

Université de Genève – Faculté de droit

Exercices préparatoires à la rédaction juridique

Année académique 2017-2018

Cas no 3

Chargé(e) d'enseignement : Mme Virginie Jaquier

Date de dépôt : 10 janvier 2018

Clara SAMSON

Adresse

Adresse

Prénom.Nom@etu.unige.ch

Université de Genève  
Etudiante Clara Samson  
Bd. du Pont-D'Arve 40  
1205 Genève

Madame  
Anna Morana  
Rue des Violettes 3  
1290 Versoix

Genève, le 10 janvier 2018

Concerne : avis de droit

Chère Madame,

Je reviens vers vous suite à notre entretien à propos de la situation de votre mari, M. CHANSOL.

Vous avez sollicité mon analyse quant à la validité d'un document relatif à la représentation de votre époux en matières médicale et patrimoniale. Dans la même optique, vous souhaitez savoir si le Dr. GOLD a le pouvoir d'ordonner l'arrêt de l'alimentation artificielle de votre mari et si ce comportement est punissable à l'aune du droit pénal.

Par ailleurs, Mme Charlotte YORK, demi-sœur de M. CHANSOL, a saisi l'autorité de protection de l'adulte (APA) à Genève et requiert une mise sous curatelle de son demi-frère. Vous me demandez quelles sont les chances de succès d'une telle démarche.

Afin de répondre à vos questions et dans la perspective d'un avis de droit, je vais tout d'abord exposer brièvement les faits.

## **I. ETAT DE FAIT**

Vous avez 35 ans et êtes mariée avec M. Thierry CHANSOL, 32 ans, depuis le 19 avril 2015. Vous vivez au 3 rue des Violettes à Versoix, dans le canton de Genève.

Le 19 juin 2015, votre beau-père, M. Steeve CHANSOL, a perdu la vie. A l'ouverture du testament, votre mari a découvert qu'il avait une demi-sœur de 37 ans, Charlotte YORK, habitant à Londres.

Votre mari a reçu en héritage une Villa en Toscane, un Chalet à Zermatt (VS), ainsi que 3 millions de francs sur le compte épargne « Marmotte diligente » dont il a confié la gestion à M. SILVER, gestionnaire de fortune de profession.

En août 2016, votre époux a subi un grave traumatisme crânien suite à un accident de moto. Il est resté totalement dépendant et tétraplégique, dans un état « végétatif chronique ». Il est placé à la clinique de l'Espoir à Versoix, établissement privé et spécialisé qui n'accueille que huit patients, où il est nourri et hydraté de façon artificielle.

Selon les tests récents du Coma Science Group (CSG), spécialisé en matière de conscience minimale, votre mari se trouve aujourd'hui dans un état végétatif de « conscience minimale plus », qui se caractérise par « une perte totale de la capacité apparente du patient à se percevoir lui-même et à percevoir son environnement »<sup>1</sup>. Il a suivi, entre le début du mois d'août et la fin du mois de septembre 2017, des séances quotidiennes de kinésithérapie et, entre août et novembre 2017, 87 séances d'orthophonie pour établir un code de communication, sans aucun résultat. Les médecins ont également procédé à des essais de mise en fauteuil. Aucune amélioration n'a été constatée.

Depuis l'accident, en plus de vous rendre chaque jour auprès de votre époux, vous payez les factures courantes ainsi que celles de la clinique et vous occupez des biens hérités : vous louez le Chalet et la Villa à des couples de retraités et remboursez les frais engendrés par ces biens avec les loyers perçus. Vous avez notamment délégué la gestion du Chalet à une régie immobilière.

Vous avez récemment reçu un courrier de Mme YORK qui vous informe qu'elle a saisi le Tribunal de protection de l'adulte à Genève par le biais d'un avocat. Son but est d'instituer une « tutelle » – en réalité une curatelle de portée générale – pour son demi-frère, qui ne peut plus assurer la gestion du patrimoine familial selon elle.

De surcroît, vous-même et le Dr. GOLD, médecin et meilleur ami de votre mari, avez découvert un document écrit à l'ordinateur, intitulé « mandat pour cause d'incapacité et directives anticipées », signé à la main par votre époux et daté du 5 janvier 2013. Le Dr. GOLD vous a confié qu'il avait longuement parlé avec votre mari de l'adoption de telles mesures. Ledit document charge M. SILVER de la gestion du patrimoine, conformément aux instructions qui précèdent la survenance de l'incapacité de discernement, et le Dr. GOLD de la représentation en matière médicale. Votre mari déclare également que dans l'hypothèse où il deviendrait incapable de discernement, il souhaite que tout soit entrepris afin qu'il recouvre son état de santé. Si cette perspective demeure toutefois improbable ou impossible, il refuse tout acharnement thérapeutique ou une prolongation de sa vie par alimentation artificielle.

