



Chapitre de livre

2007

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

---

## Le mandat pour cause d'inaptitude dans le projet de révision du code civil

---

Leuba, Audrey

### How to cite

LEUBA, Audrey. Le mandat pour cause d'inaptitude dans le projet de révision du code civil. In: Protection de la personne par le droit : Journée de droit civil 2006 en l'honneur du Professeur Martin Stettler. Baddeley, Margareta (Ed.). Genève. Genève : Schulthess, 2007. p. 27–46. (Collection genevoise)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:12711>

---

# Le mandat pour cause d'incapacité dans le projet de révision du code civil

AUDREY LEUBA

*Professeure à l'Université de Genève*

## A. Introduction

La révision du droit de la tutelle fut envisagée, il y a plus de 45 ans déjà, à la suite d'une interpellation au Conseil national. Après quelques premiers travaux, elle a véritablement pris son élan en 1993 avec les travaux d'un groupe de trois experts nommés par l'Office fédéral de la Justice: Bernhard Schnyder, Christoph Häfeli et Martin Stettler. Ils déposèrent tout d'abord un rapport comprenant des principes directeurs pour la révision, puis élaborèrent un premier avant-projet, livré en 1998. C'est sur cette base qu'une commission d'experts composée de manière interdisciplinaire a travaillé dès 1999 et a pu proposer en automne 2002 un avant-projet, accompagné d'un rapport explicatif. Soumis à une large procédure de consultation en 2003, cet avant-projet fut globalement bien accueilli, de sorte que le Conseil fédéral décida, le 28 juin 2006, de soumettre aux Chambres fédérales un projet accompagné d'un message.

Le projet innove en proposant d'insérer dans le code civil un titre qui n'a pas d'équivalent dans le droit actuel, le titre dixième consacré aux « mesures personnelles anticipées »<sup>1</sup>. Celui-ci incorpore plusieurs instruments qui permettent, d'une part, de renforcer la protection de la personne incapable de discernement, d'autre part, de lui offrir le moyen de prendre de manière anticipée – c'est-à-dire alors qu'elle est encore capable de discernement – des décisions relatives à sa prise en charge future (notamment par l'attribution de tâches à une ou plusieurs personnes de confiance et l'adoption d'instructions pour l'exécution du mandat).

La présente contribution n'a pas pour but de présenter chacun des moyens juridiques de protection et/ou d'autodétermination insérés dans le titre dixième, la démarche serait bien trop ambitieuse. L'idée est de s'attarder sur un des instruments les plus novateurs de ce titre dixième: le mandat

---

<sup>1</sup> A la différence des textes italien (*Delle misure precauzionali personali e delle misure applicabili per legge*) et français, le texte allemand du titre dixième (*Die eigene Vorsorge und Massnahmen von Gesetzes wegen*) n'utilise le terme « mesures » que pour les dispositions insérant une protection découlant directement de la loi.

pour cause d'inaptitude. Nous commencerons par en décrire les contours, puis nous nous attarderons sur trois aspects en particulier : tout d'abord l'incapacité de discernement comme cause du mandat pour cause d'inaptitude, puis la forme olographe et enfin l'étendue des tâches que le mandant peut confier au mandataire.

## **B. Le mandat pour cause d'inaptitude dans les grandes lignes**

### **1. Notion**

Le mandat pour cause d'inaptitude permet au mandant ayant l'exercice des droits civils de charger une ou plusieurs personnes de lui fournir une assistance personnelle, de gérer son patrimoine ou de le représenter dans les rapports juridiques avec les tiers au cas où il deviendrait incapable de discernement (art. 360 P).

Selon le projet, le mandataire pourra être une personne physique ou une personne morale<sup>2</sup>. Il sera dès lors possible de confier le mandat à une association ou une fondation qui a pour but d'apporter aide et soutien aux personnes âgées<sup>3</sup>, par exemple Pro Senectute, ou encore à une banque ou une société fiduciaire<sup>4</sup>. Confier le mandat à une personne morale donnera l'assurance du caractère durable du mandat ; la personne morale désignée comme mandataire pourra en effet choisir, parmi ses employés, celui qui sera chargé de l'exécution du mandat et, cas échéant, lui en substituer un autre.

S'il préfère confier le mandat à une personne physique, le mandant pourra s'assurer de la continuité du mandat en désignant une ou plusieurs personnes de remplacement pour le cas notamment où le mandataire ne serait plus apte à remplir le mandat ou le résilierait (art. 360 al. 3 P).

### **2. Nature juridique**

Le mandat pour cause d'inaptitude existe également dans d'autres ordres juridiques, comme par exemple au Québec, aux Etats-Unis ou en Allemagne ; la

---

<sup>2</sup> Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), FF 2006 6635 ss (ci-après Message), p. 6659. Si le mandat porte sur des décisions médicales, le mandataire sera dans ce cas exclusivement une personne physique en raison du caractère éminemment personnel desdites décisions (Message, p. 6660).

<sup>3</sup> Message, p. 6659.

<sup>4</sup> Il n'est d'ailleurs pas exclu que ce type d'activités prenne de l'importance et que des entités juridiques se spécialisent en la matière.

France l'introduira en janvier 2009. Sa nature juridique diffère toutefois selon les législations.

La nature juridique du mandat d'incapacité proposé par le projet n'est pas claire. L'instrument présente en effet à certains égards les caractéristiques du mandat; ainsi, tant les droits et devoirs du mandataire d'incapacité dans l'exécution de ses tâches (art. 365 al. 1 P) que la responsabilité de ce dernier (art. 365 al. 1 P) seront soumis aux règles du code des obligations sur le mandat. L'instrument a par ailleurs de très nombreuses similitudes avec la désignation d'un exécuteur testamentaire<sup>5</sup>; on notera par exemple le caractère unilatéral de la désignation du mandataire, la liberté de ce dernier d'accepter ou de refuser le mandat, ou encore le fait que l'autorité exerce un contrôle d'office<sup>6</sup> ou sur requête<sup>7</sup>.

Le mandat d'incapacité proposé a en outre des liens étroits avec le droit de la protection de l'adulte. Comme sa place dans le code en témoigne, il est conçu pour jouer un rôle de protection de l'adulte; sa fonction est en fait très semblable à celle des mesures traditionnelles de protection de l'adulte. Les liens étroits avec le droit de la protection de l'adulte sont encore renforcés par les compétences que le projet réserve à l'autorité, tant au moment de la constitution du mandat, que par la suite lorsque le mandat s'avère peu clair ou incomplet, ou encore lorsque les intérêts du mandant sont compromis ou risquent de l'être.

Comme on le voit, le mandat d'incapacité est proche de différentes institutions de notre ordre juridique, ce qui en rend la qualification juridique délicate. Les liens particulièrement étroits avec la protection de l'adulte conduisent toutefois, à notre avis, à y voir un instrument – atypique – de protection de l'adulte.

### 3. Forme

La constitution d'un mandat pour cause d'incapacité est soumise à des conditions quant à la forme. Le projet prévoit la forme olographe – comme pour

---

<sup>5</sup> A propos du fait que le contrôle exercé par l'autorité sur l'exécution testamentaire n'en change pas la nature d'institution de droit privé, cf. MARTIN KARRER, Commentaire bâlois, Bâle / Genève / Munich 2003, art. 518 ZGB, N 2.

