

Table des matières

Sommaire.....	XI
Liste des abréviations	XXV
Bibliographie	XXXI
Introduction	1
1^{ÈRE} PARTIE: LES FONDEMENTS	3
§ 1 L'évolution juridique.....	5
I. Le contexte suisse	5
1. Avant la révision du droit de la protection de l'adulte	5
1.1 Le besoin d'une réforme.....	5
1.2 Les moyens d'autodétermination préexistants.....	6
1.3 L'évolution de la réforme.....	8
a De l'Avant-projet de 1998 à l'Avant-projet de 2003.....	8
b La procédure de consultation et le remaniement de l'Avant-projet de 2003	9
2. Le mandat pour cause d'incapacité dans le nouveau droit de la protection de l'adulte.....	12
2.1 Le système du droit de la protection de l'adulte.....	12
2.2 Le mandat pour cause d'incapacité.....	13
a Quelques généralités.....	13
b La constitution.....	13
c Le mandataire	14
d La validation.....	15
e La surveillance	15
f La fin	16
2.3 L'importance pratique	16
II. Le contexte international.....	18
1. L'évolution historique	18
1.1 Quelques généralités.....	18
1.2 La première Recommandation du Conseil de l'Europe en 1999	18
1.3 La Convention de La Haye du 13 janvier 2000.....	19

Table des matières

1.4	La succession de réformes européennes	19
1.5	La deuxième Recommandation du Conseil de l'Europe en 2009	21
2.	Les instruments québécois et français	22
2.1	Quelques remarques introductives.....	22
2.2	Le mandat de protection québécois	23
a	Quelques généralités.....	23
b	La constitution	25
c	Le mandataire	26
d	L'homologation	27
e	La surveillance	29
f	La fin	30
2.3	Le mandat de protection future français	31
a	Quelques généralités.....	31
b	La constitution	32
c	Le mandataire	33
d	La prise d'effets.....	34
e	La surveillance	36
f	La fin	37
§ 2	Les caractéristiques de la protection.....	39
I.	L'évaluation de la protection.....	39
1.	Les avantages	39
1.1	Une protection anticipée et conditionnée à l'incapacité de discernement.....	39
1.2	Une protection soumise à validation.....	40
2.	Les faiblesses	41
2.1	Les limites de l'adaptation de la protection	41
2.2	Les limites d'intervention de l'APA.....	42
a	L'historique législatif	42
b	Les mesures de l'APA	43
c	Les situations concrètes.....	44
aa)	La modification des instructions et des obligations du mandataire.....	44
bb)	La modification des pouvoirs du mandataire	45
cc)	La modification de la rémunération du mandataire	46
dd)	La modification d'une décision du mandataire.....	48
II.	Les distinctions.....	49
1.	Le mandat du Code des obligations assorti d'une clause de maintien au-delà de l'incapacité de discernement.....	49

2. La représentation légale du conjoint ou du partenaire enregistré	50
3. Les mesures de curatelle.....	51
4. L'exécuteur testamentaire	53
Synthèse de la 1 ^{ère} partie	55

2^{ÈME} PARTIE: LA NATURE JURIDIQUE 57

§ 3 Les deux conceptions 59

I. La conception contractuelle.....	59
1. Les fondements	59
1.1 La définition	59
1.2 Les principes	59
a La liberté contractuelle	60
b La fidélité contractuelle.....	60
1.3 Le mandat pour cause d'incapacité, une institution de pur droit privé ?.....	60
1.4 Le mandat pour cause d'incapacité comme un mandat au sens de l'art. 394 ss CO ?.....	62
a Quelques remarques introductives.....	62
b Le renvoi au mandat du Code des obligations.....	63
c Le mandat du Code des obligations avec une clause de maintien au-delà de l'incapacité de discernement.....	64
d Les caractéristiques du mandat du Code des obligations applicables au mandat pour cause d'incapacité.....	65
e Les distinctions.....	66
2. Les mérites	68
2.1 La concrétisation du droit à l'autodétermination.....	68
2.2 Un choix hors du seul cadre familial	69
2.3 La sécurisation des choix de la mandante.....	70
3. Les limites	70
3.1 L'absence d'échange des manifestations de volonté	70
3.2 La déclaration de l'acceptation à l'APA et non à l'auteur de l'offre.....	72
3.3 La longue période entre l'offre et l'acceptation.....	72
3.4 Une exécution différée à l'incapacité de discernement	73
3.5 La volonté contractuelle comme moyen de protection ?	74
3.6 L'omniprésence de l'APA.....	75

