



Chapitre d'actes

2014

Published version

Open Access

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

La protection de la personnalité des résidents d'établissements médico-sociaux

Cottier, Michelle

How to cite

COTTIER, Michelle. La protection de la personnalité des résidents d'établissements médico-sociaux. In: 7 facettes du droit de la personnalité / Journée de droit civil 2013. Baddeley, Margareta/Foëx, Bénédicte/Leuba, Audrey/Papaux van Delden, Marie-Laure (Ed.). Genève. Genève/Bâle/Zurich : Schulthess, 2014. p. 141–166.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:75295>

La protection de la personnalité des résidents d'établissements médico-sociaux

MICHELLE COTTIER¹

I. Introduction

Thème général de la journée de droit civil en l'honneur de la Professeure Dominique MANAI, la protection de la personnalité pose une question plus générale pour les résidents d'établissements médico-sociaux, celle de la prévention d'atteintes à la personnalité d'adultes en situation de dépendance, de vulnérabilité et de fragilité.

Relativement récemment, les risques de violation des droits des résidents en EMS ont commencé à susciter l'attention d'un public plus large. Des cas particulièrement graves de maltraitance et d'abus sexuels ont démontré l'importance de la prévention de ces atteintes à la personnalité². En 2011 par exemple, un magazine « Temps Présent » de la RTS intitulé « EMS, sévices compris » évoquait des reproches de maltraitements envers des personnes âgées dans deux EMS des cantons de Vaud et de Berne³. En 2010, l'établissement médico-social zurichois « Entlisberg » a été soumis à des enquêtes administrative et parlementaire suite à la publication du cas de quatre employées ayant filmé avec leur téléphone portable des résidents dans des situations humiliantes et intimes, entre autres nus dans la salle de bain⁴. Plus récemment, le cas d'un travailleur social auteur d'abus sexuels sur plus d'une centaine de personnes handicapées de diverses institutions bernoises a

¹ Professeure assistante à l'Université de Bâle, Juge suppléante à la Cour d'appel du canton de Bâle. Je remercie vivement Peter MÖSCH PAYOT, professeur à la Haute Ecole de Lucerne, Travail social, pour une discussion très stimulante au début de l'élaboration de cette contribution, et mon père Christoph COTTIER, directeur de la Fondation sanaCERT suisse, pour des échanges interdisciplinaires précieux et pour les renseignements sur les standards de qualité du point de vue médical. Je remercie également Madame Sarah E. STINGELIN, assistante à l'Université de Bâle, pour son grand soutien lors des recherches pour cette contribution et « *last but not least* » Anne PAYOT, journaliste, pour son soigneux travail de relecture et amélioration stylistique.

² Cf. TRITTEN HELBLING, Maltraitance, p. 1.

³ Temps présent, magazine de reportages, émission du 15 septembre 2011, <http://www.rts.ch/emissions/temps-present/sante/3307194-ems-sevices-compris.html> (consulté le 20 février 2014).

⁴ Cf. l'enquête de la Commission de gestion du Conseil communal de Zurich : Gemeinderat Zürich, GPK Bericht Entlisberg.

particulièrement bouleversé le public, ainsi que le monde professionnel médico-social⁵.

La prévention de la maltraitance des adultes en situation de dépendance n'était pas un but explicite du nouveau droit de la protection de l'adulte⁶. C'est pourtant dans ce contexte d'une sensibilité accrue à la vulnérabilité de résidents d'hommes ou d'EMS que les dispositions traitant « de la personne résidant dans un établissement médico-social » (art. 382-387 CC) ont été introduites. Ces normes serviront de point de départ pour l'étude des instruments de protection de ce groupe de personnes en droit civil.

Nous nous concentrerons sur les situations envisagées par le nouveau droit, car le champ d'application des articles 382-387 CC figurant dans le sous-chapitre intitulé « De la personne résidant dans un établissement médico-social » est à la fois plus large et plus étroit que ne le suggère le titre de cette contribution.

D'un côté, il est *plus large* : le texte de la loi se réfère aux établissements médico-sociaux aussi bien qu'aux homes. L'établissement médico-social (EMS) a une structure socio-hôtelière, aussi bien qu'une structure médicale et en soins infirmiers. Le home fournit un encadrement socio-hôtelier uniquement⁷. Les dispositions s'appliquent tant aux organismes de droit public que de droit privé, subventionnés ou non⁸. Finalement, la loi vise aussi bien les institutions hébergeant des personnes ayant dépassé l'âge de la retraite, que des individus majeurs incapables de discernement à cause d'un handicap mental⁹.

De l'autre côté, le champ d'application est *plus étroit*, puisque les nouvelles dispositions s'appliquent uniquement aux personnes majeures incapables de discernement. Pour les mineurs, des règles spéciales s'appliquent¹⁰. Finalement, les art. 382 ss CC se réfèrent seulement à la situation sans placement à des fins

⁵ Cf. la « Charte pour la prévention des abus sexuels, de la maltraitance et d'autres formes de violation de l'intégrité » adoptée le 25 novembre 2011 par un groupe de travail interassociatif à la suite de ce cas. <http://www.charta-praevention.ch>.

⁶ Loi fédérale du 19 décembre 2008 (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2013 (RO 2011 725; FF 2006 6635).

⁷ LEUBA/VAERINI, *CommFam*, n. 16 *ad* Introduction aux art. 382-387 CC. L'institution au sens des art. 382 ss CC doit en outre être distinguée de l'institution de nature médicale, qui a pour mission principale d'améliorer l'état de santé du résident (par exemple cliniques, centres de réhabilitation), cf. COPMA, *Guide pratique*, n. 11.29 et BREITSCHMID, *CHK*, n. 2 *ad* art. 382 CC.

⁸ LEUBA/VAERINI, *CommFam*, n. 17 *ad* Introduction aux art. 382-387 CC; STECK, *BaK ZGB-Erwachsenenschutz*, n. 13 *ad* art. 382 CC.

⁹ MEIER/LUKIC, n. 343; LEUBA/VAERINI, *CommFam*, n. 9 *ad* Introduction aux art. 382-387 CC.

¹⁰ Est notamment applicable l'art. 316 CC et l'Ordonnance fédérale sur le placement d'enfants (OPE), RS 211.222.338, cf. HÄFELI, *Grundriss*, n. 13.26. Si l'enfant est placé dans une « institution fermée ou dans un établissement psychiatrique » (art. 314b et art. 327c CC), les dispositions concernant les mesures limitant la liberté de mouvement s'appliquent par le (double) renvoi à l'art. 438 CC et ensuite aux art. 383-385 CC, cf. COTTIER, *CommFam*, n. 17 *ad* art. 314b CC. Le renvoi n'inclut pas les art. 382, 386 et 387 CC. *Contra* : STECK, *BaK ZGB-Erwachsenenschutz*, n. 5 *ad* art. 382 CC qui favorise l'application complète des art. 382-387 CC en cas de placement de mineurs en institution.

d'assistance au sens des art. 426 ss CC. Le prononcé d'une mesure de placement à des fins d'assistance est nécessaire quand la personne s'oppose à l'entrée en institution, et ce même si elle est incapable de discernement¹¹. Cela découle aussi de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme¹².

Dans cette contribution, nous nous concentrerons sur les instruments du droit civil. D'abord nous résumerons l'analyse par les sciences du domaine médico-social des risques d'atteintes à la personnalité de personnes incapables de discernement en institution, et nous situerons le droit civil dans le contexte pluridisciplinaire de la prévention de telles atteintes (chapitre II). Ensuite, nous présenterons les nouveaux instruments prévus par le Code civil pour la protection des résidents en EMS et home, les dispositions concernant le contrat d'assistance, les mesures limitant la liberté de mouvement et le devoir de protection de l'institution (chapitre III). Ces instruments sont complétés par les mécanismes de contrôle, de défense et de réparation contenus aussi bien dans le droit de la protection de l'adulte (surveillance cantonale, intervention de l'autorité de protection de l'adulte) que dans les règles générales de la responsabilité contractuelle, de la responsabilité délictuelle et des actions défensives du droit de protection de la personnalité (chapitre IV). Finalement, nous analyserons les différents types de représentation de la personne incapable de discernement dans le contexte de la protection de la personnalité (chapitre V). Nous conclurons par des observations relatives au rôle spécifique des instruments de droit civil dans l'ensemble du dispositif de protection de la personne incapable de discernement résident en institution et les obstacles à leur réalisation dans la pratique (chapitre VI).

II. Les risques d'atteintes à la personnalité de personnes incapables de discernement en institution et leur prévention

A. *Analyse des risques par les sciences du domaine médico-social*

Vu la condition de dépendance et de vulnérabilité de personnes incapables de discernement résidant en EMS¹³, de multiples risques d'atteintes à la personnalité existent, et font l'objet de recherche par les sciences du domaine médico-social (médecine, psychologie, sciences infirmières, sociologie). Les

¹¹ LEUBA/VAERINI, CommFam, n. 12 *ad* Introduction aux art. 382-387 CC.

¹² CourEDH, H.M. c. Suisse, requête n°39187/98, 26.02.2002; CourEDH, affaire STANEV c. Bulgarie, requête n°36760/06, 17.01.2012.

¹³ Les personnes avec déficiences mentales et atteintes de démence forment un des groupes sociaux les plus vulnérables aux maltraitances, cf. WIGLESWORTH *et. al.*, Journal of the American Geriatrics Society 2010, p. 493; SETHI *et al.*, European report, p. 30.

comportements que ces disciplines incluent dans leurs définitions de « maltraitance »¹⁴ ne correspondent pas totalement à la définition juridique des « atteintes illicites à la personnalité »¹⁵, mais il est possible de dire que la concordance de ces deux concepts est très grande.

