comme les petits-enfants pour une personne âgée. Le cercle des personnes bénéficiant de la présomption doit toutefois rester relativement restreint pour que l'APEA ne doive pas rendre trop fréquemment des décisions constatant que la présomption a été renversée. Elle peut l'être non seulement quand il manque une relation de proximité effective ou que la personne concernée n'accepte pas la représentation, mais aussi en cas de conflit d'intérêts ou de querelles au sein de la famille¹⁶². Il s'agit dans ce cas souvent de conflits de nature successorale¹⁶³.

Les neveux et nièces ne sont pas inclus dans la liste, alors qu'ils figurent à l'art. 378, al. 1, ch. 8, AP-CC. Cette distinction se justifie du fait que l'art. 378 CC prévoit un ordre donné (cascade) et pose la condition d'une assistance personnelle régulière. S'agissant de l'art. 389a, al. 1, AP-CC, les neveux et nièces peuvent cependant se voir reconnaître la qualité de proches s'ils rendent vraisemblable devant l'APEA qu'ils sont étroitement liés à la personne concernée et sont aptes à représenter ses intérêts.

Art. 390, al. 2 et 3

Al. 2 : le terme de proche, défini l'art. 389a AP-CC, sera à l'avenir également utilisé ici dans les versions allemande (au lieu de « Angehörige ») et italienne (au lieu de « congiunti »), sans que le contenu matériel soit touché ; cette modification ne concerne pas le texte français.

¹⁶⁰ Voir l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_322/2019 du 8 juillet 2020, consid. 2.3.3.

¹⁶¹ Ce n'est que lorsqu'un proche doit être désigné curateur que ses aptitudes sont examinées à l'aune de l'art. 400, al. 1, CC.

¹⁶² Voir l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_322/2019 du 8 juillet 2020, consid. 2.3.3.

¹⁶³ Voir l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_112/2015 du 7 décembre 2015, consid. 2.5.1.1.

Al. 3 : la modification vise à éliminer l'inégalité de traitement existant entre les proches selon qu'ils adressent à l'APEA une requête de curatelle ou un avis (signalement), qui visent le même objectif. La nouvelle formulation (« avis ») couvre les deux cas de figure (voir aussi le ch. 2.4.3.2).

Art. 400, al. 1^{bi}*

Pour mieux impliquer les proches quand il s'agit de protéger un enfant ou un adulte (voir les ch. 2.4 ss), la loi instaure une obligation pour l'APEA d'examiner la possibilité de mobiliser un proche. Lorsqu'une personne devient incapable de discernement, l'APEA devra en particulier examiner si un proche peut être désigné comme curateur pour s'occuper de ses affaires.

Le nouvel *al. 1^{bis}* précise que l'APEA ne doit pas seulement tenir compte des proches, mais aussi d'autres personnes qui sont volontaires pour exercer la fonction de curateur – on parle de curateurs privés par opposition au curateurs professionnels (voir le ch. 2.4.2.2). En pratique, cette obligation produira surtout des effets dans le domaine de la protection de l'adulte, étant donné que les proches et les curateurs privés disposent rarement des aptitudes nécessaires pour assurer la curatelle d'un enfant.

Bien que l'autorité doive vérifier si la curatelle peut être confiée à un proche ou à une autre personne privée, la personne concernée n'aura pas l'obligation d'accepter ce curateur. Sur ce point la loi ne change pas : l'autorité de protection de l'adulte tient compte autant que possible des objections que la personne concernée soulève à la nomination d'une personne déterminée (art. 401, al. 3, CC).

Même si l'étude menée par Ecoplan indique que la majorité des curateurs privés sont des proches (voir le ch. 1.5.2), la nouvelle disposition permettra d'étendre et de promouvoir le recours à d'autres personnes pouvant potentiellement intervenir en tant que curateurs privés.

Selon la nouvelle disposition, l'APEA devra également examiner si les tâches liées à la curatelle peuvent être partagées. Les curateurs privés peuvent en effet décharger les curateurs professionnels même s'ils ne se chargent que d'une partie des tâches de la curatelle (voir le ch. 2.4.2.2). Il est d'ailleurs déjà possible aujourd'hui, en vertu de l'art. 402 CC, de confier la curatelle à plusieurs personnes. Ajoutons que le curateur aura au surplus la possibilité d'associer les proches à l'accomplissement de son mandat, même s'ils n'ont pas été nommés eux-mêmes curateurs (voir à ce sujet l'art. 406, al. 3, AP-CC).

Art. 401, al. 2 et 4

Al. 2 : la notion de proches ayant été définie à l'art. 389a AP-CC, l'expression « membres de la famille » peut être supprimée.

