

LE NOUVEAU DROIT DE LA PROTECTION DE L'ADULTE

LE NOUVEAU DROIT DE
LA PROTECTION DE L'ADULTE

Edité par
Olivier Guillod et François Bohnet

CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
Helbing Lichtenhahn

unine

UNIVERSITÉ DE
NEUCHÂTEL

FACULTÉ DE DROIT

www.unine.ch/droit

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés pour tous pays. L'œuvre et ses parties sont protégées par la loi. Toute utilisation en dehors des limites de la loi est strictement interdite et requiert l'accord préalable écrit des éditeurs.

ISBN 978-3-7190-3289-0

© 2012 Helbing Lichtenhahn, Bâle, CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel

www.helbing.ch

Préface

Le droit de la tutelle est mort, vive le droit de la protection de l'adulte !

De même que la monarchie ne fut pas ébranlée lorsque Charles VII succéda à Charles VI en 1422, de même l'assistance aux adultes les plus vulnérables n'a pas été bouleversée quand le droit de la protection de l'adulte a remplacé le droit de la tutelle le 1^{er} janvier 2013.

Pourtant, le droit de la tutelle (art. 360 à 455 aCC), à l'exception des dispositions relatives à la privation de liberté à des fins d'assistance (art. 397a ss aCC) adoptées le 6 octobre 1978, datait de plus d'un siècle. C'est en effet le 10 décembre 1907 que le Parlement avait approuvé le Code civil comme un seul homme, c'est-à-dire à l'unanimité des députés présents, nécessairement mâles à l'époque. Le contexte sociétal de l'époque était évidemment fort différent de celui d'aujourd'hui¹. Le développement des connaissances et l'expérience accumulée dans les domaines du travail social et de la psychologie notamment ont progressivement changé la vision de la manière dont la société doit venir en aide aux adultes en situation de crise ou de détresse. C'est pourquoi le constat d'un décalage croissant des dispositions du Code civil par rapport aux réalités contemporaines a été posé depuis plusieurs décennies. Dans son Message du 28 juin 2006, le Conseil fédéral le résumait sobrement en ces termes : « Ne répondant plus à nos besoins ni aux conceptions actuels, il est nécessaire de le [le droit actuel de la tutelle] réviser totalement »².

La révision a bien été totale sous l'angle formel, pas une disposition de l'ancien droit de la tutelle n'ayant survécu dans son ancienne numérotation. Mais révision totale ne signifie pas nécessairement bouleversement des règles matérielles. Le praticien de l'ancien droit de la tutelle retrouve dans le droit de la protection de l'adulte des mesures

¹ Pour une mise en perspective, voir GUILLOD OLIVIER, « Cent ans de sollicitude. Un code civil soucieux de la personne », Rapport à la Société suisse des juristes pour le centenaire du Code civil, Revue de droit suisse [RDS] 2007 II 47 ss.

² Feuille fédérale 2006 6635, 6636.

connues, présentées sous de nouvelles étiquettes. Par exemple, l'interdiction s'appelle désormais la curatelle de portée générale et la privation de liberté à des fins d'assistance le placement à des fins d'assistance. Curatelles et conseils légaux deviennent des déclinaisons de curatelle. Mais les mêmes principes fondamentaux, tout particulièrement la proportionnalité et la subsidiarité, continuent de régir le choix de la mesure appropriée. Ces deux principes ont simplement été poussés à leur extrême, à travers l'exigence adressée aux autorités de faire de la confection sur mesure pour remplacer l'ancien prêt-à-porter.

En même temps, le droit de la protection de l'adulte introduit plusieurs nouveautés en droit fédéral : mandat pour cause d'incapacité, directives anticipées, mécanismes de représentation par les proches, contrat d'assistance en EMS, encadrement des mesures de contention, traitement sans consentement, désignation d'une personne de confiance, etc. Ces nouveautés présentent toutefois un degré d'originalité variable, plusieurs se bornant à reprendre des figures déjà connues en droit cantonal ou codifiant des usages déjà observés en pratique.

Le présent ouvrage rend compte à la fois de la continuité du droit de la protection de l'adulte avec l'ancien droit de la tutelle et de ses principales innovations. Il s'ouvre sur une présentation générale de la réforme (Olivier Guillod) suivie de l'exposé de sa mise en œuvre procédurale et institutionnelle, spécialement dans les cantons romands, Berne y compris (François Bohnet). Il continue avec la description et la mise en perspective critique des mesures prises par l'autorité, à savoir l'éventail de curatelles (Philippe Meier), puis avec l'explication des nouvelles fonctions du curateur (Noémie Helle).

Plusieurs éléments novateurs du nouveau droit de la protection de l'adulte sont ensuite présentés. A mi-chemin entre mesure classique d'assistance et figure contractuelle, le mandat pour cause d'incapacité est décrypté en premier lieu (Audrey Leuba). Puis, le contrat d'assistance que tout établissement médico-social accueillant un résident incapable de discernement doit désormais conclure est analysé (Christoph Müller). Enfin, le placement à des fins d'assistance et les nouvelles règles sur la prise en charge thérapeutique de la personne placée dans un établissement

Préface

approprié en raison de troubles psychiques sont exposés en détail (Rachel Christinat et Laura Amey).

L'ouvrage se termine par une présentation de la protection de l'adulte en droit international privé (Florence Guillaume et Bastien Durel). Il offre ainsi un panorama des aspects les plus importants de la protection de l'adulte en droit civil.

Olivier Guillod et François Bohnet

Sommaire

Olivier Guillod
Professeur à l'Université de Neuchâtel
Présentation globale de la réforme 1

François Bohnet
Professeur à l'Université de Neuchâtel
Autorités et procédure en matière de protection de l'adulte
Droit fédéral et droit cantonal 33

Philippe Meier
Professeur à l'Université de Lausanne
Les nouvelles curatelles : systématique, conditions et effets 95

Noémie Helle
Juge d'instance au Tribunal régional des Montagnes et
du Val-de-Ruz
Renouvellement de la garde-robe du curateur : l'habit
fait-il toujours le moine ? Etat des lieux à l'occasion de
l'entrée en vigueur du droit de la protection de l'adulte 167

Sommaire

Audrey Leuba
Professeure à l'Université de Genève
Rosanna Giudice, doctorante, greffière-juriste au
Tribunal tutélaire, Genève
Le mandat pour cause d'incapacité : état des lieux à
quelques mois de l'entrée en vigueur du nouveau droit
de protection de l'adulte 211

Christoph Müller
Professeur à l'Université de Neuchâtel
Le contrat d'assistance en EMS 249

Laura Amey, assistante-doctorante à l'Université
de Neuchâtel, avocate
Rachel Christinat, assistante-doctorante à l'Université
de Neuchâtel, avocate
Le placement à des fins d'assistance 283

Florence Guillaume, Doyenne de la faculté de droit
de l'Université de Neuchâtel, Professeure
Bastien Durel, assistant-doctorant à l'Université de Neuchâtel
La protection internationale de l'adulte 341

Abréviations

aCst.	(ancienne) Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874 (aRS 1 p. 3)
aff.	affaire
al.	alinéa(s)
AP	avant-projet
art.	article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
BK	Berner Kommentar
BN	Le notaire bernois
BO	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale
BSK	Basler Kommentar
c.	contre
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CC fr/CCF	Code civil français
CEDH	Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101)
cf.	comparer (conferre)
ch.	chiffre(s)
CIM-10	Classification statistique internationale des maladies et des problèmes de santé connexes
cit.	cité(e)(s)
CLaH	Convention de La Haye

Abréviations

consid.	considérant(s)
COPMA	Conférence des cantons en matière de protection des mineurs et des adultes (KOKES)
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
CPP	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (RS 312.0)
CR	Commentaire romand
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
DDIP	Direction du droit international public
DéICDG	Délégation des Commissions de gestion de l'Assemblée fédérale
DFAE	Département fédéral des affaires étrangères
doc.	Document
DPC	Directives de l'OFAS concernant les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI
ECS	L'expert-comptable suisse
éd.	édition/éditeur(s)
EGBGB	Das deutsche Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EMS	établissement médico-social
etc.	et caetera
HEsÜ	Haager Erwachsenenschützübereinkommen

Abréviations

in	dans
infra	ci-dessous
JT/JdT	Journal des Tribunaux
KUKO	Kurzkommentar
LAMal	Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (RS 832.10)
LAVS	Loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RS 831.10)
LDIP	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291)
let.	lettre
LF-EEA	Loi fédérale du 21 décembre 2007 sur l'enlèvement international d'enfants et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes (RS 211.222.32)
LGEPA GE	Loi genevoise du 4 décembre 2009 sur la gestion des établissements pour personnes âgées (RSG J 7 20)
lit.	littera
LPC	Loi fédérale du 6 octobre 2006 sur les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI (Loi sur les prestations complémentaires, RS 831.30)
LPFES	Loi vaudoise du 5 décembre 1978 sur la planification et le financement des établissements sanitaires d'intérêt public (RSV 810.01)
LPGA	Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (RS 830.1)
LRH	Loi fédérale du 30 septembre 2011 relative à la recherche sur l'être humain (FF 2011 6823)

Abréviations

LS NE	Loi de santé neuchâteloise, du 6 février 1995
LSP BE	Loi bernoise du 2 décembre 1984 sur la santé publique (RSB 811.01)
LSP VD	Loi vaudoise du 25 mai 1985 sur la santé publique (RSV 800.01)
LTF	Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173.110)
n.	note
no(s)	numéro(s) de paragraphe
OFAS	Office fédéral des assurances sociales
OFJ	Office fédéral de la justice
OGP/OGPCT	Ordonnance fédérale du 4 juillet 2012 sur la gestion du patrimoine dans le cadre d'une curatelle ou d'une tutelle (RS 211.223.11, entrée en vigueur le 1er janvier 2013)
OPC	Ordonnance fédérale du 15 janvier 1971 sur les prestations complémentaires à l'assurance vieillesse, survivants et invalidité (RS 831.301)
p.	page(s)
PAFA	placement à des fins d'assistance
par.	paragraphe(s)
p. ex.	par exemple
PJA	Pratique juridique actuelle
Projet-LAPEA	Projet de loi neuchâteloise concernant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte (LAPEA)
RDAF	Revue de droit administratif et fiscal
RDS	Revue de droit suisse

Abréviations

RDT	Revue de droit de la tutelle
RMA	Revue de la protection des mineurs et des adultes
RNRF	Revue suisse du notariat et du registre foncier
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSDIE	Revue suisse de droit international et européen
RSPC	Revue suisse de procédure civile
RSV	Recueil systématique de la législation vaudoise
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
SdN	Société des Nations
SJ	Semaine judiciaire
s. / ss	et suivant(e) / et suivant(e)s
SchT	Schlusstitel
SPAJ	Service de Protection de l'Adulte et de la Jeunesse
spéc.	spécialement
supra	ci-dessus
TAF	Tribunal administratif fédéral
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Code civil suisse)

Autorités et procédure en matière de protection de l'adulte

Droit fédéral et droit cantonal

par

François Bohnet*

Professeur à l'Université, avocat à Neuchâtel

I. Introduction	36
II. Les autorités.....	37
A. L'autorité de protection de l'adulte	37
1. Le droit fédéral (art. 440 CC)	37
2. Les organisations romandes (y compris Berne).....	42
B. L'autorité de recours	45
1. Le droit fédéral (art. 450 al. 1 CC)	45
2. Les organisations romandes (y compris Berne).....	47
C. L'autorité de surveillance	48
1. Le droit fédéral (art. 441 CC)	48
2. Les organisations romandes (y compris Berne).....	49
D. Le Tribunal fédéral	50
III. Les règles de procédure applicables	50
IV. La compétence locale (art. 442 CC).....	52
A. La portée	52
B. Le domicile de la personne concernée	52

* Je remercie Julie Hirsch, avocate et assistante-doctorante, pour sa relecture du manuscrit.

C. Le changement de domicile	54
D. Le lieu de résidence	56
E. Le lieu d'origine	56
F. Le lieu d'administration du patrimoine	57
G. Le siège de l'établissement médico-social ou du home en matière de mesure limitant la liberté de mouvement.....	57
V. Les parties	57
A. La personne concernée	58
1. Généralités.....	58
2. La représentation (art. 449a CC).....	59
B. Le curateur	61
C. La personne mandatée en cas d'inaptitude.....	61
D. Les personnes proches.....	62
E. Le tiers bénéficiant d'un intérêt juridique.....	65
VI. Les principes directeurs de la procédure	66
A. L'indépendance et l'impartialité de l'autorité	66
1. Le principe	66
2. La récusation.....	66
B. Les maximes de procédure (art. 446 CC).....	67
1. L'objet de la procédure.....	67
2. Les faits et les preuves	68
3. Le droit	69
C. Le droit d'être entendu.....	69
1. Généralités.....	69
2. Le droit d'être entendu personnellement (art. 447 CC).....	69
3. La consultation du dossier (art. 449b CC)	71
VII. Le déroulement de la procédure.....	72
A. Les avis à l'autorité (art. 443 CC).....	72
B. L'ouverture de l'instance	73
C. L'examen de la compétence (art. 444 CC).....	75

1. La vérification d'office.....	76
2. La transmission de l'affaire.....	76
3. L'échange de vues.....	77
4. La décision de l'autorité de recours.....	78
5. La contestation par les parties.....	78
D. Les actes des parties.....	79
E. Les preuves.....	80
1. Le catalogue.....	80
2. L'obligation de collaborer (art. 448 CC).....	82
3. L'administration des preuves.....	83
F. La décision.....	84
G. Les frais.....	85
VIII. Les mesures provisionnelles (art. 445 CC).....	85
A. La fonction.....	85
B. Le catalogue.....	86
C. Les conditions.....	86
D. Les règles de procédure.....	86
IX. Le recours (art. 450 ss CC).....	87
A. La qualité et l'intérêt pour recourir (art. 450 al. 2 CC).....	87
B. Les décisions attaquables (art. 450 al. 1 et 445 al. 3 CC).....	87
C. Les motifs (art. 450a CC).....	89
D. La forme et la motivation (art. 450 al. 3 CC).....	89
E. Les délais (art. 450b CC).....	90
F. Les effets (art. 450c CC).....	91
G. Le pouvoir d'examen de l'instance de recours.....	91
H. La prise de position de l'autorité de protection de l'adulte (art. 450d CC).....	92

I. Introduction

1. La révision du Code civil introduisant un nouveau droit de la protection de l'adulte¹ entre en vigueur le 1^{er} janvier 2013². En matière d'autorités et de procédure, on aurait pu s'attendre à une répartition désormais traditionnelle en matière civile³ à laquelle ce domaine se rattache sous un angle formel⁴ : l'organisation aux cantons, sous réserve de grands principes relevant du droit fédéral ; la procédure à la Confédération. La solution retenue n'est hélas pas si simple. Contrairement aux autres parties du Code civil et du Code des obligations, celle consacrée au droit de la protection de l'adulte est soumise à divers principes de procédure inscrits dans le Code civil (art. 443-450e CC), et, pour le reste, au droit cantonal, ou, à défaut de règles spécifiques, au Code de procédure civile à titre supplétif (art. 450f CC).
2. S'il n'est pas surprenant que les cantons aient souhaité conserver une marge de manœuvre dans l'organisation de leurs autorités en matière de protection de l'adulte, il est plus difficile de saisir l'intérêt de règles de procédure partiellement différenciées. On le verra, la marge de manœuvre est quoi qu'il en soit limitée.
3. Les lignes qui suivent décrivent le cadre des nouvelles autorités en matière de protection de l'adulte et la procédure s'appliquant devant elles et leurs autorités de recours. La présentation porte sur l'ensemble des règles de procédure régissant le droit de la protection de l'adulte, sous réserve de celles consacrées au placement à des fins d'assistance qui sont examinées dans la contribution de Laura Amey et Rachel Christinat. Si elle n'entre pas dans tous les détails, la présente contribution ne se concentre donc pas exclusivement sur

¹ RO 2011 725.

² RO 2011 765.

³ Art. 122 al. 2 Cst.

⁴ Voir ATF 137 III 531, consid. 3.2 non publié au recueil officiel mais reproduit in : RSPC 2012 131.

les règles de procédure introduites dans le Code civil, déjà largement commentées⁵.

II. Les autorités

A. L'autorité de protection de l'adulte

1. Le droit fédéral (art. 440 CC)

4. Le droit fédéral impose aux cantons l'organisation d'une autorité de protection de l'adulte (art. 440 al. 1 CC), fonctionnant également comme autorité de protection de l'enfant (art. 440 al. 3 CC). En matière de protection de l'adulte, toutes les décisions devront être désormais rendues par cette autorité⁶.
5. L'autorité de protection de l'adulte n'a pas à être judiciaire⁷, mais le message insiste sur l'importance de son *indépendance*, compte tenu de la gravité des mesures qu'elle peut devoir prendre⁸. C'est une évidence pour toute procédure administrative, compte tenu de la garantie offerte par l'art. 29 al. 1 Cst. qui permet notamment d'exiger la récusation des membres d'une autorité administrative dont la situation ou le comportement sont de nature à faire naître un

⁵ Voir, en particulier, BREITSCHMID PETER/RUMO JUNGO ALEXANDRA (édit.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes und Erwachsenenschutzrecht*, Zurich/Bâle/Genève, 2^e éd. 2012, art. 440 ss ; GEISER THOMAS/REUSSER RUTH E. (édit.), *Basler Kommentar Erwachsenenschutz*, Bâle 2012 ; HAUSHEER HEINZ/GEISER THOMAS/AEBI-MÜLLER REGINA E., *Das neue Erwachsenenschutzrecht*, Berne 2010 ; BÜCHLER ANDREA/JAKOB DOMINIK (édit.), *Kurzkomentar ZGB* (paru auparavant comme extrait sous le titre : ROSCH DANIEL/ BÜCHLER ANDREA/JAKOB DOMINIQUE, *Das neue Erwachsenenschutzrecht*, Bâle 2011) ; MEIER PHILIPPE/LUKIC SUZANNA, *Introduction au nouveau droit de l'adulte*, Genève/Zurich/Bâle 2011 ; SCHMID HERMANN, *Erwachsenenschutz Kommentar*, Zurich/St-Gall 2010.