Il importe de mentionner spécialement une étude récente au sujet de la maltraitance des personnes âgées en Suisse romande. L'étude menée auprès de professionnels occupant un poste à responsabilité hiérarchique d'institutions d'aide et de soins met en évidence la réalité de la problématique dans les institutions suisses : plus de la moitié des participants (54%) signalent avoir été confrontés à une situation de maltraitance impliquant du personnel de leur institution, récemment ou par le passé¹⁶. Il ne s'agit donc pas de cas isolés.

De quels risques s'agit-il ? Du point de vue de la qualité des soins existe notamment le risque de soins insuffisants, mais aussi de soins contre la volonté de la personne concernée. La négligence de soins peut par exemple déboucher sur des escarres de décubitus, ou s'exprimer par la non-administration de médicaments prescrits ou par l'administration de calmants pour « avoir la paix »¹⁷. Des mesures limitant la liberté de mouvement des résidents pour leur propre protection ou celle d'autrui, par exemple par la fermeture de la porte de la chambre à clé, peuvent constituer des atteintes illicites à la personnalité¹⁸. D'autres risques sont le manque de respect de la sphère privée ou intime du résident, par des soins corporels faits avec rapidité et sans diligence, jusqu'à l'exemple extrême des employées de l'EMS « Entlisberg »¹⁹ ayant filmé des résidents dans des situations humiliantes. Il y a aussi les atteintes à l'honneur et l'intégrité psychique, par des propos injurieux ou dégradants, comme dans l'exemple d'une infirmière infantilisant un résident en lui ordonnant de « faire pipi dans sa couche »²⁰. On observe des atteintes à l'intégrité physique par des actes de violence corporelle, allant de la manipulation du résident avec rudesse jusqu'à l'homicide²¹. Les atteintes à l'intégrité sexuelle sont décrites comme un

¹⁴ En guise d'exemple: « The Toronto Declaration on the Global Prevention of Elder Abuse », de l'Organisation mondiale de la Santé, 2002 : « On entend par maltraitance des personnes âgées un acte isolé ou répété, ou l'absence d'intervention appropriée, qui se produit dans toute relation de confiance et cause un préjudice ou une détresse chez la personne âgée. »; cf. ROULET SCHWAB/RIVOIR, *Maltraitance*, p. 4.

¹⁵ Art. 27 ss CC; cf. BUCHER, *Personnes physiques*, n. 384 ss.

¹⁶ ROULET SCHWAB/RIVOIR, *Maltraitance*, p. 11. L'analyse des études existant au niveau international suggère une fréquence encore plus élevée, cf. COOPER/SELWOOD/LIVINGSTON, *Age and Ageing* 2008, p. 158 : « *One in six professional carers report committing psychological abuse and one in ten physical abuse. Over 80% of care home staff had observed abuse, suggesting that care home staff might have been denying any abusive acts.* »

¹⁷ TRITTEN HELBLING, *Maltraitance*, p. 34; KRUG *et al.*, *Rapport violence*, p. 148.

¹⁸ TRITTEN HELBLING, *Maltraitance*, p. 33.

¹⁹ Cf. *supra* I.

²⁰ ROULET SCHWAB/RIVOIR, *Maltraitance*, p. 12.

²¹ SETHI *et al.*, *European report*, p. 2; TRITTEN HELBLING, *Maltraitance*, p. 33.

risque particulièrement élevé pour les personnes avec un handicap mental²². La personne vulnérable peut être confrontée à un manque de respect de ses besoins spirituels et religieux, ou – à la fin de sa vie – de son droit à une mort digne²³. Enfin, la gestion de l'institution peut déboucher sur des problèmes de protection des données.

Les sciences médico-sociales ont également étudié les facteurs qui augmentent les risques de ces atteintes à la personnalité au sein des institutions. Selon un aide-mémoire de l'Organisation mondiale de la santé, la maltraitance des personnes âgées risque davantage de s'exercer lorsque le personnel est mal formé et mal rémunéré, surchargé de travail et quand les intérêts de l'institution priment sur ceux des pensionnaires²⁴.

B. La prévention comme tâche pluridisciplinaire

La prévention d'atteintes à la personnalité dans le contexte institutionnel est une tâche nécessitant un effort pluridisciplinaire. Il revient en priorité à la médecine, aux soins infirmiers et à la direction des institutions d'assurer le respect des droits de la personnalité dans le cadre du travail quotidien. En effet, l'objectif de protection de la personnalité est déjà omniprésent dans le domaine de la santé. Il est notamment explicite dans les directives de l'Académie Suisse des Sciences Médicales²⁵, ainsi que dans les concepts et standards de qualité qui guident le travail concret des professionnels dans les institutions²⁶. La recherche en sciences médico-sociales a développé un savoir précieux sur les éléments de prévention²⁷, notamment la formation ainsi que l'encadrement des employés pour éviter les situations de stress, qui augmentent le risque d'exactions²⁸.

Le droit fournit le cadre normatif pour cette pratique, un cadre qui évolue en constant dialogue interdisciplinaire. De nombreux textes internationaux²⁹, ainsi que le droit constitutionnel³⁰, garantissent les droits fondamentaux (qui à leur tour sont à la base des droits de la personnalité en droit civil)³¹. Le droit des assurances sociales et les législations cantonales en matière de santé prévoient

²² SCHRÖTTLE, Frauen mit Beeinträchtigungen, p. 5.

²³ MANAI, Droits du patient, p. 354 s.

²⁴ OMS, Aide-mémoire n°357.

²⁵ ASSM, Personnes âgées; ASSM Personnes en situation de handicap; ASSM, Fin de vie.

²⁶ Cf. par exemple RADBRUCH/PAYNE *et al.*, European Journal Of Palliative Care 2009.

²⁷ Cf. HUBER/RÜEGGER, Pflegerecht 2013, p. 5.

²⁸ KRUG *et al.*, Rapport violence, p. 159; SETHI *et al.*, European report, p. 48 ss.

²⁹ Pour le domaine de la santé notamment : Déclaration universelle de l'UNESCO sur la bioéthique et les droits de l'homme du 19 octobre 2005; Convention européenne sur les Droits de l'Homme et la biomédecine du 4 avril 1997, RS 0.810.2. Cf. MANAI, Droits du patient, p. 9 s.

³⁰ Art. 7 ss Cst.

³¹ Cf. le devoir du législateur de veiller à la réalisation des droits fondamentaux dans l'ensemble de l'ordre juridique, art. 35 Cst.

la surveillance des établissements pour assurer la qualité des soins³². Le droit pénal sanctionne notamment les atteintes graves à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle³³.

Dans ce contexte plus large, le rôle premier du droit civil est de préciser le contenu des droits de la personnalité et l'étendue de leur protection, ainsi que de définir les motifs justificatifs pouvant exclure l'illicéité de l'atteinte à la personnalité. Le droit civil prévoit ensuite des mécanismes juridiques assurant le respect des droits de la personnalité, ou réparant le préjudice causé par la violation de ces droits. Finalement, il règle la représentation de la personne qui n'est pas ou plus en possession de ses pleines capacités mentales concernant l'exercice de ses droits. Les nouvelles dispositions du Code civil concernant les résidents en EMS (art. 382-387) font partie intégrante de ce dispositif du droit civil.

III. Les nouveaux instruments du Code civil de protection des résidents en EMS

A. *Le contrat d'assistance (art. 382 CC)*

Le nouveau droit prévoit à l'art. 382 CC que l'assistance apportée à une personne incapable de discernement résidant pendant une période prolongée dans un établissement médico-social ou dans un home (institutions) doit faire l'objet d'un contrat écrit établissant les prestations à fournir par l'institution et leur coût (al. 1).

Un contrat d'assistance écrit est donc seulement exigé en cas de séjour prolongé³⁴. La forme écrite n'est pas une condition de validité du contrat au sens de l'art. 11 al. 2 CO. Elle a pour but principal de créer de la transparence au sujet des obligations des deux parties³⁵.

Le contenu minimum du contrat est défini par « les prestations à fournir par l'institution et leur coût ». Doivent alors être inclus les prestations hôtelières

³² Cf. notamment la Loi fédérale sur les institutions destinées à promouvoir l'intégration des personnes invalides (LIPPI), RS 831.26, et en guise d'exemple la législation cantonale vaudoise : Loi sur les mesures d'aide et d'intégration pour personnes handicapées (LAIH) du 10 février 2004 (RSV 850.61); Loi sur la santé publique (LSP) du 29 mai 1985 (RSV 800.01). Cf. aussi OFSP, Rapport qualité.

³³ Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0, notamment art. 111 ss, art. 173 ss, art. 180 ss, art. 187 ss.

³⁴ Pour l'interprétation de cette condition, cf. Message protection de l'adulte, p. 6671; LEUBA/VAERINI, CommFam, n. 19 *ad* Introduction aux art. 382-387 CC; STECK, BaK ZGB-Erwachsenenschutz, n. 11 *ad* art. 382 CC.

³⁵ Message protection de l'adulte, p. 6672, LEUBA/VAERINI, CommFam, n. 12 *ad* art. 382 CC et MÖSCH PAYOT, Erwachsenenschutzrecht, n. 1 *ad* art. 382 CC; *contra* : SCHMID, Erwachsenenschutz, n. 5 *ad* art. 382 CC, STECK, BaK ZGB-Erwachsenenschutz, n. 35 *ad* art. 382 CC (qui admet cependant une validité *de facto*, dans la mesure où le contrat a été exécuté par les deux parties).