Al. 4 : en pratique, de nombreuses APEA reçoivent aujourd'hui déjà les souhaits formulés à l'avance par les personnes concernées. Le nouvel alinéa ne fait que codifier cette possibilité. Il s'agit souvent de souhaits formulés par les parents, qui indiquent la personne qu'ils aimeraient voir désigner à la fonction de tuteur pour leurs enfants au cas où ils viendraient à décéder (art. 327a CC). Conformément à l'art. 327c, al. 2, CC, les règles de protection de l'adulte, et notamment celles sur la nomination du

curateur (donc également l'art. 401 CC) sont applicables par analogie. Mais la personne qui n'est pas encore devenue incapable de discernement et qui ne souhaite pas constituer de mandat pour cause d'incapacité peut elle aussi vouloir proposer à l'avance une personne déterminée comme son curateur. Il n'est toutefois pas prévu dans ce cas d'inscrire ce souhait au registre de l'état civil et l'APEA n'a pas non plus d'obligation de se renseigner à ce sujet : il revient à la personne concernée d'informer elle-même l'APEA compétente.

Art. 406, titre marginal et al. 3

L'APEA a pour mission première de protéger les personnes qui ont besoin d'aide et de prendre les mesures nécessaires à cette fin. Les curateurs nommés ont ensuite pour tâche de mobiliser les ressources du réseau que forment les personnes disposées à apporter leur soutien à la personne concernée, par exemple en associant les proches à l'accomplissement de leurs tâches. La curatelle est ainsi mieux acceptée par la personne concernée et par les proches. Ces démarches peuvent également permettre d'alléger voire de lever ultérieurement les mesures prises par les autorités¹⁶⁴.

Le nouvel *al. 3* consacre expressément dans la loi la faculté pour le curateur (qui existe aujourd'hui déjà) d'associer le proche à l'accomplissement du mandat, pour autant que son implication serve les intérêts de la personne concernée. Le proche peut fournir des informations sur le caractère et parfois sur le vécu de la personne incapable de discernement, qui permettent de cerner sa volonté présumée au sujet de certains actes (par ex. recherche d'un logement adapté, vente d'un immeuble). L'association du proche permet également de coordonner l'activité du curateur et les tâches assumées par un proche. Cette situation pourrait toutefois créer un certain antagonisme par rapport au devoir de discrétion du curateur, raison pour laquelle il est nécessaire de préciser dans la loi que le curateur a la possibilité d'informer les proches (voir l'art. 413, al. 3, AP-CC).

Un proche peut ainsi être associé aux mesures même s'il n'a pas été lui-même nommé curateur. Le proche n'a toutefois pas de préention à l'être. Le curateur est seul responsable de la gestion de la curatelle et c'est à lui qu'il revient d'apprécier si l'implication d'un proche est dans l'intérêt de la personne concernée. Il s'agit aussi de garantir de la sorte qu'aucune personne ne sera associée à la curatelle contre la volonté ou contre le refus manifeste de la personne concernée (voir aussi le commentaire de l'art. 389a AP-CC). Il n'existe pas d'obligation d'associer un proche. La décision du curateur de ne pas associer un proche peut toutefois être contestée auprès de l'APEA (voir l'art. 419 CC).

Art. 413, al. 3

L'alinéa est reformulé pour permettre au curateur de réaliser qu'il peut non seulement informer les tiers (par ex. le bailleur ou l'employeur), mais aussi les proches au sens de l'art. 389a AP-CC, lorsque les intérêts de la personne concernée l'exigent. Les modalités et le contenu des informations données dépendent du but visé. Si le proche doit par exemple administrer des médicaments, il a un intérêt à savoir de quelle

¹⁶⁴ ZK-MEIER, n° 37 *ad* art. 389 CC

maladie souffre la personne concernée, mais il n'est pas nécessaire que des informations autres que médicales lui soient communiquées.

Art. 420 Des allègements accordés aux proches

Pour donner suite à une demande fondamentale exprimée à répétition depuis la révision du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, la possibilité d'accorder des allègements aux curateurs conformément à l'art. 420 CC sera remaniée et étendue : selon la proposition du Conseil fédéral, des allègements pourront à l'avenir être accordés dans tous les curatelles confiées à un proche au sens du nouvel art. 389a AP-CC. Il ne pourra toutefois pas s'agir d'une dispense générale (voir le ch. 2.4.2.3). Les modifications proposées donnent suite aux deux initiatives parlementaires 16.428 et 16.429 Vogler (voir le ch. 2.4.2.3).

Le titre du sous-chapitre VIII (« De la curatelle confiée à des proches »), a été précisé (« Des allègements accordés aux proches »). La disposition peut désormais s'appliquer à toute curatelle confiée à un proche (voir art. 389a et 400 AP-CC). Dans la pratique il est probable qu'il continuera de s'agir surtout de proches membres de la famille, et en particulier des parents qui sont nommés curateurs pour leurs enfants majeurs, vu que l'autorité parentale prolongée qui existait selon l'ancien droit (voir l'art. 385, al. 3, aCC) a été supprimée lors de la révision de 2013 (voir le ch. 1.1.1 et 2.4.2.1).

Lorsque le curateur est un proche au sens de l'art. 389a AP-CC, l'APEA examinera à l'avenir s'il peut être *dispensé* de l'obligation de requérir son consentement pour certains actes prévus à l'art. 416 CC, ou si des *allègements* peuvent lui être accordés (par ex. obligation de remettre un inventaire, mais sous une forme simplifiée). Cet examen aura lieu à chaque fois que *les circonstances le justifient*, par exemple lorsque la situation financière (fortune et revenus) de la personne concernée est très simple ou lorsque le curateur en fait la demande.