## **II. ANALYSE JURIDIQUE**

J'examinerai ici tout d'abord la validité du document trouvé, puis me pencherai sur la question du pouvoir du Dr. GOLD à demander l'arrêt des machines ainsi que du caractère éventuellement punissable par le droit pénal d'un tel comportement. Enfin, je me prononcerai sur les chances de succès de la demande de curatelle faite par Mme YORK à l'APA à Genève.

### **A. Validité du document rédigé à l'ordinateur :**

Il s'agit de savoir si le document trouvé dans le tiroir du bureau de M. CHANSOL est valable et donc s'il déploie des effets juridiques, à savoir l'institution de M. SILVER comme représentant en matière de gestion du patrimoine, et du Dr. GOLD comme représentant en matière médicale.

#### **1. Première partie intitulée « Mandat pour cause d'incapacité » :**

##### **a) Définition :**

---

<sup>1</sup> ACADÉMIE SUISSE DES SCIENCES MÉDICALES, Traitement et prise en charge des patients souffrant d'atteintes cérébrales extrêmes de longue durée, Directives médico-éthiques du 27 novembre 2003, p. 3.

Le mandat pour cause d'incapacité, au sens de l'art. 360 al. 1 CC, permet à une personne de charger un tiers, personne physique ou morale, « de lui fournir une assistance personnelle, de gérer son patrimoine ou de la représenter dans les rapports juridiques avec les tiers au cas où elle deviendrait incapable de discernement ».

Dans le document en question, M. CHANSOL prévoit qu'en cas d'incapacité de discernement, M. SILVER sera chargé de la gestion de son patrimoine. Il est expressément mentionné que M. SILVER devra se conformer aux instructions données alors que le mandant était encore capable de discernement. Il faut donc se fier au titre de cette première partie du document : il s'agit effectivement d'un mandat pour cause d'incapacité.

#### **b) Conditions de validité :**

Les conditions relatives à la constitution du mandat pour cause d'incapacité sont cumulatives, si bien que si l'une d'entre elles fait défaut, le mandat est dépourvu d'effets juridiques<sup>2</sup>.

Selon l'art. 360 al. 1 CC, celui qui constitue un mandat pour cause d'incapacité doit tout d'abord avoir l'exercice des droits civils au sens de l'art. 13 CC, et donc remplir les exigences de trois conditions cumulatives<sup>3</sup> : être majeur, soit avoir 18 ans révolus (art. 14 CC), ne pas être sous curatelle de portée générale (art. 17 *a contrario* CC) et être capable de discernement (art. 16 CC). Selon les termes de l'art. 16 CC, une personne capable de discernement a la faculté d'agir raisonnablement. La doctrine en distingue deux composantes ; une composante intellectuelle, qui consiste à comprendre logiquement le sens, les effets juridiques et la portée d'un acte<sup>4</sup>, et une faculté volitive qui exige que la personne agisse selon sa propre appréciation tout en étant capable de résister aux pressions extérieures<sup>5</sup>. La capacité de discernement est une notion relative, elle doit être appréciée au regard d'un acte déterminé, selon sa portée et sa difficulté<sup>6</sup>. En outre, selon l'expérience générale de la vie, on présume que les adultes ont le discernement<sup>7</sup>.

*In casu*, au moment de conclure le mandat pour cause d'incapacité, soit le 5 janvier 2013, M. CHANSOL était âgé de 30 ans et était donc majeur. Il ne se trouvait sous aucune curatelle de portée générale. En outre, en tant que personne adulte, sa capacité de discernement était présumée. Rien n'indique ni qu'il n'ait pas compris la nature et les effets du mandat qu'il a constitué, ni qu'il ait fait l'objet de pressions extérieures. Bien au contraire, il en avait discuté ouvertement avec son médecin, le Dr. GOLD. Rien ne renverse la présomption et on peut en conclure que votre mari avait donc l'exercice des droits civils le 5 janvier 2013 et pouvait ainsi constituer le mandat pour cause d'incapacité.

---

<sup>2</sup> CONSEIL FEDERAL, Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), FF 2006 6635, 6661 s.

<sup>3</sup> VAERINI, p. 2.

<sup>4</sup> CR CC I- WERRO/SCHMIDLIN, CC 16 N 14 ; BSK CC I- BIGLER-EGGENBERGER/FANKHAUSER, CC 16 N 7 ; MEIER/DE LUZE N 97.

