

LES INSTRUMENTS DE PLANIFICATION EN VUE D'UNE ÉVENTUELLE INCAPACITÉ DE DISCERNEMENT

Mémoire de Maîtrise de droit civil et pénal
dans le cadre du séminaire semestriel « les divers instruments de planification du
patrimoine de la famille »

Sous la direction de
Professeure Audrey LEUBA
Et
Madame Claire DORNIER

Semestre de printemps 2019
Année académique – 2018/2019

TABLE DES MATIÈRES

TABLE DES MATIÈRES	II
TABLE DES ABRÉVIATIONS	III
I. INTRODUCTION	1
II. L'INCAPACITÉ DE DISCERNEMENT	2
2.1. DEFINITION	2
2.2. ENJEUX EN MATIERE DE PLANIFICATION DU PATRIMOINE	3
III. LES PRINCIPAUX INSTRUMENTS	4
3.1. DES INSTRUMENTS LEGAUX ET CONTRACTUELS	4
3.1.1. <i>La représentation volontaire (art. 32 CO)</i>	4
3.1.2. <i>Le contrat de mandat ordinaire (art. 394 ss CO)</i>	5
3.1.3. <i>La représentation dans l'institution du mariage</i>	7
3.1.3.1. De l'union conjugale (art. 166 CC)	7
3.1.3.2. De l'époux incapable de discernement (art. 374 CC)	8
3.2. LE MANDAT POUR CAUSE D'INAPTITUDE (MCI)	9
3.2.1. <i>Notion et nature juridique</i>	9
3.2.2. <i>Conditions de mise en place du MCI</i>	11
3.2.3. <i>Mise en œuvre du MCI in concreto</i>	12
3.2.4. <i>Droits et obligations du mandataire</i>	13
3.2.4.1. Tâches confiées	13
3.2.4.2. Problématique du conflit d'intérêt	14
3.2.4.3. Responsabilité	15
3.2.4.4. Rémunération	15
3.2.5. <i>Rôle et devoirs de l'autorité de protection de l'adulte</i>	15
3.2.6. <i>Fin du MCI</i>	17
3.3. LA CURATELLE	18
3.3.1. <i>Généralités</i>	18
3.3.2. <i>La curatelle de représentation (art. 394 CC) et la curatelle de représentation avec gestion (art. 395 CC) 20</i>	
3.3.3. <i>La curatelle de portée générale en tant qu'ultima ratio (art. 398 CC)</i>	21
3.4. CRITIQUE DES INSTRUMENTS	21
IV. ASPECTS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ	24
4.1. LA SOLUTION PREVUE PAR LA LDIP	24
4.2. LA CLAH DU 13 JANVIER 2000 SUR LA PROTECTION INTERNATIONALE DES ADULTES	24
4.2.1. <i>Champ d'application matériel et personnel</i>	24
4.2.2. <i>Compétence et loi applicable</i>	25
V. CONCLUSION	26
VI. BIBLIOGRAPHIE	28
6.1. DES TRAITES ET MANUELS	28
6.2. DES COMMENTAIRES	29
6.3. DES OUVRAGES COLLECTIFS	30
6.4. REVUES OU PERIODIQUES	32
6.5. TEXTES OFFICIELS	33
6.6. AUTRES SOURCES	34
VII. ANNEXE 1 : DECLARATION SIGNEE DE NON-PLAGIAT	35
VIII. ANNEXE 2 : INTERVIEW SUR LA MISE EN ŒUVRE CONCRÈTE DU MANDAT POUR CAUSE D'INAPTITUDE, ME ARIANE MICHELLOD BERNEY, ÉTUDE D'AVOCATS SCHELLENBERG WITTMER SA	36

TABLE DES ABRÉVIATIONS

al.	Alinéa(s)
APA	Autorité de protection de l'adulte
art.	Article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210)
CLaH 2000	Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes (CLaH 2000 ; RS 0.211.232.1), entrée en vigueur pour la Suisse le 1 ^{er} juillet 2009
CO	Code des obligations du 30 mars 1911 (CO ; RS 220)
consid.	Considérant(s)
CST	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (CST ; RS 101)
éd.	Édition
édit.	Éditeur(s)
FF	Feuille fédérale de la Confédération suisse
JdT	Journal des Tribunaux
LDIP	Loi sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (LDIP ; RS 291)
let.	Lettre(s)
MCI	Mandat pour cause d'inaptitude
N	Numéro
OGPCT	Ordonnance sur la gestion du patrimoine dans le cadre d'une curatelle ou d'une tutelle (OGPCT ; RS 211.223.11)
p.	Page(s)
RS	Recueil systématique du droit fédéral
ss	(et) Suivants
TF	Tribunal fédéral

I. INTRODUCTION

« Qui souhaite se projeter dans un avenir où quelqu'un d'autre décide à sa place ? Personne »¹. Ainsi, il est essentiel d'allier les domaines de la protection de l'adulte, afin de régir la situation d'une personne qui devient à terme potentiellement incapable de discernement, et de la planification du patrimoine, pour pouvoir ainsi s'assurer d'une gestion totale et efficace de ses intérêts et de ses biens. Cette combinaison est d'autant plus intéressante qu'une réforme du droit de la tutelle intitulée « droit de la protection de l'adulte » est entrée en vigueur dans le Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210) le 1^{er} janvier 2013, ouvrant de nouvelles perspectives en matière de planification du patrimoine. Cette présente contribution allie ainsi protection de l'adulte et planification du patrimoine et tente d'analyser la manière dont ces deux aspects du droit s'épousent.

En effet, notre réflexion se centre sur la question de savoir quels sont les instruments les plus adaptés en droit suisse permettant d'appréhender une éventuelle incapacité de discernement dans le domaine de la planification du patrimoine. Cette réforme, qui dépeint un plaidoyer de la protection des personnes privées de leurs facultés d'agir raisonnablement² et notamment les possibilités de gestion de leur patrimoine à titre de planification, a pour objectif premier le renforcement du principe d'auto-détermination³. De ce fait, nous verrons comment, et à l'aide de quels instruments, une personne peut pleinement gérer son patrimoine, avoir sa maîtrise, prendre des directives, désigner un mandataire et ainsi anticiper son incapacité de discernement⁴. Si plusieurs instruments⁵ (*infra*. 3.1.) apportent des éléments de réponses à cette problématique complexe, le mandat pour cause d'inaptitude⁶ (ci-après : MCI) est le cœur de notre réflexion. Compris dans les mesures personnelles anticipées⁷, il est une révolution dans le domaine de la gestion du patrimoine de la personne (*infra*. 3.2). Il répond également à un deuxième objectif majeur de la réforme : diminuer l'intervention de l'État et renforcer celle de la sphère familiale⁸, tendance que le législateur a perçue dans la société actuelle, visant à favoriser l'aide des proches⁹, autant que possible. Enfin, il est important de mentionner que cette réforme a permis d'augmenter les moyens proposés et la flexibilité des instruments à disposition, de mettre en place

¹ WÜRSCH, Revue UFA, p. 12.

² VAERINI, Protection des adultes, p. 471.

³ MEIER, Protection de l'adulte, N 33 ; FF 2006 6635, p. 6645 ; GUILLOD, Droit des personnes, N 226.

⁴ MEIER, Perte de discernement, N 4.

⁵ MEIER, Perte de discernement, N 17.

⁶ FF 2006 6635, p. 6646 ; Rapport, p. 10.

⁷ GUILLOD, Réforme, N 23 ; FF 2006 6635, p. 6645.

⁸ GUILLOD, Réforme, N 13 ; MEIER, Protection de l'adulte, N 35 ; FF 2006 6635, p. 6647.

⁹ MEIER, Protection de l'adulte, N 35.

des « mesures sur mesure »¹⁰, afin de mieux répondre aux besoins des personnes à protéger, but ambitieux mais semblant avoir été globalement atteint à notre sens. Toutefois, malgré le principe de proportionnalité des mesures, l'État doit toutefois prendre en charge certaines personnes en instituant une mesure de curatelle en leur faveur¹¹, conséquence d'une non-anticipation de l'incapacité de discernement dont souffre la personne (*infra*. 3.3.). Cette analyse aboutira ainsi par une esquisse de l'état actuel de la protection du patrimoine de la personne incapable de discernement en droit international privé du point de vue de la Suisse¹², après avoir passé en revue les différents instruments de gestion de patrimoine d'une personne incapable de discernement, proportionnellement à l'ampleur de la prise en charge nécessaire.

II. L'INCAPACITÉ DE DISCERNEMENT

2.1. Définition

La notion d'incapacité de discernement est au centre de notre problématique. Elle revêt une importance particulière dans le domaine de la protection de l'adulte et de planification du patrimoine, et mérite ainsi une délimitation claire. Définie comme la faculté d'agir raisonnablement¹³, la notion de capacité de discernement est régie à l'art. 16 CC. Elle constitue une des composantes de l'exercice des droits civils¹⁴, avec les conditions de la majorité régie à l'art. 13 CC et l'absence de mesures restreignant l'exercice des droits civils, tel que la curatelle de portée générale énoncée à l'art. 17 CC¹⁵. La capacité de discernement est présumée¹⁶ et comporte un élément intellectuel et un élément volitif, tous deux cumulatifs¹⁷. Le premier consiste en la faculté de comprendre et d'appréhender une situation, afin de prendre une décision ou de se forger une opinion révélant une réflexion consciente, et non altérée¹⁸. La composante volitive à son tour dénote une volonté éclairée et non influencée¹⁹ dans le cadre d'une prise de décision ou d'une action. La loi énumère exhaustivement, à l'art. 16 CC, les causes d'incapacité de discernement : le jeune âge, la déficience mentale, les troubles psychiques, l'ivresse ainsi que d'autres cas semblables d'états physiologiques temporaires, si bien qu'une personne étant privée de

¹⁰ MEIER, Protection de l'adulte, N 42 ; FF 2006 6635, p. 6650.

¹¹ GUILLOD, Droit des personnes, N 299.

¹² BUCHER, Protection internationale des adultes, p. 63.

¹³ GUILLOD, Droit des personnes, N 105 ; ROSCH, p. 93.

¹⁴ GUILLOD, Droit des personnes, N 101 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS N 76.

¹⁵ AFFOLTER/BIDERBOST/HÄFELI/LANGENEGGER/MEIER/ROSCH/VOGEL/WIDER/ZINGARO, N 1.25.

¹⁶ ROSCH, p. 94 ; GUILLOD, Droit des personnes, N 108 ; STETTLER (Mélanges), N 287.

¹⁷ STETTLER (Mélanges), N 280 ; MEIER, Perte de discernement, N 7.

¹⁸ GUILLOD, Droit des personnes, N 105 ; FF 2006 6635, p. 6645.

¹⁹ GUILLOD, Droit des personnes, N 105 ; MEIER/DE LUZE, N 97.

discernement pour une autre raison ne sera pas considérée comme juridiquement incapable de discernement²⁰.

En pratique, diverses méthodes permettent un examen concret de la capacité de discernement, approuvées par l'Association suisse des sciences médicales et le forum Med Suisse, comme l'examen des fonctions cognitives, émotionnelles tels que l'attention, l'orientation, la mémoire, l'anxiété, la dépression, les délires ou l'impulsivité, par exemple²¹. De plus, il convient de préciser que la capacité de discernement ne peut être partielle à l'instar du droit pénal mais est une notion relative qui s'apprécie ainsi *in concreto*²², selon les circonstances. Une personne peut être capable de discernement pour des tâches quotidiennes ordinaires, mais dans l'incapacité psychique de gérer sa fortune, par hypothèse²³. Enfin, il appert, pour notre thématique, de mettre en lumière qu'au sens de l'art. 18 CC, les actes d'une personne incapable de discernement n'ont pas d'effets juridiques²⁴. Cette incapacité doit être présente au moment précis de l'acte en cause, les exigences de durée de l'incapacité dépendant de l'instrument en question²⁵. *Exempli gratia*, si l'instrument du mandat pour cause d'inaptitude n'exige pas de durée²⁶ d'incapacité, celui de la curatelle impose au moins une incapacité passagère et celui de la curatelle de portée générale une incapacité durable de discernement²⁷.

2.2. Enjeux en matière de planification du patrimoine

Dans un monde où l'espérance de vie augmente, tout comme, fréquemment, l'incapacité de discernement, de nouveaux défis surviennent pour le domaine de la protection de l'adulte²⁸ : une personne incapable de discernement se voit inapte à gérer son patrimoine, élément à notre sens pertinemment intime, de ce fait dépouillée de la maîtrise de ce dernier, et à terme, dépendante des autorités²⁹. Ainsi, l'objectif de la réforme de la protection de l'adulte et spécifiquement de la planification du patrimoine en prévision d'une incapacité de discernement est limpide : anticiper la gestion future de son patrimoine, notamment en désignant un représentant chargé de protéger ses

²⁰ GUILLOD, Droit des personnes, N 106 ; STETTLER, Mélanges, N 281.

²¹ Cadre général, p. 31.

²² STETTLER, Mélanges, N 281 ; MEIER, Perte de discernement, N 10.

²³ ROSCH, p. 94 ; MEIER/DE LUZE, N 102.

²⁴ GUILLOD, Droit des personnes, N 124.

²⁵ STETTLER, Mélanges, p. 283.

²⁶ CommFam-GEISER, art. 363 CC, N 9.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ MEIER, Perte de discernement, N 1 ; GUILLOD/HELLE, p. 291.

²⁹ FF 2006 6635, p. 6646 ; REVILLARD, N 2.

intérêts³⁰, avec pouvoir de décision sur la destinée de ses biens, de manière à être pleinement satisfait de ses choix, ainsi faits en connaissance de cause. La notion de « patrimoine » doit être ici interprétée de manière large et comprendre tant la fortune que les revenus³¹. En outre, par gestion du patrimoine, nous entendons « tout acte effectif ou juridique destiné à préserver ou accroître le patrimoine géré, ou à atteindre le but auquel il est destiné »³². Pour ce faire, divers instruments³³ demeurent à la disposition des personnes souhaitant transférer, en vue d'une incapacité de discernement à venir, la gestion de leur patrimoine et leur représentation vis-à-vis des tiers.