S'agissant de l'application de la nouvelle disposition, il peut être renvoyé aux recommandations de la COPMA de novembre 2016 intitulées « Curatelle confiée à des proches – critères de mise en œuvre de l'art. 420 CC »¹⁶⁵, dont la pertinence a été éprouvée dans la pratique et qui sert à la fois de point de départ et de fil conducteur pour la modification proposée et pour l'interprétation de la nouvelle disposition.

Pour ce qui est des cas d'autorité parentale prolongée accordée à des parents d'enfants handicapés, qui ont été convertis en curatelle de portée générale avec dispense complète à l'entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte en 2013, il est renvoyé à l'art. 14b AP-tit. fin. CC (voir le commentaire de l'article en question).

Art. 426, al. 2

La disposition est adaptée en allemand et en italien pour tenir compte de l'introduction d'une définition des « proches » à l'art. 389a AP CC.

¹⁶⁵ www.copma.ch > Documentation > Recommandations

Art. 431, al. 1 et 3

La révision vise à lever les incertitudes qui subsistent dans le droit en vigueur en lien avec la compétence à raison du lieu pour l'examen périodique auquel est soumis le placement à des fins d'assistance (voir le ch. 2.5.3). Pour plus de clarté, la loi précisera à l'avenir que c'est en principe l'autorité de protection de l'adulte qui a décidé de la mesure de placement qui est compétente pour mener l'examen périodique (*al. 1*), pour autant que la procédure n'ait pas été reprise par une autre autorité (*al. 3*). Cela peut par exemple se produire dans un contexte intercantonal, lorsque l'autorité de protection de l'adulte au domicile de la personne concernée a déjà institué une curatelle, mais que le placement à des fins d'assistance a été prononcé à son lieu de séjour en raison de l'urgence de la situation (voir le ch. 2.5.1).

Art. 439, al. 1^{bis}

Le nouveau texte entend lever les doutes qui subsistent dans le droit en vigueur en lien avec la compétence à raison du lieu s'agissant de la possibilité d'en appeler au juge contre les mesures (de coercition) à des fins d'assistance. La situation juridique actuelle a surtout posé problème dans le contexte intercantonal (voir le ch. 2.5.1). La réglementation proposée codifie la jurisprudence du Tribunal fédéral¹⁶⁶ et donne suite à la motion 19.4586 Reimann (voir le ch. 1.4.2.4).

Art. 441a B^{bis}. Statistiques

Cette disposition constitue la base légale pour la collecte statistique, tâche qui sera à l'avenir réalisée avec la participation de la Confédération et des cantons (voir le ch. 2.1.6). Tous les acteurs cantonaux impliqués – au-delà de la COPMA, qui chapeaute aujourd'hui les statistiques en la matière – pourront ainsi être associés au processus, les données des tribunaux (civils) pourront également être intégrées¹⁶⁷, et les différents services fédéraux (notamment l'Office fédéral de la statistique) pourront y participer.

Les cantons resteront principalement responsables de la mise à disposition des bases statistiques et des données relatives aux mesures de protection de l'enfant et de l'adulte. À l'avenir, les données principales (nombre de curatelles par type de mesure et de personne concernée, par ex.) seront recueillies dans tous les cantons (*al. 1*). La COPMA continuera à jouer un rôle clé en la matière. Pour contribuer à l'amélioration et à la modernisation de la statistique, le Conseil fédéral pourra toutefois fixer des principes et définir les modalités de l'établissement des statistiques avec le concours des cantons, cette compétence pouvant être déléguée à l'Office fédéral de la justice (*al. 2*).

¹⁶⁶ Voir ATF 146 III 377, consid. 4.3.

¹⁶⁷ Voir à ce propos la nbp 35.

Art. 443

Le nouvel art. 443 AP-CC ne concernera plus que le droit d'aviser l'autorité de protection de l'adulte. L'obligation d'aviser sera réglée – comme c'est déjà le cas pour la protection de l'enfant (art. 314d CC) – dans un article séparé (art. 443a AP-CC).

Al. 1 : le principe instituant un droit d'aviser l'autorité quand une personne *semble* avoir besoin d'aide pour régler des affaires concernant la gestion du patrimoine ou l'assistance personnelle ou concernant les rapports juridiques avec des tiers¹⁶⁸ reste inchangé. Il n'est pas nécessaire que le besoin d'aide soit avéré. Il incombe ensuite à l'autorité de protection de l'adulte d'examiner si les conditions sont réunies pour qu'elle puisse intervenir. Comme dans le droit en vigueur, l'autorité pourra être avisée en tout temps, même si la personne concernée est déjà soumise à une mesure relevant du droit de la protection de l'adulte.