II.	La conception protectionniste	78
1.	Les fondements	78
1.1	La définition	78
1.2	Les principes	79
a	Le bien de la personne concernée	79
b	Les principes de proportionnalité et de subsidiarité.....	79
2.	Les mérites	81
2.1	L'application pratique des principes protectionnistes au mandat pour cause d'inaptitude.....	81
a	Le bien de la mandante	81
b	Le principe de proportionnalité	82
c	Le principe de subsidiarité.....	83
2.2	La systématique et l'historique législatif.....	84
2.3	Une communauté de but.....	85
2.4	Une protection pour cause d'incapacité de discernement.....	86
2.5	Le choix d'un mandataire et sa nomination.....	86
2.6	Une portée comparable à la curatelle de portée générale.....	88
2.7	L'application analogique de certains articles.....	88
3.	Les limites	89
3.1	La garantie d'une surveillance plus distante	89
3.2	Le transfert de responsabilité.....	90
§ 4	Vers une nouvelle approche.....	91
I.	Les solutions étrangères	91
1.	Le droit québécois	91
2.	Le droit français	95
3.	Un constat.....	96
II.	La proposition d'une nouvelle conception en droit suisse.....	97
1.	Les fondements	97
1.1	Le rejet de la conception contractuelle	97
1.2	Le rejet de la conception protectionniste	98
1.3	La conciliation des deux conceptions	98
2.	L'approche conciliatrice comme fondement de notre troisième partie.....	99
2.1	L'intérêt pratique.....	99
2.2	L'identification des lacunes.....	100
a	Les critères intrinsèques à la protection.....	100
b	Les critères relatifs aux acteurs de la protection	100

2.3 Le comblement des lacunes.....	101
a Les principes de base.....	101
b Les situations concrètes.....	102
Synthèse de la 2 ^{ème} partie.....	105
3^{ÈME} PARTIE: L'AMÉNAGEMENT	107
CHAPITRE 1: L'ORGANISATION DE LA PROTECTION	107
§ 5 Le choix de la forme	109
I. Les solutions étrangères	109
1. Le droit québécois	109
2. Le droit français	110
II. Les formes du mandat pour cause d'incapacité	111
1. L'historique législatif.....	111
2. La forme olographe	113
2.1 Les buts	113
2.2 Les limites	114
2.3 Le renforcement de la protection.....	117
3. La forme authentique.....	119
3.1 Les avantages	119
3.2 Les situations particulières	120
§ 6 La coordination avec d'autres moyens de protection	123
I. Entre plusieurs mandats pour cause d'incapacité	123
II. Avec un acte trans-incapacité.....	124
1. Quelques remarques introductives	124
2. Les solutions étrangères	125
2.1 Le droit québécois	125
2.2 Le droit français.....	126
3. La pérennisation des actes trans-incapacité en droit suisse	127
3.1 Avant la révision du droit de la protection de l'adulte.....	127
3.2 Après la révision du droit de la protection de l'adulte.....	128
4. Le mandat trans-incapacité comme moyen de protection ?	129
4.1 Une précision terminologique	129
4.2 Les différences par rapport au mandat pour cause d'incapacité	130