<sup>6</sup> A noter que pour l'exécution testamentaire le pouvoir de l'autorité d'intervenir d'office est contesté par une partie de la doctrine; à ce propos, cf. KARRER, art. 518 ZGB, N 98.

<sup>7</sup> Dans le même sens, OLIVIER GUILLOD / NOÉMIE HELLE, Mandat d'incapacité, directives anticipées et représentation de la personne incapable: porte ouverte à la confusion? RDS 2003 I, p. 307-308.

le testament – ou celle authentique<sup>8</sup> (art. 361 al. 1 P). Constitué en la forme olographe, le mandat devra donc être écrit en entier, daté et signé de la main du mandant (art. 361 al. 2 P). Soumis à la forme authentique, il devra par contre être reçu par un notaire, un fonctionnaire ou toute autre personne ayant qualité à cet effet en vertu du droit cantonal<sup>9</sup>. La forme du testament oral n'a pas été retenue car elle ne présente guère d'utilité<sup>10</sup>.

Le choix de l'une ou l'autre forme sera laissé à l'appréciation du mandant. La forme authentique a l'avantage de faire intervenir un professionnel qui pourra, cas échéant, s'assurer que le mandant a une bonne connaissance du contenu de l'acte et de ses effets; mais elle est plus onéreuse. Elle devrait toutefois avoir la préférence du mandant chaque fois qu'il apparaît nécessaire de bien connaître l'étendue et les conséquences des pouvoirs conférés (par exemple: patrimoine important ou comprenant des biens immobiliers, mandat portant sur des actes ayant des conséquences juridiques ou économiques importantes<sup>11</sup>).

Le projet prévoit que, sur requête du mandant adressée à l'office de l'état civil, la constitution et le lieu de dépôt du mandat pourront faire l'objet d'une inscription dans la banque de données centrale Infostar de la Confédération (art. 361 al. 3 P). Cette démarche donnera au mandant l'assurance que le moment venu l'autorité, informée<sup>12</sup> de la survenance de l'état d'incapacité de discernement, aura connaissance de l'existence du mandat; cette autorité est en effet tenue de prendre des informations à ce propos auprès de l'office de l'état civil (art. 363 al. 1 P).

Le projet renonce à prévoir le dépôt du mandat lui-même; ce sera donc au mandant de prendre les mesures nécessaires à la conservation du document.

---

<sup>8</sup> A noter que contrairement à ce que laisse entendre le message (Message, p. 6660), le projet soumet le mandat à la forme authentique et non à celle du testament public qui, outre l'intervention d'un officier public, requiert également celle de deux témoins (cf. art. 499 ss CC).

<sup>9</sup> Art. 55 Titre final CC.

<sup>10</sup> Message, p. 6660.

<sup>11</sup> A ce propos, cf. ci-dessous C. 3 b).

<sup>12</sup> L'autorité sera en règle générale avisée par un proche qui, parfois, sera le mandataire pour cause d'incapacité. Elle pourra l'être également par la personne en charge d'un mandat ordinaire qui, selon le projet, aura désormais en vertu de la loi le devoir d'informer l'autorité de la survenance de l'état d'incapacité de discernement, pour autant que la démarche apparaisse appropriée au regard de la sauvegarde des intérêts de la personne concernée (art. 397a P de modification du CO). Par ailleurs toute personne qui dans l'exercice de sa fonction a connaissance d'une personne qui semble avoir besoin d'aide sera tenue d'en informer l'autorité (art. 443 al. 2 P). Le projet laisse en outre les cantons libres d'imposer une obligation d'aviser à d'autres personnes encore (art. 443 al. 2, 2<sup>e</sup> phrase P). Cf. également ci-dessous note 30.

#### 4. Constatation de validité et acceptation

Avant de pouvoir déployer des effets juridiques, le mandat pour cause d'incapacité sera soumis à un examen de l'autorité. Cette dernière devra vérifier si le mandat a été valablement constitué et si les conditions de mise en œuvre sont bien réunies. L'autorité s'assurera notamment que le mandant est bien incapable de discernement, que les règles de forme pour la constitution du mandat ont été respectées et que l'objet du mandat n'est pas illicite, impossible ou contraire aux mœurs. L'autorité vérifiera également l'aptitude du mandataire. Elle ne s'écartera toutefois de la volonté du mandant que « s'il est évident que la personne désignée n'est pas apte à remplir le mandat »<sup>13</sup>.

L'autorité examinera enfin si elle doit prendre d'autres mesures. A notre avis, l'examen ne devrait pas se limiter aux éventuels besoins de protection dans les domaines qui ne sont pas couverts par le mandat ; l'autorité devra également examiner s'il est nécessaire d'ordonner au mandataire de remettre un inventaire et de présenter régulièrement des comptes et des rapports (art. 368 P par analogie)<sup>14</sup>.

Une fois cet examen effectué, l'autorité de protection de l'adulte constatera que le mandat peut déployer des effets juridiques<sup>15</sup> et communiquera l'existence de ce dernier à l'office de l'état civil (art. 449c P)<sup>16</sup>. Si le mandataire accepte le mandat, l'autorité le rendra ensuite attentif aux obligations qui sont les siennes et lui remettra un document faisant état de ses compétences. Ce document est important ; il atteste du fait que l'examen prévu par la loi – validité du mandat, réalisation des conditions de mise en œuvre et aptitude du mandataire – est bien intervenu. Il s'agit d'un document officiel de légitimation qui, envers les tiers, aura valeur de preuve de la qualité de représentant de l'incapable de discernement.

---

<sup>13</sup> Message, p. 6661. Concernant l'aptitude du mandataire, il n'y a en principe pas de raison d'être moins exigeant que pour un tuteur, respectivement un curateur selon le projet (à propos de l'aptitude nécessaire pour le tuteur, cf. CHRISTOPH HÄFELI, Commentaire bâlois, Bâle/Genève/Munich 2006, art. 379 ZGB, N 11 ss). La désignation du mandataire repose toutefois sur la volonté du mandant, il s'agit d'un facteur important dont l'autorité devra tenir compte dans le cadre de son examen ; elle n'écartera le mandataire que sur la base de motifs importants.

<sup>14</sup> Notamment si l'on ne peut exclure que la relation étroite entre le mandataire et le mandant comporte un risque d'abus ; à comparer avec l'art. 420 P relatif à la curatelle confiée à des proches, cf. Message, p. 6693.

<sup>15</sup> Message, p. 6661-6662.

<sup>16</sup> Cela permettra à l'autorité qui tient le registre des électeurs d'en avoir connaissance. Les personnes protégées en raison d'une incapacité durable de discernement par un mandat pour cause d'incapacité seront en effet exclues du droit de vote sur le plan fédéral (art. 2 P de la LF sur les droits politiques et art. 4 P de la LF sur les droits politiques des Suisses de l'étranger) (Message, p. 6714-6715).

On peut se demander si le document délivré au mandataire sera toujours accepté par les tiers. La question se pose dans les relations juridiques avec les banques qui connaissent des formulaires très précis et détaillés pour la désignation d'un représentant en matière bancaire et pourraient, selon les circonstances, considérer que la formulation adoptée dans le mandat pour cause d'inaptitude est trop générale. Délivré par l'autorité de protection de l'adulte, le document présentera toutefois un caractère officiel qui devrait éviter qu'il soit refusé. De plus, l'autorité de protection de l'adulte disposera du pouvoir d'interpréter et de compléter le mandat, ce qui, cas échéant, lui permettra, sur demande et au regard des opérations bancaires à effectuer, d'apporter les clarifications nécessaires. Il serait quoiqu'il en soit utile que les institutions bancaires se mettent d'accord sur une formulation standard commune qui pourrait être reprise dans le mandat.