III. LES PRINCIPAUX INSTRUMENTS

3.1. Des instruments légaux et contractuels

Différents instruments permettent de gérer le patrimoine d'une personne et de la représenter. Il existe des instruments *de lege lata*, tels que la représentation au sein de l'union conjugale (*infra* 3.1.3.), et des instruments contractuels, comme la procuration (*infra* 3.1.1.) et le contrat de mandat ordinaire (*infra* 3.1.2). Le panel d'instruments à la disposition d'une personne en droit suisse, afin de représenter ou de protéger les intérêts d'autrui, est large. Nous tenterons ainsi de déterminer dans quelle mesure chacun d'eux interagit avec la naissance d'une incapacité de discernement et s'il y a une continuation possible de ces instruments, présents avant la réforme de la protection de l'adulte précédemment énoncée. Il s'agira de mettre en avant les limites de ces instruments et la nécessité d'allier la protection de l'adulte avec la planification du patrimoine, afin de trouver les instruments les plus adaptés à notre présente problématique.

3.1.1. La représentation volontaire (art. 32 CO)

Dans le cadre de la représentation volontaire, le représenté, désigne un autre justiciable, un représentant chargé de contracter avec une troisième personne, le tiers³⁴. Cet instrument de la procuration permet ainsi de déroger à la règle énonçant qu'un « acte juridique n'a d'effet que pour celui qui l'accomplit »³⁵. Notre réflexion est centrée ici sur la représentation volontaire³⁶, par opposition à la représentation légale analysée ultérieurement.

³⁰ FF 2006 6635, p. 6645.

³¹ STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 861.

³² KUHN/WIMMER, p. 176 ; FF 2006 6635, p. 6680.

³³ VAERINI, L'avocat de la personne âgée, N 209.

³⁴ BSK OR I-WATTER, art. 32, N 1.

³⁵ CR CO I-CHAPPUIS, art. 32 CO, N 1.

³⁶ ORK-JUNG, art. 32, N 21.

Dans cette configuration, le représenté octroie à cette personne les pouvoirs de le représenter de manière ponctuelle et pour des actes et missions précis³⁷. En outre, aucune forme n'est requise et les effets de cet instrument prennent fin dès la survenance de l'incapacité de discernement notamment, sous réserve d'une clause de post-perte de discernement³⁸, soit une clause énonçant effectivement la poursuite de la procuration en cas d'incapacité de discernement du représenté.

Si la procuration est un instrument utile et relativement facile d'utilisation à notre sens, il ne permet pas de satisfaire pleinement les besoins d'assistance d'une personne, dans le domaine de son patrimoine notamment aux vues de l'étroitesse de l'étendue des pouvoirs, et *a fortiori* en cas d'incapacité de discernement. Quand bien même une clause de continuation était prévue, le représentant se trouvera rapidement confronté à des obstacles concernant l'étroitesse des pouvoirs qui lui sont conférés, et à des incertitudes quant à ses obligations de représentant, une incapacité engendrant la nécessité d'une représentation durable et globale, inadaptée à la gestion du patrimoine tel que nous l'avons défini précédemment. Ainsi, cette solution n'est pas durable et n'est pas adéquate pour une gestion du patrimoine d'une personne incapable de discernement.

3.1.2. Le contrat de mandat ordinaire (art. 394 ss CO)

Le contrat de mandat dit « ordinaire » prévu aux art. 394 ss du Code des obligations du 30 mars 1911 (CO ; RS 220) se caractérise par le fait qu'un mandant octroie des pouvoirs à un mandataire, qui doit agir dans l'intérêt de ce premier contre rémunération³⁹, l'exception étant la gratuité du mandat⁴⁰. De nature contractuelle, l'étendue du mandat, à l'instar du pouvoir de représentation, est réglée en accord entre les parties, au sens de l'art. 396 al.1 CO⁴¹, ou à défaut déterminée selon la nature de l'affaire en cause. Notons que le mandataire, en plus de l'obligation de respect des instructions reçues, a l'obligation de traiter avec diligence la gestion des affaires du mandant (notamment, en cas de placement, en respectant les principes y relatifs énoncés aux art. 7 à 13 des Directives ABS⁴²). A l'image de la représentation volontaire, la naissance d'une incapacité de discernement du mandant met fin au mandat et de ce fait aux pouvoirs de représentation octroyés au mandataire⁴³, à moins que le contraire

³⁷ MEIER, Perte de discernement, N 17.

³⁸ MEIER, Perte de discernement, N 21 ; CR CO-CHAPPUIS, art. 35, N 10.

³⁹ CR CO-WERRO, art. 394, N 15.

⁴⁰ CR CO-WERRO, art. 394, N 38.

⁴¹ CR CO-WERRO, art. 394, N 2.

⁴² BIZZOZERO/FALLETTI, p. 196.

⁴³ MEIER, Perte de discernement, N 21.

n'ait été convenu⁴⁴, l'incapacité devant toutefois être durable pour éteindre le mandat ordinaire⁴⁵. La prolongation du mandat via une clause de continuation malgré l'incapacité de discernement du mandant, appelé dès lors « mandat trans-inaptitude »⁴⁶, est controversée en doctrine : certains auteurs, toutefois minoritaires, émettent l'idée que ce mandat n'est valable que pour l'hypothèse de la mort⁴⁷. A notre sens, ce type de mandat, tendant à poursuivre le mandat ordinaire précédemment établi, n'est pas sans inconvénient, étant donné qu'il aspire à se superposer au MCI, lui faisant perdre de son rayonnement.

Dans tous les cas, le droit de la protection de l'adulte a énoncé un art. 397a CO, de nature impérative, obligeant le mandataire à informer l'autorité de protection (ci-après : APA) en cas d'incapacité de discernement du mandant⁴⁸. Cette obligation relève du devoir général de diligence énoncé à l'art. 41 CO et de ce fait, incombe à toute personne proche du mandant, réalisant la perte de ses facultés et supposant un besoin de protection des intérêts du mandant, de prévenir l'APA⁴⁹. Si cette obligation ne met pas fin au mandat, l'autorité de protection de l'adulte pourra, si elle en ressent le besoin pour le bien de la personne à protéger, prononcer des mesures de protection de l'adulte, entrant potentiellement en conflit avec le précédent mandat⁵⁰.

De ce fait, la prolongation de ce mandat poserait à notre avis des problèmes de plusieurs ordres. Premièrement, le respect de la volonté du mandant deviendrait tâche ardue, étant dès lors incapable d'énoncer ses souhaits. De plus, les risques d'abus du mandataire auraient tendance à croître, le mandant n'étant de ce fait plus en mesure d'exercer un contrôle sur la gestion du patrimoine qu'effectue le mandataire. Enfin, entrant possiblement en conflit avec d'autres mesures de protection de l'adulte imposées *a posteriori*, comme énoncé précédemment, le mandat ordinaire ne serait utile que temporairement et verrait rapidement son efficacité diminuer à la venue de l'incapacité de discernement, à notre sens.

Aussi étonnant soit-il, la notion de capacité de discernement en lien avec la problématique de continuation ou non de la gestion par un tiers, mandataires ou non-contractuels, est selon nous très peu traitée en doctrine et en jurisprudence, bien qu'elle soit au cœur de ce domaine du droit. Ainsi,

⁴⁴ CR CO-WERRO, art. 405 I, N 1 ; WERRO/TOLOU, p. 7.

⁴⁵ MEIER, Perte de discernement, N 22.

⁴⁶ MEIER, Protection de l'adulte, N 382.

⁴⁷ MEIER, Perte de discernement, N 28.

⁴⁸ WERRO/TOLOU, p. 6 ; MEYER, p. 214.

⁴⁹ WERRO/TOLOU, p. 9.

⁵⁰ WERRO/TOLOU, p. 8.

nous mentionnons la gestion d'affaires sans mandat de l'art. 419 CO, qui est un autre type de gestion du patrimoine envisageable. Son activité doit être pratiquée de bonne foi, avec diligence et dans l'intérêt du tiers⁵¹. Toutefois, étant donné que rien n'indique de quelle manière cette gestion est traitée et régie une fois la venue de l'incapacité de discernement du maître, nous proposons et estimons judicieux d'appliquer les règles précédemment citées en cas d'incapacité de discernement du mandant, vu que cette gestion d'affaire n'est régie par aucun mandat ou autre contrat.

3.1.3. La représentation dans l'institution du mariage

Dans le contexte d'un mariage, les époux peuvent agir pour eux-mêmes et pour leur conjoint, créant ainsi une responsabilité solidaire, sans toutefois parler de représentation de l'union conjugale proprement dite, qui nécessiterait la personnalité juridique de cette union⁵². En outre, précisons que les partenaires enregistrés disposent d'un régime de représentation analogue⁵³. Avant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions sur le droit de la protection de l'adulte, les époux pouvaient uniquement se représenter juridiquement sur la base de l'art. 166 CC, en se voyant appliquer par analogie les règles de la gestion d'affaires des art. 419 ss CO⁵⁴. Est venue au du législateur l'idée d'étendre cette représentation limitée à une représentation du conjoint dans le cas où son époux devient incapable de discernement, permettant ainsi l'autonomie du couple sans intervention systématique de l'État. Pour clarifier ce sujet, traçons un aperçu comparatif de ces deux dispositions traitant de la représentation conjugale, l'art. 166 et l'art. 392 CC, afin de percevoir dans quelle mesure ces instruments sont aptes à planifier la gestion du patrimoine en vue de l'incapacité de discernement de l'époux.

3.1.3.1. De l'union conjugale (art. 166 CC)

Les époux, pour autant qu'ils vivent dans une communauté domestique et avec la pleine capacité civile, disposent d'un pouvoir légal de représentation concernant des actes ordinaires comme extraordinaires de la vie du couple⁵⁵, qui est un « droit strictement personnel inaliénable, intransmissible et non sujet à représentation »⁵⁶. Ainsi, le but de cette disposition vise une plus grande autonomie de la personne qui peut, seule, avec le consentement de son conjoint ou à défaut, du juge,

⁵¹ BSK OR I-WEBER, art. 32, N 2.

⁵² CR CC-LEUBA, art. 166, N 1 ; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY N 313.

⁵³ ComPra-BARRELET, art. 166, N 1.

⁵⁴ STETTLER, Revue, p. 373.

⁵⁵ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 318 ; CR CC-LEUBA, art. 166, N 1.

⁵⁶ CR CC-LEUBA, art. 166, N 4.

selon l'importance de l'acte, agir en son nom pour le compte de son époux⁵⁷. En effet, l'art. 166 al.1 CC autorise aux conditions précitées une représentation d'un conjoint pour les besoins courants, notamment les actes et coûts nécessaires à l'entretien usuel et quotidien du couple ou de la famille⁵⁸. Quant à la représentation extraordinaire traitée à l'art. 166 al.2 CC, sous réserve de l'acceptation par son conjoint capable de discernement, du juge ou en cas d'urgence, l'époux peut traiter des affaires importantes du couple⁵⁹, par lesquelles on entend les actes sortant du champ de l'art. 166 al.1 CC.

Cette disposition ne permet toutefois pas de représenter un époux incapable de discernement, sauf de manière peu systématique, en usant ponctuellement de la notion d'urgence⁶⁰ prévue par la gestion d'affaire sans mandat de l'art. 419 CO⁶¹. Cet instrument, à lui seul, n'est pas envisageable afin de régir le patrimoine d'une personne incapable de discernement.

3.1.3.2. De l'époux incapable de discernement (art. 374 CC)

Le pouvoir conféré à l'époux précité s'élargit dans le cadre de l'art. 374 CC, qui confère un pouvoir de représentation d'un époux pour son conjoint incapable de discernement. Il entend ainsi transférer la gestion et représentation quotidienne des besoins personnels et matériels du conjoint, même s'ils n'ont aucun lien avec la famille⁶². Cette mesure s'intègre dans le catalogue des mesures appliquées de plein droit, introduite lors de la réforme de la protection de l'adulte précédemment citée. Le législateur a eu pour but d'éviter le recours systématique à l'APA dans le cas d'un conjoint incapable de discernement⁶³.

Ce pouvoir présuppose que l'époux incapable de discernement n'ait pas constitué de mandat pour cause d'inaptitude ou de curatelle et que son époux⁶⁴ fasse ménage commun avec lui ou lui fournisse une assistance personnelle régulière, au sens de l'alinéa 1⁶⁵. L'alinéa 2 énonce l'étendue du pouvoir de représentation, notamment l'administration ordinaire de ces biens et revenus, étant précisé à l'alinéa 3 que le consentement de l'APA est requis pour les actes relevant d'une administration extraordinaire des biens⁶⁶, à l'instar de l'art. 166 al.2 CC. Notons que sont considérés comme actes extraordinaires,

⁵⁷ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 313.

⁵⁸ ComPra-BARRELET, art. 166, N 19.

⁵⁹ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 336a.

⁶⁰ ATF 95 II 93, JdT 1970 I 330, p. 331.

⁶¹ CR CO-LCHAT, art. 419, N 13.

⁶² DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 335 ; ComPra-BARRELET, art. 166, N 42.

⁶³ FF 2006 6635, p. 6668.

⁶⁴ Respectivement son partenaire enregistré.

⁶⁵ ComPra-BARRELET, art. 166, N 38 ; BONETTI, p. 457 ; NOSER/ROSCH, p. 39.

⁶⁶ Recommandations, p. 293 ; ComPra-BARRELET, art. 166, N 38 ; VAERINI, L'avocat de la personne âgée, N 210.

des actes économiques importants, durables ou définitifs⁶⁷. Il est toutefois d'usage d'observer que dans le cas d'une incapacité durable de discernement, l'APA favorisera une curatelle ou une mesure analogue plus favorable à l'époux incapable de discernement, et moins pesante pour son conjoint⁶⁸.

