



Mémento

Concernant le mandat pour cause d'inaptitude

1. Qu'est-ce qu'un mandat pour cause d'inaptitude, de quoi dois-je tenir compte lors de sa constitution?

Monsieur A., âgé de 57 ans, a appris qu'il souffrait d'une tumeur au cerveau. Les médecins ne se prononcent pas sur l'évolution de la maladie. Jusqu'à maintenant, il ne se sent pas limité dans ses activités quotidiennes. Il souhaite que sa fille puisse s'occuper de tout à sa place au cas où il deviendrait incapable de discernement, mais ne sait pas comment procéder.

Madame B. est âgée de 84 ans et aimerait que la fiduciaire à laquelle elle recourt depuis de nombreuses années puisse s'occuper de ses affaires administratives et financières si elle devait un jour ne plus avoir sa capacité de discernement. Jusqu'à maintenant, la fiduciaire se chargeait de remplir sa déclaration d'impôt. Madame B. aimerait lui accorder des compétences beaucoup plus larges.

Une personne ayant l'exercice des droits civil peut, au moyen d'un mandat pour cause d'inaptitude, charger une ou plusieurs personnes physiques ou morales de s'occuper de tâches précises au cas où elle deviendrait incapable de discernement (art. 360 CC).

Le mandat pour cause d'inaptitude peut porter sur l'ensemble des tâches relatives à l'assistance personnelle et à la gestion du patrimoine ainsi que sur la représentation de la personne dans les rapports juridiques avec des tiers ou alors ne concerner que des domaines partiels (p. ex. la gestion du patrimoine). Le mandat peut inclure des directives anticipées. Dans ce cas, seules des personnes physiques peuvent être désignées comme mandataires pour les domaines prévus par les directives anticipées. Les droits strictement personnels au sens absolu, tels que la constitution d'un testament, ne peuvent pas être délégués à une personne désignée à cet effet.

La constitution d'un mandat pour cause d'inaptitude est liée à des prescriptions formelles (art. 361 CC). Tout comme dans le cas d'un testament, le mandat pour cause d'inaptitude peut être rédigé de deux façons. Il peut

- être entièrement écrit à la main, daté et signé (forme olographe)
- ou
- être dressé par un ou une notaire (forme authentique).

Si les prescriptions formelles ne sont pas respectées, le mandat pour cause d'inaptitude ne peut déployer aucun effet. Au cas où le mandant devient incapable de discernement, l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA) doit alors examiner la possibilité d'appliquer des mesures relevant du droit de la protection de l'adulte. Par conséquent, il est recommandé de se faire conseiller par des services compétents ou par un ou une notaire.

2. Où conserver le mandat pour cause d'incapacité?

Madame C. n'a encore jamais fait de procuration mais souhaite constituer un mandat pour cause d'incapacité afin que sa banque puisse s'occuper de ses affaires financières et administratives si elle devenait incapable de discernement. Elle réfléchit à l'endroit où elle va conserver ce mandat.

Le mandant peut choisir librement l'endroit où il entend conserver le mandat pour cause d'incapacité. Il s'agit cependant de songer au fait qu'en cas d'incapacité de discernement de la personne, le mandat doit pouvoir être aisément retrouvé. Si ce document est placé dans le coffre-fort d'une banque sans que personne ne le sache et que seul le mandant y a accès, il se peut qu'il ne soit retrouvé qu'une fois que la personne sera devenue incapable de discernement et qu'un inventaire sera dressé dans le cadre d'une curatelle. Par conséquent, il est recommandé

- d'indiquer à la personne (physique ou morale) chargée du mandat pour cause d'incapacité le lieu de dépôt du document. On imagine en effet que le mandant et le mandataire entretiennent des relations et que ce dernier est mis au courant lorsque l'incapacité de discernement survient;
- de choisir un lieu aisément accessible et de le faire enregistrer dans le registre ad hoc de l'office de l'état civil. Dans le canton de Berne, certaines communes offrent à leurs citoyens la possibilité de déposer leur mandat pour cause d'incapacité.