## 5. Objet

Le mandant définira l'étendue exacte des pouvoirs qu'il confère au mandataire<sup>17</sup>. Il pourra confier à ce dernier une ou plusieurs tâches, relevant de la gestion ordinaire du patrimoine, la représentation dans les rapports juridiques avec les tiers ou l'assistance personnelle. Il pourra même lui octroyer un pouvoir général, correspondant à celui d'un curateur de portée générale<sup>18</sup>.

Les tâches prévues dans le mandat devront rester dans les limites de l'ordre juridique. Elles ne pourront être ni impossibles, ni illicites ou contraires aux mœurs. Ainsi le mandant ne pourra pas confier au mandataire la tâche de frauder le fisc; il est également exclu qu'il lui demande de l'aider à mourir grâce à un acte d'euthanasie active. Les tâches prévues dans le mandat ne pourront pas non plus avoir pour objet les droits – peu nombreux – qui ne sont pas sujets à représentation: disposer pour cause de mort, effectuer une reconnaissance en paternité, introduire une action en divorce ou exercer les droits politiques du mandant sont des actes que le mandataire ne pourra effectuer au nom du mandant.

Le mandant peut – mais ne doit pas – donner au mandataire des instructions sur la manière d'exécuter les tâches<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Art. 365 P.

<sup>18</sup> Message, p. 6659.

<sup>19</sup> Message, p. 6660.

## 6. Pouvoir d'interprétation et/ou de complètemen

Si le mandat s'avère peu clair ou incomplet, le mandataire interpellera l'autorité. Celle-ci disposera du pouvoir d'interpréter le mandat et/ou de le compléter sur des points accessoires (art. 364 P).

## 7. Exécution

Le mandataire d'incapacité s'acquittera de ses tâches avec la diligence d'un mandataire ordinaire (art. 365 P)<sup>20</sup>. Il n'acceptera le mandat que s'il est en mesure de l'exécuter correctement, notamment s'il a les connaissances adaptées aux tâches qui lui sont confiées et la disponibilité pour le faire. Chargé de tâches d'assistance personnelle, il s'emploiera à prévenir une détérioration de l'état de faiblesse du mandant ou à en atténuer les effets (art. 406 al. 2 P par analogie).

En matière de gestion du patrimoine, il dressera un inventaire des biens sur lesquels portent ses pouvoirs. Sauf disposition contraire, il s'abstiendra d'aliéner les biens qui ont une valeur particulière pour le mandant ou sa famille (art. 412 P par analogie). Son devoir de rendre compte de sa gestion et de restituer<sup>21</sup> lui imposera entre outre de pouvoir fournir en tout temps toute information relative à l'exécution du mandat; il devra être en mesure de remettre une attestation ou un justificatif pour les opérations effectuées, ainsi que des décomptes détaillés avec pièces justificatives. En cas de conflit d'intérêts<sup>22</sup>, ou s'il constate qu'il convient de régler des affaires qui ne lui ont pas été confiées, le mandataire sollicitera immédiatement l'intervention de l'autorité de protection de l'adulte (art. 365 al. 2 P)<sup>23</sup>.

On peut se demander si le mandataire pourra procéder à une substitution de pouvoirs. Selon les règles du droit des obligations, la substitution est possible dans les cas prévus par la loi, c'est-à-dire si le mandataire y est autorisé par le mandant, lorsque les circonstances le demandent ou si l'usage le permet (art. 398 al. 3 CO)<sup>24</sup>. Mais le mandat pour cause d'incapacité repose tout particulièrement sur la confiance que le mandant éprouve envers le mandataire, notamment en raison du fait qu'il est privé de la possibilité de surveiller lui-même l'exécution du mandat. A notre avis, cela justifie que, tout comme en matière d'exécution testamentaire, la désignation d'un mandataire

---

<sup>20</sup> PIERRE TERCIER, *Les contrats spéciaux*, 3<sup>e</sup> édition, Zurich / Bâle / Genève 2003, N 4665.

<sup>21</sup> Art. 400 CO. Message, p. 6662.

<sup>22</sup> Les pouvoirs du mandataire prennent alors fin de plein droit (art. 365 al. 3 P).

<sup>23</sup> Message, p. 6662.

<sup>24</sup> A propos de la substitution, cf. FRANZ WERRO, Commentaire romand, Bâle / Genève / Munich 2003, art. 398 CO, N 8-11; TERCIER, N 4648 ss.

pour cause d'inaptitude soit considérée dans notre ordre juridique comme un droit strictement personnel que le mandant exerce lui-même et qu'il ne peut déléguer<sup>25</sup>. Cette position se trouve confirmée par le fait que, selon le Message, le mandant doit désigner nommément le mandataire<sup>26</sup>, et donc également son remplaçant, ce qu'il ne pourrait faire s'il autorisait le mandataire à désigner un substitut. De plus, le devoir de l'autorité de vérifier l'aptitude du mandataire, de lui rappeler ses devoirs et de lui remettre un document officiel attestant de ses pouvoirs fait aussi obstacle à ce que la désignation du remplaçant puisse être laissée au seul mandataire. Ce dernier, s'il ne peut ou ne veut plus exécuter le mandat, devra le résilier ; le mandat sera alors transféré au mandataire de remplacement, dont l'autorité vérifiera les aptitudes et auquel elle remettra un document attestant de ses compétences. A défaut de mandataire de remplacement, l'autorité instituera une curatelle.

Le mandataire pourra en tous les cas avoir recours à l'aide d'auxiliaires, notamment pour les affaires courantes (secrétaire, comptable, etc.) ou pour celles exigeant des compétences spécialisées (avocat, gérant de fortune, architecte, etc.).

## 8. Rémunération du mandataire

L'activité du mandataire ne sera pas nécessairement rémunérée<sup>27</sup>. Le mandant décidera librement tant du principe que du montant de la rémunération<sup>28</sup>.

Lorsque le mandat ne contient aucune disposition à ce propos, l'autorité fixera une indemnisation appropriée si cela paraît justifié au regard de l'ampleur de la tâche à accomplir ou s'il s'agit d'une activité faisant habituellement l'objet d'une rémunération (art. 366 al. 1 P). Celle-ci sera prélevée sur les biens du mandant, tout comme d'ailleurs les frais encourus dans l'exécution du mandat (art. 366 al. 2 P).

Le mandataire pourra faire dépendre son acceptation de la manière dont la rémunération sera fixée par l'autorité<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> A titre de comparaison, la désignation de l'exécuteur testamentaire est considérée comme un droit strictement personnel, non susceptible de représentation, de sorte que l'exécuteur testamentaire ne peut transférer la fonction en tant que telle. L'exécuteur ne devant pas être nommément désigné, mais seulement déterminable, la doctrine considère toutefois que l'exécution concrète peut être transférée à un tiers par substitution (KARRER, art. 518, N 15).

<sup>26</sup> Message, p. 6660.