Cet instrument, s'il exige que l'adulte incapable de discernement soit marié, est pour nous la première solution absolument suffisante à elle-même, répondant à notre objectif de gestion du patrimoine d'une personne incapable de discernement. En réalité, comme nous l'a soumis Me MICHELLOD BERNEY, cette solution convient totalement à un couple ne possédant pas un patrimoine trop imposant, avec relativement peu de transaction et surtout des époux s'entendant suffisamment, le conjoint capable de discernement connaissant les volontés de l'époux incapable de discernement⁶⁹. Cet article représente un trait d'union particulièrement intéressant entre les différentes solutions de représentation à notre sens, permettant une plus grande flexibilité et liberté aux époux, et nous le conseillons grandement.

3.2. Le mandat pour cause d'inaptitude (MCI)

3.2.1. Notion et nature juridique

« Mieux vaut avoir tout prévu à l'avance ! »⁷⁰, énonçait Jean-Raphaël FONTANNAZ, porte-parole d'UBS. C'est tout l'enjeu de l'instrument du MCI, par lequel le mandant, disposant de sa capacité de discernement, désigne et charge par avance un mandataire (une personne physique ou morale⁷¹, déterminée ou *a minima* déterminable⁷²) de lui fournir une assistance personnelle, de le représenter dans ses relations juridiques avec les tiers ou encore de gérer son patrimoine. Ces instructions prennent effet et le mandat devient de ce fait exécutoire, dès que le mandant devient incapable de discernement, au sens des art. 360 ss CC⁷³. Ainsi, nous allons analyser si ce MCI est un instrument adapté à notre problématique et quelles sont ses limites.

Si MEIER favorise un mandat confié à une personne morale pour la longévité de l'instrument, nous pensons qu'une personne physique, notamment un proche de confiance, souvent sentimentalement

⁶⁷ VAERINI, L'avocat de la personne âgée, N 211.

⁶⁸ GUILLOD, Droit des personnes, N 285 ; STETTLER, Revue, p. 374.

⁶⁹ Me MICHELLOD BERNEY, Annexe 2, question 2.

⁷⁰ FONTANNAZ Jean-Raphaël, <https://www.letemps.ch/economie/mieux-vaut-prevu-lavance>, (19.05.2018).

⁷¹ MEIER, Perte de discernement, N 47 ; CommFam-GEISER, art. 360 CC, N 1.

⁷² STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 851.

⁷³ LEUBA, Mandat pour cause d'inaptitude, p. 28 ; FF 2006 6635, p. 6636.

plus lié au mandant, sera plus à même de respecter ses choix. De plus, le mandataire n'étant pas soumis au contrôle du mandant, de par la nature même du MCI, il est selon nous essentiel d'établir un rapport de confiance entre les parties. Me MICHELLOD BERNEY propose que ce mandataire de confiance puisse s'adjoindre, par convention, à l'aide de professionnels, ce qui permettrait une gestion de qualité sans risquer de faire face à la problématique de conflit d'intérêts⁷⁴. Des mandataires de remplacement peuvent également être prévus dans l'acte, à défaut d'acceptation du mandat par le mandataire initial, ou pour se substituer au mandataire si la résiliation s'opère pour une autre raison, au sens de l'art. 360 al.3 CC⁷⁵, sécurité que nous conseillons vigoureusement. Ce dernier doit en outre disposer de l'exercice des droits civils⁷⁶.

La réforme du droit de la protection de l'adulte a en effet introduit un instrument novateur et audacieux à notre sens, assurant une plus grande liberté et autonomie⁷⁷ de la personne⁷⁸. Il prime sur les autres mesures de protection de l'adulte⁷⁹, selon les principes de proportionnalité et de subsidiarité⁸⁰.

Quant à sa nature, le MCI peut être considéré comme un instrument hybride pour deux raisons. Premièrement, il a des similitudes avec le droit des contrats, en lien avec les devoirs du mandataire ordinaire et sa responsabilité, avec le droit des successions, au vu de sa forme rappelant l'exécution testamentaire, et avec le domaine de protection de l'adulte, enfin, au vu de sa finalité⁸¹. Deuxièmement, de manière plus générale, cet instrument se rapporte à la fois à un acte contractuel, du fait de sa nature privée, et unilatéral aux vues de l'intervention étatique durant le processus de mise en œuvre⁸² (*infra*. 3.2.5.). Au vu de la complexité et l'étendue des problématiques que soulève cet instrument, nous nous limiterons à énoncer ses caractéristiques, ainsi que sa mise en œuvre en mettant en avant ses limites et les principales controverses doctrinales liées. À la suite de cette analyse, nous examinerons si cet instrument est la solution ultime à notre problématique et dans quelle mesure il peut être amélioré.

⁷⁴ Me MICHELLOD BERNEY, Annexe 2, question 6.

⁷⁵ STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 856 ; CommFam-GEISER, art. 360 CC, N 16.

⁷⁶ STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 852.

⁷⁷ AFFOLTER/BIDERBOST/HÄFELI/LANGENEGGER/MEIER/ROSCH/VOGEL/WIDER/ZINGARO, N 2.1.1 ; LEUBA/GIUDICE, N 67.

⁷⁸ MEIER, Perte de discernement, N 41.

⁷⁹ MEIER, Médecin, p. 468.

⁸⁰ HAAS-LEIMACHER/BREITSCHMID, p. 889.

⁸¹ LEUBA, Mandat pour cause d'inaptitude, p. 29 ; RUBIDO/VAERINI, N 29.

⁸² RUBIDO/VAERINI, N 32.

3.2.2. Conditions de mise en place du MCI

Le pendant de l'octroi d'une large autonomie est le caractère strict des conditions de ce mandat⁸³. En effet, quant aux conditions de forme, l'art. 361 al.1 CC prévoit, à choix du mandant, la forme olographe (acte écrit en entier, daté et signé de la main du mandant⁸⁴), ou la forme authentique (légalisation par un notaire comme c'est le cas à Genève, ou par tout fonctionnaire détenant ces pouvoirs, chaque canton étant libre d'établir les critères de cette fonction⁸⁵). De plus, la forme authentique suppose que le mandat soit rédigé dans une des langues nationales⁸⁶. Comme le soutient LEUBA⁸⁷, à juste titre, si la forme authentique est plus onéreuse, elle a toutefois l'avantage de proposer au mandant les conseils d'un professionnel, le mettant ainsi au fait des enjeux et conséquences juridiques de cet instrument, pouvant ainsi l'aiguiller sur l'étendue de ses instructions, et éviter une rédaction lacunaire et imprécise. Nous considérons ainsi une telle forme plus judicieuse. En outre, un vice de forme entraîne la nullité de l'acte⁸⁸, tout comme l'absence de capacité civile du mandant⁸⁹.

De surcroît, le mandant doit avoir la pleine capacité civile pour constituer un MCI⁹⁰, soit être majeur, en pleine possession de sa capacité de discernement et n'étant pas sous curatelle de portée générale⁹¹, en raison de la portée de cet acte⁹². Il est entendu qu'en pratique, la vérification de la capacité de discernement au moment de l'établissement du mandat est difficile à établir, d'autant plus *a posteriori*⁹³.

L'acceptation du mandataire n'est pas requise au jour de la création du MCI, ni même sa connaissance de l'instrument, ce dernier sera mis au courant le jour où l'APA prendra connaissance du MCI⁹⁴. MEIER énonce de manière fondée qu'aux vues de l'évolution possiblement changeante des circonstances, une acceptation du mandataire au moment de la rédaction du MCI n'aurait pas une valeur certaine au jour de l'incapacité de discernement du mandant.

⁸³ VAERINI, L'avocat de la personne âgée, N 210 ; HRUBESCH-MILLAUER/JAKOB, p. 83.

⁸⁴ MEYER, p. 217 ; CommFam-GEISER, art. 361 CC, N 7 ; NOSER/ROSCH, p. 29.

⁸⁵ LEUBA, Mandat pour cause d'inaptitude, p. 29 ; GUILLOD/HELLE, p. 300 ; BSK ZGB-JUNGO, art. 361 CC, N 2.

⁸⁶ Me MICHELLOD BERNEY, Annexe 2, question 8.

⁸⁷ LEUBA, Mandat pour cause d'inaptitude, p. 30 ; LEUBA/GIUDICE, N 42.

⁸⁸ MEIER, Protection de l'adulte, N 406 ; LEUBA/GIUDICE, N 8 ; BK-BOENTE, art. 361 CC, N 101.

⁸⁹ STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 847.

⁹⁰ MEIER, Perte de discernement, N 43 ; AFFOLTER/BIDERBOST/HÄFELI/LANGENEGGER/MEIER/ROSCH/VOGEL/WIDER/ZINGARO, N 2.1.2.

⁹¹ HIRSIG-VOUILLOZ, p. 31

⁹² STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 833.

⁹³ Me MICHELLOD BERNEY, Annexe 2, question 13.

⁹⁴ MEIER, Perte de discernement, N 46 ; Me MICHELLOD BERNEY, Annexe 2, question 7.

Si l'avant-projet du MCI prévoyait que ce dernier ne prendrait effet que si l'incapacité du mandant intervient dans un délai de dix ans dès la constitution de l'instrument⁹⁵, la loi ne fixe en réalité aucune durée de validité⁹⁶. Ce délai a été critiqué lors de la procédure d'adoption, du fait du risque d'oubli de renouvellement du MCI de la part du mandant⁹⁷. Nous suivons cet avis et n'estimons pas nécessaire d'introduire de délai de péremption étant donné que si les circonstances venaient à changer, le mandant resterait libre de modifier le mandat.

3.2.3. Mise en œuvre du MCI *in concreto*

Trois conditions cumulatives supposent la mise en œuvre d'un MCI « dûment établi »⁹⁸. Il faut tout d'abord que le mandant devienne incapable de discernement⁹⁹, condition intrinsèque à l'instrument du MCI¹⁰⁰. Une fois cette condition réalisée, l'APA vérifie l'existence ou non d'un éventuel MCI. Pour ce faire, le MCI peut, et cela est fortement conseillé à notre sens, être inscrit de manière déclarative dans une banque de données de l'Office de l'État civil, au sens de l'art. 361 al.3 CC, afin que l'autorité de protection de l'adulte en prenne connaissance pour l'instaurer¹⁰¹, comme le précise l'art. 363 al.1 CC¹⁰². En effet, tout comme le testament¹⁰³, le désavantage de cet instrument tient notamment au fait qu'il est inutilisable tant qu'il est méconnu. Le mandant peut toutefois le confier à un proche ou à un professionnel, de manière à ce qu'il soit connu du public¹⁰⁴. De plus, il est nécessaire que l'APA valide le MCI en procédant à quelques vérifications (*infra*. 3.2.5.) conformément l'art. 363 al.2 CC, en s'assurant notamment que les conditions de mise en œuvre soient remplies, et que le mandataire soit apte à réaliser les tâches que le MCI lui confère¹⁰⁵. Enfin, s'agissant d'un acte bilatéral, le MCI prend effet dès la venue de l'incapacité de discernement du mandant sous réserve de l'acceptation du mandat par le mandataire¹⁰⁶.

En effet, si les conditions précédemment citées sont remplies, l'APA octroie un délai au mandataire pour qu'il se prononce sur son acceptation ou non dudit mandat, ce dernier étant tout à fait libre dans

⁹⁵ GUILLOD/HELLE, p. 300.

⁹⁶ MEIER, Perte de discernement, N 54.

⁹⁷ Komm-SCHMID, art. 362 CC, N 2.

⁹⁸ STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 864.

⁹⁹ LEUBA, Mandat pour cause d'inaptitude, p. 37.

¹⁰⁰ MEIER, Protection de l'adulte, N 418.

¹⁰¹ RUBIDO/VAERINI, N 30 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 848.

¹⁰² STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 848 ; Komm-SCHMID, Art. 363 CC, N 2.

¹⁰³ CommFam-GEISER, art. 361 CC, N 20.

¹⁰⁴ MEIER, Protection de l'adulte, N 410.

¹⁰⁵ VAERINI, Guide pratique, p. 12.

¹⁰⁶ RUBIDO/VAERINI, N 29.

sa décision¹⁰⁷, qui n'est soumise à aucune forme¹⁰⁸. Le caractère flexible de cet instrument est à nouveau illustré ici par le fait que le mandataire a la possibilité d'accepter en partie le mandat, la charge incombant à l'APA d'instituer des mesures analogues remplaçant les tâches refusées par le mandataire¹⁰⁹. De plus, la décision de validation de l'APA est soumise à recours selon les art. 450 ss CC¹¹⁰.

Notons une limite du MCI, dont le législateur n'avait sans doute pas envisagé, confinée dans le laps de temps entre le début de l'incapacité de discernement et la fin du processus de validation du mandat par l'APA. Le mandataire entre-t-il déjà en fonction ? Qui est chargé de l'administration des biens et du patrimoine de la personne incapable de discernement ? Là encore, les avis doctrinaux divergent.

3.2.4. Droits et obligations du mandataire

3.2.4.1. Tâches confiées

Au sens de l'art. 360 al.2 CC, le mandant détermine les tâches qu'il institue au mandataire¹¹¹, et peut également y ajouter des instructions précisant ses volontés¹¹², étant entendu que le mandat doit être exécuté personnellement par la personne du mandataire¹¹³. Comme énoncé précédemment (*supra*. 3.2.1.), le MCI peut couvrir trois domaines, soit l'assistance personnelle, la gestion du patrimoine et la représentation juridique¹¹⁴. Il peut être ciblé sur certains d'entre eux uniquement¹¹⁵. De plus, il est totalement envisageable que deux mandats soient constitués pour la même personne, mais pour deux types de tâches différentes, avec ainsi deux mandataires¹¹⁶. Toutefois, ce n'est pas une solution que Me MICHELLOD BERNEY recommande en pratique, aux vues du risque de superposition des pouvoirs¹¹⁷. Il doit contenir le nom des parties, ainsi que les tâches confiées.