Al. 2 : par analogie avec les règles du droit de la protection de l'enfant (art. 314c CC), le cas des personnes soumises au secret professionnel est réglé dans un alinéa à part. Selon le droit en vigueur, les personnes soumises au secret professionnel au sens de l'art. 321 CP¹⁶⁹ doivent demander à être déliées du secret professionnel avant de pouvoir aviser l'autorité¹⁷⁰. En matière de droit de la protection de l'enfant, cette réserve a été supprimée vu les intérêts prépondérants de l'enfant à protéger. S'agissant des adultes, il existe aussi des personnes vulnérables qui ont parfois besoin d'une protection accrue, par exemple les personnes souffrant d'une maladie psychique ou les personnes âgées, notamment en l'absence de proches susceptibles de défendre leurs intérêts. Mais comme le principe d'autodétermination est central en matière de protection de l'adulte, la levée de la réserve n'est envisageable que dans le cas où ce sont des personnes *incapables de discernement* qui ont besoin d'assistance. Dans le cas contraire, certaines personnes concernées risqueraient de ne plus rechercher d'aide de peur que l'APEA soit avisée, ou la relation de confiance qu'elles entretiennent avec leur médecin, par exemple, risquerait d'être rompue. Lorsque la personne ayant besoin d'aide est capable de discernement, la personne soumise au secret professionnel ne pourra donc aviser l'autorité que si la personne concernée y a consenti ou que l'autorité compétente l'a déliée du secret professionnel (art. 321 CP).

La question de savoir si une personne est capable de discernement ou non est souvent litigieuse en matière de protection de l'adulte. Il ne faudra donc pas placer la barre trop haut quand il s'agira de retenir une incapacité de discernement comme critère permettant d'aviser l'autorité. La personne qui avise l'autorité le fait toujours pour le bien de la personne concernée et n'agit pas pour sauvegarder ses propres intérêts. Il suffira donc d'indices selon lesquels la personne n'est plus capable de discernement. Les professionnels dont il est question ici sont en contact régulier avec la personne concernée, si bien qu'ils peuvent, après un certain temps, se forger une opinion sur sa

¹⁶⁸ Voir l'art. 391, al. 2, CC.

¹⁶⁹ Il s'agit des ecclésiastiques, avocats, défenseurs en justice, notaires, conseils en brevet, contrôleurs astreints au secret professionnel en vertu du code des obligations, médecins, dentistes, chiropraticiens, pharmaciens, sages-femmes, psychologues, infirmiers, physiothérapeutes, ergothérapeutes, diététiciens, optométristes, ostéopathes, ainsi que de leurs auxiliaires.

¹⁷⁰ Message concernant le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, FF 2006 6635, p. 6708

capacité de discernement et sur le type d'aide dont elle a besoin. Ils peuvent notamment évaluer si l'assistance peut être fournie par des proches ou si, au contraire, la mise en danger résulte justement de l'attitude des proches, parfois dépassés par les événements (voir le ch. 2.6.1). La violation du secret professionnel ne doit entrer en ligne de compte qu'en dernier recours, si aucune autre solution ne semble suffisante.

Comme c'est également le cas en droit de la protection de l'enfant, le droit d'aviser l'autorité n'est pas accordé aux auxiliaires soumis au secret professionnel en vertu du code pénal (art. 321, ch. 1, CP). La pesée des intérêts qui doit être faite pour savoir s'il faut préserver le rapport de confiance ou aviser l'autorité de protection de l'adulte incombe à la personne pour laquelle ils travaillent. Si un auxiliaire a connaissance du cas d'une personne qui a besoin d'aide, il devrait en informer la personne détentrice du secret professionnel pour qui il travaille pour qu'elle puisse procéder à cette pesée des intérêts¹⁷¹.

Art. 443a A^{bis}. Obligation d'aviser l'autorité

Al. 1 : l'obligation d'aviser l'autorité a déjà été adaptée ponctuellement lors de la révision du droit de la protection de l'enfant ; dans ce contexte, il avait été souligné que le secret professionnel prime l'obligation d'aviser¹⁷². Désormais, cette obligation sera réglée en matière de protection de l'adulte par une disposition spécifique, qui s'inspire la disposition correspondante de la protection de l'enfant. L'obligation d'aviser qui vaut actuellement pour les personnes exerçant une fonction officielle sera étendue aux professionnels particulièrement aptes à reconnaître qu'une personne est tributaire d'aide. Le Conseil fédéral prend ainsi en considération un souhait qui avait déjà été formulé lors de la consultation sur le droit de la protection de l'enfant¹⁷³. L'obligation d'aviser peut clarifier les choses pour les professionnels et aussi leur faciliter la tâche, étant donné qu'ils pourront invoquer l'obligation légale et expliquer à la personne qui a besoin d'aide qu'ils sont tenus de par la loi d'aviser l'autorité.

Le secret professionnel visé par le code pénal est réservé : le législateur a considéré que la confidentialité des relations entretenues avec ces catégories de professionnels était particulièrement digne de protection. Comme en matière de protection des mineurs, les personnes astreintes au secret professionnel en vertu de l'art. 321, ch. 1, CP ont le *droit* d'aviser l'autorité (voir l'art. 443, al. 2, AP-CC), mais n'ont *pas l'obligation* de le faire.