<sup>27</sup> A noter que selon le texte que le législateur français vient d'adopter le mandat de protection future est exercé à titre gratuit, sauf stipulation contraire (art. 419 al. 5 CCfr. in Loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs).

<sup>28</sup> Message, p. 6662.

<sup>29</sup> Message, p. 6662. A propos de l'AP 2003, cf. PHILIPPE MEIER, L'avant-projet de révision du droit de la tutelle – Présentation générale, RDT 2003, p. 213.

## 9. Intervention de l'autorité

Le mandant ne peut exercer de surveillance sur les activités du mandataire. C'est là une des particularités du mandat pour cause d'incapacité.

Afin d'en tenir compte le projet prévoit que, si les intérêts du mandant sont compromis ou risquent de l'être, l'autorité prendra les mesures nécessaires d'office ou sur requête d'un proche du mandant (art. 368 al. 1 P)<sup>30</sup>. L'autorité aura par exemple le pouvoir de donner des instructions au mandataire, de lui ordonner d'établir un inventaire des biens ou de présenter périodiquement des comptes et des rapports. Si cela s'avère nécessaire, elle pourra lui retirer ses pouvoirs, en tout ou en partie (art. 368 al. 2 P)<sup>31</sup>.

De son côté, le mandant pourra insérer dans le mandat l'obligation pour le mandataire de rendre des comptes à un tiers – ce dernier pouvant, selon les cas, être titulaire d'un mandat de surveillance<sup>32</sup>. Au cas où le mandataire ne s'exécuterait pas, le tiers pourra – ou devra s'il a accepté un mandat de surveillance – en informer l'autorité de protection de l'adulte. Si les intérêts du mandant sont ou risquent d'être compromis, cette dernière prendra les mesures qui s'imposent; elle pourra notamment enjoindre le mandataire de rendre des comptes et, en cas de non respect, lui retirer ses pouvoirs.

## 10. Extinction

Le projet ne règle pas exhaustivement les causes d'extinction du mandat; outre le retrait des pouvoirs du mandataire par l'autorité, déjà évoqué, le projet envisage deux autres cas:

---

<sup>30</sup> Encore faut-il qu'elle soit informée de la situation. Lorsque le mandant est entouré d'un réseau informel, ce seront souvent les proches qui aviseront l'autorité. Mais celle-ci pourrait également être informée par les personnes qui ont eu connaissance de la situation dans l'exercice de leur fonction officielle (art. 443 al. 2 P) (Message, p. 6708). L'expression « dans l'exercice de sa fonction » doit être comprise dans un sens large; selon le Message, « elle recouvre l'activité de toute personne qui exerce des compétences de droit public, même si elle n'occupe pas une fonction de fonctionnaire ou d'employée dans une collectivité publique ». Les cantons peuvent étendre cette obligation d'aviser à d'autres personnes encore (art. 443 al. 2, 2<sup>e</sup> phrase P). Par contre, les personnes tenues au secret professionnel en vertu des normes du droit pénal, devront demander à être déliées de leur secret (l'art. 443 al. 1 P réserve expressément les dispositions sur le secret professionnel).

<sup>31</sup> Cas échéant, elle apportera les modifications nécessaires au document attestant des pouvoirs du mandataire, respectivement invitera ce dernier à le lui restituer.

<sup>32</sup> Dans un tel cas, le mandat pour cause d'incapacité contiendrait des pouvoirs distincts pour chacun des deux mandataires; l'autorité devrait alors procéder aux vérifications de l'art. 363 P – notamment l'aptitude de l'intéressé – pour chacun d'eux. A noter que le mandant ne peut confier à l'autorité un devoir de surveillance qui irait au-delà de celui découlant de l'art. 368 P.

- 1) La résiliation du mandat par le mandataire: le mandataire pourra résilier le mandat en tout temps, moyennant le respect d'un délai de deux mois (art. 367 P) ou, en cas de justes motifs, avec effet immédiat; le mandataire sera alors tenu d'en informer par écrit l'autorité de protection de l'adulte (art. 367 al. 1 P).
- 2) L'extinction de plein droit en cas de rétablissement de la capacité de discernement: le mandat cessera alors de produire des effets juridiques (art. 369 al. 1 P). Mais si les intérêts du mandant sont de ce fait compromis, le mandataire restera tenu de remplir ses tâches jusqu'à ce que le mandant puisse défendre lui-même ses intérêts (art. 369 al. 2 P). Par ailleurs, tant que le mandataire n'aura pas connaissance de l'extinction de son mandat, le mandant restera tenu comme si le mandat produisait encore ses effets (art. 369 al. 3 P).

Le projet ne dit rien à propos du cas où le mandataire viendrait à mourir ou à perdre la capacité civile active. En l'absence de règles spéciales dans ce chapitre, on appliquera l'article 405 al. 1 CO par analogie: le mandat prendra fin en cas de décès – il n'est en effet pas transmissible à cause de mort – ou d'incapacité civile du mandataire, sauf si le mandant a désigné un mandataire de remplacement<sup>33</sup>.

## C. Quelques points en particulier

### 1. L'incapacité de discernement comme cause du mandat

Le mandat pour cause d'inaptitude doit répondre au besoin de protection du mandant devenu incapable de discernement. Le projet lie donc les effets du mandat à l'état d'incapacité de discernement du mandant. Le mandat ne pourra prendre effet qu'une fois qu'il a été constaté par l'autorité que le mandant est désormais durablement incapable de discernement<sup>34</sup> et, sous réserve des opérations que le mandataire aurait effectuées avant d'avoir connaissance de l'extinction de ses pouvoirs, le mandat cessera de plein droit de produire des effets dès le rétablissement de la capacité de discernement du mandant (art. 369 al. 3 P).

Le discernement est une notion relative. Cela signifie que le discernement doit être apprécié en lien avec un acte donné, selon la nature et l'importance de celui-ci<sup>35</sup>. Or, le mandat peut porter sur des actes de nature et d'import-

---

<sup>33</sup> Dans cette hypothèse, l'autorité de protection de l'adulte, informée, s'assurera de l'aptitude du nouveau mandataire et examinera s'il est nécessaire de prendre d'autres mesures de protection.

<sup>34</sup> Message, p. 6661.

<sup>35</sup> ANDREAS BUCHER, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 4<sup>e</sup> édition, Bâle 1999, N 83 ss; HENRI DESCHENAUX / PAUL-HENRI STEINAUER, *Personnes physiques et tutelle*, 4<sup>e</sup> édition, Berne 2001, N 81-82.

tance diverses, comme par exemple la gestion audacieuse d'un porte-feuilles de titres et les décisions médicales courantes, ou encore le choix d'opérer d'un cancer et la gestion ordinaire des affaires du ménage. Il sera donc, à notre avis, nécessaire d'apprécier le discernement par catégories d'actes dont la nature et l'importance exigent un niveau de discernement comparable. Les catégories ne peuvent être que largement conçues, si l'on veut que l'instrument conserve une certaine utilité. On peut imaginer à cet égard de distinguer entre l'administration ordinaire et extraordinaire des intérêts patrimoniaux de la personne, ainsi qu'entre l'exercice d'actes strictement personnels courants ou non.