3. A quel moment le mandat pour cause d'incapacité déploie-t-il ses effets?

Madame B. est maintenant âgée de 95 ans. La fiduciaire constate que sa cliente ne parvient plus à comprendre les diverses opérations effectuées mais aussi qu'elle a tendance à lui faire aveuglément confiance. Madame B. continue toutefois à vivre sans problèmes particuliers dans son appartement, grâce au service d'aide à domicile et aux repas qui lui sont livrés. La fiduciaire s'adresse alors à l'APEA.

Lorsque l'APEA apprend qu'une personne a perdu sa capacité de discernement, elle cherche d'abord à savoir s'il existe un mandat pour cause d'incapacité. Si tel est le cas, elle examine sa validité et vérifie aussi si la personne est bel et bien incapable de discernement (art. 363, al. 2, ch. 1 et 2 CC). L'APEA se renseigne en outre pour savoir si le mandataire est apte et disposé à remplir le mandat comme prévu (art. 363, al. 2, ch. 3 CC). Si toutes les conditions sont réunies, l'APEA déclare que le mandat pour cause d'incapacité peut déployer ses effets (validation). Si l'incapacité de discernement ne porte que sur des tâches bien précises nommées dans le mandat, ce dernier peut n'être que partiellement validé.

4. Le mandat réciproque pour cause d'incapacité entre époux est-il une bonne solution?

Il y a quelque temps, les époux D. ont constitué un mandat réciproque pour cause d'incapacité. Monsieur D. se trouve maintenant dans le coma après un grave accident de travail. On ne sait absolument pas si la situation s'améliorera, ni à quel moment.

Le nouveau droit sur la protection de l'enfant et de l'adulte prévoit que les époux et les partenaires enregistrés disposent, en cas d'incapacité de discernement de leur conjoint ou de leur partenaire, d'un droit de représentation (art. 374 CC). Ce droit est toutefois limité aux questions de la vie quotidienne, aux actes nécessaires pour satisfaire les besoins de la personne concernée, à la gestion quotidienne du revenu et de la fortune et à celle du courrier. En ce qui concerne les actes juridiques relevant de l'administration extraordinaire des biens, tels que l'augmentation de l'hypothèque pour transformer son propre logement en un lieu sans obstacles, le conjoint qui a l'exercice des droits civils doit demander l'accord de l'APEA. S'il existe un mandat pour cause d'incapacité, cette exigence d'approbation n'est plus nécessaire, pour autant que le mandat précise les tâches déléguées à la personne concernée.

5. Quelle est la protection contre les risques d'abus de la part du mandataire?

Madame E. est gravement malade et vit de manière isolée. Elle songe à la possibilité de désigner son nouveau voisin, qui est très aimable, comme représentant dans un mandat pour cause d'inaptitude. Comme elle ne le connaît pas depuis longtemps, elle n'est pas sûre qu'il soit apte à assumer la gestion complexe de sa fortune et ne sait pas si elle peut lui accorder sa confiance.

L'APEA, avant de valider le choix du mandataire, examine son aptitude générale. Le législateur a prévu qu'en principe, une fois que l'APEA a procédé à la validation, l'activité du mandataire ne donne plus lieu à un examen si aucune menace concernant les intérêts du mandant n'a été décelée lors de la validation.

Si l'APEA perçoit, après la procédure de validation, que les intérêts du mandant sont compromis ou risquent de l'être, elle prend les mesures nécessaires à leur protection. Elle peut donner des instructions au mandataire, lui ordonner d'établir un inventaire des biens du mandant, de présenter périodiquement des comptes et des rapports ou lui retirer ses pouvoirs en tout ou en partie (art. 368 CC).

Pour qu'un mandataire pour cause d'inaptitude puisse agir librement, il est recommandé de mandater uniquement, comme dans le cas d'une procuration, une personne en qui l'on a une entière confiance et que l'on pense capable de s'occuper des affaires inscrites dans le mandat.

6. Est-il possible de désigner plusieurs personnes à titre de mandataires?

Monsieur E. est veuf depuis plusieurs années. Il entretient de très bonnes relations avec ses deux filles et souhaite donc les désigner dans son mandat pour cause d'inaptitude. Peut-il le faire, est-ce judicieux et de quoi doit-il tenir compte?