Ch. 1 : contrairement au droit de la protection de l'enfant, il n'est pas opportun de dresser ici une liste des groupes professionnels concernés, mais il est important de mentionner les domaines d'activité concernés, à savoir l'assistance personnelle et la gestion du patrimoine. La disposition vise par conséquent les professionnels qui s'occupent de l'assistance personnelle ou financière de la personne concernée. Les collaborateurs d'organisations d'aide privées (curaviva, pro mente sana et pro senectute, par ex., qui offrent souvent des prestations de conseil) auront donc à l'avenir l'obligation d'aviser l'autorité s'ils ne peuvent pas gérer la situation dans le cadre de leur activité. S'agissant de la gestion du patrimoine, il faut préciser que dans

¹⁷¹ Voir le message concernant la protection de l'enfant, FF **2015** 3111, p. 3135.

¹⁷² Message concernant la protection de l'enfant, FF **2015** 3111, p. 3130 et 3140 s.

¹⁷³ Voir le message concernant la protection de l'enfant, FF **2015** 3111, p. 3130.

les cas où un professionnel est lié par un mandat à la personne qui a besoin d'aide, le devoir d'informer l'autorité découle également de l'art. 397a CO¹⁷⁴ ; dans ce cas, toutefois, la loi requiert une « incapacité de discernement probablement durable ». Le CO couvre donc déjà une grande partie des cas, ce qui est important notamment pour les professionnels du secteur financier, qui jouent un rôle clé auprès des personnes âgées (voir le ch. 2.6.1 au sujet de la maltraitance des personnes âgées).

Ch. 2 : l'obligation d'aviser qui incombe aux personnes dans l'exercice de leur fonction officielle correspond à la règle actuelle de l'art. 443, al. 2, CC.

Al. 2 : cette règle, nouvelle en droit de la protection de l'adulte, est analogue à celle qui vaut pour la protection de l'enfant, à l'art. 314d, al. 2, CC.

Al. 3 : le droit cantonal peut prévoir d'autres obligations d'aviser l'autorité. Cette disposition est reprise telle quelle du droit en vigueur.

Art. 446, al. 2^{bis}

Les proches sont aujourd'hui déjà associés à l'établissement des faits, en vertu de l'al. 1 (maxime inquisitoire). Le Conseil fédéral estime toutefois qu'il est indiqué de mentionner expressément les proches dans un alinéa à part pour souligner le rôle qu'ils jouent dans la procédure (voir le ch. 2.4.3.3).

Conformément à la nouvelle disposition, l'APEA devra vérifier s'il existe des proches et s'ils peuvent être associés à la procédure, en particulier à l'établissement des faits. En règle générale, les proches se manifestent par eux-mêmes ou sont mentionnés par la personne concernée, si bien que l'autorité de protection de l'adulte les connaît déjà. Elle peut alors prendre contact avec eux et leur demander des renseignements supplémentaires. Elle ne sera en revanche pas tenue de procéder à des clarifications plus poussées, par exemple en étudiant le carnet d'adresses ou la liste de contacts de la personne concernée, ou en se renseignant auprès de tiers privés (banques, bailleur) ou auprès d'autres autorités (registre de l'état civil ou contrôle de l'habitant par ex.). S'il ne semble pas y avoir d'autres proches, elle n'aura pas à mener une enquête pour établir leur existence éventuelle.

L'autorité de protection de l'adulte ne sera pas non plus tenue d'associer à la procédure tous les proches connus ni les autres personnes pouvant être considérées comme telles si elle arrive à la conclusion que les faits ont été entièrement établis. Si elle renonce à associer à la procédure certains proches qu'elle connaît, il serait toutefois opportun qu'elle le motive brièvement dans la décision portant sur la mesure, vu que cette décision peut faire l'objet d'un recours au sens de l'art. 450 CC.

Art. 446a X. Parties à la procédure

La qualité de partie des proches sera désormais réglée expressément dans la loi afin d'améliorer et de clarifier leur statut juridique (voir le ch. 2.4.3.2) ; les proches sont donc mentionnés dans une nouvelle disposition énumérant toutes les parties à une procédure relevant du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte.

¹⁷⁴ Voir MEIER, n° 189 et les références citées.

Ch. 1 : la personne concernée est partie à la procédure. En droit de la protection de l'adulte, il s'agit de la personne à assister ; en droit de la protection de l'enfant, les personnes concernées sont aussi bien l'enfant que ses parents.

Ch. 2 : pour mieux impliquer les proches, leur participation à la procédure est réglée expressément dans la loi. Les proches qui entendent s'investir pour la personne concernée et donc participer à la procédure s'annoncent en règle générale plus ou moins spontanément auprès de l'autorité de protection de l'adulte, avant l'ouverture de la procédure ou au moment de celle-ci. Même si la qualité de partie leur sera en principe reconnue sans autre dans la plupart des cas, ils ne l'obtiendront pas automatiquement, de par la loi, mais sur la base d'une *décision de l'APEA* ; la loi le précise pour des raisons de sécurité du droit (voir à ce propos le ch. 2.4.3.2).