Le caractère relatif du discernement exige par ailleurs qu'il soit apprécié au moment où l'acte intervient<sup>36</sup>. Or le mandant peut avoir un discernement fluctuant, apparaissant puis disparaissant régulièrement, sans se stabiliser en un état durable de capacité ou d'incapacité. Ou il peut être durablement incapable de discernement mais présenter des moments de lucidité. Qu'en est-il de l'existence du mandat pour cause d'incapacité dans de tels cas ?

Pour être un instrument efficace, le mandat pour cause d'incapacité doit pouvoir continuer de déployer des effets malgré l'apparition de brefs intervalles de lucidité. Il serait sinon nécessaire de recourir chaque fois à la procédure devant l'autorité pour le faire renaître, ce qui semble impraticable. Il faut par conséquent procéder à une appréciation du discernement à long terme, et non par rapport à un moment strictement déterminé, et retenir comme critère l'absence durable<sup>37</sup> de discernement<sup>38</sup>.

Ces légers aménagements de la notion de discernement amènent à se demander s'il n'aurait pas été envisageable de recourir à une autre notion,

---

<sup>36</sup> BUCHER, N 83; DESCHENAUX/STEINAUER, N 81-82.

<sup>37</sup> On considérera que c'est le cas lorsque, appréciée dans une perspective à long terme, la personne se révèle privée de la faculté d'agir raisonnablement (défaut de l'aptitude intellectuelle et/ou de l'aptitude volitive) du fait de l'une des causes prévues à l'art. 16 dans sa nouvelle version (art. 16 P).

<sup>38</sup> Le fait de rattacher des effets juridiques à l'absence durable de discernement n'est pas totalement nouveau dans notre ordre juridique. On trouve le critère dans le code civil à l'art. 185 al. 2 ch. 5 et al. 3 CC (HEINZ HAUSHEER / REGINA AEBI-MÜLLER, Commentaire bâlois, Bâle/Genève/Munich 2006, art. 185 ZGB, N 31-32; THOMAS GEISER, Commentaire bâlois, Bâle/Genève/Munich, art. 441-444 ZGB, N 7) par exemple, pour le prononcé de la séparation de biens entre les conjoints. Il figure également à l'art. 265c CC pour les cas dans lesquels il peut être fait abstraction du consentement d'un des parents à l'adoption de son enfant. Il est par ailleurs inhérent aux art. 35 (GEISER, N 7; ROGER ZÄCH, Commentaire bernois, Berne 1990, art. 35 OR, N 14) et 405 du Code des obligations (WERRRO, art. 405 CO, N 9; WALTER FELLMANN, Commentaire bernois, Berne 1992, art. 405 OR, N 34) qui prévoient l'extinction des pouvoirs du représentant, respectivement du mandataire en cas d'«incapacité». Et plusieurs lois récentes l'utilisent également. C'est le cas par exemple de la loi sur la stérilisation qui pose les conditions auxquelles il est exceptionnellement possible de stériliser une personne durablement incapable de discernement (art. 7 de la Loi sur la stérilisation, du 17 décembre 2004).

comme par exemple celle retenue pour le prononcé de la curatelle<sup>39</sup>. En regardant les législations d'autres pays, on constate que c'est parfois le choix qui a été effectué<sup>40</sup>. C'est le cas ainsi du législateur français qui, dans une loi toute récente, prévoit que le « mandat de protection future » prend effet si le mandant remplit les conditions pour le prononcé d'une mesure de protection juridique (sauvegarde de justice, curatelle, tutelle)<sup>41</sup>.

Cette option législative est-elle plus avantageuse? On peut relever deux différences importantes dans le choix de l'un ou l'autre des fondements pour le mandant d'incapacité; nous allons les reprendre successivement.

- 1) Le champ d'application matériel de la curatelle est plus large que celui de l'incapacité de discernement. Ainsi, outre la déficience mentale et le trouble psychique, le projet retient l'« état de faiblesse qui affecte la condition personnelle » – le Message cite comme exemples les cas extrêmes d'inexpérience ou de mauvaise gestion, ainsi que ceux rares de handicaps physiques comme la paralysie grave ou la cécité doublée d'une surdité<sup>42</sup>. Or l'état de faiblesse n'est pas une cause d'incapacité de discernement.

Le mandat pour cause d'incapacité ne s'applique donc pas lorsque le mandant se trouve dans un état de faiblesse autre que l'incapacité de discernement, et même s'il a alors besoin de protection. Dans un tel cas, l'autorité de protection de l'adulte, avisée de la situation, devra prononcer une mesure de protection de l'adulte. Informée de l'existence du mandat pour cause d'incapacité, elle pourra, si cela est opportun, désigner le mandataire d'incapacité comme curateur du mandant; selon les circonstances, elle pourra préférer lui confier certaines tâches particulières

---

<sup>39</sup> Selon le projet, une mesure de curatelle est prononcée lorsque la personne est « empêchée d'assurer elle-même la sauvegarde de ses intérêts en raison d'une déficience mentale, d'un trouble psychique ou d'un autre état de faiblesse qui affecte la condition personnelle » (art. 390 al. 1 ch. 1 P).

<sup>40</sup> Ce n'est pas le choix du législateur québécois (art. 2131 du Code civil du Québec); le droit uniforme édicté en juillet 2006 par la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws adopte également une autre approche: le mandant peut décider que le mandat prendra effet lorsque l'incapacité survient – le mandat doit alors définir la manière dont l'incapacité sera établie – ou à un moment qui précède. Dans ce dernier cas, le mandat continuera de déployer des effets une fois l'incapacité survenue (section 109 du Uniform Power of Attorney Act). En droit allemand, le mandant conférant une « *Vorsorgevollmacht* » définit dans le contrat avec le mandataire le moment à partir duquel ce dernier pourra exercer ses pouvoirs; ce sera souvent le moment où survient l'incapacité de discernement (cf. Bundesministerium der Justiz, *Betreuungsrecht mit ausführlichen Informationen zur Vorsorgevollmacht*, p. 25).

<sup>41</sup> C'est-à-dire si la personne est « dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté » (art. 425 CCfr. in art. 7 de la Loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs; cf. également ci-dessous p. 43-44).

<sup>42</sup> Message, p. 6676-6677.

(art. 392 ch. 2 P)<sup>43</sup>. De son côté, le mandant pourra s'assurer que l'autorité prendra en considération le mandataire au moment de la désignation d'un tel curateur en exerçant son droit de préférence<sup>44</sup>.

Par ailleurs, rien ne devrait à notre avis faire obstacle à ce que le mandant tienne lui-même compte de manière anticipée d'une telle situation et conclue un mandat au sens de l'article 394 CO<sup>45</sup>. Il pourrait y insérer certains des pouvoirs également conférés au mandataire d'incapacité<sup>46</sup>. Une telle convention, exclusivement soumise au droit du mandat, permettrait d'assurer une transition en douceur entre l'état de faiblesse de la personne encore capable de discernement et l'état d'incapacité de discernement, et garantirait une certaine continuité dans la prise en charge des affaires de cette dernière<sup>47</sup>.

- 2) Les conditions de la curatelle exigent de l'autorité qu'elle examine, d'une part, les causes de l'état de faiblesse, c'est-à-dire la déficience mentale, le trouble psychique ou un autre état de faiblesse affectant la condition personnelle, et d'autre part, le besoin de protection, à savoir le fait que la personne est « empêchée d'agir elle-même pour la sauvegarde de ses intérêts ». Un tel examen exige de l'autorité qu'elle se prononce sur l'existence de l'une des causes susmentionnées et d'un besoin de protection. C'est le choix effectué par le législateur français.