<sup>5</sup> CR CC I- WERRO/SCHMIDLIN, CC 16 N 18 s. ; BSK CC I- BIGLER-EGGENBERGER/FANKHAUSER, CC 16 N 10 ; MEIER/DE LUZE N 97 ; Arrêt du Tribunal fédéral 9C\_209/2012 du 26 juin 2012, consid. 3.2 ; ATF 134 II 235, consid. 4.3.2, *in* RDAF 2009 I 560.

<sup>6</sup> ATF 118 IA 236, consid. 2b ; ATF 90 II 9, consid. 3.

<sup>7</sup> ATF 124 II 234, consid. 4.3.3 ; Arrêt du Tribunal fédéral 5A\_16/2016 du 26 mai 2016, consid. 4.1.2.

Selon l'art. 361 al. 1 CC, le mandat doit être « constitué en la forme olographe ou authentique ». Le mandant doit ainsi rédiger le document, le dater et le signer de sa main<sup>8</sup> – un mandat dactylographié, signé et daté à la main n'étant pas valable<sup>9</sup> – ou le faire établir par un officier public<sup>10</sup>.

*In casu*, M. CHANSOL a rédigé le document à l'ordinateur et s'est contenté de le dater et signer à la main pour ensuite le ranger dans un tiroir. Il n'a pas fait non plus établir son mandat devant un officier public. Les exigences relatives à la forme ne sont donc pas satisfaites.

En conclusion, une des conditions cumulatives – la forme – fait défaut et le mandat pour cause d'incapacité ne produira aucun effet juridique. Sur la base du mandat, M. SILVER ne sera pas désigné comme mandataire pour la gestion du patrimoine.

## 2. *Seconde partie intitulée « Directives anticipées » :*

### a) **Définition:**

En vertu de l'art. 370 al. 1 CC, une personne peut prévoir, dans le cas où elle deviendrait incapable de discernement, à quels traitements médicaux elle consent ou non. Il s'agit alors de ce que le Code civil nomme « directives anticipées ».

*In casu*, M. CHANSOL déclare, dans la seconde partie du document, qu'en cas d'incapacité de discernement, il donne son consentement pour tous les traitements entrepris afin qu'il récupère son état de santé. Il renonce toutefois à tout acharnement thérapeutique si cette perspective est improbable. Votre mari donne et refuse son consentement selon les traitements qu'il aura à subir s'il devait devenir incapable : il s'agit bien de directives anticipées.

### b) **Conditions de validité:**

L'art. 371 al. 1 CC prévoit que les directives anticipées doivent être rédigées en la forme écrite (art. 13 CO). Cela implique que l'auteur signe et date à la main le document<sup>11</sup>, le reste du contenu duquel pouvant être dactylographié<sup>12</sup>. Il est également possible d'intégrer les directives dans un mandat pour cause d'incapacité. Dans l'hypothèse où celui-ci devait ne pas être valable, ce vice n'affecte pas les directives anticipées qui sont conformes aux conditions légales qui leur sont propres<sup>13</sup>.

En l'espèce, M. CHANSOL a intégré ses directives anticipées et son mandat pour cause d'incapacité dans le même document, rédigé à l'ordinateur, qu'il a néanmoins daté et signé de sa main. La forme écrite exigée pour les directives est respectée et le vice de forme du mandat<sup>14</sup> ne les affectera pas.

A teneur de l'art. 370 al. 1 CC, l'auteur des directives anticipées doit être capable de discernement<sup>15</sup> au moment où il les rédige et les signe. Le degré de discernement exigé est

---

<sup>8</sup> GUILLOD, N 265.

<sup>9</sup> VAERINI, p. 5.

<sup>10</sup> GUILLOD, N 265.

<sup>11</sup> GUILLOD, N 275 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 683.

<sup>12</sup> VAERINI, p. 27.

<sup>13</sup> VAERINI, p. 27.

<sup>14</sup> Cf. *supra* p. 4.

<sup>15</sup> Cf. *supra* p. 3.

peu élevé en principe. A noter toutefois que lorsque les conséquences d'une directive sont graves, les exigences quand au discernement sont plus strictes<sup>16</sup>. En matière médicale, il est également primordial que l'auteur des directives, en tant que futur patient, donne son consentement à la fois libre – issu d'une volonté librement formée – et éclairé<sup>17</sup>. Le consentement est éclairé lorsque le patient a été suffisamment informé quant à la nature et aux risques d'un traitement<sup>18</sup>.

