

Chronique du 25 mai 2023

Jérôme Saint-Phor,

Droit de la protection de l'adulte ; Pouvoir légal de représentation*Thème du mois**Art. 374 CC ; Art. 376 CC****Newsletter droitmatrimonial.ch mai 2023***

Révision annoncée du droit de la protection de l'adulte : extension du pouvoir légal de représentation aux partenaires de vie

Objet

La présente chronique propose un aperçu de l'avant-projet du Conseil fédéral relatif à la modification du Code civil sur la nouvelle révision du droit de la protection de l'adulte¹, en particulier sur la question de l'extension du pouvoir légal de représentation, au sens de l'article 374 CC.

Résumé de l'avant-projet

La nouvelle révision annoncée prévoit d'améliorer sur plusieurs aspects le droit de la protection de l'adulte, en renforçant les objectifs définis lors de la dernière révision sans pour autant les modifier en profondeur. Les éléments-clés portent sur les points suivants²:

- **Consolider le droit à l'autodétermination**, en particulier en améliorant l'efficacité de l'institution du mandat pour cause d'incapacité;
- **Renforcer la solidarité familiale**, notamment par une meilleure implication des proches;
- **Renforcer la protection des personnes** ayant besoin d'aide;
- **Poursuivre l'optimisation de la mise en œuvre du droit** en vigueur.

Dans son rapport explicatif, le Conseil fédéral considère que la dernière révision du droit de la protection de l'adulte entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013³ – qui était venue remplacer et moderniser l'ancien droit de la tutelle datant de 1907 pour tenir compte des évolutions sociétales – a fait ses preuves, malgré les vives critiques émises⁴ (par ex. autorités de protection de l'adulte souvent dépassées, proches pas assez impliqués, hausse du nombre et du coût des mesures ordonnées, etc.) tant au niveau politique qu'au niveau des milieux professionnels ou associatifs⁵. En effet, l'introduction des mesures personnelles anticipées, l'attribution d'un certain pouvoir de représentation thérapeutique, voire d'un pouvoir légal de représentation pour les besoins essentiels

1. FF 2023 535. ↩

2. CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport explicatif de l'avant-projet pour la procédure de consultation, Berne, 22 février 2023, p. 2 (ci-après: Rapport explicatif); cf. aussi le Graphique des modifications du droit de la protection de l'adulte: l'essentiel en un coup d'œil. ↩

3. FF 2006 6635. ↩

4. Sur les critiques, parfois virulentes, qui ont été émises; cf. HÄFELI, Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (KESR) und Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden (KESB) unter Dauerbeschluss – Luxusgesetz? – Bürokratie statt Bürgernähe? – Kostenexplosion?, Jusletter 9 février 2015. ↩

5. Rapport explicatif, p. 7 ss. ↩

et l'administration ordinaire des biens, aux proches et aux personnes mariées ou en partenariat enregistré avec une personne devenue incapable de discernement, la mise en place de curatelles «sur mesure», ainsi que le «toiletage» des règles sur le placement à des fins d'assistance (PAFA), notamment, ont permis une plus grande autodétermination de la personne concernée et un renforcement de ses droits⁶. Malgré diverses difficultés de démarrage, le Conseil fédéral a déjà eu l'occasion, lors d'une enquête sur les premières expériences avec le nouveau droit⁷, de constater que les difficultés initiales de la révision de 2013 avaient été surmontées. Selon lui, il fallait un temps normal d'adaptation, qui a porté ses fruits. Il reste toutefois certains points qui nécessitent des améliorations sous la forme d'un ajustement du droit fédéral⁸.