En retenant comme critère non pas un état de faiblesse qui est à l'origine d'un besoin de protection, mais une incapacité de discernement, le législateur opte par contre pour un critère dont la vérification est plus légère. L'examen de l'autorité sera plus limité. La preuve de l'état d'incapacité pourra en règle générale être apportée par expertise médicale – pour laquelle le juge vérifiera si elle s'appuie sur une conception correcte du discernement.

---

<sup>43</sup> Le mandataire pour cause d'incapacité exercera donc parfois, de manière anticipée et en vertu d'un titre juridique différent, certains des pouvoirs prévus dans le mandat pour cause d'incapacité.

<sup>44</sup> L'autorité désignera le mandataire comme curateur « pour autant que la personne proposée remplisse les conditions pour être nommée et accepte la curatelle » (art. 401 al. 1 P).

<sup>45</sup> Inséré dans un même document, le mandat devrait bien entendu respecter les exigences de forme prévues pour le mandat pour cause d'incapacité.

<sup>46</sup> Ce mandat ne pourrait avoir pour objet les droits strictement personnels du mandant (par exemple les décisions médicales) car, tant qu'il est capable de discernement, ce dernier les exerce lui-même.

<sup>47</sup> Une fois l'incapacité durable de discernement survenue, le mandataire serait tenu d'en informer l'autorité de protection de l'adulte; celle-ci effectuerait ensuite les vérifications prévues par la loi. Dans l'intervalle, le mandataire serait tenu de continuer la gestion du mandat (art. 405 al. 2 CO).

En résumé, le projet s'est orienté sur un instrument atypique de protection de l'adulte<sup>48</sup>, largement soumis à des règles du droit des obligations. La solution proposée peut, à notre avis, être soutenue<sup>49</sup>, même s'il est vrai qu'on aurait pu imaginer un mandat pour cause d'incapacité plus proche des instruments de protection de l'adulte, notamment dans la définition des conditions auxquelles il prend effet.

## 2. La forme olographe

À propos du choix de la forme olographe, comme pour le testament, nous avons une certaine réticence. Si les modes de disposer en matière successorale sont très précisément réglés dans la loi, la diversité des tâches pouvant être confiées au mandataire pour cause d'incapacité ne l'est pas. On risque donc fort d'avoir un mandant qui opte pour un pouvoir général, voire une description peu détaillée des tâches qu'il confie au mandataire. Cela n'est, il est vrai, pas l'idée des auteurs du projet; l'article 360 al. 2 P prévoit d'ailleurs que le mandant « définit les tâches qu'il entend confier au mandataire » et le Message souligne que le mandant doit « décrire de manière aussi détaillée que possible les tâches qu'il lui confie »<sup>50</sup>. Mais est-ce suffisant?<sup>51</sup>

Nous sommes d'avis qu'il faut offrir au mandant la possibilité d'adopter un mandat en la forme écrite simple, avec indication de la date et signature de l'auteur. Cette forme, qui est d'ailleurs celle prévue pour les directives anticipées, permettrait de proposer aux futurs mandants un formulaire – dont un modèle pourrait être établi par les autorités – avec une liste des actes pour lesquels il est possible de conférer ou non un pouvoir de représentation<sup>52</sup>. Le Message relève que la forme olographe permet d'éviter que le mandant ne signe un texte rédigé par un tiers, sans en avoir pris connaissance<sup>53</sup>. Un modèle imposant au mandant de se prononcer pour chacun des actes juridiques envisagés par une signature ou l'apposition de ses initiales, voire d'un autre signe, comme cela existe à l'étranger, devrait, nous semble-t-il, permettre de limiter un tel risque tout en évitant celui d'un mandat trop général<sup>54</sup>.

---

<sup>48</sup> Cf. ci-dessus B. 2.

<sup>49</sup> Cf. toutefois l'opinion exprimée par ANDREAS BUCHER sur la reconnaissance du mandat pour cause d'incapacité au niveau international (point IV. 3, p. 26-28).

<sup>50</sup> Message, p. 6660

<sup>51</sup> Cf. également la critique de PETER BREITSCHMID, *Vorsorgevollmachten*, RDT 2003 p. 274).

<sup>52</sup> A noter qu'un tel formulaire modèle est proposé par le ministère allemand de la Justice (cf. *Bundesministerium der Justiz, Betreuungsrecht mit ausführlichen Informationen zur Vorsorgevollmacht*, p. 25) et qu'il l'est également par le droit uniforme américain édicté en juillet 2006 par la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws.

<sup>53</sup> Message, p. 6660.

<sup>54</sup> Cf. également ci-dessous C. 3. b) à propos des actes soumis à un consentement spécial.

### 3. L'étendue des tâches pouvant être confiées au mandataire

Il est intéressant de s'arrêter quelques instants sur certaines tâches en particulier. Nous nous demanderons tout d'abord s'il est opportun d'autoriser le mandant à confier au mandataire dans le mandat d'incapacité la tâche de le représenter en matière médicale. Ensuite, nous regarderons si le mandat peut avoir pour objet des actes ayant, par nature, des conséquences juridiques et économiques importantes.

#### a) *La représentation en matière médicale*

Le mandat d'incapacité proposé en droit suisse laisse au mandant la possibilité de conférer au mandataire des pouvoirs en matière médicale<sup>55</sup>. Ce choix législatif peut surprendre. Les décisions en matière médicale sont des droits strictement personnels. Le patient a donc la capacité de les exercer seul s'il est capable de discernement<sup>56</sup>; cela vaut également pour la désignation anticipée d'un représentant en matière médicale (pour le cas où l'auteur deviendrait incapable de discernement). Or l'adoption d'un mandat pour cause d'incapacité exige l'exercice des droits civils<sup>57</sup>. C'est pourquoi le projet laisse également à l'auteur la possibilité de désigner un représentant par le biais de directives anticipées<sup>58</sup>, pour l'adoption desquelles la capacité de discernement suffit.

Matériellement, la désignation d'un mandataire pour cause d'incapacité en matière médicale constitue toutefois des directives anticipées, de sorte que, comme pour ces dernières, on exigera que le mandataire soit une personne physique<sup>59</sup>. La constitution de même que le lieu de dépôt du mandat

---

<sup>55</sup> Message, p. 6660.

<sup>56</sup> BUCHER, N 153-156; DESCHENAUX/STEINAUER, N 219 ss et 992.

<sup>57</sup> A noter que certains des pays qui connaissent le mandat pour cause d'incapacité ont exclu du champ d'application de la loi les pouvoirs en matière médicale. C'est le cas du droit uniforme de la National Conference of Commissioners on Uniform State Law (section 103 ch. 2). Le Ministère de la Justice propose un modèle de *Vorsorgevollmacht* qui ne prévoit pas la possibilité de conférer un pouvoir en matière médicale; un modèle ad hoc est proposé pour les décisions médicales. A noter que le nouveau droit français permet, quant à lui, d'insérer dans le mandat de protection future des pouvoirs de représentation en matière médicale (art. 479 al. 2 in art. 7 de la Loi du 5 mars 2007).