⁶ FF 2006 6654.

⁷ Compte tenu des critiques émises lors de la consultation, il a été renoncé à imposer aux cantons la création de tribunaux interdisciplinaires, FF 2006 6645.

⁸ FF 2006 6654 s.

doute sur leur indépendance ou leur impartialité⁹. Cependant, au contraire de l'art. 30 Cst. en matière judiciaire, l'art. 29 Cst. n'impose pas en principe l'indépendance et l'impartialité comme maxime d'organisation¹⁰. Mais on doit admettre une garantie équivalente à celle des autorités judiciaires lorsque « l'autorité est composée et organisée selon des règles propres à assurer « *a priori* » l'impartialité de ses membres, telles que des commissions de recours, d'arbitrage ou de surveillance externes à l'administration »¹¹. Il ne fait pas de doute que l'autorité de protection de l'adulte et de l'enfant, compte tenu de ses tâches particulières et des principes inscrits à l'art. 440 CC, doit être *matériellement et physiquement indépendante de l'administration*, comme on l'exige de l'autorité de conciliation en matière de bail¹².

6. Selon le texte allemand de l'art. 440 al. 1 CC, l'autorité de protection de l'adulte est « compétente » (« *Fachbehörde* »), « spécialisée » (« *autorità specializzata* ») d'après la version italienne. Le texte français indique qu'elle est interdisciplinaire. Le message insiste sur cette notion et celle de *compétence*¹³. L'interdisciplinarité suppose la compétence. Celle-ci signifie que les membres de l'autorité doivent être élus ou nommés en fonction de leur formation et compétences (origine professionnelle¹⁴) et non pas parce qu'ils assument par exemple un rôle quelconque dans une commune ou en fonction d'une simple appartenance politique. Le nouveau droit rompt ainsi avec l'organisation connue dans divers cantons¹⁵, même si un système de milice reste possible d'après le message¹⁶. A notre avis,

⁹ TF 1C_361/2011 du 28 juin 2012, consid. 3.1 et les réf.

¹⁰ TF 1C_361/2011 du 28 juin 2012, consid. 3.1 ; ATF 125 I 119, consid. 3f, 125 I 209, consid. 8a ; TF 2P.56/2004 du 4 novembre 2004, consid. 3.3.

¹¹ ATF 125 I 119, consid. 3c. ; 120 Ia 184, consid. 2.

¹² FF 2006 6939.

¹³ FF 2006 6654 s.

¹⁴ L'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte, une autorité interdisciplinaire (analyse et propositions de modèles), Recommandations de la conférence des autorités cantonales de tutelle (CAT), RD'T 2008, p. 129, 141.

¹⁵ FF 2006 6655. Voir aussi la version allemande du message : BBl 2006 7073.

¹⁶ FF 2006 6655.

les compétences essentielles, qui peuvent aussi avoir été acquises par la pratique et la formation continue¹⁷, doivent exister au moment de la nomination ou de l'élection, sauf à priver le système de sa raison d'être : assurer une autorité compétente dès sa mise sur pied.

7. L'*interdisciplinarité* suppose que l'autorité soit composée de membres disposant de compétences dans des domaines différents, par définition au minimum deux, idéalement trois¹⁸. Le message, version allemande¹⁹, précise qu'un juriste doit être responsable d'une correcte application de la loi. Il doit être membre de l'autorité selon la version française²⁰. Les autres compétences relèvent d'après le message du domaine de la psychologie, du travail social, de la pédagogie, de la comptabilité, des sciences actuarielles et de la médecine²¹. D'après la conférence des autorités cantonales de tutelle (désormais dénommée Conférence des cantons en matière de protection des mineurs et des adultes, COPMA), l'autorité de protection de l'adulte et de l'enfant, compte tenu des 110 tâches déterminantes qu'elle devra assumer²², devrait disposer de compétences directes dans les domaines centraux de son ressort et avoir la capacité de comprendre et d'apprécier les éléments techniques que leur transmettront les spécialistes²³. Une personne disposant de connaissances juridiques utiles à la conduite et à la maîtrise d'une procédure est ainsi indispensable, de même que, pour assurer l'interdisciplinarité, un travailleur social et, en particulier pour les enfants, une personne disposant de compétences en

¹⁷ C'est dans ce sens qu'il faut comprendre le message (FF 2006 6706) selon nous. La conférence suisse des autorités de tutelle relève d'ailleurs que « les compétences visées devraient idéalement correspondre à la formation complète, le perfectionnement et la pratique ne représentant que des solutions exceptionnelles », Recommandations (n. 14), p. 141.

¹⁸ Dans ce sens, Recommandations (n. 14), p. 144.

¹⁹ Bbl 2006 7073.

²⁰ FF 2006 6706.

²¹ FF 2006 6706.

²² On trouve la liste dans l'annexe 2 des Recommandations (n. 14), RDT 2008, p. 185.

²³ Recommandations (n. 14), p. 141.

pédagogie/psychologie²⁴. Toujours d'après la COPMA, c'est en particulier dans les situations suivantes que l'interdisciplinarité est importante :

- personnes souffrant d'un trouble psychique sans être conscientes de leur maladie ;
 - personnes souffrant d'une légère déficience mentale et fortement enclines à agir déraisonnablement ;
 - parents dont le comportement éducatif est erroné/lacunaire ou dont les avis sont inconciliables ;
 - parents présentant des carences dans leur perception des besoins de l'enfant ;
 - enfants/jeunes souffrant de troubles psychiques et/ou présentant un comportement asocial.
8. L'autorité doit être *collégiale*. Le droit fédéral exige que les décisions soient rendues par au moins trois membres. La COPMA recommande cette composition, quitte à prévoir plusieurs chambres distinctes, compte tenu des difficultés rencontrées par un collège plus important²⁵.
9. A titre d'*exception*, les cantons peuvent prévoir que certaines décisions seront prises par un nombre inférieur de membres, un seul

²⁴ Recommandations (n. 14), p. 144. Sur ce thème, voir également : FASSBIND PATRICK, Die Organisation des Kindes- und Erwachsenenschutzes nach neuem Erwachsenenschutzrecht, FamPra.ch 2011, p. 553 ; HÄFELI CHRISTOPH/VOLL PETER, Die Behördenorganisation im Kindes- und Erwachsenenschutz aus rechtlicher und sozialwissenschaftlicher Sicht, RDT 2007, p. 51 ; ROSCH DANIEL, Neue Aufgaben, Rollen, Disziplinen, Schnitt- und Nahtstellen : Herausforderungen des neuen Kindesund Erwachsenenschutzrechts, Revue de la protection des mineurs et des adultes (RMA) 2011, p. 31 ; VOGEL URS/WIDER DIANA, Le nouveau droit de protection de l'adulte : vue d'ensemble des besoins de nouvelles réglementations cantonales, état des travaux liés à la mise en œuvre du nouveau droit et aperçu des mesures de soutien attendues, RDT 2009, p. 62 ; ZOBRIK PATRICK, Fachpersonen der Sozialen Arbeit als Mitglieder der interdisziplinären Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, RDT 2009, p. 223.

²⁵ Recommandations (n. 14), p. 149 s.

logiquement. S'ils ne le font pas, les décisions sont de la compétence de l'autorité collégiale. Le membre compétent devrait être un *juriste*, puisque l'application correcte du droit est centrale quelle que soit la décision (N 7).

10. Afin de ne *pas remettre en cause le principe* posé à l'art. 440 al. 1 CC, seules les décisions pour lesquelles l'interdisciplinarité n'est pas centrale (à savoir les procédures simples ou pour lesquelles la marge d'appréciation est réduite selon l'approche de la COPMA²⁶) ou qui doivent être prises dans l'urgence devraient pouvoir être attribuées au juriste de l'autorité. L'Avant-projet de loi fédérale réglant la procédure devant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte dressait une liste à l'art. 12²⁷, reprise voir étoffée par les cantons²⁸. Ce même Avant-projet réservait à l'art. 26 al. 2 la compétence du président de l'autorité ou du membre qui a été chargé de conduire la procédure en cas d'urgence.
11. *Les pas effectués sont importants*. En exigeant une autorité composée de personnes disposant de compétences professionnelles dans le domaine de la protection de l'adulte et de l'enfant, le législateur exclut à notre sens²⁹ dans ce domaine ce qui est encore autorisé en

²⁶ Recommandations (n. 14), p. 151. Voir aussi FF 2006 6706 et 6711 : « les décisions qui limitent l'exercice des droits civils de la personne concernée ou qui, d'une autre manière, portent atteinte gravement à sa liberté personnelle relèvent en principe de la compétence de l'autorité collégiale, à moins qu'il ne s'agisse de mesures provisionnelles urgentes (art. 445, al. 2). En outre, il est permis de conférer la compétence décisionnelle à un seul membre de l'autorité pour des raisons de flexibilité et de gain de temps, par exemple pour des affaires qui ne nécessitent pas un grand pouvoir d'appréciation et qui présentent beaucoup de similitude avec les décisions rendues selon la procédure sommaire en matière de droit civil ».

²⁷ Développées et nuancées par les Recommandations (n. 14), p. 152 ss.

²⁸ Voir par exemple la Loi jurassienne sur l'organisation de la protection de l'enfant et de l'adulte du 23 mai 2012 (ci-après : LPEA JU), art. 12 de ; projet de Loi genevoise d'application du Code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile du 4 avril 2012 (ci-après : P-LACC GE), art. 6 ; projet de Loi neuchâteloise concernant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte du 15 août 2012 (ci-après : P-LAPEA NE), art. 12-13.

²⁹ Voir FF 2006 6706 et Recommandations (n. 14), p. 141.

principe en matière judiciaire : le juge laïc, sans formation juridique, dont le Tribunal fédéral reconnaît aujourd'hui encore l'indépendance garantie par l'art. 30 al. 1 Cst. tant qu'il est accompagné dans sa tâche par un greffier disposant de connaissances juridiques qui lui permet de comprendre l'affaire dans tous ses détails, de se former une opinion et d'appliquer ensuite le droit³⁰.

2. Les organisations romandes (y compris Berne)

12. Les cantons sont libres d'opter pour une autorité judiciaire ou administrative. Les cantons romands ont globalement maintenu la nature de leurs anciennes autorités de tutelle. Ainsi, l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte est judiciaire dans les cantons de Fribourg, Vaud, Neuchâtel et Genève. Elle est administrative dans les cantons de Berne, du Valais et du Jura.
13. La plupart des cantons (en partie) francophones (Berne, Fribourg, Vaud, Neuchâtel, Jura) a adopté une loi réglant spécifiquement l'organisation des autorités de protection et, le cas échéant, la procédure s'appliquant devant elles. A Genève, c'est la loi d'organisation judiciaire (LOJ) qui est modifiée. En Valais, le siège de la matière est la loi d'introduction au Code civil (LACCS).
14. A *Fribourg*, la matière demeure de la compétence de la justice de paix, organisée par arrondissement³¹. L'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte sera composée d'un juriste qui la préside³² et de deux autres membres devant posséder des compétences spécifiques (en matière de travail social, de psychologie/pédagogie,

³⁰ ATF 134 I 16, JdT 2008 I 96.

³¹ Loi fribourgeoise concernant la protection de l'enfant et de l'adulte du 15 juin 2012 (ci-après : LPEA FR), art. 2 al. 1, et Loi fribourgeoise sur la justice du 31 mai 2010, art. 32 al. 3.

³² A condition toutefois que le renvoi de l'art. 2 al. 1 LPEA FR à l'art. 10 de la Loi sur la justice ne concerne que l'alinéa 1 de cette disposition imposant un brevet d'avocat, une licence ou un master en droit. En effet, l'alinéa 2 supprime cette exigence pour la justice de paix.

dans le domaine de la santé ou dans celui de la comptabilité ou de la gestion de biens), désignés selon les cas à régler³³.

15. Dans le canton de *Vaud*, les justices de paix organisées par districts demeurent compétentes. La composition est celle d'un juge et deux assesseurs laïcs désignés par le Tribunal cantonal, qui doit veiller à l'interdisciplinarité³⁴.
16. A *Neuchâtel*, les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte, ainsi nommées depuis l'entrée en vigueur du CPC (deux régions), composées actuellement d'un juge d'instance et de deux assesseurs laïcs réuniront désormais un juge et deux assesseurs désignés par celui-là parmi les assesseurs nommés par le Conseil de la magistrature selon les spécificités du dossier³⁵. Ils doivent notamment disposer de compétences soit en matière médicale, psychologique, sociale ou pédagogique, soit en matière comptable ou actuarielle ou encore en matière de gestion de biens et d'assurances sociales³⁶.
17. A *Genève*, le Tribunal tutélaire siégeant à un juge est remplacé par un tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant³⁷, siégeant par chambre, composé d'un juge et de deux juges assesseurs à mi-temps (6-10 psychiatres spécialistes FMH et 4-8 travailleurs sociaux titulaires d'un baccalauréat HES ou équivalent, ou psychologues titulaires d'une maîtrise, ou autres spécialistes du social porteurs de titres universitaires)³⁸. La législation genevoise (art. 104 al. 3 P-LOJ) précise encore que lorsqu'il traite de questions touchant uniquement à la limitation de la liberté de mouvement des personnes et au placement à des fins d'assistance pour des personnes majeures, et en dérogation à l'alinéa 1, le Tribunal de protection de l'adulte et de

³³ Art. 2 al. 2 LPEA FR.

³⁴ Loi vaudoise d'application du droit fédéral de la protection de l'adulte et de l'enfant du 29 mai 2012 (ci-après : LAPAE VD), art. 3.

³⁵ Art. 3 P-LAPEA NE.

³⁶ Art. 4 P- LAPEA NE.

³⁷ Projet de Loi genevoise modifiant la Loi sur l'organisation judiciaire du 4 avril 2012 (ci-après : P-LOJ GE), art. 1 let. d.

³⁸ Art. 103 P-LOJ GE.

l'enfant est composé du président de chambre, d'un juge assesseur psychiatre et d'un juge assesseur membre d'une organisation se vouant statutairement à la défense des droits des patients. Le ressort est cantonal.

18. Dans le canton de *Berne*, le Conseil municipal et les commissions de tutelle spéciales sont remplacés par une Autorité de protection de nature administrative, indépendante, composée de trois membres, dont un président juriste et de deux autres membres titulaires d'un titre universitaire, HES ou équivalent³⁹. Le ressort est en principe à l'arrondissement administratif⁴⁰.
19. En *Valais*, le Conseil Communal est remplacé par une autorité de protection communale voire intercommunale, indépendante de l'administration, composée d'un président et de deux membres. Elle est assistée d'un greffier-juriste⁴¹. Le conseil municipal ou l'organe exécutif du groupement de communes qui nomme veille à l'exigence de l'interdisciplinarité. Le juge de commune ou l'un des juges de commune du groupement est nécessairement membre de l'autorité⁴². Cette solution ne semble pas respecter les exigences posées par l'art. 450 CC : les compétences juridiques doivent se retrouver au sein même de l'autorité, comme le relève la version française du message⁴³. Le fait que le greffier-juriste participe aux délibérations avec voix consultative⁴⁴ ne fait pas de lui un membre de l'autorité, si bien que l'exigence d'interdisciplinarité n'est pas respectée.
20. Le *Jura* voit la compétence passer du conseil communal à une autorité de protection indépendante de nature administrative, rattachée au Département de la Justice⁴⁵, composée de trois

³⁹ Loi bernoise sur la protection de l'enfant et de l'adulte (ci-après : LPEA BE), du 1^{er} février 2012, art. 2 et 5 ss.

⁴⁰ Art. 3 LPEA BE.

⁴¹ Loi valaisanne d'application du Code civil suisse du 11 février 2009 (ci-après : LACCS VS).

⁴² Art. 14 LACCS VS.

⁴³ FF 2006 6706.

⁴⁴ Art. 15 al. 5 LACCS VS.

⁴⁵ Art. 3 LPEA JU.

membres permanents (juriste, travailleur social et psychologue) et de trois membres non permanents⁴⁶. Le juriste membre permanent la préside⁴⁷. Elle a son siège à Delémont⁴⁸.

