

Micaela Vaerini, Guy Longchamp, José-Miguel Rubido (Editeurs)

Le droit des personnes âgées

1

Aspects de droit civil suisse et international

Gabriel Frossard
Virginie Jaquier
Rosanna John-Giudice
Guy Longchamp
José-Miguel Rubido
Micaela Vaerini
Alberto Vasquez
Aurélien Witzig



Stämpfli Editions

**PRO
SENECTUTE**

Le droit des personnes âgées est de plus en plus reconnu mondialement comme un domaine juridique à part entière. En Suisse, il constitue cependant un domaine du droit encore nouveau qui, jusqu'à ce jour, a peu retenu l'attention des praticiens. Les questions juridiques touchant les seniors sont néanmoins très vastes, comportant notamment des aspects de droit public et privé, suisse et étranger. Les juristes de notre pays ne peuvent pas ignorer ce phénomène et doivent être prêts à répondre rapidement à un besoin d'information et formation grandissant. Trois séminaires de formation ont été organisés par le réseau Seniorlaw.ch entre 2016 et 2018, dont les actes constituent le présent ouvrage. Les thèmes traités sont la protection de l'adulte, le droit des successions, le droit de la famille et le droit du travail, analysés du point de vue de la protection spécifique de la personne âgée. L'approche ne s'est pas limitée au droit suisse, mais a fait également place aux règles de droit international, en particulier en matière de protection des personnes handicapées.

LE DROIT DES PERSONNES ÂGÉES

Edité par

Micaela Vaerini

Guy Longchamp

José-Miguel Rubido

Seniorlaw.ch

Aspects de droit civil suisse et international



Stämpfli Editions

Aspects de droit civil suisse et international

Contributions de:

Gabriel Frossard

Virginie Jaquier

Rosanna John-Giudice

Guy Longchamp

José-Miguel Rubido

Micaela Vaerini

Alberto Vasquez

Aurélien Witzig



Stämpfli Editions

Ce livre est protégé par le droit d'auteur. Toute forme de distribution à des tiers (à titre onéreux ou gratuit) est interdite. Le fichier contient un filigrane caché dans lequel les données de téléchargement sont stockées.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

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

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi.

© Stämpfli Editions SA Berne · 2019
www.staempfliverlag.com

E-Book ISBN 978-3-7272-3459-0

Dans notre librairie en ligne www.staempflishop.com,
les versions suivantes sont également disponibles :

Print ISBN 978-3-7272-3458-3
Judocu ISBN 978-3-0354-1623-7

printed in
switzerland



Avant-propos

Chères lectrices, chers lecteurs,

Nous vivons dans une « société de longue vie ». Aujourd'hui en Suisse, près d'une personne sur cinq a plus de 80 ans. D'ici 2060, ce chiffre aura vraisemblablement plus que doublé.

Il apparaît donc crucial de s'atteler aux défis liés à la vieillesse et au vieillissement. Et ce, à tous les niveaux : social, politique, juridique.

Dans ce livre, illustré d'expériences pratiques, des juristes et des notaires de renom présentent pour la première fois en Suisse le domaine juridique encore relativement nouveau des droits des personnes âgées.

Depuis plus de 100 ans, Pro Senectute s'engage pour le bien-être, la dignité et les droits des personnes âgées. Notre objectif est d'aider les personnes âgées à vivre de manière autodéterminée le plus longtemps possible. Nous sommes convaincus que ce livre peut contribuer à la réalisation de nos objectifs.

Pro Senectute



Alain Huber
Secrétaire romand

Table des matières

Avant-propos	V
Table des matières	VII
MICAELA VAERINI/JOSÉ-MIGUEL RUBIDO	
L’avocat et le notaire face au droit des personnes âgées	1
ROSANNA JOHN-GIUDICE/JOSÉ-MIGUEL RUBIDO	
Le mandat pour cause d’inaptitude : définition, étendue et choix du mandataire	11
MICAELA VAERINI	
La représentation de l’époux ou du partenaire enregistré incapable de discernement	37
GABRIEL FROSSARD	
Incapacité de discernement : les mesures prévues par le droit civil (en particulier, préventives et de plein droit)	81
ALBERTO VASQUEZ/JOSÉ-MIGUEL RUBIDO	
L’article 12 CDPH au regard du droit suisse de la protection de l’adulte : état des lieux et perspectives	99
GUY LONGCHAMP	
Le divorce des personnes âgées : aspects de prévoyance professionnelle	129
VIRGINIE JAQUIERY	
La position juridique des grands-parents vis-à-vis de leurs petits-enfants	145

MICAELA VAERINI

La position juridique des grands-parents vis-à-vis de leurs petits-enfants : résumés de jurisprudences	157
---	------------

JOSÉ-MIGUEL RUBIDO

Les droits successoraux du conjoint, partenaire ou concubin survivant.....	171
---	------------

AURÉLIEN WITZIG

Les personnes âgées au travail.....	201
--	------------

Bibliographie.....	213
---------------------------	------------

Présentations	233
----------------------------	------------

L'AVOCAT ET LE NOTAIRE FACE AU DROIT DES PERSONNES ÂGÉES

Par
MICAELA VAERINI
Docteure en droit, LL.M
Avocate spécialiste FSA droit de la famille
Chargée d'enseignement à l'Université de Genève
Lectrice à l'Université de Fribourg
et
JOSÉ-MIGUEL RUBIDO
Docteur en droit, Notaire à Genève
DEA droit foncier rural, CAS droit des successions

Table des matières

I. LE DROIT DES PERSONNES ÂGÉES	1
II. L'AVOCAT DE LA PERSONNE ÂGÉE	2
III. LE NOTAIRE DE LA PERSONNE ÂGÉE	6
IV. LA NÉCESSITÉ D'AGIR EN RÉSEAU.....	8
V. CONCLUSION.....	9

La vieillesse est noble, lorsqu'elle se défend elle-même, garde ses droits, ne se vend à personne, et jusqu'au dernier souffle domine sur les siens [Marcus Tullius Ciceron].

