



Loi portant introduction du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte (LiPEA)

Table des matières

1. Synthèse	1
2. Contexte	2
2.1 Révision du droit de la tutelle	2
2.2 Délai d'adaptation des dispositions cantonales d'exécution	3
2.3 Travaux préliminaires	4
3. Caractéristiques de la nouvelle réglementation.....	5
3.1 Objectif du projet	5
3.2 Onze APEA cantonales et une APEA bourgeoisiale.....	6
3.3 Collaboration avec des services administratifs ainsi qu'avec des personnes ou organisations chargées de tâches publiques.....	7
3.4 La JCE en qualité d'autorité de surveillance	7
3.5 Un nouveau Tribunal de la protection de l'enfant et de l'adulte en qualité d'instance judiciaire de recours	7
3.6 Dispositions procédurales contenues dans la législation spéciale	8
3.7 Prétentions récursoires contre l'auteur du dommage.....	9
4. Commentaires des articles	9
5. Place du projet dans le programme gouvernemental de législature (programme législatif) et dans d'autres planifications importantes	41
6. Répercussions financières.....	41
7. Répercussions sur le personnel et l'organisation	44
8. Répercussions sur les communes	45
9. Répercussions sur l'économie	45
10. Résultat de la procédure de consultation / consultation	45
11. Proposition / propositions	45

Rapport présenté par le Conseil-exécutif au Grand Conseil concernant la loi portant introduction du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte (LiPEA)

1. Synthèse

La révision du Code civil suisse (CCS) concernant la protection de l'adulte, le droit des personnes et le droit de la filiation entrera probablement en vigueur le 1^{er} janvier 2013, voire le 1^{er} janvier 2014, et il appartient au canton de Berne d'adapter, à cette date, l'organisation de la protection de l'enfant et de l'adulte aux exigences de la Confédération. Le nouveau droit fédéral prévoit de confier la mise en œuvre à des autorités interdisciplinaires dont les décisions pourront être attaquées directement devant une instance judiciaire de recours.

Les nouvelles consignes fédérales impliquent que le canton de Berne mette en place une organisation totalement inédite. Compte tenu de la déclaration de planification du Grand Conseil du 27 janvier 2010, les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA) doivent être instituées au niveau des arrondissements administratifs, à la réserve près que l'arrondissement de Berne – Mittelland en comptera trois, tandis que les arrondissements du Haut-Simmental et de Gessenay ainsi que de Frutigen et du Bas-Simmental auront une autorité commune. Par ailleurs, les tâches des autorités de protection de l'enfant et de l'adulte peuvent être exercées également par les communes bourgeoises. Le présent projet prévoit donc la création de onze APEA cantonales et d'une APEA bourgeoise. Les nouvelles autorités prennent leurs décisions en collège, dans une composition de trois membres. Elles se substituent aux autorités de tutelle, à savoir aux autorités tutélaires communales, aux préfetures et à la Chambre des orphelins de la commune bourgeoise de Berne. Leurs membres doivent être spécialistes de l'une des disciplines essentielles de la protection de l'enfant et de l'adulte (droit, travail social, pédagogie, psychologie ou médecine), car il est impératif que chaque autorité dispose en son sein des connaissances scientifiques et techniques requises. Les APEA bénéficient du soutien d'un secrétariat qui leur est propre et qui accomplit des tâches dans les domaines des enquêtes et des conseils, de la révision ainsi que de l'administration.

L'interdisciplinarité qui caractérise le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte implique que les APEA coopèrent avec divers services publics ainsi qu'avec des tiers chargés des mesures de droit civil pour la protection de l'enfance, du droit pénal des mineurs, d'autres formes d'aide à la jeunesse ou de tâches connexes. Elles confieront par conséquent des enquêtes et des tâches de conseil à des organes qui travaillent aujourd'hui déjà dans le domaine de la tutelle, à savoir les services sociaux communaux ou régionaux de même que les offices de tutelle et de curatelle. Par ailleurs, les nouvelles autorités seront appelées à collaborer, entre autres, avec les préfetures et les organes de police du canton et des communes.

En leur qualité d'autorités administratives cantonales décentralisées, les APEA doivent être placées, aux plans administratif, organisationnel et technique, sous la surveillance du Conseil-exécutif ou de la Direction de la justice, des affaires communales et des affaires ecclésiastiques (JCE). L'instance judiciaire de recours prévue est la Cour suprême, dont la Section civile sera dotée d'un Tribunal de la protection de l'enfant et de l'adulte. Ce tribunal remplacera l'actuelle Commission de recours en matière de privation de liberté à des fins d'assistance, et se chargera en outre de tâches accomplies jusqu'ici par la Cour d'appel.

Il y a lieu d'édicter des normes de procédure spéciales tenant compte des exigences spécifiques du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte qui seront applicables en sus des dispositions ponctuelles du CCS révisé ayant trait aux procédures de première et de deuxième instance. Le présent projet de loi règle tous les aspects procéduraux importants et renvoie pour le surplus à la loi sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA) tenant lieu de droit complémentaire.

2. Contexte

2.1 Révision du droit de la tutelle

Depuis l'entrée en vigueur du *Code civil suisse (CCS)*¹ en 1912, le droit de la tutelle n'a guère subi de modifications, à l'exception des dispositions sur la privation de liberté à des fins d'assistance, et il ne répond plus aux conceptions ni aux besoins actuels. Au terme de vastes travaux préparatoires, le Conseil national et le Conseil des Etats ont donc adopté le 19 décembre 2008, avec deux oppositions seulement, la révision du CCS concernant la protection de l'adulte, le droit des personnes et le droit de la filiation. Il n'a pas été fait usage du droit de référendum dans le délai imparti. Ainsi, l'actuel droit de la tutelle sera remplacé le 1^{er} janvier 2013, voire le 1^{er} janvier 2014, par le nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte. Celui-ci sera applicable à toutes les procédures pendantes au moment de son entrée en vigueur (art. 14, al. 1 et 14a, al. 1 et 2 tit. fin. CCS).

Les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA) qui seront appelées à se prononcer sur l'ensemble des mesures de protection sont l'un des éléments essentiels du CCS révisé. Elles devront être composées de manière interdisciplinaire, comme l'indique sans ambiguïté l'article 440 CCS révisé (le terme allemand de «*Fachbehörde*» est moins explicite). Les cantons, chargés de mettre les APEA en place, peuvent choisir librement entre une autorité administrative et une autorité judiciaire. Quelle que soit la solution retenue, les membres de l'autorité doivent être des spécialistes de l'une des disciplines essentielles de la protection de l'enfant et de l'adulte, car il est impératif que l'autorité dispose en son sein des connaissances scientifiques et techniques requises. Selon le message du Conseil fédéral, l'autorité doit comprendre dans tous les cas un juriste afin de garantir une application correcte du droit. En outre, selon le cas à régler, les membres devraient posséder des compétences psychologiques, sociales, pédagogiques, comptables, actuarielles ou médicales².

L'une des principales raisons de la nouvelle organisation réside dans le fait que la palette des tâches s'est considérablement élargie par rapport au droit en vigueur, et que les exigences qualitatives vont augmenter. Ainsi, l'APEA aura désormais à se prononcer également, dans le domaine de la protection de l'adulte, sur le mandat pour cause d'inaptitude (art. 360 ss CCS révisé), les directives anticipées du patient (art. 370 ss CCS révisé), les mesures appliquées de plein droit aux personnes incapables de discernement (représentation par le conjoint ou par le partenaire enregistré [art. 374 ss CCS révisé], représentation dans le domaine médical [art. 377 ss CCS révisé] et cas des personnes résidant dans un établissement médico-social [art. 382 ss CCS révisé]). Les autorités n'ordonneront désormais plus de mesures standard (tutelle, curatelle, conseil légal), mais des «mesures sur mesure» afin que l'assistance étatique soit limitée dans chaque cas au minimum réellement nécessaire. En outre, l'APEA devra veiller à ce que le curateur reçoive les instructions, les conseils et le soutien dont il a besoin pour accomplir ses tâches (art. 400, al. 3 CCS révisé). Elle sera aussi appelée à se prononcer sur les cas de stérilisation de personnes sous curatelle de portée générale ou de personnes durablement incapables de discernement (art. 6 à 8 de la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur les conditions et la procédure régissant la stérilisation de personnes [loi sur la stérilisation]³ dans sa teneur au 1^{er} janvier 2013 ou 2014). Dans le domaine de la protection de l'enfant enfin, l'APEA devra statuer sur le retrait de l'autorité parentale (art. 311 CCS révisé) et la modification de l'attribution de l'autorité parentale conjointe (art. 298a, al. 2 et 3 CCS révisé).

Il appartient aux cantons de désigner les autorités de surveillance des APEA (art. 441, al. 1 CCS révisé). Ils peuvent confier cette fonction soit à un organe administratif, soit à une autorité judiciaire⁴.

¹ RS 210

² Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), in: FF 2006, p. 6635 ss, 6706.

³ RS 211.111.1

⁴ FF 2006, p. 6707.

En ce qui concerne la protection juridique, le CCS révisé prévoit que les décisions de l'APEA puissent directement faire l'objet d'un recours devant le juge (art. 450, al. 1 CCS révisé); celui-ci doit satisfaire aux exigences de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)^{5,6}.

Le CCS révisé ne règle que quelques aspects ponctuels des procédures devant la première et la deuxième instance. La Confédération n'a prévu de règles de procédure que dans les domaines où une application du droit matériel exige une solution au niveau fédéral⁷. Pour le surplus, il appartient aux cantons de décider s'ils entendent édicter leurs propres normes procédurales ou si les dispositions du code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 (CPC)⁸ doivent s'appliquer par analogie (art. 450 s. CCS révisé).

Outre les questions de procédure, les cantons doivent régler divers points en rapport avec la protection de l'enfant et de l'adulte. C'est ainsi qu'il leur incombe notamment

- d'assujettir les institutions qui accueillent des personnes incapables de discernement à une surveillance, à moins que celle-ci ne soit déjà prescrite par une réglementation fédérale (art. 387 CCS révisé);
- de régler la rémunération et le remboursement des frais du curateur lorsque les sommes afférentes ne peuvent être prélevées sur les biens de la personne concernée et d'édicter les dispositions d'exécution (art. 404, al. 3 CCS révisé);
- de désigner le cas échéant des médecins qui, outre l'APEA, sont habilités à ordonner un placement à des fins d'assistance dont la durée est fixée par le droit cantonal, mais ne peut dépasser six semaines (art. 429, al. 1 CCS révisé);
- de régler la prise en charge des personnes à leur sortie d'une institution et de prévoir le cas échéant des mesures ambulatoires (art. 437 CCS révisé);
- de décréter le cas échéant que leurs ressortissants domiciliés sur leur territoire sont soumis à l'autorité de protection de l'adulte de leur lieu d'origine à la place de celle de leur lieu de domicile, si les communes d'origine ont la charge d'assister en totalité ou en partie les personnes dans le besoin (art. 442, al. 4 CCS révisé);
- de prévoir le cas échéant d'autres obligations d'aviser l'autorité, allant au-delà de ce que prescrit le droit fédéral (art. 443, al. 2 CCS révisé);
- de légiférer, en rapport avec la responsabilité objective qui concerne en premier lieu le canton (art. 454, al. 3 CCS révisé), sur l'action récursoire contre l'auteur du dommage (454, al. 4 CCS révisé).

2.2 Délai d'adaptation des dispositions cantonales d'exécution

Le droit révisé déploie ses effets dès son entrée en vigueur, et ne prévoit aucun délai transitoire. Par conséquent, les APEA doivent être opérationnelles dès le 1^{er} janvier 2013 ou 2014, ce qui implique que la législation cantonale soit sous toit au plus tard fin 2011 ou 2012. Il s'agira de mettre en place la nouvelle organisation sans attendre, voire déjà en partie parallèlement aux dernières étapes de la procédure législative. Cette démarche comprendra la désignation des membres des autorités, l'engagement du personnel des secrétariats ainsi que la mise à disposition de toute l'infrastructure nécessaire au bon fonctionnement des APEA.

Par ailleurs, tous les mandats en cours devront avoir été transférés aux nouvelles APEA au 1^{er} janvier 2013 ou 2014, ce qui implique une planification détaillée ainsi que la remise de consignes aux autorités de tutelle sur les modalités de préparation d'un tel transfert.

⁵ RS 0.101

⁶ FF 2006, p. 6707.

⁷ FF 2006, p. 6720.

⁸ FF 2009, p. 21; RS ...

2.3 Travaux préliminaires

Fin 2006 déjà, la JCE avait entrepris des travaux préparatoires en vue de l'introduction du nouveau droit fédéral, alors à l'état de projet, et avait discuté différents modèles cantonaux et communaux d'organisation des autorités dans le cadre d'un groupe de travail représentatif (Association des préfets et des préfètes du canton de Berne, Association des communes bernoises, Association bernoise des communes et corporations bourgeoises, Conférence bernoise d'aide sociale et de tutelle, Cour suprême, Direction de la santé publique et de la prévoyance sociale [SAP], Direction de l'instruction publique [INS], Direction des finances [FIN]). Etant donné qu'à l'été 2007, les Chambres fédérales n'avaient pas encore entamé les débats au sujet du nouveau droit de la tutelle, ce domaine a été détaché, par l'arrêté du Conseil-exécutif (ACE) n° 1074 du 20 juin 2007, des deux projets de réforme en cours (réforme de l'administration cantonale décentralisée et réorganisation de l'administration de la justice et des tribunaux). Par la suite, les discussions au sein du groupe de travail ont été suspendues jusqu'à l'adoption du projet au niveau fédéral.

Au printemps 2008, la JCE a donné à Peter Voll le mandat d'étudier le travail des autorités tutélaires dans le canton de Berne. Une enquête a été menée auprès des 395 communes du canton (communes affiliées comprises) et des préfectures dans le but d'établir un état des lieux de l'organisation, du volume de travail et du nombre de cas traités en matière tutélaire⁹. Les résultats de l'étude, achevée en octobre 2008, ont servi de base à une évaluation des conséquences financières de différents modèles établie par le bureau de conseil et de recherche ECOPLAN. Celui-ci a procédé à une estimation du coût du travail accompli actuellement par les autorités tutélaires ainsi que des répercussions financières des différents modèles d'autorités envisageables pour l'avenir¹⁰.

Se fondant sur le résultat des recherches précitées et compte tenu du droit fédéral qui avait été adopté entre-temps, le groupe de travail a discuté de deux modèles d'organisation des autorités, l'un communal et l'autre cantonal, et en a défini les principales caractéristiques. Ces travaux préparatoires ont abouti à un rapport adopté par le Conseil-exécutif le 14 octobre 2009 à l'intention du Grand Conseil, portant en particulier sur l'opportunité d'ancrer les nouvelles autorités interdisciplinaires au niveau communal, comme les autorités tutélaires dont elles vont prendre la relève, ou alors de les constituer à une plus large échelle, au niveau des arrondissements administratifs¹¹. Le projet de rapport avait préalablement fait l'objet d'une procédure de consultation, du 2 avril au 1^{er} juillet 2009.

Le Grand Conseil a pris connaissance du rapport du Conseil-exécutif le 27 janvier 2010, et a adopté par 84 voix contre 59, avec une abstention, la déclaration de planification suivante¹²:

«Le Grand Conseil charge le Conseil-exécutif de fonder sur un modèle régional la législation cantonale portant introduction du nouveau droit de la protection de l'adulte et de l'enfant. Les autorités régionales de protection de l'enfant et de l'adulte doivent être organisées selon les principes suivants:

- Les autorités sont créées au niveau des arrondissements administratifs au sens du rapport du Conseil-exécutif du 14.10.2009, chiffre 8.1 (p. 26) et, dans la mesure du possible, rattachées administrativement aux préfectures.

⁹ Voll Peter, Le travail des autorités tutélaires dans le canton de Berne, Résultats d'une enquête menée sur mandat de la Direction de la justice, des affaires communales et des affaires ecclésiastiques du canton de Berne, octobre 2008.

¹⁰ ECOPLAN, Vormundtschaftswesen: Kinder- und Erwachsenenschutzbehörde als Fachbehörde. Schätzung der finanziellen Auswirkungen verschiedener Modellvorschläge, rapport du 10 février 2009.

¹¹ Rapport du Conseil-exécutif du 14 octobre 2009 concernant le nouveau droit de la protection de l'adulte et de l'enfant et sa mise en œuvre dans le canton de Berne, intitulé «Les principales caractéristiques des modèles d'autorités interdisciplinaires» [ci-après: rapport du Conseil-exécutif].

¹² Journal du Grand Conseil 2010, p. 190, 197.

Cela permettra d'exploiter dans toute la mesure du possible les synergies avec les autorités de l'administration cantonale décentralisée.

- Les autorités prennent leurs décisions de manière autonome.
- Les membres des autorités de protection de l'enfant et de l'adulte sont nommés par le Conseil-exécutif.
- Les tâches des autorités de protection de l'enfant et de l'adulte peuvent être exercées également par les communes bourgeoises, dans la mesure où ces dernières répondent aux normes de qualité et de professionnalisme énoncées dans le droit fédéral et cantonal.»

Le directeur de la justice a ensuite désigné une organisation de projet, le 2 février 2010, et lui a donné le mandat d'élaborer un avant-projet de loi introductive compte tenu de la déclaration de planification du 27 janvier 2010. Le comité directeur du projet se composait des personnes suivantes:

- Stefan Müller, secrétaire général de la JCE (direction générale),
- Christoph Auer, chef de l'Office juridique de la JCE (direction des travaux législatifs),
- Andrea Weik, cheffe de l'Office des mineurs de la JCE,
- Rudolf Reist, chef de l'Office de gestion et de surveillance de la JCE,
- Markus Grossenbacher, président du Directoire des préfectures,
- Evelyne Lüthy-Colomb, juge à la Cour suprême (jusqu'en août 2010),
- Adrian Studiger, juge à la Cour suprême (depuis septembre 2010),
- Christine Pfister Hadorn, juge à la Cour suprême (depuis septembre 2010),
- Regula Unteregger, cheffe de l'Office des affaires sociales de la SAP,
- Doris Haldner, cheffe suppléante de l'Office des immeubles et des constructions de la Direction des travaux publics, des transports et de l'énergie du canton de Berne (TTE),
- Gerhard Engel, secrétaire général suppléant II de la FIN,
- Monika Gerber, membre du comité de l'Association des communes bernoises,
- Hans-Georg Nussbaum, représentant des communes bourgeoises,
- Adrian Vonrüti, président de la Conférence bernoise d'aide sociale et de protection des mineurs et des adultes,
- Kurt Affolter, expert du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte,
- Michèle Marti, secrétariat juridique.

L'organisation de projet a mis fin à ses activités en septembre 2010 après avoir présenté un avant-projet.

3. Caractéristiques de la nouvelle réglementation

3.1 Objectif du projet

Le projet a pour objectif, d'une part, d'introduire le CCS révisé et – lorsqu'il existe une marge de décision – de le compléter. Dans le canton de Berne, traditionnellement, les dispositions d'exécution du CCS sont ancrées dans la loi du 28 mai 1911 sur l'introduction du Code civil suisse (LiCCS)¹³. En l'espèce toutefois, vu l'étendue de la nouvelle législation, il a semblé préférable d'édicter une loi à part entière.

D'autre part, et même si cet aspect est moins important, le projet contient les dispositions d'introduction de la loi sur la stérilisation. En effet, l'actuelle ordonnance du 19 octobre 2005 portant introduction de la loi fédérale sur les conditions et la procédure régissant la stérilisation de personnes (ordonnance d'introduction de la loi sur la stérilisation)¹⁴ deviendra caduque au moment de l'entrée en vigueur du CCS révisé. De plus, le droit fédéral confie aux APEA des tâches dans le domaine de la stérilisation forcée (cf. art. 6 à 8 de la loi sur la stérilisation dans sa teneur au 1^{er} janvier 2013 ou 2014).

