



Procuration générale, clause de validité prolongée et mandat pour cause d'incapacité

Situation

Je travaille pour le service social XY et ai été mandaté par l'APEA dans le cadre d'une procédure de protection de l'adulte pour réaliser une enquête sur un homme souffrant d'un handicap mental (année de naissance 1992). Je me permets de vous exposer ma requête ci-après. Le père du jeune homme susmentionné détient une procuration générale qui l'autorise à représenter légalement son fils auprès de toutes les autorités administratives, des juridictions et personnes privées ayant pour effet que le mandant est à la fois en droit et s'oblige comme s'il avait agi lui-même....

Une telle procuration générale a-t-elle une validité juridique? Le père m'a expliqué qu'il l'avait établie à la majorité de son fils en collaboration avec l'autorité tutélaire compétente en ce temps-là.

Considérants

1. Une procuration générale confie au mandataire toutes les affaires de nature économique qui relèvent de ladite procuration; des droits strictement personnels n'en font par exemple pas partie. On peut s'interroger sur la validité d'une procuration générale puisque le mandant ne peut guère s'en faire une idée précise. Elle entre en conflit avec l'art. 27 CC qui stipule que nul ne peut aliéner sa liberté, ni s'en interdire l'usage dans une mesure contraire aux lois ou aux mœurs (cf. BK-Zäch, art. 33 CO N 95 f.). Une procuration doit être un acte de réelle autodétermination, c.à.d. que la personne concernée doit d'une part être capable de donner son consentement (capacité de discernement cf. CHK-Kut, art. 32 CO N 30 avec d'autres indications) et d'autre part, les actes juridiques à entreprendre doivent être prévisibles (cf. Brückner, Personenrecht, Zurich 2000, N 823 ss.; BK-Kramer, art. 19-20 CO N 208 ss., surtout N 228 ss. en relation avec l'échange de données: Rosch, Schweigen und Sprechen im System, Berne 2005, p. 87). Dans la doctrine, l'avis prévaut donc qu'une procuration générale est irrecevable (BK-Zäch, art. 33 CO N 96 f.; Bucher, CO AT, p. 605 f.). Ces doutes s'accroissent lorsqu'une procuration reste valable au-delà de l'incapacité de discernement. Une telle procuration est envisageable pour autant qu'elle intègre une clause de validité prolongée (art. 35 CO), à savoir une clause dans laquelle il est expressément stipulé que la procuration doit rester valable par-delà l'incapacité de discernement. Un mandant ne peut ainsi en général plus surveiller les actes d'un mandataire de manière rudimentaire (cf. ATF 134 III 385 E. 4.2; ATF 5A_588/2008 E. 3.3.1.). L'ATF 5A_588/2008 traite d'une procuration générale pourvue d'une clause de validité prolongée; il ressort de l'arrêt qu'en principe les procurations générales (avec clause de validité prolongée) sont considérées comme recevables conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, sous réserve des restrictions suivantes:
 - a. Une procuration n'est possible que lorsque le „mandant à protéger est en tout temps apte à procéder à un contrôle et à une surveillance minimale de la personne nommée pas ses soins et, si nécessaire, à la remplacer “ (ATF 5A_588/2008 E. 3.3.1.).