4.3 Le devoir d'informer de l'art. 397a Co comme moyen de protection minimal	130
4.4 L'examen de mesures complémentaires de protection	135
5. Les questions concrètes de coordination	137
5.1 En l'absence d'une clause de maintien au-delà de l'incapacité de discernement.....	137
5.2 En présence d'un mandat trans-inaptitude et d'un mandat pour cause d'inaptitude.....	137
5.3 Le mandat trans-inaptitude en tant que solution de transition	139
III. Avec la représentation par le conjoint ou le partenaire enregistré.....	141
1. La représentation légale par le conjoint ou le partenaire enregistré en tant qu'étape préliminaire à un mandat pour cause d'inaptitude	141
2. La coexistence entre ces deux moyens de protection	142
IV. Avec une mesure de curatelle.....	143
1. Un rappel	143
2. Une curatelle comme complément de protection	143
3. Le remplacement d'une curatelle par un mandat pour cause d'inaptitude	144
V. Avec un testament.....	146
1. Au sein d'un même document.....	146
2. Dans des documents distincts.....	147
VI. Avec des directives anticipées.....	148
1. L'intégration des directives anticipées dans un mandat pour cause d'inaptitude	148
1.1 Quelques généralités.....	148
1.2 L'utilisation unique d'un mandat pour cause d'inaptitude	149
1.3 L'utilisation unique des directives anticipées.....	149
2. La coexistence du mandat pour cause d'inaptitude et des directives anticipées	150
§ 7 L'enregistrement.....	151
I. Quelques remarques introductives	153
II. Les solutions étrangères	154
1. Le droit québécois	154
2. Le droit français	155

III.	Vers une inscription systématique ?	157
1.	Les mandats pour cause d'incapacité validés	157
2.	Les mandats pour cause d'incapacité constitués.....	159
§ 8	La durée de validité	161
I.	Quelques remarques introductives	163
II.	L'historique législatif.....	164
III.	L'influence du droit des successions.....	165
IV.	Le déficit de protection	166
V.	L'introduction d'un système de rappel.....	168
	Synthèse du chapitre 1	173
	CHAPITRE 2: LES ACTEURS DE LA PROTECTION	175
§ 9	Le choix du mandataire.....	177
I.	La liberté du choix	177
1.	Un choix s'écartant du cadre familial.....	177
2.	Le choix d'une personne déterminée.....	179
2.1	La désignation de plusieurs mandataires pour cause d'incapacité.....	179
2.2	La désignation d'une personne morale	180
3.	Les solutions de remplacement	183
3.1	Le but et le fonctionnement du remplacement du mandataire	183
3.2	Les motifs de remplacement.....	183
3.3	Le remplacement en cas de démission du mandataire	184
II.	La sécurisation du choix du mandataire	185
1.	Le rapprochement au droit des successions.....	185
1.1	Quelques remarques introductives.....	185
1.2	Les exigences formelles du testament	186
1.3	La désignation de l'exécuteur testamentaire.....	186
1.4	Les conséquences de ces rapprochements	188
2.	Une nouvelle approche du mandat pour cause d'incapacité	190
2.1	Les solutions étrangères	190
a	Le droit québécois	190
b	Le droit français.....	191
2.2	L'absence de consultation du mandataire.....	191

2.3 L'introduction d'une obligation d'information.....	193
a La définition	193
b Le contenu de l'obligation d'information	194
c La mise en œuvre de l'obligation d'information	195
§ 10 La détermination des pouvoirs du mandataire.....	197
I. Les actes ayant des conséquences juridiques ou économiques importantes.....	197
1. La distinction entre les actes de l'administration ordinaire et extraordinaire	197
2. Les actes de l'art. 396 al. 3 CO	198
3. Les actes de l'art. 416 CC	201
4. Les affaires prohibées de l'art. 412 CC	203
5. Les solutions étrangères	205
5.1 Le droit québécois	205
5.2 Le droit français.....	207
5.3 Un constat.....	207
II. Les pouvoirs du mandataire	208
1. Quelques remarques préliminaires	208
2. Les actes que le mandataire peut toujours passer seul.....	209
3. Les actes que le mandataire ne peut pas passer seul.....	210
3.1 Les pouvoirs prévus au mandat	210
3.2 La nomination d'un comodatitaire pour les actes de l'administration extraordinaire	211
3.3 L'intervention de l'APA en dernier recours	212
§ 11 La prévention des abus financiers.....	215
I. La notion d'abus financiers	215
1. Les limites de l'analyse	215
2. Les facteurs de risques	215
2.1 Le lien de confiance	215
2.2 L'âge du mandataire	216
2.3 Le contexte social.....	216
2.4 Le critère de l'incapacité de discernement	217
2.5 Le déficit d'information	217
3. Les situations concrètes.....	218
3.1 Quelques remarques introductives.....	218
3.2 L'appropriation du patrimoine de la personne concernée.....	218