(chambre, mobilier, repas, ménage des locaux, entretien des linges et vêtements personnels), les activités d'animation et de loisirs et les soins infirmiers, qui dans le cas de l'établissement médico-social vont être plus étendus que dans le cas du home³⁶. Selon le message du Conseil fédéral, les prestations médicales ne sont pas comprises dans le contrat d'assistance³⁷. Il est alors admissible de choisir la solution d'un contrat splitté. Dans ce cas, le résident conclut deux contrats : un contrat d'assistance avec l'institution, et un contrat séparé de soins médicaux avec le médecin³⁸. Il est aussi possible de conclure un contrat intégré en prévoyant que le résident soit pris en charge tant aux niveaux médical que socio-hôtelier par l'institution. Dans ce type de contrat, les médecins sont considérés comme des auxiliaires de l'institution³⁹.

Pour plus de transparence, les coûts des prestations doivent être détaillés dans le contrat⁴⁰.

L'art. 382 CC vise non seulement la transparence mais aussi la réalisation des droits de la personnalité de la personne incapable de discernement. Elle essaie d'atteindre ce but en prescrivant que les souhaits de la personne concernée doivent, dans la mesure du possible, être pris en considération lors de la définition des prestations à fournir par l'institution (art. 382 al. 2 CC). Selon le Message, ces désirs peuvent se rapporter à l'aménagement du lieu de vie, aux soins corporels, à l'accompagnement en fin de vie ou à d'autres domaines⁴¹. La personne concernée peut avoir exprimé ses vœux de manière anticipée, c'est-à-dire avant de devenir incapable de discernement⁴². Les contrats types disponibles actuellement ne prennent pas en compte cette directive du droit fédéral⁴³. Ils devraient être complétés par des éléments qui puissent être individualisés à la conclusion du contrat.

Les règles minimales de l'art. 382 CC s'appliquent aux contrats de droit administratif aussi bien qu'aux contrats de droit privé⁴⁴. Cependant, la question de savoir si les relations entre l'institution et la personne hébergée relèvent du droit public ou du droit privé est fort pertinente, notamment pour déterminer la nature juridique des prétentions en cas d'atteintes illicites à la personnalité. La

³⁶ STECK, BaK ZGB-Erwachsenenschutz, n. 22 *ad art.* 382 CC; MÖSCH PAYOT, Erwachsenenschutzrecht n. 2 *ad art.* 382 CC; HÄFELI, Grundriss, n. 13.04; BREITSCHMID, CHK, n. 4 *ad art.* 382 CC.

³⁷ Message protection de l'adulte, p. 6672.

³⁸ TRITTEN HELBLING, Maltraitance, p. 46; LEUBA/VAERINI, CommFam, n. 5 *ad art.* 382 CC.

³⁹ TRITTEN HELBLING, Maltraitance, p. 46.

⁴⁰ LEUBA/VAERINI, CommFam, n. 4 *ad art.* 382 CC. Pour les détails du financement, cf. STECK, BaK ZGB-Erwachsenenschutz, n. 26 *ss ad art.* 382 CC.

⁴¹ Message protection de l'adulte, p. 6672.

⁴² Ibidem.

⁴³ Cf. par exemple le modèle de contrat d'hébergement de l'association CURAVIVA suisse et le contrat-type d'accueil des EMS du canton de Genève, approuvé par la direction générale de l'action sociale le 23 avril 2013.

⁴⁴ STECK, BaK ZGB-Erwachsenenschutz, n. 13 *ad art.* 382 CC.

distinction n'est pas toujours évidente. On peut désormais se référer à un arrêt non publié du Tribunal fédéral du 28 août 2012⁴⁵. Dans la situation en question, il s'agissait d'un contrat d'assistance qui avait été résilié par l'établissement. L'EMS était géré par une société anonyme, appartenant à 100% à une commune et donc liée par un mandat de prestations de la collectivité. Dans la procédure d'expulsion, la dernière instance cantonale avait admis qu'il s'agissait d'un contrat soumis au droit public et que les tribunaux civils n'étaient donc pas compétents. Le Tribunal fédéral n'a pas tranché la question de la nature juridique du contrat, mais a constaté qu'il ne s'agissait pas d'un cas clair au sens de l'art. 257 CPC, car il n'était pas évident de déterminer si les relations entre l'institution et le résident relevaient du droit privé ou du droit public. Le Tribunal cantonal avait donc raison de déclarer irrecevable l'action dans la procédure selon l'art. 257 CPC⁴⁶.

L'arrêt illustre les difficultés créées par la décision du législateur suisse de ne pas régler toutes les questions relatives au contrat d'hébergement dans une loi spéciale, comme cela a par exemple été fait en Allemagne⁴⁷. Pour les questions non réglées aux art. 382 ss CC, notamment la fin du contrat (résiliation, décès), l'administration des biens du résident par l'institution⁴⁸ et les conséquences de l'inexécution ou mauvaise exécution du contrat⁴⁹, ce sont les clauses expresses du contrat et les normes du Code des obligations qui s'appliquent. Dans la mesure où la relation relève du droit privé, la doctrine qualifie le contrat d'assistance de contrat innommé⁵⁰. Le contrat mélange des prestations caractéristiques de différents types de contrats, notamment du mandat, du contrat de bail, du contrat de vente et du contrat d'entreprise, avec un accent sur le mandat et le bail⁵¹. Le nouveau droit ne change en principe pas cette qualification, mais définit une portée minimale du contrat⁵².

Selon l'art. 382 al. 3 CC, les dispositions sur la représentation dans le domaine médical s'appliquent par analogie à la représentation de la personne incapable de discernement lors de la conclusion, de la modification ou de la résiliation du contrat d'assistance. Nous reviendrons plus bas sur cet aspect (*infra* V).

⁴⁵ TF 4A_176/2012, 28.08.2012, *in* MEIER, RMA 2013, p. 99 s. (rés.).

⁴⁶ TF 4A_176/2012, 28.08.2012, c. 4.2.3.

⁴⁷ « Heimgesetz » du 5 novembre 2001.

⁴⁸ MEIER/LUKIC, n. 345; LEUBA/VAERINI, *CommFam*, n. 9 *ad* art. 382 CC; LEUBA/TRITTEN, RDT 2003, p. 290.

⁴⁹ Cf. *infra* IV B.

⁵⁰ LEUBA/VAERINI, *CommFam*, n. 11 *ad* art. 382 CC; STECK, BaK ZGB-Erwachsenenschutz, n. 40 *ad* art. 382 CC; BREITSCHEID/STECK/WITTWER, *FamPra.ch* 2009, p. 885.

⁵¹ LEUBA/VAERINI, *CommFam*, n. 12 *ad* art. 382 CC; STECK, BaK ZGB-Erwachsenenschutz, n. 40 *ad* art. 382 CC.

⁵² STECK, BaK ZGB-Erwachsenenschutz, n. 40 *ad* art. 382 CC.

B. Les mesures limitant la liberté de mouvement (art. 383-385 CC)

Les mesures limitant la liberté de mouvement soulèvent des questions délicates dans le contexte de la protection de la personnalité car le risque de maltraitance existe, dans le langage des sciences du domaine médico-social. Jusqu'à présent, seuls certains cantons prévoyaient une base légale pour ces mesures. C'est pourquoi le législateur fédéral a décidé de créer une telle base dans les articles 383-385 CC⁵³.

Des mesures tombant sous le coup de ces dispositions sont la surveillance électronique, les mesures d'isolement comme la fermeture des portes, les mesures de contention comme l'entrave à quitter le lit ou un siège, ou encore le blocage des mains par des gants⁵⁴. La sédation d'une personne incapable de discernement au moyen de médicaments n'est pas soumise à cette disposition, mais aux règles prévues pour le traitement médical (art. 377 ss ou 433 ss CC)⁵⁵.

L'art. 383 CC prévoit des conditions restrictives à la limitation de la liberté de mouvement d'une personne incapable de discernement : elle est seulement possible si elle vise alternativement à prévenir un grave danger menaçant la vie ou l'intégrité corporelle de la personne concernée ou d'un tiers (al. 1 ch. 1), ou à faire cesser une grave perturbation de la vie communautaire (al. 1 ch. 2). La personne concernée doit être informée au préalable en détail sur la mesure (al. 2). Le principe de la proportionnalité doit être respecté (al. 1), ce qui signifie aussi que la mesure doit être levée dès que possible, et que sa justification doit être reconsidérée à intervalles réguliers (al. 3).

Les mesures limitant la liberté de mouvement font l'objet d'un protocole (art. 384 al. 1 CC) et la personne habilitée à représenter la personne concernée dans le domaine médical doit être avisée de la mesure (art. 384 al. 2 CC). Cette personne, ainsi que celles exerçant la surveillance de l'institution sont habilitées à prendre connaissance du protocole (art. 384 al. 3 CC)⁵⁶.

C. Le devoir de protection de l'institution (art. 386 CC)

Selon l'art. 386 al. 1 CC, l'institution doit protéger la personnalité de la personne incapable de discernement résidant en EMS. Cette norme a plusieurs fonctions⁵⁷ : dans le contexte d'un contrat de droit privé, elle a la teneur d'une obligation contractuelle de l'institution. Pour les rapports soumis au droit public, elle sert à concrétiser le respect des droits fondamentaux dans le rapport

⁵³ Message protection de l'adulte, p. 6672.

⁵⁴ VAERINI, CommFam, n. 10 *ad* art. 383 CC.

⁵⁵ Message protection de l'adulte, p. 6673.

⁵⁶ Cf. COPMA, Guide pratique, n. 11.29 ss pour un modèle de concept pour les institutions.