<sup>58</sup> Les directives anticipées sont des manifestations de volonté qui permettent à leur auteur, capable de discernement, de désigner une personne physique appelée à décider en son nom au cas où il deviendrait incapable de discernement (cf. art. 370 P).

<sup>59</sup> Message, p. 6660.

d'inaptitude en matière médicale pourront être inscrits sur la carte de l'assuré<sup>60</sup>.

Mais n'y a-t-il pas un problème si l'auteur désigne par erreur des personnes différentes dans chacun des deux instruments?<sup>61</sup> Le mandant sera en principe informé de cette situation au plus tard au moment où il inscrit le second représentant sur sa carte d'assuré<sup>62</sup>. Il aura à ce moment-là la faculté de modifier ses dispositions. Si deux pouvoirs devaient malgré tout exister, et les représentants être d'un avis différent, l'autorité aura la compétence de désigner un représentant ou d'instituer une curatelle sur requête du médecin ou d'un proche (art. 381 al. 2 ch. 2 et al. 3 P).

Il n'est par ailleurs pas exclu, à notre avis, que dans certains cas les seconds pouvoirs conférés révoquent les premiers. Ainsi, dans l'hypothèse où le mandant adopte un mandat pour cause d'inaptitude postérieurement à l'adoption des directives anticipées, les seconds devraient en principe<sup>63</sup> les remplacer, dans la mesure où ils n'en constituent pas indubitablement un complément (art. 362 al. 3 par un renvoi de 371 al. 3 et 371 al. 1 P). Dans un tel cas, si le représentant ne peut être déterminé clairement, l'autorité désignera un représentant ou instituera une curatelle, sur requête du médecin ou d'un proche de la personne incapable de discernement (art. 381 al. 2 ch. 1 et al. 3 P).

En conclusion, le fait que le mandant puisse conférer des pouvoirs à des personnes différentes dans chacun des deux types d'instrument ne posera, à notre avis, pas de difficultés majeures. Cela a en outre l'avantage de laisser au mandant la possibilité de régler toutes ses affaires – y compris celles liées à l'exercice de ses droits strictement personnels et en particulier les décisions médicales – dans un seul et même document. C'est d'autant plus important, nous semble-t-il, que certains actes strictement personnels – et pas uniquement les décisions médicales – peuvent aussi avoir des conséquences de nature patrimoniale, comme par exemple l'entrée en institution médico-sociale

---

<sup>60</sup> Message, p. 6660.

<sup>61</sup> A propos du conflit dans l'avant-projet entre représentant désigné dans un mandat ordinaire et représentant désigné dans un mandat dans le domaine médical et de l'absence d'une règle de conflit à cet égard, cf. GUILLOD / HELLE, p. 306.

<sup>62</sup> Au cas où le mandant renoncerait à faire inscrire les pouvoirs sur sa carte d'assuré, chacun des représentants, s'il est de bonne foi, pourra présumer qu'il est le seul représentant et agir en tant que tel; de son côté, le médecin, de bonne foi, pourra également présumer que tel est bien le cas.

<sup>63</sup> La forme olographe est une forme écrite qualifiée qui, en soi, remplit les exigences de la forme écrite (cf. toutefois les exigences parfois plus souples pour la signature du testament olographe, par exemple concernant l'usage des initiales). Quant à la forme authentique, elle permet également de considérer que la forme écrite a été respectée (DANIEL GUGGENHEIM, Commentaire romand, Bâle 2003, art. 13 CO, N 17).

d'une personne âgée, une intervention médicale non remboursée par l'assurance obligatoire ou encore, selon les circonstances, le consentement à une atteinte à la sphère privée (photos, articles de presse par exemple).

**b) *Les actes ayant des conséquences juridiques ou économiques importantes***

Les articles 360 et suivants P ne font pas expressément mention d'actes qui ne pourraient faire l'objet d'un mandat pour cause d'incapacité<sup>64</sup>. Le mandat peut-il dès lors confier au mandataire le pouvoir d'effectuer des actes aux conséquences économiques ou juridiques importantes, de prendre des décisions comportant un risque ou qui, par nature, ne sont pas dans l'intérêt du mandant? Le cas échéant, le mandataire pour cause d'incapacité doit-il disposer de pouvoirs spéciaux? Nous pensons par exemple aux cas suivants: acheter ou vendre un immeuble, acquérir ou liquider une entreprise, transiger dans le cadre d'une procédure en justice ou encore résilier le contrat portant sur le logement de la personne incapable de discernement et liquider son ménage.

Un regard sur quelques législations étrangères s'avère à cet égard instructif; on constate que, pour transférer le pouvoir de conclure des actes importants, il est fréquemment exigé que la volonté du mandant soit expressément manifestée, voire même parfois que l'acte soit passé en la forme authentique.

Ainsi, en France, de nouvelles dispositions du code civil<sup>65</sup> prévoient qu'il est possible de confier au mandataire de protection future le pouvoir d'effectuer tous les actes patrimoniaux que le tuteur peut accomplir seul ou avec une autorisation. Le mandat doit toutefois revêtir la forme notariée. Un tel pouvoir permet au mandataire, entre autres, de vendre des biens, même immobiliers, du majeur protégé, de transiger et compromettre, ou encore d'accepter une succession (art. 490 al. 1, 505, 506 et 507-1 CCfr. in art. 7 et 8 de la Loi du 5 mars 2007). Le mandataire pourra même effectuer un acte de disposition à titre gratuit, mais il aura alors besoin de l'autorisation du juge des tutelles. Il sera tenu de remettre au notaire qui a établi l'acte les comptes relatifs à sa gestion, avec les pièces justificatives utiles; celui-ci en assurera la conservation, de même que celle de l'inventaire établi en début de mandat et des actualisations ultérieurement intervenues (art. 491 in art. 7 de la Loi du 5 mars 2007).

---

<sup>64</sup> Sont réservées les limites générales posées par l'ordre juridique (art. 27 CC, art. 20 CO).

<sup>65</sup> La loi entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2009.

Si le mandat est par contre passé sous seing privé<sup>66</sup>, il ne confère au mandataire que le pouvoir d'effectuer les actes que le tuteur peut faire sans autorisation, c'est-à-dire les actes d'administration nécessaires à la gestion du patrimoine de la personne protégée, y compris le pouvoir de faire valoir en justice ses droits patrimoniaux (art. 493 al. 1 et 504 CC in art. 7 et 8 de la Loi du 5 mars 2007). Dans un tel cas, c'est au mandant que revient la tâche de définir les modalités de contrôle de l'exécution du mandat (art. 479 al. 3 et 486 al. 2 in art. 7 de la Loi du 5 mars 2007).

En Allemagne, le « mandat de prévoyance » peut prendre la forme d'une procuration soumise à la forme écrite ou authentique, pouvant sur requête du mandant être enregistrée auprès de la Chambre des notaires. Le ministère de la Justice propose un formulaire-type intitulé *Vorsorgevollmacht*. Ce dernier dresse la liste de divers actes pour lesquels le mandant, en cochant la case correspondante, confère pouvoir au mandataire. Les actes ayant pour objet un immeuble ou une entreprise, de même que la conclusion d'un prêt doivent revêtir la forme authentique.