Si des proches se manifestent pendant la procédure ou si l'APEA les connaît déjà, elle rendra une décision (incidente) au sujet de la qualité de partie. Elle le fera *d'office* lorsqu'elle estime que l'octroi de la qualité de partie à un proche répond à l'intérêt de la personne concernée, ou *sur requête* d'un proche. Dans ce dernier cas, elle examinera si la personne en question est bien un proche au sens de l'art. 389a AP-CC. S'agissant des motifs de refus d'une telle requête, il peut être renvoyé aux développements consacrés à la notion légale de proche (voir le ch. 2.4.1.4).

Même si c'est l'APEA qui décidera dans tous les cas de la qualité de partie du proche, une décision (incidente) formelle ne sera nécessaire que lorsqu'une requête en ce sens a été déposée, en particulier lorsque cette requête doit être rejetée ; la décision ne devra en principe être motivée que dans ces cas également. Cette règle n'exclut dès lors pas que l'APEA puisse accorder la qualité de partie à un proche également sans décision formelle, notamment en l'associant directement à la procédure et en lui accordant un droit qui ne revient qu'à une partie à la procédure, par exemple le droit de consulter le dossier.

Ch. 3 : des tiers (par ex. médecin de famille, expert, autre personne de l'entourage de la personne concernée) sont en règle générale associés à l'établissement des faits. L'APEA pourra le cas échéant également leur conférer la qualité de partie. Cette disposition doit être interprétée de façon restrictive. Il s'agit d'une clause générale subsidiaire, destinée à couvrir des situations exceptionnelles ; elle s'appliquera par exemple aux membres de la famille qui ne sont pas considérés comme étant des proches au sens de l'art. 389a AP-CC parce qu'ils n'avaient plus de contact avec la personne concernée avant l'ouverture de la procédure.

Art. 448, titre marginal et al. 1^{bis} à 3

La modification de l'obligation de collaborer est liée à la nouvelle réglementation du droit et de l'obligation d'aviser l'autorité (voir le ch. 2.6.2 et les art. 443 et 443a AP-CC). Par analogie avec le droit de la protection de l'enfant, l'al. 3 est biffé. La réserve est maintenue uniquement pour les avocats.

Art. 449c, al. 1, ch. 2, let. a

En même temps qu'il a fixé l'entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2024 de cette disposition, adoptée par le Parlement en 2016, le Conseil fédéral a exprimé l'intention de modifier

l'al. 1, ch. 2, let. a, lors d'une prochaine révision (voir le ch. 2.1.7). Le libellé de la disposition est donc modifié afin que la commune de domicile soit uniquement informée – comme les autres autorités citées dans l'article – de la mise sous curatelle d'une personne majeure « qui la prive de l'exercice de ses droits civils ou restreint cet exercice ».

Art. 451, al. 1^{bis} et 2

Al. 1 : par analogie avec l'art. 413 AP-CC, cet alinéa prévoit que l'APEA pourra informer les proches au sujet de la procédure.

Al. 2 : lors de la révision de 2016 mentionnée ci-dessus, le Conseil fédéral a été chargé de régler dans une ordonnance la communication, par l'autorité de protection de l'adulte, d'informations sur l'existence et sur les effets d'une mesure de protection (voir le ch. 2.1.7). La consultation sur le projet d'ordonnance en 2019/2020 a toutefois montré que l'obtention d'informations sur les mesures de protection ne posait plus de problème dans la pratique ; le Conseil fédéral estime dès lors qu'il n'est plus nécessaire d'édicter une ordonnance sur la question (voir le ch. 1.4.4). Il propose de biffer cette norme de délégation dans le cadre de la présente révision.

Art. 14a tit. fin., titre marginal

L'ajout d'un art. 14b implique l'adaptation du titre marginal de l'art. 14a.

Art. 14b tit. fin.

Les mêmes règles que celles définies lors de l'entrée en vigueur du nouveau droit en 2013 s'appliqueront au droit transitoire. Les procédures pendantes seront donc soumises au nouveau droit.

3.2 Loi sur le Tribunal fédéral (LTF)¹⁷⁵

Art. 76, al. 1^{bis}

La qualité pour recourir devant un tribunal cantonal (art. 450, al. 2, CC) et celle d'interjeter recours devant le Tribunal fédéral (art. 75 LTF) sont réglées de manière différente dans le droit en vigueur (voir le ch. 2.4.3.4). Le droit de recours des proches devant le Tribunal fédéral est notamment considérablement restreint. Il peut arriver qu'un proche légitimé à recourir en vertu de l'art. 450, al. 2, ch. 2, CC et qui a recouru devant le tribunal cantonal pour protéger la personne concernée n'ait pas la faculté d'attaquer la décision du tribunal cantonal devant le Tribunal fédéral parce qu'il n'est pas possible de faire valoir les intérêts de tiers par la voie du recours en matière civile.