¹³ RSB 211.1

¹⁴ RSB 212.141.1

3.2 Onze APEA cantonales et une APEA bourgeoisiale

La déclaration de planification du Grand Conseil figurant au chiffre 2.3 supra exige que les APEA soient « créées au niveau des arrondissements administratifs au sens du rapport du Conseil-exécutif du 14.10.2009, chiffre 8.1 (p. 26) et, dans la mesure du possible, rattachées administrativement aux préfectures ». En renvoyant au chiffre 8.1 du rapport du Conseil-exécutif, la déclaration de planification met en évidence la nécessité de doter l'arrondissement administratif de Berne – Mittelland de trois APEA, et de ne créer qu'une autorité commune pour les arrondissements du Haut-Simmental et de Gessenay ainsi que de Frutigen et du Bas-Simmental. Le Conseil-exécutif évoque à l'appui de cette solution les disparités qui existent entre les données démographiques des arrondissements administratifs et le fait qu'idéalement, une APEA devrait disposer d'un bassin de population de 50 000 à 100 000 habitants¹⁵. Selon la déclaration de planification, les territoires de compétence des APEA de l'arrondissement de Berne – Mittelland doivent correspondre aux périmètres des cercles électoraux, à savoir le Mittelland septentrional, Berne et le Mittelland méridional au sens de l'article 64, alinéa 1 de la loi du 5 mai 1980 sur les droits politiques (LDP)¹⁶. En conséquence, le projet de loi prévoit les onze APEA cantonales suivantes:

APEA	Nombre de communes	Population en 2009
Jura bernois	49	51 400
Biel/Bienne	18	90 700
Seeland	46	66 700
Emmental	42	92 500
Haute-Argovie	50	76 200
Berne	1	122 900
Mittelland septentrional	45	138 500
Mittelland méridional	52	120 500
Thoune	35	102 300
Haut-Simmental – Gessenay et Frutigen – Bas-Simmental	20	55 400
Interlaken-Oberhasli	29	46 000

Les APEA doivent être dotées – suivant le bassin de population – de 300 à 600 pour cent de postes environ. Lors de la détermination du siège, il s'agit d'examiner en premier lieu si le site de la préfecture entre en considération. Compte tenu du nombre de postes provisoirement arrêté pour chaque autorité, il s'est avéré que le bâtiment de la préfecture pourrait abriter l'APEA dans les arrondissements suivants:

- Interlaken-Oberhasli: château d'Interlaken
- Emmental: Dorfstrasse 21, Langnau
- Seeland: Stadtplatz 33, Aarberg
- Haute-Argovie: Stedtli 32, Wangen an der Aare
- Jura bernois: rue de la Préfecture 2B, Courtelary

Aux emplacements suivants, il sera probablement possible de louer les surfaces nécessaires dans le bâtiment de la préfecture:

- Thoune, Scheibenstrasse 3, 5, 7
- Mittelland septentrional: Poststrasse 25, Ostermundigen

¹⁵ Rapport du Conseil-exécutif, p. 25; voir en outre les recommandations de la Conférence des autorités cantonales de tutelle (CAT), L'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte, une autorité interdisciplinaire (analyse et propositions de modèles), in: Revue du droit de tutelle n°2/2008, Zurich, p. 129 ss [ci-après: recommandations de la CAT], p. 156.

¹⁶ RSB 141.1

Enfin, de nouveaux locaux devront être cherchés pour les APEA suivantes:

- Berne
- Mittelland septentrional
- Haut-Simmental – Gessenay et Frutigen – Bas-Simmental
- Biel/Bienne

Etant donné que le canton ne compte, au total, qu'entre 12 000 et 13 000 ressortissants et ressortissantes de communes bourgeoises, une seule APEA bourgeoise est prévue pour l'ensemble de son territoire. De la sorte, l'exigence de professionnalisme et de qualité énoncée dans la déclaration de planification est respectée «dans toute la mesure du possible».

Indépendamment de la taille du bassin de population desservi, chaque APEA est dotée d'un secrétariat qui la soutient dans l'accomplissement de ses tâches, et qui est compétent en particulier dans les domaines des enquêtes et des conseils, de la révision ainsi que de l'administration¹⁷.

3.3 Collaboration avec des services administratifs ainsi qu'avec des personnes ou organisations chargées de tâches publiques

De par la nature interdisciplinaire du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, les APEA sont appelées à collaborer avec des services administratifs ainsi qu'avec des personnes ou organisations chargées de tâches publiques. Le projet de loi prévoit donc que les services sociaux communaux ou régionaux, qui sont déjà associés, à l'heure actuelle, à l'accomplissement des tâches dans le domaine de la tutelle, continuent de participer à l'établissement des faits sur mandat des APEA. Par ailleurs, il appartient à ces services, selon le projet, d'exercer des curatelles et des tutelles sur des mineurs, ainsi que des curatelles sur des adultes. Ainsi, les curateurs professionnels sont en quelque sorte les «serviteurs de deux maîtres»: d'une part, ils sont engagés par un service communal, et d'autre part, ils sont mandatés par l'APEA qui veille à ce qu'ils reçoivent les instructions, les conseils et le soutien dont ils ont besoin pour accomplir leurs tâches (art. 400, al. 3 CCS révisé).

Les APEA peuvent en outre avoir besoin, suivant la situation, de collaborer avec les préfetures, les organes de police du canton et des communes ainsi qu'avec d'autres services concernés (p. ex. autorités scolaires, institutions d'accueil et de prise en charge médicale, tribunaux, autorités pénales et autorités d'exécution pénale), de même qu'avec des tiers (p. ex. Pro Juventute, Pro Infirmis, Pro Senectute). Le projet de loi fixe les principes applicables en la matière et délègue au Conseil-exécutif le soin de régler les modalités de détail.

3.4 La JCE en qualité d'autorité de surveillance

Du fait de leur statut d'autorités administratives cantonales décentralisées, les APEA doivent être gérées et surveillées par le pouvoir exécutif, et non par le pouvoir judiciaire¹⁸. Par conséquent, le projet de loi attribue au Conseil-exécutif, qui agit par l'intermédiaire de la JCE, la compétence de piloter et de surveiller la conduite des APEA cantonales et de l'APEA bourgeoise dans les domaines administratif, organisationnel et technique. La plupart des activités de surveillance, telles que les inspections, l'édiction de directives ou le controlling, incomberont à l'Office cantonal des mineurs (OM), tandis que seules les principales tâches de surveillance, comme la conclusion des conventions de prestations, seront exercées par la JCE, voire par le Conseil-exécutif. L'attribution des différentes tâches à l'une ou l'autre autorité devra faire l'objet d'une ordonnance.

3.5 Un nouveau Tribunal de la protection de l'enfant et de l'adulte en qualité d'instance judiciaire de recours

Le CCS exige impérativement une instance judiciaire de recours (cf. art. 439 et 450, al. 1 CCS révisé). Il est donc exclu de prévoir une instance de recours interne à l'administration devant

¹⁷ Rapport du Conseil-exécutif, p. 27 s.

¹⁸ Rapport du Conseil-exécutif, p. 29 s.

laquelle les décisions de l'APEA devraient être attaquées en premier lieu. Même si le tribunal mentionné à l'article 439 ne doit pas forcément être le même que celui qu'impose l'article 450, alinéa 1 CCS révisé, il est prévu de ne créer dans le canton de Berne qu'une seule instance judiciaire de recours. En effet, il convient d'éviter autant que possible la coexistence de plusieurs instances – préfetures, Commission de recours en matière de privation de liberté à des fins d'assistance (CR PLAFa), Cour d'appel – qui caractérise en partie le système actuel car elle entrave l'application uniforme du droit matériel.

Il y a lieu de renoncer également à l'institution d'une procédure de recours judiciaire à deux niveaux. Elle présenterait en effet l'inconvénient majeur de prolonger les processus. De plus, elle entraînerait d'importantes dépenses supplémentaires (deux autorités au lieu d'une, doublement des charges liées à l'assistance judiciaire gratuite, etc.).

Enfin, une autre solution rejetée après un examen détaillé aurait consisté en la création d'une commission judiciaire de recours à part entière en tant qu'instance cantonale unique. En effet, ce modèle aurait été en contradiction avec la réorganisation de l'administration de la justice et des tribunaux qui vient d'être adoptée, car il aurait donné naissance à un quatrième organe suprême dans le domaine de la justice, et la Direction de la magistrature s'en serait trouvée déséquilibrée.

Pour toutes ces raisons, il s'agit de composer avec les structures en place. Le nouveau Tribunal de la protection de l'enfant et de l'adulte doit donc être intégré à la Cour suprême, à l'instar de l'actuelle CR PLAFa. Un tel rattachement se justifie également par le fait que dans la procédure devant le Tribunal fédéral, les décisions prises dans le domaine de la protection de l'enfant et de l'adulte sont assujetties au recours en matière civile (art. 72, al. 2, lit. b, ch. 6 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF]¹⁹ dans sa teneur au 1^{er} janvier 2013 ou 2014).

Le nouveau Tribunal de la protection de l'enfant et de l'adulte sera compétent non seulement en matière de placement à des fins d'assistance, comme l'actuelle CR PLAFa, mais encore pour toutes les autres questions relevant de la protection de l'enfant et de l'adulte. Son domaine de compétence sera donc nettement plus vaste que celui de la commission. Le tribunal se composera de membres de la Cour suprême ainsi que de juges spécialisés. Ces derniers interviendront dans toutes les affaires, à moins que seules des questions juridiques se posent, dont l'appréciation ne requiert pas de compétences dans un autre domaine (cf. détails dans le commentaire de la modification indirecte de l'art. 45 de la loi du 11 juin 2009 sur l'organisation des autorités judiciaires et du Ministère public [LOJM]²⁰).

3.6 Dispositions procédurales contenues dans la législation spéciale

Du fait que le CCS révisé se limite à énoncer quelques règles de procédure ponctuelles, le droit cantonal est réservé s'agissant d'une grande partie de la procédure. Le canton est par conséquent habilité aussi bien à édicter des dispositions procédurales dans la LiPEA qu'à prévoir que la loi du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA)²¹ est applicable en tant que droit complémentaire. Dans la mesure où il s'abstient de le faire, les dispositions de la procédure civile s'appliquent par analogie (art. 450f CCS révisé).

La plupart des dispositions du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, bien que parées des attributs du droit civil, ont un caractère de droit public. Les mesures prises par l'autorité telles que les curatelles ou le placement à des fins d'assistance sont des exemples d'un tel droit civil formel. Dans leur cas, la procédure et les voies de droit relèvent de la «juridiction non contentieuse». Celle-ci s'oppose à la «juridiction contentieuse», qui sert moins à garantir le droit privé pour l'avenir qu'à liquider un litige passé dans une procédure classique entre deux parties adverses. Le seul élément de juridiction contentieuse est la réglementation du droit de visite en cas de désaccord des parents (art. 134, al. 4 et 315b, al. 2 CCS révisé). Le droit de la procédure civile, qui s'articule autour d'une procédure contradictoire entre deux

¹⁹ RS 173.110

²⁰ RSB 161.1

²¹ RSB 155.21

parties, n'apporte dès lors pas de réponse satisfaisante à la plupart des questions de procédure, raison pour laquelle il ne saurait être applicable en l'espèce. Par ailleurs, la LPJA ne tient quant à elle pas compte des besoins spécifiques de la protection de l'enfant et de l'adulte. Il y a donc lieu d'édicter des dispositions procédurales spécifiques concernant la première et la deuxième instance. De telles règles relevant de la législation spéciale sont en particulier nécessaires pour les aspects suivants: litispendance et direction de la procédure, représentation, audition, procès-verbal et consultation du dossier, collège décisionnel de l'APEA et autorité appelée à statuer du Tribunal de la protection de l'enfant et de l'adulte (décisions collégiales et décisions individuelles), processus de décision, publicité et frais (frais de procédure et dépens).

Le CCS révisé et les prescriptions cantonales prévues dans le présent projet de loi constituent en soi un ensemble clos de dispositions procédurales. Par conséquent, la question de savoir si c'est la LPJA ou le CPC qui doit en outre s'appliquer à titre subsidiaire ne revêt guère d'importance pratique. Le projet contient malgré tout un renvoi à la LPJA en tant que droit subsidiaire. Ce choix s'explique par le fait que tant les APEA que les médecins et les institutions sont des autorités administratives, ou alors des personnes ou organisations chargées de tâches publiques.

S'agissant de la procédure de recours, il importe que le droit procédural ne change pas d'une instance à l'autre. Par conséquent, la LPJA doit rester applicable, à titre subsidiaire, devant l'instance judiciaire supérieure également, en ce qui concerne en particulier la récusation, les délais et les notifications ainsi que l'assistance judiciaire gratuite. Lorsque la LPJA renvoie à son tour aux prescriptions de procédure civile – notamment au sujet de la preuve des faits et de la production des moyens de preuve (art. 19, al. 2 LPJA) –, c'est le nouveau code de procédure civile suisse qui s'applique.

3.7 Prétentions récursoires contre l'auteur du dommage

Le CCS révisé prévoit une responsabilité causale du canton (art. 454, al. 3 CCS révisé). Ainsi, la personne lésée n'aura plus, à l'avenir, à se préoccuper de savoir qui a agi et si la personne en question doit être considérée comme fautive. Le seul élément déterminant est le dommage causé de manière illicite (art. 454, al. 1 et 2 CCS révisé). Dans ce contexte, l'action récursoire contre l'auteur du dommage est régie par le droit cantonal. Le projet de loi règle les conditions et la procédure applicables en la matière. Il précise en particulier les modalités que le canton – responsable vis-à-vis des tiers – doit respecter lorsque l'acte dommageable est le fait d'un membre du personnel communal ou d'une personne privée.

4. Commentaires des articles

Article 1

Alinéa 1: la LiPEA contient les dispositions d'exécution du CCS révisé. Elle fixe l'organisation et la procédure devant les APEA et l'instance judiciaire de recours. De plus, elle règle tous les aspects de la protection de l'enfant et de l'adulte pour lesquels le législateur fédéral a soit donné aux cantons le mandat exprès de légiférer, soit laissé l'opportunité d'adopter des prescriptions à la libre appréciation de ces derniers (cf. p. ex. art. 404, al. 3 et 437, al. 2 CCS révisé). Enfin, la loi énonce les dispositions nécessaires à la mise en œuvre de la loi sur la stérilisation, qui remplacent celles de l'ordonnance d'introduction de ladite loi dont la validité était limitée dans le temps.

Alinéa 2: depuis l'entrée en vigueur de la réorganisation de l'administration de la justice et des tribunaux, l'organisation des autorités judiciaires est fixée dans la LOJM. C'est donc dans cette même loi qu'est définie l'instance judiciaire de recours prescrite par le droit fédéral (art. 450, al. 1 CCS révisé).

Article 2

Le CCS révisé concentre toutes les décisions relevant de la protection de l'enfant et de l'adulte auprès d'une seule autorité interdisciplinaire (art. 440, al. 1 CCS révisé), mettant ainsi

fin à la dispersion des compétences qui prévaut actuellement²². *L'alinéa 1* attribue les tâches en matière de protection de l'enfant et de l'adulte à une autorité administrative cantonale, l'APEA.

L'alinéa 2 impose explicitement le principe de l'interdisciplinarité exigé par le CCS révisé. L'autorité doit en effet se composer de spécialistes de divers domaines de la protection de l'enfant et de l'adulte, et posséder en son sein même les compétences fondamentales nécessaires.

En vertu du droit fédéral, l'autorité interdisciplinaire doit rendre ses décisions en siégeant à trois membres au moins (art. 440, al. 2 CCS révisé). Cela signifie que trois de ses membres au minimum doivent être disponibles en tout temps (cf. aussi commentaire de l'art. 12).

Les APEA font partie de l'administration cantonale décentralisée. Indépendamment de ce rattachement, elles sont autonomes dans leur travail en vertu de *l'alinéa 3*.

Article 3

Alinéa 1: depuis le 1^{er} janvier 2010, les régions administratives et les arrondissements administratifs sont les unités administratives décentralisées ordinaires du canton (art. 93, al. 1, 1^{re} phrase de la Constitution du canton de Berne [ConstC]²³). Ils sont désignés par la loi (art. 93, al. 1, 2^e phrase ConstC). Ainsi, la loi peut aussi fixer d'autres territoires de compétence pour certaines tâches administratives devant être accomplies de manière décentralisée.

Les nouvelles APEA doivent en principe elles aussi agir dans des périmètres correspondant aux arrondissements administratifs. La loi prévoit toutefois des exceptions à *l'alinéa 2*, qui s'imposent en raison des disparités démographiques existant entre les arrondissements administratifs et au vu de la taille idéale du bassin de population d'une APEA, qui devrait compter entre 50 000 et 100 000 habitants²⁴. Onze APEA cantonales sont prévues au total (cf. ch. 3.2 supra).

La loi laisse au Conseil-exécutif (autorité d'engagement) ou à la JCE le soin de fixer concrètement le nombre de membres de chaque APEA. En l'état actuel des travaux préparatoires, on peut partir du principe que dans les bassins de population les plus petits, l'autorité sera dotée de quelque 300 pour cent de postes, soit de trois à quatre membres suivant les taux d'occupation, tandis que dans les plus grands, l'autorité totalisera jusqu'à 600 pour cent de postes environ, soit six à huit personnes. Il convient de distinguer en tous les cas l'autorité interdisciplinaire du collège décisionnel qui, selon l'article 56, se compose exactement de trois membres.

Article 4

Le nouveau droit, comme l'ancien, permet aux cantons de décréter que leurs ressortissants domiciliés sur leur territoire sont soumis à l'autorité de protection de leur lieu d'origine à la place de celle de leur lieu de domicile, si les communes d'origine ont la charge d'assister en totalité ou en partie les personnes dans le besoin (art. 376, al. 2 CCS actuel; art. 442, al. 4 CCS révisé). Ainsi, la compétence de la commune d'origine en matière de protection de l'enfant et de l'adulte présuppose que celle-ci assume des tâches d'aide sociale. En vertu de l'article 28, alinéa 1 LiCCS en relation avec l'article 47, alinéa 1 de la loi du 11 juin 2001 sur l'aide sociale (LASoc)²⁵, les communes qui accomplissent des tâches dans les domaines tutélaire et social sont, en plus de la commune bourgeoise de Berne ainsi que ses sociétés bourgeoises ou abbayes, les communes bourgeoises d'Aarberg, de Bienne, de Bözingen, de Berthoud et de Thoun. Il est prévu à *l'alinéa 1* que ces communes puissent rester compétentes en matière de protection de l'enfant et de l'adulte. Cependant, une seule APEA bourgeoise doit être instituée pour l'ensemble du territoire cantonal compte tenu du fait que les ressortissants et ressortissantes de communes bourgeoises ne représentent que 12 000 à 13 000 person-

²² FF 2006, p. 6655.

²³ RSB 101.1

²⁴ Rapport du Conseil-exécutif, p. 25; voir en outre les recommandations de la CAT, p. 156.

²⁵ RSB 860.1

nes au total. Cette solution permet d'atteindre, «dans toute la mesure du possible» du moins, l'égalité recherchée entre l'APEA bourgeoisiale et les APEA cantonales. Elle n'empêche pas que plusieurs communes bourgeoises puissent rester actives dans le domaine de l'aide sociale. L'APEA bourgeoisiale est une autorité non pas cantonale, mais communale, ce qui revêt en particulier de l'importance pour la détermination des compétences s'agissant de la surveillance en matière de protection des données (art. 33, al. 1 de la loi du 19 février 1986 sur la protection des données [LCPD]²⁶).

L'APEA bourgeoisiale devra se charger, en plus des tâches relevant de la protection de l'enfant et de l'adulte, de la mise en œuvre de la loi sur la stérilisation dans la mesure où des ressortissants et ressortissantes de communes bourgeoises sont touchés. Selon la planification actuelle, elle disposera d'environ cinq à huit membres à titre accessoire (cf. aussi art. 9 au sujet de l'admissibilité du système de milice).

Alinéa 2: il convient d'accorder aux communes bourgeoises un droit de proposition en vue de la fixation du siège de l'autorité par le Conseil-exécutif.

Article 5

En vertu de *l'alinéa 1*, le président ou la présidente assume la responsabilité principale de l'organisation de l'APEA et de la marche régulière de ses affaires.

S'agissant de la prise de décisions dans les procédures pendantes, les membres composant le collège décisionnel sont égaux. En ce qui concerne les questions administratives et organisationnelles par contre, l'autorité est dirigée par le président ou la présidente qui, selon *l'alinéa 2*, assume la fonction de supérieur ou supérieure hiérarchique des autres membres de l'autorité pour tous les aspects relevant du droit du personnel. Il lui appartient ainsi de mener avec ses collègues les entretiens d'évaluation périodiques prévus à l'article 48 de la loi du 16 septembre 2004 sur le personnel (LPers)²⁷. Les collaborateurs et collaboratrices du secrétariat peuvent également lui être directement subordonnés, suivant la taille et l'organisation de ce dernier. En effet, la subdivision éventuelle du secrétariat en différents services relève de l'autonomie de chaque autorité en matière d'organisation et doit être prévue par voie réglementaire (cf. art. 15).

L'alinéa 3 garantit la suppléance du président ou de la présidente par un vice-président ou une vice-présidente.

Article 6

En vertu de *l'alinéa 1*, tous les membres des autorités sont nommés par le Conseil-exécutif et engagés par la JCE au moyen d'un contrat de travail de droit public. Le Conseil-exécutif désigne en outre le président ou la présidente, ainsi qu'un premier et un second vice-président ou une première et une seconde vice-présidente. De la sorte, si l'autorité n'est composée que de trois membres, chacun d'eux peut assumer au besoin la fonction présidentielle en application des articles 57 ss.

