



Genève, le 15 janvier 2020

Le Conseil d'Etat

6350-2019

Département fédéral de justice et police
(DFJP)
Madame Karin Keller-Sutter
Conseillère fédérale
Palais fédéral Ouest
3003 Berne

Concerne : ordonnance concernant l'information sur des mesures de protection de l'adulte : ouverture d'une procédure de consultation

Madame la Conseillère fédérale,

Nous avons bien reçu votre courrier du 27 septembre 2019, par lequel vous invitez les gouvernements cantonaux à se prononcer sur l'objet cité en titre, et vous en remercions.

Après avoir pris connaissance de l'avant-projet d'ordonnance et du rapport explicatif, nous vous faisons part ci-après de nos commentaires.

De manière générale, il convient de relever que l'ordonnance proposée ne porte que sur des mesures de protection de l'adulte, alors que l'article 451 du Code civil suisse (CC) qui en est le fondement, trouve application également dans le cadre de la protection de l'enfant. Partant, la question de la demande du parent qui souhaite pouvoir prouver qu'il est titulaire de l'autorité parentale n'est pas réglée par le texte soumis à consultation. L'ordonnance traitant de la compétence de l'autorité de protection de l'adulte et de l'enfant (ci-après « APEA »), les questions relatives à la délivrance des documents en lien avec les mesures de protection de l'enfant devraient également être prévues dans la proposition.

Par ailleurs, une harmonisation serait souhaitable entre l'ordonnance proposée et les articles 38 de la Convention sur la protection internationale des adultes (CLaH 2000, RS 0.211.232.1) et 40 de la Convention concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (CLaH96, RS 0.211.231.011), notamment en lien avec le contenu du document délivré.

En outre, le texte soumis à consultation ne s'intéresse qu'aux curatelles pouvant limiter l'exercice des droits civils et aux mandats pour cause d'inaptitude dont la validité aurait pu être constatée en raison de l'incapacité de discernement de la personne concernée (art. 363 al. 3 CC). La constatation de la représentation légale du conjoint ou du partenaire enregistré (art. 376 al. 1 CC) induit les mêmes effets et devrait, en ce sens, être visée par l'ordonnance. Il pourrait en être de même de la constatation des pouvoirs du représentant dans le domaine médical (art. 381 al. 2 1^{ère} hyp. CC), par exemple si le requérant de l'information est membre du corps médical et doute de la capacité de discernement de son patient pour se déterminer sur un traitement ou une intervention chirurgicale. Il pourrait aussi en être de même pour un

placement à des fins d'assistance (art. 426 CC), mesure qui entraîne, de par son effet, une limitation de la faculté de choisir son lieu de résidence, par exemple si le requérant est une institution d'aide à domicile qui doute de l'utilité de faire venir quotidiennement des repas et une aide de ménage à demeure.

Le principe de proportionnalité (art. 389 al. 2 CC) implique qu'une personne incapable de discernement ne sera pas nécessairement placée sous curatelle de portée générale ou sous mesure limitant l'exercice de ses droits civils, ceux-ci étant éteints par le seul effet de la loi (art. 18 CC). L'on pensera notamment à la personne incapable de discernement entrant en établissement médico-social qui est légalement représentée en vertu de l'art. 382 al. 3 CC et dont la prise en charge par l'institution de placement suffit par la suite (art. 389 al. 1 ch. 1 CC). Dans un tel cas, l'APEA, qui sait que la personne est incapable de discernement, devrait en application des dispositions proposées délivrer un document attestant de l'absence de mesures de protection pouvant être interprété par le cocontractant potentiel comme une preuve de la capacité de l'exercice des droits civils. L'ordonnance devrait donc permettre de donner toutes les informations utiles à la fidélité contractuelle ou à la protection de la personne concernée lorsqu'il est su de l'autorité de protection compétente que l'intéressé est incapable de discernement et ne dispose plus de l'exercice des droits civils, indépendamment de la mesure prononcée ou existant de plein droit.

Enfin, vous trouverez en annexe de la présente différentes remarques spécifiques, relatives à des dispositions particulières de l'avant-projet d'ordonnance.

En vous remerciant de l'attention que vous prêterez à ces lignes, nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de notre haute considération.

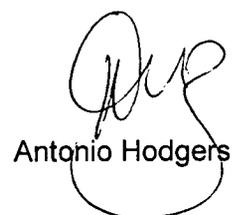
AU NOM DU CONSEIL D'ÉTAT

La chancelière :



Michèle Righetti

Le président :



Antonio Hodgers

Annexe mentionnée

Copie à : sibyll.walter@bj.admin.ch

**Ordonnance concernant l'information sur des mesures de protection de l'adulte :
ouverture d'une procédure de consultation**

Prise de position du Conseil d'Etat de la République et Canton de Genève

Des commentaires spécifiques relatifs à des dispositions particulières sont formulés ci-après.

Art. 2 (rapport explicatif p. 6, 2^{ème} paragraphe)

Si seules les personnes disposant de l'exercice des droits civils peuvent déposer des demandes d'information, cela signifie que la personne protégée par une curatelle limitant l'exercice de ses droits civils (art. 394 al. 2, 396 ou 398 CC) ne peut pas déposer de demande pour elle-même. La situation qui en découlerait ne semble pas conforme à la teneur littérale des art. 4 al. 1 et 7 al. 2 de l'ordonnance, qui ne restreignent pas la qualité pour requérir.