Si LEUBA privilégie une mise en évidence précise des types d'actes couverts, notamment pour une réelle prise de conscience du mandataire concernant les responsabilités qui lui sont conférées, nous nous

¹⁰⁷ VAERINI, Guide pratique, p. 14.

¹⁰⁸ RUBIDO/VAERINI, N 46.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ VAERINI, Guide pratique, p. 15.

¹¹¹ LEUBA/GIUDICE, N 10.

¹¹² STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 862 ; LEUBA/GIUDICE, N 13.

¹¹³ MEIER, Protection de l'adulte, N 441.

¹¹⁴ VAERINI, Guide pratique, p. 9.

¹¹⁵ HIRSIG-VOUILLOZ, p. 31 ; HRUBESCH-MILLAUER/JAKOB, p. 82 ; Komm-SCHMID, art. 360 CC, N 11.

¹¹⁶ Me MICHELLOD BERNEY, Annexe 2, question 9.

¹¹⁷ *Ibidem*.

rallions cette fois au courant de doctrine opposé¹¹⁸, favorisant des formulations générales, soit un mandat général. Il s'agit en effet de ne pas être freiné au moment de la mise en pratique par une formulation n'incluant pas certains actes. Comme il existe autant de manières de rédiger un mandat que de juriste, Me MICHELLOD BERNEY à son tour favorise une formulation générale agrémentée d'une liste exemplative des tâches confiées¹¹⁹. Ainsi, le mandat est complet sans être prolix.

Le mandataire doit par ailleurs « s'acquitter de ses tâches avec diligence selon les règles du CO sur le mandat ordinaire »¹²⁰, au sens des art. 365 al.1 CC et 394 ss CO, et doit en effet se comporter en bon père de famille, en prenant soin des intérêts en cause¹²¹. Quant aux tâches à proprement parler, si le mandataire est chargé de la gestion globale du patrimoine, cela suppose notamment l'ouverture et la clôture des comptes bancaires, le fait de passer des ordres de paiements ainsi qu'octroyer des mandats de gestion, effectuer des versements et retraits d'espèces, octroyer des procurations bancaires et les révoquer, conclure des contrats de prêts¹²². Ainsi, il sera attendu de lui dans ce domaine qu'il dresse un inventaire des biens sous sa responsabilité¹²³.

3.2.4.2. Problématique du conflit d'intérêt

A notre sens, il est intéressant de mettre en lumière une problématique pouvant fréquemment apparaître dans ce domaine, de plus en plus professionnalisé, et contenant divers instruments, diverses tâches à accomplir par divers représentants, le tout étant susceptible de se recouper. Une facette de cette problématique réside dans la personne du mandataire, qui peut être un avocat, une banque, un notaire, ayant entretenu ou entretenant encore, outre le MCI, des relations contractuelles avec le mandant. Au sens de l'art. 365 al.3 CC, en cas de conflit (évident¹²⁴) d'intérêts, les pouvoirs du mandataire s'éteignent de plein droit. Comment anticiper un tel conflit ? En premier lieu, ces professions sont soumises à un contrôle disciplinaire¹²⁵. De plus, cette problématique a en grande partie trouvé sa solution dans la vérification que fait l'APA de l'aptitude du mandataire à exercer ses fonctions, ce qui limite les risques de conflit d'intérêt¹²⁶. Si un conflit survient, notamment entre le mandant et le mandataire, ce dernier doit en effet requérir l'intervention de l'APA¹²⁷, qui instituera

¹¹⁸ RUBIDO/VAERINI, N 29.

¹¹⁹ Me MICHELLOD BERNEY, Annexe 2, question 8.

¹²⁰ MEIER, Protection de l'adulte, N 438.

¹²¹ VAERINI, Guide pratique, p. 16.

¹²² Recommandations, p. 292.

¹²³ LEUBA, Mandat pour cause d'incapacité, p. 33.

¹²⁴ HAAS-LEIMACHER/BREITSCHMID, p. 905.

¹²⁵ HAAS-LEIMACHER/BREITSCHMID, p. 893.

¹²⁶ HAAS-LEIMACHER/BREITSCHMID, p. 901.

¹²⁷ BSK Erwachsenenschutz-RUMO-JUNGO, art. 365 al.3 CC, N 21 ; VAERINI, Guide pratique, p. 16.

une curatelle au sens de l'art. 390 CC ou accomplira la tâche elle-même si cette solution semble plus adéquate dans le cas d'espèce, selon 392 ch.1 CC¹²⁸. L'art. 365 al.3 CC énonce que les pouvoirs du mandataire prennent fin immédiatement dans un tel cas¹²⁹.

3.2.4.3. Responsabilité

Au sens de l'art. 456 CC, la responsabilité du mandataire pour cause d'inaptitude est régie par les dispositions du CO applicables au mandat, soit les art. 398 ss CO¹³⁰. En effet, cette responsabilité suppose la réalisation des conditions suivantes : il faut un comportement illicite du mandataire, un dommage, un rapport de causalité naturelle et adéquate et une faute, qui est présumée¹³¹.

3.2.4.4. Rémunération

Le mandant a le choix d'instituer une rémunération ou non au mandataire, la gratuité étant tout à fait envisageable et souvent choisie pour les mandataires proches du mandant¹³². Quant à la rémunération, selon l'art. 366 CC, le mandant est également libre d'en choisir le montant. Si le MCI est lacunaire sur ce point, l'APA peut fixer une rémunération appropriée, en fonction de l'ampleur de la tâche¹³³, conformément à l'art. 366 al.1 CC, « notamment si les tâches attribuées (gestion du patrimoine par exemple) font habituellement l'objet d'une rémunération »¹³⁴. « Si la personne voulait la gratuité, il n'y a pas de place pour une modification du mandat »¹³⁵ par l'APA. De plus, si une rémunération est prescrite mais que l'APA l'estime trop élevée, elle peut la ramener à une juste mesure¹³⁶, la situation inverse n'étant toutefois pas envisageable. En pratique, la plupart des mandats pour cause d'inaptitude, d'autant plus s'ils sont régis par des professionnels, sont rémunérés¹³⁷.

3.2.5. Rôle et devoirs de l'autorité de protection de l'adulte

Si le MCI favorise l'autonomie des parties, l'auto-détermination du mandant et une diminution de l'intervention de l'État, ce dernier joue toutefois un rôle essentiel, de contrôle, de surveillance et de

¹²⁸ MEIER/LUKIC, N 232.

¹²⁹ CommFam-GEISER, art. 365 CC, N 27.

¹³⁰ CommFam-GEISER, art. 456, N 6 ; FamKomm-GEISER, art. 365, N 24.

¹³¹ VAERINI, Guide pratique, p. 17.

¹³² MEIER, Protection de l'adulte, N 445.

¹³³ CommFam -GEISER, art. 366 CC, N 6.

¹³⁴ MEIER, Protection de l'adulte, N 447.

¹³⁵ CommFam-GEISER, art. 456, N 4.

¹³⁶ CommFam-GEISER, art. 366 CC, N 7 ; LEUBA/GIUDICE, N 38.

¹³⁷ Me MICHELLOD BERNEY, Annexe 2, question 10.

supervision afin d'éviter les risques d'abus du mandataire¹³⁸. Cette intervention se fait par le biais de l'APA, chargée des intérêts d'une personne incapable d'inspecter la gestion que fait son représentant¹³⁹. Le rôle de l'APA est présent dès les prémisses du MCI, et ce jusqu'à ce que ses effets prennent fin. En effet, comme précédemment énoncé (*supra*. 3.2.3), l'APA débute par le contrôle de la validité du MCI, au sens de l'art. 363 al.2 CC, qui ne pourra déployer ses effets que dès son acceptation par l'APA¹⁴⁰. Nous estimons cette étape fondamentale pour le bon déroulement du mandat, l'intervention de l'APA étant limitée au contrôle des conditions de forme, d'aptitude du mandataire et de mise en œuvre¹⁴¹. Elle doit en effet se procurer le mandat¹⁴², et se pencher sur la validité formelle et l'exigence de la capacité civile au moment de l'établissement de l'acte par le mandant, en passant par le contrôle de la libre volonté lors de la constitution de l'acte¹⁴³. Elle s'assurera que le mandant est bien incapable de discernement¹⁴⁴. L'APA peut, de surcroît, instituer des mesures complémentaires ou supplémentaires si elle l'estime nécessaire¹⁴⁵. Une fois ces contrôles préalables effectués, si le mandataire accepte ses fonctions¹⁴⁶, l'APA le rendra attentif aux tâches qu'il lui incombe¹⁴⁷, avant de prononcer une décision sur son approbation concernant ce mandat¹⁴⁸. Par la suite, le mandataire n'est plus soumis à une surveillance de l'APA¹⁴⁹, sauf si son intervention est sollicitée.

En effet, L'intervention de l'APA est toutefois possible pour deux raisons durant l'exécution du MCI. Tout d'abord, si le mandat manque de clarté, notamment dans la délimitation des tâches à effectuer, l'APA a la possibilité de clarifier ces points, en interprétant le texte, sur la base de la volonté du mandant, cas échéant en le complétant¹⁵⁰. Le législateur a toutefois « limité le complément à des points accessoires »¹⁵¹. De plus, si l'APA a un doute concernant la bonne exécution du mandat, notamment si elle a le sentiment que les intérêts du mandant sont compromis ou risquent de l'être, elle peut prendre diverses mesures¹⁵², en respectant les principes de l'adéquation et de la

¹³⁸ En ce sens : Me MICHELLOD BERNEY, Annexe 2, question 3.

¹³⁹ MEYER, p. 212 ; MEIER, Protection de l'adulte, N 450.

¹⁴⁰ LEUBA, Mandat pour cause d'inaptitude, p. 31.

¹⁴¹ LEUBA, Mandat pour cause d'inaptitude, p. 31 ; RUBIDO/VAERINI, N 31.

¹⁴² LEUBA/GIUDICE, N 16.

¹⁴³ CommFam-GEISER, art. 363 CC, N 6.

¹⁴⁴ LEUBA/GIUDICE, N 20 ; HRUBESCH-MILLAUER/JAKOB, p. 91.

¹⁴⁵ RUBIDO/VAERINI, N 45.

¹⁴⁶ RUBIDO/VAERINI, N 46.

¹⁴⁷ LEUBA, Mandat pour cause d'inaptitude, p. 31 ; RUBIDO/VAERINI, N 46.

¹⁴⁸ LEUBA/GIUDICE, N 24.

¹⁴⁹ MEIER, Perte de discernement, N 71.

¹⁵⁰ STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 893.

¹⁵¹ LEUBA/GIUDICE, N 51.

¹⁵² STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 899 ; LEUBA/GIUDICE, N 27.

proportionnalité, au sens de l'art. 368 al.1 CC. L'APA intervient d'office ou sur requête d'un proche¹⁵³, l'art. 443 al.1 CC énonçant en outre que toute personne peut en saisir l'APA. Cette dernière peut donner au mandataire des « instructions sur la manière de gérer les affaires du mandant »¹⁵⁴, limiter les pouvoirs du mandataire à certaines tâches voire lui retirer l'entier de ses tâches, au titre d'*ultima ratio*¹⁵⁵.

Une problématique intéressante apparaît ici, concernant le degré d'intervention de l'APA dans le cadre de l'instrument du MCI. En effet, comme l'énonce MEIER, l'APA doit intervenir avec réserve pour ne pas entrer dans la systématique de la curatelle, sans toutefois manquer de diligence, ce qui impliquerait sa responsabilité dans l'affaire en cause¹⁵⁶. Nous estimons que, si l'intervention de l'État est nécessaire au bon fonctionnement de cet instrument, il est important de n'agir qu'en cas de stricte nécessité et seulement pour l'issue en cause, car à notre sens, le MCI a de grandes similitudes et implications avec le droit des contrats, les parties possédant une importante part de liberté contractuelle.

3.2.6. Fin du MCI

Il existe trois causes qui mèneraient le contrat à prendre fin. Premièrement, le mandat connaît son extinction dès que le mandant recouvre sa capacité de discernement, sous réserve qu'elle soit réelle et durable¹⁵⁷, selon l'art. 369 al.1 CC, et que de ce fait le mandataire apprend la fin de ces fonctions¹⁵⁸. Au sens de cet article, le mandat peut toutefois perdurer jusqu'à ce que le mandant soit en mesure de défendre ses intérêts et gérer son patrimoine seul. Deuxièmement, le MCI prend fin en cas de mort, ou de résiliation du MCI par une des parties de manière unilatérale ou bilatérale, cet instrument étant d'inspiration contractuelle¹⁵⁹, conformément à l'art. 367 CC. Enfin, ce mandat s'éteint en cas de décision de retrait de pouvoirs au mandataire par l'APA¹⁶⁰. Quant à sa révocation par le mandant, celui-ci peut le faire en tout temps au sens de 362 al.1 CC, tant qu'il est capable de discernement¹⁶¹. A cette fin, il doit respecter les exigences de forme requises, soit par une des formes prévues pour sa

¹⁵³ MEIER, Protection de l'adulte, N 451.

¹⁵⁴ STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 901.

¹⁵⁵ STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 901 ; MEIER, Protection de l'adulte, N 454.

¹⁵⁶ MEIER, Protection de l'adulte, N 452.

¹⁵⁷ MEIER, Protection de l'adulte, N 461 ; HÄFELI, N 08.45.

¹⁵⁸ LEUBA, Mandat pour cause d'incapacité, p. 36.

¹⁵⁹ MEIER, Protection de l'adulte, N 457 ; ErwaKomm-LANGENEGGER, art. 369 CC, N 1.

¹⁶⁰ VAERINI, Guide pratique, p. 20.

¹⁶¹ MEIER, Perte de discernement, N 55.

constitution, soit par « la suppression du document *animo revocandi* » (ce qui sous-entend la destruction du document original) ou encore par l'établissement d'un nouveau mandat¹⁶².