Comme la présente révision vise à renforcer la position des proches dans la procédure, il est logique de faire concorder leur qualité pour recourir devant les autorités cantonales (voir l'art. 450, al. 2, ch. 2, CC) et devant le Tribunal fédéral ; cette

¹⁷⁵ RS 173.110

harmonisation ne contribuera pas seulement à consolider la position des proches, mais aussi et surtout à protéger la personne concernée et à sauvegarder ses intérêts. Même si l'article 76 alinéa 1^{bis} AP-LTF ne parle que d'autorité de protection de l'adulte, la règle vaut aussi pour les décisions prises par l'autorité de protection de l'enfant (par le renvoi de l'art. 314 CC à l'art. 450 CC).

Art. 132b

Cet article énonce la règle qui s'appliquera aux procédures en cours devant le Tribunal fédéral au moment de l'entrée en vigueur de la révision (droit transitoire) : elles resteront régies par l'ancien droit.

4 Conséquences

4.1 Conséquences pour la Confédération

Le projet n'a pas de conséquences directes sur les finances ni sur le personnel de la Confédération.

Les nouvelles tâches confiées à la Confédération en lien avec les statistiques nationales de la protection de l'enfant et de l'adulte (voir le ch. 2.1.6 et l'art. 441a AP-CC et le commentaire y relatif) entraîneront indirectement des dépenses supplémentaires. Celles-ci pourront toutefois être prises en charge par les autorités et services compétents, qui pourront accomplir ces nouvelles tâches avec le personnel et les ressources financières disponibles.

4.2 Conséquences pour les cantons et les communes, ainsi que pour les centres urbains, les agglomérations et les régions de montagne

Le projet a différentes conséquences pour les cantons.

- Tous les cantons devront désigner *une autorité dépositaire pour les mandats pour cause d'inaptitude* (voir le ch. 2.2.2). Dans 14 d'entre eux il est déjà possible de remettre ces mandats en dépôt : douze cantons ont désigné l'APEA comme autorité dépositaire, le canton de Saint-Gall a désigné son office du registre du commerce et du notariat, et le canton de Bâle-Campagne son service des successions. Les autres cantons pourront donc également recourir aux structures existantes, sans instituer de nouvelles autorités. Il n'y a dès lors pas lieu d'envisager d'importantes charges nouvelles pour les cantons.
- *L'établissement de statistiques* sur la protection de l'enfant et de l'adulte sera réglé dans la loi. L'objectif de créer des statistiques uniformes dans toute la Suisse impliquera des tâches supplémentaires pour les cantons, mais pas forcément les mêmes pour tous, car les cantons recueillent aujourd'hui déjà des données pour la COPMA (voir le ch. 2.1.6).

- Les modifications ponctuelles du droit de la protection de l’adulte, en ce qui concerne notamment l’implication des proches et le droit de procédure, nécessiteront l’adaptation des procédures cantonales sur certains points. En fonction de l’organisation des autorités cantonales, le projet pourra aussi avoir d’autres effets sur les APEA. Les APEA se voient en effet confier des tâches en partie nouvelles et pourront avoir besoin de ressources supplémentaires pour les accomplir, par exemple lorsqu’elles nommeront des proches ou d’autres personnes en tant que curateurs privés. On peut toutefois s’attendre à ce que ces charges supplémentaires entraînent également des économies et des simplifications ailleurs, sans oublier la plus-value que le renforcement du principe de l’autodétermination et l’implication des proches apportent à la société (voir le ch. 4.4).

L’avant-projet ne déploie pas d’effets spécifiques sur les communes, les centres urbains, les agglomérations ou les régions de montagne. Ces questions n’ont par conséquent pas été examinées plus en détail.

4.3 Conséquences économiques

Le projet n’a pas de conséquences économiques.

4.4 Conséquences sociales

Compte tenu de l’évolution démographique, le projet répond à des besoins concrets de la société : il renforce l’autodétermination des personnes et la solidarité familiale, ainsi que la protection des personnes vulnérables (en particulier des personnes âgées), notamment par un recours plus fréquent aux proches et à d’autres personnes privées en qualité de curateurs. On peut en attendre des effets positifs sur la société à moyen ou long terme.

4.5 Conséquences environnementales

Le projet n’a pas de conséquences environnementales.

4.6 Autres conséquences

Le projet n’a pas d’autres conséquences.

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité

La révision se fonde sur l'art. 122, al. 1, Cst, selon lequel la législation en matière de droit civil et de procédure civile relève de la compétence de la Confédération. Cette compétence porte également sur le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte.

5.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

L'avant-projet ne touche pas directement aux obligations internationales de la Suisse.

5.3 Forme de l'acte à adopter

L'avant-projet contient des dispositions importantes qui fixent des règles de droit qui doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale, conformément à l'art. 164, al. 1, Cst. La modification du code civil prend la forme d'une loi fédérale.

5.4 Frein aux dépenses

L'avant-projet n'est pas soumis au frein aux dépenses visé à l'art. 159, al. 3, let. b, Cst. étant donné qu'il ne prévoit ni subventions ni crédits d'engagement ou plafonds de dépenses.