- b. Les droits strictement personnels ne peuvent pas être représentés. Une représentation ne s'applique qu'aux droits relativement personnels associés à une incapacité de discernement (cf. Rosch, Introduction N 29 f. avec d'autres indications, dans: Rosch/Büchler/Jakob, das neue Erwachsenenenschutzrecht, Bâle 2011).
- c. Le législateur a publié des dispositions spécifiques ou supplémentaires, p.ex.
 - Art. 459 CO pour les procureurs,
 - Art. 16 ss. OS pour le secteur des assurances privées; mais aussi
 - Art. 416 al. 2 CC, selon lequel les personnes capables de discernement dans le cadre d'une curatelle avec restriction de l'exercice des droits civils ne peuvent plus octroyer de procurations (au curateur) dans ce domaine (cf. FamKomm Erwachsenenenschutz-Biderbost, art. 416 N 8 ss.),
 - dans le cadre du mandat pour cause d'inaptitude (art. 360 CC; cf. Meier/Lukic, Introduction au nouveau droit de la protection de l'adulte, Genève, Zurich, Bâle, 2011, ch. 192; BSK Erwachsenenenschutz-Rumo-Jungo, art. 360 N 32; Langenegger fait part de ses réserves dans: Rosch/Büchler/Jakob, art. 360 N 21 en se référant au message) ou sinon
 - que les affaires mentionnées à l'art. 396 al. 3 CO doivent être expressément nommées dans la procuration (CHK-Kut, art. 33 CO N 30).
2. Dans la situation en question, il reste à savoir si le mandant était capable de discernement lorsqu'il a octroyé la procuration; les personnes souffrant d'un handicap mental peuvent sans autre être capable de discernement; on peut s'interroger ou du moins vérifier s'il l'était également pour tous les actes de nature juridique. Dans le cas contraire, la procuration doit être restreinte aux domaines spécifiques pour lesquels il était capable de discernement. Par ailleurs, il n'est pas rare que les handicaps mentaux soient des infirmités stables et peu évolutives. Par conséquent, la personne concernée pourrait encore être capable de discernement pour les domaines concernés et agir par elle-même. Pour autant qu'elle soit capable de discernement, surtout si elle effectue des transactions juridiques de manière active et se porte préjudice, alors il convient également de vérifier la nécessité d'instaurer des mesures officielles. Pour autant qu'elle soit entretemps incapable de discernement, il y a lieu de contrôler qu'une clause de validité prolongée figure bien dans la procuration.
3. Avec l'entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de l'adulte, il est nécessaire de tenir compte de la distinction faite entre la procuration et le mandat pour cause d'inaptitude. Un mandat pour cause d'inaptitude n'entre en vigueur qu'au moment où une personne est devenue incapable de discernement. Lorsqu'une procuration est délivrée prévoyant un pouvoir de représentation au moment de l'incapacité de discernement, alors un mandat pour cause d'inaptitude doit être obligatoirement établi (cf. Langenegger, dans: Rosch/Büchler/Jakob, art. 360 N 11), en tenant compte des trois points suivants:
 - a. À la différence de la procuration, la personne doit avoir l'exercice des droits civils lors de l'instauration du mandat pour cause d'inaptitude et donc être capable de discernement et majeure (cf. art. 360 al. 1 CC).



- b. Le mandat pour cause d'incapacité doit être impérativement constitué par le mandant sous forme olographe ou alors faire l'objet d'un acte authentique (cf. art. 361 al. 1 CC).
- c. Lorsque la personne qui délivre un mandat pour cause d'incapacité ne peut plus surveiller et contrôler les actes de la personne mandatée au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral susmentionnée, une mesure doit également être instaurée par les autorités (cf. Breitschmid/Matt, dans: *Pflegerecht* 4/2012, p. 223 ss. avec d'autres indications; Rosch, dans Rosch/Büchler/Jakob, art. 389 N 5; a.M. BSK Erwachsenenschutz-Henkel, art. 389 N 8).

Il convient également de s'interroger sur la validité d'une procuration relevant de l'ancien droit, question à laquelle il est possible de répondre par l'affirmative (cf. Langenegger, dans: Rosch/Büchler/Jakob, art. 360 N 7).

Conclusion:

Malgré une critique justifiée, la jurisprudence de la Cour suprême prévoit que des procurations générales sont possibles, à savoir avec une clause de validité prolongée s'appliquant également par-delà l'incapacité à exercer les droits civils. La limite posée par la jurisprudence débute lorsque le mandant n'est plus à même de surveiller les actes du mandataire. Le cas échéant, une curatelle doit être ordonnée pour autant que des mesures subsidiaires – telles que le mandat pour cause d'incapacité – ne s'appliquent. Il en est de même dans le cadre d'un mandat pour cause d'incapacité. Dans le cas présent, les conditions d'octroi d'une procuration doivent en particulier être vérifiées (cf. point 2).

Il convient d'attendre la publication d'arrêts de la Cour suprême relatifs au nouveau droit. Tant que le Tribunal fédéral n'en décide pas autrement, il y a lieu – à mon sens – d'opter pour la variante plus prudente, ébauchée ci-dessus.

Haute Ecole de Lucerne – Travail social

Prof. (FH) Daniel Rosch, lic. iur. / Travailleur social dipl. FH / MAS Nonprofit-Management

19 juin 2013