Notons que la révocation est un acte strictement personnel, non sujet à représentation et qu'il suffit que le mandant ait la capacité de discernement, à défaut cette fois de l'exercice des droits civils, pour agir¹⁶³. Si le mandant ne peut toutefois pas révoquer le mandat après avoir perdu sa capacité de discernement¹⁶⁴, le mandataire peut en revanche résilier celui-ci, moyennant un délai de deux mois en informant l'APA par écrit au sens de l'art. 367 al.1 CC¹⁶⁵, et avec effet immédiat en présence de justes motifs selon l'art. 367 al.2 CC.

3.3. La curatelle

3.3.1. Généralités

En ce qui concerne la curatelle, le nouveau droit de protection de l'adulte a conservé le même but que l'ancien droit de la tutelle : « l'assistance et la protection de la personne qui a besoin d'aide »¹⁶⁶, selon l'art. 388 al.1 CC. La curatelle se définit comme étant un instrument juridique étatique de protection de l'adulte, unique mais protéiforme¹⁶⁷, par lequel un curateur est tenu de représenter et de gérer les intérêts d'un tiers, en fonction du type de curatelle qu'il lui est institué¹⁶⁸. L'objectif de cet aspect de notre contribution est d'analyser la solution la plus fréquente qui s'imposerait à une personne devenant incapable de discernement, et n'ayant pas anticipée cette variable. Ainsi, nous analysons l'avantage ou non de planifier à l'avance son patrimoine en fonction des caractéristiques de cette solution, finalement imposée à la personne incapable de discernement.

Cette mesure n'est instaurée que si les conditions de l'art. 390 CC sont remplies. En effet, la personne majeure doit être empêchée de gérer ses intérêts à cause d'une déficience mentale, de troubles psychiques ou un autre état de faiblesse au sens de l'art. 390 ch.1 CC. Alternativement, elle doit ne pas être en mesure, notamment par une incapacité passagère de discernement, de gérer ses affaires ou

¹⁶² STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 843.

¹⁶³ STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 846.

¹⁶⁴ MEYER, p. 212.

¹⁶⁵ MEIER, Protection de l'adulte, N 458.

¹⁶⁶ FF 2006 6635, p. 6675 ; DESCHENAUX/STEINAUER, N 825 ; ErwaKomm-ROSCHE, art. 388, N 1.

¹⁶⁷ MEIER, Curatelles, N 4.

¹⁶⁸ HELLE, N 111 ; ErwaKomm-ROSCHE, art. 388, N 3.

de les confier à un tiers par le biais des instruments précédemment énoncés, selon l'art. 390 ch.2 CC¹⁶⁹. Il doit, de surcroît, être adéquat, nécessaire et proportionné de confier la gestion de ces intérêts à un curateur au sens du principe constitutionnel de proportionnalité énoncé à l'art. 36 al.3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (CST ; RS 101). Il revient à l'APA, qui détient un large pouvoir d'appréciation, de décider de la nécessité d'une curatelle, cas échéant laquelle, aux vues des circonstances¹⁷⁰. En effet, une phrase phare de cette réforme énonce que l'APA doit « veiller à prononcer une mesure qui soit aussi légère que possible, mais aussi forte que nécessaire »¹⁷¹. Le principe de subsidiarité joue également son rôle dans l'établissement d'une curatelle, au sens de l'art. 389 CC, étant donné que dès lors qu'une personne a besoin d'aide, l'APA vérifie au préalable si un membre de sa famille, un proche ou encore d'autres services ne peuvent pallier ces besoins, ou encore si elle a pris des mesures personnelles anticipées¹⁷². Une curatelle pourra éventuellement être instituée seulement si aucun MCI n'a été prévu, ni une autre mesure plus adéquate. Enfin, il est important de souligner que la mesure de curatelle doit être dessinée, sur mesure, pour la personne dans le besoin¹⁷³.

Par soucis de brièveté, et dans le but de tracer une esquisse comparative entre le MCI et les instruments à disposition en cas d'incapacité de discernement avec gestion de patrimoine non planifié en amont, nous nous limiterons à expliciter les instruments de curatelle de représentation (notamment de gestion du patrimoine) et la curatelle de portée générale, plus ciblées sur notre problématique de gestion du patrimoine. Nous laisserons ainsi de côté la curatelle d'accompagnement de l'art. 393 CC, instrument dont la portée est extrêmement légère¹⁷⁴, confiant à un curateur la mission d'une aide ponctuelle et limitée, sans pouvoir de représentation. De plus, nous ne traiterons pas de la curatelle de coopération de l'art. 396 CC car si ce type de curatelle est avant tout « axée sur la protection du patrimoine »¹⁷⁵, il requiert la capacité de discernement et est alors hors champ de notre contribution. Enfin, nous nous écarterons de la description de l'instrument de curatelle combinée de l'art. 397 CC, permettant d'assembler plusieurs curatelles afin de trouver une mesure sur mesure¹⁷⁶.

¹⁶⁹ AFFOLTER/BIDERBOST/HÄFELI/LANGENEGGER/MEIER/ROSCH/VOGEL/WIDER/ZINGARO, N 5.15 ; Arrêt du Tribunal cantonal de Fribourg, du 18 janvier 2019, consid. 2.3.

¹⁷⁰ MEIER/HÄBERLI, p. 350 ; Arrêt du TF 5A_614/2017 du 12 avril 2018, consid. 3.

¹⁷¹ Arrêt du Tribunal cantonal de Fribourg, du 18 janvier 2019, consid. 2.2.

¹⁷² MEIER, Curatelles, N 7 ; ErwaKomm-ROSCH, art. 389, N 3.

¹⁷³ MEIER, Curatelles, N 63.

¹⁷⁴ MEIER, Curatelles, N 77.

¹⁷⁵ MEIER, Curatelles, N 127.

¹⁷⁶ MEIER, Protection de l'adulte, N 42 ; FF 2006 6635, p. 6650.

3.3.2. La curatelle de représentation (art. 394 CC) et la curatelle de représentation avec gestion (art. 395 CC)

Ici, le curateur est le représentant légal de la personne sous curatelle¹⁷⁷. L'APA décide des domaines précis dans lesquels le curateur va représenter la personne concernée, au sens de l'art. 394 CC¹⁷⁸. De plus, il est important de mentionner que le curateur n'empiète pas sur les droits strictement personnels de l'adulte, sous réserve de son incapacité de discernement¹⁷⁹. En effet, cette curatelle n'empiète sur l'exercice des droits civils que si l'APA l'énonce expressément dans sa décision¹⁸⁰. La curatelle de gestion (du patrimoine) est une forme spéciale de la curatelle de représentation. Il est rappelé que les conditions générales d'une curatelle doivent être remplies, notamment les principes généraux de proportionnalité et subsidiarité.

Ces principes avaient été invoqués dans un arrêt récent, où une femme âgée n'était plus en mesure de gérer son patrimoine, avait des retards de factures et de paiements, et estimaient que ses enfants étaient parfaitement en mesure de gérer ses affaires¹⁸¹. S'il est vrai que ses proches et sa famille ont la priorité sur une mesure étatique au sens de l'art. 389 al.1 ch.1 CC, l'APA a constaté dans ce cas une incapacité de son entourage et a institué, pour son bien et celui de ses intérêts patrimoniaux, une curatelle de gestion¹⁸².

L'APA peut, de plus, délimiter la gestion à certains actes ou faire perdurer une gestion globale du patrimoine, les personnes qui interagissaient avec la personne sous curatelle devant désormais traiter avec le curateur de gestion, pour autant qu'ils aient pris connaissance de la mesure¹⁸³. En effet, l'APA peut également bloquer spécifiquement certains éléments du patrimoine, sans pour autant qu'ils ne constituent un patrimoine séparé, comme des comptes bancaires afin qu'ils soient gérés par le curateur exclusivement¹⁸⁴. Le curateur a ainsi un double devoir de diligence, cette mesure ayant spécifiquement pour but la protection de la gestion du patrimoine de la personne incapable de discernement. Cette dernière forme de curatelle est intéressante et très importante en pratique, au vu de sa flexibilité et de son adaptabilité aux besoins patrimoniaux de la personne incapable de discernement.

¹⁷⁷ AFFOLTER/BIDERBOST/HÄFELI/LANGENEGGER/MEIER/ROSCH/VOGEL/WIDER/ZINGARO, N 5.3.

¹⁷⁸ HELLE, N 113.

¹⁷⁹ HELLE, N 114.

¹⁸⁰ FF 2006 6635, p. 6680 ; MEIER, Curatelles, N 90.

¹⁸¹ Arrêt du TF 5A_417/2018, consid. 4.1.

¹⁸² Arrêt du TF 5A_417/2018, consid. 4.2.1.

¹⁸³ HELLE, N 117.

¹⁸⁴ MEIER, Curatelles, N 113.

3.3.3. La curatelle de portée générale en tant qu'*ultima ratio* (art. 398 CC)

Si certains auteurs considèrent qu'elle « porte atteinte au principe même de ciblage de la mesure de protection »¹⁸⁵, cette mesure a l'avantage d'octroyer au curateur une aide large et complète à la personne dans le besoin ; elle s'étend à tous les domaines (assistance personnelle, gestion du patrimoine, rapports juridiques avec les tiers)¹⁸⁶. La personne concernée est ici privée de l'exercice de ses droits civils¹⁸⁷, cette curatelle visant en effet les personnes qui nécessitent particulièrement de l'aide et souffrant souvent d'une grave démence¹⁸⁸. Ainsi, la gestion du patrimoine est ici régie intégralement par le curateur ici, sans avoir à dresser une liste des actes spécifiques relative à son domaine d'intervention.

3.4. Critique des instruments

Cette contribution a pour but mettre en avant les instruments de planification du patrimoine les plus adaptés afin de prévenir une incapacité de discernement dans ce domaine. Nous avons décidé de comparer et de mettre en perspective les instruments de gestion du patrimoine précédemment présents dans le droit suisse avec les nouveautés de la réforme de la protection de l'adulte, dédiée à la protection de la personne incapable de discernement. Ainsi, nous mettons en perspective le MCI, au sens de l'art. 360 ss CC, qui est l'instrument ultime de planification du patrimoine avant la venue de l'incapacité de discernement du mandant, ainsi que l'instrument de la représentation de l'époux incapable de discernement de l'art. 374 CC, avec d'autres instruments susceptibles de protéger et gérer le patrimoine d'une personne.

Ainsi, la procuration de l'art. 32 CO est une représentation ponctuelle de la personne pour des affaires spécifiques et précises. Elle s'éteint à la venue d'une incapacité de discernement, sauf convention contraire. Elle ne répond pas à notre problématique, étant entendu qu'elle ne prévoit pas une gestion globale du patrimoine d'une personne en vue de son incapacité de discernement.

Quant au mandat ordinaire, essentiel en droit des contrats et dans les relations ordinaires, trouve ses limites lors de la venue de l'incapacité de discernement du mandant, étant controversée la question

¹⁸⁵ MEIER, Curatelle protéiforme, p. 61.

¹⁸⁶ AFFOLTER/BIDERBOST/HÄFELI/LANGENEGGER/MEIER/ROSCH/VOGEL/WIDER/ZINGARO, N 5.49.

¹⁸⁷ HELLE, N 121.

¹⁸⁸ FF 2006 6635, p. 6681.

de la continuation ou non du contrat. La problématique sera ainsi transférée à l'APA. De notre point de vue, le mandat ordinaire devrait de droit cesser et laisser la place au MCI, littéralement conçu pour une gestion du patrimoine de la personne désormais incapable de discernement. Si un tel instrument n'a pas été prévu par le mandant, nous pensons que l'APA devrait immédiatement instituer une curatelle selon les besoins de la personne incapable de discernement. Les instruments du droit de la protection de l'adulte doivent à notre sens prévaloir sur ceux du droit des contrats dès l'apparition des premiers signes d'incapacité de discernement, ces derniers instruments étant, à notre avis, mieux à même de régir la situation notamment, en ce qui nous concerne, du point de vue patrimonial.

En ce qui concerne la représentation dans l'institution du mariage, la représentation de l'époux incapable de discernement de l'art. 374 CC est un réel instrument de planification que nous recommandons. En effet, il comble les lacunes de l'art. 166 CC et fait perdurer le droit de gestion et de représentation de l'époux au-delà de l'incapacité de discernement de son conjoint. C'est à notre sens, avec le MCI, un instrument essentiel à recommander dans des situations de planification en vue d'incapacité de discernement.

De surcroît, quant au MCI à proprement parlé, instrument spécifiquement prévu pour régir de la problématique de gestion du patrimoine de l'intéressé lors de la venue de son incapacité de discernement, nous prôtons la liberté personnelle, étant un principe fondamental dans notre société¹⁸⁹. De ce fait, nous sommes intimement convaincus du rôle central qu'est appelé à jouer l'instrument révolutionnaire que représente le MCI. Flexible, laissant place à la liberté individuelle du mandant, il s'agit d'un instrument qui semble répondre à tout besoin futur de la personne encore capable de discernement, dès lors qu'elle rédige par avance des directives et qu'elle les fait connaître. Il est vrai que nous pouvons percevoir ses principaux atouts et ses potentielles limites, même si cet instrument est très récent et de ce fait peu mis en œuvre en pratique¹⁹⁰. En effet, un très récent article, concernant un couple de personnes âgées ayant usé de mandats pour cause d'inaptitude, vantait les mérites de cet instrument : « Sans ces mandats pour cause d'inaptitude, la souveraineté décisionnelle de la famille sur les placements et la gestion du patrimoine aurait pu être fortement limitée »¹⁹¹. C'est également l'avis de Me MICHELLOD BERNEY, qui conseille très régulièrement cet instrument dans sa pratique. Nous pensons, tout comme cette avocate, que le MCI est préférable à la représentation du conjoint incapable de discernement de l'art. 374 CC dans des cas de fortune ou

¹⁸⁹ ATF 127 I 6, 10 ss ; LEUBA, Autonomie du patient, p. 52.

¹⁹⁰ Me MICHELLOD BERNEY, Annexe 2, question 1.