Le droit fédéral désigne les personnes siégeant dans une APEA par le terme de «membres» de l'autorité en question (cf. art. 440 CCS révisé). Il ne s'agit toutefois pas de «membres d'autorité» à titre principal au sens de l'article 3, alinéa 2 LPers étant donné qu'ils sont engagés en tant qu'employés et que leurs rapports de travail ne se fondent pas sur une élection pour une période de fonction, comme le précise clairement *l'alinéa 2*.

Selon *l'alinéa 3*, la loi sur le personnel et l'ordonnance du 18 mai 2005 sur le personnel (OPers)²⁸ sont applicables à titre de droit complémentaire.

²⁶ RSB 152.04

²⁷ RSB 153.01

²⁸ RSB 153.011.1

Article 7

En vertu de *l'alinéa 1*, le Conseil-exécutif nomme également les membres de l'APEA bourgeoisiale, les communes bourgeoises ayant un droit de proposition à cet égard. La compétence de nommer une personne inclut celle de la licencier le cas échéant.

Alinéa 2: exception faite de la nomination des membres de l'autorité et de leur éventuel licenciement, toutes les questions relevant du droit du personnel incombent aux communes bourgeoises. En conséquence, un organisme responsable désigné par ces dernières devra s'en charger, et exercer une certaine surveillance dans le domaine du personnel. S'agissant de l'accomplissement des tâches, la surveillance doit toutefois relever de la même instance que dans le cas des membres des APEA cantonales (cf. art. 18, al. 1).

Article 8

Afin d'être en mesure de mener à bien leur mandat exigeant, les membres de l'autorité doivent être des spécialistes de l'une des disciplines essentielles de la protection de l'enfant et de l'adulte. A cet égard, la discipline du droit doit impérativement être représentée dans le collège décisionnel: selon le message du Conseil fédéral en effet, l'autorité doit comprendre dans tous les cas un juriste afin de garantir une application correcte du droit²⁹. *L'alinéa 1* prévoit par conséquent que les présidents et présidentes (tant des APEA cantonales que de l'APEA bourgeoisiale) doivent être titulaires d'un brevet d'avocat, ou à tout le moins d'un diplôme universitaire en droit (maîtrise ou licence). Il va de soi que le brevet d'avocat selon l'ancien droit (sans diplôme universitaire) est également suffisant.

Les disciplines essentielles sont, outre le droit, le travail social, la pédagogie, la psychologie, la médecine et les sciences économiques, raison pour laquelle les autres membres de l'autorité doivent être spécialistes de l'un de ces domaines en application de *l'alinéa 2*. La compétence peut toutefois s'acquérir non seulement par une formation de base, mais aussi par une formation continue et la pratique³⁰.

Par ailleurs, d'autres disciplines revêtent de l'importance du point de vue de la protection de l'enfant et de l'adulte, comme la gestion de fortune, les assurances et le domaine fiduciaire. Le plus souvent, il suffit que le secrétariat de l'autorité puisse fournir les connaissances nécessaires dans ces disciplines. Cependant, lorsque l'autorité comporte un nombre de membres relativement élevé – comme dans le cas de l'APEA bourgeoisiale et des APEA compétentes pour un grand bassin de population –, il peut s'avérer judicieux de nommer des personnes au bénéfice d'une formation ad hoc en qualité de membres de l'autorité. Il n'en reste pas moins possible, pour l'autorité, de faire appel à un expert externe dans des cas concrets³¹.

Article 9

Pour des raisons de professionnalisme, les membres des autorités exercent en règle générale leur activité à titre principal, ce qui ne signifie pas pour autant qu'ils doivent être engagés à temps complet. Toutefois, un taux d'occupation minimal de 50 pour cent est exigé – comme dans le cas des juges (art. 21, al. 1 LOJM) – dans l'intérêt du bon déroulement des affaires. Seuls les membres de l'APEA bourgeoisiale ont la possibilité d'exercer leur activité à titre accessoire, car une autorité interdisciplinaire composée uniquement de membres à titre principal serait sous-occupée.

Article 10

Cette prescription énumère les liens personnels qui entraînent une incompatibilité dans le cas des APEA.

²⁹ FF 2006, p. 6706.

³⁰ FF 2006, p. 6706.

³¹ FF 2006, p. 6711.

Article 11

Cette disposition vise à garantir la disponibilité permanente du président ou de la présidente, même en dehors des «heures de bureau», car cette personne peut être appelée à intervenir d'urgence, notamment lorsqu'il y a lieu de prendre des mesures provisionnelles (art. 445 CCS révisé).

Article 12

Certaines APEA ne disposeront que de trois membres, suivant le taux d'occupation de ceux-ci (cf. commentaire de l'art. 3). Pour être opérationnelles même en cas d'absence (vacances, maladie ou motifs de récusation, etc.), elles devront pouvoir compter sur le renfort de suppléants ou suppléantes provenant d'une autre autorité de plus grande taille, comptant par exemple cinq à huit membres. Ces personnes restent administrativement rattachées à l'autorité au sein de laquelle elles exercent l'essentiel de leur activité, tout en contribuant au besoin à garantir le bon fonctionnement d'une autre autorité (de plus petite taille).

Ce système d'entraide mutuelle présente l'avantage de la flexibilité. Il garantit par ailleurs que toutes les personnes participant à la prise de décisions aient été nommées par le Conseil-exécutif, et disposent donc de la même légitimité (pas de membres de seconde classe; cf. toutefois al. 2 infra). L'inconvénient, cependant, est que les membres d'une autorité intervenant en qualité de suppléants sont les «serviteurs de deux maîtres», ce qui exige des égards ainsi qu'une concertation régulière entre les présidents et présidentes concernés.

Les modalités de détail de l'entraide mutuelle doivent être réglées par voie d'ordonnance (al. 3, lit. a). Il s'agira en particulier de préciser si *tous* les membres des autorités en place dans le canton sont par principe tenus de prêter main-forte à une autre autorité, ou s'il y a plutôt lieu de constituer une équipe de personnes susceptibles d'assumer des suppléances en plus de leur mandat de base. Il appartiendra également au Conseil-exécutif de préciser la compétence d'ordonner une suppléance. Une solution envisageable, à cet égard, consiste à l'attribuer au président ou à la présidente du directoire, ou au comité de ce dernier. De même, les règles de procédure à respecter lors de la désignation d'une personne auxiliaire devront être précisées.

Il convient de prévoir une «soupape de sécurité» supplémentaire, outre le recours à un membre d'une autre autorité, afin de faire face aux pics temporaires de travail et au cumul des absences: à l'instar du Tribunal administratif (cf. art. 48, al. 4 LOJM), les APEA ont la possibilité de désigner des membres extraordinaires (al. 2), répondant aux exigences d'engagement énoncées à l'article 8, alinéa 2. Si ces personnes sont recrutées au sein de l'administration cantonale – il devrait s'agir, le plus souvent, de membres expérimentés du secrétariat de l'autorité –, elles seront rétribuées pour cette tâche supplémentaire par le versement d'une allocation de fonction en application des prescriptions de la législation sur le personnel (art. 80 s. OPers). Quant à la rémunération des personnes extérieures à l'administration cantonale auxquelles il pourrait être fait appel à titre exceptionnel, elle doit être réglée par voie d'ordonnance (al. 3, lit. b).

Article 13

Tant les APEA cantonales que l'APEA bourgeoisie disposeront d'un secrétariat propre, en application de l'*alinéa 1*.

Dès lors que seules les disciplines essentielles de la protection de l'enfant et de l'adulte (à savoir le droit, le travail social, la pédagogie, la psychologie, la médecine et les sciences économiques, cf. commentaire de l'art. 8) pourront être représentées par les membres des APEA, et en particulier des plus petites, le collège décisionnel aura besoin de s'appuyer sur d'autres connaissances spécialisées et compétences disponibles au sein du secrétariat. En vertu de l'*alinéa 2*, celui-ci doit avoir notamment les compétences suivantes³²:

³² Rapport du Conseil-exécutif, p. 27.

- Enquêtes et conseils: le secrétariat de l'autorité est avant tout compétent dans les domaines du droit et du travail social. Parmi les tâches juridiques, on peut citer les expertises, la tenue de procès-verbaux de débats, la rédaction de projets de décision et les conseils en faveur des mandataires (cf. art. 400, al. 3 CCS). Quant aux tâches relevant du travail social, il s'agit par exemple de l'examen d'avis de détresse, de la rédaction de rapports sociaux ou encore d'enquêtes sociales visant à établir les faits, dans la mesure où le service social ne s'en charge pas lui-même.
- Révision: des compétences fiduciaires et en droit des assurances sociales sont nécessaires pour dresser l'inventaire des biens patrimoniaux, assurer la révision comptable, garantir la conservation du patrimoine et procéder aux transactions commerciales avec les institutions financières.
- Administration: le secrétariat de l'autorité doit enfin posséder des connaissances administratives pour les tâches de contrôle des affaires, de tenue des registres et des procès-verbaux, d'administration, de gestion financière d'entreprise et d'archivage.

Le secrétariat de l'autorité apportera par ailleurs son soutien à d'autres égards, par exemple pour la rédaction des motifs des décisions.

Article 14

Alinéa 1: selon le modèle de la Nouvelle gestion publique (NOG), toutes les APEA sont réunies en un groupe de produits, le directoire assumant les tâches de conduite pour l'ensemble du groupe (cf. art. 16, al. 1). Les principales compétences en matière de droit du personnel appartiennent toutefois non pas au directoire, mais à son comité (cf. art. 17, al. 6, lit. c). Le système prévu dans le cas des APEA est ainsi calqué sur celui qui a été défini pour les préfectures dans l'ordonnance du 9 septembre 2009 sur l'organisation et le pilotage de l'administration décentralisée de la Direction de la justice, des affaires communales et des affaires ecclésiastiques (OOPAD)³³.

Conformément à *l'alinéa 2*, l'engagement des collaborateurs et collaboratrices du secrétariat de l'autorité bourgeoise est l'affaire des communes bourgeoises.

Article 15

Il appartient à chaque APEA de définir son organisation dans le règlement interne au sens de *l'alinéa 1*, pour autant qu'elle ne soit pas déjà prévue au niveau de la loi ou d'une ordonnance. Il s'agit en particulier de subdiviser au besoin le secrétariat en différents services, ainsi que de fixer les pouvoirs de représentation et le droit de signature. En outre, les autorités comportant plus de trois membres peuvent énoncer des règles sur les modalités de composition du collège décisionnel. Les règlements internes doivent être soumis à l'approbation de l'autorité de surveillance en vertu de *l'alinéa 2*.

Article 16

Conformément à *l'alinéa 1*, le directoire accomplit, en tant qu'organe collégial commun à toutes les APEA, les tâches de conduite pour le groupe de produits dans son ensemble.

Toutes les APEA doivent être représentées dans cet organe, raison pour laquelle *l'alinéa 2* prévoit qu'il est composé des présidents et présidentes des APEA cantonales ainsi que du président ou de la présidente de l'APEA bourgeoise.

Les APEA se caractérisent par leur interdisciplinarité. Le directoire, formé exclusivement de juristes (cf. art. 8, al. 1), ne saurait par conséquent statuer sur des questions spécifiques à des domaines non juridiques sans faire appel aux spécialistes compétents, qui doivent être entendus en vertu de *l'alinéa 3*.

L'alinéa 4 énumère les tâches de conduite incombant au directoire.

³³ RSB 152.322.1

Article 17

Le directoire n'est pas en mesure d'assumer seul toutes les tâches de conduite, raison pour laquelle il lui appartient de désigner un comité de cinq membres garantissant sa capacité d'agir, conformément à la réglementation qui prévaut actuellement pour les préfetures (cf. art. 6 de la loi du 28 mars 2006 sur les préfets et les préfètes [LPr]³⁴). Aucun siège n'est garanti, au sein du comité, au président ou à la présidente de l'APEA bourgeoisiale, mais son intervention en cas de besoin est prévue à *l'alinéa 4*.

Article 18

Du fait de leur statut d'autorités administratives cantonales décentralisées, les APEA doivent, dans les domaines administratif, organisationnel et technique, être gérées et surveillées par le pouvoir exécutif, et non par le pouvoir judiciaire³⁵. Il en va de même de l'APEA bourgeoisiale. Par conséquent, *l'alinéa 1* attribue le pilotage et la surveillance du groupe de produits au Conseil-exécutif, et plus précisément à la JCE. La surveillance a en particulier pour but de garantir que les APEA accomplissent leurs tâches de manière conforme au droit, judicieuse et économe, et qu'elles disposent des ressources financières nécessaires à leur bon fonctionnement.

Alinéa 2: la convention de prestations mentionnée à la lettre *a* est un instrument de surveillance important. Elle porte sur les prestations à fournir et leur qualité ainsi que sur les ressources mises à la disposition de l'ensemble des APEA. Selon la lettre *b*, la JCE a le droit de donner des instructions aux APEA, mais elle ne saurait en aucun cas annuler une décision concrète rendue par une autorité car seule l'instance judiciaire de recours est compétente à cet égard, le cas échéant. Enfin, la JCE assume selon la lettre *c* la fonction de supérieure hiérarchique des présidents et présidentes des APEA cantonales pour les questions relevant du droit du personnel. L'une de ses tâches principales, dans ce contexte, est de mener les entretiens d'évaluation périodiques prévus à l'article 48 LPers. La JCE est également appelée à le faire avec le président ou la présidente de l'APEA bourgeoisiale, mais sans que son appréciation n'ait d'incidence sur le traitement de la personne concernée étant donné que les droits et les devoirs des membres de cette autorité sont régis par les prescriptions applicables aux communes bourgeoises (art. 7, al. 2).

Il semble opportun que l'OM de la JCE soit seul compétent pour la plupart des activités régulières de surveillance (p. ex. inspections, entretiens d'évaluation périodiques, édicition de directives, tâches de controlling). Quant aux tâches de surveillance plus importantes, elles relèveront de la JCE elle-même, voire du Conseil-exécutif. La répartition des différentes tâches de surveillance entre les autorités peut intervenir au niveau d'une l'ordonnance. Le Conseil-exécutif peut déléguer les compétences des Directions sans y être habilité par la loi (art. 69, al. 3, 2^e phrase ConstC).

Article 19

La surveillance par le Conseil-exécutif ou – suite à une délégation – par la JCE revêtira en premier lieu la forme d'un controlling sur le respect de la convention de prestations. Il appartiendra en outre à la JCE de veiller à ce que les APEA soient organisées efficacement, ainsi que de garantir que les procédures soient adéquates et que les membres des autorités reçoivent des instructions en bonne et due forme. Il s'agira donc pour elle d'édicter des directives sur la collaboration des APEA avec les services sociaux communaux d'entente avec la SAP, dont relèvent ces services (*al. 1*), et de faire en sorte que les membres des autorités soient dûment formés (*al. 2*). Les directives pourront en particulier préciser comment les collaborateurs et collaboratrices des services sociaux devront procéder s'ils reçoivent des instructions contradictoires de l'APEA dont ils dépendent sur le plan technique d'une part, et de leur employeur et supérieur hiérarchique d'autre part. Il y aurait notamment lieu de préciser si et à quelles conditions une APEA peut octroyer directement un mandat d'enquête à une personne précise d'un service social.

³⁴ RSB 152.321

³⁵ Rapport du Conseil-exécutif, p. 29 s.

Article 20

Les procédures de recours révèlent des éléments pouvant être exploités avec profit dans les activités de pilotage et de surveillance. En conséquence, la JCE entretient des échanges réguliers, sur le plan technique, avec l'instance judiciaire de recours, et fait appel à elle (de manière appropriée) lors de l'élaboration de la convention de prestations (*al.* 1). Etant donné que les éléments mis en lumière par les procédures de recours peuvent également revêtir de l'importance pour les décisions en matière de personnel, il est opportun que la JCE consulte l'instance judiciaire de recours avant de prendre des décisions d'engagement (*al.* 2).

Article 21

Les rapports annuels des APEA au sens de *l'alinéa 1* servent de base au rapport que le directeur adresse au Conseil-exécutif conformément à *l'alinéa 2*. Les rapports permettent en particulier de contrôler le respect de la convention de prestations.

Article 22

A l'heure actuelle déjà, les services sociaux et les services d'enquête communaux de même que les offices de tutelle et de curatelle sont associés – bien que de manière très variable – à l'accomplissement des tâches dans le domaine de la tutelle. Ils possèdent donc une expérience précieuse dont il s'agit de tirer parti sous le régime du CCS révisé également. *L'alinéa 1* pose par conséquent le principe selon lequel les APEA collaborent avec ces services et offices.

Alinéa 2: les services communaux sont tenus, en vertu de la *lettre a*, de procéder aux enquêtes à la demande de l'APEA de manière à ce que l'établissement opportun et efficace des faits en soit facilité³⁶. Les mesures d'administration des preuves doivent toutefois impérativement être ordonnées par l'APEA, qui assume seule la responsabilité de diriger la procédure (art. 446, al. 2 CCS révisé) et qui devra en fin de compte déterminer quels faits sont pertinents. L'enquête est en règle générale confiée au service social du lieu de domicile de la personne concernée. Ce service peut également, suivant les circonstances, être amené à compléter une enquête achevée. L'APEA bourgeoise peut elle aussi charger ses autorités d'aide sociale d'établir des faits. Dans ce cas, les tâches relèvent du centre social de la commune bourgeoise de Berne (Burgerliches Sozialzentrum der Burgergemeinde Bern, BSZ), des assistants et assistantes sociaux des sociétés bourgeoises et abbayes ainsi que des services sociaux des différentes communes bourgeoises. Selon la *lettre b*, les services sociaux exercent en outre des curatelles et des tutelles sur des mineurs, ainsi que des curatelles sur des adultes (cf. art. 36, al. 2). Enfin, il leur incombe en vertu de la *lettre c* d'exécuter d'autres mesures du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte. Il peut s'agir en particulier de la surveillance du respect d'instructions et de réglementations du droit de visite.

Article 23

Alinéas 1 et 2: le transfert de certaines tâches aux préfets et aux préfètes doit permettre d'exploiter les synergies existantes, en particulier dans les domaines de l'administration du personnel ainsi que des finances et de la comptabilité. En revanche, toute délégation est exclue s'agissant des attributions relevant du pouvoir de souveraineté des APEA, notamment celle de rendre des décisions. De même, les enquêtes ne sauraient être confiées aux préfetures, mais sont du ressort des services communaux (cf. commentaire de l'art. 22).

Article 24

En vertu de l'article 453, alinéa 1 CCS révisé, les APEA et la police sont tenues de collaborer s'il existe un réel danger qu'une personne ayant besoin d'aide mette en danger sa vie ou son intégrité corporelle ou commette un crime ou un délit qui cause un grave dommage corporel, moral ou matériel à autrui. Dans un tel cas, les personnes liées par le secret de fonction ou le secret professionnel sont autorisées à communiquer les informations nécessaires à l'APEA (art. 453, al. 2 CCS révisé). Les cantons sont en outre tenus d'assurer, par des dispositions

³⁶ FF 2006, p. 6710.

appropriées, une collaboration efficace des autorités et services chargés des mesures de droit civil pour la protection de l'enfance, du droit pénal des mineurs et d'autres formes d'aide à la jeunesse (art. 317 CCS).

L'alinéa 1 répète le principe de la collaboration avec les organes de la police dans le cadre du droit fédéral tel qu'il est ancré à l'article 453, alinéa 1 CCS révisé. *L'alinéa 2* précise le droit général, applicable à de tels cas, de communiquer des informations (art. 453, al. 2 CCS révisé) compte tenu des principes généraux du droit fédéral concernant la protection des données. Il prévoit que les organes de police et les APEA peuvent de cas en cas échanger spontanément des données personnelles, même si elles sont particulièrement dignes de protection, lorsque le destinataire en a absolument besoin pour accomplir sa tâche légale. Enfin, *l'alinéa 3* énonce le principe qui figure déjà dans le droit en vigueur selon lequel les APEA peuvent recourir au soutien des organes de police du canton et des communes pour l'exécution de décisions, en particulier pour amener des personnes ou les transférer dans une institution (cf. art. 25 et 32 de la loi du 22 novembre 1989 sur la privation de liberté à des fins d'assistance et sur d'autres mesures de l'assistance personnelle [LPLA]³⁷).