La nouvelle révision annoncée ne vise donc pas à réorienter fondamentalement le droit actuel, mais à renforcer les principes cardinaux amenés par la précédente révision (principe de subsidiarité, droit à l'autodétermination). Si l'avant-projet est accepté, les modifications concernent essentiellement les points suivants⁹:

- **Optimisation du mandat pour cause d'incapacité**: les cantons auront l'obligation de désigner une autorité dépositaire, avec pour corollaire, l'obligation pour les autorités de protection de l'adulte (APEA) de s'informer systématiquement de l'existence éventuelle d'un tel mandat.
- **Amélioration de l'implication des proches**: l'autorité législative propose d'introduire une définition légale de la notion de «proche», puis de renforcer leur position lors de l'instauration d'une curatelle. L'APEA devra ainsi examiner, par principe, si la curatelle peut être confiée en premier lieu à un•e proche et en second lieu à un•e mandataire privé•e, avant d'envisager une curatelle professionnelle. La possibilité d'accorder des allègements dans les tâches de la curatelle sera par ailleurs étendue à toutes et tous les proches¹⁰. En outre, la position des proches dans la procédure sera également renforcée par la possibilité pour l'APEA, sur demande ou d'office, de leur accorder la qualité de partie. A cela s'ajoute la possibilité pour l'APEA d'associer les proches à l'établissement des faits expressément prévue dans la loi et un élargissement de la qualité pour recourir au Tribunal fédéral¹¹.
- **Clarification des compétences à raison du lieu de l'APEA et du tribunal en cas de PAFA**: le contrôle judiciaire des décisions de placement (art. 439 CC) relève de la compétence du tribunal du lieu de l'institution; la compétence en cas d'examen périodique du placement (art. 431 CC) appartient à l'autorité qui a ordonné le placement.
- **Précision du droit et de l'obligation d'aviser l'APEA**: l'article 443 CC est divisé en deux nouvelles dispositions, sur le modèle des art. 314c et 314d CC applicables aux enfants: les personnes soumises au secret professionnel ont le droit d'aviser l'autorité lorsque l'intérêt d'une personne incapable de discernement ayant besoin d'aide le justifie. En ce qui concerne l'obligation d'aviser, elle sera étendue – en plus des personnes exerçant une fonction officielle – aux personnes exerçant une profession impliquant une assistance personnelle ou une gestion du patrimoine.
- **Extension du pouvoir légal de représentation**: les personnes vivant en concubinage détiendront un pouvoir légal de représentation, comme en cas de mariage ou de partenariat enregistré. Ci-dessous, nous exposons et commentons cet aspect de l'avant-projet de révision.

6. Pour une vision détaillée des nouveautés apportées par la révision de 2013, voir par ex. MEIER, Droit de la protection de l'adulte, 2^e éd., Genève/Zurich 2022, p. 13 ss; GUILLOD/BOHNET (édit.), Le nouveau droit de la protection de l'adulte, Neuchâtel/Bâle 2012. ←

7. CONSEIL FÉDÉRAL, Premières expériences avec le nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, Berne, 29 mars 2017. ←

8. Rapport explicatif, p. 10 s. ←

9. Rapport explicatif, p. 17 ss. ←

10. Actuellement, les allègements ne sont possibles que pour les personnes mariées ou en partenariat enregistré, ainsi que les père et mère, la descendance, le frère ou la sœur ou la personne menant de fait une vie de couple avec la personne concernée, conformément à la formulation de l'art. 420 CC. ←

11. Cela impliquera une modification de l'art. 76 al. 1 LTF, qui opérera un renvoi à l'art. 450 al. 2 CC. ←

Les modifications susmentionnées ne sont que des propositions émises par le Conseil fédéral. L'avant-projet est encore au stade de la procédure de consultation, qui se terminera le 31 mai 2023¹².

Extension du pouvoir légal de représentation

Entrant dans l'objectif de renforcer la solidarité familiale, le Conseil fédéral exprime une volonté d'étendre ponctuellement le pouvoir légal de représentation, au sens de l'article 374 CC, à la personne qui mène de fait une vie de couple avec une personne frappée d'une incapacité de discernement. Le droit actuel n'est plus satisfaisant, à mesure qu'il n'y a pas lieu de distinguer la situation d'un couple marié de celle d'un couple vivant en concubinage.