¹⁹¹ Article du journal le Temps, « Être prêt en cas d'incapacité de discernement », 29.04.2019

placements importants, d'un patrimoine complexe, ou d'une absence, mauvaise entente ou incapacité du conjoint¹⁹².

Toutefois, le risque majeur de cet instrument réside dans le fait que le mandataire pourrait abuser de son pouvoir¹⁹³, étant donné qu'il n'est pas soumis à un contrôle systématique. En effet, une surveillance n'intervient qu'en cas de danger pour le mandant, le but du MCI étant l'auto-détermination du celui-ci¹⁹⁴. Cependant, certains auteurs ont élaboré des idées de protection, pour pallier ce danger, dont nous nous rapprochons grandement (cf *infra*. V.).

Une autre problématique intéressante à laquelle le législateur ne semble pas avoir pensé, réside dans le laps de temps entre le début de l'incapacité de discernement du mandant et la fin de la procédure de validation du MCI par l'APA¹⁹⁵. En effet, le MCI ne pourra pas être mis en œuvre et le patrimoine du mandant serait par hypothèse bloqué, sous réserve de l'anticipation de ce cas par la rédaction d'une procuration¹⁹⁶. Cette problématique est controversée en doctrine. En effet, RUMO-JUNGO estime que durant cette période il convient de mettre en place des mesures protectrices, ou en instituant un mandat ordinaire par hypothèse, propre au droit des obligations¹⁹⁷. L'auteur GEISER considère toutefois que le mandataire a déjà les pouvoirs de gestion et de représentation de son mandant¹⁹⁸. Nous estimons que, même si cela peut paraître compliqué à mettre en œuvre, le mandataire ne détient pas les pouvoirs avant la fin du processus de validation du MCI. Une situation inverse ferait perdre toute utilité à l'examen du MCI par l'APA.

Enfin, nous approuvons la réforme du droit de la protection de l'adulte concernant l'instrument de curatelle, les différents types de curatelle envisagés ayant gagné en souplesse, s'adaptent aux circonstances et créant ainsi un panel d'instruments pour gérer la situation d'une personne tombée dans la démence, qui nous paraît complète. De plus, la curatelle a l'avantage de rendre contraignants les rapports et contrôles du curateur, ce qui peut apporter une plus grande sécurité aux personnes sous curatelle¹⁹⁹. Ces instruments sont toutefois conçus à défaut de planification et nous considérons plus adéquat d'anticiper notre gestion de patrimoine par le biais d'instruments, tel que le MCI, pour ainsi gagner en autonomie.

¹⁹² Me MICHELLOD BERNEY, Annexe 2, question 2.

¹⁹³ LEUBA/GIUDICE, N 14.

¹⁹⁴ HRUBESCH-MILLAUER/JAKOB, p. 83.

¹⁹⁵ Me MICHELLOD BERNEY, Annexe 2, question 12.

¹⁹⁶ *Ibidem*.

¹⁹⁷ BSK Erwachsenenschutz – RUMO-JUNGO, art. 363, N 16.

¹⁹⁸ FamKomm-GEISER, art. 365, N 13.

¹⁹⁹ Me MICHELLOD BERNEY, Annexe 2, question 3.

IV. ASPECTS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Alors que le droit de protection de l'adulte a subi une réforme en droit interne, tel n'a pas été le cas concernant les instruments de droit international privé. Ce droit est en effet resté très sommaire quant à la transposition des principes et instruments suisses²⁰⁰. Ainsi, pour avoir une vue plus élargie de ce sujet et de ses implications juridiques, nous allons tracer un aperçu des solutions prévues en droit international privé en rapport avec le MCI, ces aspects ayant une importance grandissante²⁰¹, vu l'augmentation des déplacements de personnes dans d'autres pays à l'âge de la retraite, et les placements de biens à l'étranger²⁰².

4.1. La solution prévue par la LDIP

L'art. 85 de la loi sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (LDIP ; RS 291) renvoie, à son alinéa 2, à la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes (CLaH 2000 ; RS 0.211.232.1) quant à la protection de l'adulte, pour ce qui est de la compétence des autorités judiciaires ou administratives suisses, de la loi applicable ainsi que la reconnaissance et l'exécution des décisions ou mesures étrangères²⁰³, sans énoncer rien de plus sur le sujet. C'est donc exclusivement cette dernière convention qui régit les mesures de protection de l'adulte en droit international privé.

4.2. La CLaH du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes

4.2.1. Champ d'application matériel et personnel

Cette convention, qui régit la protection des adultes à l'international conformément à l'art. 1, s'applique à toute personne ayant atteint l'âge de 18 ans au sens de l'art. 2²⁰⁴, qui ne parvient pas à pourvoir à ses intérêts en raison d'une diminution de ses facultés personnelles selon l'art. 1. L'art. 3 établit une liste exemplative des mesures dont traite cette convention, depuis les mesures de protection de l'adulte jusqu'à la gestion du patrimoine de la personne²⁰⁵, comme la curatelle (let.c), la

²⁰⁰ BUCHER, Protection internationale des adultes, p. 63.

²⁰¹ Me MICHELLOD BERNEY, Annexe 2, question 5.

²⁰² REVILLARD, N 2.

²⁰³ BUCHER/BONOMI, N 826.

²⁰⁴ BUCHER, Convention de La Haye, p. 40.

²⁰⁵ BUCHER, Convention de La Haye, p. 41.

désignation d'un représentant (let.d), l'administration des biens (let.f)²⁰⁶. Il est entendu que le mandat ordinaire est ici exclu, ladite Convention traitant de mesures étant destinées à préserver les intérêts d'adultes incapable de les gérer, le plus souvent par une incapacité de discernement²⁰⁷. Les mesures dont il s'agit sont diverses et confirment qu'au niveau international, comme en Suisse, le législateur penche pour une plus grande autonomie et liberté de la personne²⁰⁸, évolution qui nous paraît positive. Enfin, elle exclut certains domaines à son art. 4, notamment les obligations alimentaires (let.a) et les régimes matrimoniaux (let.c).

4.2.2. Compétence et loi applicable

Si une personne détient des éléments de patrimoine dans un pays, vit dans un autre pays, ou encore à l'intention de s'établir dans un troisième État, *quid* de l'État compétent pour instituer des mesures de protection ? Cette problématique trouve ses réponses à l'art. 5 CLaH 2000 qui institue la compétence des autorités de l'État de la résidence habituelle de l'adulte²⁰⁹. A l'interne, chaque État est libre de se déterminer de la compétence à raison du lieu ; en Suisse la compétence est au lieu de domicile de l'adulte en question²¹⁰. De plus, en tant que compétences subsidiaires, l'on trouve la compétence des autorités nationales de l'adulte, soit le lieu d'origine dans le cas de la Suisse. Ces dernières peuvent prendre des mesures si elles s'estiment plus aptes à protéger les intérêts de la personne incapable de discernement²¹¹. Cette solution peut en effet être intéressante dans le cas où une personne âgée souhaite par hypothèse réintégrer son cadre familial pour la fin de sa vie²¹².

Quant à la loi applicable aux mesures de protection de l'adulte, chaque État applique sa propre loi conformément à l'art. 13 al.1 CLaH 2000, sauf cas exceptionnels d'application de la loi d'un autre État, dans l'intérêt de l'adulte en cause au sens de l'alinéa 2²¹³. Toutefois, les art. 15 et 16 de la Convention sont des *lex specialis*, offrant ainsi un régime spécial au MCI²¹⁴, qui est défini à l'art. 15 CLaH 2000 comme un mandat qui « vise les pouvoirs de représentation conférés par un adulte soit par un accord, soit par acte unilatéral pour être exercés lors que cet adulte sera hors d'état de pourvoir à ses intérêts »²¹⁵. Ainsi, la loi applicable dans ce cas est la résidence habituelle de l'adulte au moment de la

²⁰⁶ BUCHER, Convention de La Haye, p. 40 ; BUCHER/BONOMI, N 828.

²⁰⁷ BUCHER, Protection internationale des adultes, p. 76.

²⁰⁸ BUCHER, Protection internationale des adultes, p. 75.

²⁰⁹ BUCHER, Protection internationale des adultes, p. 67 ; BUCHER/BONOMI, N 831.

²¹⁰ *Ibidem*.

²¹¹ BUCHER, Protection internationale des adultes, p. 68 ; BUCHER/BONOMI, N 832.

²¹² BUCHER/BONOMI, N 832 ; BUCHER, Convention de La Haye, p. 46.

²¹³ BUCHER, Convention de La Haye, p. 50 ; BUCHER, Protection internationale des adultes, p. 71.

²¹⁴ BUCHER/BONOMI, N 840.

²¹⁵ REVILLARD, N 9.

rédaction de l'acte, qu'il soit ou non contractant²¹⁶. Une prorogation de for peut être faite, mais est limitée à trois possibilités : en effet l'adulte peut choisir, par écrit, sa loi nationale (let.a) ou la loi de l'une de ses nationalités, mais également la loi d'une résidence habituelle précédente (let.b) ou celle de l'État de situation de ses biens (let.c)²¹⁷.

V. CONCLUSION

« Comment respecter correctement les volontés d'une personne qui a perdu sa capacité de discernement ? »²¹⁸. Tel a été l'enjeu de la constitution de ces mesures de protection de l'adulte. Nous avons passé en revue les différents instruments permettant de sauvegarder les intérêts d'une personne incapable de discernement, et de gérer son patrimoine, et les avons comparés avec les instruments « classiques » de représentation. Ainsi, nous sommes parvenus à la conclusion que le MCI est un instrument extrêmement intéressant et qui correspond à des valeurs essentielles de la société actuelle. Il comble de nombreuses lacunes de l'ancien droit en permettant de pouvoir planifier les circonstances et les modalités de la gestion de son propre patrimoine avant une éventuelle incapacité de discernement, en favorisant l'auto-détermination, l'autonomie et en faisant primer l'intervention de la famille ou des proches sur celle de l'État. A notre sens, cet instrument permet notamment une gestion du patrimoine en harmonie avec la volonté du mandant et la continuité de ses actes.

Une crainte parvient toutefois à l'œil des praticiens et auteurs de nos jours : le danger d'abus du mandataire, qui n'est pas soumis à un contrôle de l'APA²¹⁹, sauf s'il y a un risque que les intérêts du mandant soient compromis ou risquent de l'être, au sens de l'art. 368 al.1 CC. Nous nous rapprochons de l'avis de MEYER, qui propose des solutions pour éviter le risque d'abus et pallier le manque de surveillance, deux notions présentes selon lui dans ce mandat. Il propose tout d'abord un mécanisme de surveillance supplémentaire, du fait que l'APA n'est censée intervenir que si un proche dénonce une situation de danger pour les intérêts du mandant²²⁰. Cet auteur propose, de manière intéressante, un « surveillant » du mandataire, voire un mécanisme instituant deux mandataires : un devant rendre des comptes à l'autre, le second ayant une fonction de surveillant²²¹. Le fondement de cette solution nous paraît justifié, mais tend, selon nous, à compliquer la mise en œuvre de cet instrument, risquant de faire perdre l'efficacité du MCI. De plus, si les deux surveillants sont en désaccord, cela pourra

²¹⁶ BUCHER, Convention de La Haye, p. 51 ; BUCHER/BONOMI, N 842 ; REVILLARD N 12.

²¹⁷ BUCHER, Convention de La Haye, p. 51 ; BUCHER/BONOMI, N 842 ; REVILLARD N 16.

²¹⁸ Article de la Tribune de Genève, « Comment anticiper la maladie et la fin de vie », 29.03.2019.

²¹⁹ Dans le même sens, Me MICHELLOD BERNEY, Annexe 2, question 3.

²²⁰ MEYER, p. 216.

²²¹ *Ibidem*.

conduire à des situations de blocage, peu profitables²²². Cet auteur propose par ailleurs, à juste titre, une autre solution tout à fait convenable à notre sens : mettre en place des contrôles à l'aveugle de l'APA, ponctuels et inopinés. Ainsi, le mandataire redoublerait de diligence à l'égard des tâches qui lui incombent. Cet auteur propose enfin le contrôle des proches, qui est selon nous une solution peu efficace en l'état, ces personnes n'étant pas toujours formées pour ce faire. Ainsi, le droit actuel de protection de l'adulte parvient mieux à saisir l'importance d'une gestion du patrimoine correcte et complète.

La solution de l'art. 374 CC nous paraît très intéressante et adaptée aux foyers dans lesquels règnent bonne entente et une bonne compréhension de la volonté de l'autre époux sur ses biens et la gestion de son patrimoine. Cette solution permet autonomie du couple et simplifie les démarches, et nous paraît adéquate aux situations relativement simples et sommaires. Cette représentation paraît résoudre bien des situations et répondre à un besoin concret, sauf nécessairement faire appel à un MCI. Tout comme ce dernier, nous la recommandons.

Enfin, des curatelles adaptées à la gestion du patrimoine sont apparues avec la réforme de la protection de l'adulte et, si elles ne permettent pas de liberté de décision de la personne concernée, assure toutefois une protection des intérêts et une gestion du patrimoine de cette personne au-delà de son incapacité de discernement.

Diverses solutions existent alors aujourd'hui pour régir les biens d'une personne incapable de discernement, à choix pour cette dernière de convenir de la ou les solutions les plus adaptées à sa situation patrimoine et personnelle. Si des ajustements devaient apparaître comme nécessaires quant à l'instrument du MCI, celui-ci demeure la solution la plus indiquée pour une planification de la gestion de son patrimoine en vue d'une éventuelle incapacité de discernement.

²²² Me MICHELLOD BERNEY, Annexe 2, question 4.

VI. BIBLIOGRAPHIE

6.1. Des traités et manuels

AFFOLTER Kurt/BIDERBOST Yvo/HÄFELI Christoph/LANGENEGGER Ernst/MEIER Philippe/ROSCH Daniel/VOGEL Urs/WIDER Diana/ZINGARO Marco, Droit de la protection de l'adulte, Guide pratique (avec modèles) [COPMA, édit.], Zurich, Saint-Gall (Dike) 2012.