⁵⁷ Cf. MÖSCH PAYOT, Erwachsenenschutzrecht, n. 1 *ad* art. 386 CC.

entre le résident et l'institution⁵⁸. En outre, elle sert de standard de qualité formant la base de la surveillance cantonale (art. 387 CC). Finalement, elle est utile pour l'interprétation du contrat d'assistance et des dispositions relatives aux mesures limitant la liberté de mouvement⁵⁹.

Quant au contenu de l'obligation, le Message du Conseil fédéral donne quelques pistes mais reste vague : l'institution doit s'assurer du bien-être quotidien des résidents, en tenant compte de leurs besoins particuliers, et faire tout ce qui est en son pouvoir pour atténuer leur solitude et soulager toute forme de souffrance physique ou psychique⁶⁰. Cette définition ne nous semble pas refléter l'étendue beaucoup plus large de la protection de la personnalité dans le contexte d'un séjour en EMS ou dans un home.

Certains des EMS et homes tombant sous le coup de l'art. 386 CC sont également soumis à la Loi fédérale sur les institutions destinées à promouvoir l'intégration des personnes invalides (LIPPI)⁶¹. Cette dernière contient une norme analogue, mais un peu plus détaillée, qui oblige les institutions à « préserver les droits de la personnalité des personnes invalides, notamment leur droit de disposer d'elles-mêmes, d'avoir une vie privée, de bénéficier d'un encouragement individuel, d'entretenir des relations sociales en dehors de l'institution et d'être protégées contre les abus et les mauvais traitements, ainsi que leur droit de participation et celui de leurs proches » (art. 5 al. 1 lit. d LIPPI). En tant qu'aide à l'interprétation de l'art. 386 CC, cette norme peut être appliquée par analogie aux institutions non soumises à la LIPPI⁶².

Le Message du Conseil fédéral mentionne que l'art. 386 CC a été inspiré par l'art. 328 CO sur l'obligation de l'employeur de protéger et respecter la personnalité du travailleur⁶³. La jurisprudence et la doctrine au sujet de la norme du droit du travail peuvent être prises en considération par analogie⁶⁴. Par contre, une analyse plus approfondie des deux rapports, c'est-à-dire celui entre employeur-travailleur et celui entre institution-résident, révèle des différences importantes.

Il semble incontesté que l'institution, comme l'employeur, doit non seulement respecter la personnalité du résident, mais aussi la protéger. L'institution a donc le devoir de s'abstenir de porter directement atteinte aux droits de la personnalité des résidents, mais aussi celui de prendre les mesures

⁵⁸ LEUBA/VAERINI, *CommFam*, n. 1 *ad art.* 386 CC.

⁵⁹ MÖSCH PAYOT, *Erwachsenenschutz*, n. 1 *ad art.* 386 CC; LEUBA/VAERINI, *CommFam*, n. 1 *ad art.* 386 CC.

⁶⁰ Message protection de l'adulte, p. 6675.

⁶¹ Cf. note 32.

⁶² Dans ce sens aussi BERNHART, *Handbuch FU*, n. 649 s.

⁶³ Message protection de l'adulte, p. 6674 s.

⁶⁴ FASSBIND, *Erwachsenenschutz*, p. 223.

adéquates pour empêcher qu'ils ne subissent une telle atteinte⁶⁵. L'institution a ainsi une position de garant⁶⁶.

Aussi, les biens protégés par l'art. 386 CC correspondent aux biens visés par l'art. 328 CO (et par l'art. 28 CC) : la vie, l'intégrité corporelle, la liberté sexuelle, la liberté de mouvement, la vie affective, l'honneur, la vie spirituelle, la sphère privée, la dignité, et finalement la protection des données personnelles⁶⁷.

Par contre, alors que le devoir de l'employeur de protéger la personnalité du travailleur est considéré dans tous ses aspects comme une obligation accessoire au contrat de travail⁶⁸, certains aspects de la protection de la personnalité de la personne résidant en institution incapable de discernement constituent des *obligations principales* de l'institution découlant du contrat d'assistance. C'est particulièrement vrai pour l'obligation d'administrer des soins infirmiers. Les négligences qui mènent à des escarres de décubitus ou les manipulations avec rudesse ne correspondent pas aux règles de l'art en soins infirmiers, constituent alors une violation de l'obligation de diligence due sur la base de l'élément mandat du contrat entre résident et institution (art. 398 al. 2 CO)⁶⁹, et en même temps constituent des atteintes illicites à la personnalité. D'autres éléments peuvent être classés comme obligations plutôt accessoires, comme la prévention de chutes⁷⁰ ou la protection contre les maltraitements commises par des visiteurs, qui émanent des obligations de garde et de sécurité de l'institution⁷¹. En fin de compte, la distinction n'a pas de conséquences, car tant les obligations dites accessoires que les obligations principales peuvent faire l'objet d'une mauvaise exécution du contrat⁷² et entraîner les prétentions prévues à l'art. 97 al. 1 CO (pour les détails cf. *infra* IV B).

L'atteinte à la personnalité du résident est illicite, à moins qu'elle ne soit justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi (art. 28 al. 2 CC). Dans le cas d'incapacité de discernement de la personne résidant en institution, le consentement est seulement valable s'il a été donné par la personne habilitée à la représenter, si la décision ne touche pas à un droit strictement personnel absolu, non sujet à représentation⁷³. Les

⁶⁵ FASSBIND, OFK, n. 1 *ad* art. 386 CC.

⁶⁶ LEUBA/VAERINI, CommFam, n. 5 *ad* art. 386 CC.

⁶⁷ LEUBA/VAERINI, CommFam, n. 2 *ad* art. 386 CC; FASSBIND, OFK, n. 1 *ad* art. 386 CC; BUCHER, Personnes physiques, n. 430 ss.

⁶⁸ Cf. REHBINDER/STÖCKLI, BK Arbeitsvertrag, n. 1 *ad* art. 328 CO.

⁶⁹ Par analogie à l'obligation principale du médecin de traiter le patient selon les règles de l'art médical, cf. FELLMANN, Arztrecht, p. 117 s.

⁷⁰ LANDOLT, Pflegerecht 2013, p. 25.

⁷¹ ATF 126 III 113; THÉVENOZ, CR CO I n. 23 *ad* art. 97 CO; WERRO, CR CO I, n. 25 *ad* art. 398 CO.

⁷² THÉVENOZ, CR CO I, n. 25 *ad* art. 97 CO.

⁷³ Art. 19c al. 2 *in fine* CC, cf. GUILLOD, Droit des personnes, n. 96; WERRO/SCHMIDLIN, CR CC I, n. 34 *ad* art. 19 aCC.

possibles intérêts prépondérants définis à l'art. 385 CC pour les mesures limitant la liberté de mouvement pourront être appliqués par analogie aussi pour d'autres atteintes à la personnalité.

Dans la concrétisation du contenu de l'obligation de protection des EMS et homes, les tribunaux et autorités de surveillance pourront se référer aux standards de qualité utilisés déjà dans le contexte de la surveillance⁷⁴ ou de la certification⁷⁵, ainsi que les directives et recommandations médico-éthiques de l'Académie Suisse des Sciences Médicales⁷⁶ et les recommandations de l'Organisation mondiale de la santé⁷⁷. Ces instruments montrent que le devoir de protection du résident en EMS ou en home est assuré en premier lieu par une organisation adéquate de l'institution. Il incombe notamment à l'institution de former et instruire les collaborateurs et les sensibiliser aux droits de personnalité des résidents⁷⁸, d'assurer au résident un espace privé même dans sa chambre (armoire fermant à clé)⁷⁹, d'organiser le travail d'une façon qui donne au personnel soignant assez de temps pour administrer les soins d'une façon diligente et respectueuse⁸⁰, de prévoir des procédures internes de détection et de réaction à des cas de maltraitance⁸¹, et finalement de gérer la documentation des soins de sorte à assurer le respect des standards de qualité et simultanément le droit du résident à la protection des données⁸².

Finalement, trois éléments concrets qui se retrouvent aussi dans les standards professionnels ont été intégrés explicitement dans le texte du Code civil : premièrement, l'institution doit favoriser autant que possible les relations des résidents avec des personnes de l'extérieur (art. 386 al. 1 CC). Ensuite, lorsque le résident est privé de toute assistance extérieure, l'institution en avise l'autorité de protection de l'adulte (art. 386 al. 2 CC). Enfin, le libre choix du médecin est garanti, à moins que de justes motifs ne s'y opposent (art. 386 al. 3 CC)⁸³.

⁷⁴ Par exemple Qualivista.

⁷⁵ Par exemple, les institutions peuvent obtenir la certification par la fondation sanaCERT suisse confirmant qu'elles remplissent le standard « droits des résidentes et résidents », cf. sanaCERT, Qualitätssicherung.

⁷⁶ Notamment ASSM, Personnes âgées; ASSM Personnes en situation de handicap; ASSM, Fin de vie.

⁷⁷ SETHI *et al.*, European report, p. 43 ss; KRUG *et al.*, Rapport violence, p. 157 ss.

⁷⁸ Cf. SETHI *et al.*, European report, p. 48 s.; Qualivista, 1.1-C; sanaCERT suisse, Grundlagen Langzeitpflege, p. 5.

⁷⁹ ASSM, Personnes âgées, p. 17.

⁸⁰ Dans ce sens, la réalisation des buts protecteurs des articles 386 CC et 328 CO sont directement liés : si les personnes travaillant en EMS ou dans un home sont traitées avec respect par leur employeur, les chances d'un traitement respectueux des résidents augmentent.

⁸¹ COOPER/SELWOOD/LIVINGSTON, Age and Ageing 2008, p. 148.

⁸² ASSM, Personnes âgées, p. 14 s.

⁸³ A ce sujet cf. POLEDNA/VOKINGER, Pfl egerecht 2013, p. 66 ss.