B. L'autorité de recours

1. Le droit fédéral (art. 450 al. 1 CC)

21. L'art. 450 al. 1 CC prévoit que les décisions de l'autorité de protection de l'adulte peuvent faire l'objet d'un recours devant le juge compétent. Le principe découle d'ores et déjà de l'art. 75 al. 2 LTF, puisque le recours en matière civile est ouvert en matière de protection de l'enfant et de l'adulte (art. 72 al. 2 let. b ch. 6-7 LTF). Selon nous, Le droit fédéral impose désormais aux cantons d'organiser un unique degré d'*autorité judiciaire de recours* dans le domaine de la protection de l'enfant et de l'adulte⁴⁹, alors que la LTF n'excluait pas l'existence de deux autorités successives de recours⁵⁰. Cela résulte déjà de l'intitulé du sous-chapitre II : « Devant l'instance judiciaire de recours », ainsi que de la comparaison avec l'art. 441 al. 1 CC qui prévoit en revanche la désignation de « la ou les » autorités de surveillance. On ne peut du reste envisager deux autorités parallèles, désignées chacune pour une région, puisqu'il doit s'agir du tribunal supérieur du canton, en vertu de l'art. 75 al. 2 LTF. On comprend mal dès lors que le message⁵¹, repris par la COPMA⁵², retienne que le terme « tribunal » ne devrait pas être compris au sens formel et que l'instance de recours devrait

⁴⁶ Art. 4 à 6 LPEA JU.

⁴⁷ Art. 7 al. 1 LPEA JU.

⁴⁸ Art. 9 al. 1 LPEA JU.

⁴⁹ *Contra* : MEIER/LUKIC (n. 5), p. 44 ; SCHMID (n. 5), art. 450 N 11 et KUKO ZPO-STECK, art. 450 N 1 (*idem*, in : BSK Erw.Schutz-STECK, art. 450 N 15 et CHK-STECK, art. 450 N 7), qui se réfèrent à un passage du message (p. 6707) qui concerne probablement la distinction entre l'autorité de surveillance et l'autorité de recours.

⁵⁰ FF 2001 4110.

⁵¹ FF 2006 6707.

⁵² Recommandations (n. 14), p. 160 s. Voir aussi MEIER/LUKIC (n. 5), p. 44.

uniquement satisfaire aux exigences de l'art. 6 CEDH. Rappelons que d'après la jurisprudence de Strasbourg, le « tribunal » se caractérise au sens matériel par son rôle juridictionnel : trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence⁵³. Par ailleurs, il doit être indépendant, ce qui dépend, entre autres, du mode de désignation et la durée du mandat de ses membres, de l'existence d'une protection contre les pressions extérieures et du point de savoir s'il y a ou non apparence d'indépendance⁵⁴. Compte tenu de l'art. 75 al. 2 LTF, les exigences en matière de protection de l'enfant et de l'adulte sont en réalité identiques à celles posées en matière civile.

22. L'art. 439 CC prévoit un *droit d'appel* au juge en cas de placement ordonné par un médecin à des fins d'assistance, de maintien par l'institution, de rejet d'une demande de libération par l'institution, de traitement d'un trouble psychique sans le consentement de la personne concernée et de mesures limitant la liberté de mouvement de la personne concernée⁵⁵. Ce droit d'appel doit être distingué du recours de l'art. 450 al. 1 CC. Cela signifie que deux instances judiciaires sont nécessaires avant d'atteindre le Tribunal fédéral. Lorsque le canton opte pour une autorité de protection de l'enfant et de l'adulte de type administratif, elle doit donc prévoir de désigner un juge – se distinguant de l'autorité de recours et remplissant à tout le moins les conditions de l'art. 6 CEDH, voir N 21 – comme instance d'appel⁵⁶. En revanche, si l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte est de nature judiciaire, elle peut statuer sur

⁵³ Strivay, Simon et Simon c. Belgique (déc.), no 44559/98, 45038/98 et 45083/98, 5 septembre 2002 ; H. c. Belgique, 30 novembre 1987, § 50, série A no 127 ; Sramek c. Autriche, 22 octobre 1984, série A n°84, § 36.

⁵⁴ Par exemple : Zolotas c. Grèce, no 38240/02, § 24, 2 juin 2005.

⁵⁵ Le message, FF 2006 6715, précise que l'on vise par là à « harmoniser le droit suisse avec les exigences posées par l'art. 5 CEDH ».

⁵⁶ La COPMA relève à cet égard, Recommandations (n. 14), p. 161 : « Les variantes comprenant une autorité judiciaire de protection de l'enfant et de l'adulte, respectivement une instance de recours judiciaire ordinaire, présentent l'avantage de préserver la sobriété de l'organisation, qui serait donc moins coûteuse. De plus, le nombre de cas supplémentaires favoriserait le professionnalisme des autorités concernées ».

l'appel, son prononcé étant ensuite susceptible d'un recours à l'instance judiciaire de recours.

2. Les organisations romandes (y compris Berne)

23. A *Fribourg*, le Tribunal cantonal connaît des recours interjetés contre les décisions rendues par l'autorité de protection ou par son président ou sa présidente⁵⁷. Les appels fondés sur l'art. 439 CC sont du ressort de l'autorité de protection⁵⁸.
24. Dans le canton de *Vaud*, le Tribunal cantonal est l'autorité de recours⁵⁹. Le juge de paix connaît des appels au sens de l'art. 439 CC⁶⁰.
25. A *Neuchâtel*, les recours sont jugés par une Cour du Tribunal cantonal : la Cour des mesures de protection de l'enfant et de l'adulte⁶¹. L'Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte est l'autorité compétente en matière d'appel au juge (art. 439 CC)⁶².
26. A *Genève*, la Chambre de surveillance de la Cour civile de la Cour de justice assure la fonction d'autorité judiciaire de recours⁶³. L'appel au juge au sens de l'art. 439 CC est du ressort de Tribunal de protection⁶⁴.
27. Dans le canton de *Berne*, l'instance judiciaire de recours est le Tribunal de la protection de l'enfant et de l'adulte, intégré à la Section civile de la Cour suprême⁶⁵. Ses jugements sont en règle générale rendus par trois juges, dont deux juges spécialisés⁶⁶.

⁵⁷ Art. 9 al. 1 LPEA FR.

⁵⁸ Art. 3 al. 2 LPEA FR.

⁵⁹ Art. 8 LAPAE VD.

⁶⁰ Art. 10 LAPAE VD.

⁶¹ Art. 10 P-LAPEA NE.

⁶² Art. 10 P-LAPEA NE.

⁶³ Art. 126 al. 3 P-LOJ GE.

⁶⁴ Art. 55 P-LOJ GE.

⁶⁵ Art. 55 LPEA BE.

⁶⁶ Loi bernoise sur l'organisation des autorités judiciaires et du Ministère public (LOJM) du 11 juin 2009, art. 45 al. 3.

Apparemment, les appels fondés sur l'art. 439 CC sont du ressort de l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte, alors même que sa nature est administrative et que l'on peut douter qu'elle remplisse les conditions posées par l'art. 6 CEDH (N 22)⁶⁷.

28. En *Valais*, le Tribunal cantonal est l'autorité de recours. Il peut se prononcer à juge unique⁶⁸. Un juge spécialisé désigné par le Tribunal cantonal connaît des appels fondés sur l'art. 439 CC.
29. Au *Jura*, l'autorité de recours est la Cour administrative du Tribunal cantonal⁶⁹, avec siège à Porrentruy. Le juge administratif du Tribunal de première instance est l'instance compétente pour les cas mentionnés à l'art. 439 CC, ainsi que pour les mesures préalables et postérieures découlant de la loi sur les mesures d'assistance et le placement à des fins d'assistance⁷⁰.

C. L'autorité de surveillance

1. Le droit fédéral (art. 441 CC)

30. L'autorité de surveillance n'a plus sous le nouveau droit les tâches dont elle disposait sous l'ancien. Ses pouvoirs de type juridictionnel lui sont retirés (p. ex., art 388 al. 3, 390 al. 1, 420 al. 2, 422 aCC). Sa fonction correspondra désormais à sa désignation : la surveillance du bon fonctionnement et de l'application globalement correcte et uniforme du droit par les autorités de protection⁷¹.
31. Les cantons peuvent désigner une ou deux autorités, qui peuvent être administratives ou judiciaires. La COPMA recommande d'attribuer la tâche de surveillance à l'autorité de recours, par soucis d'effectivité⁷².

⁶⁷ Comp. art. 66 LPEA BE.

⁶⁸ Art. 114 al. 1 let. 2 et al. 2 LACCS VS.

⁶⁹ Art. 21 al. 2 LPEA JU.

⁷⁰ Art. 22 LPEA JU.

⁷¹ FF 2006 6707.

⁷² Recommandations (n. 14), p. 161 s. : « l'expérience a montré que les procédures

2. Les organisations romandes (y compris Berne)

32. A *Fribourg*, l'autorité de surveillance est le Conseil de la magistrature⁷³. Elle ne se confond donc pas avec l'autorité de recours.
33. Dans le canton de *Vaud*, le Tribunal cantonal est l'autorité de surveillance⁷⁴, tout comme il est l'autorité de recours.
34. A *Neuchâtel*, l'autorité de surveillance est le Conseil de la magistrature⁷⁵, comme à Fribourg. Elle ne se confond donc pas avec l'autorité de recours.
35. A *Genève*, la surveillance est assurée par la Chambre de surveillance de la Cour civile de la Cour de justice⁷⁶. Celle-ci est également autorité de recours.
36. Dans le canton de *Berne*, la Direction de la justice, des affaires communales et des affaires ecclésiastiques pilote et surveille la conduite des autorités de protection de l'enfant et de l'adulte dans les domaines administratif et organisationnel⁷⁷.
37. En *Valais*, la surveillance est de la compétence du Conseil d'Etat⁷⁸.
38. Au *Jura*, l'autorité de recours – la Cour administrative du Tribunal cantonal – est aussi l'autorité de surveillance de l'autorité de protection⁷⁹.

de recours livrent des éléments d'information qui nourrissent fructueusement le travail de surveillance (p. ex. carences procédurales, lacunes organisationnelles, normes juridiques...). En tant qu'inspection rattachée à l'instance de recours, l'autorité de surveillance est en meilleure position pour influencer la mise en œuvre du droit en matière de protection de l'enfant et de l'adulte ».

⁷³ Art. 7 LPEA FR.

⁷⁴ Art. 7 LAPAE VD.

⁷⁵ Art. 27 P-LAPEA NE.

⁷⁶ Art. 117 al. 5, 126 al. 1 let. b P-LOJ GE.

⁷⁷ Art. 18 al. 1 LPEA BE.

⁷⁸ Art. 16 LACCS VS.

⁷⁹ Art. 21 al. 1 LPEA JU.

D. Le Tribunal fédéral

39. Le recours en matière civile est ouvert contre les décisions rendues en matière de protection de l'adulte. L'art. 72 al. 2 ch. 6 LTF les classe parmi les décisions prises en application de normes de droit public dans des matières connexes au droit civil. Le Tribunal fédéral statue sur recours, contre un prononcé du tribunal cantonal supérieur statuant sur recours (art. 75 LTF). La question de la valeur litigieuse ne se pose en principe pas dans ce domaine puisqu'il ne s'agit généralement pas d'affaires pécuniaires (art. 74 LTF).
40. Le Tribunal fédéral examine la violation du droit fédéral (art. 95 let. a LTF), y compris les droits constitutionnels (en particulier la liberté personnelle), ce qui suppose cependant qu'ils soient expressément invoqués et motivés par le recourant (art. 106 al. 2 LTF)⁸⁰.

III. Les règles de procédure applicables

41. La procédure devant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte n'est que partiellement unifiée. En même temps qu'il a renoncé à imposer aux cantons l'organisation d'un tribunal interdisciplinaire de protection de l'enfant et de l'adulte, le Conseil fédéral a abandonné l'idée d'unifier les règles de procédure⁸¹, se limitant à proposer l'introduction dans le Code civil de *diverses règles jugées essentielles*. Elles sont désormais inscrites aux articles 442 CC (« compétence à raison du lieu ») et 443 ss CC (« procédure »).
42. La *réglementation fédérale* est relativement disparate. Elle ne suit pas un plan d'une grande logique. La compétence matérielle et la compétence locale sont réunies dans un premier chapitre, un deuxième chapitre étant consacré à la « procédure ». Au mieux peut-on considérer que les art. 443 à 449 CC adoptent une certaine

⁸⁰ Voir par exemple, TF 5A_219/2008 du 23 avril 2008, consid. 1 ; TF, RSPC 2008 54.

⁸¹ FF 2006 6638. Voir l'Avant-projet de Loi fédérale réglant la procédure devant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte, élaboré par Daniel Steck.

chronologie de la procédure, en débutant par les cas dans lesquels un avis peut ou doit être fait à l'autorité (art. 443 CC), pour continuer par l'examen de la compétence de l'autorité (art. 444 CC), le prononcé de mesures provisionnelles (art. 445 CC), les maximes de procédure (art. 446 CC), le principe de l'audition de la personne concernée (art. 447 CC), l'obligation de collaborer (art. 448 CC) et l'expertise (art. 449 CC). Puis viennent les droits des parties, en particulier les règles sur la représentation (art. 449a CC) et la consultation du dossier (art. 449b CC). On trouve enfin une règle qui se rattache au prononcé lui-même, à savoir sa communication dans certaines hypothèses à l'état civil (art. 449c CC).

43. Les cantons ne sont pas contraints d'adopter des *règles complémentaires*. S'ils ne le font pas, c'est le CPC qui s'applique par analogie à titre supplétif, en vertu de l'art. 450f CC⁸². Cela signifie que la violation des dispositions du CPC peut certes faire l'objet d'un recours en matière civile au Tribunal fédéral dans ce cadre, mais sous l'angle de l'arbitraire (art. 9 Cst.) uniquement.
44. Les *solutions cantonales* sont variées. Le *Jura* ne prévoit des règles complémentaires que dans le domaine du placement à des fins d'assistance⁸³, mais il semble qu'il entende renvoyer à la procédure administrative pour le surplus. *Neuchâtel*⁸⁴ et *Fribourg*⁸⁵ n'ont adopté que quelques règles, renvoyant pour le reste au CPC. On trouve plus de dispositions en *Valais*, avec également un renvoi au CPC. La réglementation *bermoise* est relativement détaillée⁸⁶; elle renvoie pour le surplus à la loi sur la procédure et la juridiction administrative⁸⁷. Les réglementations *vaudoise* et *genevoise* sont aussi relativement détaillées⁸⁸. Elles prévoient que le renvoi au CPC ne vaut que pour

⁸² KUKO ZGB-STECK, art. 450f N 5; SCHMID (n. 5), art. 450f CC N 2. Voir également TF 5A_804/2011 du 15 mars 2012, consid. 3.2.1, RSPC 2012 287.

⁸³ Loi jurassienne sur les mesures d'assistance et la privation de liberté, modification du 23 mai 2012.

⁸⁴ Art. 16-19, 20-25 P-LAPEA NE; art. 1 et 6 LPEA FR.

⁸⁵ Art. 118 a à f/LACCS VS.

⁸⁶ Art. 44-53, 61-64, 67-71 LPEA BE.

⁸⁷ Art. 72 LPEA BE.

⁸⁸ Art. 12-20 LAPAE VD; art. 32-54 P-LACC GE.

certaines dispositions⁸⁹, l'articulation proposée pouvant dès lors se révéler relativement complexe.

45. Le message relève que les cantons pourront ainsi réglementer en détail « notamment la litispendance, la conduite de la procédure et l'instruction, le déroulement de la procédure en première et deuxième instance, les délais et les notifications, l'établissement des procès-verbaux, les frais et les dépens, l'assistance judiciaire gratuite ainsi que la forme dans laquelle les décisions doivent être rendues »⁹⁰. Il s'agit des principaux points qui étaient réglementés dans les 57 articles de l'Avant-projet de loi fédérale réglant la procédure devant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte. Sans surprise, les cantons ont avant tout légiféré sur ces points, ou certains d'entre eux. Comme déjà relevé, l'utilité pour les cantons de disposer d'une marge de manœuvre sur la plupart de ces questions est plus que discutable. Les diverses solutions adoptées seront évoquées dans les développements qui suivent.

IV. La compétence locale (art. 442 CC)

A. La portée

46. L'art. 442 CC détermine la compétence locale des autorités de protection de l'adulte. Manifestement, il vaut aussi pour la compétence locale de l'instance judiciaire de recours : d'une part, il n'existe qu'une instance judiciaire cantonale de recours selon nous (N 21), d'autre part, on ne voit pas que les cantons puissent retenir d'autres critères que ceux fixés par cette disposition pour déterminer la compétence locale des autorités de recours⁹¹.

B. Le domicile de la personne concernée

47. Comme les art. 376 al. 1 et 396 al. 1 CC, l'art. 442 al. 1 CC retient la compétence de l'autorité de protection de l'adulte du domicile de la

⁸⁹ Art. 12 LAPAE VD ; art. 32 P-LACC GE.

⁹⁰ FF 2006 6720.

⁹¹ *Contra* : KUKO ZGB-WIDER, art. 442 N 1.

personne concernée. Est déterminant le for à l'ouverture de la procédure⁹².