BUCHER Andreas/BONOMI Andrea, Droit international privé, 3^{ème} éd., Bâle, Genève, Munich (Helbing) 2013.

DESCHENAUX Henri/STEINAUER Paul-Henri, Personnes physiques et tutelle, 4^{ème} éd., Berne (Stämpfli) 2001.

DESCHENAUX Henri/STEINAUER Paul-Henri/BADDELEY Margareta, Les effets du mariage, 3^{ème} éd., Berne (Stämpfli) 2017.

GUILLOD Olivier, Droit des personnes, 5^{ème} éd., Bâle (Helbing) 2018 (cité : Droit des personnes).

HÄFELI Christoph, Grundriss zum Kindes- und Erwachsenenschutz, 2^{ème} éd., Berne (Stämpfli) 2016.

HIRSIG-VOUILLOZ Madeleine, La responsabilité du médecin, aspects de droit civil, pénal et administratif, Berne (Stämpfli) 2017.

MEIER Philippe, Droit de la protection de l'adulte (art. 360-456 CC), Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2016 (cité : protection de l'adulte).

MEIER Philippe/DE LUZE Estelle, Droit des personnes (art. 11-89a CC), Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2014.

MEIER Philippe/LUKIC Suzana, Introduction au nouveau droit de la protection de l'adulte, Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2011.

NOSER Walter/ROSCH Daniel, Erwachsenenschutz, Das neue Gesetz umfassend erklärt – mit Praxisbeispielen, Zurich (Beobachter) 2013.

ROSCH Daniel, Guide pour curatrices et curateurs professionnels : systématique et éléments théoriques de la gestion du mandat, vol. 4 [ROSCH Daniel/MARANTA Luca, édit.], Berne (hep) 2018.

STEINAUER Paul-Henri/FOUNTOULAKIS Christiana, Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte, Berne (Stämpfli) 2014.

VAERINI Micaela, Guide pratique du droit de protection de l'adulte et de l'enfant, Berne (Stämpfli) 2015, (cité : Guide pratique).

6.2. Des commentaires

BOENTE Walter, Der Erwachsenenschutz (art. 360-387 ZGB), Berner Kommentar, Zurich, Bâle, Genève (Schulthess) 2015 (cité : BK-AUTEUR).

Commentaire pratique : Droit matrimonial : fond et procédure : droit privé, procédure civile, droit international privé, droit des assurances sociales, droit fiscal (BOHNET/GUILLOD, éd.), Art. 298-301 CPC, Bâle 2016(cité : ComPra-AUTEUR).

GEISER Thomas/FOUNTOULAKIS Christiana (édit.), Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar, 6^{ème} éd. (art. 1-456 ZGB), Bâle (Helbing) 2018 (cité : BSK ZGB-AUTEUR).

GEISER Thomas/Reusser Ruth (édit.), Erwachsenenschutz, Basler Kommentar (art. 360-456 ZGB), Bâle (Helbing) 2012 (cité : BSK Erwachsenenschutz-AUTEUR).

SCHMID Hermann, Erwachsenenschutz Kommentar (art. 360-456 ZGB), Zurich, Saint-Gall (Dike) 2010 (cité : Komm-SCHMID).

HONSELL Heinrich (édit.), Obligationenrecht Kommentar, Basel (Helbing) 2014 (cité : ORK-AUTEUR).

HONSELL Heinrich/PETER VOGT Nedim/WIEGAND Wolfgang (édit.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar (art. 1-529 OR), Basel (Helbing) 2011 (cité : BSK OR I-AUTEUR).

LEUBA Audrey/STETTLER Martin/BÜCHLER Andrea/HÄFELI Christoph (édit.), Commentaire du droit de la famille, protection de l'adulte, Berne (Stämpfli) 2013 (cité : CommFam-AUTEUR).

ROSCH Daniel/BÜCHLER Andrea/JAKOB Dominique (édit.), *Das neue Erwachsenenschutzrecht, Einführung und Kommentar zu Art. 360 ff. ZGB*, Bâle (Helbing) 2011 (cité : ErwaKomm-AUTEUR).

THÉVENOZ Luc/WERRO Franz (édit.), *Commentaire romand, Code des obligations I*, 2^{ème} éd., Genève, Bâle, Munich (Helbing) 2012 (cité : CR CO I– AUTEUR).

WERRO Franz/SCHMIDLIN Irène (édit.), *Commentaire romand, Code civil I (art. 1-359)*, Bâle (Helbing) 2010 (cité : CR CC I – AUTEUR).

6.3. Des ouvrages collectifs

BUCHER Andreas, *La protection internationale des adultes*, in *La protection de la personne par le droit, Journée de droit civil 2006 en l'honneur du professeur Martin Stettler* [BADDELEY Margareta, édit], Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2007, p. 63 ss (cité : Protection internationale des adultes).

GUILLOD Olivier, *Présentation globale de la réforme*, in *Le nouveau droit de la protection de l'adulte*, [GUILLOD Olivier/BOHNET François, édit.], Bâle (Helbing) 2012, p. 1 ss (cité : Réforme).

HELLE Noémie, *Renouvellement de la garde-robe du curateur : l'habit fait-il toujours le moine ?*, État des lieux à l'occasion de l'entrée en vigueur du droit de la protection de l'adulte, in *Le nouveau droit de la protection de l'adulte*, [GUILLOD Olivier/BOHNET François, édit.], Bâle (Helbing) 2012, p. 167 ss.

HRUBESCH-MILLAUER Stephanie/JAKOB David, *Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung*, in *Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkundsperson* [WOLF Stephan, édit.], Berne (Stämpfli) 2012, p. 65 ss.

MEIER Philippe, *Les nouvelles curatelles : systématique, conditions et effets*, in *Le nouveau droit de la protection de l'adulte*, [GUILLOD Olivier/BOHNET François, édit.], Bâle (Helbing) 2012, p. 95 ss (cité : Curatelles).

LEUBA Audrey/GIUDICE Rosanna, *Le mandat pour cause d'inaptitude : état des lieux à quelques mois de l'entrée en vigueur du nouveau droit de protection de l'adulte*, in *Le nouveau droit de la protection de l'adulte*, [GUILLOD Olivier/BOHNET François, édit.], Bâle (Helbing) 2012, p. 211 ss.

LEUBA Audrey, Le mandat pour cause d'incapacité dans le projet de révision du code civil, *in* La protection de la personne par le droit, Journée de droit civil 2006 en l'honneur du professeur Martin Stettler [BADDELEY Margareta, édit.], Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2007, p. 27 ss (cité : Mandat pour cause d'incapacité).

LEUBA Audrey, Quelques réflexions à propos de l'autonomie du patient incapable de discernement, *in* Droit, santé mentale et handicap, Actes de la 9^{ème} journée de droit de la santé, Genève (Georg) 2003, p. 51 ss (cité : Autonomie du patient).

MEIER Philippe, La curatelle protéiforme dans le projet de révision du droit de la protection de l'adulte : une proposition de simplification, *in* La protection de la personne par le droit, Journée de droit civil 2006 en l'honneur du professeur Martin Stettler [BADDELEY Margareta, édit.], Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2007, p. 47 ss (cité : Curatelle protéiforme).

MEIER Philippe, Perte de discernement et planification du patrimoine - droit actuel et droit futur, *in* La planification du patrimoine, Journée de droit civil 2008 en l'honneur du Professeur Andreas Bucher [BADDELEY Margareta/FOËX Bénédicte, édit.], Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2009, p. 39 ss (cité : Perte de discernement).

Stettler Martin, Partie III – Droit de la famille/Teil III – Familienrecht/Le critère de l'incapacité de discernement est entré dans le droit de la protection de l'adulte – Un paramètre incontournable, mais pas facile à dompter ! *In* Une empreinte sur le Code Civil, Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer [RUMO-JUNGO Alexandra/PICHONNAZ Pascal/HÜRLIMANN-KAUP Bettina/FOUNTOULAKIS Christiana], Berne (Stämpfli) 2013, p. 277 ss (cité : Mélanges).

REVILLARD Mariel, La Convention de la Haye sur la protection internationale des adultes et la pratique du mandat d'incapacité, *in* Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Paris (Dalloz) 2005, p. 725 ss.

VAERINI Micaela, La protection des adultes incapables de discernement dans le nouveau droit de protection de l'adulte : questions choisies, *in* Le droit de la famille dans tous ses états [GUILLOD Olivier/LEUBA Audrey, édit.] Genève, Neuchâtel (Université de Genève/Université de Neuchâtel) 2014, p. 471 ss (cité : Protection des adultes).

6.4. Revues ou périodiques

Association suisse des banquiers/Conférence des cantons en matière de protection des mineurs et des adultes, Recommandation au droit de la protection des mineurs et des adultes relatives à la gestion du patrimoine conformément, *in* Revue de la protection des mineurs et des adultes [ZINGARO Marco, édit.], Berne (Schulthess) 2014, p. 291 ss (cité : Recommandations).

BONETTI Danièle, La situation des femmes d'entrepreneurs, *in* Expert Focus, (EXPERTsuisse) 2018, p. 457 ss.

BUCHER Andreas, La Convention de la Haye sur la protection internationale des adultes, *in* Revue suisse de droit international et de droit européen, Zurich (Schulthess) 2000, p. 37 ss (cité : Convention de la Haye).

GUILLOD Olivier/HELLE Noémie, Mandat d'incapacité, directives anticipées et représentation de la personne incapable : porte ouverte à la confusion ? (Art. 360-373 AP), *in* Revue de droit suisse, Bâle (Helbing) Vol. 122 (2003), p. 291 ss.

HAAS-LEIMACHER Christelle/BREITSCHMID Peter, Conflits d'intérêts en matière de protection de l'adulte (en matière de mandat pour cause d'incapacité et de directives anticipées, de représentation par le conjoint ou partenaire enregistré et de représentation dans le domaine médical), *in* FamPra.ch 2012, Berne (Stämpfli) Vol. 13 (2012), p. 889 ss.

KUHN Rolf/WIMMER Stefanie, Gestion du patrimoine dans le cadre d'une curatelle, *in* TREX – Der Treuhandexperte [TREUHAND | SUISSE Schweizerischer Treuhänderverband, édit.], (Schweizerischer Treuhänder-Verband STV) 2018, p. 175 ss.

MEIER Philippe/HÄBERLI Thomas, Résumé de jurisprudence (filiation et protection de l'adulte) mai à aout 2018, *in* Zeitschrift für Kindes - und Erwachsenenschutz [Konferenz für Kindes - und Erwachsenenschutz KOKES, ZINGARO Marco, DE LUZE Estelle, édit.], Zurich (Schulthess) 2018, p. 325 ss.

MEIER Philippe, Le proche représentant en matière médicale peut-il délier le médecin de son secret professionnel ? *in* Zeitschrift für Kindes - und Erwachsenenschutz [Konferenz für Kindes - und Erwachsenenschutz KOKES, ZINGARO Marco, DE LUZE Estelle, édit.], Zurich (Schulthess) 2018, p. 455 ss (cité : Médecin).

MEYER Jean-Damien, La relation entre le mandat ordinaire et le mandat pour cause d'inaptitude (2^{ème} partie), *in* Pfliegerrecht – Pflegewissenschaft [LANDOLT Hardy/BLUM-SCHNEIDER Brigitte/BREITSCHMID Peter/GÄCHTER Thomas/GATTINGER Heidrun/KEISER Ueli/MAUSBACH Julian/MÖSCH PAYOT Peter/PÄARLI Kurt/ZAUGG Helena, édit.], Berne (Stämpfli), p. 211 ss.

RUBIDO José-Miguel/Micaela VAERINI, Le mandat pour cause d'inaptitude : le rôle de l'autorité, de l'avocat et du notaire, *in* La semaine judiciaire II, Genève 2018, p. 27 ss.

STETTLER Martin, La protection des adultes incapables de discernement : Les mesures appliquées de plein droit (art. 431- 442 AP), *in* Revue de droit suisse, Bâle (Helbing) Vol. 122 (2003), p. 291 ss (cité : Revue).

VAERINI Micaela, L'avocat de la personne âgée : aspects de protection de l'adulte, *in* Anwaltsrevue : Das Praxismagazin des schweizerischen Anwaltsverbands, [Schweizerischer Anwaltsverband, édit.], Berne (Stämpfli) 2015, p. 207 ss (cité : L'avocat de la personne âgée).

WERRO Franz/TOLOU Alborz, Le contrat de mandat : quoi de neuf ?, *in* La pratique contractuelle 4, Symposium en droit des contrats [PICHONNAZ Pascal/WERRO Franz, édit.], Genève (Schulthess) 2015, p. 1 ss.

WÜRSCH Martin, Mandat pour cause d'inaptitude ; Incapacité de discernement : pas un cas isolé, *in* Revue UFA 6.2018, p. 12 ss (cité : Revue UFA).

6.5. Textes officiels

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

Rapport de la Commission d'experts pour la révision totale du droit de la tutelle relatif à la révision du code civil (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), juin 2003 (cité : Rapport).

Cadre général de l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) relatif à la planification anticipée concernant la santé, en particulier en cas d'incapacité de discernement (« Advance Care Planning »), cadre général pour la Suisse, 27 avril 2018 (cité : Cadre général).

6.6. Autres sources

Article de journal Le Temps, FONTANNAZ Jean-Raphaël : « Mieux vaut tout prévoir à l'avance »
<https://www.letemps.ch/economie/mieux-vaut-prevu-lavance>, (19.05.2018).

Article de la Tribune de Genève, « Comment anticiper la maladie et la fin de vie »,
<https://www.tdg.ch/geneve/actu-genevoise/comment-anticiper-maladie-fin-vie/story/20433463>,
(29.03.2019).

Article de journal Le Temps, FONTANNAZ Jean-Raphaël : « Être prêt en cas d'incapacité de discernement », <https://www.letemps.ch/economie/pret-cas-dincapacite-discernement>
(29.04.2019).