*In casu*, le 3 janvier 2015, votre mari était une personne adulte de 30 ans. Relativement aux directives anticipées, sa capacité de discernement peut ainsi être présumée. Aucun élément ne permet de renverser la présomption. Il a longuement discuté de l'adoption des directives avec son médecin, le Dr. GOLD, ce qui indique que, quant à l'acharnement thérapeutique, il a refusé son consentement de façon libre et éclairée, sans aucune pression extérieure. Les conditions de l'art. 370 al. 1 CC sont remplies.

L'auteur des directives anticipées peut désigner un représentant thérapeutique, qui doit être capable de discernement<sup>19</sup>. Celui-ci est chargé de « s'entretenir avec les médecins sur les soins médicaux à lui administrer et [de] décider en son nom » (art. 370 al. 2 CC). Pour que les directives s'appliquent, il est nécessaire que le représentant désigné accepte ses tâches<sup>20</sup>.

*In casu*, le Dr. GOLD est un médecin adulte dont la capacité de discernement peut être présumée. Il sera le représentant en matière médicale de votre mari s'il accepte les tâches qui lui incombent, ce qu'il semble disposé à faire. Cette condition est donc remplie.

Les instructions contenues par le mandat ne doivent en outre ni violer la loi, ni être contraires aux mœurs (art. 19 et 20 CO et 372 al. 2 CC). Lorsque le médecin pratique « l'acte de tuer, d'un geste actif et délibéré, sur une personne qui en fait la demande »<sup>21</sup>, on parle de d'euthanasie directe active, réprimée par l'art. 114 CP<sup>22</sup>. Une directive qui prévoit qu'en cas d'incapacité de discernement un médecin administre au patient une substance létale est ainsi illicite. En revanche, l'euthanasie passive, soit le fait de renoncer à prolonger la vie du patient<sup>23</sup> est admissible dans le cadre des directives anticipées<sup>24</sup>, ce que les directives médico-éthiques de l'Académie Suisse des Sciences Médicales confirment<sup>25</sup>. Ainsi, tout refus d'administration de traitement, même recommandé d'un point de vue médical, doit être respecté<sup>26</sup>.

Dans le cas d'espèce, M. CHANSOL demande à son représentant thérapeutique d'ordonner l'arrêt des machines qui le maintiendraient en vie en cas d'incapacité de discernement, ce qui s'inscrit parfaitement dans la définition de l'euthanasie passive, qui peut constituer l'objet de directives anticipées. Du point de vue du contenu, les directives sont donc licites.

---

<sup>16</sup> STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 915.

<sup>17</sup> VAERINI, p. 26 ; CROCETTA, p. 84 s.

<sup>18</sup> ATF 117 IB 197, consid. 3b, *in* JdT 1992 I 214 ; CROCETTA, p. 85 s.

<sup>19</sup> VAERINI, p. 28 ; cf. *supra* p. 3.

<sup>20</sup> STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 927.

<sup>21</sup> BORASIO, p.2.

<sup>22</sup> GUILLOD, N 274.

<sup>23</sup> BORASIO, p.2.

<sup>24</sup> VAERINI, p. 24.

<sup>25</sup> ACADÉMIE SUISSE DES SCIENCES MÉDICALES, Directives anticipées, Directives médico-éthiques du 19 mai 2009 (version 2013), p. 13.

<sup>26</sup> BRAUER, p. 400.

En conclusion, les directives anticipées adoptées par votre mari sont valables et déploient leurs effets juridiques : le Dr. GOLD est le représentant thérapeutique de M. CHANSOL.

### **3. Pouvoir du Dr. GOLD quant à l'arrêt des machines :**

Le représentant thérapeutique doit se conformer aux instructions que l'auteur des directives a pu donner (art. 370 al. 2 phr. 2 CC). Selon les termes des directives du 3 janvier 2015, tout doit avoir été entrepris pour sauver leur auteur. Mais s'il résulte d'examen médicaux approfondis que presque aucune chance de rétablissement ne subsiste, le représentant peut ordonner l'arrêt des machines, ce qui correspond à la volonté du patient de ne subir aucun acharnement thérapeutique.

*In casu*, votre mari se trouve aujourd'hui selon les tests du CSG dans un état de « conscience minimale plus ». Il est totalement dépendant et aucune amélioration n'a été constatée depuis l'accident survenu il y a plus d'un an malgré 87 séances d'orthophonie et des séances quotidiennes de kinésithérapie condensées au cours des derniers mois. Aucun code de communication n'a pu être établi et des essais de mise en fauteuil n'ont apporté aucun résultat. La Clinique de l'Espoir, pourtant spécialisée, dont le personnel est très disponible en raison du petit nombre de patients, n'est malheureusement pas non plus parvenue à soigner M. CHANSOL. On peut raisonnablement en déduire que votre mari ne guérira pas.