I. LE DROIT DES PERSONNES ÂGÉES¹

Le droit des personnes âgées est de plus en plus reconnu mondialement comme un domaine juridique à part entière. En Suisse, il constitue cependant un domaine du droit encore nouveau qui, jusqu'à ce jour, a peu retenu l'attention des praticiens. Or, comme la pratique américaine de l'« *Elder law* » en témoigne, il s'agit d'un domaine dynamique et pluridisciplinaire appelé à prendre de l'importance. Notons simplement qu'aux Etats-Unis il existe des enseignements universitaires, des revues spécifiques, des

¹ Une partie de ce texte a fait l'objet d'une publication dans la Revue de l'Avocat 5/2015 sous le titre « L'avocat de la personne âgée : aspects de protection de l'adulte » (auteure Micaela Vaerini).

associations d'avocats dédiées exclusivement à ce domaine du droit. L'entrée en vigueur en 2013 des nouvelles dispositions du Code civil suisse concernant la protection de l'adulte marque une évolution considérable dans notre pays dans ce domaine, notamment grâce à la consécration au niveau fédéral de règles concernant la protection des personnes incapables de discernement.

Une limitation au droit de la protection de l'adulte serait néanmoins restrictive. Le droit des personnes âgées englobe tous les problèmes qui touchent la vie des aînés, à savoir, selon la définition de l'OMS, les personnes de plus de soixante-cinq ans. Il s'agit indéniablement d'une population très variée, qui va du résident incapable de discernement en EMS de 90 ans au businessman de 75 ans. Les questions juridiques touchant ce groupe de population sont ainsi très vastes, comportant notamment des aspects de droit public et privé, suisse et étranger².

Nous pensons en particulier à des problèmes liés aux soins de santé, à la planification des soins de longue durée, au droit administratif, au droit des contrats et de la protection de la personnalité, aux mauvais traitements en institution et à domicile, au droit des successions, à la protection des adultes (mesures personnelles anticipées, représentation d'un incapable de discernement, curatelles), à la planification patrimoniale et aux affaires familiales (mariage, partenariat, divorce, partage de la prévoyance professionnelle des personnes retraitées ou invalides, mariage/partenariat avec écart d'âge très important entre les époux/partenaires, droits des grands-parents à l'égard des petits-enfants).

Selon l'OMS, entre 1995 et 2025, le nombre de personnes âgées de plus de 60 ans devrait au moins doubler dans le monde, passant de 542 millions à quelque 1,2 milliard³. Compte tenu du nombre croissant de personnes âgées en Suisse, les hommes et femmes de loi seront de plus en plus confronté(e)s à une clientèle vieillissante avec des besoins spécifiques.

Dans ce contexte, le rôle de l'avocat ou du notaire devra être reconsidéré. Le traditionnel « avocat/notaire de famille », rôle encore très ancré en Suisse, devra en particulier prendre conscience du besoin plus fréquent d'une intervention en réseau.

II. L'AVOCAT DE LA PERSONNE ÂGÉE

En Suisse, selon les dernières données statistiques, le nombre de personnes âgées de 65 ans et plus s'élève à 1,573 millions, sur un total de 8,526

² VAERINI, L'avocat de la personne âgée et références citées.

³ Cf. ONU, p. 5.

millions. L'espérance de vie à la naissance est de 85,4 ans pour les femmes et de 81,4 ans pour les hommes. L'espérance de vie à 65 ans est de 22,5 ans pour les femmes et de 19,7 ans pour les hommes⁴.

Le mode de vie de cette tranche de la population dépend largement de leur état de santé qui a ainsi un impact essentiel sur les relations juridiques qu'elles entretiennent. Si ces personnes sont en bonne santé, elles auront souvent de multiples intérêts et projets, de sorte qu'il s'agira pour elles d'une période de vie active qui ne saurait plus être assimilée, comme par le passé, à une période de repos marquée d'un certain immobilisme⁵. Ainsi, suite au décès de leur partenaire de vie, ces personnes formeront souvent un nouveau foyer, soit en choisissant le concubinage, soit en se remariant ou en concluant un partenariat enregistré. Par ailleurs, si leur vie de couple n'est plus satisfaisante, elles décideront de divorcer ou de dissoudre leur partenariat, même après plusieurs décennies de vie commune et notamment au moment où la relation de couple sera remise en question par la survenance d'un cas de démence. Dans ce contexte, les conseils de professionnels sensibilisés aux enjeux spécifiques pour les personnes âgées de tels changements de vie seront nécessaires pour aboutir aux meilleurs choix du point de vue juridique.