IV. Mécanismes de contrôle, de défense et de réparation

L'efficacité de la protection de la personnalité dépend surtout des mécanismes de contrôle des institutions, de défense à l'encontre des atteintes aux droits des résidents et de réparation une fois les atteintes survenues. Dans un premier temps, nous présentons les mécanismes propres au droit de la protection de l'adulte (A), ensuite, nous évoquons l'usage qui peut être fait de prétentions civiles découlant du contrat d'assistance (B), de la responsabilité délictuelle (C) et des actions défensives des articles 28a et 28b CC (D).

A. *Les mécanismes propres au droit de la protection de l'adulte*

1. *La surveillance cantonale*

A l'art. 387, le Code civil statue une obligation pour les cantons d'assujettir à une surveillance les institutions accueillant des personnes incapables de discernement. Sont soumises à la surveillance aussi bien les institutions de droit privé que de droit public⁸⁴.

Selon le Message, les cantons règlent les détails, notamment la forme de la surveillance, la fréquence des contrôles et les sanctions en cas de violation⁸⁵. Il est regrettable que le droit fédéral ne règle pas lui-même uniformément pour toute la Suisse ces éléments, décisifs pour l'efficacité de la surveillance⁸⁶. Par contre, nous soulignons que l'art. 386 CC, statuant le devoir de l'institution de protéger la personnalité du résident, constitue un standard de qualité relevant du droit fédéral. Aussi, la surveillance doit porter spécifiquement sur l'application des dispositions concernant les mesures limitant la liberté de mouvement. Cela peut être déduit de l'art. 384 al. 3 CC, qui précise que les personnes exerçant la surveillance de l'institution sont habilitées à prendre connaissance des protocoles concernant les mesures prises.

2. *L'intervention de l'autorité de protection de l'adulte*

L'application de la plupart des dispositions du nouveau droit incombe à l'autorité de protection de l'adulte, mais cette autorité ne joue qu'un rôle

⁸⁴ LEUBA/VAERINI, *CommFam*, n. 17 *ad* Introduction aux art. 382-387 CC; STECK, *BaK ZGB-Erwachsenenschutz*, n. 13 *ad* art. 382 CC.

⁸⁵ Message protection de l'adulte, p. 6675.

⁸⁶ HEGNAUER, *RDT* 2003, p. 368; MÖSCH PAYOT, *Erwachsenenschutzrecht*, n. 6 *ad* art. 387 CC.

secondaire dans le contexte des EMS et homes⁸⁷. La loi renvoie à l'autorité de protection de l'adulte dans deux situations :

Concernant les mesures limitant la liberté de mouvement, l'art. 385 CC prévoit que l'autorité de protection de l'adulte au siège de l'institution est compétente, à la demande de la personne concernée ou de ses proches, pour modifier la mesure, la lever, ou ordonner une autre mesure si elle constate que celle qui est en place n'est pas conforme à la loi.

Dans l'article sur le devoir de l'institution de protéger la personnalité du résident, la loi prévoit que l'institution doit aviser l'autorité de protection de l'adulte lorsque le résident est privé de toute assistance extérieure (art. 386 al. 2 CC). Dans ce cas, l'autorité examinera d'office s'il y a lieu d'instituer une curatelle.

B. La responsabilité contractuelle découlant du contrat d'assistance

Si la relation entre le résident et l'institution peut être qualifiée de droit privé⁸⁸, se pose la question de savoir quelles prétentions de la personne incapable de discernement, ayant souffert d'atteintes à sa personnalité au sein de son EMS, peuvent être déduites de ce contrat. Comme nous l'avons déjà vu, la protection de la personnalité du résident est une obligation contractuelle définie par le standard minimum de l'art. 386 CC. Le degré de protection peut en outre être accru par le contrat spécifique conclu entre l'institution et le résident, notamment dans le cadre d'un hébergement en « résidence de luxe ».⁸⁹

La violation de l'obligation contractuelle de protection de la personnalité du résident peut entraîner une prétention en dommages-intérêts ou en indemnité pour tort moral, si un préjudice en lien de causalité naturelle et adéquate avec la mauvaise exécution du contrat d'assistance, ainsi qu'une faute du débiteur, c'est-à-dire de l'EMS ou home qui est partie contractante, sont établis (art. 97 ss CO). Vu l'exigence d'un préjudice, soit sous forme de dommage soit sous forme de tort moral, les actions en responsabilité contractuelle entreront en ligne de compte seulement en cas d'atteintes d'une certaine intensité.

Tandis que la Suisse ne connaît aucune décision traitant de la responsabilité contractuelle des EMS et homes pour des soins insuffisants⁹⁰, il existe en Allemagne une jurisprudence bien établie à ce sujet. Le contexte est la

⁸⁷ Avec exception des cantons qui prévoient l'autorité de protection de l'adulte en tant qu'autorité de surveillance au sens de l'art. 387 CC, cf. STECK, BaK ZGB-Erwachsenenschutz, n. 6 *ad* art. 387 CC.

⁸⁸ Cf. *supra* III A pour une discussion de cette distinction.

⁸⁹ BREITSCHMID/STECK/WITTEW, FamPra.ch 2009, p. 874.

⁹⁰ Cf. cependant concernant la responsabilité pour une chute à l'hôpital l'arrêt du Tribunal administratif de Berne du 6 février 1995, JAB 1996, p. 127; LANDOLT, Pflegerecht 2013, p. 29.

subrogation de l'assureur aux droits de l'assuré contre tout tiers responsable, et des assurances qui font régulièrement valoir les droits ainsi acquis⁹¹.

Une *prétention en dommages-intérêts* entre en considération si l'atteinte à la personnalité du résident entraîne un dommage, par exemple si une hospitalisation devient nécessaire, entraînant des coûts de traitement médical⁹². Les exemples les plus fréquents dans la jurisprudence allemande concernent des négligences dans l'administration des soins qui ont engendré des escarres de décubitus⁹³, ou bien un manque de surveillance et d'accompagnement conduisant à une chute causant une ou plusieurs fractures chez la victime⁹⁴.

Une *indemnité pour tort moral* entre en ligne de compte si la personne concernée souffre de douleurs ou de souffrances psychiques suite à une atteinte à la personnalité (art. 99 al. 3 CO en relation avec les art. 47 et 49 CO). La loi exige que l'atteinte présente une certaine gravité objective et subjective⁹⁵. Dans plusieurs cas, des tribunaux allemands ont attribué des indemnités pour tort moral à des personnes qui ont, pendant leur séjour en EMS, souffert d'escarres et ayant ensuite entraîné des douleurs⁹⁶.

L'institution, qui est en règle générale une personne morale, répond des actes de ses organes, par exemple de la direction, sur la base de l'art. 55 al. 2 CC. C'est notamment sur cette base que l'institution répond d'une faute organisationnelle, si les mesures préventives demandées par l'art. 386 al. 1 CC dans l'organisation de l'institution, la formation, l'instruction et surveillance du personnel n'ont pas été mises en place (cf. *supra* III C). Les actes de ses employés et d'autres auxiliaires lui sont imputés sur la base de l'art. 101 CO. Dans ce contexte, la possibilité de preuve libératoire comme dans le domaine de la responsabilité délictuelle (cf. *infra* C) n'existe pas, et l'institution ne peut se libérer de sa responsabilité qu'en apportant la preuve que, si elle avait agi comme son employé, aucune faute ne pourrait lui être reprochée (critère de la faute hypothétique)⁹⁷. Même si les mesures préventives dans l'organisation de l'institution, la formation et l'instruction du personnel ont été mises en place,

⁹¹ HUBER, PJA 2011, p. 372.

⁹² Cf. THEVENOZ, CR CO I, n. 30 ss *ad* art. 97 CO.

⁹³ Cf. les arrêts de principe de la Cour fédérale de Justice (*Bundesgerichtshof* BGH) : BGH, arrêt du 18 mars 1986, IV ZR 215/84, NJW 1986, p. 2365 ss et BGH, arrêt du 2 juin 1987, VI ZR 174/86, NJW 1988, p. 762 ss. Cf. les références *in* HUBER, PJA 2011, p. 374 ss pour la jurisprudence subséquente.

⁹⁴ Cf. les références *in* HUBER, PJA 2011, p. 376 ss et LANDOLT, Pfliegerrecht 2013, p. 28 ss.

⁹⁵ ATF 131 III 26, c. 12.

⁹⁶ Cf. les références *in* HUBER, PJA 2011, p. 374 ss.

⁹⁷ TRITTEN HELBLING, Maltraitance, p. 224; THÉVENOZ, CR CO I, n. 26 ss *ad* art. 101 CO.

elles n'auront donc pas d'effet libératoire, si un membre du personnel agit au mépris d'instructions reçues⁹⁸.

A la mort de la personne résidant en EMS ou home, les prétentions en dommages-intérêts passent aux héritiers (art. 560 CC). Le droit à la réparation du tort moral est cependant seulement transmissible par succession dès le moment où le lésé l'a fait valoir d'une façon ou d'une autre avant sa mort⁹⁹. Dans la situation où les atteintes illicites à la personnalité ont causé la mort de la personne concernée, ses héritiers et autres proches n'étant pas partie au contrat d'assistance, devront recourir aux actions de responsabilité délictuelle pour réparation de leur propre tort moral¹⁰⁰.