Il est possible de désigner plusieurs personnes comme mandataires. Il existe alors deux possibilités: la première consiste à mandater plusieurs personnes parallèlement. Dans ce cas, il convient toutefois de répartir les pouvoirs de représentation, pour des raisons pratiques, et de les attribuer aux différents personnes concernées (p. ex. la fille Y pour les finances, la fille Z pour l'assistance personnelle). La deuxième possibilité prévoit la désignation d'une seule personne chargée de l'ensemble des tâches et d'une deuxième personne à titre de suppléante. Si le mandant devient incapable de discernement et que la première personne désignée est prête et apte à accepter le mandat, elle est habilitée, par décision de l'APEA, à l'assumer. Si, par contre, cette personne refuse le mandat (p. ex. parce qu'elle est elle-même gravement malade), la personne mandatée à titre de suppléante intervient à sa place. Il est important que les mandataires connaissent bien la situation du mandant et disposent des aptitudes personnelles nécessaires ainsi que des connaissances spécifiques pour assumer ce mandat.

7. Une rémunération est-elle allouée au mandataire pour cause d'inaptitude?

Madame F. souhaite charger son avocat, dans un mandat pour cause d'inaptitude, de gérer son important patrimoine et de la représenter dans ses rapports juridiques avec des tiers. S'agissant de ses affaires personnelles et financières, elle aimerait désigner son fils I. pour la représenter. La question qui se pose est celle de la façon dont Madame F. devra rémunérer les mandataires si le mandat déploie ses effets.

Il est possible d'inscrire dans le mandat que celui-ci donnera lieu à une rémunération, le montant de celle-ci ou la façon dont il conviendra de la calculer. Le remboursement des frais est dû dans tous les cas.

A la demande du mandataire pour cause d'inaptitude, la rémunération prévue dans le mandat peut être augmentée, si cela se justifie objectivement et que l'on peut admettre qu'il s'agit là de la volonté présumée du mandant. Un abaissement de la rémunération prévue est possible s'il apparaît que les intérêts du mandant sont menacés (art. 368 CC).

Lorsque le mandat pour cause d'inaptitude ne contient pas de disposition sur la rémunération du mandataire, l'APEA fixe une indemnisation appropriée si cela apparaît justifié au regard de l'ampleur des tâches à accomplir ou si les prestations du mandataire font habituellement l'objet d'une rémunération ou encore si le

mandat ne précise pas clairement que la mandante partait du principe de la gratuité (art. 366 CC). La rémunération est fixée en principe sur la base de l'ordonnance sur la rémunération et le remboursement des frais en matière de gestion des curatelles (ORRC). La rémunération et les frais sont à la charge du mandant et peuvent être perçus directement par le mandataire.

8. Puis-je modifier ou révoquer un mandat pour cause d'inaptitude?

Il y a trois ans, Monsieur G. a désigné sa compagne H. comme représentante dans un mandat pour cause d'inaptitude. Il y a six mois, le couple s'est séparé et, après une période difficile, Monsieur G. et son ancienne compagne évitent désormais tout contact. Monsieur G. se rappelle qu'il a conservé ce mandat dans son bureau.

Avant d'avoir été validé, un mandat pour cause d'inaptitude peut être détruit à tout moment ou être révoqué dans l'une des formes prévues pour sa constitution. Si un nouveau mandat pour cause d'inaptitude est constitué sans que le précédent n'ait été expressément abrogé, le nouveau mandat le remplace, dans la mesure où il n'en constitue pas un simple complément (art. 362 CC).

9. Combien de temps un mandat pour cause d'inaptitude est-il valable?

Madame J., âgée de 40 ans, a constitué il y a quelques années un mandat pour cause d'inaptitude et désigné son mari comme mandataire. Après une opération suivie de graves complications, Madame J. est désormais entièrement tributaire de soins et n'est plus en mesure de tenir une conversation pertinente.