Droit actuel

Dans le cas où une personne devenue incapable de discernement n'a pas constitué de mandat pour cause d'inaptitude et qu'une curatelle ad hoc n'a pas été instituée en ce sens, la loi prévoit d'office un pouvoir de représentation à la personne avec laquelle la personne concernée est mariée ou liée par un partenariat enregistré, pour autant qu'il existe un ménage commun ou qu'elle lui fournisse une assistance personnelle régulière (art. 374 al. 1 CC), dans le but de garantir la satisfaction des principaux besoins personnels et matériels de la personne concernée, sans intervention de l'APEA¹³. Le pouvoir de représentation porte sur tous les actes juridiques habituellement nécessaires pour satisfaire les besoins, sur l'administration ordinaire des revenus et autres biens, ainsi que, si nécessaire, sur le droit de prendre connaissance de la correspondance et de la liquider (al. 2). Les actes relevant de l'administration extraordinaire des biens doivent être consentis par l'APEA (al. 3). Par ailleurs, les dispositions sur le mandat (art. 394 ss CO) sont applicables par analogie à l'exercice du pouvoir de représentation, conformément à ce qui est prévu à l'article 375 CC.

L'article 374 CC est une disposition qui élargit le pouvoir de représentation qui existe pour les personnes mariées (art. 166 CC) et pour les personnes en partenariat enregistré (art. 15 LPart), mais les conditions d'application ne sont pas les mêmes, dès lors que le champ d'application matériel de l'article 374 CC est plus étendu (il ne faut pas nécessairement une vie commune)¹⁴. Pour que ce pouvoir légal de représentation soit effectif, l'existence formelle d'un mariage ou d'un partenariat enregistré n'est pas suffisante¹⁵. Le lien inscrit à l'état civil n'est donc pas une condition qui fonde à elle seule ce pouvoir de représentation. En effet, il faut également l'existence d'un vrai lien conjugal, ce qui est généralement le cas lorsque les personnes mariées ou en partenariat enregistré partagent le même logement et s'assistent mutuellement, ou lorsque, en cas de domiciles séparés, ils entretiennent des relations personnelles régulières¹⁶. Autrement dit, il faut une relation active et réelle, qui existait en outre déjà avant la survenance de l'incapacité de discernement^{17/18}.

En vertu de l'article 376 al.1 CC, si des tierces personnes¹⁹ doutent du pouvoir de représentation – peu importe les doutes²⁰ –, elles peuvent s'adresser à l'APEA qui statuera et, cas échéant, remettra un document officiel attestant de l'étendue des pouvoirs²¹.

12. FF 2023 535. ←

13. FF 2006 6635, 6668. ←

14. MEIER, nbp 6, p. 297 ss; CommFam Protection de l'adulte-LEUBA, art. 374 CC N 6 ss; STEINHAEUER/FOUNTOULKIS, Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte, Berne 2014, p. 415 ss. ←

15. BSK ZGB I-REUSSER, Art. 374, N 2. ←

16. CPra Matrimonial-BARRELET, art. 166 CC N 40. ←

17. BSK ZGB I-REUSSER, Art. 374, N 10. ←

18. Le législateur semble toutefois considérer qu'en cas d'incapacité durable de discernement, il faut, par principe, instaurer une curatelle – dont la tâche pourrait être confiée au/à la conjoint-e ou au/à la partenaire enregistré-e –, ce qui est perçu comme une violation du principe de subsidiarité selon une partie de la doctrine; cf. RANZANICI CIRESA, Le concubinage en droit suisse, Berne 2022, p. 273 N 1081. ←

19. Ou la personne qui est mariée ou en partenariat enregistré avec la personne devenue incapable de discernement. ←

20. Les doutes peuvent en principe concerner chacune des conditions du droit de représentation; cf. BSK ZGB I-REUSSER, Art. 376 N 4. ←

21. CPra Matrimonial-BARRELET, art. 166 CC N 46 ←

Sous l'empire de l'ancien droit en vigueur jusqu'à fin 2012, faute de base légale suffisante, il arrivait fréquemment que les proches agissent pour la personne concernée sans que l'étendue de leur pouvoir ne soit clairement déterminée²². La protection ne pouvait en effet être apportée que par une mesure prise par l'autorité compétente²³. La révision de 2013 a apporté une solution à ce problème, du moins pour les personnes mariées ou en partenariat enregistré.