48. Le domicile est au *lieu où une personne réside avec l'intention de s'y établir* (art. 23 al. 1, 1^{ère} phr. CC). Le nouveau droit de la protection de l'adulte introduit une deuxième phrase à l'art. 23 al. 1 CC : « le séjour dans une institution de formation ou le placement dans un établissement d'éducation, un home, un hôpital ou une maison de détention ne constituent en soi pas le domicile ». On retrouve, en substance, l'art. 26 CC (« Le séjour dans une localité en vue d'y fréquenter les écoles, ou le fait d'être placé dans un établissement d'éducation, un hospice, un hôpital, une maison de détention, ne constituent pas le domicile »), déplacé pour des raisons de systématique légale⁹³, et qui se voit dès lors supprimé. Avec l'ajout des mots « en soi », le nouveau texte précise, conformément à la jurisprudence⁹⁴, que la présomption est réfragable et qu'un tel séjour peut constituer un domicile, si l'intéressé, majeur et capable de discernement, a l'intention de s'y établir, intention reconnaissable pour les tiers.
49. Le nouvel art. 26 CC reprend le principe de l'art. 25 al. 2 aCC : le domicile des *majeurs sous curatelle de portée générale* est au siège de l'autorité de protection de l'adulte. Cela, dans le but de faciliter la constatation du domicile des personnes nécessitant une aide dans des procédures administratives ou judiciaires en lui conférant une

⁹² ATF 126 III 415, consid. 2c, JdT 2001 I 106 ; TF 5C.200/2002 du 16 octobre 2002, consid. 2.2.

⁹³ Message, FF 2006 6727.

⁹⁴ ATF 137 III 593 : les autorités tutélaires du lieu où se trouve l'établissement doivent se charger de l'administration de la curatelle lorsque la pupille quitte son précédent domicile, entre de son plein gré dans l'établissement et manifeste de façon reconnaissable pour des tiers son intention d'y rester durablement. Voir également ATF 135 III 49, consid. 6.2, JdT 2009 I 392 et les réf. ; 134 V 236, consid. 2.1 et Message, FF 2006 6278, qui rappelle qu'en matière de droit public, selon l'art. 5 de la Loi fédérale sur la compétence en matière d'assistance des personnes dans le besoin le « séjour dans un établissement » ne constitue pas un domicile d'assistance officiel, même s'il est volontaire ».

certaine stabilité⁹⁵. En revanche, le domicile des majeurs sous une autre curatelle est réglé selon le principe de l'art. 23 CC⁹⁶. Il convient de relever que la constitution d'un nouveau domicile à la personne sous curatelle de portée générale n'est pas soumise au consentement de l'autorité de protection (comp. sous l'ancien droit art. 421, ch. 14 CC) car le changement de domicile n'intervient de toute manière qu'au moment où la nouvelle autorité a repris la mesure.

C. Le changement de domicile

50. L'art. 442 al. 1, 2^e phr. CC consacre le principe de la *perpetatio fori* (comp. art. 64 al. 1 let. b CPC) en matière de protection de l'adulte, conformément à la jurisprudence⁹⁷ : lorsqu'une procédure est en cours, la compétence à raison du lieu reste acquise jusqu'au terme de celle-là, même si la personne concernée a changé de domicile entretemps afin d'assurer sa protection. Le principe vaut également pour les éventuelles mesures provisionnelles qui seraient ordonnées en cours de procédure (art. 445 al. 1 CC), sous réserve de la compétence de l'autorité du lieu du nouveau domicile en cas de péril en la demeure (art. 442 al. 2 CC). Les éventuels recours sont aussi couverts, y compris le renvoi de la cause à l'autorité et selon nous l'exécution immédiate des mesures décidées (art. 450g CC)⁹⁸. La

⁹⁵ Message, FF 2006 6278.

⁹⁶ Comp. ATF 126 III 415, consid. 2c, JdT 2001 I 106.

⁹⁷ TF 5C_200/2002 du 16 octobre 2002, consid. 2.2 : « bis zur rechtskräftigen Erledigung des eingeleiteten Verfahrens bestehen, womit vermieden wird, dass dieses durch Wohnsitzwechsel des Schutzbedürftigen unterlaufen, verzögert oder gar verhindert wird ».

⁹⁸ Comp. sous l'ancien droit, TF 5C_200/2002 du 16 octobre 2002, consid. 2.2 « Die Vormundschaftsbehörde, die eine rechtskräftig angeordnete vormundschaftliche Massnahme führt, bleibt zu deren Führung auch nach einem Wohnsitzwechsel des Massnahmebedürftigen bis zu deren Übertragung bzw. Übernahme durch die infolgedessen neu zuständige Vormundschaftsbehörde (Art. 377 ZGB) zuständig; sie hat während der Führung der Massnahme bis dahin alles für den Massnahmebedürftigen Erforderliche vorzunehmen und darf die Massnahme erst dann, wenn nichts mehr vorzukehren ist und die Massnahme unverändert weitergeführt werden kann, an die neu zuständige Vormundschaftsbehörde übertragen. Dabei geht die Massnahme erst mit deren

règle de l'art. 442 al. 1, 2^e phr. CC s'impose de manière identique lorsque la personne concernée fait d'ores et déjà l'objet d'une mesure.

51. *En dehors d'une procédure*, si une personne faisant l'objet d'une mesure de protection change de domicile, la compétence est transférée immédiatement à l'autorité de protection de l'adulte du nouveau lieu de domicile (art. 441 al. 5 CC ; sous l'ancien droit : art. 377 al. 2 aCC)⁹⁹. La loi réserve les justes motifs, qui peuvent justifier un report de transfert, par exemple en cas de processus d'exécution d'une mesure particulière en cours¹⁰⁰. La notion d'immédiateté doit à tout le moins être nuancée, afin de tenir compte de spécificités de chaque situation et des contingences pratiques¹⁰¹.
52. Lorsque la personne concernée change de domicile et souhaite s'adresser à l'autorité compétente concernant une mesure en cours, elle doit saisir l'autorité encore en charge du dossier, à savoir *l'autorité de son ancien domicile* tant que le transfert n'est pas intervenu. Si elle entend se plaindre de l'absence de transfert, elle devra recourir (art. 450 ss CC) contre le refus de transfert ou l'absence de décision sur ce point auprès de l'autorité de recours dont dépend l'autorité de protection concernée.
53. Selon la jurisprudence¹⁰², une nouvelle mesure ne peut être ordonnée que par l'autorité de protection du nouveau domicile. Elle est compétente même si aucune transmission effective n'est intervenue, ou si aucune décision de transmission n'émane encore de l'autorité concernée. En revanche, l'autorité de l'ancien domicile demeure compétente pour la poursuite de la mesure tant que la transmission n'est pas intervenue¹⁰³. L'autorité du précédent

Übernahme durch die neu zuständige Vormundschaftsbehörde auf diese über ».

⁹⁹ Comp. sous l'ancien droit ATF 137 III 593, consid. 3.3.

¹⁰⁰ Voir KUKO ZGB- WIDER, art. 442 N 15 ; MEIER/LUKIC (n. 5), p. 36.

¹⁰¹ Message, FF 2006 6278.

¹⁰² ATF 126 III 415, consid. 2a, JdT 2001 I 106.

¹⁰³ TF 5C_200/2002 du 16 octobre 2002, consid. 2.3.

domicile peut inviter l'autorité qui lui succédera à ordonner une mesure qu'elle pourrait juger plus adéquate¹⁰⁴.

D. Le lieu de résidence

54. La personne sous curatelle de portée générale (N 49), ou celle qui se trouve dans un home ou un hôpital (N 48), résidera parfois dans un lieu distinct de son domicile. Afin d'assurer une intervention officielle rapide en cas de nécessité, l'art. 442 al. 2 CC prévoit que l'autorité du lieu où réside la personne concernée est *compétente* de manière concurrente en cas de situation d'urgence¹⁰⁵.
55. La résidence n'a pas à être « habituelle ». Un séjour de courte durée suffit¹⁰⁶.
56. Lorsqu'elle ordonne une mesure, l'autorité du lieu de résidence informe l'autorité du lieu de domicile. Celle-ci en assurera l'exécution la situation de crise passée, et pourra procéder à sa modification le cas échéant¹⁰⁷.

E. Le lieu d'origine

57. De manière quelque peu anachronique¹⁰⁸, l'art. 442 al. 4 CC maintient la règle de l'art. 376 al. 2 CC selon laquelle les cantons ont la possibilité de prévoir que leurs ressortissants domiciliés sur leur territoire seront soumis à l'autorité de protection de l'adulte de leur lieu d'origine. Le canton de *Berne* a fait usage de cette possibilité en prévoyant une autorité bourgeoise de protection de l'enfant et de l'adulte. Elle est compétente dans le cas des ressortissants et ressortissantes des communes bourgeoises ainsi que des sociétés

¹⁰⁴ ATF 126 III 415, consid. 2c, JdT 2001 I 106.

¹⁰⁵ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N 1.75 ; KUKO ZGB-WIDER, art. 442 N 7.

¹⁰⁶ MEIER/LUKIC (n. 5), p. 34 ; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N 1.75.

¹⁰⁷ Message, FF 2006 6708 : « la procédure est alors transférée à l'autorité du lieu de domicile, qui décidera de la suite à lui donner ».

¹⁰⁸ De cet avis également : MEIER/LUKIC (n. 5), p. 35.

bourgeoises ou abbayes de Berne (communes bourgeoises) qui octroient l'aide sociale bourgeoise¹⁰⁹.

F. Le lieu d'administration du patrimoine

58. Si une curatelle doit être ordonnée pour cause d'absence (art. 390 al. 1 ch. 2 CC), l'art. 442 al. 3 CC pose une *compétence concurrente* au lieu où la majeure partie du patrimoine est administrée, sur le modèle de l'art. 396 al. 2 aCC, mais limité à ce cas particulier¹¹⁰.

G. Le siège de l'établissement médico-social ou du home en matière de mesure limitant la liberté de mouvement

59. Une mesure prise par un EMS ou un home limitant la liberté de mouvement d'une personne incapable de discernement (art. 383 CC) peut être attaquée devant l'autorité de protection de l'adulte du siège de l'institution (art. 385 al. 1 CC).

V. Les parties

60. Une procédure devant l'autorité de protection de l'adulte peut impliquer diverses parties. Il s'agit en particulier de la personne concernée par la mesure (envisagée) et ses modalités, ainsi que, suivant les cas, du curateur ou de la personne mandatée ou potentiellement mandatée, mais aussi des personnes proches de la personne concernée, ou encore de divers tiers pouvant se prévaloir d'un intérêt juridique.

¹⁰⁹ Art. 4 LPEA BE.

¹¹⁰ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N 1.74 ; KUKO ZGB-WIDER, art. 442 N 9. MEIER/LUKIC (n. 5), p. 35 considèrent que cette compétence devait également valoir, malgré le texte légal, aux cas d'incapacité passagère de discernement.

A. *La personne concernée*

1. Généralités

61. La personne concernée par une mesure existante ou envisagée est par définition partie à la procédure, qu'elle soit ou non capable de discernement. La *capacité d'être partie* est en effet le pendant procédural de la jouissance des droits civils (comp. art. 66 CPC). Elle découle du droit fédéral¹¹¹. La personne concernée doit, en particulier, être entendue personnellement, à moins qu'une audition personnelle paraisse disproportionnée (art. 447 al. 1 CC ; N 100).
62. L'art. 419 CC prévoit que la personne concernée peut *contester* devant l'autorité de protection de l'adulte les actes ou les omissions du curateur, ou ceux du tiers ou de l'office mandatés par l'autorité de protection de l'adulte. Cela suppose naturellement sa capacité de discernement, qui ne doit pas être établie sur la base de conditions excessives¹¹². Il s'agit bien d'une procédure de première instance, même si la loi parle d'appel¹¹³. Quant à l'art. 450 CC, il donne à la personne concernée (capable de discernement) la qualité pour *recourir* contre toute décision de l'autorité de protection.
63. D'une manière plus générale, la personne concernée capable de discernement dispose de la *capacité d'ester* pour l'exercice de ses droits strictement personnels (art. 19c al. 1, 407 CC ; comp. art. 67 CPC)¹¹⁴. A notre avis, entre dans ce cadre toute procédure la concernant

¹¹¹ ATF 42 II 553, JdT 1917 I 304.

¹¹² Message, FF 2006 6692 : pour qu'une personne soit considérée comme capable de discernement, il suffit qu'elle exprime clairement son désaccord avec un certain acte ou une certaine omission de son curateur.

¹¹³ Message, FF 2006 6715.

¹¹⁴ Elle pourra ainsi mandater un avocat pour la défense de ses intérêts et lui verser une provision grâce aux montants dont elle dispose librement sans accord du tuteur ou de l'autorité de protection, voir ATF 120 Ia 369, consid. 1a ; 112 IV 9, consid. 1, JdT 1987 IV 5 ; BOHNET FRANÇOIS/MARTENET VINCENT, *Droit de la profession d'avocat*, Berne 2009, N 2559 ; MEIER PHILIPPE, *Le consentement des autorités de tutelle aux actes du tuteur*, Thèse, Fribourg 1994, p. 395, 429.

entamée devant l'autorité de protection de l'adulte¹¹⁵ et poursuivie le cas échéant devant l'autorité de recours, jusqu'au *Tribunal fédéral*. Cela vaut aussi pour le recours contre les décisions du curateur portant sur des droits de nature pécuniaire¹¹⁶. Le Tribunal fédéral n'admet cependant la nature strictement personnelle du droit d'attaquer de telles décisions devant lui que lorsque le recours porte sur un droit non pécuniaire, en particulier celui d'être entendu¹¹⁷.

64. Dès l'instant où, suite à un signalement (art. 443 CC), l'autorité de protection ouvre un dossier, la personne concernée doit en être informée et elle dispose en principe du droit de consulter le dossier (art. 449b CC). En revanche, si l'autorité classe immédiatement et sans suite un signalement sans aucun fondement, elle peut en principe considérer qu'aucune procédure n'a été engagée¹¹⁸. L'art. 14 de la loi vaudoise d'application du droit fédéral de la protection de l'adulte et de l'enfant qui déclare que « la personne concernée par le signalement est partie à la procédure devant l'autorité de protection » ne peut qu'exprimer un principe qui découle déjà du Code civil.

2. La représentation (art. 449a CC)

65. L'art. 449a CC prévoit, *en cas de nécessité*, la désignation par l'autorité de protection d'un curateur expérimenté en matière d'assistance et dans le domaine juridique en qualité de représentant. Tel devrait être le cas lorsque l'intéressé le *requiert* et qu'il n'a pas la faculté de se désigner lui-même un représentant. Cela suppose manifestement qu'il y soit rendu attentif. L'autorité de protection désignera également *d'office* un représentant lorsque la situation est délicate et que la protection des intérêts de la personne concernée l'impose. Si

¹¹⁵ Sous l'ancien droit : MEIER (n. 114), p. 395.

¹¹⁶ Comp. *Regierungsrat* SG (15.02.1983) RDT 1984 65, consid. 2a ; *Gerichtsausschuss* NW (02.01.1918) RSJ 1917/1918 226 N 178.

¹¹⁷ TF 5P_408/2003 du 22 décembre 2003. Voir la critique justifiée de MEIER PHILIPPE, RDT 2004 111.

¹¹⁸ Comp. Avant-projet de Loi fédérale réglant la procédure devant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte, art. 23 al. 1 ch. 2.

l'autorité de protection dispose d'un certain pouvoir d'appréciation¹¹⁹, celui-ci ne peut être encadré par le droit cantonal qui ne saurait préciser la portée de cette disposition fédérale. Ainsi, il faut à notre sens relativiser la portée de l'art. 41 du projet de LACC GE selon lequel « Dans les procédures où une mesure restrictive de l'exercice des droits civils ou un placement à des fins d'assistance est instruit, le Tribunal de protection ordonne la représentation de la personne concernée dans la procédure et désigne un curateur conformément à l'article 449a du Code civil. Il n'y a pas lieu à une telle représentation lorsque le placement à des fins d'assistance est ordonné par un médecin ».

66. Le *représentant* ne sera pas nécessairement un avocat¹²⁰ ; il doit cependant disposer d'une expérience dans le domaine juridique et en matière d'assistance, qualités souvent réunies chez les mandataires professionnels¹²¹. A notre sens, le droit cantonal n'a pas de compétence pour déterminer de manière plus précise les représentants pouvant être désignés. Il ne devrait pas pouvoir limiter la représentation aux seuls avocats ou établir une liste de curateurs chargés de cette représentation. En revanche, Les questions financières, en particulier l'indemnisation du curateur et la répartition des frais, sont réglées par les cantons en matière de protection de l'adulte¹²². Le projet d'art. 41 al. 2 LACC GE retient par exemple que « Même si l'assistance juridique n'a pas été sollicitée ou accordée, l'Etat rembourse ses frais au représentant commis d'office et lui verse l'indemnité prévue par le règlement si l'intéressé refuse de l'en défrayer. Le montant ainsi payé est recouvré par l'Etat auprès de l'intéressé ». Faute de dispositions contraires, les dispositions du CPC s'appliquent en cas d'indigence (art. 117 ss CPC). L'art. 122 al. 2 let. a CPC retient que la rémunération

¹¹⁹ Message, FF 2006 6714.

¹²⁰ Message, FF 2006 6714.