Après avoir été validé, le mandat pour cause d'inaptitude est en principe valable pour une durée illimitée. Une fois que l'APEA a examiné les capacités du mandataire, celui-ci a non seulement le droit, mais aussi le devoir d'exécuter le mandat. Il peut toutefois résilier le mandat en tout temps, en informant par écrit l'APEA, moyennant un délai de deux mois. Il peut le résilier avec effet immédiat pour de justes motifs (art. 367 CC). Au moment de la résiliation, l'APEA ouvre une procédure d'examen de mesures de protection de l'adulte.

La mise en œuvre du mandat pour cause d'inaptitude devient caduque de par la loi lorsque le mandant recouvre la capacité de discernement (art. 369 CC), lorsque le mandant ou le mandataire décède ou que le mandataire devient incapable de discernement.

10. Un mandat pour cause d'inaptitude permet-il d'éviter des mesures de l'APEA dans tous les cas?

Madame K. habite dans une petite maison individuelle dont elle est l'unique propriétaire. Elle ne dispose d'aucune autre fortune et vit d'une rente modeste. Elle souhaite pouvoir rester chez elle le plus longtemps possible. Au cas où elle perdrait sa capacité de discernement, elle aimerait que son fils L. puisse régler tout le nécessaire pour elle.

En fonction de la situation, le mandat pour cause d'inaptitude ne permet pas d'éviter des mesures de l'APEA. En effet, si les intérêts du mandant sont compromis, l'APEA doit intervenir. Cette situation se produit toutefois rarement. La personne mandatée pour cause d'inaptitude représente le mandant dans le domaine qu'il lui a délégué et s'acquitte de ses tâches avec diligence et selon les règles du code des obligations sur le mandat (art. 365 CC). Le mandataire doit avertir l'APEA si des affaires non prévues dans le mandat pour cause d'inaptitude doivent être réglées. Il doit par ailleurs s'adresser à l'autorité si ses intérêts sont susceptibles de s'opposer à ceux de la personne concernée. En effet, en cas de conflit d'intérêts, ses compétences deviennent automatiquement caduques. Tel est le cas, par exemple, lorsque tous deux sont parties à la même succession en tant qu'héritiers.

Lorsque des proches ou des personnes de confiance obtiennent le statut de mandataire privé de la personne concernée, non pas dans le cadre du mandat pour cause d'inaptitude mais dans celui d'une mesure

prononcée par l'APEA, à savoir une curatelle, cette situation procure aussi des avantages. En effet, les mandataires privés peuvent bénéficier des conseils dispensés par les spécialistes du service social compétent et ont droit à des formations régulières.

11. J'ai signé une procuration en cas d'incapacité. Est-il aussi nécessaire de constituer un mandat pour cause d'incapacité ?

Monsieur M. est âgé de 85 ans. Pour s'assurer qu'une personne qui lui est familière puisse le représenter s'il devient incapable de discernement, il a transmis à sa nièce, il y a quelque temps déjà, une procuration dans laquelle il a précisé que celle-ci ne doit pas s'éteindre, même dans le cas de la perte de ses droits civils ou de sa capacité de discernement ou encore de son décès.

Un mandant peut inscrire dans une procuration que celle-ci doit conserver sa validité même s'il devient incapable de discernement. Le nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte prévoit lui aussi ce type de réglementation. Il n'est pas possible, en revanche, d'accorder une procuration portant sur les soins à apporter à la personne, sur la gestion de son patrimoine et sur sa représentation qui ne prenne effet qu'au moment où l'incapacité de discernement intervient, et non antérieurement. Une telle réglementation n'est pas envisageable hors du mandat pour cause d'incapacité, dont les prescriptions formelles sont plus strictes que celles d'une procuration. Dans la pratique, il arrive que les procurations pour cause d'incapacité ne soient pas acceptées, même si leur forme est correcte et qu'elles sont juridiquement valables. Pour éviter une telle situation, il est recommandé de constituer un mandat pour cause d'incapacité à titre supplémentaire pour la personne qui dispose de la procuration. Ce mandat pourra, si nécessaire, être présenté à l'APEA pour être validé si la procuration, bien que valable, n'est pas acceptée au moment où le mandant devient incapable de discernement.