Révision annoncée

Selon le Conseil fédéral, ce pouvoir légal de représentation suscite toujours des difficultés en pratique²⁴. En effet, il ne s'applique pas aux couples vivant en union libre, même par analogie²⁵. Il est dès lors indispensable de passer par d'autres moyens, tels que des contrats, des procurations ou des mandats pour cause d'inaptitude, ce qui n'est pas satisfaisant. Bien que le droit actuel reconnaisse déjà un pouvoir de représentation thérapeutique à ces personnes (art. 378 al. 1 ch. 4 CC), il faut admettre que celui-ci a parfois une portée bien plus large que les actes juridiques courants et la gestion ordinaire des revenus et de la fortune. Par ailleurs, la limitation à l'administration ordinaire pose problème en pratique, car elle impose un important travail de vérification et incite les tiers à requérir – bien trop souvent – de l'APEA un document attestant des pouvoirs de représentation, sous couvert du doute. Enfin, la mise en œuvre du pouvoir de représentation s'est révélée complexe en pratique²⁶.

Toutes ces considérations ont amené le Conseil fédéral à proposer, principalement, trois modifications touchant aux articles 374 et 376 CC :

Extension du cercle des personnes habilitées à agir en qualité de représentante légale aux personnes menant de fait une vie de couple avec la personne concernée (modification de l'art. 374 al. 1 CC) : la limitation du pouvoir de représentation aux personnes mariées ou en partenariat enregistré répond au principe fondateur de ces deux institutions juridiques, selon lequel ce statut entraîne un devoir d'assistance réciproque (art. 159 CC et 12 LPart). Cependant, ces deux institutions ne suffisent pas à elles seules à fonder le pouvoir légal de représentation : il faut au surplus un ménage commun ou une assistance personnelle régulière. La réalisation de l'une de ces conditions permet de prouver l'existence d'une relation réelle. Or, ces conditions sont également remplies par la personne qui mène de fait une vie de couple avec la personne concernée, en particulier lorsqu'il s'agit d'une communauté de vie semblable au mariage. Il n'y a dès lors pas lieu d'opérer une distinction entre ces différentes communautés de vie. Le Conseil fédéral écarte en revanche une extension à d'autres personnes, comme l'aurait voulu une initiative populaire désormais avortée²⁷, car il faut en effet exclure un pouvoir de représentation sur la seule base du lien de parenté, indépendamment de la qualité de la relation. Il sied donc de limiter ce pouvoir à un cercle relativement étroit de personnes, dont les circonstances laissent supposer un rapport de confiance et une relation réelle²⁸.

Elargissement de l'étendue du pouvoir de représentation (modification de l'art. 374 al. 2 ch. 2 et al. 3 CC) : le pouvoir de représentation est actuellement limité à l'administration ordinaire des biens (art. 374 al. 2 ch. 2 CC). Pour tous les actes juridiques relevant de l'administration extraordinaire des biens, il est nécessaire de requérir le consentement de l'APEA (art. 374 al. 3

22. KUKO ZGB-MORDASINI/STEHLI/LANGENEGGER, Art. 374 N 1. ←

23. STEINHEUER/FOUNTOULAKIS, nbp 14, p. 415. ←

24. Rapport explicatif, p. 30 ss. ←

25. Cette extension a été rejetée par le législateur : FF 2006 6635, 6648 ; et pendant les débats parlementaires : BO 2008 N 1519 s. ←

26. Par ex. droit de prendre connaissance de la correspondance et de la liquider « si nécessaire », alors que ce n'est justement qu'en ouvrant le courrier que l'on peut savoir s'il est nécessaire de liquider l'affaire. Cf. Rapport explicatif, p. 31. ←

27. FF 2018 2705 ; FF 2019 7516 : initiative populaire fédérale « Pour l'autonomie de la famille et de l'entreprise (initiative pour la protection de l'enfant et de l'adulte) » déposée en mars 2018, qui a échoué en novembre 2019, faute de nombre suffisant de signatures. Elle visait à étendre le pouvoir de représentation légale (art. 374 CC) à d'autres personnes, selon un ordre de priorité, allant du mariage, au parent (au premier et second degré), puis à la personne qui mène de fait une vie de couple avec la personne concernée ; cf. Rapport explicatif, p. 11 s. ←