De manière générale, l'avocat devra être en mesure d'assister ses clients âgés sur des questions variées incluant le droit successoral (rédaction de testament adapté à la situation spécifique d'un survivant âgé, questions liées à la capacité de discernement), les assurances sociales, le mariage et le divorce (concubinage, mariage ou partenariat, planification patrimoniale, divorce entre étrangers et transfert de domicile à l'étranger, divorce des personnes atteintes de démence résidant dans des établissements), la protection de l'adulte (mandat pour cause d'incapacité, directives anticipées, curatelles, mesures appliquées de plein droit aux incapables de discernement), la fin de vie, le droit médical, le droit administratif (par ex. questions liées au maintien du permis de conduire), le droit pénal et le droit de protection de la personnalité (protection des personnes âgées contre les abus) ainsi que les nombreux aspects procéduraux relatifs à ce qui précède.

Le conseiller se spécialisant dans le droit des personnes âgées devra par ailleurs être conscient qu'il ne pourra pas limiter ses connaissances aux seules questions juridiques. Pour protéger au mieux les intérêts de ses clients, il devra apprendre à communiquer de manière appropriée avec les personnes âgées et leur entourage en se rappelant toujours qu'il est le mandataire de la personne âgée et non de sa famille, comprendre le processus de vieillissement

⁴ OFS, Population résidante permanente selon la catégorie de nationalité, l'âge et le canton, 3e trimestre 2018, 31.08.2018.

⁵ OFAS, Politique de la vieillesse en Suisse: vue d'ensemble, http://www.bsv.admin.ch/themen/kinder_jugend_alter/00068/?lang=fr.

et les troubles qu'il peut entraîner en particulier s'agissant de la capacité de discernement, et enfin se tenir informé des développements fréquents en demeurant en contact avec les associations spécialisées et les médecins⁶.

Si, en revanche, ces personnes sont en mauvaise santé, notamment si elles sont atteintes de démence ou d'autres troubles dégénératifs dus à l'âge, leur mode de vie ne pourra pas être le même. Elles seront souvent placées et le rôle de leur avocat consistera principalement à les protéger, non seulement à l'égard de toutes sortes de personnes sans scrupules qui chercheraient à abuser de leur état de faiblesse, mais également face aux diverses négligences et abus dont elles pourraient être victimes dans leur institution d'accueil.

En Suisse, à l'heure actuelle, la majorité des personnes décèdent à un âge avancé, souvent lors d'une prise en charge dans une institution. Dans notre pays, on comptait à la fin de l'année 2017, 153'554 personnes de plus de 60 ans résidant pour un long ou court séjour dans des maisons pour personnes âgées ou dans des homes médicalisés sur un total de 158'345, soit 97% des résidents⁷. Le nombre total de personnes de plus de 80 ans vivant dans un EMS au cours de l'année 2017 était de 94'778, dont 41'865 de plus de 90 ans⁸.

Suite à l'introduction dans le Code civil des nouvelles dispositions concernant la protection des personnes incapables de discernement (art. 360-387 CC), la prise en charge de ces dernières dans une institution (c'est-à-dire dans l'un des établissements médico-sociaux et des homes qui accueillent des résidents incapables de discernement pour des séjours prolongés) est désormais réglée au sous-chapitre III du Code civil (art. 382 à 387 CC). Il est évident que la loi apporte de notables améliorations. Ces dispositions, qui ont reçu un large soutien lors de la procédure de consultation⁹, présentent l'avantage d'apporter une réglementation uniforme dans un domaine du droit jusqu'ici soumis à des règles souvent différentes d'un canton à l'autre¹⁰. La commission d'experts a cependant écarté l'idée d'adopter une réglementation plus complète de la relation juridique entre le résident et l'institution qui le prend en charge, comme le fait par exemple la « Heimgesetz » du droit allemand¹¹. Ce choix d'une réglementation ponctuelle a comme conséquence que de nombreux aspects de la prise en charge ne sont pas réglés expressément par le Code civil.

⁶ VAERINI, Une lettre de New York, p. 25.

⁷ OFS, Institutions médico-sociales: nombre de clients selon l'âge et le sexe, 15.11.2018

⁸ OFS, Personnes vivant en établissement médico-social, 15.11.2018.

⁹ Message, 6644.

¹⁰ LEUBA/TRITTEN, p. 285.

¹¹ FamComm/LEUBA/VAERINI, Introduction CC 382-387 N 5 ; Message, 6649.

L'avocat d'une personne âgée sera dans ce domaine confronté à d'importants défis concernant, d'une part, les questions relatives à la prise en charge des personnes capables de discernement (par exemple points qui doivent impérativement être pris en compte lors de la négociation d'un contrat d'hébergement) ainsi que, d'autre part, les questions relatives à la prise en charge des personnes incapables de discernement qui ne sont pas réglées par le Code civil (par exemple question des institutions qui ne fournissent pas de prestations d'assistance personnelle)¹².

Il est en outre important pour les praticiens chargés de la protection des droits des personnes âgées résidant en institution de prendre conscience du phénomène de maltraitance et d'en connaître les différentes formes et les effets, afin de pouvoir, le cas échéant, le détecter le plus rapidement possible¹³.