C. La responsabilité délictuelle

La responsabilité délictuelle, c'est-à-dire des prétentions en dommages-intérêts et en indemnité pour tort moral basées sur les art. 41 ss CO, entre aussi en considération. Dans ce contexte, l'institution répond si elle est une personne morale des actes de ses organes sur la base de l'art. 55 al. 2 CC, et par le biais de l'art. 55 CO des actes de ses employés ou des autres auxiliaires. Pour se disculper, l'institution doit prouver qu'elle a pris toutes les mesures nécessaires afin d'éviter qu'un dommage du genre de celui qui s'est produit ne survienne. L'appréciation du devoir de diligence de l'institution porte sur le choix (*cura in eligendo*), l'instruction (*cura in instruendo*) et la surveillance (*cura in custodiendo*) du personnel, la mise à disposition d'instruments et matériel appropriés, ainsi que sur l'organisation rationnelle de l'institution¹⁰¹. A la différence de la situation sous l'art. 101 CO, l'institution pourra donc le cas échéant se libérer de toute faute, si elle arrive à prouver qu'elle a fait tout ce qui était en son pouvoir pour l'éviter. Reste cette question à débattre : des mesures d'économie dans le domaine de la santé, légitimées par des décisions démocratiques, doivent-elles mener à un assouplissement des devoirs de diligence des institutions privées, abaissant ainsi le niveau de protection ? Cette conséquence nous paraît peu souhaitable.

A la mort du résident, les prétentions en dommages-intérêts et pour tort moral passent aux héritiers de la même manière que dans le domaine contractuel. En plus, les proches peuvent faire valoir personnellement une indemnisation pour tort moral, si la mort a été causée par l'atteinte illicite à la personnalité (art. 47 CO).

⁹⁸ Pour une discussion de la problématique des clauses restrictives de responsabilité selon l'art. 101 al. 2 et 3 CO cf. BORNHAUSER/RUSCH, PJA 2010, p. 1228 ss et THEVENOZ, CR CO I, n. 37 ss *ad art.* 101 CO.

⁹⁹ ATF 81 II 389 s.; ATF 118 II 407; HUBERT-FROIDEVAUX, Commentaire successions, n. 22 *ad art.* 560 CC.

¹⁰⁰ Cf. *infra* C.

¹⁰¹ TRITTEN HELBLING, Maltraitance, p. 221; WERRO, CR CO I, n. 17 ss *ad art.* 55 CO.

L'auteur de l'atteinte répond aussi personnellement de ses actes et le cas échéant, si l'institution répondant par le biais de l'art. 55 CO n'arrive pas à se libérer de sa responsabilité, l'auteur et l'institution répondent solidairement envers la victime (art. 50 CO).

D. Les actions défensives des articles 28a et 28b CC

Finalement, les actions défensives de l'article 28a CC, c'est-à-dire l'action en prévention ou en interdiction de l'atteinte, et l'action en cessation de l'atteinte, sont à disposition du résident en EMS victime d'une atteinte illicite à sa personnalité. Toutefois, une telle action contre l'institution privée ou les employés d'une institution de droit privé ou public devrait nécessairement être intentée durant le séjour dans l'établissement. Comme le bien-être du résident dépend surtout de l'existence d'un rapport de confiance avec l'institution et le personnel soignant, une telle action n'est en principe pas dans l'intérêt du résident¹⁰².

Quand il s'agit d'atteintes de la part de tiers, notamment de visiteurs du résident, les actions défensives font plus de sens. Dans le cas où ces atteintes prennent la forme de violence, de menaces ou de harcèlement, les mesures protectrices de l'art. 28b CC pourront être utiles, notamment l'interdiction de s'approcher de la victime et de prendre contact avec elle, ou encore l'interdiction de fréquenter l'institution¹⁰³.

V. La représentation de la personne incapable de discernement

A. Généralités

La question de la représentation de la personne incapable de discernement est primordiale lors de la conclusion du contrat d'assistance avec l'institution, pour réclamer des mesures défensives afin d'éviter une atteinte à la personnalité ou pour faire valoir des prétentions après la survenance d'une telle atteinte.

Dans ce contexte, il y a lieu de rappeler les règles générales : en principe, les droits de la personnalité sont des droits dits « strictement personnels » au sens de l'art. 19c CC. Ces droits peuvent et doivent être exercés par la personne capable de discernement, même si elle fait l'objet d'une curatelle limitant ses droits civils. La jurisprudence admet que le consentement qui peut justifier une atteinte à la personnalité (notamment un traitement médical ou des soins

¹⁰² LEUBA/VAERINI, CommFam, n. 8 *ad art.* 387 CC.

¹⁰³ Cf. pour les détails JEANDIN/PEYROT, CR CC I, n. 15 *ss ad art.* 28b CC.

infirmier) est un droit strictement personnel¹⁰⁴. Les actions défensives des art. 28a et 28b CC et l'action en réparation du tort moral sont aussi considérées comme droits strictement personnels¹⁰⁵. Par contre les actions de nature pécuniaire, notamment l'action en dommages-intérêts, même si elles découlent d'une atteinte à la personnalité, doivent être intentées par le curateur¹⁰⁶.

Les choses se compliquent car la capacité de discernement est un concept relatif. Elle s'apprécie toujours *in concreto*, en fonction de la nature, de l'importance et de la complexité de l'acte à accomplir, en fonction du moment où il est effectué et de la situation concrète dans laquelle se trouve la personne en cause¹⁰⁷. Cela signifie que la même personne peut être capable de discernement par rapport à une question plus simple ou touchant à un aspect plus personnel, notamment ceux liés aux soins quotidiens, mais pas pour un autre plus compliqué ou technique, comme les éléments pécuniaires du séjour en EMS ou la décision concernant une intervention chirurgicale.

A la lumière de ces règles générales, les dispositions du Code civil portant sur la protection de la personne incapable de discernement résidant en institution nous semblent inclure un certain risque. Lors de la conclusion du contrat d'assistance, existe le danger lorsque la personne est mise dans la catégorie « incapable de discernement » que son droit à l'autodétermination ne soit pas respecté, surtout dans l'exercice des droits strictement personnels, notamment le consentement nécessaire pour tout traitement médical ou soin infirmier.

La loi essaie d'y remédier en se référant aux souhaits de la personne incapable de discernement dans le contexte de la conclusion du contrat d'assistance (art. 382 al. 2 CC), ou en attribuant des droits de participation¹⁰⁸ au résident, en précisant que dans la mesure du possible, la personne incapable de discernement doit être associée au processus de décision concernant le traitement médical (art. 377 al. 3 CC), ou même en lui donnant un droit d'appeler par écrit l'autorité de protection, comme dans le cas des mesures limitant la liberté de mouvement (art. 385 al. 1 CC).

L'institution devra donc déterminer pour chaque décision à prendre si le résident possède une capacité de discernement suffisante pour donner son consentement personnellement¹⁰⁹. Si la réponse est positive, il n'y a pas de place pour une décision du représentant. Si la personne paraît être incapable de discernement, ses droits de participation devront néanmoins être respectés.

¹⁰⁴ ATF 134 II 235, c. 4.1; ATF 114 Ia 350, c. 7.

¹⁰⁵ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, *Personenrecht*, n. 07.74; BIGLER-EGGENBERGER, *BaK*, n. 41 *ad* art. 19 aCC.

¹⁰⁶ WERRO/SCHMIDLIN, *CR CC I* n. 31 *ad* art. 19 aCC.

¹⁰⁷ GUILLOD, *Droit des personnes*, n. 105.

¹⁰⁸ SPRECHER, *FamPra.ch* 2011, p. 281 s.; MANAI, *Droits du patient*, p. 200 ss.

¹⁰⁹ Cf. ASSM, *Personnes en situation de handicap*, p. 8.

B. *Types de représentants en cas d'incapacité de discernement*

Premièrement, le nouveau droit prévoit la possibilité de désigner un représentant déjà avant la perte des capacités mentales nécessaires pour prendre des décisions juridiquement valables. Ce sont les nouveaux instruments du mandat pour cause d'incapacité (art. 360 ss CC) et des directives anticipées du patient (art. 370 ss CC).

Le mandat pour cause d'incapacité donne la possibilité à la personne encore en possession du plein exercice des droits civils de désigner une personne physique ou morale chargée de lui fournir une assistance personnelle (ce qui inclut des décisions concernant l'entrée en EMS ou en home et un traitement médical), de gérer son patrimoine et de la représenter dans les rapports juridiques avec les tiers, au cas où elle deviendrait incapable de discernement¹¹⁰.

Les directives anticipées du patient ont, par contre, une portée limitée : seules des instructions destinées au personnel soignant concernant des traitements et soins spécifiques peuvent être formulées. Les directives anticipées peuvent désigner, par ailleurs, un représentant thérapeutique, défini par la loi comme « une personne physique qui sera appelée à s'entretenir avec le médecin sur les soins médicaux à lui administrer et à décider en son nom au cas où elle deviendrait incapable de discernement » (art. 370 al. 2 CC).

Dans notre contexte, l'objectif de prolonger l'autonomie en relation avec la protection de la personnalité en cas de perte de la capacité de discernement est mieux réalisé par le mandat pour cause d'incapacité.

En deuxième lieu, c'est le curateur désigné par l'autorité de protection de l'adulte qui représente la personne concernée. La curatelle de représentation (art. 394 s. CC) et la curatelle de portée générale (art. 398 CC) entrent ici en considération. Toute incapacité durable de discernement par suite d'un handicap mental ou d'une démence ne doit pas mener automatiquement au prononcé d'une curatelle de portée générale¹¹¹. En règle générale, une curatelle de représentation suffira pour assurer la protection des intérêts de la personne incapable de discernement. L'autorité détermine dans ce cas les catégories de tâches confiées au curateur (art. 391 CC) et décide pour chacune de ces catégories, si la personne doit en plus être privée de l'exercice des droits civils¹¹².

En troisième lieu, si la personne concernée n'a pas utilisé les possibilités de désigner elle-même un représentant et si elle n'a pas de curateur, le nouveau droit prévoit des normes renforçant la position des proches. L'art. 378 CC

¹¹⁰ GEISER, CommFam, n. 1 *ad* art. 360 CC.