5.5 Conformité aux principes de subsidiarité et d'équivalence fiscale

L'avant-projet ne touche pas la répartition des tâches ni l'accomplissement des tâches par la Confédération et les cantons.

5.6 Délégation de compétences législatives

Aucune nouvelle compétence législative n'est déléguée au Conseil fédéral. Cette constatation vaut également pour la compétence du Conseil fédéral visée à l'art. 441a, al. 2, AP-CC concernant l'établissement de statistiques.

5.7 Protection des données

La question de la protection des données se pose en particulier en ce qui concerne la nouvelle réglementation du droit et de l'obligation d'aviser l'autorité et les

modifications apportées à l'obligation de communiquer. Le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte est mis en œuvre par les autorités cantonales, raison pour laquelle c'est le droit cantonal de la protection des données qui s'applique (art. 2, al. 1, LPD *a contrario*). Les dispositions de droit civil sont à considérer comme une *lex specialis*. La nouvelle réglementation des avis (signalement) l'emporte par conséquent sur les dispositions cantonales de protection des données. Cette remarque vaut aussi pour les nouvelles dispositions sur la collecte des données et les statistiques dans le domaine du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte (voir le ch. 2.1.6).

6 Bibliographie

6.1 Travaux préparatoires

Conseil fédéral, Message du 28 juin 2006 concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), FF 2006 6635 (cité Message concernant le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte)

Conseil fédéral, Message du 15 avril 2015 concernant la modification du code civil (Protection de l'enfant), FF 2015, p. 3111 ss (cité Message concernant la protection de l'enfant)

Conseil fédéral, Premières expériences avec le nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, rapport du 29 mars 2017 (cité Conseil fédéral, Premières expériences avec le nouveau droit)

Roland Fankhauser, Die Stellung nahestehender Personen im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, avis de droit, février 2019 (cité Avis de droit Fankhauser)

Ecoplan, Umfrage Kindes- und Erwachsenenschutzrecht - Erhebungen zum Einbezug nahestehender Personen allgemein und zum Umgang mit privaten Beiständen im Besonderen, rapport final du 28 août 2019 (cité Rapport Ecoplan)

Conseil fédéral, Prévenir la violence sur les personnes âgées, rapport du 18 septembre 2020 donnant suite au postulat 15.3945 Glanzmann-Hunkeler du 24 septembre 2015 (cité Conseil fédéral, Prévention de la violence sur les personnes âgées)

6.2 Doctrine

BIDERBOST YVO, Der Vorsorgeauftrag in der Beratung - ein Dutzend Fragen der Praxis, Revue suisse du notariat et du registre foncier, Wädenswil 2020, p. 337 à 365 (cité BIDERBOST, RNRF)

BIDERBOST YVO, Subsidiarität über alles?! (mit Gedanken zu Vollmachten und Urteilsunfähigkeit), in Der Mensch als Mass, Festschrift für Peter Breitschmid (édit. Ruth Arnet/Paul Eitel/Alexandra Jungo/Hans Rainer Künzle), Zurich 2019, p. 91 à 11 (cité BIDERBOST, Mélanges Breitschmid)

BÜCHLER ANDREA / JAKOB DOMINIQUE (édit.), Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2^e édition, Bâle 2018 (cité KUKO ZGB - AUTEUR, n^o ... *ad art.* ... CC)

Conférence des cantons en matière de protection des mineurs et des adultes (COPMA), Droit de la protection de l'adulte : guide pratique, 2012 (cité COPMA, Guide pratique)

DELL'ORO FEDERICA / ESTELLE DE LUZE, La legittimazione al reclamo nel diritto di protezione : particolarità del ruolo delle persone vicine all'interessato e dei terzi, Rivista ticinese di diritto II-2021, p. 799 à 824

GEISER THOMAS / FOUNTOLAKIS CHRISTIANA (édit.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 7^e édition, Bâle 2022 (cité BSK ZGB I-AUTEUR, n^o ... *ad art.* ... CC)

GEISER THOMAS / WOLF STEPHAN (édit.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 6^e édition, Bâle 2019 (cité BSK ZGB II-AUTEUR, n^o ... *ad art.* ... CC)

HÄFELI CHRISTOPH, Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, 3^e édition, Berne, 2021

MEIER PHILIPPE, Droit de la protection de l'adulte, Articles 360-456 CC, 2^e édition, Genève-Zurich, 2022

RENZ NICO, Der Vorsorgeauftrag – eine Tour d'Horizon, FamPra.ch 4/2021, p. 934 à 965 (cité RENZ, FamPra.ch)

RENZ NICO, Der Vorsorgeauftrag und seine Validierung, thèse, Zurich, 2020

SCHMID JÖRG (édit.), Zürcher Kommentar Zivilgesetzbuch, Art. 388-404 ZGB, Der Erwachsenenschutz, Die behördlichen Massnahmen, Allgemeine Grundsätze - Die Beistandschaften, Erster Teilband, Zurich 2021 (cité ZK-MEIER, n^o ... *ad art.* ... CC)