Art. 2 al. 2

L'art. 444 al. 2 CC, de rang légal supérieur, s'impose à l'ordonnance, ce qui implique que l'APEA ne se contente pas de refuser la demande mais qu'elle la transmette à l'autorité de protection compétente.

Art. 5 al. 1 lit. a

Le représentant « de la personne concernée » se réfère en réalité au représentant « du demandeur », la terminologie devrait être rectifiée pour éviter une confusion avec le représentant de la personne faisant l'objet de la mesure de protection.

Art. 9 al. 2

Un délai de traitement de deux jours n'est pas envisageable en pratique compte tenu de la masse à traiter : en 2018, le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant a dû délivrer 3'156 certificats de capacité civile, étant précisé que ne sont pas visés dans ces chiffres les attestations d'autorité parentale et les certificats prévus aux articles 38 CLaH 2000 et 40 CLaH96.

En outre, un délai si bref est incohérent avec les délais imposés pour des matières ayant un réel impact sur les droits des parties (p. ex. placement à des fins d'assistance, art. 450e al. 5 CC : 5 jours).

La mention d'un délai n'apparaît pas nécessaire. A tout le moins ce délai ne peut-il être inférieur à celui prévu pour la garantie judiciaire des droits de la personne (5 jours), étant rappelé que le requérant reste libre d'agir en vue de la constatation d'un retard injustifié et que, par principe, l'autorité est tenue par le principe de célérité.

Enfin, la possibilité de communiquer l'information d'une autre manière, notamment par une remise en mains propres ou par courriel, sécurisé ou non (art. 139 CPC), pour un document muni d'une signature électronique qualifiée devrait être réservée. Les règles de notification ne peuvent être plus restrictives que celles découlant des lois de procédures applicables (art. 450f CC et lois cantonales).

Art. 10

Les émoluments en lien avec les mesures de protection de l'adulte et de l'enfant sont réglés par les cantons par l'effet de l'art. 450f CC, lequel renvoie à l'art. 96 CPC. La délégation faite au Conseil fédéral par l'art. 451 al. 1 *in fine* CC porte, dans son sens littéral, sur le mode de transmission de l'information (« transmises de manière simple, rapide et unifiée ») mais non sur le coût de cette transmission dont la compétence de fixation reste dévolue au législateur cantonal par l'effet des dispositions précitées.

Par conséquent, l'ordonnance ne devrait pas pouvoir régler l'aspect financier de la matière. En outre, le canton de Genève a investi dans les prestations en ligne à la population, notamment pour délivrer des « certificats de capacité civile », lesquels anticipaient la délivrance unifiée des informations telles que prévues par l'ordonnance (cf. notamment le projet de loi PL 11800). L'émolument demandé par acte est de CHF 50.- en application du tarif cantonal des frais en matière civile.

Art. 11

L'article 11 du projet fait mention des décisions prises par l'APEA alors que le reste de l'ordonnance ne fait pas expressément mention de « décisions » à prendre; l'on comprendra qu'il s'agit du choix de communiquer ou non l'information sollicitée.

En pratique, les informations sont actuellement communiquées par les collaborateurs administratifs de l'autorité sans passer par la voie décisionnelle formelle, soit par une délibération de l'autorité pluridisciplinaire (art. 440 al. 2 CC). Considérer la délivrance d'informations comme une « décision » obligerait chaque canton soit à légiférer pour faire entrer cette compétence dans les exceptions prévues à l'art. 440 al. 2 CC, soit à faire siéger son autorité en composition pluridisciplinaire.

Dans les cantons connaissant une organisation judiciaire de l'autorité de protection de l'adulte et de l'enfant comme Genève, cette compétence devrait revenir à un juge unique (cf. art. 5 LaCC). Cette solution est dénuée de pertinence compte tenu de l'effet et de l'importance de l'acte considéré. Si l'ordonnance doit prévoir une voie de recours contre les refus de communication d'information, il est ainsi préférable qu'elle ne fasse pas mention de « décisions » formelles.

Par ailleurs, le seul renvoi à l'art. 450 CC implique que la décision de l'APEA soit soumise aux délais ordinaires de recours, soit trente jours (art. 450b al. 1 CC) et à l'effet suspensif d'office (art. 450c CC). Un délai de recours aussi long pour un acte administratif qui devrait, de plus, être délivré dans les deux jours ouvrables (art. 9 al. 2), ne semble pas adéquat. En ce sens et au vu de la remarque faite précédemment, il apparaîtrait plus adéquat d'ouvrir, dans l'ordonnance, une voie de droit spéciale pour les actes considérés dont le délai n'excéderait pas dix jours.

La question du pouvoir de cognition de l'autorité de recours doit aussi être réglée car il ne semble ni utile ni nécessaire de réserver à l'instance judiciaire de recours la faculté de revoir la délivrance des informations en opportunité (art. 450a al. 1 ch. 3 CC).

Le sort des informations délivrées durant la procédure de recours doit aussi être éclairci (effet suspensif) : il s'agit de savoir si le requérant peut se servir des données délivrées ou s'il doit attendre l'issue du recours. En définitive, il semble plus conforme, vu la nature de l'acte à délivrer par l'APEA, de renvoyer aux dispositions applicables au recours en procédure sommaire au sens du CPC (art. 319ss CPC).