Selon un rapport de 2002 de l'ONU, ce problème est reconnu depuis longtemps¹⁴. Une thèse récemment publiée donne un aperçu global des différentes possibilités d'actions offertes par notre ordre juridique¹⁵. Ainsi, selon les circonstances, la personne victime de maltraitance pourra agir elle-même, ou par l'intermédiaire d'une autre personne habilitée, en protection de la personnalité, en exécution contractuelle ou en responsabilité devant le juge civil, déposer plainte pénale ou dénoncer le comportement auprès des autorités pénales ou signaler le cas aux autorités administratives. Il ne faudra au surplus pas oublier la possibilité de faire recours à la médiation.

Dans un contexte où les établissements peuvent être des structures relevant soit du droit privé soit du droit public et où les services de soins et de prise en charge sont assurés par des intervenants différents, une difficulté importante résidera pour l'avocat dans la détermination de la contrepartie ainsi que dans la qualification du rapport juridique avec le résident. Il s'agit d'une étape déterminante dans la mise en œuvre des droits de la personne âgée qui, en cas d'erreur, conduira souvent à l'échec de l'action en justice.

Enfin, il sera important de maîtriser les questions de la prise de décision en matière médicale au sein d'une institution, notamment du point de vue de la protection des droits de la personnalité du patient, de la protection des données

¹² Cf. notamment BREITSCHMID/STECK/WITTWER, p. 867 ; AESCHLEMAN, p. 367 ; FELLMANN/POLEDNA ; HAYEN/GAFFORD, p. 162 ; VAERINI, Protection de la personnalité, pp. 2 ss.

¹³ Cf. notamment AYER, p. 55 ; BABST/SCHLECHT BADEL/POITRAS, p. 167 ; BEBOUT ; CAUDRON/CHARLOT/GUFFENS, p. 50 ; GINESTE ; HUGONOT ; JASPARD, p. 11 ; ROULET/RIVOIR ; VAERINI, Les droits de la personnalité p. 207 ; VAERINI, Les actions défensives p. 442 ; VAERINI, Les mécanismes de contrôle, p. 962.

¹⁴ ONU, p. 5.

¹⁵ TRITTEN HELBLING.

sensibles et des responsabilités en cas de mauvais traitement, ainsi que la question de la fin de vie¹⁶.

III. LE NOTAIRE DE LA PERSONNE ÂGÉE

En droit suisse, le notaire, ou plus particulièrement l'officier public, est garant de la forme authentique. Le droit fédéral prescrit la forme authentique (art. 11 CO), mais ne la définit pas. Il ressort toutefois de la jurisprudence et de la doctrine que la forme authentique permet de consigner solennellement des déclarations par devant un officier désigné par le droit cantonal et selon une procédure cantonale¹⁷.

La notion de la forme authentique dépend du droit fédéral¹⁸, qui en prescrit les exigences minimales¹⁹, et lui confère la force probante (art. 9 CC). Les modalités de la forme authentique sont, quant à elles, déléguées aux cantons (art. 55 Tit. fin CC). Par ailleurs, la forme authentique relève de la juridiction gracieuse²⁰.

Ainsi, la mise en œuvre de la forme authentique peut être très différente d'un canton à un autre. Quatre systèmes cohabitent²¹ : le notariat indépendant, ou latin²² ; le notariat d'Etat²³ ; le notariat mixte où cohabitent le notariat indépendant et le notariat d'état, ainsi que les cantons sans notariat organisé²⁴.

Au-delà du rôle officiel, lié à son ministère, le notaire, plus particulièrement le notaire indépendant, est aussi un témoin privilégié de la vie de son client qui viendra le voir tout d'abord lors de son mariage/partenariat, éventuellement pour conclure un contrat de mariage, une convention sur les biens, ou une convention de concubinage, et peut-être également lors de son

¹⁶ Cf. notamment FOUNTOLAKIS/GAIST, p. 867 ; AYER/CLEMENT/HÄNNI ; BAUMANN, p. 58 ; BERNHART ; BRAUER, p. 396 ; BREITSCHMID/WITTWER, BRODOFF, p. 239 ; POLEDNA/VOKINGER, p. 66 ; VAERINI, Droit à l'autodétermination, p. 378 ; VAERINI, La représentation ; VAERINI, Une lettre de New York, p. 25.

¹⁷ ATF 99 II 159 = JdT 1974 I 66 ; JEANDIN, p. 16 ; MOOSER, Le droit notarial N 2 ; SCHLAEPPI, p. 2 ; STEINAUER, p. 2.

¹⁸ ATF 113 II 402 = JdT 1988 I 67.

¹⁹ ATF 133 I 259 = JdT 2008 I 585 ss.

²⁰ ATF 103 Ia 85 cons. 6b = JdT 1979 I 98.

²¹ JEANDIN, p. 11 ; MOOSER, Le droit notarial, pp. 37 ss ; SCHLAEPPI, p. 2.

²² Tel est le cas en Argovie, à Bâle (Ville et Campagne), Berne, Fribourg, Genève, Jura, Neuchâtel, Valais, Vaud, Tessin et Uri.

²³ Tel est le cas en Thurgovie et à Appenzell Rhodes-Extérieures et à Zürich.