Article 25

Cette disposition a trait à la collaboration des APEA avec d'autres autorités, avant tout en ce qui concerne les mesures de droit civil pour la protection de l'enfance, le droit pénal des mineurs et d'autres formes d'aide à la jeunesse. Le droit fédéral n'énonce pas de conditions particulières à cet égard (cf. art. 317 CCS, art. 31 de la loi fédérale du 20 mars 2009 sur la procédure pénale applicable aux mineurs [procédure pénale applicable aux mineurs, PPMin]³⁸ et art. 20 de la loi fédérale du 20 juin 2003 régissant la condition pénale des mineurs [droit pénal des mineurs, DPMIn]³⁹), à juste titre. En effet, une collaboration entre les autorités potentiellement concernées doit par principe toujours être possible lorsque des mesures visant à protéger ou à garantir le bien d'enfants ou d'adolescents sont envisagées. En conséquence, *l'alinéa 1* énonce une obligation générale faite aux APEA de collaborer avec les membres du corps enseignant et les autorités scolaires (directions d'école, commissions scolaires, inspections scolaires) ainsi que leurs services spécialisés (travailleurs et travailleuses sociaux en milieu scolaire, services psychologiques pour enfants et adolescents, service de pédopsychiatrie, service médical scolaire) (*lit. a et b*). De même, il est à la fois nécessaire et important que les nouvelles autorités interdisciplinaires collaborent régulièrement avec les institutions d'accueil et de prise en charge médicale (foyers, cliniques) et leurs autorités de surveillance (SAP, INS, POM, JCE) (*lit. c*). Suivant les circonstances enfin, une collaboration peut s'avérer souhaitable, voire nécessaire, avec les autorités pénales et les autorités d'exécution pénale, et en particulier avec les procureurs et procureures des mineurs ainsi qu'avec le Tribunal des mineurs (*lit. d*).

L'obligation de collaboration énoncée à l'alinéa 1 vaut aussi dans le domaine de la protection de l'adulte. Dans ce cas toutefois, les conditions prévues par l'article 453, alinéa 1 CCS révisé doivent être observées: la libération du secret de fonction – préalable à toute collaboration – n'est possible que s'il existe un réel danger qu'une personne ayant besoin d'aide mette en danger sa vie ou son intégrité corporelle ou commette un crime ou un délit qui cause un grave dommage corporel, moral ou matériel à autrui.

Alinéa 2: en vertu de la législation sur la protection des données, la communication de données personnelles particulièrement dignes de protection requiert une base légale formelle. Il y a donc lieu d'autoriser dans la loi les membres du corps enseignant ainsi que les autorités et institutions mentionnées à l'alinéa 1 à échanger spontanément des données personnelles lorsque le destinataire a en absolument besoin pour accomplir sa tâche légale. Une réserve doit toutefois être émise dans le cas des autorités pénales, pour lesquelles la communication d'informations doit rester soumise aux conditions strictes de l'article 30 de la loi du 11 juin 2009 portant introduction du code de procédure civile, du code de procédure pénale et de la

³⁷ RSB 213.316

³⁸ FF 2009, p. 1705; RS ...

³⁹ RS 311.1

loi sur la procédure pénale applicable aux mineurs (LiCPM)⁴⁰. En conséquence, ces autorités renoncent à la communication d'informations, la restreignent ou l'assortissent de charges si des intérêts publics importants ou des intérêts manifestement dignes de protection d'une personne concernée le requièrent, ou qu'une obligation légale de garder le secret ou des dispositions spéciales en matière de protection des données l'exigent.

Alinéa 3: les modalités de détail de la collaboration ainsi que les modalités de la communication de données doivent être réglées dans une ordonnance du Conseil-exécutif.

Article 26

Cette disposition crée la base légale nécessaire à la collaboration des autorités avec des tiers, qui est fréquente dans le domaine de la protection de l'enfant et de l'adulte. Des fondations et des associations telles que Pro Infirmis, Pro Juventute ou encore Pro Senectute sont en effet souvent sollicitées. Si des tâches sont déléguées durablement à des tiers, et non seulement de manière ponctuelle, il incombe à l'APEA de conclure un contrat de prestations avec l'institution externe à l'administration qui est concernée. Ce contrat portera dans tous les cas sur la nature, l'ampleur et la qualité des prestations ainsi que leur rétribution et les exigences en matière d'assurance de la qualité⁴¹. Afin qu'une certaine unité de la pratique des autorités soit garantie, les contrats de prestations sont soumis à l'approbation du directoire et doivent être portés à la connaissance de la JCE.

Article 27

Le CCS révisé permet aux cantons de désigner des médecins qui, en plus de l'APEA, sont habilités à ordonner un placement dont la durée est fixée par le droit cantonal, mais ne peut pas dépasser six semaines (art. 429, al. 1 CCS révisé). Le droit cantonal en vigueur confère déjà une telle compétence aux médecins autorisés à exercer dans le canton de Berne (art. 12 LPLA), compétence qui doit être étendue, selon *l'alinéa 1*, à tous les médecins autorisés à exercer en Suisse. Contrairement à ce qui était prévu jusqu'ici, le placement ne sera plus limité aux cas de malades psychiques, d'alcooliques ou de toxicomanes, mais sera également possible à l'égard de personnes mentalement handicapées ou tombées dans la déchéance notamment. Comme jusqu'ici, en revanche, la mesure ne pourra être ordonnée que s'il y a péril en la demeure. Dans la pratique, cela signifie que les médecins sont compétents en cas d'urgence. Lorsqu'ils interviennent dans de telles situations, ils relèvent de la catégorie des personnes chargées de tâches publiques.

La restriction selon laquelle seuls des médecins autorisés à exercer peuvent ordonner un placement à des fins d'assistance vaut aussi lorsque l'initiative est prise par une institution. Dès lors, si une personne séjournant dans une clinique par exemple doit être transférée dans une autre institution se prêtant mieux à l'exécution du placement, la décision à cet égard doit là aussi émaner d'un médecin au bénéfice d'une autorisation d'exercer.

L'alinéa 3 limite à six semaines la durée du placement ordonné par un médecin. Il en va déjà de même actuellement: au terme de ce délai, la privation de liberté à titre préventif doit être remplacée par une privation de liberté à des fins d'assistance ordonnée selon la procédure ordinaire (art. 12 en relation avec l'art. 17, al. 1 LPLA). Il n'y a pas lieu de raccourcir cette durée dès lors qu'une demande de libération peut être présentée en tout temps (art. 426, al. 4 CCS révisé)⁴².

Article 28

Si le médecin qui ordonne le placement au sens de l'article 427, alinéa 2 CCS révisé s'est déjà occupé précédemment de la personne concernée, il peut être soupçonné de partialité. La présente disposition exige par conséquent qu'une telle décision soit rendue par l'APEA, par un

⁴⁰ RSB 271.1

⁴¹ Il existe déjà des consignes semblables pour les contrats de prestations avec des personnes privées à l'article 4, alinéa 2 de la loi du 2 décembre 1984 sur la santé publique (LSP; RSB 811.01) dans sa teneur du 19 janvier 2010.

⁴² FF 2006, p. 6698.

médecin externe à l'institution, voire par un médecin interne qui ne s'est pas encore occupé du patient (exerçant p. ex. dans un autre service).

Article 29

L'article 449, alinéa 1 CCS révisé constitue la base légale permettant de placer une personne dans une institution afin d'y effectuer une expertise psychiatrique indispensable qui ne peut pas être faite de manière ambulatoire. Il s'agit là d'un cas particulier d'obligation de collaborer accomplie sous la contrainte (cf. commentaire de l'art. 52, al. 2). La présente disposition oblige l'institution à procéder à l'examen dans les plus brefs délais et à laisser la personne concernée sortir dès que possible, mais au plus tard après six semaines. Le droit en vigueur prévoit lui aussi une disposition semblable (art. 27, al. 2 LPLA). Il existe donc de par la loi une présomption selon laquelle un placement excédant six semaines serait disproportionné.

Article 30

Alinéas 1 et 2: le (dé)placement de patients et patientes pour lesquels une privation de liberté à des fins d'assistance a été ou doit être ordonnée soulève fréquemment des problèmes, à l'heure actuelle, s'agissant du respect des prescriptions en matière de protection des données. En effet, l'auteur du placement n'est pas toujours en mesure de fournir toutes les indications de manière anonyme. De plus, les services sollicités peuvent souvent déduire l'identité d'une personne sur la base des connaissances qu'ils possèdent d'une affaire. Comme il convient toutefois d'éviter à tout prix les placements inadaptés, et qu'une description détaillée des faits est dès lors souvent nécessaire, les auteurs des placements doivent désormais être habilités à communiquer des données personnelles particulièrement dignes de protection aux institutions qui seraient susceptibles d'accueillir une personne afin qu'elles puissent vérifier si elles entrent bien en ligne de compte. Les services de coordination dont le Conseil-exécutif a ordonné la mise en place et la gestion dans son arrêté 545 du 28 mars 2007 doivent s'acquitter des mêmes devoirs. Dans certains cas, un établissement pénitentiaire peut aussi se révéler être l'institution appropriée. Il n'en reste pas moins que l'offre d'encadrement et l'offre thérapeutique d'un établissement doivent correspondre en priorité aux besoins de la personne concernée⁴³.

Alinéa 3: le CCS révisé impose à l'APEA l'obligation d'examiner périodiquement si l'institution est toujours appropriée (art. 431 CCS révisé). Si un transfert dans une autre institution s'avère nécessaire, il requiert une nouvelle décision de placement, comme le prévoit déjà le droit en vigueur (art. 28 LPLA).

Article 31

En vertu de cette disposition, l'institution compétente pour libérer la personne concernée est tenue d'informer l'APEA en temps utile de la libération prévue. L'autorité doit en effet disposer de telles informations pour être en mesure de s'acquitter de son obligation d'examen périodique (art. 431 CCS révisé). Il s'agit en l'espèce d'un cas particulier d'application de l'obligation générale de collaboration entre l'APEA et l'institution (cf. à cet égard art. 25, al. 1, lit. c).

Article 32

Le CCS révisé laisse aux cantons le soin de régler la prise en charge de la personne concernée à sa sortie de l'institution (art. 437, al. 1 CCS révisé). Le but du suivi post-institutionnel est de faire en sorte que l'état de santé de la personne se stabilise et, partant, d'éviter les rechutes. Il s'agit également de faciliter la réinsertion de celle-ci. L'APEA doit donc lui ordonner si nécessaire de se soumettre à un contrôle ou à un traitement ambulatoire, conformément à *l'alinéa 1*.

Pour ordonner un suivi post-institutionnel, l'APEA a besoin de l'avis du médecin traitant, raison pour laquelle l'intervention de ce dernier est prévue à *l'alinéa 2*.

⁴³ ATF 112 II 486, c. 4; décision de la Commission de recours en matière de privation de liberté à des fins d'assistance de la Cour suprême du canton de Berne du 27 janvier 2010, c. 4.

Alinéa 3: si la décision de libération incombe à l'institution, il lui appartient de proposer en temps voulu à l'APEA les mesures adéquates de suivi post-institutionnel.

Article 33

Le droit en vigueur permet de donner à une personne des instructions concernant la façon de se comporter, notamment dans le but d'éviter une privation de liberté à des fins d'assistance (cf. art. 4, al. 2 LPLA). Cette possibilité doit être maintenue conformément à *l'alinéa 1*. Il peut s'agir d'une injonction d'abstinence à l'intention d'une personne alcoolique, ou de l'obligation de travailler régulièrement par exemple.

Alinéa 2: la surveillance du respect des instructions peut influencer sensiblement leur efficacité si la personne concernée en a connaissance. En cas de refus de coopérer, l'exécution d'instructions sur la façon de se comporter s'avère généralement impossible. En tout état de cause, la personne concernée devrait être consciente du fait que des mesures plus rigoureuses pourraient le cas échéant être ordonnées.

Article 34

Le suivi post-institutionnel peut consister en mesures ambulatoires conformément à *l'alinéa 1*.

Une mesure ambulatoire est toujours ordonnée de cas en cas. L'énumération de *l'alinéa 2* est loin d'être exhaustive, et on peut également envisager par exemple le recours à un service de repas à domicile, la fréquentation d'un groupe d'entraide ou encore la participation à un programme pédagogique (p. ex. le «Programme d'apprentissage contre la violence dans le couple et la famille»).

Alinéa 3: les mesures ambulatoires peuvent également être ordonnées contre la volonté des personnes concernées. Dans ce cas, elles doivent être notifiées sous forme de décisions, à l'instar des traitements hospitaliers sans consentement (art. 434, al. 2 CCS révisé). L'exécution de telles mesures (et en particulier l'aspect de la proportionnalité) soulève toutefois de grands problèmes. Il n'est généralement pas possible d'exercer une contrainte véritable sur la personne tenue d'exécuter les mesures, même si, dans certains cas, les instructions concernant la façon de se comporter – par exemple la participation à un programme d'apprentissage – peuvent être assorties d'une commination de peine au sens de l'article 292 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CPS)⁴⁴.

Article 35

Selon cet article, les dispositions relatives au placement à des fins d'assistance sont applicables par analogie aux mineurs (cf. art. 314b, al. 1 CCS révisé).

Article 36

Alinéa 1: les mandats de curatelle ne doivent, comme jusqu'ici, être confiés qu'à des personnes physiques (art. 400, al. 1 CCS révisé). Il peut s'agir de curateurs et de curatrices professionnellement actifs pour les pouvoirs publics, ou alors de particuliers. Vu la complexité des tâches toutefois, il devrait être rare qu'un mandat puisse être attribué à un non-professionnel⁴⁵.

Alinéa 2: il est prévu que les curateurs et curatrices professionnels continuent à faire partie du personnel d'un service social ou d'un autre service communal (office de tutelle ou de curatelle). Ainsi, ils sont en quelque sorte les «serviteurs de deux maîtres»: d'une part, ils sont engagés par un service communal, et d'autre part, ils sont également subordonnés à l'APEA, notamment en ce qui concerne la gestion des mandats (cf. art. 22, al. 2). Dans le cas des communes bourgeoises, il n'y a pas lieu de régler la question de l'appartenance administrative des curateurs et curatrices professionnels.

⁴⁴ RS 3311.0

⁴⁵ FF 2006, p. 6683.

Il convient enfin, pour des raisons pratiques, d'accorder un droit de proposition au service social (al. 3).

Article 37

Alinéa 1: la rémunération et le remboursement des frais du curateur ou de la curatrice sont généralement fixés lors de l'examen périodique du rapport d'activité et des comptes. Suivant les circonstances toutefois, ils peuvent également être déterminés à l'occasion d'une procédure distincte. Ainsi, il devrait arriver fréquemment que la fixation de la rémunération officielle intervienne dans la décision sur le fond en cas de curatelle de procédure (art. 449a CCS révisé). Par ailleurs, la décision de l'autorité tutélaire en matière de rémunération représente un titre de mainlevée définitive de l'opposition⁴⁶, et le CCS révisé n'apporte aucune modification à cet égard.

Alinéa 2: le montant de la rémunération et du remboursement des frais seront déterminés au cas par cas sur la base de prescriptions devant faire l'objet d'une ordonnance du Conseil-exécutif. Si le curateur ou la curatrice n'a pour tâche que de représenter la personne concernée dans la procédure devant l'APEA (art. 449a CCS révisé) et qu'il s'agit d'un avocat ou d'une avocate, sa rémunération est fixée en application de la législation sur les avocats et les avocates.

Article 38

Selon cet article, les dispositions relatives à la gestion des mandats sont applicables par analogie aux mandats concernant des mineurs (cf. art. 327c, al. 2 CCS révisé).

Article 39

La stérilisation d'une personne sous curatelle de portée générale requiert l'approbation de l'autorité de protection de l'adulte (art. 6, al. 2, lit. b de la loi sur la stérilisation). Il y a lieu de préciser dans la présente loi, appelée en particulier à remplacer l'ordonnance d'introduction de la loi sur la stérilisation, les autorités qui sont compétentes à raison du lieu (le droit en vigueur comporte une lacune à cet égard). Il apparaît opportun de déterminer la compétence en fonction du lieu de domicile de la personne concernée, et non du lieu de la clinique dans laquelle l'intervention a été pratiquée.

Dans le cas des ressortissants et ressortissantes des communes bourgeoises, la compétence continue d'appartenir à l'autorité qui leur est propre.

Article 40

En vertu de l'article 10, alinéa 1 de la loi sur la stérilisation, le médecin qui a pratiqué sur une personne incapable de discernement une intervention de nature thérapeutique ayant pour effet secondaire inévitable de supprimer les facultés reproductrices de la personne l'annonce dans les dix jours à l'autorité de protection de l'adulte. L'*alinéa 1* précise qu'une telle communication doit toujours être adressée à l'APEA cantonale du lieu où l'intervention a été réalisée. Cette obligation vaut également dans le cas où l'intervention concerne un ressortissant ou une ressortissante d'une commune bourgeoise. L'APEA bourgeoise ne reçoit donc pas d'annonce dans ce domaine.

La prescription qui figurait jusqu'ici à l'article 4, alinéa 2 de l'ordonnance d'introduction de la loi sur la stérilisation est ancrée dans la loi au sens formel à l'*alinéa 2* du présent article.

Article 41

Cette disposition énumère les coûts de l'exécution des mesures. Il s'agit en particulier des charges liées au placement à des fins d'assistance et aux mesures de protection de l'enfant, en plus de la rémunération des mandataires.

⁴⁶ ATF 113 II 394, c. 2 p. 395.

Article 42

Alinéa 1: les coûts de l'exécution des mesures sont en principe à la charge de la personne à l'égard de laquelle ces dernières ont été ordonnées à des fins de protection ou d'assistance. Dans le cas de la curatelle, cette règle découle de l'article 404, alinéa 1 CCS révisé, selon lequel les sommes dues au ou à la mandataire «sont prélevées sur les biens de la personne concernée», y compris les prétentions d'entretien qu'elle a contre ses parents et son conjoint. Dans le cas de mineurs, les coûts sont à la charge des parents, puisque l'article 276, alinéa 1 CCS prévoit explicitement que les père et mère doivent pourvoir à l'entretien de l'enfant et assumer, par conséquent, les frais de son éducation, de sa formation et des mesures prises pour le protéger. D'une manière générale, le principe qui prévaut est que dès lors que le mandat est octroyé dans l'intérêt de la personne concernée, il n'est pas choquant de lui faire supporter les frais occasionnés par l'intervention étatique⁴⁷. Il est applicable non seulement à la rémunération et au remboursement des frais du ou de la mandataire, mais à l'ensemble des coûts énumérés à l'article 41. Le droit en vigueur prévoit déjà une obligation générale, pour la personne concernée, de supporter les frais engendrés par la privation de liberté à des fins d'assistance et d'autres mesures de l'assistance personnelle (art. 50, al. 1 LPLA), et il n'est pas prévu d'introduire des changements à cet égard.

L'obligation de supporter les coûts disparaît si la personne concernée n'est pas à même de les assumer. La Confédération laisse aux cantons le soin d'édicter des dispositions d'exécution applicables à la prise en charge des coûts des mesures ordonnées en faveur de personnes nécessiteuses (art. 404, al. 3 CCS révisé). *L'alinéa 2* prévoit à ce propos que le Conseil-exécutif définit par voie d'ordonnance les montants limites concernant le revenu et la fortune, c'est-à-dire les montants en-deça desquels la personne, considérée comme étant dans le besoin, bénéficie d'une exonération (provisoire). Cette réglementation est comparable à celle qui prévaut pour l'assistance judiciaire gratuite dans le domaine de la justice, ou encore lors du calcul de l'aide sociale. Il s'agira par ailleurs de concrétiser, dans l'ordonnance, l'obligation des personnes concernées de participer à la détermination de leur situation. On pourrait envisager par exemple d'exiger de leur part une attestation de leur commune de domicile indiquant leur situation familiale, leur fortune et leur revenu, comme le prévoyait l'ancien Code de procédure civile bernois abrogé à fin décembre 2010⁴⁸. Cette solution tient également compte de la difficulté que pourraient éprouver des malades psychiques à s'acquitter de leur obligation de coopération.

Article 43

En vertu de *l'alinéa 1*, il incombe au canton (APEA ou JCE) ou à la commune bourgeoise compétente en matière d'aide sociale de préfinancer l'exécution des mesures. L'APEA doit ensuite déterminer si la personne concernée est tenue de prendre tout ou partie des coûts à sa charge, à moins que cette éventualité ne soit exclue d'emblée (*al. 2*). Tel est le cas par exemple si la personne bénéficie de l'aide sociale et que l'APEA a déjà connaissance de l'insuffisance de ses ressources financières.

La détermination de la prise en charge des coûts fait l'objet d'une procédure administrative distincte de celle qui aboutit au prononcé de la mesure. Une telle dissociation s'impose pour des questions temporelles déjà. Il appartient à l'APEA de déterminer les faits d'office, même si la personne concernée a une obligation de coopérer susceptible d'être concrétisée dans une ordonnance du Conseil-exécutif (art. 42, al. 2). Si l'APEA aboutit à la conclusion que la personne doit supporter tout ou partie des coûts, elle rend une décision allant dans ce sens (*al. 3*). Une fois celle-ci entrée en force, elle demande à la personne concernée le paiement des montants avancés (*al. 4*). Elle peut charger le service compétent de la Direction des finances ou le service désigné par la commune bourgeoise compétente de la procédure de recouvrement suivant la facturation et le rappel.

⁴⁷ FF 2006, p. 6685.

⁴⁸ Article 79, alinéa 2 CPC BE (BL 1990, p. 44).