¹²¹ Comp. art. 299 CPC ; CPC-JEANDIN, art. 299 N 7 ; BSK ZPO-STECK, art. 299 N 8 s. ; KomZPO-SCHWEIGHAUSER, art. 299 CPC N 27.

¹²² Message, FF 2006 6714.

équitable du mandataire d'office est fixée par le canton, qui devra respecter la jurisprudence tirée de l'art. 29 al. 3 Cst.¹²³.

67. La représentation vaut, en cas de nécessité, tant devant l'autorité de protection que devant l'*autorité de recours*, comme l'indique expressément l'art. 450e al. 4 CC en cas de placement à des fins d'assistance¹²⁴.

B. Le curateur

68. Le curateur est partie à la procédure par laquelle il demande le consentement de l'autorité de protection (art. 416 CC)¹²⁵ ou l'approbation des comptes (art. 415 CC)¹²⁶, lorsque la personne concernée ou un tiers remet en cause son activité ou une décision prise par celui-ci devant l'autorité de protection (art. 419 CC), lorsque l'autorité fixe sa rémunération (art. 404 al. 2 CC)¹²⁷, lorsque l'autorité de protection le libère de ses fonctions (art. 423 CC)¹²⁸ ou refuse de le libérer (art. 422 CC) et lorsqu'elle statue sur son rapport final (art. 425 CC). Désormais, l'intérêt de la personne concernée, que supposait la qualité pour recourir au sens de l'art. 420 al. 2 CC, n'est plus déterminant puisque l'art. 450 CC accorde la qualité pour recourir aux parties à la procédure.

C. La personne mandatée en cas d'incapacité

69. La personne désignée *en cas d'incapacité* (art. 360 CC) est manifestement partie à la procédure en constatation de la validité du mandat pour cause d'incapacité (art. 363 CC). Il en va de même lorsqu'elle demande à l'autorité de protection de l'adulte d'interpréter le mandat et de le compléter sur des points accessoires

¹²³ ATF 132 I 201, JdT 2008 I 116. Sur le principe, voir le message, FF 2006 6714.

¹²⁴ Message, FF 2006 6714.

¹²⁵ Comp., sous l'ancien droit, ATF 83 II 180, JdT 1958 I 139 ; MEIER (n. 114), p. 202 s., N. 281.

¹²⁶ Comp., sous l'ancien droit, ATF 113 II 232, JdT 1990 I 277.

¹²⁷ Comp., sous l'ancien droit, ATF 137 III 637, et les réf.

¹²⁸ Comp., sous l'ancien droit, ATF 113 II 232, JdT 1990 I 277.

(art. 364 CC), ou encore lorsqu'il y a lieu pour l'autorité de protection de régler des affaires qui ne sont pas couvertes par le mandat ou s'il existe un conflit d'intérêts entre le mandant et le mandataire (art. 365 al. 2 CC). L'autorité de protection de l'adulte peut devoir prendre des mesures, d'office ou sur requête d'un proche du mandant, notamment donner des instructions au mandataire, lui ordonner d'établir un inventaire des biens du mandant, de présenter périodiquement des comptes et des rapports ou lui retirer ses pouvoirs en tout ou en partie (art. 368 CC). Il va de soi que le mandataire est partie à la procédure entamée dans ce cadre.

70. Le mandataire est aussi partie à la procédure visant à fixer l'indemnisation appropriée pour les tâches qu'il a accomplies (art. 366 al. 1 CC).
71. En cas de *directives anticipées* (art. 370 CC), la personne physique désignée pour s'entretenir avec le médecin sur les soins médicaux à lui administrer (art. 370 al. 2 CC) doit pouvoir intervenir comme partie devant l'autorité de protection en cas de non-respect desdites directives (art. 373 CC).

D. Les personnes proches

72. La notion de *personne proche* (*nabestehende Person*)¹²⁹ relève du droit fédéral. Cette notion est inscrite à l'art. 397d al. 1 aCC¹³⁰. Le Tribunal fédéral y fait également référence pour définir le cercle des personnes intéressées pouvant recourir contre les actes du tuteur au sens de l'art. 420 al. 1 aCC en tant qu'elles invoquent les intérêts de la personne à protéger¹³¹.

¹²⁹ A distinguer des proches au sens étroit, tels que définis par l'art 110 ch. 2 CP (*Angehörigen*), voir ATF 122 I 18, consid. 2c/bb, JdT 1998 I 226.

¹³⁰ Message, FF 2006 6692, 6716.

¹³¹ ATF 137 III 67, JdT 2012 II 373, qui va plus loin que l'ATF 114 II 213, consid. 3. Sur cet arrêt, voir la critique de MEIER (n. 114), p. 196 N 262. Voir aussi ATF 122 I 18, JdT 1998 I 226.

Selon la *jurisprudence*, la notion de « personne proche » doit être interprétée largement : elle vise toute personne qui, de par ses qualités et en général de par ses relations (parenté, amitié), paraît à même de défendre les intérêts de la personne concernée (parents, frères et sœurs, enfants, proches, compagne ou compagnon, tuteur, médecin, travailleur social, pasteur, personne qui s'est occupée depuis longtemps de l'intéressé)¹³². Le message retient que la définition du cercle des proches n'obéit pas à des règles strictes. Le critère déterminant est l'étroitesse du lien qui unit les deux personnes¹³³. Le Tribunal fédéral a considéré qu'il n'était pas arbitraire de considérer qu'une association telle que Psychex (association pour la défense des personnes internées dans les hôpitaux psychiatriques contre leur volonté) ne remplissait pas ces exigences, faute de proximité spécifique avec la personne concernée. Récemment, le Tribunal fédéral a en revanche retenu qu'il n'était pas inconcevable qu'une banque, respectivement l'employé compétent de la banque, ait, selon les circonstances, qualité de proche, le lien de proximité pouvant aussi être tissé par le biais de la profession. Cependant, on ne saurait admettre l'existence d'un lien de proximité suffisant dans le cas d'une simple gestion de comptes et de dépôts en l'absence d'un contact particulièrement étroit¹³⁴.

73. *Diverses dispositions* donnent la possibilité aux personnes proches d'intervenir dans le domaine de la protection de l'adulte, ce dans l'intérêt de la personne à protéger¹³⁵. C'est en particulier le cas en matière de directives anticipées, de représentation par le conjoint, de représentation dans le domaine médical, d'appel contre une mesure limitant la liberté de mouvement, d'institution ou de levée d'une curatelle, d'appel contre toute décision ou omission du curateur et en matière de placement à des fins d'assistance.

¹³² TF 5A_837/2008 du 25 mars 2009, consid. 5.2, résumé in RDT 2009 260 ; ATF 114 II 213 consid. 3. Pour des développements, voir MEIER (n. 114), p. 195 s.

¹³³ Message, FF 2006 6692.

¹³⁴ ATF 137 III 67, JdT 2012 II 373.

¹³⁵ Message, FF 2006 6692. Comp. ATF 137 III 67, JdT 2012 II 373.

74. En cas de *directives anticipées*, tout proche du patient peut en appeler par écrit à l'autorité de protection de l'adulte lorsque de telles directives du patient ne sont pas respectées, les intérêts du patient sont compromis ou risquent de l'être ou enfin lorsque les directives anticipées ne sont pas l'expression de la libre volonté du patient (art. 373 al. 1 CC).
75. En matière de *représentation par le conjoint*, l'autorité de protection peut intervenir s'il existe des doutes sur la réalisation des conditions de la représentation (art. 376 al. 1 CC). Le conjoint est manifestement partie à une telle procédure. Cela vaut aussi pour la procédure visant au retrait de ses pouvoirs, que l'autorité peut entamer d'office ou sur requête d'un proche (art. 376 al. 2 CC), qui sera lui aussi s'il le souhaite, partie à la procédure, compte tenu de son intérêt digne de protection.
76. En cas de *représentation dans le domaine médical*, (art. 377 ss CC) l'autorité de protection peut prendre des mesures sur requête d'un proche (art. 381 CC), qui sera là également partie s'il le souhaite compte tenu de son intérêt digne de protection.
77. En matière de *mesures limitant la liberté de mouvement*, la qualité de partie découle de l'art. 385 al. 1 CC qui retient que 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.
78. Les proches peuvent requérir l'*institution d'une curatelle* (art. 390 al. 3 CC). Ils ont dès lors un intérêt digne de protection à recourir contre le refus d'une telle mesure ou ses modalités. Il en va de même en matière de *levée de la curatelle* (art. 399 al. 2 CC).
79. Les *actes ou omission du curateur* peuvent faire l'objet d'un « appel » des proches (art. 419 CC). Leur qualité de partie est donc manifeste.
80. L'art. 439 CC accorde aux proches un droit d'appel identique à celui de la personne concernée en matière de *placement à des fins d'assistance*.
81. En matière de *qualité pour recourir*, l'art. 450 al. 1 ch. 1 et 2 CC distingue les parties à la procédure des proches. Mais cela signifie uniquement que des proches non parties à la procédure devant l'autorité de protection peuvent recourir, et non qu'ils ne peuvent pas, par définition, être parties.

82. *Plusieurs personnes proches* peuvent être parties à la procédure de manière indépendante¹³⁶.
83. La *qualité pour agir et la légitimation résultent du droit fédéral*. Les dispositions cantonales ne peuvent donc qu'« illustrer » le droit fédéral. Elles ne sauraient par exemple définir de manière plus restrictive la notion de personne proche ou au contraire l'élargir¹³⁷. Le projet de LACC GE retient que sont parties « dans les procédures instruites à l'égard d'un adulte, outre la personne concernée, son conjoint, son partenaire enregistré ou la personne faisant durablement ménage commun avec elle ou l'un de ses parents jusqu'au 4^e degré, dans la mesure où ils interviennent comme requérants ». Quant à l'art. 14 al. 2 de la loi vaudoise d'application du droit fédéral de la protection de l'adulte et de l'enfant, il déclare que « toute personne qui justifie d'un intérêt digne de protection peut, à sa demande, être partie à la procédure ». Ces règles n'ont selon nous pas de portée propre.

E. Le tiers bénéficiant d'un intérêt juridique

84. L'art. 419 CC retient la *qualité pour agir* devant l'autorité de protection de toute personne pouvant se prévaloir d'un intérêt juridique contre les actes ou omissions du curateur, ou ceux du tiers ou de l'office mandatés par l'autorité de protection de l'adulte. La qualité pour agir du tiers doit être distinguée de celle de la personne proche. Celui-ci invoque les intérêts de la personne à protéger¹³⁸, alors que le tiers se plaint de la violation de ses propres droits et intérêts dont on aurait dû tenir compte¹³⁹. Un intérêt de fait ne suffit pas. Selon le message, si quelqu'un dilapide sa fortune et que le curateur n'intervient pas comme le lui permettrait sa fonction, la personne à laquelle incombe l'obligation d'entretien selon le droit de la famille (art. 328 CC) est légitimée à en « appeler » à l'autorité (art. 419 CC) pour défendre son

¹³⁶ Message, FF 2006 6716.

¹³⁷ ATF 122 I 18, consid. 2c/bb, JdT 1998 I 226.

¹³⁸ Message, FF 2006 6692.

¹³⁹ ATF 132 III 67, JdT 2012 I 373. Une personne proche agit donc en qualité de « tiers » lorsqu'elle invoque un intérêt propre. Comp. CHK-STECK, art. 450 N 21.

propre intérêt juridique. Les seules expectatives successorales ne suffisent pas en revanche¹⁴⁰.

85. La *qualité pour recourir* du tiers devant l'autorité de recours est donnée aux mêmes conditions. Le recours en matière civile au Tribunal fédéral (N 39) est ouvert lorsque l'intéressé était partie à la procédure cantonale (art. 76 al. 1 let. a LTF), puisque un intérêt digne de protection suffit (art. 76 al. 1 let. b LTF).

VI. Les principes directeurs de la procédure

A. L'indépendance et l'impartialité de l'autorité

1. Le principe

86. L'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte doit être indépendante et impartiale au sens des art. 29 al. 1 Cst. lorsque sa nature est administrative et respectivement 30 al. 1 Cst. lorsqu'elle est de nature judiciaire. Nous l'avons vu (N 5), compte tenu de ses tâches particulières et des principes inscrits à l'art. 440 CC, l'autorité de protection de l'adulte et de l'enfant doit être matériellement et physiquement indépendante de l'administration.

2. La récusation

87. S'il existe des raisons objectives de douter de l'impartialité d'un membre de l'autorité, une partie à la procédure (personne concernée, curateur, personne proche) peut exiger sa récusation¹⁴¹.
88. Lorsque le droit cantonal ne connaît pas d'autres règles, en particulier un renvoi à la procédure administrative¹⁴², ce sont les art. 49 ss CPC qui s'appliquent. Les principes déduits des art. 6 § 1

¹⁴⁰ FF 2006 6692.

¹⁴¹ Sur le principe, voir par exemple en matière judiciaire ATF 138 I 1, consid. 2.2, et les réf. En matière administrative, voir TF 1C_361/2011 du 28 juin 2012, consid. 3.1, et les réf.

¹⁴² C'est le cas à Berne : art. 72 LPEA BE.

CEDH et 29 al. 1 Cst. aboutissent selon nous aux mêmes résultats. En particulier, le membre de l'autorité a l'obligation d'annoncer le motif de récusation qui le concerne (art. 48 CPC) et les parties doivent invoquer immédiatement la récusation (art. 49 CPC), sous peine de déchéance¹⁴³.

89. Le moyen peut être invoqué par simple courrier. Des exigences supplémentaires seraient excessivement formalistes dans ce domaine. Selon le message, l'art. 450 CC ne régit que les recours contre les décisions finales et provisionnelles¹⁴⁴. Lorsque le CPC s'applique à titre complémentaire, un recours est possible contre la décision sur demande de récusation, en vertu de l'art. 50 al. 2 CPC. Les art. 319 ss CPC s'appliquent quant aux modalités et aux effets du recours. Le délai de recours est de dix jours, si l'on admet que la procédure sommaire s'applique, compte tenu du caractère en principe gracieux de la procédure devant l'autorité de protection (art. 248 let. e CPC).

B. Les maximes de procédure (art. 446 CC)

1. L'objet de la procédure

90. Aux termes de l'art. 446 al. 3 CC, l'autorité de protection de l'adulte n'est pas liée par les conclusions des personnes parties à la procédure. C'est l'expression de la *maxime d'office* (comp. art. 58 al. 2 CPC). La règle signifie que l'autorité peut aller non seulement en deçà de ce qui est requis, mais également au delà, et par exemple prononcer une mesure plus contraignante que celle souhaitée par la personne concernée ou une personne proche partie à la procédure¹⁴⁵. Il en va de même au stade du recours cantonal¹⁴⁶.

¹⁴³ Voir ATF 138 I 1, consid. 2.2, sur le principe constitutionnel.

¹⁴⁴ FF 2006 6716. Voir *infra*, N 158.

¹⁴⁵ BSK Erw.Schutz-AUER/MARTI, art. 446 N 34 ; SCHMID (n. 5), art. 446 N 8.

¹⁴⁶ BSK Erw.Schutz-AUER/MARTI, art. 446 N 39 ; BSK Erw.Schutz-STECK, art. 450 N 13 ; SCHMID (n. 5), art. 450 N 5.

91. Compte tenu des intérêts que l'autorité de protection de l'adulte doit sauvegarder, celle-ci peut intervenir d'office, sans qu'une requête ou des conclusions aient été prises devant elle¹⁴⁷. En revanche, l'instance de recours ne peut intervenir qu'en cas de recours. Si celui-ci est retiré elle perd son pouvoir de rendre un autre prononcé¹⁴⁸.
92. Dans tous les cas, le *droit d'être entendu* des parties supposent qu'elles aient été rendues attentives à la mesure envisagée afin de pouvoir faire connaître leur position la concernant¹⁴⁹.

2. Les faits et les preuves

93. L'autorité de protection de l'adulte établit les faits d'office, conformément à la *maxime inquisitoire* (art. 446 al. 1 CC ; comp. art. 55 al. 2 CPC). Cela signifie qu'elle tient compte de tous les faits dont elle acquiert connaissance, soit par l'intermédiaire des parties à la procédure, soit par des tiers, soit à l'occasion de la conduite de la procédure.
94. L'établissement des faits d'office implique que l'autorité procède d'office à l'*administration des preuves nécessaires* (art. 446 al. 2 CC ; comp. art. 55 al. 2 CPC).
95. Du principe posé à l'art. 446 al. 2, 1^{ère} phr. CC, on peut tirer le droit pour l'autorité d'ordonner l'administration de tout *moyen de preuve licite et pertinent*, à savoir susceptible de lui fournir les éléments nécessaires à son prononcé. Le catalogue des moyens de preuve à disposition sera examiné ci-après (N 129).

¹⁴⁷ BSK Erw.Schutz-AUER/MARTI, art. 446 N 36.

¹⁴⁸ BSK Erw.Schutz-AUER/MARTI, art. 446 N 39.

¹⁴⁹ Voir, BSK Erw.Schutz-AUER/MARTI, art. 446 N 37, et, pour la procédure de recours, SCHMID (n. 5), art. 450 N 5.