²⁴ Tel est le cas de Appenzell Rhodes-Intérieures et Rhodes-Extérieures, Glaris, Les Grisons, Lucerne, Nidwald, Obwald et Schaffhouse.

divorce/dissolution du partenariat, pour bien planifier la liquidation de son régime matrimonial/de son partenariat. Il reverra son client ensuite lors de la constitution de sa société, la tenue d'assemblées en la forme authentique, mais également lors d'acquisition immobilière, ou plus généralement de planification immobilière. La naissance, ou le décès d'un proche, est un moment important qui justifie également de rencontrer son notaire, soit pour planifier une succession, soit pour la liquider. Finalement, avec l'entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de l'adulte, la personne peut souhaiter rencontrer son notaire pour établir dans les meilleures conditions un mandat pour cause d'incapacité (art. 360ss CC).

Ainsi, tant dans son activité ministérielle, que dans son activité de conseil, le notaire est susceptible d'informer son client sur des questions variées incluant le droit successoral (rédaction de testament adapté à la situation spécifique d'un survivant âgé, questions liées à la capacité de discernement), le mariage et le divorce (concubinage, mariage ou partenariat, planification patrimoniale), la protection de l'adulte (mandat pour cause d'incapacité, directives anticipées), le droit des sociétés, ou le droit immobilier, ainsi que de nombreuses questions fiscales liées aux domaines susvisés.

Par ailleurs, au-delà de son devoir d'information et de conseil, compte tenu de son statut de témoin privilégié, le notaire sera là également pour attirer l'attention de son client sur l'importance d'agir, ou de prendre des dispositions, des mesures, dans une situation particulière concrète, alors même que le client ne voit pas, ou ne veut pas voir, l'opportunité ou l'intérêt d'agir. Tel est le cas en particulier de la personne âgée, qui, parce qu'elle se trouve fragilisée ou affaiblie, ne se rend pas toujours compte, ou ne veut pas se rendre compte, de l'importance d'agir. Le notaire, en tant que témoin, sera là pour le lui rappeler.

Au surplus, le notaire d'une personne âgée devra, de par son rôle officiel, être particulièrement vigilant aux questions liées à la capacité de discernement de son client. En effet, selon l'acte, l'incapacité de discernement du client pourrait avoir comme conséquence sa nullité. N'étant pas médecin, il sera souvent difficile pour un notaire de pouvoir déterminer si son client est capable de discernement par rapport à un acte déterminé. Il pourrait ainsi être confronté au dilemme de ne pas procéder à l'acte notarié contrairement à la volonté de son client ou d'y faire suite en risquant le cas échéant de voir sa responsabilité mise en jeu.

IV. LA NÉCESSITÉ D'AGIR EN RÉSEAU

Les juristes de notre pays ne peuvent pas ignorer le phénomène du vieillissement et doivent être prêts à répondre aux besoins grandissants des aînés, tant du point de vue du droit suisse que du droit international.

Toutefois, de nos jours, compte tenu de la complexité du droit, des notions médicales à maîtriser, mais également de la diversité des situations familiales, financières et patrimoniales, le praticien du droit devra bénéficier d'un réseau de partenaires pour répondre pleinement aux besoins et aux demandes de ses clients âgés, tout en maintenant une bonne formation continue.

Le réseau Seniorlaw.ch est né de cette prise de conscience. Les membres fondateurs, deux avocats, un juriste et un notaire, actifs dans l'arc lémanique, ont souhaité créer un réseau de praticiens (avocats, notaires, juristes, curateurs professionnels, fiscalistes, médiateurs, assistants sociaux, directeurs d'EMS, médecins, psychologues) auprès de qui toute personne confrontée à une question et/ou problème juridique lié au vieillissement pourra s'adresser.

Les compétences des partenaires du réseau sont complémentaires, mais elles peuvent également se chevaucher. En effet, plusieurs partenaires peuvent avoir le même domaine d'activité, mais voir la problématique sous un angle différent. C'est cette complémentarité et cet angle de vue différent qui permettront à chaque partenaire du réseau de donner au client une solution complète et optimale.

Du point de vue des personnes faisant appel au réseau, la formule est simple. Un site internet (www.seniorlaw.ch) avec des informations générales pour le grand public et un lien avec les sites des différents praticiens actifs dans la protection des personnes âgées offre une première orientation. Ainsi, par exemple, si une personne cherche des conseils juridiques en matière de protection de l'adulte parce qu'un proche semble être incapable de discernement en raison de la maladie d'Alzheimer, il pourra s'adresser au réseau afin d'obtenir un premier conseil gratuit et ensuite, si nécessaire, à un praticien actif dans le domaine concerné.

Le but du réseau est également d'offrir au public un point de référence sûr et de qualité en matière de droit de personnes âgées. Afin de promouvoir cette qualité, Seniorlaw.ch organise régulièrement des séminaires de formation. Les contributions objet du présent ouvrage ont ainsi été traitées au cours des années 2016 à 2018, les thèmes ayant été choisis sur la base des requêtes auxquelles les membres du réseau sont le plus souvent confrontés dans leur activité quotidienne.

V. CONCLUSION

Un des défis majeurs d'un système juridique moderne est de permettre aux personnes âgées de vivre dans la dignité, la sécurité et l'autonomie. La dignité des personnes âgées est garantie, entre autres, grâce aux services juridiques de praticiens (avocat, notaire etc.) capables de comprendre les spécificités de leurs besoins et d'y apporter une réponse adaptée. La sécurité consiste, plus particulièrement, en la protection contre la maltraitance qui malheureusement demeure importante à l'heure actuelle y compris au sein de certaines institutions. Enfin, l'autonomie doit être favorisée et concrétisée par la garantie qu'un ensemble de services et d'infrastructures adéquats en matière de logement, de soins et de contacts sociaux soient garantis²⁵. L'homme et la femme de loi de la personne âgée prendront soin d'intégrer ces multiples aspects dans leur activité de conseil, ce qui exigera souvent une formation interdisciplinaire complémentaire. Le but de la présente collection, dont cet ouvrage est le premier tome, est précisément de permettre aux praticiens d'avoir un outil de référence en la matière.