Interview sur la mise en œuvre concrète du Mandat pour cause d'inaptitude, Me MICHELLOD BERNEY Ariane, Etude d'avocats Schellenberg Wittmer SA, spécialiste notamment en droit de la protection de l'adulte et en droit des personnes, en Annexe 2, p. 36 (18.04.2019) (cité : MICHELLOD BERNEY, Annexe 2).

VII. ANNEXE 1 : DECLARATION SIGNEE DE NON-PLAGIAT

EXEMPLAIRE ATTESTATION DE NON-PLAGIAT

**Article 13 Directive de la Faculté de droit sur le plagiat
(entrée en vigueur le 1 septembre 2012)**

Tout travail écrit rendu par un-e étudiant-e de la Faculté de droit doit comporter la déclaration suivante (approuvée par le *Conseil participatif de la Faculté de droit* en date du 28 septembre 2016) dûment signée par l'auteur-e du travail :

"Je déclare que je suis bien l'auteur-e de ce texte et atteste que toute affirmation qu'il contient et qui n'est pas le fruit de ma réflexion personnelle est attribuée à sa source et que tout passage recopié d'une autre source est en outre placé entre guillemets."

NOM :

Prénom :

Date :

Signature :

VIII. ANNEXE 2 : INTERVIEW SUR LA MISE EN ŒUVRE CONCRÈTE DU MANDAT POUR CAUSE D'INAPTITUDE, ME ARIANE MICHELLOD BERNEY, ÉTUDE D'AVOCATS SCHELLENBERG WITTMER SA

Me MICHELLOD BERNEY²²³ est collaboratrice senior dans l'Étude Schellenberg Wittmer. Elle est spécialisée notamment dans les domaines suivants : droit du mariage et de l'union libre, droit des successions, droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, droit international privé, droit des personnes, droit des associations, des trusts et des fondations.

Dans le cadre de notre contribution, nous avons trouvé intéressant d'obtenir l'avis d'une avocate spécialiste dans le domaine notamment de la protection de l'adulte, sur le MCI, et un retour concret d'une personne expérimentée. Nos questions se centreront ainsi sur ses caractéristiques, avantages, limites. Me MICHELLOD BERNEY, dans le cadre de son activité successorale, de planification du patrimoine et de protection de l'adulte, conseille fréquemment l'instrument du MCI. C'est selon elle un instrument précieux, qui a des implications dans la vie des intéressés et de ce fait dont il nécessite d'être attentif et vigilant sur certains points.

Question 1 : **Conseillez-vous fréquemment des clients qui souhaitent planifier leur patrimoine avant leur incapacité de discernement ? Notamment conseillez-vous l'instrument du MCI ? Cet instrument est-il selon vous utile ?**

Me MICHELLOD BERNEY : Très fréquemment, voire tout le temps, d'après les dires de Me MICHELLOD BERNEY. Toutefois, sa connaissance et son apport dans cette contribution se centreront sur l'aspect de rédaction du MCI et de sa création, que de son expérience sur sa mise en œuvre. En effet, l'instrument étant relativement récent, il y a encore très peu de jurisprudence sur le sujet et elle n'a pas encore vu de MCI, qu'elle a mis en place du moins, mis en œuvre. En effet, l'Étude n'a jamais mis en œuvre de MCI.

²²³ Nous remercions grandement la gentillesse et l'aide précieuse que Me MICHELLOD BERNEY nous a accordé lors de cette interview enrichissante.

Question 2 :

L'instrument du MCI est-il réservé aux clients fortunés ?

Me MICHELLOD BERNEY :

Selon elle, les clients détenant des patrimoines raisonnables, peuvent, selon les cas, être gérés par leur époux, par le biais de l'art. 374 CC. Notamment si le couple fonctionne bien, cela peut totalement suffire. Il est ainsi plus fréquent de conseiller cet instrument à des clients qui ont un patrimoine très important. Toutefois, tout le monde peut constituer un MCI. Mais il est vrai que plus le patrimoine est important plus on anticipe. Cet instrument est donc indispensable pour les clients fortunés. C'est un instrument que Me MICHELLOD BERNEY recommande.

Question 3 :

Quels sont selon vous les atouts et les faiblesses du MCI ?

Me MICHELLOD BERNEY :

Une de ces particularités du moins est le fait qu'il n'est pas soumis au contrôle de l'APA. Cela peut être un atout, une plus grande autonomie laissée au mandataire, mais cela amène à des questions de manque de contrôle et donc de risques d'abus importants. Cet atout est également sa faiblesse. C'est une problématique au centre de la question du MCI. D'autant plus si le mandataire détient les pleins pouvoirs.

De ce fait, un client peut être rassuré par le fait que le curateur, à l'inverse du mandataire pour cause d'inaptitude, doit rendre des rapports et comptes très précis auprès de l'APA. Ce processus est extrêmement sécurisé et contraignant pour le curateur. En effet, ces rapports ne sont pas légalement nécessaires pour le MCI mais peuvent être prévus dans le mandat. Toutefois, ce manque de contrôle permet une grande marge de manœuvre, parfois souhaitable, au mandataire.

Question 4 :

Quelles solutions pourriez-vous apporter pour améliorer cette problématique de manque de contrôle dans le MCI ? MEYER propose l'institution d'un surveillant du mandataire, qu'en pensez-vous ?

Me MICHELLOD BERNEY : Cela peut être une solution, qui s'apparente à l'organisation des trusts, où le *protector* surveille l'activité du *trustee*. Toutefois, si ces deux personnes ne sont pas d'accord, cela pourrait constituer des situations de blocage, peu enviables.

Question 5 : **L'aspect de droit international privé est-il essentiel concernant cette problématique de gestion du patrimoine ?**

Me MICHELLOD BERNEY : Selon elle, totalement. Me MICHELLOD BERNEY détient une clientèle internationale, pour la plupart fortunée, possédant des biens à l'étranger, dans plusieurs pays par hypothèse. Il est ainsi essentiel selon ses dires de se pencher sur les instruments de droit international privé à disposition pour apporter une réponse complète aux clients. En réalité, il n'y a pas de distinction entre droit suisse et droit international privé, c'est une combinaison, qui a son importance en pratique.

Question 6 : **En tant que mandataire, est-ce que vous favorisez une personne proche de confiance ou un professionnel ?**

Me MICHELLOD BERNEY : Sa réponse est à notre sens, intéressante et nuancée. La problématique qui se pose si nous mandats un professionnel concerne les possibles conflits d'intérêts qui pourraient en découler. Son conseil est le suivant : il vaut mieux, pour éviter les conflits, que la personne désigne une personne de confiance, un proche. Ce proche aurait toutefois, dans l'idéal, l'autorisation de s'adjoindre à des gestionnaires de fortune ou autres professionnels. Cette solution, à inscrire au mandat, permettrait d'éviter les conflits d'intérêts et permettrait au mandataire d'avoir des conseils de professionnels, avec son avis de proche de confiance. Ainsi, on évite le risque de double casquette. L'auteure RUMO-JUNGO appelle cela un auxiliaire du mandataire, et l'Etude Schellenberg Wittmer l'a prévu dans des MCI à plusieurs reprises.

Question 7 : **Avez-vous déjà été nommé mandataire pour cause d'incapacité ?**

Me MICHELLOD BERNEY : Pas à sa connaissance. Elle rappelle à juste titre que le MCI ne nécessite pas, à sa création, l'acceptation ou même la connaissance du mandataire quant à cette désignation.

Question 8 : **Quels sont les conseils juridiques que vous donnez à vos clients quant à cet instrument ? Quant au choix de la personne mandataire notamment, et à la rédaction du MCI ?**

Me MICHELLOD BERNEY : En général, les mandants ont une idée assez précise de la personne du mandataire. Des avocats ou des proches sont désignés, selon la volonté du mandataire. Me MICHELLOD BERNEY va conseiller l'inscription d'un mandataire de remplacement, notamment si le mandataire prévu est une personne physique, comme pour les exécuteurs testamentaires. Le mieux est toutefois de s'assurer que le mandataire soit d'accord sur le principe, même si cela n'empêchera pas des éventuels obstacles par la suite. Mieux vaut anticiper jusqu'au bout ...

Quant à la rédaction à proprement parlé, entre une rédaction trop précise ou très générale, les courants doctrinaux s'opposent. Me MICHELLOD BERNEY n'est pas pour une rédaction trop détaillée, une liste exhaustive. Elle favorise une formulation générale accompagnée d'une liste exemplative des tâches soumises à la gestion du mandataire. Ainsi, sans avoir un mandat prolixe, on a un mandat complet. De plus, certains souhaits précis du client sont à ajouter au MCI, quant à la manière notamment de gérer certains biens.

Il faut également faire attention à une chose. Si un MCI couvre certaines tâches et ne dit rien concernant d'autres tâches, le risque est que l'APA désignera un curateur pour les tâches non instituées dans le MCI. On perdra ainsi le bénéfice de la non-intervention étatique.

Concernant la langue du MCI, la loi ne prévoit rien. Toutefois, si les parties choisissent la forme authentique, le MCI devant être instrumentalisé par un notaire, ce dernier exige un MCI rédigé en une des langues nationales. On rédigera une autre version, par hypothèse anglaise, à côté.

Question 9 : **Favorisez-vous des mandats séparés (par hypothèse un MCI concernant la représentation de la personne incapable de discernement et un autre concernant la gestion de son patrimoine) ? Ou préférez-vous conseiller un mandat global ?**

Me MICHELLOD BERNEY : Il faudrait selon elle que ce soit la même personne qui traite de ces deux aspects car la gestion et la représentation sont souvent des aspects qui se recoupent. En effet, si ces deux domaines sont traités par des personnes différentes, cela risque de poser des conflits.

Question 10 : **Les MCI sont-ils le plus souvent rémunérés ?**

Me MICHELLOD BERNEY : Oui. Du moins, pour les avocats mandatés, ces derniers appliquent leur tarif d'avocat, cette fonction entrant dans leurs aptitudes d'avocat. En temps normal, les tarifs de curateur sont relativement plus bas.

Question 11 : **Y a-t-il un réel atout à planifier son patrimoine en vue d'une éventuelle incapacité de discernement ? Ou est-ce que les instruments de curatelles sont suffisamment apte à le faire a posteriori ?**

Me MICHELLOD BERNEY : Il existe une ordonnance sur la gestion du patrimoine dans le cadre d'une curatelle ou d'une tutelle (OGPCT ; RS 211.223.11) qui détaille les prescriptions et obligations extrêmement contraignantes qu'on les curateurs envers l'APA. Ils sont limités et cadrés dans leur gestion et

certaines clients souhaitent avoir la liberté de prescrire la manière dont ils aimeraient que la gestion de leur patrimoine soit faite. Ainsi, c'est notamment pour cette raison-là que Me MICHELLOD BERNEY favorise le MCI tant que possible.

Question 12 :

Qu'est-ce qui serait à améliorer dans le MCI ?

Me MICHELLOD BERNEY :

il y a une problématique temporelle à laquelle on ne pense pas toujours. Entre la venue de l'incapacité de discernement et la validation du MCI par l'APA, il peut y avoir un certain temps. *Quid* de la gestion du patrimoine durant cette période-là ? Problématique à laquelle le législateur n'avait sûrement pas songé, selon Me MICHELLOD BERNEY. C'est une période de *no man's land* qui nécessiterait, selon elle, l'instauration d'une procuration ordinaire en attendant que la situation concernant le MCI se stabilise.

Question 13 :

***Quid* de la possibilité de vérifier *a posteriori* la capacité de discernement d'une personne au moment de la rédaction de son MCI ?**

Me MICHELLOD BERNEY :

Toute la problématique est là. L'auteur RUBIDO est extrêmement strict sur ce point. Le mandant doit avoir la pleine capacité civile au moment de la rédaction du mandat. Mais c'est très compliqué à vérifier, pour les avocats, notaires et même les médecins. C'est une notion qui s'examine *in concreto*. Dès la survenance d'un doute, on devrait conseiller à nos clients de vérifier leur capacité via une consultation médicale, mais aux dires de Me MICHELLOD BERNEY c'est très délicat.

Question 14 :

Avez-vous un exemple d'un cas de MCI traité en votre étude ?

Me MICHELLOD BERNEY :

Elle a récemment eu à traiter un cas de droit international privé concernant le MCI. La question était de savoir si un MCI anglais était valable en Suisse, s'il pouvait déployer ses effets en Suisse. En effet, la

personne était anglaise mais détenait des actifs en Suisse, il était donc d'une importance vitale de s'assurer que si elle devenait incapable de discernement, le mandataire pourrait continuer à gérer son patrimoine international. La question a trouvé réponse sous l'angle de la CLaH 2000. Si l'Angleterre n'est pas partie à cette Convention, cela n'a pas d'importance ici car par le biais du renvoi de l'art. 85 al.2 LDIP, la Convention s'applique avec effet *erga omnes*. L'art. 15 CLaH 2000 institue la compétence de la résidence habituelle, ce lieu est aussi choisi par la problématique du droit applicable en principe. La question était de savoir si, lorsque le MCI anglais est reconnu par le droit Suisse, il doit tout de même être soumis aux contrôles de validité imposés par la Suisse (et non par l'Angleterre). En effet, en Angleterre les conditions sont moins strictes et il suffit que le mandat soit enregistré dans une base de données, non publiques. L'auteur BUCHER a éclairci cette incertitude en disant que selon lui dès que le MCI était conforme selon le droit anglais, il n'avait pas besoin de passer par la procédure de l'art. 363 CC.

Finalement, Me MICHELLOD BERNEY a apporté une réponse prudente. Elle a conseillé de faire un MCI en Suisse selon le droit suisse, pour ses actifs en Suisse, tant que le mandant était capable de discernement. Tout cela en tentant de le retranscrire de la manière la plus semblable au MCI anglais afin d'éviter les contradictions, et s'assurer que les banques suisses notamment, très strictes pour des questions de sécurité, acceptent la mise en œuvre du MCI.