28. Rapport explicatif, p. 32 ss et 54 s. ←

CC). Cette obligation n'est pas facile à appliquer en pratique; elle suscite l'incompréhension et est perçue comme une ingérence injustifiée²⁹. Par ailleurs, la limitation à l'administration ordinaire entraîne l'obligation de vérifier, dans chaque cas d'espèce, si un acte juridique déterminé relève de l'ordinaire ou non. De plus, il arrive régulièrement que l'autre partie au contrat (surtout les banques et les assurances) refuse de reconnaître un pouvoir de représentation s'il n'a pas été formellement constaté par une autorité, ce qui engendre un important surcroît de travail pour l'APEA et relativise considérablement la portée du pouvoir de représentation. Cela dit, étendre le pouvoir légal de représentation sans limite n'est pas souhaitable non plus, dès lors que la personne n'a pas été désignée administratrice, mais le devient de par la loi. C'est pourquoi le Conseil fédéral propose d'abandonner la distinction entre administration ordinaire et extraordinaire, mais de limiter expressément le pouvoir en excluant les actes prévus à l'article 396 al. 3 CO. La personne détenant le pouvoir légal de représentation aura donc besoin d'obtenir le consentement de l'APEA pour transiger, compromettre, souscrire des engagements de changer, aliéner ou grever des immeubles, ou faire des donations³⁰.

Limitation de l'intervention de l'APEA (modification de l'art. 376 al. 1 CC): selon le droit en vigueur, les tiers peuvent s'adresser à l'APEA en cas de doutes et requérir un document de légitimation. Cette possibilité a eu pour conséquence en pratique que les tiers (banques, services fiscaux, services AI/AVS, etc.) exigent systématiquement une justification officielle. En lieu et place des «doutes», le nouveau droit prévoira que l'APEA intervienne, d'office ou sur avis d'un-e proche, uniquement si les intérêts de la personne incapable de discernement sont compromis ou risquent de l'être³¹.

Commentaire

L'extension du pouvoir légal de représentation (art. 374 CC) aux personnes menant de fait une vie de couple avec la personne concernée suit les évolutions sociétales récentes – tout comme c'était le cas lors de l'introduction de cette disposition –, ainsi que l'avis de la doctrine peu convaincue d'une distinction³². Cette extension met en évidence la volonté de l'autorité législative de reconnaître davantage les autres formes de communauté familiale que la forme traditionnelle du mariage.

Les modifications proposées apportent davantage de cohérence à loi en gommant la distinction non pertinente faite entre les personnes mariées ou en partenariat enregistré et les personnes vivant en concubinage. Le fait que l'institution formelle d'une communauté maritale ou partenariale ne suffise pas à fonder un pouvoir légal de représentation démontre bien que le critère déterminant est l'existence d'une relation active et réelle d'assistance, de solidarité et de confiance entre deux personnes, peu importe leur statut marital. La légitimité de ce pouvoir de représentation sera en outre renforcée par l'extension de ce pouvoir à l'administration générale des biens de la personne concernée et en supprimant la possibilité pour les tiers de requérir l'intervention de l'APEA en cas de doutes (ce qui n'aurait plus de pertinence). L'autorité pourra toujours intervenir en cas de menace aux intérêts de la personne concernée. La reconnaissance de ce pouvoir par les tiers sera amplifiée et l'assistance fournie n'en sera que plus efficace, alors que la protection restera maintenue à un niveau suffisant, et plus en cohérence avec le principe de subsidiarité. Le bénéfice pratique de cette modification sera sans nul doute important. Ceci sans compter la décharge faite aux APEA de ne plus devoir déterminer constamment si un acte relève de l'administration ordinaire ou extraordinaire d'un bien.

C'est un nouveau pas vers une meilleure reconnaissance et égalité des différentes formes de communautés de vie, qui suit la tendance législative actuelle, bien que les précédentes modifications du Code civil se soient déjà évertuées à effacer ou à réduire les inégalités de traitement, en particulier entre hommes et femmes et entre enfants issues de parents mariés ou non mariés³³.