Article 44

Les coûts qui avaient été préfinancés par le canton ou par la commune bourgeoise compétente ne sont provisoirement pas répercutés sur la personne concernée si cette dernière n'est pas en mesure de les supporter. Dans ce cas toutefois, les droits éventuels de cette personne vis-à-vis de tiers débiteurs (assurances sociales, caisse-maladie) passent au canton ou à la commune bourgeoise (*al.* 1).

Si la personne concernée acquiert par la suite une fortune ou un revenu suffisants, elle est tenue de verser a posteriori les coûts de l'exécution des mesures au canton ou à la commune bourgeoise (*al.* 2). Tel est le cas lorsque ses «conditions économiques s'améliorent notablement et que le remboursement peut être exigé». Cette formulation se fonde sur l'article 40, alinéa 1 LASoc (remboursement de l'aide sociale). Selon la jurisprudence du Tribunal administratif, on n'est pas en présence d'une amélioration pour la simple raison que la personne concernée est à nouveau en mesure de subvenir elle-même à ses besoins et, en outre, de rembourser des dettes. Il faut au contraire que les conditions puissent désormais être considérées comme favorables⁴⁹. Un remboursement peut aussi n'être que partiel, conformément au principe selon lequel il est possible de ne mettre qu'une partie des coûts à la charge de la personne concernée.

Il appartient au service compétent de la JCE ou au service désigné par la commune bourgeoise d'ordonner le remboursement. En effet, il est plus efficace de concentrer toutes les procédures en la matière auprès d'un service administratif, plutôt que de confier cette tâche à chacune des APEA. Dans toute la mesure du possible, il convient de parvenir à un accord sur la nature et les modalités de paiement, et ce n'est qu'en cas d'échec qu'une décision doit être rendue. Ce système correspond à la réglementation en vigueur dans le cas du remboursement de l'aide matérielle (art. 44 LASoc).

De même, la norme réglant la prescription (*al.* 3) est calquée sur celle de la loi sur l'aide sociale. Dès lors, le droit au remboursement se prescrit par un an à compter du jour où le service compétent en a pris connaissance (délai de prescription relatif), mais dans tous les cas par dix ans à partir du jour de la naissance du droit (délai de prescription absolu).

Article 45

Selon cette disposition, les coûts irrécouvrables pour le canton doivent être supportés solidairement par ce dernier et l'ensemble des communes selon le mécanisme de la compensation des charges au sens des articles 78 ss LASoc. Dans le domaine d'application de la LPLA, les frais de l'exécution des mesures sont, aujourd'hui déjà, pris en charge par la collectivité publique tenue de verser l'aide sociale si la personne en cause n'est pas en mesure de les payer; ils sont par ailleurs admis à la compensation des charges (art. 50, al. 2 et 3 LPLA). Les montants irrécouvrables sont des dépenses au sens de l'article 79, alinéa 1, lettre c LASoc.

La présente disposition ne concerne pas les coûts de l'exécution de mesures par les ressortissants et ressortissantes des communes bourgeoises, car ils sont supportés par ces dernières.

Article 46

La présente disposition constitue une exception à l'article 48, alinéa 1 LiCPM selon lequel les autorités et les employés et employées du canton et des communes sont tenus de dénoncer au Ministère public les faits qu'ils apprennent dans l'exercice de leur activité et qui les conduisent à soupçonner qu'un crime se poursuivant d'office a été commis (art. 48, al. 3 LiCPM). Le droit en vigueur contient une disposition semblable à l'article 25, alinéa 2 LiCCS (dans la teneur de la LiCPM du 11 juin 2009⁵⁰), mais la nouvelle disposition précise encore dans un souci de clarté que l'exemption vaut également pour les curateurs et curatrices.

⁴⁹ JAB 2010, p. 366, c. 2.3, 2009, p. 273, c. 4.1.1.

⁵⁰ ROB 09 148

Article 47

La litispendance crée un rapport, du point de vue du droit procédural, entre l'APEA et la personne concernée, et implique le respect des principes de procédure. Elle contraint l'APEA à traiter l'affaire jusqu'à sa clôture formelle⁵¹.

Alinéa 1: le dépôt d'une requête constitue un moyen d'ouvrir une procédure. Même si l'intervention de l'APEA dans les cas prévus à la *lettre a* peut, suivant les circonstances, se fonder sur la requête d'un particulier, ce dernier n'a généralement pas la maîtrise de l'objet de la procédure car c'est la maxime d'office qui prévaut en l'espèce (art. 446, al. 3 CCS révisé). La maxime de disposition ne s'applique qu'exceptionnellement, à savoir dans les procédures portant sur le droit de visite en cas de désaccord des parents (art. 134, al. 4 et 315b, al. 2 CCS révisé). Quiconque dépose une requête visant au prononcé d'une mesure dispose des droits de partie devant l'APEA en qualité de requérant ou requérante. Il en va de même de la personne concernée dès lors qu'elle est directement touchée dans ses droits en tant que destinataire matérielle de la décision. Elle a par conséquent, d'office, le statut d'intimée dans la procédure.

Selon la *lettre b*, la litispendance est également créée par la réception d'un avis qui n'est pas manifestement infondé. Contrairement à la personne requérante, celui ou celle qui adresse à l'APEA un avis au sens de l'article 443 CCS révisé ne dispose pas de droit de partie.

La *lettre c* énonce un autre cas de litispendance, à savoir la saisine de l'autorité lorsque le CCS révisé le prévoit. C'est ainsi que selon l'article 419 CCS révisé, il est possible d'en appeler à l'APEA contre les actes ou les omissions du curateur ou de la curatrice. Il ne s'agit pas, en l'espèce, d'une procédure de recours à proprement parler. Le but est que l'APEA rende une décision selon une procédure simple et rapide⁵². De par la nature même des affaires en question, la saisine ne doit pas être soumise à des exigences aussi élevées qu'un recours.

Enfin, la *lettre d* prévoit que l'ouverture d'office de la procédure crée elle aussi la litispendance.

Alinéa 2: l'ouverture d'office de la procédure intervient en règle générale par une communication aux intéressés. Si l'autorité avait déjà agi au préalable et que la personne concernée n'en avait pas encore été formellement informée, pour une raison ou pour une autre, il convient toutefois de considérer que la procédure avait été ouverte dès le moment où l'autorité avait pris des dispositions ayant des effets externes (p. ex. mesures de sûreté telles que le blocage d'un compte bancaire ou le recours à un médecin de garde). En revanche, de simples notes internes ou le début de la constitution d'un dossier ne signifient pas, en règle générale, l'ouverture formelle d'une procédure.

Alinéa 3: la litispendance détermine la compétence de l'APEA pour toute la durée de la procédure, de sorte que la personne concernée ne peut se soustraire aux décisions de celle-ci par un changement de domicile ou de lieu de séjour.

Article 48

Le principe de la territorialité des langues est applicable en vertu de l'article 6 ConstC: ainsi, chaque arrondissement administratif et, partant, chaque APEA a une langue officielle, laquelle est également la langue de la procédure. Dans l'arrondissement administratif bilingue de Biel/Bienne, le français et l'allemand sont les langues officielles (art. 6, al. 2, lit. *b* ConstC). Etant compétente pour l'ensemble du territoire cantonal, l'APEA bourgeoisiale peut quant à elle recevoir des écrits en français ou en allemand, et doit mener des procédures dans les deux langues officielles.

Article 49

Selon le droit fédéral, l'APEA doit rendre ses décisions en siégeant à trois membres au moins (art. 440, al. 1 CCS révisé). Indépendamment de cela, la loi peut confier la *direction* de la pro-

⁵¹ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, article 16, note 1.

⁵² FF 2006, p. 6692.

cédure à un seul de ses membres. Ainsi, selon *l'alinéa 1*, le président ou la présidente – pour autant qu'il ou elle n'instruise pas personnellement la procédure – attribue les affaires en vue de l'instruction et désigne les autres membres composant le collège décisionnel. Il ou elle est donc responsable de la répartition équilibrée des tâches au sein de l'autorité, le cas échéant sur la base des critères et modalités prévus dans le règlement interne (art. 15, al. 1, lit. a). Dans la mesure du possible, le président ou la présidente se charge d'affaires ordinaires en plus de celles qui relèvent de sa seule compétence.

Alinéa 2: le membre de l'autorité chargé de l'instruction doit tout entreprendre de son propre chef pour mener la procédure à son terme («conduite du procès»). Il lui incombe en particulier d'établir d'office les faits pertinents de manière exacte et complète, et d'administrer les preuves nécessaires (maxime inquisitoire; art. 446, al. 1 CCS révisé). La prescription d'une mesure probatoire relève exclusivement du membre de l'autorité chargé de l'instruction, mais son exécution est susceptible d'être déléguée (cf. art. 446, al. 2 CCS révisé; art. 22, al. 2, lit. a).

Une fois que les faits sont établis, le membre de l'autorité chargé de l'instruction formule une proposition à l'APEA conformément à *l'alinéa 3*, qui se prononce alors en tant qu'autorité collégiale (art. 56). Si l'affaire relève de la seule compétence du membre qui a procédé à l'instruction, ce dernier rend sa décision sans proposition préalable (art. 57 à 59 ou art. 57 à 59 en relation avec l'art. 61, al. 2).

Article 50

La personne concernée est libre de choisir les personnes et les organisations chargées de sa représentation devant l'APEA (p. ex. Pro Infirmis, Pro Juventute ou Pro Senectute). Cette latitude disparaît toutefois lorsqu'une curatelle de procédure est instituée en application des articles 314a^{bis} et 449a CCS, car une double représentation n'est pas possible à ce niveau.

L'assistance n'est pas un type particulier de représentation. On entend par là que la personne concernée est accompagnée de celle qui la représente⁵³.

La personne concernée doit agir ou comparaître personnellement notamment dans les questions relevant du droit de la filiation (p. ex. litiges concernant le droit de visite), de sorte qu'une représentation par une organisation ou une personne proche (p. ex. partenaire, beau-père ou belle-mère, partenaire enregistré) est en règle générale exclue.

Article 51

Si l'APEA institue une curatelle de procédure en application des articles 314a^{bis} et 449a CCS, elle doit se prononcer sur la rémunération et le remboursement des frais du curateur ou de la curatrice comme pour n'importe quel autre type de curatelle (art. 37). Dans de tels cas, il devrait arriver fréquemment que la fixation de la rémunération officielle intervienne dans la décision sur le fond.

Article 52

La procédure devant l'APEA est régie par la maxime inquisitoire et la maxime d'office (art. 446, al. 1 et 3 CCS révisé). L'APEA a donc, sans restriction, le devoir d'établir les faits, devoir qui a pour corollaire l'obligation de collaborer imposée aux personnes participant à la procédure et aux tiers.

L'obligation de collaborer est concrétisée à *l'alinéa 1*. Les personnes participant à la procédure, et en premier lieu les personnes concernées, sont tenues de communiquer les informations nécessaires (*lit. a*), de remettre les documents demandés (*lit. b*) et, le cas échéant, de se soumettre à des examens médicaux, à des perquisitions officielles ou à des inspections locales (*lit. c*). Cette énumération n'est pas exhaustive, tant il est vrai que l'obligation de collaborer s'étend à d'autres moyens de preuve et à toutes les enquêtes utiles que l'APEA est susceptible d'ordonner.

⁵³ Merkli/Aeschlimann/Herzog, op. cit., article 15, note 5.

Alinéa 2: il est indispensable que la loi prévoie des mesures de contrainte en cas de refus injustifié de collaborer. Outre les possibilités énumérées par les *lettres a à c*, la peine pour insoumission (art. 292 CPS) entre également en ligne de compte. Par ailleurs, le principe de proportionnalité est déterminant dans tous les cas: la collaboration doit être indispensable au vu des circonstances concrètes, et ne pas dépasser ce qui est strictement nécessaire. A cela s'ajoute que le but de l'exécution sous la contrainte doit justifier l'atteinte effectivement portée aux droits de la personnalité.

Article 53

En vertu de *l'alinéa 1*, l'audition personnelle qui incombe en principe au membre de l'autorité chargé de l'instruction peut également être effectuée par une autre personne appropriée. Il est toutefois indispensable de veiller à ce que l'interdisciplinarité préconisée par l'article 440, alinéa 1 soit garantie dans chaque cas⁵⁴.

Alinéa 2: en cas de placement à des fins d'assistance, il est admis de déroger au principe selon lequel la personne concernée est entendue par l'APEA réunie en collège (art. 447, al. 2 CCS), notamment s'il y a péril en la demeure. Il est également possible de renoncer à une audition personnelle si, par exemple, la personne concernée la refuse ou que sa réalisation soit rendue impossible pour d'autres motifs⁵⁵. En cas de refus de la personne concernée de collaborer à la procédure, la décision doit être rendue sur la base du dossier, c'est-à-dire des indications fournies par l'institution, dont l'anamnèse⁵⁶.

S'agissant de l'audition personnelle de l'enfant, *l'alinéa 3* renvoie à l'article 314 CCS révisé, qui reprend pour sa part la réglementation de l'ancien droit (art. 144, al. 2 CCS). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les enfants peuvent en principe être entendus dès qu'ils ont six ans révolus⁵⁷.

Alinéa 4: l'audition de proches ainsi que d'autorités et de services entre notamment en ligne de compte lorsque la personne concernée ne peut être entendue pour une raison ou pour une autre.

Article 54

Le droit d'être entendu garanti au niveau constitutionnel (art. 29, al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst.]⁵⁸) a pour corollaire une obligation de tenir un procès-verbal en procédure administrative, c'est-à-dire de consigner par écrit la teneur essentielle des déclarations orales⁵⁹. *L'alinéa 1* énonce cette exigence, et *l'alinéa 2* renvoie à l'article 314a, alinéa 2 CCS révisé selon lequel seuls les résultats de l'audition d'enfants qui sont nécessaires à la décision sont consignés au procès-verbal.

Article 55

Le dossier devant être établi en vertu de *l'alinéa 1* constitue un outil de travail indispensable tant pour l'APEA que pour l'instance judiciaire de recours. Les dossiers ne sont donc par principe pas envoyés aux particuliers, qui doivent en règle générale les consulter dans les locaux de l'APEA (*al. 3*). Une exception est toutefois prévue dans le cas des avocats et avocates, qui offrent toute garantie quant à un traitement soigneux des dossiers officiels.

Le droit – relevant de la procédure – de consultation du dossier prévu par la présente disposition est celui qui est ancré à l'article 449b CCS révisé (il est l'une des composantes du droit d'être entendu). Il convient de le distinguer du droit de consultation en relation avec la protection des données (art. 18 ConstC), qui est précisé dans la LCPD et qui est parfois sou-

⁵⁴ FF 2006, p. 6712.

⁵⁵ FF 2006, p. 6712.

⁵⁶ ATF 116 II 406, c. 2 (JdT 1992 I, p. 337 s.).

⁵⁷ ATF 133 III 553, c. 3 (JdT 2008 I, p. 244 ss), 131 III 553, c. 1.2.3 (JdT 2006 I, p. 83 ss).

⁵⁸ RS 101

⁵⁹ ATF 130 II 473, c. 4.4 (JdT 2005 I, p. 387 s.); Merkli/Aeschlimann/Herzog, op. cit., article 19, note 31.

mis à d'autres règles (cf. p. ex. art. 31 LCPD selon lequel l'établissement de copies est gratuit).

Article 56

De par le droit fédéral, l'APEA doit rendre ses décisions en siégeant à trois membres au moins (art. 440, al. 2 CCS révisé). La présente loi satisfait à cette exigence minimale, sans toutefois aller plus loin. Elle prévoit donc que l'APEA siège en tant que collège de trois membres. A cet égard, la composition du collège décisionnel pourra varier plus ou moins fortement, suivant la taille de l'autorité. En présence de plusieurs collèges décisionnels, il appartiendra à la présidence de veiller à la cohérence de la jurisprudence au sein de l'autorité. Quant à l'unité de la jurisprudence entre les onze APEA cantonales et l'APEA bourgeoisiale, elle relève du directoire (art. 16, al. 4).

Articles 57 à 60

Les cantons peuvent prévoir des exceptions à la composition collégiale de l'autorité (art. 440, al. 2, 2^e phrase CCS révisé). Il leur incombe de les énumérer de manière exhaustive, de sorte que les affaires qui ne sont pas expressément mentionnées ressortissent au collège. La compétence d'un seul membre est opportune lorsqu'une affaire ne requiert pas impérativement une appréciation interdisciplinaire. Il est en outre justifié de renoncer à l'exigence de la collégialité dans les cas où le pouvoir d'appréciation est peu important, de même qu'en cas d'urgence⁶⁰.

Article 57: les affaires soulevant des questions de nature essentiellement procédurale ne requièrent pas de décisions collégiales, et relèvent donc de la compétence individuelle du président ou de la présidente. Tel est le cas des décisions qui mettent fin à la procédure (décisions ordonnant la radiation du rôle et décisions d'irrecevabilité [*lit. a et b*]), des décisions ordonnant des mesures provisionnelles (*lit. c*), des décisions d'exécution (*lit. d*) ainsi que de toutes les décisions incidentes séparément susceptibles de recours (*lit. f*). Il en va de même des décisions devant être rendues en application de la loi sur la protection des données (*lit. e*).

Article 58: cet article énumère les affaires qui, dans le domaine de la protection de l'enfant, sont de la compétence individuelle du président ou de la présidente. Selon les recommandations de la Conférence des autorités cantonales de tutelle, il est possible de soumettre des affaires déterminées à la compétence d'un seul membre de l'autorité, comme dans le cas des procédures qui ne débouchent pas sur une décision matérielle (requête p. ex.)⁶¹. Il en va ainsi des affaires prévues aux *lettres a* (demande de nouvelle réglementation des questions qui concernent l'enfant auprès du ou de la juge prononçant le divorce ou la séparation ou du ou de la juge des mesures protectrices de l'union conjugale [art. 134, al. 1 CCS]) et *c* (demande d'institution d'une représentation de l'enfant dans la procédure de divorce ou de séparation [art. 299, al. 2, lit. *b* CPC]).

Les procédures qui ne sont pas de nature litigieuse (p. ex. en cas d'accord des parents)⁶² entrent dans la même catégorie. Il s'agit des procédures énumérées aux *lettres b* (approbation de conventions d'entretien et modification de l'attribution de l'autorité parentale en cas d'accord entre les père et mère [art. 134, al. 3 et 287 CCS]), *e* (attribution de l'autorité parentale à l'autre parent [art. 298, al. 3 CCS]) et *f* (attribution de l'autorité parentale conjointe [art. 298a, al. 1 CCS]).

Enfin, certaines décisions ne nécessitent pas une appréciation interdisciplinaire, de sorte qu'elles peuvent être rendues par un seul membre de l'autorité⁶³. Ce sont d'une part les décisions de nature essentiellement formelle qui sont mentionnées aux *lettres d* (réception de la déclaration de consentement des père et mère en vue de l'adoption [art. 265a, al. 2 CCS]), *i* (autorisation de placement d'un enfant chez des parents nourriciers et surveillance du place-

⁶⁰ FF 2006, p. 6706.

⁶¹ Recommandations de la CAT, p. 151.

⁶² Recommandations de la CAT, p. 151.

⁶³ Cf. recommandations de la CAT, p. 151.

ment chez des parents nourriciers [art. 316, al. 1 CCS]), *k* (réception de l'inventaire des biens de l'enfant et décision ordonnant la présentation périodique d'un rapport et des comptes concernant les biens de l'enfant [art. 318, al. 3 CCS révisé et 322, al. 2 CCS]) et *l* (autorisation de prélèvements sur les biens de l'enfant [art. 320, al. 2 CCS]). Il s'agit d'autre part des procédures sans marge discrétionnaire qui font l'objet des *lettres g* (institution d'une curatelle en cas de conflit entre les intérêts des père et mère d'une part et de l'enfant d'autre part [art. 306, al. 2 CCS révisé]), *h* (institution d'une curatelle en vue de l'établissement de la paternité et de la réglementation de l'entretien [art. 309 et 308, al. 2 CCS]) et *m* (décision ordonnant une curatelle de représentation pour l'enfant conçu dans le but de sauvegarder ses droits successoraux [art. 544, al. 1^{bis} CCS]), pour lesquelles le droit fédéral impose l'institution d'une curatelle. Les mêmes considérations valent, enfin, dans le cas de l'examen des rapports prévu à la *lettre n* (établissement de la paternité et réglementation de l'entretien au sens des art. 309 et 308, al. 2 CCS).

Article 59: cet article énumère les affaires qui, dans le domaine de la protection de l'adulte, sont de la compétence individuelle du président ou de la présidente. Dans les cas prévus aux *lettres a* (interprétation et complètement d'un mandat pour cause d'inaptitude [art. 364 CCS révisé]) et *b* (consentement par rapport aux actes juridiques du conjoint relevant de l'administration extraordinaire des biens [art. 374, al. 3 CCS révisé]), il s'agit de décisions requérant une appréciation purement juridique, pour lesquelles il n'est pas nécessaire de faire intervenir des connaissances spécifiques à d'autres disciplines représentées au sein de l'APEA. Quant aux procédures mentionnées aux *lettres c* (établissement d'un inventaire et décision ordonnant l'établissement d'un inventaire public [art. 405, al. 2 et 3 CCS révisé]) et *d* (décision ordonnant l'établissement d'un inventaire successoral [art. 553, al. 1 CCS révisé]), elles n'impliquent aucune décision d'ordre matériel, de sorte qu'une compétence individuelle se justifie.