3. Le droit

96. L'autorité de protection de l'adulte applique le droit d'office (art. 446 al. 4 CC ; comp. art. 57 CPC). Les développements (ou l'absence de développements) des parties sur des points de droit ne lient en aucun cas l'autorité, même en cas d'approche concordante des intéressés.
97. Le principe vaut également devant l'autorité de recours. Celle-ci peut donc retenir une argumentation juridique non développée par le recourant et, le cas échéant, procéder par substitution de motifs¹⁵⁰.

C. Le droit d'être entendu

1. Généralités

98. Toutes les parties à une procédure ouverte devant l'autorité de protection de l'adulte et devant les autorités de recours (N 60 ss) bénéficient du droit d'être entendues garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. Il leur assure le droit de s'expliquer avant qu'une décision ne soit rendue, celui de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision, celui d'avoir accès au dossier, celui de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos, celui de se faire représenter et assister et celui d'obtenir une décision de la part de l'autorité compétente¹⁵¹.

2. Le droit d'être entendu personnellement (art. 447 CC)

99. L'art. 29 al. 2 Cst. ne garantit pas, en principe, le droit de s'exprimer oralement devant l'autorité¹⁵².

¹⁵⁰ BSK Erw.Schutz-AUER/MARTI, art. 446 N 43.

¹⁵¹ Par exemple : ATF 126 I 15, consid. 2 et les réf.; 119 Ia 260 ; 105 Ia 288 ; 100 Ia 8, JdT 1976 I 314, consid. 3b ; 96 I 321, consid. 3, JdT 1971 I 123.

¹⁵² TF 4A_539/2009 du 7 décembre 2009, consid. 2 ; ATF 134 I 140, consid. 5.3 ; 130 II 425, consid. 2.1, p. 428.

100. Au delà de la garantie du droit d'être entendu de l'art. 29 al. 2 Cst., qui s'applique seule aux autres parties à la procédure conduite devant l'autorité de protection de l'adulte, l'art. 447 al. 1 CC retient que la personne concernée doit être *entendue personnellement*. Le message précise que cette obligation faite à l'autorité ne peut être contournée ni par une prise de position écrite, ni par la représentation par un avocat ou un curateur appelé à représenter la personne dans la procédure (art. 449a CC)¹⁵³. Cela s'explique par l'importance de l'audition pour *établir les faits* et *garantir l'écoute* de la personne concernée au moment de prendre une décision qui limite l'exercice des droits civils ou porte atteinte au droit de la personnalité.
101. Il ne peut être renoncé à l'audition personnelle que si cette mesure apparaît *disproportionnée*. Cela peut être le cas en raison de la *nature de la décision* à prendre (simple décision complémentaire¹⁵⁴), ou de *circonstances particulières* relatives au *contexte de l'affaire* (urgence ; mais non une simple complication d'ordre pratique¹⁵⁵) ou à la *personne concernée* (coma, par exemple¹⁵⁶ ou refus très clair d'une personne capable de discernement¹⁵⁷).
102. L'audition personnelle peut intervenir à l'*audience* ou lors d'une *inspection* au domicile ou lieu de résidence lorsque la personne concernée ne peut pas se déplacer. Elle peut ne consister qu'en un simple contact suivant l'état physique et psychique de la personne concernée¹⁵⁸.
103. L'audition peut être effectuée par *un seul membre* de l'autorité si le droit cantonal le prévoit (art. 447 al. 2 *a contrario*)¹⁵⁹ voire même par

¹⁵³ FF 2006 6711.

¹⁵⁴ Message, FF 2006 6712.

¹⁵⁵ Message, FF 2006 6712. Voir art. 118e al. 1 LACCS VS.

¹⁵⁶ Message, FF 2006 6712.

¹⁵⁷ Message, FF 2006 6712. Voir 118e al. 1 LACCS VS.

¹⁵⁸ Message, FF 2006 6712.

¹⁵⁹ Voir par exemple, art. 17 P-LAPEA NE. L'art. 16 LAPAE VD pose le principe contraire, à moins que l'intérêt de la personne concernée commande l'audition par un seul membre ou par une autre personne qualifiée. Voir aussi art. 37 P-LACC

une autre personne qualifiée au sens de l'art. 446 al. 2 CC¹⁶⁰. En revanche, c'est en principe l'autorité réunie en plénum qui entend la personne intéressée en cas de placement à des fins d'assistance (art. 447 al. 2 CC).

3. La consultation du dossier (art. 449b CC)

104. Le droit de consulter le dossier est un *droit* de toute partie à une procédure en vertu de l'art. 29 al. 2 Cst. (N 98). L'art. 449b CC rappelle ce principe, mais réserve les *intérêts prépondérants* s'opposant à la consultation (art. 449b al. 1 *in fine* CC). Cette réserve, qui doit par principe être maniée avec beaucoup de retenue, en particulier à l'égard de la personne concernée, se trouve à son tour limitée : la partie a le droit d'être informée, oralement ou par écrit, des éléments pertinents de la pièce pour sa prise de décision (art. 449b al. 2 CC)¹⁶¹. A défaut, la pièce ne peut pas être prise en compte dans le prononcé.
105. La partie doit être entendue avant qu'il ne lui soit refusé de consulter une pièce. Un recours est envisageable aux conditions fixées par le droit cantonal (N 158). Une autorité ne saurait cacher le contenu d'une pièce, ne rien en dire dans sa décision tout en l'ayant manifestement prise en compte dans les faits sans porter atteinte au droit de la personne concernée à une autorité indépendante et impartiale.
106. Le droit cantonal précise parfois les *modalités de la consultation*. C'est le cas du canton de *Vaud* qui indique que la consultation du dossier a lieu au siège de l'autorité de protection et que celle-ci doit délivrer copie des pièces. Elle peut prélever un émolument¹⁶². *Berne* précise que les dossiers ne sont remis qu'à des avocats ou des avocates. En l'absence de représentation par un avocat ou une avocate, le dossier peut être consulté, si nécessaire sous surveillance, dans les locaux de

GE.

¹⁶⁰ Message, FF 2006 6712.

¹⁶¹ Sur le principe, voir ATF 100 Ia 97 consid. 5c.

¹⁶² Art. 17 LAPAE VD.

l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte. Sur demande, des copies peuvent être remises contre paiement d'un émolument¹⁶³. A Genève, la consultation du dossier par les parties, possible pour autant qu'aucun intérêt prépondérant ne s'y oppose, a lieu en principe au siège du Tribunal de protection, qui doit délivrer copie des pièces à leur demande, le cas échéant contre émolument. Lorsque les services en charge des mesures de protection sont concernés, le Tribunal de protection leur fait tenir une copie des pièces principales du dossier¹⁶⁴. Lorsque le droit cantonal ne prévoit rien de particulier, il convient de se référer à l'art. 53 al. 2 CPC, qui déclare que les parties ont notamment, comme expression du droit d'être entendu, le droit de consulter le dossier et de s'en faire délivrer copie pour autant qu'aucun intérêt prépondérant public ou privé ne s'y oppose.

VII. Le déroulement de la procédure

A. Les avis à l'autorité (art. 443 CC)

107. Pour que l'autorité de protection de l'adulte puisse remplir sa tâche et prendre les mesures d'assistance personnelle et patrimoniale utiles en faveur des adultes en difficulté, il faut qu'elle soit tenue informée des situations rendant son intervention nécessaire¹⁶⁵. L'art. 443 CC distingue le *droit d'aviser* accordé à tout un chacun (al. 1) du *devoir d'aviser*, imposé aux personnes ayant connaissance d'un cas dans l'exercice de leur fonction officielle (al. 2).
108. *Toute personne*, physique ou morale, peut aviser l'autorité de protection de la situation d'un adulte semblant en difficulté (art. 443 al. 1, 1^{ère} phr. CC). Cette démarche n'entraînera pas de conséquences civiles ou pénales pour celui qui l'initie si l'avis est mesuré, fait de bonne foi, sur la base des connaissances acquises par l'intéressé

¹⁶³ Art. 53 al. 3 LPEA BE.

¹⁶⁴ Art. 43 P-LACC GE.

¹⁶⁵ Message, FF 2006 6708 : « Un tel principe contribue à l'efficacité de la protection de l'adulte ».

(art. 173 al. 2 CP), et donc conforme à l'intérêt public (art. 28 al. 2 CC).

109. Le canton de *Vaud* précise dans sa législation que le signalement à l'autorité de protection doit être fait par écrit et comprendre l'identité du signalant¹⁶⁶. *Genève* indique que le signalement doit être adressé au Tribunal de protection par écrit ou par voie électronique à l'adresse de la juridiction et comprendre le nom, le prénom et l'adresse de leur auteur. A vrai dire, une *démarche anonyme*, même par téléphone, devra faire l'objet d'une vérification de l'autorité de protection, compte tenu de son devoir d'intervenir d'office (N 90). L'art. 34 al. 3 P-LACC GE selon lequel le Tribunal de protection n'entre pas en matière sur les signalements et requêtes anonymes doit être nuancé dans ce sens.
110. Les personnes liées par le *secret professionnel* (ecclésiastiques, avocats, notaires, médecins, voir art. 321 CP) doivent demander la levée du secret auprès de l'autorité de surveillance avant de pouvoir annoncer le cas à l'autorité de protection (art. 443 al. 1, 2^e phr. CC)¹⁶⁷.
111. Celui qui acquiert, dans l'exercice de sa *fonction officielle*, la connaissance d'une telle situation a l'obligation d'aviser l'autorité (art. 443 al. 2, 1^{ère} phr. CC). Le message précise que l'obligation concerne toute personne qui exerce des compétences de droit public, même si elle n'occupe pas une position de fonctionnaire ou d'employée dans une collectivité publique¹⁶⁸. Les cantons peuvent prévoir d'autres obligations d'aviser l'autorité (art. 443 al. 2, 2^e phr. CC).

B. L'ouverture de l'instance

112. L'Avant-projet de loi fédérale réglant la procédure devant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte prévoyait à son art. 23 que la litispendance intervenait au dépôt d'une requête¹⁶⁹ ou

¹⁶⁶ Art. 13 al. 3 LAPAE VD ; art. 34 al. 2 P-LACC GE.

¹⁶⁷ Message, FF 2006 6708.

¹⁶⁸ Message, FF 2006 6708.

¹⁶⁹ Orale ou écrite selon le rapport à l'appui de l'Avant-projet, p. 18.

d'une dénonciation pas manifestement mal fondée, ou encore par la saisine de l'autorité dans les cas prévus par le Code civil¹⁷⁰ et lorsque l'autorité entreprenait des démarches auprès de tiers ou notifiait l'ouverture aux personnes concernées. Le législateur fédéral a finalement renoncé à déterminer de manière précise l'acte ouvrant la procédure devant l'autorité de protection de l'adulte. Il n'empêche que la *notion d'ouverture d'action est fédérale*. Le Tribunal fédéral le retient depuis longtemps pour l'ouverture de la procédure d'interdiction¹⁷¹. Il s'agit, si l'on résume, du premier acte par lequel l'autorité se saisit de l'affaire¹⁷².

113. Dès lors, le droit cantonal peut uniquement indiquer quel est ce premier acte et sa forme¹⁷³. Ce n'est pas lui en revanche qui peut fixer la litispendance comme telle, même si souvent les dispositions cantonales sont rédigées dans ce sens, sans doute en raison du texte du message qui indique que cette question sera réglée par le droit cantonal¹⁷⁴. Les solutions cantonales sont variées : *Neuchâtel* prévoit le dépôt d'une requête écrite sommairement motivée ou l'ouverture d'office lorsqu'une personne semble avoir besoin d'une mesure¹⁷⁵. *Genève* retient que la procédure devant le Tribunal de protection est initiée d'office, ou à réception d'un signalement ou d'une requête non abusifs ou manifestement mal fondés¹⁷⁶. Le canton de *Vaud* indique, dans l'esprit de l'Avant-projet, que la procédure devant l'autorité de protection est introduite par un signalement, le dépôt d'une requête (tous deux pas manifestement abusifs ou mal fondés), la saisine de l'autorité dans les cas prévus par le Code civil suisse, l'ouverture d'office par la notification aux personnes concernées de

¹⁷⁰ Le rapport à l'appui de l'Avant-projet, p. 18, mentionne à cet égard les hypothèses dans lesquelles le Code civil prévoit un « appel » ou « recours » à l'autorité de protection.

¹⁷¹ ATF 50 II 95, consid. 3, JdT 1924 I 527 ; 126 III 415, consid. 2c, JdT 2001 I 106.

¹⁷² ATF 50 II 95, consid. 3, JdT 1924 I 527.

¹⁷³ *Contra* : MEIER/LUCIK (n. 5), p. 45. BSK Erw.Schutz-AUER/MARTI, art. 444 N 11 sont peu clairs sur ce point.

¹⁷⁴ FF 2006 6720.

¹⁷⁵ Art. 16 P-LAPEA NE.

¹⁷⁶ Art. 33 P-LACC GE.

l'existence de démarches auprès de tiers¹⁷⁷. A *Berne*, qui s'inspire beaucoup lui aussi de l'Avant-projet, la procédure est initiée par le dépôt d'une requête, la réception d'un avis qui n'est pas manifestement infondé, la saisine de l'autorité dans les cas prévus par le Code civil suisse et l'ouverture d'office de la procédure, étant précisé que tel est le cas lorsque l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte en informe la personne concernée ou prend d'autres dispositions ayant des effets externes¹⁷⁸. En *Valais*, l'Avant-projet a aussi été repris, puisque l'instance débute par le dépôt d'une requête, une dénonciation qui n'est pas manifestement mal fondée, la saisine de l'autorité dans les cas prévus par le code civil et son ouverture d'office¹⁷⁹, à savoir, lorsque l'autorité de protection le notifie aux personnes concernées ou lorsqu'elle entreprend des démarches auprès de tiers. *Fribourg* ne prévoit rien à notre connaissance et renvoie donc au CPC, qui n'est pertinent qu'en tant qu'il mentionne comme acte introductif d'instance la requête, qui peut être écrite ou orale si l'affaire est simple ou urgente (art. 62 al. 1, 252 CPC).

114. *Berne* et le *Valais* indiquent que la litispendance a pour effet que *la compétence demeure acquise* jusqu'à la fin de la procédure¹⁸⁰. Ce principe découle déjà du droit fédéral. Il est inscrit à l'art. 442 al. 1 CC (N 50).

C. L'examen de la compétence (art. 444 CC)

115. Compte tenu des intérêts que l'autorité de protection de l'adulte est en charge de protéger, sa compétence relève de l'ordre public. La procédure devant elle est régie par la maxime d'office (N 93). Le législateur a dès lors mis en place à l'art. 443 CC un *modus vivendi* qui doit permettre de déterminer le plus rapidement et le plus simplement possible l'autorité compétente. Il débute par l'examen de sa compétence par l'autorité (al. 1). Si celle-ci parvient à la

¹⁷⁷ Art. 13 LAPAE VD.

¹⁷⁸ Art. 45 LPEA BE.

¹⁷⁹ Art. 118a LACCS VS.

¹⁸⁰ Art. 45 al. 3 LPEA BE : art. 118a al. 3 LACCS VS.

conclusion qu'elle n'est manifestement pas compétente, elle transmet l'affaire à l'autorité qu'elle estime compétente (al. 2). Si elle doute de sa compétence, elle procède à un échange de vue (al. 3). Si celui-ci ne permet de clarifier la situation, elle transmet le dossier à l'autorité de recours qui tranchera (al. 4).

1. La vérification d'office

116. L'autorité de protection *examine d'office* sa compétence. Cet examen porte tant sur sa compétence *matérielle* que *locale*¹⁸¹. Toutes deux sont impératives. Cela signifie qu'alors même que la partie requérante ou son représentant aurait volontairement saisi une certaine autorité ou que, en cas de pluralité de parties, celles-ci seraient unanimes sur la compétence, l'autorité de protection de l'adulte devra déterminer si elle est compétente à raison du lieu (art. 442 CC) et de la matière (CC et droit cantonal)¹⁸².
117. L'*autorité de recours* examine également d'office sa compétence. Le non-respect par l'autorité de protection des règles de compétence représente une violation du droit. Devant le Tribunal fédéral, il faut distinguer la violation des règles fédérales (art. 95 let. a et 106 al. 1 LTF) de l'application arbitraire des règles cantonales, qui doit être spécifiquement invoquée et motivée par le recourant (art. 95 let. a et 106 al. 2 LTF).

2. La transmission de l'affaire

118. En cas d'*incompétence manifeste*¹⁸³, l'autorité de protection de l'adulte saisie transmet l'affaire dans les plus brefs délais à l'autorité qu'elle considère compétente, qu'elle soit du même canton ou d'un autre canton¹⁸⁴. Les parties sont informées¹⁸⁵. La règle de la transmission

¹⁸¹ Message, FF 2006 6709.

¹⁸² Voir BSK Erw.Schutz-AUER/MARTI, art. 446 N 1, 3, 6.

¹⁸³ Voir BSK Erw.Schutz-AUER/MARTI, art. 444 N 16.

¹⁸⁴ Voir BSK Erw.Schutz-AUER/MARTI, art. 444 N 18.