29. HÄFELI, Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, 3^e éd., Berne 2021, N 214. ←

30. Rapport explicatif, p. 33 s et 54 s. ←

31. Rapport explicatif, p. 34 et 55. ←

32. Par ex., GUILLOD considère la limitation actuelle de l'art. 374 CC aux communautés de vie formellement reconnues par le droit fédéral comme discutable sur le fond mais en cohérence avec l'ordre juridique helvétique; cf. GUILLOD, Droit des personnes, 5^e éd., Bâle/Neuchâtel 2018, p. 229. ←

En effet, l'accès au mariage pour toutes et tous³⁴, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2022³⁵, a permis une meilleure reconnaissance des couples de même sexe. Cette extension du champ des personnes pouvant accéder au mariage a également eu une influence sur la manière de concevoir l'établissement de la filiation juridique avec un·e enfant et sur l'accès à la procréation médicalement assistée pour les couples de femmes³⁶, même si l'écart se creuse avec les personnes qui se rendent à l'étranger pour procéder à une gestation pour autrui et rencontrent ensuite des problèmes à faire reconnaître une filiation en Suisse³⁷. Toujours concernant la filiation, la possibilité introduite dans la loi, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018³⁸, d'adopter l'enfant de la personne avec laquelle la personne désireuse d'adopter mène une vie de couple – que ce couple soit marié ou non – (art. 264c CC), a également permis une meilleure égalité entre les différentes formes de communautés de vie. L'autorité législative suisse resterait donc sur la voie d'une plus grande égalité des couples sans distinction selon l'état civil en étendant le pouvoir légal de représentation de l'article 374 CC aux personnes non mariées vivant en couple. Ce n'est toutefois qu'un aspect de l'égalité de traitement, le mariage continuant à occuper une place prépondérante dans la systématique légale. Cela étant, certaines discussions parlementaires en cours pourraient aboutir à une réduction de cet écart³⁹. Ces considérations se rapprochent de la question de savoir s'il serait opportun de légiférer pour un élaborer un statut légal destiné à réglementer le concubinage, mais la doctrine et les différents pouvoirs étatiques semblent encore avoir des avis trop divergents⁴⁰.

Pour l'heure, nous ne pouvons que saluer cette intention émanant de l'avant-projet d'ajuster le droit en vigueur, car, même ne s'il s'agit que d'une petite pierre à l'édifice, cette mise à jour aurait – outre le bénéfique pratique – une haute valeur symbolique du point de vue de l'égalité de traitement des personnes non mariées et pour l'acceptation du choix de leur mode de vie en couple.

Conclusion

La révision proposée du droit de la protection de l'adulte n'annonce pas une révolution de la matière. Telle n'est pas son ambition. En revanche, les modifications de l'avant-projet permettraient, si elles sont acceptées, de combler plusieurs lacunes du droit et de résoudre certains problèmes pratiques, qui font perdre beaucoup de temps et d'énergie aux autorités compétentes et aux personnes concernées. L'extension du pouvoir légal de représentation aux partenaires de vie, quel que soit l'état civil est l'une de ces solutions. Le Conseil fédéral avance surtout l'argument pratique pour légitimer cette modification, mais admet également que l'intensité de la relation est l'élément déterminant du pouvoir de représentation et qu'il n'y a dès lors pas lieu de distinguer les couples mariés ou en partenariat enregistré des couples vivant en union libre. L'argument d'une amélioration de l'égalité de traitement n'est pas expressément soulevé, mais le résultat n'en reste pas moins équivalent.

33. BURGAT, Le principe d'égalité de traitement en droit des familles: aspects choisis au regard de deux projets législatifs en cours (PACS et filiation), FamPra 4/2022, p. 803 ss. ←

34. FF 2020 9607. ←

35. RO 2021 747. ←

36. GUILLOD/BURGAT, Droit des familles, 6^e éd., Bâle/Neuchâtel 2022, p. 86 ss et p. 127. ←

37. Cf. HOTZ/SAINT-PHOR, Reconnaissance de la filiation suite au recours à la «maternité de substitution» - un rappel de la ratio legis, analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_545/2020, Newsletter DroitMatrimonial.ch juin 2022. ←

38. RO 2017 3699; FF 2015 835, 847 ss et 863 ss. ←

39. Pour un développement détaillé, cf. BURGAT, nbp 33, p. 812 ss. ←

40. PERRENOUD, Familles et sécurité sociale en Suisse: l'état civil, un critère pertinent? Etat des lieux et perspectives sous l'angle de l'égalité entre les sexes et les communautés de vie, Bâle/Neuchâtel 2022, p. 379 ss. ←