Article 60: les affaires relevant de la compétence individuelle du président ou de la présidente doivent pouvoir être renvoyées au collège pour qu'il statue lorsque les circonstances de droit ou de fait le justifient. La LOJM prévoit une disposition semblable s'agissant de la compétence du juge unique au sein du Tribunal administratif (art. 57, al. 6 LOJM), qui s'est avérée utile et doit donc être introduite dans le domaine de la protection de l'enfant et de l'adulte également.

Article 61

Alinéa 1: tous les membres de l'APEA instruisant une procédure sont compétents pour rendre seuls des décisions incidentes qui ne sont pas séparément susceptibles de recours. Il s'agit surtout de décisions de nature procédurale devant intervenir dans la perspective des rapports juridiques qui seront réglés dans la décision finale.

L'alinéa 2 permet au président ou à la présidente de déléguer une affaire qui relèverait de sa compétence individuelle au sens des articles 57 à 59 à un autre membre de l'autorité afin qu'il la traite de manière autonome. Cette possibilité peut par exemple entrer en ligne de compte dans une APEA d'assez grande taille comptant plus d'un membre au bénéfice d'une formation juridique. Une délégation selon la présente disposition peut aussi s'imposer lorsque la décision à rendre requiert des connaissances dans un autre domaine spécialisé que le droit. Enfin, les décisions de routine sur la base d'un modèle établi peuvent être confiées à une autre personne afin de décharger le président ou la présidente.

Article 62

Si la curatelle englobe la gestion du patrimoine, le curateur ou la curatrice doit dresser un inventaire des valeurs patrimoniales à gérer en collaboration avec l'APEA (art. 405, al. 2 CCS révisé). Cette opération ne doit cependant pas être impérativement effectuée par un membre de l'autorité, mais peut tout à fait être déléguée au secrétariat de cette dernière.

Article 63

Il appartient à l'APEA de décider si elle entend rendre ses décisions collégiales en audience ou par voie de circulation. Le présent article prévoit toutefois qu'une délibération en audience doit avoir lieu en l'absence d'unanimité sur le dossier mis en circulation. Cette réglementation

se fonde sur celle qui est prévue pour la procédure devant le Tribunal administratif (art. 56, al. 5 LOJM). Une décision est réputée prise par voie de circulation lorsque tous les membres du collège décisionnel ont approuvé la proposition, signature à l'appui.

Article 64

Les débats et les délibérations des autorités administratives ne sont ouverts ni aux parties, ni au public. Cette prescription est compatible avec le droit supérieur, puisque l'article 30, alinéa 3 Cst., l'article 6, chiffre 1 CEDH et l'article 14, alinéa 1 du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte II-ONU)⁶⁴ n'imposent le principe de la publicité (des débats et du prononcé du jugement) que devant les tribunaux étatiques⁶⁵.

Article 65

Quiconque recourt à des prestations de l'administration cantonale doit verser des émoluments (art. 66 de la loi du 26 mars 2002 sur le pilotage des finances et des prestations [LFP]⁶⁶). Les frais de procédure comprennent la contre-prestation pour l'intervention de l'autorité et les débours occasionnés lors du déroulement de la procédure⁶⁷. Ils sont perçus sous la forme d'un émolument forfaitaire; par ailleurs, un émolument supplémentaire peut être perçu pour les enquêtes particulières, les expertises ou d'autres mesures d'instruction (art. 103, al. 1 LPJA). Le montant des émoluments dus pour les procédures devant l'APEA sera déterminé dans l'ordonnance du 22 février 1995 fixant les émoluments de l'administration cantonale (ordonnance sur les émoluments, OEmo⁶⁸) que le Conseil-exécutif a édictée en application de l'article 68, alinéa 1 LFP.

Alinéa 1, 1^{re} phrase: les procédures devant l'APEA donnent en principe lieu à la perception d'émoluments (cf. art. 107, al. 1 LPJA). La gratuité – telle qu'elle est par exemple prévue par la législation sur l'aide sociale (art. 53 LASoc) – ne se justifierait pas compte tenu de la vaste palette de domaines que recouvre le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte. Il n'y a aucune raison, en effet, que la sollicitation des autorités en rapport avec les nouvelles institutions juridiques – mandat pour cause d'inaptitude et directives anticipées du patient – soit gratuite. Il en va de même des procédures destinées à régler des questions qui concernent l'enfant lorsque les parents ne manifestent pas la moindre volonté de parvenir à un accord, ou encore des procédures visant l'institution d'une curatelle de représentation pour la gestion d'une importante fortune. Indépendamment des considérations qui précèdent, il s'agira de tenir compte des particularités de chaque cas, raison pour laquelle l'APEA est habilitée à renoncer entièrement ou en partie à la perception d'émoluments lorsque les circonstances particulières le justifient.

Alinéa 1, 2^e phrase: il est parfois justifié non seulement de percevoir des émoluments, mais aussi d'exiger une avance de frais. Tel est le cas, par exemple, en présence de parents récalcitrants et en profond désaccord dans les procédures destinées à régler des questions qui concernent l'enfant. Quiconque sollicite de la sorte l'aide des pouvoirs publics doit donc, suivant les circonstances, pouvoir être contraint de verser une avance de frais. Il n'en reste pas moins que le bien de l'enfant est toujours prépondérant, et que l'obligation d'avancer les frais ne doit pas empêcher l'intervention de l'autorité au détriment des intérêts de ce dernier. Par conséquent, la détermination des catégories de cas dans lesquels une avance peut être exigée doit non pas relever de la seule pratique, mais faire au contraire l'objet d'une ordonnance du Conseil-exécutif. En tout état de cause, la possibilité de demander une avance de frais appropriée dans certaines procédures administratives devant l'APEA constitue une réglementation spéciale par rapport au principe énoncé à l'article 105, alinéa 1 LPJA, et représente donc une nouveauté.

⁶⁴ RS 0.103.1

⁶⁵ ATF 133 I 106, c. 8.1 (JdT 2008 I, p. 429 ss).

⁶⁶ RSB 620.0

⁶⁷ Merkli/Aeschlimann/Herzog, op. cit., article 103, note 1.

⁶⁸ RSB 154.21

Alinéa 2: on est notamment en présence d'une circonstance particulière justifiant la gratuité lorsque l'autorité a envisagé d'ordonner une mesure, avant d'y renoncer au terme de l'établissement des faits et de l'examen de la situation juridique. Il est normal que le canton supporte en principe les frais de telles procédures car il se peut, suivant les circonstances, que la personne concernée y ait participé contre son gré. Malgré cela, les frais de procédure peuvent être mis à la charge des parties si elles ont provoqué la procédure en faisant preuve de mauvaise foi ou en agissant à la légère, ou qu'elles en aient entravé le déroulement d'une manière répréhensible au regard du droit.

Alinéa 3: il n'est pas perçu de frais de procédure dans les cas suivants:

- Procédures concernant le placement à des fins d'assistance (*lit. a*): le droit en vigueur prévoit déjà la gratuité de telles procédures (art. 22, al. 1 LPLA).
- Procédures au sens de l'article 419 CCS (*lit. b*): en vertu de l'article 419 CCS révisé, la personne concernée, l'un de ses proches ou toute personne qui a un intérêt juridique peut en appeler à l'autorité de protection de l'adulte contre les actes ou les omissions du curateur, ou ceux du tiers ou de l'office mandatés par l'autorité de protection de l'adulte. Cette disposition remplace l'actuel article 420, alinéa 1 CCS⁶⁹. Elle a pour but de permettre à l'APEA de rendre une décision selon une procédure simple et rapide⁷⁰. La gratuité est donc de mise, mais une personne de mauvaise foi ou agissant à la légère doit malgré tout pouvoir être obligée de s'acquitter des frais de procédure.
- Personnes mineures (*lit. c*): le droit fédéral interdit de mettre des frais de procédure et des dépens à la charge de mineurs (art. 147, al. 3 CCS). Cela ne signifie toutefois pas que les parents disposant de ressources suffisantes ne soient pas tenus de s'acquitter des frais (art. 276, al. 1 CCS).
- Procédures concernant la stérilisation (*lit. d*): les procédures administratives devant l'APEA qui visent à examiner si les conditions d'une stérilisation forcée de personnes sous curatelle de portée générale et de personnes durablement incapables de discernement peuvent avoir pour effet de porter gravement atteinte aux droits de la personnalité. Il est donc indiqué, pour des raisons de politique sociale, que le canton prenne les frais de telles procédures à sa charge, comme il le fait dans le cas du placement à des fins d'assistance.

Alinéa 4: les procédures aboutissant à un placement à des fins d'assistance ou à une stérilisation forcée sont susceptibles de requérir des expertises onéreuses. Les coûts occasionnés par de telles mesures d'administration des preuves peuvent être facturés en sus de l'émolument forfaitaire dû pour la procédure (art. 103, al. 1, 2^e phrase LPJA), ce qui permet également de prévoir une disposition particulière concernant leur attribution. En principe, la gratuité des procédures dans les cas énumérés à l'alinéa 3, lettres *a* à *d* englobe le coût des expertises. On ne voit cependant pas pourquoi une personne vivant dans l'aisance, susceptible de s'acquitter sans problème des coûts résultant d'une expertise établie en fin de compte aussi dans son intérêt, devrait être exonérée de leur paiement. Le présent alinéa prévoit donc la possibilité de mettre de tels coûts à la charge de la personne concernée, à titre exceptionnel. Les montants limites concernant le revenu et la fortune qui seront définis par le Conseil-exécutif devront l'être à un niveau relativement élevé, afin que la réglementation dérogatoire ne soit appliquée qu'à des personnes jouissant d'une situation financière vraiment très favorable.

Article 66

En procédure administrative, le droit bernois ne prévoit pas d'adjudication de dépens (art. 107, al. 3 LPJA). On part en effet de l'idée que les participants à la procédure sont en mesure de défendre eux-mêmes leurs droits, et que l'on peut raisonnablement exiger d'eux qu'ils le fassent. Ainsi, une partie dont les conclusions sont admises et qui obtient donc gain de cause

⁶⁹ FF 2006, p. 6692.

⁷⁰ FF 2006, p. 6692.

dans une procédure tendant au prononcé d'une décision n'a droit au remboursement ni de ses frais d'avocat, ni de ses débours⁷¹. Ce principe, applicable jusqu'ici également dans les affaires de tutelle traitées par les autorités tutélaires et les préfectures, doit continuer de prévaloir conformément à l'*alinéa 1*. Ce choix se justifie aussi du fait que dans le domaine de la protection de l'enfant et de l'adulte, on ne saurait en fin de compte parler d'obtenir gain de cause ou de succomber, dès lors qu'il s'agit toujours pour l'autorité d'ordonner d'office une mesure dans le souci de protéger la personne concernée.

Il n'en reste pas moins que des dépens appropriés ou une indemnité de partie équitable peuvent parfois être adjugés afin de tenir compte des spécificités de la protection de l'enfant et de l'adulte – à condition que l'on soit en présence de circonstances particulières – par exemple lors de la réglementation du droit de visite en cas de désaccord des parents (art. 134, al. 4 et 315b, al. 2 CCS révisé). En effet, la décision est rendue au terme d'une procédure classique opposant deux parties. De plus, une différence par rapport à la procédure civile applicable aux litiges découlant du droit de la famille n'aurait guère de raison d'être. Par ailleurs, il doit être possible de rembourser les dépens d'une manière appropriée lorsque l'autorité renonce à ordonner la mesure initialement envisagée, ou que la procédure est devenue sans objet et doit être radiée du rôle de l'APEA. Il est en effet préférable qu'une personne qui a été obligée de participer à une procédure devant l'autorité, le cas échéant contre son gré, n'ait pas à supporter de conséquences financières. La condition est toutefois que les circonstances de fait et de droit justifient la représentation par un avocat ou une avocate, conformément à la *lettre a*.

La *lettre b* prévoit un droit à une indemnité de partie équitable si la personne concernée, dans le cas d'une procédure onéreuse, défend elle-même ses droits ou se fait représenter par quelqu'un d'autre qu'un avocat ou une avocate. Il s'agit du remboursement des débours résultant de la participation personnelle à la procédure, c'est-à-dire des charges réellement occasionnées, et non d'honoraires à proprement parler.

Lorsqu'un curateur ou une curatrice d'office représente la personne concernée dans la procédure (art. 314a^{bis} et 449a CCS révisé), sa rémunération incombe au canton en application de l'article 37 en relation avec l'article 51. Si, dans le cas d'une curatelle de ce type, les conditions de l'adjudication de dépens sont en soi remplies et que la personne obtienne gain de cause alors qu'elle est représentée par un avocat ou une avocate, elle a droit au remboursement de l'intégralité des dépens.

L'*alinéa 2* exclut que des dépens soient mis à la charge de personnes mineures (cf. commentaire de l'art. 65, al. 3, lit. c).

Article 67

D'une part, le Code civil suisse révisé prévoit que les décisions de l'APEA peuvent faire l'objet d'un recours «devant le juge compétent» dans un délai de dix ou de 30 jours (art. 450, al. 1 en relation avec les art. 450b, al. 1 et 2 ainsi que 445, al. 3 CCS révisé). D'autre part, dans les cas énumérés à l'article 439, alinéa 1 CCS révisé, il est possible d'en appeler «au juge» dans un délai de dix jours, les dispositions régissant la procédure devant l'instance judiciaire de recours étant applicables par analogie (art. 439, al. 3 CCS révisé). Même si le tribunal selon l'article 450, alinéa 1 CCS révisé ne doit pas impérativement être le même que celui qui est prescrit par l'article 439 CCS révisé⁷², il est prévu de n'instituer qu'une seule instance judiciaire de recours dans le canton de Berne. Elle sera rattachée à la Cour suprême étant donné que le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte relève – en tout cas d'un point de vue formel – du droit civil, et que la réglementation des questions qui concernent l'enfant dans les litiges découlant du droit de la famille ressortit également à la Cour suprême en dernière instance cantonale. L'instance de recours fera partie de la Section civile de la Cour suprême et portera le nom de «Tribunal de la protection de l'enfant et de l'adulte» (cf. statut du Tribunal de commerce, qui est lui aussi une composante de la Section civile, réglé à l'art. 35, al. 3 LOJM). Ce tribunal est appelé à se substituer à la CR PLAFa, avec laquelle le canton a fait de

⁷¹ Merkli/Aeschlimann/Herzog, op. cit., article 107, note 11.

⁷² FF 2006, p. 6715.

bonnes expériences. Contrairement à elle toutefois, il sera compétent non seulement en matière de placement à des fins d'assistance, mais encore pour toutes les autres questions relevant de la protection de l'enfant et de l'adulte.

La création d'une instance judiciaire de recours aux compétences si étendues a les répercussions suivantes:

- Dans le domaine du placement à des fins d'assistance, il n'y a, comme jusqu'ici, qu'une seule instance, en ce sens que les décisions de l'APEA (art. 450, al. 1 CCS révisé), des institutions et des médecins (art. 439 CCS révisé) peuvent être attaquées devant l'instance de recours.
- Pour les autres mesures de protection de l'enfant et de l'adulte, la double instance de recours (autorité tutélaire – préfecture – Cour d'appel) est abandonnée au profit d'une instance unique (APEA – instance judiciaire de recours).
- Dans les cas prévus à l'article 419 CCS révisé (jusqu'ici art. 420 CCS), on passe de trois instances de recours (curateur/tuteur – autorité tutélaire – préfecture – Cour d'appel) à deux (curateur/tuteur - APEA – instance judiciaire de recours).

Article 68

Selon la *lettre a*, l'instance judiciaire de recours est compétente pour réexaminer toutes les décisions des APEA cantonales et de l'APEA bourgeoisiale contre lesquelles un recours est recevable, dans tous les domaines de la protection de l'enfant et de l'adulte. Aux termes de la *lettre b*, il lui incombe par ailleurs de connaître des décisions des médecins et des institutions susceptibles d'être attaquées. Il s'agit des affaires énumérées à l'article 439, alinéa 1 CCS révisé. En vertu de cette disposition, il peut en être appelé à l'instance judiciaire de recours en cas de placement ordonné par un médecin (ch. 1), de maintien par l'institution (ch. 2), de rejet d'une demande de libération par l'institution (ch. 3), de traitement de troubles psychiques sans le consentement de la personne concernée (ch. 4) ainsi que d'application de mesures limitant la liberté de mouvement de la personne concernée (ch. 5).

Article 69

Le renvoi à l'article 49, alinéa 2 signifie que l'instance judiciaire de recours peut elle aussi confier des enquêtes sociales visant à établir les faits à des tiers. Elle doit être habilitée à donner de tels mandats, car il lui incombe d'examiner d'office la décision de la première instance en procédant, en vertu de la maxime inquisitoire et de la maxime d'office, à un examen complet des points attaqués au niveau des faits et du droit, et de rendre une nouvelle décision (cf. aussi commentaire de l'art. 74)⁷³.

Article 70

Dans le domaine de la protection de l'adulte, les procédures concernent pour l'essentiel l'institution de curatelles ou le placement à des fins d'assistance, tandis que dans celui de la protection de l'enfant, il s'agit le plus souvent du retrait de l'autorité parentale ou du droit de garde, ou encore de litiges relatifs au droit de visite. De telles procédures portent généralement atteinte à la liberté individuelle des personnes concernées ou ont d'une autre manière des répercussions personnelles ou économiques considérables. Le principe de la publicité des débats garanti par l'article 30, alinéa 3 Cst., l'article 6, chiffre 1 CEDH et l'article 14, alinéa 1 du Pacte II-ONU⁷⁴ est donc contraire à l'intérêt légitime de protection de la sphère privée des personnes concernées dans la plupart des cas de protection de l'enfant et de l'adulte. En conséquence, la publicité est exclue en vertu de *l'alinéa 1*.

A la demande d'une personne participant à la procédure, la publicité des débats peut toutefois être ordonnée (à titre exceptionnel) en vertu de *l'alinéa 2*, pour autant qu'aucun intérêt prépondérant ne s'y oppose.

⁷³ FF 2006, p. 6715 s.

⁷⁴ ATF 133 I 106, c. 8.1 (JdT 2008 I, p. 429 ss).

Alinéa 3: les parties sont elles aussi exclues des délibérations et du vote.

Article 71

Alinéa 1: si le recours s'avère fondé et que la décision attaquée doit être annulée, le principe de l'économie de procédure et l'obligation de célérité, particulièrement importante dans le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, impliquent que l'instance judiciaire de recours se prononce chaque fois que possible sur le fond (jugement réformatoire). Ce n'est donc qu'exceptionnellement qu'elle renverra le dossier à l'APEA pour nouvelle décision (jugement cassatoire).

Si l'instance judiciaire de recours statue sur le fond, il lui est loisible d'aller à l'encontre des conclusions du recours et de substituer aux mesures ordonnées par l'APEA des mesures plaçant la personne concernée dans une situation plus défavorable (*reformatio in peius*). Cette possibilité découle de l'application de la maxime inquisitoire et de la maxime d'office, mais présuppose que les personnes participant à la procédure aient eu préalablement connaissance de l'intention de modifier la décision à leur détriment et que la possibilité de prendre position à cet égard leur ait été accordée (art. 74 en relation avec l'art. 86 LPJA et art. 73 LPJA).

Selon *l'alinéa 2*, le jugement cassatoire est exclu dans les procédures concernant le placement à des fins d'assistance, en raison de l'urgence qui leur est inhérente.

Article 72

Cette disposition concerne la répartition des frais de procédure et des dépens. *L'alinéa 1* renvoie à cet égard à l'article 108 LPJA. Contrairement à ce qui est prévu pour les procédures devant l'APEA, la question de savoir si la partie obtient gain de cause ou non est déterminante en deuxième instance: les frais de procédure sont mis à la charge de la partie qui succombe à moins que le comportement d'une partie au cours de la procédure permette une répartition différente ou qu'il soit justifié par des circonstances particulières de ne pas percevoir de frais (art. 108, al. 1 LPJA). La partie qui succombe doit payer les dépens de la partie adverse, à moins que le comportement de cette dernière au cours de la procédure ou des circonstances particulières justifient une autre répartition ou la compensation des dépens, ou encore qu'ils ne doivent être mis à la charge de la collectivité (art. 108, al. 3 LPJA).

Dans le cas d'une procédure onéreuse, l'autorité de justice administrative peut adjuger aux personnes privées ayant elles-mêmes conduit leur procès une indemnité de partie équitable et le remboursement de leurs débours (art. 104, al. 2 LPJA). *L'alinéa 2* se fonde sur cette disposition, tout en allant au-delà puisqu'il prévoit également l'adjudication d'une indemnité de partie équitable et le remboursement des débours si la personne concernée se fait représenter par quelqu'un d'autre qu'un avocat ou une avocate.

