

# Le mandat pour cause d'inaptitude

Le nouveau droit de la protection de l'adulte (anciennement droit de la tutelle), entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2013, consacre aux articles 360 et suivants du Code civil (CC), dans le chapitre relatif aux mesures personnelles anticipées, le mandat pour cause d'inaptitude. Cette institution a pour objectif de limiter l'intervention de l'Etat, en permettant à une personne de décider par avance de la représentation de ses intérêts pour le cas où elle se trouverait incapable de discernement, et ainsi d'éviter dans la mesure du possible la mise en place d'une curatelle.

## L'objet du mandat

Le mandat pour cause d'inaptitude vise à assurer la représentation du mandant dans certains domaines, pour le cas où il serait empêché de s'en occuper lui-même en raison d'une incapacité de discernement.

Est incapable de discernement celui qui est privé de la faculté d'agir raisonnablement en raison de son jeune âge, de déficience mentale, de troubles psychiques, d'ivresse ou d'autres causes semblables (art. 16 CC). «Le discernement ainsi défini comporte deux éléments: un élément intellectuel, la capacité d'apprécier le sens, l'opportunité et les effets d'un acte déterminé, et un élément volontaire ou caractériel, la faculté d'agir en fonction de cette compréhension raisonnable, selon sa libre volonté (...). De plus, en droit suisse, la capacité de discernement est relative: elle ne doit pas être appréciée dans l'abstrait, mais concrètement, par rapport à un acte déterminé, en fonction de sa nature et de son importance (...), les facultés requises devant exister au moment de l'acte» (ATF 117 II 231).

L'art. 360 al. 1 CC énumère trois types d'actes sur lesquels peut porter le mandat: l'assistance personnelle, la gestion du patrimoine et la représentation dans les rapports juridiques avec les tiers. Le mandat peut porter sur ces trois aspects de manière cumulative (mandat global) ou uniquement sur certains d'entre eux; il peut aussi exclure expressément certains actes. A défaut de précision sur son étendue, on admettra que le mandat est global.

Qu'il soit global ou partiel, le mandat peut contenir des instructions sur la manière dont il doit être exécuté. S'agissant de l'assistance personnelle, on peut par exemple imaginer qu'il soit

donné instruction au mandataire de prendre des mesures permettant à la personne incapable de discernement de rester à domicile aussi longtemps que possible. En matière de gestion des affaires, le mandant propriétaire d'actions d'une société anonyme peut donner des directives sur l'exercice du droit de vote, par exemple sur le choix des personnes à élire au conseil d'administration (Kuhn et Jakob, p. 112).

## L'article 360 du Code civil

- 1 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.
- 2 Le mandant définit les tâches qu'il entend confier au mandataire et peut prévoir des instructions sur la façon de les exécuter.
- 3 Il peut prévoir des solutions de remplacement pour le cas où le mandataire déclinerait le mandat, ne serait pas apte à le remplir ou le résilierait.

## Le mandataire

Peuvent être désignées comme mandataires une ou plusieurs personnes physiques ou morales. Toutefois, si le mandat porte aussi sur la compétence de consentir ou de s'opposer à un traitement médical, le mandataire ne

pourra être qu'une personne physique, «en raison du caractère éminemment personnel du mandat, qui, matériellement, constitue des directives anticipées (art. 370, al. 2)» (Message du Conseil fédéral, FF 2005 6635, spéc. 6660), autre mesure personnelle anticipée introduite avec le nouveau droit de protection de l'adulte, qui ne sera pas traitée dans la présente contribution.

Les personnes physiques ne peuvent fonctionner comme mandataires qu'à la condition d'avoir l'exercice des droits civils, c'est-à-dire d'être majeures, de ne pas être l'objet d'une curatelle et d'avoir la capacité de discernement.