¹¹¹ MEIER, CommFam, n. 7 *ad* art. 394 CC.

¹¹² MEIER, CommFam, n. 9 s. *ad* art. 394 CC.

contient une liste de personnes détenant, de par la loi, un pouvoir de représentation dans le domaine médical. Sont habilités à représenter la personne incapable de discernement pour consentir ou non aux soins médicaux, dans l'ordre suivant : son conjoint ou son partenaire enregistré ; la personne qui fait ménage commun avec elle ; ses descendants ; ses père et mère ; ses frères et sœurs. Toutes ces personnes doivent fournir une assistance personnelle régulière à la personne concernée si elles veulent exercer ce droit de représentation.

C. Représentation dans le contexte de la protection de la personnalité dans un EMS

Tous ces représentants sont-ils habilités à représenter la personne incapable de discernement résidant en EMS pour tous les actes nécessaires pour la défense de ses droits de la personnalité ?

Concernant le consentement dans le domaine médical, c'est-à-dire la représentation de la personne incapable de discernement dans des décisions liées à des traitements médicaux et des soins infirmiers, la loi prévoit une cascade de représentants possibles (art. 378 CC). La loi spécifie l'ordre suivant : en premier lieu le mandataire d'inaptitude, puis le représentant thérapeutique, en troisième lieu le curateur désigné par l'autorité de protection de l'adulte, enfin les proches dans l'ordre déjà énuméré en commençant par le conjoint ou le partenaire enregistré¹¹³.

Pour la conclusion, la modification et la résiliation du contrat d'assistance, la loi renvoie à ces mêmes dispositions sur la représentation dans le domaine médical (art. 382 al. 3 CC), contrairement aux règles générales.

Pour les actions résultant d'une atteinte illicite à la personnalité, comme les actions défensives des articles 28a et 28b CC, l'action en dommages-intérêts, l'action en réparation du tort moral, et toute autre action basée sur les prétentions contractuelles, seul un mandataire d'inaptitude (art. 360 ss CC)¹¹⁴ ou un curateur dans le cadre d'une curatelle de représentation (art. 394 CC)¹¹⁵ ou d'une curatelle de portée générale (art. 398 CC)¹¹⁶ pourra représenter la personne concernée.

¹¹³ Pour les détails cf. GUILLOD/HERTIG PEA, *CommFam*, n. 7 ss *ad* art. 378 CC.

¹¹⁴ GEISER, *CommFam*, n. 12 ss *ad* art. 365 CC.

¹¹⁵ MEIER, *CommFam*, n. 15 ss *ad* art. 394 CC.

¹¹⁶ MEIER, *CommFam*, n. 16 ss *ad* art. 398 CC.

VI. Conclusion

Nous aimerions conclure par des observations concernant le rôle du droit civil dans l'ensemble du dispositif de protection au centre de cette contribution, et les obstacles à la réalisation des prétentions civiles dans la pratique. Nous pouvons d'abord constater que de nombreux mécanismes de contrôle, de défense et de réparation en cas d'atteintes à la personnalité de résidents en EMS sont en place. Le fait qu'une partie de ces instruments étaient déjà disponibles avant l'entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de l'adulte, notamment les prétentions contractuelles et délictuelles, sans qu'aucune trace visible dans la jurisprudence publiée prouve que ces mécanismes soient utilisés dans la pratique, donne à réfléchir.

Comment expliquer le décalage entre une problématique de maltraitance dans les institutions suisses, constatée par les professionnels de la santé¹¹⁷, et l'absence de pratique juridique assurant la prévention et la réparation de ces atteintes par le biais du droit civil ? Le problème est apparemment de nature générale : la personne nécessitant le plus des droits protecteurs est celle qui a le moins de ressources pour en faire usage. A cause de ses problèmes de santé, la personne incapable de discernement n'a pas la capacité de faire valoir elle-même ses prétentions civiles¹¹⁸. Il est donc d'autant plus déplorable que le mécanisme prévoyant une activité d'office d'une autorité, la surveillance cantonale selon l'art. 387 CC, ait été réglé de manière peu concrète.

Reste à souligner le rôle primordial des mandataires privés et officiels dans l'exercice des droits découlant de la protection de la personnalité des personnes incapables de discernement résidant en institution, tâche qui fait partie du devoir de diligence des mandataires¹¹⁹. Il revient aussi à l'autorité de protection de l'adulte compétente de garantir que la représentation des intérêts d'une personne vulnérable soit assurée d'une manière efficace¹²⁰. Finalement, le dispositif de protection décrit dans cette contribution a d'autant plus de chances de succès que les proches font usage de leurs droits d'en appeler à l'autorité de protection de l'adulte¹²¹.

¹¹⁷ ROULET SCHWAB/RIVOIR, *Maltraitance*, p. 11 ss.

¹¹⁸ Ceci est une grande différence par rapport à la protection de la personnalité du travailleur selon l'art. 328 CO.

¹¹⁹ Cf. art. 365, 413 al. 1 et 456 CC; MEIER/LUKIC, p. 171, note 422.

¹²⁰ Cf. notamment les art. 368, 386 al. 2, 389 s. et 400 al. 3 CC.

¹²¹ Cf. notamment les art. 368 al. 2, 381 al. 3, 385 al. 1, 390 al. 3, 419 CC; STETTLER, *Mélanges PERRIN*, p. 115 ss.

VII. Bibliographie

- Académie Suisse des Sciences Médicales, Directives anticipées, Directives et recommandations médico-éthiques du 19 mai 2009, mise à jour 2012, www.samw.ch/fr/Ethique/Directives/actualite.html consulté le 5 février 2014 (cité : ASSM, Directives anticipées)
- Académie Suisse des Sciences Médicales, Prise en charge des patientes et patients en fin de vie, Directives et recommandations médico-éthiques du 25 novembre 2004, mise à jour 2012, www.samw.ch/fr/Ethique/Directives/actualite.html consulté le 5 février 2014 (cité : ASSM, Fin de vie)
- Académie Suisse des Sciences Médicales, Traitement et prise en charge des personnes âgées en situation de dépendance, Directives et recommandations médico-éthiques du 18 mai 2004, mise à jour 2013, révision totale prévue, www.samw.ch/fr/Ethique/Directives/actualite.html consulté le 5 février 2014 (cité : ASSM, Personnes âgées)
- Académie Suisse des Sciences Médicales, Traitement médical et prise en charge des personnes en situation de handicap, Directives et recommandations médico-éthiques du 20 mai 2008, mise à jour 2012, www.samw.ch/fr/Ethique/Directives/actualite.html consulté le 5 février 2014 (cité : ASSM, Personnes en situation de handicap)
- Christof BERNHART, *Handbuch der fürsorgerischen Unterbringung*, Bâle 2011 (cité : BERNHART, *Handbuch FU*)
- Margrith BIGLER-EGGENBERGER, *in* ZGB I, Basler Kommentar, Heinrich HONSELL, Nedim PETER VOGT, Thomas GEISER (éd.), 4^e éd., Bâle 2010 (cité : BIGLER-EGGENBERGER, BaK)
- Philip R. BORNHAUSER/Arnold F. RUSCH, *Korrektiv zur Freizeichnung von der Hilfspersonenhaftung*, PJA 2010, p. 1228 ss (cité : BORNHAUSER/RUSCH, PJA 2010)
- Peter BREITSCHMID, *in* Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Peter BREITSCHMID et Alexandra RUMO-JUNGO (éd.), Zurich 2012 (cité : BREITSCHMID, CHK)
- Peter BREITSCHMID/Daniel STECK/Caroline WITTEW, *Der Heimvertrag, in La pratique du droit de la famille 2009*, p. 867 ss (cité : BREITSCHMID/STECK/WITTEW, FamPra.ch 2009)
- Andreas BUCHER, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 5^e éd., Bâle 2009 (cité : BUCHER, Personnes physiques)

- Claudia COOPER/Amber SELWOOD/Gill LIVINGSTON, *The prevalence of elder abuse and neglect : a systematic review*, in 37 (2) *Age and Ageing* 2008, p. 151 ss (cité : COOPER/SELWOOD/LIVINGSTON, *Age and Ageing* 2008)
- COPMA, *Droit de la protection de l'adulte. Guide pratique (avec des modèles)*, Zurich/St-Gall 2012 (cité : COPMA, *Guide pratique*)
- Michelle COTTIER, in *Protection de l'adulte*, Audrey LEUBA, Martin STETTLER, Andrea BÜCHLER et Christoph HÄFELI (éd.), Berne 2013 (cité : COTTIER, *CommFam*)
- Jean-Philippe DUNAND, in *Commentaire du contrat de travail*, Jean-Philippe DUNAND et Pascal MAHON (éd.), Berne 2013 (cité : DUNAND, *Contrat de travail*)
- Patrick FASSBIND, *Erwachsenenschutz*, Zurich 2012 (cité : FASSBIND, *Erwachsenenschutz*)
- Patrick FASSBIND, in *Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Jolanta KREN KOSTKIEWICZ, Peter NOBEL, Ivo SCHWANDER et Stephan WOLF (éd.), 2^e éd., Zurich 2011 (cité : FASSBIND, OFK)
- Walter FELLMANN, 3. Kapitel : Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, in *Arztrecht in der Praxis*, Moritz W. KUHN et Tomas POLEDNA (éd.), 2^e éd., Zurich 2007, p. 103 ss (cité : FELLMANN, *Arztrecht*)
- Thomas GEISER, in *Protection de l'adulte*, Audrey LEUBA, Martin STETTLER, Andrea BÜCHLER et Christoph HÄFELI (éd.), Berne 2013 (cité : GEISER, *CommFam*)
- Gemeinderat der Stadt Zürich, *Pflegezentrum Entlisberg : Bericht der GPK über Vorkommnisse um mutmassliche Übergriffe von Pflegepersonen an Bewohnerinnen und Bewohnern des Pflegezentrums Entlisberg GR-Nr. 2009/106*, Zurich 17 mai 2010 (cité : Gemeinderat Zürich, *GPK Bericht Entlisberg*)
- Olivier GUILLOD, *Droit des personnes*, 2^e éd., Neuchâtel 2010 (cité : GUILLOD, *Droit des personnes*)
- Olivier GUILLOD/Agnes HERTIG PEA, in *Protection de l'adulte*, Audrey LEUBA, Martin STETTLER, Andrea BÜCHLER et Christoph HÄFELI (éd.), Berne 2013 (cité : GUILLOD/HERTIG PEA, *CommFam*)
- Christoph HÄFELI, *Grundriss zum Erwachsenenschutzrecht. Mit einem Exkurs zum Kinderschutz*, Berne 2013 (cité : HÄFELI, *Grundriss*)
- Heinz HAUSHEER/Regina E. AEBI-MÜLLER, *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 3^e éd., Berne 2012 (cité : HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, *Personenrecht*)