Aux Etats-Unis, le Uniform Power of Attorney Act, adopté en juillet 2006 par la National Conference of Commissioners on Uniform State Law, prévoit qu'il est possible de conférer à un *agent* un pouvoir général qui couvre tous les actes que le représenté pourrait lui-même effectuer, sous réserve d'une catégorie ayant la nature de libéralités, comme par exemple faire une donation, constituer un trust, effectuer une libéralité pour cause de mort, etc. (section 201 lit. a et c en particulier). *L'agent* peut toutefois être titulaire des pouvoirs prévus dans cette dernière catégorie mais à condition que le mandat le prévoie expressément.

Et en Suisse? En matière contractuelle, la liberté du contenu permet de définir librement l'objet du contrat, sous réserve des limites générales de l'ordre juridique. En matière de protection de l'adulte, les pouvoirs du tuteur sont par contre soumis à restrictions: celui-ci ne peut pas procéder à des cautionnements, ni créer de fondations ou effectuer des donations, à l'exception des présents d'usage (art. 408 CC); le projet reprend ces limitations pour le curateur (art. 412 P). Qu'en est-il pour le mandat d'incapacité? Le texte du projet précise que le mandataire représente le mandant dans les limites du mandat; il ne pose aucune restriction particulière à cet égard<sup>67</sup>, ni ne ren-

---

<sup>66</sup> Le mandat passé sous seing privé est daté et signé de la main du mandant et contresigné par un avocat ou par deux témoins majeurs; il est signé par le mandataire (art. 492 Ccfr. in art. 7 de la Loi du 5 mars 2007).

<sup>67</sup> A titre de comparaison, la nouvelle formulation de l'art. 304 al. 3 CC reprend expressément le contenu de l'art. 412 P (cf. art. 304 al. 3 P de modification du Code civil).

voie aux règles applicables à la représentation de la personne protégée<sup>68</sup>. Et le Message ne fait aucune référence à une telle limitation<sup>69</sup>. Il semble donc que le mandant aura la liberté de confier au mandataire la tâche de procéder à un cautionnement, d'effectuer une donation allant au-delà des présents d'usage ou de créer une fondation au nom du mandant.

Le mandataire pour cause d'incapacité devra-t-il disposer dans certains cas de pouvoirs spéciaux? Le projet prévoit à l'article 360 al. 2 P que le mandant devra définir les tâches qu'il entend confier au mandataire. En droit des obligations, le mandataire peut intenter un procès, transiger, compromettre, souscrire de engagements de change, aliéner ou grever des immeubles, et même faire des donations, à la condition qu'il dispose d'un pouvoir spécial (art. 396 al. 3 CO). Par contre, l'exécuteur testamentaire, dont les activités ont de nombreux points communs avec celles du mandataire pour cause d'incapacité, n'a pas besoin de tels pouvoirs spéciaux<sup>70</sup>. Qu'en est-il du mandataire pour cause d'incapacité? A la différence de ce qui prévaut pour l'exécution testamentaire<sup>71</sup>, les tâches du mandataire ne sont pas définies par la loi, mais résultent de la volonté du mandant (art. 360 al. 2 P); cela exclut à notre avis de comparer les deux situations, car elles sont trop différentes<sup>72</sup>. Il est ainsi juste, à notre avis, conformément à l'article 360 al. 2 P, de considérer, comme pour le mandat ordinaire, que les actes mentionnés à l'article 396 al. 3 CO devront faire l'objet d'un pouvoir spécial dans le mandat d'incapacité.

Et qu'en est-il des actes que le droit de la protection de l'adulte considère comme suffisamment importants pour que le consentement de l'autorité soit nécessaire (art. 416 P)? On citera à titre d'exemples le fait de liquider le ménage, de résilier le contrat de bail du logement de la personne protégée et de conclure un contrat de longue durée pour le placement de cette dernière (ch. 1 et 2), d'accepter ou de répudier une succession (ch. 3), de construire au-delà des besoins de l'administration ordinaire (ch. 4), d'acquérir, d'aliéner, de mettre en gage d'autres biens que ceux immobiliers, ou de les grever d'usufruit au-delà de l'administration ou de l'exploitation courantes (ch. 5), de contracter un prêt important (ch. 6), de conclure ou résilier une assurance sur la vie (sous réserve toutefois de l'assurance conclue dans le cadre de la prévoyance professionnelle liée à un contrat de travail, ch. 7) ou encore d'acquérir ou de liquider une entreprise (ch. 8).

---

<sup>68</sup> L'art. 304 al. 3 CC indique expressément, dans sa version actuelle, que les règles sur la représentation du pupille, s'appliquent par analogie; cela comprend également l'application par analogie de l'art. 408 CC (LEUBA Audrey, Commentaire bâlois, Bâle 2006, art. 408 ZGB, N 2).

<sup>69</sup> Cf. Message, p. 6687.

<sup>70</sup> KARRER, art. 518 ZGB, N 12 et 14; KÜNZLE Hans Rainer, Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht, Zurich 2000, p. 165.

<sup>71</sup> Cf. art. 518 CC, dont la nature est dispositive.

<sup>72</sup> A propos des pouvoirs de l'exécuteur testamentaire, cf. KARRER, art. 518 ZGB, N 12 ss.

Le projet ne fait aucune mention de l'exigence d'un pouvoir spécial pour de tels actes. Nous sommes d'avis que l'article 360 al. 2 P devra être interprété de manière stricte, en ce sens que les actes mentionnés à l'article 416 P – tout comme ceux de l'article 396 al. 3 CO – devront faire l'objet d'un pouvoir spécial et ne pourront être couverts par un mandat conçu en des termes généraux (par exemple gestion du patrimoine ou représentation envers les tiers)<sup>73</sup>. Ceci nous semble indispensable si l'on veut que le mandant prenne autant que possible conscience de l'importance particulière de ces actes.

## D. Conclusions

Le mandat pour cause d'incapacité est un instrument qui vient compléter les instruments traditionnels de protection de l'adulte. Il a le grand avantage de permettre au mandant de désigner comme mandataire une personne de confiance qui, selon les circonstances, aura une bonne connaissance des préférences et autres inclinations manifestées par le mandant dans le passé.

A la différence du vœu que le mandant peut manifester en vue de la désignation d'un curateur<sup>74</sup>, le mandat pour cause d'incapacité donnera au mandant une plus grande liberté dans l'organisation des activités tendant à sa protection : il pourra définir de manière précise les pouvoirs qu'il souhaite conférer au mandataire, répartir éventuellement les tâches entre plusieurs mandataires, choisir la personne chargée de surveiller l'exécution du mandat ou encore donner au mandataire des instructions sur la manière de gérer ses affaires. Le mandat pour cause d'incapacité est donc un instrument qui accroît considérablement l'autonomie du mandant.

Le mandat pour cause d'incapacité a toutefois pour caractéristique d'être privé d'un possible contrôle par le mandant. La confiance placée en la personne du mandataire revêt donc à cet égard une extrême importance ; selon les circonstances, il ne nous semble d'ailleurs pas superflu de prévoir les modalités d'un contrôle régulier des activités du mandataire par une autre personne de confiance.

---

<sup>73</sup> Cf. à ce propos notre proposition de soumettre le mandat d'incapacité au respect de la forme écrite simple, ce qui permettrait d'utiliser un formulaire contenant la liste des actes pour lesquels un pouvoir spécial est nécessaire (ci-dessus, C. 2).

<sup>74</sup> Art. 401 al. 1 P.