²⁵ VAERINI, Une lettre de New York, p. 25.

LE MANDAT POUR CAUSE D'INAPTITUDE : DEFINITION, ETENDUE ET CHOIX DU MANDATAIRE¹

Par
ROSANNA JOHN-GIUDICE
Greffière-rédactrice au Tribunal cantonal neuchâtelois
et
JOSÉ-MIGUEL RUBIDO
Docteur en droit, Notaire à Genève
DEA droit foncier rural, CAS droit des successions

Table des matières

I.	INTRODUCTION	12
II.	DÉFINITION	12
	A. Notion	12
	B. Qualification juridique	13
III.	L'ÉLABORATION DU MANDAT ET SA PUBLICITÉ	16
	A. L'objet du mandat	16
	B. La délimitation du mandat	17
	C. La forme du mandat	18
	D. Annonce et conservation du mandat	19
IV.	LA MISE EN OEUVRE DU MANDAT	19
	A. Incapacité de discernement du mandant	19
	B. Validité formelle et matérielle du mandat	20
	C. Étendue et interprétation du mandat	22
	1. Étendue du mandat	22
	2. Interprétation du mandat	23
	D. Aptitude et acceptation du mandat par le mandataire	24
	E. Autre mesure à prendre	24
	F. Décision de l'autorité	25
V.	FIN DU MANDAT	26
	A. Révocation par le mandant (art 363 CC)	26
	B. Résiliation par le mandataire (art. 367 CC)	27
	C. Retrait des pouvoirs par l'autorité de protection	29

¹ Cette contribution est le prolongement d'une conférence que nous avons donnée lors du Séminaire de formation sur le Droit des personnes âgées organisé le 27 avril 2018, à Lausanne. Nous remercions vivement le réseau Seniorlaw.ch de nous avoir invités à intervenir lors de ce séminaire.

D. Recouvrement de la capacité de discernement du mandant.....	29
E. La mort de l'une des parties, la perte de l'exercice des droits civils et la mise en faillite du mandataire	30
VI. RÉMUNÉRATION DU MANDAT	31
A. La rémunération fixée par le mandant	31
B. Le pouvoir de l'autorité	33
C. Le débiteur de la rémunération	34
VII. LE CHOIX DU MANDATAIRE.....	34
VIII. CONCLUSION.....	35

I. INTRODUCTION

Qui ne s'est jamais demandé : que se passera-t-il s'il m'arrive quelque chose ? Cette question vise le décès, mais également le cas de l'incapacité pour une longue durée de gérer et administrer ses biens, et de façon générale l'incapacité de prendre des décisions personnellement.

Dès le 1^{er} janvier 2013 est entré en vigueur le nouveau droit de la protection de l'adulte basé sur le principe de l'autodétermination. A ce titre, il offre un nouvel instrument juridique : le mandat pour cause d'incapacité.

La présente contribution a pour but de définir ce nouvel instrument juridique (II), et décrire non seulement son élaboration (III), mais aussi sa mise en œuvre (IV) et sa fin (V). Nous nous intéresserons également à la rémunération du mandataire (VI) ainsi qu'au choix du mandataire, notamment la possibilité de choisir un proche parent, en particulier le conjoint ou le partenaire enregistré (VII), pour finalement conclure (VIII).

II. DÉFINITION

A. Notion

Le droit de protection de l'adulte ne définit pas expressément le « mandat pour cause d'incapacité ». L'article 360 CC prévoit son principe. En vertu du premier alinéa de cette disposition légale, toute personne ayant l'exercice des droits civils (mandant) peut charger une personne physique ou morale (mandataire) de lui fournir une assistance personnelle, de gérer son patrimoine ou de la représenter dans les rapports juridiques avec les tiers au cas où elle deviendrait incapable de discernement.

C'est, ainsi, l'instrument qui permet à une personne ayant l'exercice des droits civils de régler de manière privée sa prise en charge et sa représentation en cas d'incapacité de discernement. L'autorité de protection de l'adulte constate l'efficacité de cette réglementation et peut intervenir lors de certaines situations².

B. Qualification juridique

Le mandat pour cause d'incapacité est une innovation du droit de protection de l'adulte qui s'apparente à différents domaines du droit, tout en conservant des particularités.