La rémunération du curateur ou de la curatrice d'office – qui peut être un avocat ou une avocate – est régie par l'article 51 (cf. art. 73, lit. a).

L'alinéa 3 prévoit la gratuité des procédures concernant le placement à des fins d'assistance ou la stérilisation de personnes sous curatelle de portée générale et de personnes durablement incapables de discernement. Si une expertise s'avère nécessaire au stade de la procédure devant l'instance de recours, l'article 65, alinéa 4 est applicable par analogie.

Les personnes mineures ne doivent pas non plus avoir à supporter de frais de procédure ni de dépens dans la procédure devant l'instance judiciaire de recours, conformément à *l'alinéa 4* (cf. commentaire de l'art. 65, al. 3, lit. c).

Le montant des émoluments perçus par l'instance judiciaire de recours devra être fixé dans un complément au décret du 24 mars 2010 concernant les frais de procédure et les émoluments administratifs des autorités judiciaires et du Ministère public (décret sur les frais de procédure, DFP⁷⁵).

⁷⁵ ROB 10-55

Article 73

Cet article renvoie aux dispositions de la procédure devant l'APEA qui sont applicables par analogie à la procédure devant l'instance judiciaire de recours. Il s'agit de la réglementation de la représentation (art. 50) – rémunération du curateur ou de la curatrice d'office comprise (art. 51) – ainsi que des règles régissant l'obligation de collaborer (art. 52), la tenue du procès-verbal (art. 54), la tenue et la consultation des dossiers (art. 55) et le processus de décision (art. 63).

S'agissant de la représentation, il convient de relever que l'admission d'une personne ou d'une organisation librement choisie pour représenter une partie constitue une brèche dans le monopole des avocats qui caractérise en principe la procédure et la juridiction administratives bernoises (cf. art. 15, al. 4 LPJA – en revanche, la réglementation de l'article 68 CPC est moins restrictive). Elle découle toutefois du droit fédéral (cf. art. 450e, al. 4 CCS révisé, valable aussi pour l'enfant capable de discernement qui, selon l'art. 314b CCS révisé, peut saisir lui-même l'instance judiciaire de recours ou se faire représenter par une personne ou une organisation de son choix).

Article 74

La LPJA s'applique à titre complémentaire dans la mesure où certains aspects de la procédure ne sont réglés ni dans le CCS révisé, ni dans la présente loi. La portée de ce renvoi à des prescriptions subsidiaires est toutefois limitée dès lors que toutes les questions importantes sont traitées par le droit fédéral, ou alors aux articles 46 à 73 LiPEA. La LPJA n'en reste pas moins applicable en ce qui concerne notamment la récusation, les délais et la notification, ou encore l'assistance judiciaire gratuite. Lorsque la LPJA renvoie à son tour au CPC – en particulier pour la preuve des faits et la production des moyens de preuve (art. 19, al. 2 LPJA) –, c'est le nouveau code de procédure civile suisse qui est désormais visé.

Le renvoi à la LPJA confère à l'instance judiciaire de recours le statut d'autorité de justice (administrative) indépendante de l'administration. Elle doit donc constater les faits d'office (art. 18, al. 1 LPJA) et appliquer le droit d'office (art. 20a, al. 1 LPJA)⁷⁶. Par ailleurs, l'article 86 LPJA prévoit que les articles 65 à 73 LPJA s'appliquent par analogie, ce qui appelle les commentaires suivants:

- De par le droit fédéral déjà, l'instance judiciaire de recours dispose d'un pouvoir de cognition général, de sorte qu'elle peut être amenée à connaître des recours pour inopportunité de la décision ou décision sur recours attaquée (art. 450a, al. 1, ch. 3 CCS révisé; art. 66, al. 1, lit. c LPJA).
- L'instance judiciaire de recours est habilitée à modifier la décision attaquée au détriment de la partie recourante (cf. aussi commentaire de l'art. 71).

La validité de ces règles de procédure particulières dans le cas d'autorités de justice administrative externes est en soi atypique, mais se justifie du fait que l'instance judiciaire de recours statue en première instance de recours⁷⁷.

Article 75

Le droit fédéral en vigueur prévoit un système compliqué de responsabilité en cascade des organes de tutelle (art. 426 ss CCS). Le Code civil révisé (art. 454) introduit quant à lui une responsabilité causale qui incombe au seul canton. La personne lésée n'a aucun droit à réparation envers l'auteur du dommage (art. 454, al. 3 CCS révisé). Le canton peut toutefois intenter une action récursoire contre ce dernier en application de l'article 454, alinéa 4 CCS révisé.

En présence de prétentions en dommages-intérêts contestées au sens de l'article 454 CCS révisé, la procédure est régie par les articles 104 ss LPers. Du fait que les membres des APEA ne sont pas des «membres d'autorité» selon l'article 38, alinéa 1 LPers, l'article 104b LPers ne leur est pas applicable. Il appartient par contre à la JCE, compétente en matière de

⁷⁶ FF 2006, p. 6715 s.

⁷⁷ Merkli/Aeschlimann/Herzog, op. cit., article 86, note 2.

droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, de rendre une décision (art. 104, al. 1 LPers). Il en va de même lorsque le dommage résulte d'un acte ou d'une omission illicites d'un collaborateur ou d'une collaboratrice d'une commune, ou encore d'une personne externe à l'administration cantonale ou communale. Ce n'est ni à la commune, ni à l'organisation chargée de tâches publiques de statuer dans un tel cas. L'article 104a LPers notamment, selon lequel les prétentions contre des organisations ou des personnes extérieures à l'administration cantonale doivent être adressées pour règlement à l'organisation ou à la personne concernée, n'est pas applicable en l'espèce étant donné que dans le domaine de la protection de l'enfant et de l'adulte, les prétentions en dommages-intérêts sont toujours dirigées contre le canton en vertu du droit fédéral (art. 454, al. 3 CCS révisé).

Dès lors que les articles 104 ss LPers règlent de manière exhaustive la procédure applicable dans le cas des prétentions en matière de responsabilité selon l'article 454 CCS révisé, le présent article peut se limiter à préciser les règles dérogatoires en matière de prétentions récursoires (art. 454, al. 4 CCS révisé).

Selon *l'alinéa 1*, les prétentions récursoires contre des collaborateurs et collaboratrices du canton sont régies par l'article 102 LPers. Elles présupposent donc que l'auteur du dommage ait agi intentionnellement ou commis une négligence grave. Si la négligence est de peu de gravité, les conditions à cet égard ne sont pas remplies. Le service compétent de la Direction des finances doit rendre une décision invoquant les prétentions du canton (art. 107, al. 2, lit. a LPers). Les voies de droit sont régies par la LPJA.

Alinéa 2: si l'auteur du dommage est membre du personnel d'une commune, le canton se retourne non pas directement contre lui, ce qui ne serait pas opportun, mais contre la commune qui, à son tour, a la possibilité d'agir de même contre son collaborateur ou sa collaboratrice. Si par contre l'auteur du dommage est une personne privée, le canton dispose d'une prétention récursoire contre elle.

Dans les deux cas prévus à l'alinéa 2, une décision doit être rendue lorsque les prétentions récursoires du canton – contre une commune ou contre une personne privée – sont contestées. Elle ressortit à la JCE, qui consultera la FIN d'une manière appropriée. Dans ce cas également, les voies de droit sont régies par la LPJA.

Article 76

Cette prescription correspond à l'ancien article 52 LPLA. Etant donné que l'offre de places en institution est restreinte dans plusieurs domaines thérapeutiques du placement à des fins d'assistance, le Conseil-exécutif doit veiller, conformément à *l'alinéa 1*, à ce que les places nécessaires à l'exécution soient disponibles dans des institutions et foyers appropriés.

Alinéa 3: le Grand Conseil peut adhérer à des concordats dans le but d'exploiter des institutions d'exécution avec d'autres cantons. Le Conseil-exécutif a par ailleurs la possibilité de garantir la disponibilité de places dans des institutions existantes ou futures au moyen de contrats passés avec les organismes responsables.

Article 77

Le Conseil-exécutif est habilité à édicter les dispositions nécessaires à l'exécution de la présente loi au moyen d'une prescription générale qui complète les différentes normes de délégation ponctuelles.

Article 78

Alinéa 1: l'article 14, alinéa 1 prévoit que le comité du directoire des autorités de protection de l'enfant et de l'adulte engage le personnel des secrétariats des APEA. Cette attribution de compétence concerne la situation normale. Dans la phase de mise en place toutefois, elle pourrait se révéler inapplicable si les présidents et présidentes des APEA, et a fortiori le comité du directoire, n'ont pas été désignés à temps pour accomplir cette tâche. Il incombe par conséquent à la JCE d'engager les premiers collaborateurs et collaboratrices des APEA. Si le directoire devait contre toute attente être constitué suffisamment tôt – au cas où la Confédéra-

tion reporterait la date d'entrée en vigueur par exemple –, il ne serait pas nécessaire de faire usage de la présente disposition transitoire.

L'alinéa 2 traduit le grand intérêt que présente pour le canton la reprise, dans la nouvelle organisation, du personnel expérimenté qui travaille actuellement dans le domaine de la tutelle au sein des services communaux et des préfectures. Cette disposition n'équivaut toutefois pas à une garantie des droits acquis à proprement parler. Il n'y aura donc pas de transfert automatique du personnel. Il s'agit au contraire, pour les collaborateurs et collaboratrices dont la fonction auprès d'une autorité communale ou d'une préfecture est supprimée, de faire acte de candidature auprès d'une APEA (la possibilité d'une mutation au sens des art. 23 LPers et 25 ss OPers étant réservée dans le cas des collaborateurs et collaboratrices du canton). L'autorité d'engagement devra alors, dans toute la mesure du possible, leur donner la préférence par rapport aux personnes «de l'extérieur».

Article 79

L'entrée en vigueur du CCS va priver les autorités tutélaires communales de leurs attributions. Les autorités qui subsisteront – parce qu'elles accomplissent également des tâches dans d'autres domaines que la tutelle, à l'instar des préfectures – resteront compétentes pour traiter les demandes de consultation de dossiers établis sous le régime de l'ancien droit (*al. 1*). Quant aux demandes concernant des dossiers établis par des autorités supprimées, elles devront être adressées au conseil communal ou à une autre autorité désignée par celui-ci (*al. 2*).

Article 80

Pour que les APEA puissent être opérationnelles dès que le nouveau droit fédéral sera applicable, il importe que le canton mette les infrastructures nécessaires (locaux, mobilier, informatique) à leur disposition en temps utile. Or, si le droit fédéral entre en vigueur le 1^{er} janvier 2013, comme cela sera vraisemblablement le cas, et qu'il faille soumettre au Grand Conseil, suite à l'adoption de la présente loi (prévue en janvier 2012), une demande de crédit pour les coûts d'infrastructures y afférents, la dotation des APEA n'interviendra pas à temps. Il est donc nécessaire de déléguer par précaution au Conseil-exécutif la compétence en matière d'autorisation de dépenses du peuple ou du Grand Conseil. Il ne devra être fait usage de cette délégation que dans la mesure où les dépenses ne seront pas des dépenses liées au sens de la législation sur le pilotage des finances et des prestations.

La délégation de la compétence au Conseil-exécutif est unique, raison pour laquelle elle figure dans les dispositions transitoires. Elle ne vise qu'à doter les APEA des infrastructures dont elles auront besoin pour commencer leurs activités. Quant aux dépenses qui se révéleront nécessaires ultérieurement, elles seront traitées conformément à la compétence constitutionnelle en matière d'autorisation de dépenses.

La délégation ne se justifie d'ailleurs pas seulement pour des raisons de calendrier, mais aussi parce qu'il est déjà possible d'estimer l'ordre de grandeur des dépenses envisageables. Comme indiqué au chiffre 3.2, la plupart des nouvelles APEA pourront s'installer dans les bâtiments des préfectures. Par endroits, certains travaux de rénovation et de transformation seront nécessaires, ou des locaux supplémentaires devront être loués. Dans les autres cas, il s'agira pour le canton de trouver ailleurs des bureaux, dont les coûts s'inscriront dans les fourchettes connues de l'Office des immeubles et des constructions pour les locaux destinés au personnel cantonal. Il convient enfin de prévoir des charges pour le mobilier et l'informatique, qui devraient avoisiner cinq millions de francs pour l'ensemble des nouvelles autorités (pour les détails, cf. commentaire des répercussions financières, ch. 6 infra).

Modification du droit en vigueur

Lois faisant l'objet des chiffres 1, 2 et 3

Les modifications sont de nature purement terminologique, et ne concernent pour certaines que le texte allemand.

4. Loi du 20 juin 1995 sur l'organisation du Conseil-exécutif et de l'administration

Article 29

L'énumération des domaines dans lesquels la JCE accomplit des tâches publiques doit être complétée par la mention de la protection de l'enfant et de l'adulte. Par ailleurs, l'occasion offerte par la révision est saisie pour combler certaines lacunes (organisation judiciaire, surveillance des notaires ainsi que des avocats et avocates).

5. Loi du 28 novembre 2006 sur l'harmonisation des registres officiels

Articles 5 et 6

Les modifications sont de nature purement terminologique.

6. Loi du 16 septembre 2004 sur le personnel

Article 2

Il convient de préciser à l'alinéa 2 que des prescriptions dérogatoires sont également réservées dans le cas des membres des APEA.

7. Loi du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives

Article 76

L'actuelle Commission de recours en matière de privation de liberté à des fins d'assistance perd sa compétence avec l'entrée en vigueur du CCS révisé, raison pour laquelle il y a lieu d'abroger la *lettre d*. Le recours de droit administratif n'est certes pas recevable non plus contre les décisions et décisions sur recours de la nouvelle instance judiciaire de recours – soit le Tribunal de la protection de l'enfant et de l'adulte rattaché à la Section civile de la Cour suprême – mais il n'est pas nécessaire que la LPJA énonce une dérogation concernant cette unité particulière de la Cour suprême, dès lors que l'irrecevabilité du recours de droit administratif contre les décisions de la Cour suprême découle déjà de l'article 76, alinéa 1, lettre *b* LPJA.

8. Loi du 11 juin 2009 sur l'organisation des autorités judiciaires et du Ministère public

Les modifications des articles 35, alinéa 3 et 38, alinéa 2, lettre *c* sont de nature purement terminologique.

Article 45

Alinéa 3: à l'instar de toutes les autres autorités appelées à statuer de la Cour suprême, le Tribunal de la protection de l'enfant et de l'adulte rend ses jugements dans une composition de trois juges. Toutefois, contrairement à ce qui prévaut normalement, le collège ne réunit pas seulement des membres ordinaires de la Cour suprême, mais doit aussi comporter des juges spécialisés à titre accessoire. La prescription allant dans ce sens, qui existait déjà jusqu'ici dans le domaine de la privation de liberté à des fins d'assistance (et qui a fait ses preuves), garantit le respect de l'exigence d'interdisciplinarité au niveau de l'instance judiciaire de recours également. Elle se justifie dès lors que le tribunal peut examiner librement les faits et, suivant l'issue de la procédure, est appelé à rendre une nouvelle décision sur le fond.

Dans sa composition ordinaire, le Tribunal de la protection de l'enfant et de l'adulte est présidé par un membre de la Cour suprême qui siège aux côtés de deux juges spécialisés à titre accessoire. Le domaine d'activité de ces derniers n'est pas limité aux recours concernant le placement à des fins d'assistance et les traitements médicaux, mais s'étend à l'ensemble des affaires. Il n'en reste pas moins possible de renoncer à leur concours lorsque les questions à traiter sont de nature essentiellement procédurale. Le membre de la Cour suprême occupant la présidence connaît alors en qualité de juge unique des recours contre les décisions et décisions sur recours incidentes, d'irrecevabilité ou ordonnant la radiation du rôle (*lit. a*). Si aucune question spécifique à une discipline ne se pose – par exemple s'il y a lieu de trancher

une question de principe du droit procédural –, on ne fera pas non plus appel aux juges spécialisés et l'autorité appelée à statuer se composera de trois juges à titre principal de la Cour suprême (*lit. b*).

9. Loi du 28 mai 1911 sur l'introduction du Code civil suisse

Articles 5, 7 et 14

Les modifications sont de nature purement terminologique ou rédactionnelle.

Articles 21a à 25

Les dispositions de la LiCCS relatives à la tutelle et à la protection de l'enfant sont abrogées étant donné que cette matière est désormais exclusivement réglée dans le CCS et la LiPEA.

Article 26

Le placement d'enfants domiciliés en Suisse auprès de parents nourriciers à des fins autres que l'adoption est soumis à l'autorisation et à la surveillance de l'APEA ou d'un autre office du domicile des parents nourriciers, désigné par le droit cantonal (art. 316, al. 1 CCS révisé). Ce n'est qu'une fois que le Conseil fédéral aura adopté l'ordonnance sur la prise en charge extra-familiale d'enfants (OPEE) que l'on saura s'il y a lieu de faire usage de la possibilité d'attribuer la compétence en matière d'autorisation à une autre instance que l'APEA. Le projet d'ordonnance est controversé et donne lieu à de nombreuses discussions, de sorte qu'à l'heure actuelle, des incertitudes demeurent dans le domaine du placement d'enfants. Il s'agit donc d'habiliter le Conseil-exécutif à déléguer par voie d'ordonnance la compétence en matière d'autorisation à des autorités cantonales ou communales appropriées. La surveillance étant indissociablement liée au régime de l'autorisation (cf. teneur de l'art. 316, al. 1 CCS révisé), les tâches en la matière énoncées à l'article 26a doivent être également transférées à ces autorités le cas échéant.

Article 26a

Il appartient aux APEA cantonales de surveiller les parents de jour et les parents nourriciers, à moins que ceux-ci soient ressortissants d'une commune bourgeoise, auquel cas l'APEA bourgeoise est compétente. Cette dernière surveille par ailleurs les institutions bourgeoises. Si le Conseil-exécutif délègue la compétence en matière d'autorisation au sens de l'article 26, alinéa 1 LiCCS à des autorités cantonales ou communales appropriées, les tâches de surveillance sont également transférées à ces autorités.

Articles 26c à 53b et 55

Le domaine du placement d'enfants doit relever désormais des APEA. Dès lors, la procédure ainsi que la protection juridique contre les décisions rendues en la matière sont régies par les dispositions de la LiPEA, et celles qui figurent dans la LiCCS peuvent être abrogées. Il en va de même de tous les articles qui concernent l'introduction du droit de la tutelle en vigueur jusqu'ici.

10. Loi du 6 février 1980 sur l'aide au recouvrement et les avances de contributions d'entretien

Remarque préliminaire

Il n'est pas prévu d'attribuer aux APEA la compétence en matière d'aide au recouvrement et d'avances de contributions d'entretien. Cette tâche est confiée aux services sociaux qui, dans les faits, l'assument souvent à l'heure actuelle. Cela implique de nombreux changements de nature rédactionnelle dans la loi sur l'aide au recouvrement et les avances de contributions d'entretien (LARCE). Le transfert de compétence entraîne en outre l'abrogation de toutes les dispositions prévoyant une possibilité de délégation (p. ex. aux services sociaux). Tous les changements qui ne seront pas commentés ci-après sont rendus nécessaires par ce transfert.

Par ailleurs, l'occasion offerte par la présente révision est saisie pour clarifier certains aspects de la loi et adapter cette dernière à la situation effective.

Article 1

Alinéa 1: lors du transfert de l'ordonnance d'introduction du nouveau droit du divorce dans la législation ordinaire, il s'était agi d'adapter également diverses dispositions de la LARCE. C'est à ce moment qu'avait été introduite à l'article 1a LARCE l'obligation d'aide au recouvrement pour l'entretien après le divorce prescrite par le droit fédéral. A cette occasion toutefois, la dernière phrase de l'article 1, alinéa 1 avait été biffée par erreur («En même temps, l'aide à l'encaissement peut être accordée également au père ou à la mère qui a la garde de l'enfant, pour des prestations qui lui sont dues pour son propre entretien.»). C'est ainsi que depuis le 1^{er} janvier 2005, la base légale permettant aux services d'aide au recouvrement de représenter les créanciers de contributions (encore) mariés fait défaut. Dans la pratique, on a tenu compte de cette situation en faisant signer tous les écrits par la personne concernée lors d'interventions formelles (p. ex. poursuites, requêtes de mainlevée d'opposition, avis aux débiteurs, etc.), ce qui complique toutefois les démarches. L'occasion est donc saisie de procéder à la rectification nécessaire par un complément apporté à l'article 1, alinéa 1.

Alinéas 2 à 4: cf. remarque préliminaire.

Article 1a

Cf. remarque préliminaire.