¹⁸⁵ Voir BSK Erw.Schutz-AUER/MARTI, art. 444 N 20.

ne vaut que dans la mesure où la requête dont est saisie l'autorité de protection relève du droit de la protection de l'adulte et de l'enfant¹⁸⁶. En revanche si par exemple une personne agit devant cette autorité pour faire condamner une personne sous curatelle à lui verser une somme d'argent, sa demande sera déclarée irrecevable, sans transmission au tribunal civil compétent. Se pose la question de la réaction que doit adopter une autre autorité administrative ou judiciaire à réception d'une requête qui relève du droit de la protection de l'adulte. A notre avis, elle doit la transmettre à l'autorité de protection qu'elle juge compétente, en vertu de son obligation d'aviser selon l'art. 443 al. 2 CC.

119. L'autorité recevant le dossier n'est pas liée par l'avis de la première autorité. Si elle se juge elle-même incompétente, elle peut adresser le dossier à une troisième autorité¹⁸⁷. Si elle considère la première autorité compétente, elle lui demandera de saisir son instance judiciaire de recours de la question de sa compétence (art. 444 al. 4 CC).

3. L'échange de vues

120. Lorsque l'autorité de protection a des *doutes* sur sa compétence, elle procède à un échange de vues¹⁸⁸ avec l'autorité qu'elle estime compétente (art. 444 al. 3 CC). Un échange pourrait dans des cas particuliers être entamé avec plusieurs autorités et comporter plusieurs échanges. Si les parties ne participent pas à cet échange¹⁸⁹, et ne peuvent l'attaquer comme tel, il doit être mentionné au dossier à notre sens. S'il fait l'objet d'un échange écrit, celui-ci sera versé au dossier¹⁹⁰.

¹⁸⁶ Voir BSK Erw.Schutz-AUER/MARTI, art. 444 N 19.

¹⁸⁷ Voir BSK Erw.Schutz-AUER/MARTI, art. 444 N 17.

¹⁸⁸ Comp. art. 30 PA ; 8 al. 2 LTF.

¹⁸⁹ ATF 126 II 126, consid. 3.

¹⁹⁰ Comp. TPF BB.2011.80 du 8 septembre 2012 (échange par mails). Plus nuancés, BSK Erw.Schutz-AUER/MARTI, art. 444 N 24.

4. La décision de l'autorité de recours

121. Lorsque l'échange de vues ne permet pas de déterminer l'autorité compétente, ou lorsque l'autorité à laquelle le dossier est transmis considère que la première saisie était compétente, celle-ci *soumet la question* de sa compétence à son instance judiciaire de recours (art. 444 al. 4 CC). Ce processus vaut tant en matière intra- que intercantonale¹⁹¹.
122. Le prononcé de l'autorité de recours s'impose à l'autorité inférieure qui lui soumet le cas. C'est une évidence. L'autre autorité inférieure, qui dépendra parfois d'une autre autorité de recours est-elle liée ? Oui, selon le message du Conseil fédéral, le canton disposant cependant du recours en matière civile au Tribunal fédéral¹⁹². La modification apportée aux Chambres à l'art. 444 al. 4 CC (remplacement des mots « la soumet à l'instance judiciaire de recours » par « soumet la question de sa compétence à l'instance judiciaire de recours ») ne devrait pas remettre en cause le principe, qui a pour lui la logique et la simplicité¹⁹³.

5. La contestation par les parties

123. La compétence tant locale que matérielle de l'autorité de protection peut être remise en cause par les parties. Un recours peut être envisagé aux conditions du CPC lorsque le canton renvoie à cette loi ou ne dit rien sur ce point (Fribourg, Vaud, Valais, Neuchâtel, Genève, Fribourg) ou aux conditions de la procédure administrative quand elle s'applique selon la législation cantonale (Berne). En matière de compétence, si la transmission et l'échange de vues ne peuvent être remis en cause comme tels, les parties devraient pouvoir exiger une décision séparée de l'autorité se considérant

¹⁹¹ Message, FF 2006 6709.

¹⁹² Message, FF 2006 6709.

¹⁹³ Dans ce sens, BSK Erw.Schutz-AUER/MARTI, art. 444 N 28 ; KUKO-STECK, art. 444 N 10. *Contra* : SCHMID (n. 5), art. 444 N 3, qui semble désormais suivi par CHK-STECK, art. 444 N 9.

compétente¹⁹⁴ et recourir contre cette décision le cas échéant (art. 308 CPC).

124. Si une décision qui relève de la compétence matérielle de l'autorité de protection de l'adulte est rendue par une autre autorité, cette décision est *nulle*, ce qui doit être constaté par toute autorité ultérieurement saisie¹⁹⁵. En revanche, une décision rendue par une autorité incompétente à raison du lieu est valable si elle n'est pas attaquée en temps utile¹⁹⁶, ce tant qu'elle n'a pas été modifiée.

D. Les actes des parties

125. Lorsqu'une procédure est régie par les maximes d'office et inquisitoire (N 90 ss), il va de soi que les actes des parties peuvent être rédigés simplement. Une requête par laquelle des conclusions sont prises devant l'autorité peut être formée par *simple lettre*, voire, suivant les cantons, par déclaration orale auprès du greffe ou secrétariat de l'autorité. C'est le cas dans les cantons qui reprennent les règles du CPC, puisque celui-ci autorise le dépôt d'une requête orale au greffe lorsque s'applique la procédure sommaire (N 113).
126. *Neuchâtel*, nous l'avons vu (N 113), prévoit le dépôt d'une requête écrite sommairement motivée¹⁹⁷. *Genève* exige une requête adressée au Tribunal de protection par écrit ou par voie électronique à l'adresse de la juridiction et comprenant le nom, le prénom et l'adresse de son auteur¹⁹⁸. Le canton de *Vaud* mentionne le dépôt d'une requête, par quoi on vise sans doute un acte écrit, comme

¹⁹⁴ La jurisprudence, toujours d'actualité sous l'empire du CPC selon nous, le retient en matière de compétence locale (ATF 119 II 66, consid. 2a, JdT 1994 I 112 ; voir également ATF 122 III 249, consid. 3b/bb-c, JdT 1997 I 25 ; 133 III 295, consid. 6.2, JdT 2008 I 160, RSPC 2007 233 ; 134 III 27, consid. 6.2, RSPC 2008 234). Il devrait en aller de même en matière de compétence matérielle, voir CPC-BOHNET, art. 60 N 11. Pour Berne, voir BSK Erw.Schutz-AUER/MARTI, art. 444 N 32.

¹⁹⁵ ATF 137 III 217, consid. 2.4.3, et les réf.

¹⁹⁶ BSK Erw.Schutz-AUER/MARTI, art. 444 N 35.

¹⁹⁷ Art. 16 P-LAPEA NE.

¹⁹⁸ Art. 33 P-LACC GE.

pour le signalement¹⁹⁹. A *Berne*, on parle aussi du dépôt d'une requête, écrite apparemment, dans la langue officielle de l'arrondissement administratif concerné²⁰⁰. En *Valais*, la loi parle du dépôt d'une requête²⁰¹, là également par écrit *a priori*. Manifestement, l'acte doit mentionner le nom et l'adresse de son auteur.

127. Cependant, *si la personne concernée est mentionnée* dans l'acte, la requête devra dans tous les cas faire l'objet d'une vérification de l'autorité de protection, compte tenu de son devoir d'intervenir d'office (N 90). Comme déjà mentionné (N 109), l'art. 34 al. 3 P-LACC GE doit être nuancé dans ce sens.
128. Compte de tenu de leur *droit de réplique*, les parties ont le droit de prendre connaissance et de se prononcer sur toute prise de position ou pièce versée au dossier²⁰². Elles peuvent donc déposer des observations écrites, à bref délai²⁰³.

E. Les preuves

1. Le catalogue

129. Les moyens de preuve à disposition sont pour certains décrits aux art. 446 al. 2, 2^e phr. et 447 à 449 CC. Selon l'art. 446 al. 2, 2^e phr. CC l'autorité de protection de l'adulte peut charger une tierce personne (assistant social, greffier) ou un service d'effectuer une *enquête*. Si nécessaire, elle ordonne un rapport d'*expertise*. L'autorité de protection prend également en compte les *titres* déposés au dossier ou dont elle *requiert la production*²⁰⁴. On peut le tirer indirectement de l'art. 448 al. 4 CC concernant le devoir des

¹⁹⁹ Art. 13 LAPAE VD.

²⁰⁰ Art. 45 et 46 LPEA BE.

²⁰¹ Art. 118a LACCS VS.

²⁰² ATF 133 I 100, JdT 2008 I 368.

²⁰³ ATF 133 I 100, consid. 4.8, JdT 2008 I 368 ; 133 I 98, consid. 1.2, JdT 2007 I 379 ; 132 I 42, consid. 3.3.3-3.3.4, JdT 2008 I 110. Pour des développements, voir BOHNET FRANÇOIS, Des formes orale et écrite en procédure civile suisse, RDS 2012 I, 5^e cahier à paraître.

²⁰⁴ Voir par exemple art. 50 let. c LPEA BE.

autorités administratives et des tribunaux de fournir les documents nécessaires. Des *témoins* peuvent être entendus, ce qui résulte indirectement de l'art. 448 CC concernant le devoir (et ses limites) de collaborer des tiers²⁰⁵. L'*audition de la personne concernée* (art. 447 CC) est un élément central, comme expression tant du droit d'être entendue de celle-ci que comme élément probant. L'autorité de protection peut manifestement procéder à une *inspection*, même si aucune disposition ne le mentionne²⁰⁶.

130. Une *expertise* s'impose si les *connaissances nécessaires* font défaut à l'autorité. Le message relève que cela peut se révéler nécessaire, faute de telles connaissances, pour le placement à des fins d'assistance et la limitation de l'exercice des droits civils en raison d'un trouble psychique ou d'une déficience mentale²⁰⁷.
131. L'art. 449 CC règle la problématique des *expertises psychiatriques* ne pouvant être effectuées de manière *ambulatoire* mais qui se révèlent indispensables pour l'instruction de la cause. Dans de tels cas, l'autorité de protection de l'adulte place, à cet effet, la personne concernée dans une institution appropriée, les dispositions de procédure relatives au placement à des fins d'assistance (art. 430 CC) étant applicables par analogie.
132. Si l'autorité peut confier une enquête à un tiers ou ordonner si nécessaire une expertise, elle demeure l'*organe de décision*, dont la loi exige qu'il soit au bénéfice de compétences internes interdisciplinaires²⁰⁸.

²⁰⁵ Voir par exemple les dispositions genevoise sur l'administration des preuves, art. 37 ss P-LACC GE.

²⁰⁶ Voir par exemple art. 50 let. c LPEA BE.

²⁰⁷ Message, FF 2006 6711. L'art. 374 al. 2 aCC exigeait un rapport d'expertise pour le prononcé d'une interdiction pour cause de maladie mentale ou de faiblesse d'esprit.

²⁰⁸ Message, FF 2006 6710 s.

2. L'obligation de collaborer (art. 448 CC)

133. L'art. 448 al. 1, 1^{ère} phr. CC oblige les personnes parties à la procédure (N 60 ss) et les tiers à *collaborer à l'établissement des faits*. On pense en particulier à leur audition et à la production de documents. Cependant, la sauvegarde d'*intérêts dignes de protection* peut imposer la prise de mesures par l'autorité, par exemple le caviardage de documents (art. 448 al. 1, 2^e phr. CC).
134. L'art. 448 al. 1, 3^e phr. CC fournit une base légale pour ordonner l'exécution par la *contrainte* le cas échéant. A notre sens, il peut s'agir tant d'une contrainte directe qu'indirecte, mais celle-ci doit être précisée au niveau cantonal. *Genève* et *Vaud* rappellent la possibilité pour l'autorité de décerner des *mandats d'amener* contre la personne concernée²⁰⁹. *Berne* indique que si des personnes participant à la procédure ou des tiers refusent de collaborer, l'autorité de protection de l'adulte et de l'enfant peut, moyennant respect du principe de proportionnalité, ordonner que l'obligation de collaborer soit accomplie sous la contrainte, demander l'assistance de la police ou infliger une amende d'ordre de 5 000 francs au plus²¹⁰.
135. Certains *professionnels* sont *exemptés* de l'obligation de collaborer. Il s'agit selon l'art. 448 al. 2 CC des ecclésiastiques, des avocats, des défenseurs en justice (expression désuète tirée de l'art. 321 CP), des médiateurs ainsi que des précédents curateurs nommés pour la procédure. D'autre sont soumis à un *régime particulier* (art. 448 al. 3 CC) : les médecins, les dentistes, les pharmaciens, les sages-femmes ainsi que leurs auxiliaires ne sont tenus de collaborer que si la personne concernée les y a autorisés ou que, à la demande de l'autorité de protection de l'adulte, l'autorité supérieure (art. 321 al. 2 CP) les ait *déliés du secret professionnel*.

²⁰⁹ Art. 15 al. 6 LAPAE VD ; art. 40 al. 3 P-LACC GE.

²¹⁰ Art. 50 al. 2 LPEA BE.

136. A notre sens, la *correspondance d'avocat* ne devrait pas pouvoir être utilisée, quelle que soit la personne qui la détient, comme le retient d'ores et déjà l'art. 160 al. let. b CPC et l'art. 264 al. 1 let. a CPP²¹¹.
137. L'art. 448 al. 4 CC impose aux *autorités administratives* et aux *tribunaux* l'obligation de fournir les documents nécessaires, d'établir les rapports officiels et de communiquer les informations requises, à nouveau à moins que des intérêts dignes de protection ne s'y opposent. Le message précise à cet égard que le droit pour la personne concernée de consulter le dossier (art. 449b CC) peut porter atteinte à des intérêts privés de tiers ou à des intérêts publics, si bien qu'une demande d'assistance administrative devrait en principe être faite en la forme écrite et être motivée²¹².

3. L'administration des preuves

138. Les cantons règlent les modalités de l'administration des preuves. Plusieurs indiquent qu'un *procès-verbal* est dressé lors des auditions. Dans le canton de *Vaud* par exemple, les dépositions sont résumées au procès-verbal de l'audience dans ce qu'elles ont d'utile à retenir, et sont signées par l'auteur²¹³. A *Genève*, les dépositions sont résumées au procès-verbal de l'audience dans ce qu'elles ont d'utile à retenir. Le procès-verbal est signé par le président et par son greffier²¹⁴. Dans le canton de *Berne*, l'essentiel du contenu de l'audition est consigné au procès-verbal²¹⁵. En *Valais*, les éléments essentiels de l'audition sont consignés au procès-verbal²¹⁶. Là où la loi est muette (*Fribourg* et *Neuchâtel*), il convient d'appliquer l'art. 176

²¹¹ Voir aussi le message du Conseil fédéral du 26 octobre 2011 concernant la Loi fédérale sur l'adaptation de dispositions de procédure relatives au secret professionnel des avocats, FF 2011 7509, qui cependant n'évoque pas cette disposition du Code civil.

²¹² Message, FF 2006 6713.

²¹³ LAPAE VD, art. 15 al. 4.

²¹⁴ Art. 37 al. 3 et 4 P-LACC GE.

²¹⁵ Art. 52 al. 1 LPEA BE.

²¹⁶ Art. 118e al. 2 LACCS VS.

CPC : là aussi, l'essentiel des dépositions est consigné au procès-verbal.

139. L'*expertise* fait l'objet d'une réglementation relativement détaillée à Genève, qui précise la mission de l'expert, les règles applicables à sa récusation, les exigences quant à son rapport et sa comparution à l'audience, les délais et les sanctions en cas de refus d'intervenir en qualité d'expert, de retard ou de négligence²¹⁷. Faute de réglementation particulière, ou de renvoi à la procédure administrative comme à Berne, ce sont les art. 183 ss CPC qui s'appliquent.
140. Quelques cantons précisent que l'instruction se poursuit en l'*absence des (autres) parties* à l'audience²¹⁸, ce qui correspond au principe de l'art. 147 al. 2 CPC.
141. La question des *citations* est aussi parfois réglée spécifiquement²¹⁹. A défaut les art. 133 CPC s'appliquent, à moins d'un renvoi à la procédure administrative, comme à Berne.

F. La décision

142. Le processus décisionnel relève des cantons²²⁰, et à défaut des art. 54 al. 4 (pas de débats publics) et 236 CPC, à moins d'un renvoi à la procédure administrative. Il en va de même de la forme de la décision. Lorsque le droit cantonal ne prévoit rien, l'art. 238 CPC en détermine le *contenu*. A notre sens, l'art. 239 CPC concernant la *communication aux parties* de la décision et sa motivation est applicable sauf règle contraire. Dès lors, une *motivation* n'est *pas impérativement nécessaire*²²¹. Elle devra le cas échéant intervenir en cas de demande d'une partie dans les dix jours dès la communication (lors de l'audience ou par notification du dispositif écrit).

²¹⁷ Art. 45 ss P-LACC GE.

²¹⁸ Art. 15 al. 6 LAPAE VD ; art. 37 al. 5 P-LACC GE.

²¹⁹ Art. 38 P-LACC GE (délai de six jours) ; art. 118*b* LACCS VS (mention de la composition de l'autorité).

²²⁰ Voir par exemple art. 61 LPEA BE. Voir aussi art. 118*c* LACCS VS.

²²¹ Plus restrictif : BSK Erw.Schutz-REUSSER, art. 450*b* N 11.