Le mandat pour cause d'incapacité présente des caractéristiques du mandat. A l'instar du mandat, il peut être combiné avec une procuration générale ou spéciale. De plus, les droits et devoirs du mandataire dans l'exécution de ses tâches et sa responsabilité sont soumis aux règles du Code des obligations sur le mandat (cf. art. 363 al. 3, 365 al. 1 et 456 al. 1 CC)³. Toutefois, contrairement au mandat, il ne peut être mis fin au mandat pour cause d'incapacité en tout temps, le mandataire devant respecter un préavis de deux mois et ne pouvant le résilier, de suite, sans justes motifs⁴. Par ailleurs, le mandat pour cause d'incapacité n'est pas un échange simultané et réciproque de volontés, mais résulte de la manifestation unilatérale de volonté du mandant. La déclaration de volonté du mandant est « suspendue » jusqu'à la survenance de l'incapacité durable de discernement. Le mandataire pour cause d'incapacité ne prend, ainsi, pas part à l'élaboration du mandat, il ne doit même pas en avoir connaissance. Pour certains auteurs de doctrine, le destinataire de la décision du mandant est l'autorité de protection de l'adulte et non le mandataire pour cause ; d'autres, en revanche, soutiennent le

² MEIER, Droit de la protection de l'adulte, n. 364; MOOSER, Le mandat pour cause d'incapacité – Aspects pratiques, in: not@lex 2014 p. 96, n. 7; SCHMID, Allgemeine Einleitung, n. 32; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte, n. 830

³ BRÜCKNER, Die Beurkundung von Vorsorgeaufträgen – eine kommende Aufgabe für Urkundspersonen in der Schweiz, in: BN 2011 p. 40; FOUNTOLAKIS/GAIST, Les mesures personnelles anticipées: les directives anticipées du patient et le mandat pour cause d'incapacité, in: FamPra.ch 2012 p. 875, 876; LEUBA, Le mandat pour cause d'incapacité dans le projet de révision du code civil, in: La protection de la personne par le droit, p. 29; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, n. 376; BSK ZGB I RUMO-JUNGO, art. 360 n. 14; SCHULER-BUCHE, L'exécuteur testamentaire, l'administrateur officiel et le liquidateur officiel: étude et comparaison, p. 9.

⁴ BSK ZGB I RUMO-JUNGO, art. 367 n. 1; SCHULER-BUCHE, op. cit., p. 9.

contraire⁵. Comme autre différence, il y a le fait que le mandant ne peut pas y mettre fin selon les formes synallagmatiques, mais uniquement selon l'une des formes prévues pour sa constitution (art. 362 al. 1 CC)⁶. Finalement, le mandant pour cause d'incapacité est dans l'impossibilité d'exercer un contrôle sur l'activité du mandataire, contrairement au mandant, lequel peut notamment en tout temps demander qu'il rende des comptes (cf. art. 400 CO), dès lors qu'il est incapable de discernement dès sa mise en œuvre. L'autorité de protection palliera, en partie, à cette impossibilité de surveiller l'activité du mandataire⁷. Ainsi, malgré une application analogique partielle des dispositions légales sur le mandat au mandat pour cause d'incapacité, le rapport entre le mandant et le mandataire pour cause d'incapacité est un rapport de droit *sui generis* et ne relève pas du droit du mandat⁸.

Le mandat pour cause d'incapacité est également influencé par le droit des successions : il doit respecter des exigences formelles et ne prend effet qu'après la réalisation d'une condition suspensive. Certains éléments caractéristiques du mandat pour cause d'incapacité s'apparentent à la désignation d'exécuteur testamentaire, comme la désignation du mandataire pour cause d'incapacité qui revêt un caractère juridique unilatéral, le mandataire ne participant pas à la confection de l'acte⁹. Le mandataire conserve la liberté d'accepter ou de refuser le mandat, de sorte que la nature bilatérale du mandat pour cause d'incapacité est différée jusqu'à son acceptation par le mandataire (pour l'exécuteur testamentaire cf. art. 517 al. 2 CC). En outre, le mandataire pour cause d'incapacité accepte son mandat auprès de l'autorité de protection, laquelle est chargée de le légitimer auprès des tiers. De manière générale, l'autorité exerce un contrôle, d'office ou sur requête¹⁰. A l'instar de l'exécuteur testamentaire qui représente les dernières volontés du disposant, le mandataire pour cause d'incapacité a pour mission de représenter le mandant et de faire en sorte que les dernières volontés formulées avant son incapacité durable de discernement soient respectées. En

⁵ Auteurs soutenant que le destinataire de la décision du mandant est le mandataire: FamComm/GEISER, art. 364, n. 4; WIDMER BLUM, Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag p. 311-312; auteurs soutenant que le destinataire est l'autorité de protection de l'adulte: BRÜCKNER, BN 2011 p. 40; WOLF, Erwachsenenschutz und Notariat, RNRF 2010 p. 92.

⁶ BRÜCKNER, BN 2011 p. 40; WOLF, RNRF 2010 p. 92.

⁷ BRÜCKNER, BN 2011 p. 40.

⁸ FamComm/GEISER, art. 456 n. 5.

⁹ BSK ZGB I RUMO-JUNGO, art. 360 n. 14, 16; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, n. 378; SCHULER-BUCHE, op. cit, p. 9.

¹⁰ LEUBA, Mandat, p. 29; MEIER, Perte du discernement et planification du patrimoine – droit actuel et droit futur, in: La planification du patrimoine, n. 46; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, n. 375; BSK ZGB I RUMO-JUNGO, art. 360 n. 16.

outre, le mandataire pour cause d'incapacité a des pouvoirs de représentation opposables à tous¹¹. Toutefois, le mandat pour cause d'incapacité doit être qualifié d'acte entre vifs¹². Le nombre des parties ayant des intérêts dans le cadre de cette relation est différent, les éventuelles expectatives successorales des héritiers n'étant pas prises en considération dans le mandat pour cause d'incapacité¹³. De plus, le mandataire pour cause d'incapacité ne jouit pas de la même position indépendante que l'exécuteur testamentaire. En effet, il ne peut, en vertu de ses pouvoirs de représentation, faire un procès contre la personne qu'il représente et ne jouit pas plus de pouvoirs que n'en aurait le représenté sans la représentation. En outre, le mandat pour cause d'incapacité n'est pas irrévocable comme l'institution d'exécuteur testamentaire¹⁴.

