



SVBB
ASCP
ASCP

Schweizerische Vereinigung der Berufsbeiständinnen und Berufsbeistände
Association suisse des curatrices et curateurs professionnels
Associazione svizzera delle curatrici e dei curatori professionali

Procurations générales et mandat pour cause d'incapacité

I. Situation

Lors des enquêtes relatives aux curatelles, nous avons régulièrement affaire à des procurations resp. procurations générales.

Les mandataires sont chargés – toutes activités confondues – de procéder à des ventes aux enchères et modifications au registre foncier, de contracter des crédits de toute sorte, d'encaisser, d'administrer des fortunes, de gérer les recettes, de se charger de plaintes et recours de toutes sortes, de conclure des concordats etc.

Il existe des formulaires pré-imprimés de l'Association des notaires bernois. Il existe même des procurations générales précisant que les pouvoirs persistent par-delà la perte de la capacité de discernement et du décès de la personne représentée. Mais il existe aussi des procurations qui ne mentionnent pas la persistance des pouvoirs malgré la perte de la capacité de discernement.

II. Question

Comment assurer une gestion correcte de ces procurations? Restent-elles valables par-delà la capacité de discernement? Ou uniquement lorsque la validité de la procuration est expressément précisée dans le document? Ou la procuration n'est-elle jamais valable en cas d'incapacité de discernement, étant donné que la personne représentée n'est plus à même de contrôler ce qu'il advient de sa fortune?

III. Considérants

1. Conformément à l'art. 35 al. 1 CO, les pouvoirs découlant d'un acte juridique s'éteignent par la perte de l'exercice des droits civils, par la faillite, par la mort ou par la déclaration d'absence, soit du représenté, soit du représentant, à moins que le contraire n'ait été ordonné ou ne résulte de la nature de l'affaire. Au sujet de votre question, le texte de loi permet de tirer les conclusions suivantes:
 - a) De par la loi, les pouvoirs s'éteignent par la perte de l'exercice des droits civils.
 - b) Les procurations contenant une clause ayant pour objet la persistance des pouvoirs par-delà la perte de la capacité de discernement sont acceptées de par la

loi et reconnues dans la jurisprudence (ATF 132 III 222 E. 2).

2. De par leur forme intrinsèque, les procurations générales ne peuvent pas être accordées sans tenir compte des actes juridiques auxquels elles habilent. L'octroi de pouvoirs n'est en principe pas lié à une forme spécifique conformément à l'art. 32 CO (ATF 112 II 332). La nouvelle doctrine juridique et la pratique notariale en Suisse exigent toutefois une procuration (spéciale) écrite pour tout *achat de terrain* et – selon la législation cantonale sur les actes authentiques en vigueur – une signature faisant l'objet d'un acte notarié (BSK CO I-Watter N. 14 au sujet de l'art. 33; Manuel concernant les relations avec les bureaux du registre foncier et la tenue du registre, ch. 2.2.2).

3. Lorsqu'une procuration octroyée sous l'ancien droit et persistant par-delà la perte de la capacité de discernement (ch. 1 b ci-dessus) s'applique, alors elle est également acceptée par les partenaires contractuels pour les actes juridiques et il n'y a pas lieu de s'inquiéter quant à la mise en danger des intérêts du mandant ou de la mandante. En principe, aucune intervention supplémentaire n'est donc requise de la part des autorités. Le Tribunal fédéral a certes retenu dans le TF 5A_588/2008 du 17.11.2008 E. 3.3.2 et le TF 5A_67/2008 du 22.5.2008 (extraits publiés comme ATF 134 III 385) E.4.3 qu'une curatelle doit être ordonnée lorsque la personne devenue incapable de discernement n'est plus à même de contrôler et de surveiller, du moins en principe, l'activité de la personne mandatée et de la remplacer au besoin. Cette pratique doit toutefois être adoptée avec la retenue requise et doit être limitée à des cas où il convient d'assumer que la représentation n'évolue plus en accord avec le droit à l'autodétermination de la personne concernée et qu'elle est insuffisante sur le plan qualitatif (ESR Komm-Langenegger, art. 360 N6; 6; PETER BREITSCHMID, ISABEL MATT, Im Vorfeld des Vorsorgeauftrags: Wirrungen um die (altrechtliche) Vorsorgevollmacht (ATF 134 III 385 ss.), dans: Pfliegerrecht, 2012, S. 223 ss.). Dans la pratique liée au mandat pour cause d'inaptitude et dans l'administration de revenus et de biens, il existe d'innombrables rapports de représentation de membres de la famille, de partenaires de vie ou de personnes de confiance de longue date basés sur les rapports de représentation relevant du droit des obligations sans mesures officielles et sans mandat pour cause d'inaptitude conforme au nouveau droit. Dès que les mandataires rencontrent toutefois des difficultés au niveau des actes juridiques (p.ex. les banques, assurances sociales, assurances privées, bailleurs, direc-

tions de home etc. considèrent la légitimation comme insuffisante), une intervention des autorités est alors requise. Il peut s'agir d'un acte de représentation authentique conform. à l'art. 376 al. 1 ou à l'art. 381 al. 2 CCS, d'ordonnances au sens de l'art. 392 CCS ou encore de l'institution d'une curatelle en vertu de l'art. 394 ss. CCS, pour autant qu'il n'y ait pas de mandat pour cause d'inaptitude conform. à l'art. 360 CCS préservant les intérêts de la personne concernée.

4. Conclusion: les réponses à vos questions se présentent comme suit:

a. Comment assurer une gestion correcte de ces procurations? Restent-elles valables par-delà la capacité de discernement? Ou uniquement lorsque la validité de la procuration est expressément précisée dans le document?

Conform. à l'art. 35 CO, il peut expressément être convenu que la procuration perdure par-delà la perte de la capacité de discernement. Cette possibilité est également considérée comme recevable dans la jurisprudence (ATF 132 III 222 E.2). En l'absence d'une telle convention, les pouvoirs s'éteignent de par la loi avec la perte de la capacité de discernement.

b. Ou la procuration n'est-elle jamais valable en cas d'incapacité de discernement, étant donné que la personne représentée n'est plus à même de contrôler ce qu'il advient de sa fortune?

Oui, la procuration est valable lorsqu'il en a été convenu ainsi. Le Tribunal fédéral a certes retenu dans le TF 5A_588/2008 du 17.11.2008 E. 3.3.2 et le TF 5A_67/2008 du 22.5.2008 (extraits publiés comme ATF 134 III 385) E.4.3 qu'une curatelle doit être ordonnée lorsque la personne devenue incapable de discernement n'est plus à même de contrôler et de surveiller, du moins en principe, l'activité de la personne mandatée et de la remplacer au besoin. Cette pratique doit toutefois être adoptée avec la retenue nécessaire. La curatelle n'est requise que lorsque des problèmes surviennent au niveau des actes juridiques ou lorsqu'en raison de la procuration octroyée, la sauvegarde des intérêts s'avère insuffisante sur le plan qualitatif.

Kurt Affolter-Fringeli, lic. iur., avocat et notaire

Ligerz, 22 avril 2015