Article 3

Le droit en vigueur prévoit des dérogations au système, à savoir l'octroi d'avances ou d'une aide transitoire même en l'absence de titre d'entretien valable, pour autant que certaines conditions soient remplies. Ces dispositions ont depuis toujours suscité de nombreuses incertitudes, si tant est qu'elles aient été appliquées. De l'avis du Conseil-exécutif, elles sont inutiles car les enfants ne bénéficiant pas de contributions d'entretien, du fait que le lieu de séjour de leur père n'est pas connu par exemple, ont droit à l'aide sociale. La prétention à la contribution d'entretien passe alors à la collectivité, de par la loi, comme dans les cas où des avances sont versées (art. 289, al. 2 CCS). Il n'y a donc pas de raison que des prestations des pouvoirs publics soient accordées «à charge» du domaine de l'aide au recouvrement et des avances de contributions d'entretien, de sorte que les dispositions des alinéas 2 et 3, contraires au système, doivent être abrogées.

En lieu et place, *l'alinéa 2* prévoit désormais expressément qu'un titre d'entretien valable et exécutoire doit être produit à l'appui de la prétention à des avances. La révision offre en effet l'occasion d'inscrire cette condition dans la loi.

Sous le régime du droit actuel déjà, l'enfant qui séjourne plus de trois mois à l'étranger n'a pas droit à des avances. Cette pratique découle de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)⁷⁸, qui est applicable lorsque le contexte n'est pas exclusivement suisse. La LDIP ne prévoyant pas de domicile dérivé sur le modèle de l'article 25 CCS, l'enfant qui séjourne un certain temps à l'étranger perd son domicile en Suisse, et donc dans le canton de Berne, de sorte que ce dernier n'est plus compétent pour avancer les contributions d'entretien. En 2007, la préfecture de Berne a toutefois apprécié la situation différemment et admis le recours d'un ayant droit qui avait passé une année aux Etats-Unis, en lui reconnaissant un droit à des avances. La décision relevait notamment l'absence, dans le droit bernois, d'une disposition prévoyant expressément la caducité du droit aux avances en cas de séjour à l'étranger. Il y a donc lieu de combler cette lacune par un nouvel *alinéa 3* car, d'une part, l'utilisation des montants avancés à l'étranger n'est guère susceptible de contrôle, et d'autre part, le système d'avance des contributions n'a pas pour but de financer des séjours onéreux à l'étranger.

⁷⁸ RS 291

Article 4

Alinéa 1: la nouvelle formulation, qui se réfère au soutien «par les pouvoirs publics», recouvre non seulement l'aide sociale au sens strict, mais tout type de financement de l'entretien par la collectivité, comme dans le cas de l'exécution de mesures en vertu du droit pénal des mineurs (financement par le seul canton). Elle tient compte de l'article 289, alinéa 2 CCS, selon lequel la prétention à la contribution d'entretien passe de par la loi à la collectivité publique qui assume l'entretien de l'enfant. Dans les situations visées en l'espèce, l'octroi d'avances – qui ne devraient en particulier pas être versées à des autorités – est exclue.

Article 5

Cf. remarque préliminaire.

Article 6

L'ancien alinéa 2 se réfère uniquement aux dérogations contraires au système qui étaient prévues à l'article 3, alinéas 2 et 3, et doit être abrogé à l'instar de celles-ci.

Article 7

Cf. remarque préliminaire.

Article 8

Cf. remarque préliminaire.

Article 9

Le droit en vigueur prévoit un examen de l'ensemble des dossiers tous les deux ans. Or, un intervalle plus court est souhaitable car il amoindrira le risque que des montants trop élevés soient avancés, par exemple suite à un déménagement ou à une diminution des contributions d'entretien. L'efficacité du controlling s'en trouvera renforcée. En tout état de cause, les services compétents doivent reprendre les dossiers chaque année en raison de l'indexation des contributions, de sorte qu'un examen annuel s'impose pour cette raison également.

Article 11

La question de la répartition des montants versés par le débiteur entre les différents ayants droit (commune, enfants [pour les arriérés ou la part des contributions d'entretien excédant la limite maximale], détenteurs de l'autorité parentale ou du droit de garde) est toujours très problématique. Pendant longtemps, on a procédé à une répartition au pro rata, sur la base de l'article 87, alinéa 2 du Code des obligations (CO)⁷⁹ à teneur duquel les paiements sont imputés proportionnellement si plusieurs dettes sont échues en même temps et que le débiteur n'ait pas indiqué expressément quelle dette il entendait rembourser. Cette pratique a cependant généré parfois des situations choquantes dans lesquelles une commune ayant dû avancer le montant maximal – qui est de 928 francs par enfant en 2011 – n'a été que partiellement remboursée, tandis que les enfants et leur mère bénéficiaient d'autres versements en sus des contributions d'entretien qui leur étaient avancées. Dans le but notamment d'améliorer le taux de recouvrement, cette pratique a été récemment abandonnée. L'Office des mineurs, à l'occasion des cours qu'il dispense, enjoint aux personnes concernées d'imputer tous les versements en priorité sur le montant des avances versées. D'un point de vue juridique, cette solution est parfaitement justifiée puisque les requérants ont dû donner leur accord écrit à une compensation des paiements reçus avec les montants avancés. Il convient désormais d'ancrer dans la loi une réglementation expresse allant dans ce sens.

Article 12

⁷⁹ RS 220

Alinéa 2: la question de savoir dans quelle mesure les traitements du personnel travaillant dans le domaine de l'aide au recouvrement et des avances de contributions d'entretien peuvent être admis à la compensation des charges n'est toujours pas tranchée. Des consignes à cet égard devront être énoncées dans la législation sur l'aide sociale.

Alinéa 3: vu les nombreuses similitudes entre les deux activités, il est justifié de regrouper le recouvrement des contributions d'entretien relevant du droit de la famille dévolues à la collectivité publique ayant accordé une aide matérielle (art. 37 LASoc) avec l'aide au recouvrement et le versement d'avances selon la LARCE. La surveillance (technique) de ces deux domaines doit en particulier relever, à l'avenir, de la compétence de l'Office des mineurs. Il l'assume d'ailleurs déjà dans les faits, notamment en ce qui concerne les conseils et la formation, sans que cette activité se fonde sur une base légale.

Lois faisant l'objet des chiffres 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 et 18

Les modifications sont de nature purement terminologique, et ne concernent pour certaines que le texte allemand.

19. Loi du 2 décembre 1984 sur la santé publique

Les modifications de l'article 34, alinéa 2 sont de nature purement terminologique.

Article 40b

Cette prescription est abrogée car les directives anticipées du patient font désormais l'objet d'une réglementation exhaustive aux articles 370 ss CCS révisé.

Articles 41 à 41e

Les mesures médicales concernant une personne placée dans une institution pour y subir un traitement en raison de troubles psychiques sont désormais réglementées dans le CCS révisé, de sorte que les articles 41 à 41e peuvent être abrogés.

20. Loi du 11 juin 2001 sur l'aide sociale

Articles 19 et 50

Les modifications sont de nature purement terminologique.

Article 52

L'*alinéa 2* prévoit désormais que le Conseil-exécutif règle l'organisation de la Chambre des orphelins par voie d'ordonnance. Jusqu'ici, une telle norme de délégation était ancrée à l'article 30, alinéa 2 LiCCS, qui est abrogé par le présent projet.

5. Place du projet dans le programme gouvernemental de législature (programme législatif) et dans d'autres planifications importantes

Le projet figure au programme législatif 2011 à 2014.

6. Répercussions financières

Le rapport du Conseil-exécutif du 14 octobre 2009 contient une estimation des répercussions financières d'une éventuelle cantonalisation d'une part, et du maintien de la compétence communale d'autre part. Il se fonde sur une étude du bureau de conseil et de recherche ECOPLAN du 10 février 2009, qui a estimé le coût du travail relevant du domaine tutélaire aussi bien selon un modèle communal que selon un modèle cantonal. Plus précisément, ECOPLAN a déterminé les frais de personnel et d'infrastructure des autorités et des secrétaires, ainsi que le volume de travail leur incombant. Son étude ne tient en revanche pas compte du coût des mesures, par exemple celui d'un séjour dans un foyer. Pour établir les frais de personnel et d'infrastructure, ECOPLAN s'est fondé sur un montant horaire moyen de

75 francs pour le modèle communal, et de 87 francs pour le modèle cantonal. La différence s'explique par le fait que dans le premier cas, on est en présence d'un système de milice, tandis que dans le second, les collaborateurs et collaboratrices occupent des postes fixes, d'où la nécessité de prendre en considération les frais d'infrastructure (bâtiment, mobilier, etc.) à raison de 12 francs par heure⁸⁰. Sur cette base, ECOPLAN a estimé les frais de personnel (infrastructure comprise) à 11,6 millions de francs pour le modèle communal, et à 16,8 millions de francs pour le modèle cantonal. A cela s'ajoutent des coûts supplémentaires d'un million de francs environ qui sont imputables au transfert des compétences – des préfectures aux nouvelles autorités interdisciplinaires – dans le domaine de la privation de liberté à des fins d'assistance (désormais: placement à des fins d'assistance). Ainsi, les coûts de l'autorité interdisciplinaire (sans la gestion des cas) se montent à quelque 12,5 millions de francs avec le modèle communal, et à quelque 17,8 millions de francs avec le modèle cantonal, ce qui représente environ 5,3 millions de francs supplémentaires. Etant donné que les préfectures sont déchargées des tâches qu'elles accomplissent actuellement dans le domaine de la tutelle, des économies de l'ordre de 18 postes peuvent en revanche être réalisées. Quant aux coûts de gestion des cas, ils se maintiennent à 35 millions de francs, et sont identiques dans les deux modèles. Le détail de l'estimation des coûts à laquelle a procédé ECOPLAN est le suivant:

	Modèle communal		Modèle cantonal
	Communes de moins de 20 000 hab.	Communes de plus de 20 000 hab. (villes)	Toutes les communes
Population (toutes les communes)	709 034	249 863	958 897
Population (uniquement communes avec données)	642 871	249 863	892 734
Frais de personnel ou rémunération horaire (CHF)	75	75	87
Charges totales en heures (sans PLAFAs ni gestion des cas)	94 383	50 183	179 298
Charges en heures par habitant	0,15	0,20	0,20
Charges en CHF par habitant	11,0	15,1	17,5
Charges en CHF	7 078 726	3 763 707	15 598 898
Extrapolation des charges en CHF	7 807 254	3 763 707	16 754 976
Total intermédiaire des charges (CHF, arrondi)	11 600 000		16 800 000
Nombre de PLAFAs	748		748
Charges en heures par PLAFAs	16		16
Charges totales en heures	11 968		11 968

⁸⁰ Dans son étude, ECOPLAN justifie le montant de 12 francs par heure comme suit:

- «Les coûts des locaux se situent entre 200 et 300 francs par mètre carré et par an, suivant les emplacements. Si l'on admet que chaque personne dispose de 18 m², les coûts varient entre 3600 et 5400 francs par an et par personne. La valeur supérieure a été retenue pour les autres estimations.
- Les coûts de l'informatique n'entrent guère en ligne de compte, dans la mesure où les autorités interdisciplinaires travailleront avec un logiciel déjà utilisé dans le canton, celui des préfectures ou des tribunaux par exemple.
- Les entretiens, etc. peuvent avoir lieu dans les locaux existants des autorités cantonales.
- Les estimations reposent sur des frais d'infrastructure d'un montant horaire de 12 francs. Cette valeur découle du volume de travail total évalué pour les autorités interdisciplinaires et les secrétariats, qui requiert quelque 103 postes à temps complet (compte tenu de 25 % du temps consacré à des tâches générales). En se fondant sur la mise à disposition d'un bureau ou de 18 m² pour 30 pour cent de poste, on obtient le montant horaire approximatif de 12 francs.»

Total intermédiaire des charges (CHF, arrondi)	900 000	1 040 000
Total intermédiaire des charges de gestion des cas (CHF, inchangé par rapport à l'analyse comparative, arrondi)	34 300 000	34 300 000
Total (CHF, arrondi)	46 800 000	52 100 000
Analyse comparative en CHF (sans charges PLAFA, arrondi)	45 600 000	45 600 000
Changement par rapport à l'analyse comparative en CHF (dont 0,9 million CHF pour le PLAFA, non pris en compte dans l'analyse)	1 200 000	6 500 000
Changement par rapport à l'analyse comparative (%)	3%	14%
Coûts supplémentaires du modèle cantonal par rapport au modèle communal (CHF)		5 300 000
Coûts supplémentaires du modèle cantonal en pour cent		11%

Indépendamment de la comparaison des coûts effectuée par ECOPLAN pour l'exploitation courante, la JCE a calculé les charges qu'engendrera l'équipement initial des APEA en mobilier et en informatique. Elle s'est fondée, pour ce faire, sur les expériences réalisées dans le cadre de la réforme de l'administration cantonale décentralisée, et a admis que les autorités totaliseront 146 postes répartis entre 185 personnes:

▪ 185 postes de travail, y compris salles de réunion/d'entretien	CHF 1 850 000
▪ Salles d'audience	CHF 420 000
▪ Transports / déménagements	CHF 300 000
▪ Charges de planification	CHF 100 000
▪ Téléphonie	CHF 185 000
▪ Cafétéria (s'il n'est pas possible d'utiliser celle d'un autre service)	CHF 88 000
▪ Etagères destinées aux archives	CHF 165 000
Total	CHF 3 108 000

A cela s'ajoutent les coûts de l'équipement des postes de travail avec les technologies de l'information et du traitement des données:

▪ 185 postes de travail	CHF 555 000
▪ Matériel (bâti électronique, serveurs, support de sauvegarde, réseau de stockage SAN, licences Microsoft)	CHF 510 000
▪ Composants de réseau local pour 11 sites	CHF 77 000
▪ Raccordements à BEWAN pour 11 sites	CHF 330 000
▪ Migration de 132 autorités vers les 11 nouvelles APEA	CHF 660 000
▪ Mise en place de la banque de données des mandats (logiciel KISS)	CHF 110 000
▪ Licences KISS par collaborateur ou collaboratrice	CHF 92 500
▪ Mise en place des interfaces avec les systèmes auxiliaires GERES, ELBA, FIS	CHF 200 000
Total	CHF 2 534 500

Ainsi, les coûts de l'équipement initial des APEA en mobilier et en informatique se montent à un maximum de 5 642 500 francs. On peut toutefois s'attendre à ce qu'ils soient d'environ 10 pour cent inférieurs à ce montant. En effet, d'une part, il sera possible d'utiliser dans certains cas du mobilier excédentaire provenant de la réorganisation de l'administration de la justice et des tribunaux, et d'autre part, l'installation des APEA dans les bâtiments des préfectures va générer des synergies à cet égard également. Ainsi, des meubles et des éléments d'équipement informatique seront disponibles du fait, notamment, de la suppression de quelque 18 postes dans les préfectures. Dans ces circonstances, l'équipement initial en mobilier et en informatique devrait occasionner des coûts de 5 millions de francs environ.

Le rapport du Conseil-exécutif du 14 octobre 2009 ne se prononce pas sur d'autres répercussions financière éventuelles du projet, c'est-à-dire sur les charges supplémentaires ou les allègements qui pourraient résulter non pas de l'organisation des APEA, mais d'autres facteurs liés au droit révisé comme les nouveautés en matière de voies de droit, de mesures de protection de l'enfant et de l'adulte ainsi que de responsabilité. En tout état de cause, les coûts en question sont indépendants du modèle choisi. Les précisions ci-après peuvent être apportées à leur sujet:

S'agissant des voies de droit, le projet prévoit une seule instance cantonale de recours. Le Conseil-exécutif a renoncé, en particulier pour des raisons financières, à instaurer deux instances judiciaires de recours (cf. également ch. 3.5 supra). Le système s'en trouvera simplifié par rapport à la situation actuelle: là où il existe pour l'heure deux instances de recours (autorité tutélaire – préfecture – Cour suprême), il n'y en aura plus qu'une (APEA – Cour suprême). En revanche, le nombre d'instances reste inchangé dans le domaine important du placement à des fins d'assistance (aujourd'hui: préfecture – Cour suprême, à l'avenir: APEA – Cour suprême). Ces changements ne devraient pas occasionner de charges supplémentaires. En effet, la suppression d'une instance de recours est de nature à diminuer les coûts (les préfectures n'auront plus à traiter de telles affaires). Certes, la première instance avait jusqu'ici un effet filtrant qui disparaît avec elle. Normalement, cela devrait se traduire par un surcroît de travail pour l'instance suivante, à savoir la Cour suprême. En l'occurrence toutefois, on peut s'attendre à ce qu'un tel report n'ait pas lieu car les décisions de première instance seront désormais rendues dans tous les cas par les APEA, composées de spécialistes engagés à titre principal. La qualité des décisions s'en trouvera améliorée, et la Cour suprême sera moins souvent amenée à intervenir pour les corriger. Cette remarque vaut tout particulièrement pour les vices de procédure, dont sont souvent entachées les décisions rendues par des autorités communales non professionnelles: la Cour suprême devrait voir leur nombre considérablement diminuer.

Au vu de ce qui précède, le nouveau système de voies de droit ne devrait pas générer de coûts supplémentaires. Un autre élément décisif, à cet égard, est que le Tribunal de la protection de l'enfant et de l'adulte de la Cour suprême, à l'instar de l'actuelle CR PLFA, sera doté de juges spécialisés à titre accessoire. Ces derniers seront appelés à connaître des recours non seulement dans les cas de placement à des fins d'assistance, comme aujourd'hui, mais dans tous les domaines (à l'heure actuelle, les décisions ordonnant des mesures autres que la privation de liberté à des fins d'assistance sont réexaminées par la Cour d'appel composée de trois juges à titre principal). Le changement prévu devrait se traduire par un allègement car un collège de juges spécialisés occasionne moins de charges qu'un tribunal composé de juristes.

Le rapport cité plus haut précisait par ailleurs qu'il serait tenu compte, dans le bilan global LPFC 2012, des reports de charges qui sont la conséquence d'une nouvelle répartition des tâches possible dans le domaine de la protection de l'enfant et de l'adulte, les normes minimales de droit fédéral servant de référence pour les coûts imputables.

D'une manière générale, force est de relever que lors des travaux législatifs visant à concrétiser le modèle cantonal, on a systématiquement veillé à choisir des solutions peu onéreuses, dans les limites de ce que permet le droit fédéral, et à utiliser autant que possible les synergies offertes par les autres autorités régionales (conformément à la déclaration de planification du Grand Conseil du 27 janvier 2010).

Enfin, il est prévu que les coûts de l'exécution des mesures soient comme jusqu'ici portés à la compensation des charges. A l'avenir toutefois, ces coûts – notamment dans le cas du placement – seront préfinancés par le canton, puisque les mesures en question auront été ordonnées par une autorité cantonale (cf. art. 41 ss).

7. Répercussions sur le personnel et l'organisation

Onze autorités interdisciplinaires doivent être créées au niveau cantonal. Compte tenu du volume de travail attendu et sur la base de l'étude réalisée dans le cadre des travaux prélimi-

naires (ECOPLAN), on peut partir du principe qu'elles totaliseront 135 postes à temps complet. Cela représente 8,5 postes de moins que ce que prévoyait l'étude du bureau ECOPLAN.

Les préfectures sont déchargées de certaines attributions, en particulier dans le domaine du placement à des fins d'assistance, ce qui entraînera une réduction non encore quantifiée de l'effectif de leur personnel. On peut cependant s'attendre à ce qu'au moins une partie des collaborateurs et collaboratrices des préfectures accomplissant des tâches spécialisées dans ce domaine puissent intégrer les nouvelles autorités interdisciplinaire et soient disposés à le faire.

Les communes abandonneront elles aussi certaines tâches, et là également, il y a lieu de partir du principe que les membres de leur personnel familiarisés avec celles-ci s'intéresseront aux postes proposés par les APEA.

Les dispositions transitoire du projet de loi prévoient que dans la mesure du possible et pour autant que ce soit opportun, les candidatures des personnes qui étaient déjà actives à titre principal dans le domaine de la tutelle avant l'entrée en vigueur de la présente loi et dont l'engagement a été résilié du fait de la réorganisation seront retenues en premier lieu (art. 78).

En l'état actuel des travaux, il n'est pas prévu que le projet ait des répercussions sur la dotation en personnel de la Cour suprême (cf. ch. 6 supra).

8. Répercussions sur les communes

Les communes perdent leur compétence dans le domaine du droit de la tutelle. Toutefois, les enquêtes ressortissent comme jusqu'ici à leurs services sociaux, qui continuent à gérer des mandats pour le compte des APEA cantonales.

S'agissant des répercussions sur le personnel des communes, il est renvoyé au chiffre 10 supra.

9. Répercussions sur l'économie

Le projet n'a pas de répercussions spécifiques sur l'économie.

10. Résultat de la procédure de consultation / consultation

11. Proposition / propositions

Berne, le

Au nom du Conseil-exécutif,

le président: *///*

le chancelier: *///*