Le mandat pour cause d'incapacité a des liens étroits avec le droit de protection de l'adulte. Il figure en tête de la partie du Code civil relative à la protection de l'adulte. Il est conçu pour offrir assistance et protection aux personnes souffrant d'un état de faiblesse et qui sont peu ou pas à même d'assumer seules leurs relations sociales, économiques et juridiques. Il a, ainsi, une fonction semblable aux mesures traditionnelles de protection (art. 388 al. 1 CC). En outre, le mandat une fois entré en force prive le mandant de ses facultés d'agir, à l'instar de l'instauration de certaines curatelles. Finalement, l'autorité de protection a un pouvoir d'intervenir d'office au moment de la constitution du mandat, de son exécution, lorsqu'il s'avère peu clair ou incomplet et lorsque les intérêts du mandat sont compromis ou risquent de l'être. Le mandat pour cause d'incapacité n'est, toutefois, pas à proprement parler une mesure de protection de l'adulte puisqu'il permet de régler de manière privée la prise en charge d'une personne, y compris sa représentation légale. Il se distingue, ainsi, d'un instrument typique du droit de protection de l'adulte. Le contrôle préventif de la validité du mandat exercé par l'autorité met, au surplus, en relief la nature hybride, entre droit privé et public, du mandat pour cause d'incapacité. S'il s'agissait d'un simple contrat de mandat au sens des articles 394ss CO, aucune autorité ne pourrait, à titre préalable, en vérifier la validité ou s'assurer que le mandataire a été adéquatement choisi¹⁵.

En conséquence, le mandat pour cause d'incapacité se situe entre une représentation conventionnelle et légale dans la mesure où il repose sur une

¹¹ SCHULER-BUCHE, p. 8, 11, 52.

¹² WOLF, RNR 2010 p. 92.

¹³ Message, FF 2006 6692; MEIER, RDT 1996 p. 109.

¹⁴ SCHULER-BUCHE, p. 8 et 9.

¹⁵ Message, FF 2006 6647; BRÜCKNER, BN 2011 p. 41; GUILLIOD, Droit des personnes, n. 325 et 328; LEUBA, Mandat, p. 29; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, n. 377.

base contractuelle, mais que, de par son contenu et ses effets, il correspond à une représentation légale¹⁶.

III. L'ÉLABORATION DU MANDAT ET SA PUBLICITÉ

A. L'objet du mandat

Aux termes de l'article 360 CC, le mandat pour cause d'incapacité peut porter sur l'assistance personnelle, la gestion du patrimoine ou la représentation dans les rapports juridiques avec les tiers. Ces trois cercles de tâches sont de nature différente et peuvent être attribuées alternativement ou cumulativement. Le mandat contient les tâches que le mandant veut confier au mandataire (art. 260 et 365 al. 1 CC). Lorsque le mandat pour cause d'incapacité comprend ces trois cercles de tâche, il se confond avec une curatelle de portée générale¹⁷.

L'assistance personnelle se rapporte à la situation personnelle et au ménage du mandant. Elle comprend les tâches de soutien et de collaboration pour les actes de la vie qui ne relèvent pas de la gestion du patrimoine et qui lui permettent de conserver un cadre de vie compatible avec son besoin de protection (lieu de vie, encadrement médical et de soins en général, choix éducatifs et professionnels, contacts sociaux, démarches auprès de services administratifs ou privés). Elle comprend aussi bien des actions de fait que des actes juridiques, lesquels impliquent une représentation du mandant, rendant par là même difficile la distinction avec les tâches de représentation¹⁸.

La gestion du patrimoine porte sur l'administration de la fortune et des revenus du mandant, y compris le droit d'en disposer dans la mesure nécessaire. La distinction entre gestion du patrimoine et la représentation inhérente est, également, difficile à faire¹⁹. Le pouvoir de représentation conféré au mandataire pour cause d'incapacité lui permet d'engager le

¹⁶ FamComm/GEISER, art. 365, n. 13.

¹⁷ Message, FF 2006 p. 6659-6660; FAVRE, Nouveau droit de protection de l'adulte – Le mandat pour cause d'incapacité, in: RNRF 2013 p. 147; FOUNTOLAKIS/GAIST, FamPra.ch 2012 p. 878; FamComm/GEISER, art. 360, n. 3; LEUBA/GIUDICE, Le mandat pour cause d'incapacité: état des lieux à quelques mois de l'entrée en vigueur du nouveau droit de protection de l'adulte, in: Le nouveau droit de la protection de l'adulte, p. 218, n. 12; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, n. 365, 366, 377; MOOSER, not@lex 2014, p. 106.

¹⁸ FamComm/MEIER, art. 391 n. 22; MOOSER, not@lex 2014, p. 109, n. 55; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, p. 378, n. 858.

¹⁹ FamComm/MEIER, art. 391 n. 25; MOOSER, not@lex 2014 p. 110, n. 58; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, p. 379, n. 860.