- Cyril HEGNAUER, *Struktur der vormundschaftlichen Aufsicht*, RDT 2003, p. 361 s
- Christian HUBER, *Haftung für Pflegefehler*, PJA 2011, p. 371 ss
- Evelyn HUBER/Heinz RÜEGGER, *Gerontologische, pflegerische und ethische Aspekte bei der Umsetzung des Erwachsenenschutzrechtes*, *Pflegerecht* 2013, p. 2 ss
- Anouchka HUBERT-FROIDEVAUX, in *Commentaire du droit des successions*, Antoine Eigenmann *et al.* (éd.), Berne 2012 (cité : HUBERT-FROIDEVAUX, *Commentaire successions*)
- Nicolas JEANDIN/Aude PEYROT, in *Code civil I*, Pascal PICHONNAZ et Bénédicte FOËX (éd.), Bâle 2010 (cité : JEANDIN/PEYROT, CR CC I)
- Etienne G. KRUG *et al.*, *Rapport mondial sur la violence et la santé*, Organisation mondiale de la santé, Genève 2002 (cité : KRUG *et al.*, *Rapport violence*)
- Hardy LANDOLT, *Sturzproblematik aus juristischer Sicht*, *Pflegerecht* 2013, p. 14 ss
- Audrey LEUBA/Céline TRITTEN, *La protection de la personne incapable de discernement séjournant en institution*, RDT 2003, p. 284 ss (cité : LEUBA/TRITTEN, RDT 2003)
- Audrey LEUBA/Micaela VAERINI, in *Protection de l'adulte*, Audrey LEUBA, Martin STETTLER, Andrea BÜCHLER et Christoph HÄFELI (éd.), Berne 2013 (cité : LEUBA/VAERINI, *CommFam*)
- Dominique MANAI, *Droits du patient et biomédecine*, 2^e éd., Berne 2013 (cité : MANAI, *Droits du patient*)
- Philippe MEIER, in *Protection de l'adulte*, Audrey LEUBA, Martin STETTLER, Andrea BÜCHLER et Christoph HÄFELI (éd.), Berne 2013 (cité : MEIER, *CommFam*)
- Philippe MEIER, *Résumé de jurisprudence (filiation et protection de l'adulte) novembre 2012 à février 2013*, in *RMA* 2013, p. 79 ss (cité : MEIER, *RMA* 2013)
- Philippe MEIER/Suzana LUKIC, *Introduction au nouveau droit de la protection de l'adulte*, Genève/Zurich/Bâle 2011 (cité : MEIER/LUKIC)
- Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) du 28 juin 2006, FF 2006 6635 ss (cité : Message protection de l'adulte)

- Peter MÖSCH PAYOT, *in* Das neue Erwachsenenschutzrecht, Daniel ROSCH, Andrea BÜCHLER et Dominique JAKOB (éd.), Bâle 2011 (cité : MÖSCH PAYOT, Erwachsenenschutzrecht)
- Office fédéral de la santé publique OFSP, Rapport au Conseil fédéral sur la concrétisation de la stratégie fédérale en matière de qualité dans le système de santé, Berne, 25 mai 2011 (cité : OFSP, Rapport qualité)
- Organisation mondiale de la Santé, Maltraitance des personnes âgées, Aide-mémoire N°357, Août 2011 (OMS, Aide-mémoire n°357)
- Tomas POLEDNA/Kerstin Noëlle VOKINGER, Die freie Arztwahl in Alters- und Pflegeheimen – Herausforderungen aufgrund des neuen Erwachsenenschutzrechts, *Pflegerecht* 2013, p. 66 ss (cité : POLEDNA/VOKINGER, *Pflegerecht* 2013)
- Qualivista, Leistungsanforderungen und -bewertung in Alters- und Pflegeheimen der Kantone Basel-Stadt, Basel-Landschaft und Solothurn, mars 2012, <http://www.langzeitpflege-bs.ch/infos/grundangebot/> consulté le 24 février 2014 (cité : Qualivista)
- Lukas RADBRUCH/Sheila PAYNE *et al.*, White Paper on Standards and Norms for Hospice and Palliative Care in Europe, *European Journal Of Palliative Care* 2009, 16(6), p. 278 ss (part 1); 2010, 17(1), p. 22 ss (part 2) (cité : RADBRUCH/PAYNE *et al.*, *European Journal Of Palliative Care* 2009)
- Manfred REHBINDER/Jean-Fritz STÖCKLI, Berner Kommentar: Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR, Berne 2010 (cité : REHBINDER/STÖCKLI, BK Arbeitsvertrag)
- Delphine ROULET SCHWAB/Anna RIVOIR, Maltraitance des personnes âgées. Représentation et gestion de la problématique dans les institutions, Lausanne 2011, <http://www.alter-ego.ch/> consulté le 24 février 2014 (cité : ROULET SCHWAB/RIVOIR, Maltraitance)
- sanaCERT suisse, Schweizerische Stiftung für die Zertifizierung der Qualitätssicherung im Gesundheitswesen, Manual für die Selbst- und Fremdbewertung, Normative Grundlage für die Zertifizierung der Qualitätssicherung und Qualitätsförderung in Langzeitpflegeeinrichtungen Version 6.0, Berne 2012 (cité : sanaCERT suisse, Qualitätssicherung)
- Hermann SCHMID, Erwachsenenschutz, Kommentar zu Art. 360-456 ZGB, Zurich/Saint-Gall 2010 (cité : SCHMID, Erwachsenenschutz)
- Monika SCHRÖTTLE *et al.*, Lebenssituation und Belastungen von Frauen mit Beeinträchtigungen und Behinderungen in Deutschland, Kurzfassung, Berlin 2013 (cité : SCHRÖTTLE, Frauen mit Beeinträchtigungen)

- Dinesh SETHI *et al.*, European report on preventing elder maltreatment, WHO Regional Office for Europe, Copenhagen 2011, <http://www.euro.who.int/en/health-topics/Life-stages/healthy-ageing/publications/2011/european-report-on-preventing-elder-maltreatment> consulté le 24 février 2014 (cité : SETHI *et al.*, European report)
- Franziska SPRECHER, Patientenrechte Urteilsunfähiger. Veto- und Partizipationsrechte Urteilsunfähiger in medizinischen Angelegenheiten und ihre (spezialgesetzliche) Regelung im schweizerischen Recht, *in* La pratique du droit de la famille 2011, p. 270 ss (cité : SPRECHER, FamPra.ch 2011)
- Daniel STECK, *in* Erwachsenenschutz, Basler Kommentar, Thomas GEISER et Ruth REUSSER (éd.), Bâle 2012 (cité : STECK, BaK ZGB-Erwachsenenschutz)
- Paul-Henri STEINAUER/Christiana FOUNTOULAKIS, Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte, Berne 2014
- Martin STETTLER, La référence aux proches dans le droit actuel et futur de la protection des adultes, *in* Pour un droit pluriel : Mélanges Jean-François PERRIN, Jean KELLERHALS, Dominique MANAI et Robert ROTH (éd.), Genève/Bâle/Munich 2002, p. 109 ss (cité : STETTLER, Mélanges PERRIN)
- Luc THÉVENOZ, *in* Code des obligations I, Luc THÉVENOZ et Franz WERRO (éd.), Bâle 2012 (cité : THÉVENOZ, CR CO I)
- Céline TRITTEN HELBLING, La protection juridique de la personne âgée victime de maltraitance en institution, Bâle 2013 (cité : TRITTEN HELBLING, Maltraitance)
- Micaela VAERINI, *in* Protection de l'adulte, Audrey LEUBA, Martin STETTLER, Andrea BÜCHLER et Christoph HÄFELI (éd.), Berne 2013 (cité : VAERINI, CommFam)
- Franz WERRO, *in* Code des obligations I, Luc THÉVENOZ et Franz WERRO (éd.), Bâle 2012 (cité : WERRO, CR CO I)
- Franz WERRO/Irène SCHMIDLIN, *in* Code civil I, Pascal PICHONNAZ et Bénédicte FOËX (éd.), Bâle 2010 (cité : WERRO/SCHMIDLIN, CR CC I)
- Aileen WIGLESWORTH *et al.*, Screening for Abuse and Neglect of People with Dementia, 58(3) Journal of the American Geriatrics Society 2010, p. 493 ss (cité : WIGLESWORTH *et al.*, Journal of the American Geriatrics Society 2010)