Si le mandant désigne plusieurs mandataires, sans préciser la répartition des attributions, ces derniers doivent exercer leurs tâches en commun, situation peu opportune, dès lors qu'elle empêche bien souvent la prise de décisions urgentes et qu'elle implique que les différents mandataires soient systématiquement d'accord entre eux. Il est donc vivement recommandé de délimiter de manière aussi précise que possible les tâches des uns et des autres. Mais même ainsi, on ne peut éviter le risque que plusieurs mandataires se jugent compétents pour un acte déterminé, ou, au contraire, que tous estiment qu'il n'est pas de leur ressort. Il n'est en effet pas toujours possible de tracer une limite claire entre ce qui relève des différents types d'actes visés à l'art. 360 al. 1 CC. En particulier, la conclusion d'un contrat pour le compte du mandant est un acte de représentation «dans les rapports juridiques» avec un tiers (le cocontractant), dont on pourrait aussi bien considérer, selon les circonstances, qu'il relève de l'assistance personnelle (engagement d'une infirmière à domicile) ou de la gestion de patrimoine (ouverture d'un compte en banque).

Il s'agit donc en premier lieu de juger de l'opportunité de désigner un seul ou plusieurs mandataires. Dans la première hypothèse, la personne choisie n'aura généralement pas, en cas de mandat global, des compétences propres dans tous les domaines, mais pourra s'adjoindre des auxiliaires. En revanche, elle ne sera pas habilitée à substituer ses pouvoirs et restera ainsi responsable de la bonne exécution du mandat. Dans la deuxième hypothèse, le mandant choisira les différents mandataires en fonction de leurs qualités respectives (par exemple, un proche pour l'assistance personnelle, une banque pour la gestion de fortune et un avocat pour la représentation dans les rapports juridiques avec les tiers), avec

les inconvénients que cela suppose quant à la délimitation des tâches.

Le mandant peut enfin prévoir des solutions de remplacement pour le cas où l'un ou l'autre des mandataires refuserait le mandat ou ne serait pas apte à l'assumer pour un autre motif. Il ne peut en revanche confier à des tiers le soin de choisir le mandataire (ou le mandataire de remplacement), qu'il doit lui-même désigner.

### La constitution et la révocation du mandat

Le mandat peut être constitué soit en la forme olographe, soit en la forme authentique (art. 361 al. 1 CC). Le respect de la forme olographe suppose que le document soit intégralement rédigé, daté et signé de la main du mandant (art. 361 al. 2 CC). Si le mandant choisit d'utiliser un modèle préétabli – ce qui n'est pas nécessairement une bonne chose, puisqu'un modèle ne peut tenir compte des besoins spécifiques de la personne concernée –, il doit le recopier entièrement et non seulement compléter les rubriques relatives à son identité et à celle du mandataire.

La forme authentique implique que l'acte soit établi par un officier public (soit généralement un notaire dans les cantons romands). Selon la doctrine majoritaire, la forme authentique visée à l'art. 361 CC est celle relevant de la législation cantonale (art. 55 du Titre final du CC) et non celle prévue par le droit fédéral pour les testaments publics, qui nécessite le concours de deux témoins (art. 499 CC).

A côté des exigences de forme, la validité du mandat suppose que le mandant ait l'exercice des droits civils au moment de la rédaction de l'acte. Afin de limiter le risque que la capacité de discernement du mandant au moment de la constitution du mandat ne soit mise en cause, plusieurs auteurs préconisent que l'acte soit rédigé en présence d'un médecin ou qu'une attestation médicale soit établie, portant spécifiquement sur la capacité à apprécier la portée et les conséquences du mandat.

Le risque de contestation sur ce point est moins élevé lorsque le mandat est rédigé en la forme authentique, dès lors que l'officier public se sera assuré de la capacité de discernement du mandant avant l'instrumentalisation de l'acte.

Enfin, un mandat pour cause d'inaptitude ne peut par définition déployer d'effets si personne n'en connaît l'existence. L'art. 361 al. 3 CC offre ainsi la possibilité au mandant de «demander à l'office d'état civil d'inscrire la constitution et le

lieu de dépôt du mandat dans la banque de données centrale» (voir l'encadré ci-dessous). L'inscription ne porte en revanche pas sur son contenu.

A la condition d'être capable de discernement (mais pas nécessairement d'avoir le plein exercice des droits civils), le mandant peut révoquer le mandat en tout temps. A moins que la révocation intervienne par destruction de l'acte original, elle doit être opérée dans l'une des formes prévues pour sa constitution, mais pas forcément la même. Ainsi, un mandat authentique peut être révoqué en la forme olographe et inversement (art. 362 CC).