3.3	Le mandat pour cause d'incapacité comme « license to steal » ?	219
3.4	Les conflits d'intérêts	219
3.5	La mauvaise administration du mandataire	220
II.	La prévention des abus financiers	221
1.	Les solutions étrangères	221
1.1	Le droit québécois	221
1.2	Le droit français.....	223
1.3	Un constat.....	224
2.	L'absence de mesure de surveillance obligatoire	225
3.	La privatisation de la surveillance	226
4.	L'importance de la mise en place d'un système de surveillance privé.....	226
5.	Les moyens de prévention des abus financiers.....	228
5.1	Quelques remarques préliminaires	228
5.2	Les instructions	229
5.3	La nomination d'un « tiers contrôleur ».....	229
5.4	L'inventaire initial.....	230
5.5	La remise de comptes et le contrôle périodique.....	231
§ 12	Le rôle de la capacité ou de l'incapacité de discernement.....	235
I.	La capacité de discernement lors de la constitution	235
1.	Quelques généralités	235
1.1	La notion et les conditions de la capacité de discernement	235
1.2	Les critères d'analyse de la capacité de discernement.....	236
2.	Les situations problématiques	238
2.1	Les maladies neurologiques progressives.....	238
2.2	La capacité de discernement sectorielle	239
2.3	Le mandat pour cause d'incapacité « last-minute »	239
3.	La réduction des risques d'infirmité de la capacité de discernement....	240
3.1	Les risques de contestation de la validité du mandat.....	240
3.2	La rédaction à un stade initial de démence	242
3.3	L'entremise de témoins et/ou l'établissement d'un certificat médical	243
II.	L'incapacité de discernement lors de la validation.....	244
1.	Un nouveau critère	244
2.	L'incapacité de discernement comme condition de mise en œuvre.....	245
3.	L'évaluation de l'incapacité de discernement	246
3.1	La communication de la survenance.....	246

3.2 La compétence de la constatation.....	246
3.3 Les différents stades	248
4. La disproportion entre les pouvoirs attribués et l'incapacité de discernement	249
4.1 Le droit québécois	249
a La notion d'incapacité partielle	249
b Les deux conceptions	251
c La situation actuelle.....	253
4.2 Le droit français.....	254
4.3 Une nouvelle approche en droit suisse	256
a La notion d'incapacité de discernement sectorielle	256
b Le dilemme de l'APA.....	257
c Les faiblesses de la validation partielle	259
aa) La validation par étapes.....	259
bb) La combinaison du mandat pour cause d'incapacité avec une curatelle	260
d Une proposition de flexibilisation des conditions de mise en œuvre	261
Synthèse du chapitre 2	267
Conclusions.....	269
I. Les principales thèses.....	269
1. Les fondements	269
2. La nature juridique	270
3. L'aménagement.....	271
3.1 Les objectifs	271
3.2 L'organisation de la protection.....	272
3.3 Les acteurs de la protection	273
II. Une proposition de réglementation (<i>de lege ferenda</i>) en droit civil suisse	274
Schlussfolgerungen	277
I. Die Hauptthesen	277
1. Die Grundlagen	277
2. Die Rechtsnatur	278
3. Die Gestaltungsmöglichkeiten.....	279
3.1 Ziele.....	279

3.2 Organisation des Vorsorgeauftrags	280
3.3 Die Akteure des Vorsorgeauftrages.....	281
II. Vorschlag de lege ferenda für die Regelung im schweizerischen Zivilgesetzbuch	283
Répertoire alphabétique des matières.....	285