143. L'art. 449c CC prévoit que l'autorité de protection de l'adulte *communiqu*e à l'*office de l'état civil* tout placement d'une personne sous curatelle de portée générale en raison d'une incapacité durable de discernement et tout mandat pour cause d'incapacité dont fait l'objet une personne devenue durablement incapable de discernement. Dans ces cas en effet, la personne est privée du droit de vote (art. 2 de la loi fédérale sur les droits politiques). Le but est de garantir que l'autorité qui gère le fichier des électeurs en ait connaissance²²². Cette communication ne porte que sur la mesure prise, mais non pas la transmission de la décision.

G. Les frais

144. La question des frais relève du droit cantonal. Les solutions en matière de répartition sont variées. En principe, les frais sont mis à la charge de la personne concernée lors qu'une mesure est prononcée, sous réserve de diverses exceptions²²³.

VIII. Les mesures provisionnelles (art. 445 CC)

A. La fonction

145. En matière de protection de l'adulte, les mesures provisionnelles²²⁴ visent principalement à *régler provisoirement la situation juridique*, en principe dans l'attente de la décision au fond. Il s'agira essentiellement de mesures de réglementation. L'art. 445 al. 1 CC prévoit ainsi que l'autorité peut notamment ordonner une *mesure de protection* de l'adulte *à titre provisoire*. Une mesure pourrait également être prise dans certaines situations pour assurer l'*administration d'une preuve*.

²²² Message, FF 2006 6715.

²²³ Art. 19 LAPAE VD ; art. 63 LPEA BE ; art. 6 LPEA FR ; art. 53 P-LACC GE.

²²⁴ Sur les fonctions des mesures provisionnelles en général, voir ATF 131 III 473 consid. 2.2, RSPC 2006 69 et les réf. ; 127 III 496 consid. 3b/bb ; CPC-BOHNET, art. 262 N 1 ss ; BSK ZPO-SPRECHER, art. 262 N 2 et les réf.

B. Le catalogue

146. L'art. 445 CC ne comprend pas de catalogue des mesures envisageables (comp. art. 262 CPC). Il se contente d'indiquer qu'il s'agit de toutes mesures provisionnelles nécessaires pour la durée de la procédure et donne l'exemple d'une mesure de protection de l'adulte à titre provisoire.
147. L'autorité de protection peut par exemple priver provisoirement de l'exercice des droits civils la personne qu'elle place sous curatelle générale, afin que la mesure entre immédiatement en force²²⁵.

C. Les conditions

148. Une mesure provisoire suppose que l'instance soit *pendante* (N 112 ss), puisqu'elle est ordonnée « pendant la durée de la procédure »²²⁶. Pratiquement, l'autorité de protection peut ouvrir la procédure et en même temps prononcer la mesure provisionnelle.
149. La mesure doit être *proportionnée aux intérêts menacés* : l'art. 445 al. 1 CC parle de « mesure nécessaire »²²⁷.

D. Les règles de procédure

150. Les mesures provisoires peuvent être prises d'office ou sur requête d'une partie à la procédure (art. 445 al. 1 CC), dès l'ouverture du dossier (N 148).
151. Les parties doivent être *entendues* (art. 29 al. 2 Cst ; N 98). En cas d'urgence particulière, des mesures *superprovisionnelles* peuvent être prises (art. 445 al. 2 CC ; comp. art. 265 CPC). Dans ce cas, l'occasion est immédiatement donnée aux parties de prendre

²²⁵ Comp sous l'ancien droit, TF, RSPC 2008 54.

²²⁶ BSK Erw.Schutz-AUER/MARTI, art. 444 N 14.

²²⁷ Le message, FF 2006 6709, note pour sa part que « le principe de la proportionnalité n'est pas spécialement mentionné dès lors qu'il peut être considéré comme inhérent au but d'une mesure provisoire dont la durée est limitée à celle de la procédure et qui sera probablement remplacée ultérieurement par une mesure définitive ».

position avant le prononcé des mesures provisionnelles, qui peut révoquer, modifier ou confirmer les mesures antérieures.

IX. Le recours (art. 450 ss CC)

A. La qualité et l'intérêt pour recourir (art. 450 al. 2 CC)

152. Toute *partie* à la procédure devant l'autorité de protection (N 60 ss) a qualité pour recourir contre un prononcé dont le dispositif ne lui donne pas (entièrement) raison.
153. C'est également le cas des *personnes proches* (N 72 ss) qui n'auraient pas été parties devant l'autorité de protection.
154. Les personnes, non parties en première instance, qui ont un *intérêt juridique* à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée ont également qualité pour recourir (N 84 s).
155. En toute hypothèse, la recevabilité du recours suppose un *intérêt*, qui doit exister jusqu'au prononcé. Tel n'est par exemple plus le cas en matière de recours contre une mesure superprovisionnelle lorsque celle-ci est levée dans les dix jours à compter de sa notification²²⁸.

B. Les décisions attaquables (art. 450 al. 1 et 445 al. 3 CC)

156. Les *décisions finales* de l'autorité de protection sont susceptible d'un recours (art. 450 al. 1 CC) : il peut s'agir d'une décision au fond ou, le cas échéant, d'une décision de classement du dossier.
157. Toute décision relative aux *mesures provisionnelles* peut également faire l'objet d'un recours (art. 445 al. 3 CC). Par la mention de « toute décision », la loi précise que les *mesures superprovisionnelles* peuvent aussi être attaquées. Le message relève qu'il en va ainsi parce que de telles mesures peuvent porter une atteinte profonde à la personnalité de la personne concernée et que la procédure pour ordonner une

²²⁸ FF 2006 6710.

mesure provisoire ordinaire peut être relativement longue lorsque plusieurs personnes parties à la procédure doivent être entendues²²⁹.

158. Qu'en est-il des *autres décisions*, en particulier les décisions incidentes et les décisions d'instruction ? Selon le message, l'art. 450 CC ne régleme que les recours contre les décisions finales et provisionnelles²³⁰. A vrai dire, cette disposition parle simplement de décision, sans définir celle-ci, si bien que l'on pourrait également soutenir que le recours est ouvert contre toute décision²³¹. Il est cependant probable que le législateur n'ait pas entendu ouvrir sans limite le recours contre les décisions incidentes et d'instruction et qu'il ait décidé de ne pas réglementer cette question – ce qui est particulièrement regrettable –, contrairement à l'Avant-projet de loi fédérale réglant la procédure devant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte²³².
159. Faute de réglementation cantonale particulière, il conviendra d'appliquer par analogie les *principes du CPC* ou ceux de la procédure administrative si le droit cantonal y renvoie²³³. C'est donc la voie de l'appel au sens de l'art. 308 al. 1 let. a CPC qui semble ouverte contre une décision incidente en matière de compétence par exemple, alors que les décisions d'instruction peuvent faire l'objet d'un recours au sens des art. 319 ss CPC.

²²⁹ FF 2006 6710.

²³⁰ FF 2006 6716 : « Le recours contre les décisions préjudicielles, par exemple celles sur la récusation, la nomination d'un curateur, la suspension de la procédure ou l'obligation de collaborer, n'est pas réglé par le présent projet ».

²³¹ Dans ce sens SCHMID (n. 5), art. 450 N 15 s. Selon CHK-STECK, art. 450 N 20 (*idem* BSK Erw.Schutz-STECK, art. 450 N 24), un recours immédiat (sous peine de déchéance) est ouvert contre les décisions en matière de compétence et de récusation en vertu des art. 450 ss CPC, les autres décisions incidentes ne pouvant être attaquées qu'en cas de risque de préjudice difficilement réparable.

²³² L'art. 45 al. 2 AP retenait la possibilité d'attaquer les décisions préparatoires relatives à la récusation (art. 13), la nomination d'un curateur dans la procédure (art. 30 et 40), la suspension de la procédure (art. 19) et l'obligation de collaborer (art. 27 à 29) ainsi que les autres décisions préparatoires si elles menaçaient de causer un préjudice irréparable ou si le recours permettait de réaliser une économie de temps et de frais importante.

²³³ Message, FF 2006 6716.

160. Si le recours doit être ouvert sans condition (et immédiatement, sous peine de déchéance, art. 237 al. 2 CPC) contre une *décision incidente* (à savoir une décision qui, si elle est renversée, aboutit à une décision finale, art. 237 CPC), une *décision d'instruction* ne peut être attaquée qu'en cas de risque de préjudice irréparable (art. 319 let. b ch. 1 CPC), à moins qu'elle ne porte sur un point pour lequel le CPC prévoit un recours immédiat (récusation par exemple, art. 50 al. 2 CPC).
161. L'*appel au juge* au sens de l'art. 439 CC n'est pas un recours, mais la saisine du juge chargé de statuer lorsque le placement a été ordonné par un médecin ou lorsqu'il s'agit de certaines décisions prises par l'institution (N 22). Le prononcé de ce juge peut ensuite faire l'objet d'un recours au sens de l'art. 450 CC²³⁴.
162. L'« *appel* » prévu par l'art. 419 CC contre les décisions du curateur est une saisine de l'autorité de protection, dont le prononcé pourra faire l'objet d'un recours au sens de l'art. 450 CC²³⁵.

C. Les motifs (art. 450a CC)

163. Le recours peut être formé pour violation du droit, constatation fautive ou incomplète des faits pertinents ou inopportunité de la décision (art. 450a al. 1CC). Les motifs sont donc larges, sur le modèle de la procédure administrative de recours.
164. Le déni de justice ou le retard injustifié peuvent également faire l'objet d'un recours (art. 450a al. 2 CC).
165. Le tribunal de recours n'est pas lié par les motifs invoqués. Il applique le droit d'office (N 90).

D. La forme et la motivation (art. 450 al. 3 CC)

166. L'acte de recours doit être *écrit* et *motivé*. Il est *adressé* à l'instance de recours (art. 450 al. 3 CC). En cas d'acte non signé, envoyé par fax

²³⁴ Message, FF 2006 6715.

²³⁵ Message, FF 2006 6715.

ou par simple email, un délai supplémentaire doit être accordé au recourant pour rectifier son acte sur ce point (comp. art. 132 al. 1 et 45 al. 2 LTF qui expriment un principe général).

167. Une *motivation sommaire*, mais qui permet de saisir de quoi se plaint le recourant, est suffisante²³⁶.
168. En matière de *placement à des fins d'assistance*, le recours n'a pas à être motivé (art. 450e al. 1 CC).

E. Les délais (art. 450b CC)

169. Le délai de recours est de *30 jours* à compter de la notification de la décision (art. 450b al. 1, 1^{ère} phr. CC). A notre sens, si la décision est tout d'abord notifiée sans motivation conformément à la règle du CPC (N 142)²³⁷, le délai de 30 jours part dès la notification de la décision motivée.
170. Le *dies a quo* vaut aussi pour les personnes ayant qualité pour recourir auxquelles la décision ne doit pas être notifiée (art. 450 al. 1, 2^e phr. CC). Il en va de la sécurité du droit. Le délai échu, il leur reste la possibilité de demander la modification ou la levée de la mesure²³⁸.
171. En matière de *placement à des fins d'assistance*, le délai est de *dix jours* à compter de la notification de la décision (art. 450 al. 2 CC). Il en va de même en matière de *mesures (super)provisionnelles* (art. 445 al. 3 CC) et pour les *décisions d'instruction* (art. 321 al. 2 CPC) lorsque le recours des art. 319 ss CPC est ouvert²³⁹.

²³⁶ Message, FF 2006 6717 ; SCHMID (n. 5), art. 450a N 27.

²³⁷ Le message, FF 2006 6717, semble admettre cette possibilité : « Les dispositions de la procédure civile s'appliquent par analogie, en complément, à la notification et au délai si les cantons n'en disposent pas autrement ». Plus restrictif : BSK Erw.Schutz-REUSSER, art. 450b N 11.

²³⁸ Message, FF 2006 6718.

²³⁹ Comp. BSK Erw.Schutz-REUSSER, art. 450b N 8.

172. Le recours peut être déposé en tout temps en cas de *déni de justice* ou de retard injustifié (art. 450 al. 3 CC).

F. Les effets (art. 450c CC)

173. Un recours est assorti d'un *effet suspensif*. Il en va ainsi à moins que l'autorité de protection de l'adulte ou l'instance judiciaire de recours n'en décide autrement (art. 450c CC). A notre sens, il s'agit là, pour la seconde, d'un rappel de sa faculté d'ordonner des mesures provisoires une fois la procédure pendante devant elle²⁴⁰.
174. En matière de *placement à des fins d'assistance*, le recours est privé d'effet suspensif sauf décision contraire de l'autorité de protection de l'adulte ou de l'instance judiciaire de recours (art. 450e al. 2 CC).

G. Le pouvoir d'examen de l'instance de recours

175. Le recours a un effet dévolutif²⁴¹. La *maxime d'office* (dans le cadre d'un recours pendant, N 91) et la *maxime inquisitoire* régissent la procédure devant le tribunal de recours²⁴². Celui-ci peut ordonner toute mesure probatoire utile, convoquer les parties à une ou plusieurs audiences²⁴³. A notre avis, les faits et preuves nouveaux (*novas* et *pseudo-novas*) peuvent être pris en compte par l'instance de recours, en vertu de l'art. 446 CC²⁴⁴.
176. L'instance de recours dispose ainsi d'un *plein pouvoir d'examen*, en fait comme en droit. Elle n'est pas liée par les motifs invoqués. Il n'y a pas d'interdiction de la *reformatio in peius*²⁴⁵.

²⁴⁰ Comp., sous l'ancien droit, TF, RSPC 2008 54.

²⁴¹ Message, FF 2006 6715.

²⁴² Message, FF 2006 6715 s.

²⁴³ Voir art. 20 al. 2 LAPAE VD ; plus restrictif : art. 54 al. 5 P-LACC GE.

²⁴⁴ *Contra* : BSK Erw.Schutz-STECK, art. 450 N 7, qui considère que ce point relève du droit cantonal.

²⁴⁵ BSK Erw.Schutz-STECK, art. 450a N 8.

177. En matière de *placement à des fins d'assistance*, toute décision relative à des troubles psychiques doit être prise sur la base d'un *rapport d'expertise* (art. 450e al. 3 CC). Il peut, le cas échéant, s'agir de celui requis par l'autorité de protection²⁴⁶. L'instance judiciaire de recours *entend la personne* concernée, en principe en plénum. Elle ordonne si nécessaire sa *représentation* et lui désigne un curateur expérimenté en matière d'assistance et dans le domaine juridique (art. 450e al. 4 CC). Le prononcé intervient en principe *dans les 5 jours* ouvrables suivant le dépôt du recours (art. 450e al. 5 CC).

***H. La prise de position de l'autorité de protection de l'adulte
(art. 450d CC)***

178. L'autorité de protection n'est pas partie à la procédure de recours. L'instance de recours doit cependant lui accorder un délai pour *formuler ses observations* éventuelles (art. 450d al. 1 CC), à moins que le recours soit manifestement irrecevable, une prise de position étant superflue dans un tel cas²⁴⁷. Le délai devrait être bref et dans tous les cas ne pas dépasser celui du recours, par soucis d'équité²⁴⁸. Une prolongation n'est pas exclue²⁴⁹.
179. L'instance de recours peut exiger de l'autorité de protection une prise de position sur certains points, en vertu de son pouvoir d'instruire la cause d'office (art. 446 al. 2 CC)²⁵⁰.

²⁴⁶ Message, FF 2006 6719.

²⁴⁷ BSK Erw.Schutz-REUSSER, art. 450d N 6 ss.

²⁴⁸ BSK Erw.Schutz-REUSSER, art. 450d N 13.

²⁴⁹ Comp. art. 144 al. 2 CPC.

²⁵⁰ Message, FF 2006 6718 ; KUKO ZGB-STECK, art. 450d N 2 ; BSK Erw.Schutz-REUSSER, art. 450d N 16.

180. L'autorité de protection peut décider de *reconsidérer sa décision* (art. 450d al. 2 CC), ce qui déroge au principe de l'effet dévolutif du recours. Elle doit l'annoncer, d'après le message²⁵¹, avant que les autres parties à la procédure n'aient pris position sur le recours. Dans un tel cas, la procédure de recours devra être suspendue, dans l'attente du nouveau prononcé de l'autorité de protection²⁵². La reconsidération permet le cas échéant à l'autorité d'adopter une mesure plus sévère que celle objet du recours²⁵³. En cas de reconsidération, le recours devient alors sans objet, à condition toutefois que la nouvelle décision porte sur l'ensemble des points visés par la précédente²⁵⁴. Cette décision peut elle-même faire l'objet d'un recours²⁵⁵.
181. En dehors d'une procédure de recours, l'autorité de protection peut toujours réexaminer une situation et modifier ou supprimer les mesures prises ou en adopter d'autres²⁵⁶.

²⁵¹ Message, FF 2006 6718; voir BSK Erw.Schutz-REUSSER, art. 450d N 22.

²⁵² Message, FF 2006 6718 ; BSK Erw.Schutz-REUSSER, art. 450d N 25.

²⁵³ Message, FF 2006 6718.

²⁵⁴ BSK Erw.Schutz-REUSSER, art. 450d N 29.

²⁵⁵ BSK Erw.Schutz-REUSSER, art. 450d N 26 s.

²⁵⁶ BSK Erw.Schutz-REUSSER, art. 450d N 31.