Si, sans révoquer expressément le mandat pour cause d'inaptitude, le mandant en établit un autre, celui-ci remplace le précédent «dans la mesure où il n'en constitue pas indubitablement le complément» (art. 362 al. 3 CC). Si le mandant n'entend procéder qu'à un complément, il a intérêt à l'indiquer de manière explicite.

#### **L'enregistrement du mandat dans le canton de Vaud**

Le mandant qui souhaite faire enregistrer la constitution et le lieu de dépôt du mandat au registre d'état civil (Infostar) peut s'adresser au Centre administratif de l'état civil à Moudon, par téléphone au 021 557 07 07. Un courrier contenant les explications nécessaires et la liste des documents à produire lui sera envoyé à son adresse officielle. Le mandant les expédiera ensuite à l'office d'état civil de son choix, lequel le convoquera pour procéder à l'inscription du mandat pour cause d'inaptitude. Un émolument de 75 francs sera perçu.

#### **La mise en œuvre du mandat**

Tant que le mandant conserve sa capacité de discernement, le mandat ne déploie pas d'effets, mais est soumis à une condition suspensive. Lorsque l'autorité de protection de l'adulte (anciennement autorité tutélaire) «apprend qu'une personne est devenue incapable de discernement et qu'elle ignore si celle-ci a constitué un mandat pour cause d'inaptitude, elle s'informe auprès de l'office d'état civil» (art. 363 al. 1 CC). Une fois qu'elle a connaissance de l'existence d'un tel mandat (soit par l'état civil, soit

par un proche ou le mandataire), elle vérifie qu'il a été valablement constitué, c'est-à-dire que le mandant avait l'exercice des droits civils au moment de la rédaction de l'acte et que les exigences de formes sont respectées. Elle s'assure par ailleurs que le mandant a effectivement perdu la capacité de discernement pour tous les points contenus dans le mandat. Si l'incapacité de discernement ne concerne que certains aspects (par exemple la gestion des affaires, mais non les soins personnels), le mandat n'entrera en force que pour ceux-ci. L'autorité doit ensuite vérifier que le mandataire est apte à remplir sa fonction, s'il l'accepte, ce dont il n'est pas tenu. Elle examine enfin la nécessité éventuelle de prendre d'autres mesures de protection de l'adulte, par exemple l'institution d'une curatelle pour des aspects non couverts par le mandat. Le mandataire peut être désigné par l'autorité pour fonctionner aussi comme curateur. Si le mandataire accepte le mandat, l'autorité de protection de l'adulte le rend attentif aux devoirs découlant des règles du Code des obligations (CO) sur le mandat et lui remet un document qui fait état de ses compétences (art. 363 al. 3 CC). En vertu de l'art. 364 CC, le mandataire peut demander à l'autorité de protection de l'adulte d'interpréter le mandat et de le compléter sur des points accessoires. Selon la doctrine, des tiers justifiant d'un intérêt peuvent aussi demander une interprétation, tout comme l'autorité peut y procéder de son propre chef. Elle doit alors chercher à établir la réelle volonté du mandant.

S'agissant d'un éventuel complément, la doctrine renvoie généralement à l'art. 2 al. 2 CO (compétence du juge de régler les points «secondaires» d'un contrat en l'absence d'accord) et à la jurisprudence y relative pour ce qui concerne la notion de points accessoires. Certains auteurs estiment toutefois qu'un «élargissement de peu d'importance de l'étendue du mandat pour cause d'inaptitude est possible, même si cette extension mineure ne peut plus être considérée comme un point secondaire au sens de l'art. 2 CO» (Geiser p. 149), de sorte qu'il n'est pas aisé d'appréhender cette notion. En tout état de cause, un complément ne peut être opéré qu'avec l'accord du mandataire s'il engendre des obligations supplémentaires pour ce dernier.

Si le mandat ne contient pas de disposition quant à la rémunération du mandataire, l'autorité peut fixer une «indemnité appropriée si cela

apparaît justifié au regard de l'ampleur des tâches à accomplir ou si les prestations du mandataire font habituellement l'objet d'une rémunération». Cette possibilité ne relève pas du pouvoir de l'autorité de compléter le mandat sur des points accessoires, mais est expressément prévue à l'art. 366 al. 1 CC. Le mandataire a dans tous les cas le droit au remboursement des frais justifiés (art. 366 al. 2 CC), qui sont, comme la rémunération, à la charge du mandant.

### L'intervention de l'autorité

En principe, le mandataire n'accomplit pas ses tâches sous la surveillance de l'autorité de protection de l'adulte. Toutefois, si les intérêts du mandant sont compromis ou risquent de l'être, cette dernière «prend les mesures nécessaires d'office ou sur requête d'un proche du mandant. Elle peut notamment donner des instructions au mandataire, lui ordonner d'établir périodiquement des comptes et des rapports ou lui retirer ses pouvoirs en tout ou partie» (art. 368 CC). La doctrine n'est pas unanime sur la question de savoir si l'autorité peut subordonner la validité de certains actes à son approbation. En outre, selon certains auteurs, l'art. 368 CC offre à l'autorité la faculté d'intervenir, mais sans lui en faire obligation, ce qui ne semble toutefois pas correspondre à la lettre de la loi (Fountoulakis et Gaïst, p. 880).

L'intervention de l'autorité n'est pas subordonnée à une faute du mandataire. Un changement de circonstances peut faire apparaître le mandat comme insuffisant et commander d'autres mesures. «Il peut ainsi devenir nécessaire d'ordonner un placement à des fins d'assistance ou de retirer provisoirement l'exercice des droits civils lorsqu'il est à craindre que la personne concernée recouvre rapidement la capacité civile active sans être à même de gérer elle-même ses affaires» (Geiser, p. 175).

### La fin du mandat

Aussi longtemps que la personne concernée est incapable de discernement, elle ne peut par définition plus révoquer le mandat. Celui-ci peut cependant prendre fin pour d'autres motifs. Ainsi, en présence d'un conflit d'intérêts, les pouvoirs du mandataire cessent de plein droit – c'est-à-dire sans qu'il faille pour cela l'intervention de l'autorité (art. 365 al. 3 CC). L'existence d'un conflit d'intérêts doit s'examiner de manière abstraite et non concrète, et elle doit être admise lorsque le représentant a des inté-

rêts propres dans l'affaire, indépendamment du fait qu'ils soient, dans la situation concrète, en contradiction avec ceux du mandant. Il peut toutefois en aller différemment si la personne concernée a sciemment et intentionnellement désigné le mandataire en toute connaissance de cause. «Il est en particulier possible, lors de la désignation d'un proche, qu'il soit d'emblée avéré que celui-ci a des intérêts propres dans les affaires pour lesquelles il a été désigné. En vertu du principe de la liberté contractuelle, le pouvoir de représentation doit dans ce cas subsister aussi longtemps que seul un conflit d'intérêts abstrait, et non pas concret, existe et qu'il est établi que celui-ci a été sciemment pris en compte par la personne concernée» (Geiser, pp. 158 s.).

A côté de cela, outre l'hypothèse du retrait des pouvoirs du représentant par l'autorité, envisagée à l'art. 368 CC, le mandat peut prendre fin en raison de sa résiliation par le mandataire. En vertu de l'art. 367 CC, ce dernier peut résilier le mandat en tout temps, en informant l'autorité de protection de l'adulte par écrit, et moyennant le respect d'un délai de deux mois nets. En présence de justes motifs, il peut résilier le mandat avec effet immédiat. Les justes motifs peuvent notamment tenir dans le comportement du mandant (débordements tels que le mandataire ne peut objectivement plus accomplir fidèlement ses tâches), dans celui de l'entourage ou encore dans des circonstances imprévues concernant le mandataire lui-même, telles qu'un départ subit à l'étranger pour des raisons professionnelles (Geiser, p. 171). L'autorité n'ayant pas le pouvoir de désigner un autre mandataire, elle devra alors prendre une mesure de «protection de l'adulte», soit en principe instituer une curatelle.

Enfin, le mandat cesse de produire ses effets de plein droit sitôt que le mandant recouvre la capacité de discernement. Toutefois, «si les intérêts du mandant sont de ce fait compromis, le mandataire est tenu de continuer à remplir les tâches qui lui ont été confiées jusqu'à ce que le mandant puisse défendre ses intérêts lui-même» (art. 369 al. 1 et 2 CC). Si, par la suite, la personne concernée se trouve à nouveau privée de la capacité de discernement, sans avoir révoqué le mandat, celui-ci produit à nouveau ses effets.

Sophie Paschoud