En conclusion, le Dr. GOLD, en tant que représentant thérapeutique, pourra demander aux médecins l'arrêt des machines qui maintiennent artificiellement votre époux en vie. Il agira dès lors conformément aux directives sans violer l'ordre juridique et ne sera pas punissable.

## **B. Chances de succès de la demande de mise sous curatelle de Mme YORK :**

### **1. Principes généraux du droit de la protection de l'adulte :**

Le droit de la protection de l'adulte a été révisé et est entré en vigueur en sa nouvelle teneur le 1<sup>er</sup> janvier 2013<sup>27</sup>. Il était impératif de réviser l'ancien droit pour favoriser l'autodétermination des personnes et limiter l'intervention des autorités<sup>28</sup>.

Ces principes se retrouvent dans la loi. L'art. 388 al. 1 CC prévoit notamment que les mesures de l'APA ne sont prises qu'à l'égard de personnes qui en ont besoin. L'art. 388 al. 2 CC ajoute qu'elle doit préserver et favoriser l'autonomie des destinataires des mesures. Les auteurs de doctrine y voient une volonté très forte de respecter la dignité humaine et l'autonomie des individus<sup>29</sup>. Ce souci implique également une réduction de l'intervention de l'Etat, qui ne doit agir que lorsque cela est nécessaire<sup>30</sup>.

En outre, l'art. 389 CC consacre les principes de proportionnalité (al.2) et de subsidiarité (al. 1 ch. 1 et 2), qui renforcent cette conception. Selon le principe de subsidiarité, l'APA qui reçoit un avis de mise en danger doit d'abord déterminer si les proches ou des services privés ou publics n'apportent pas déjà une aide suffisante<sup>31</sup>. Ensuite, elle doit établir s'il existe les

<sup>27</sup> BRAUER, p. 397.

<sup>28</sup> CONSEIL FEDERAL, Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), FF 2006 6635, 6636 s.

<sup>29</sup> HÄFELI, CC 388 N 3 ; BRAUER, p. 398.

<sup>30</sup> MEIER/LUKIC, N 20.

<sup>31</sup> HÄFELI, CC 388 N 10 ; ATF 140 III 49, consid. 4.3.1, *in* JdT 2014 II 331.

mesures personnelles anticipées ou appliquées de plein droit, qui priment celles qu'elle pourrait ordonner<sup>32</sup>. L'art. 390 al. 2 CC nuance le principe de subsidiarité et prévoit que l'APA prenne en compte la charge que la personne qu'il s'agit de mettre sous curatelle représente pour les tiers ou les proches. Cette charge peut certes justifier une mesure plus incisive mais n'en constitue jamais la cause<sup>33</sup>. Le principe de proportionnalité exige quant à lui que toute mesure ordonnée par l'APA soit nécessaire et apte à atteindre le but visé et se trouve « dans un rapport raisonnable avec les obligations mises à charge des particuliers »<sup>34</sup>.

Ces principes gouvernent l'entier du nouveau droit de la protection de l'adulte et se retrouvent notamment dans les nombreux types de curatelle prévus par la loi (art. 393-398CC). Un véritable système de « mesure sur mesure » a ainsi été mis en place, confiant à l'APA la tâche de cibler les différentes mesures – dont la curatelle de portée générale fait partie (art. 398 CC) – selon les besoins de chaque individu<sup>35</sup>.

En l'espèce, Mme YORK a saisi le tribunal de protection de l'adulte à Genève en lui demandant de placer votre mari sous curatelle de portée générale. Il s'agit donc d'une mesure qui doit être ordonnée par l'autorité. Elle doit ainsi répondre aux principes généraux exposés ci-dessus. Conformément au principe de subsidiarité, s'il existe des mesures appliquées de plein droit, elles seront donc prioritaires.

## **2. Mesures appliquées de plein droit ; pouvoir de représentation du conjoint:**

### **a) Conditions du pouvoir de représentation:**

A teneur de l'art. 374 al. 1 CC, le conjoint peut être, dans certaines circonstances, institué d'un pouvoir de représentation *ex lege*. La loi pose comme première condition l'incapacité de discernement de la personne qu'il s'agit de représenter. Cela signifie que celle-ci n'a pas la faculté d'agir raisonnablement<sup>36</sup> « en raison de son jeune âge, de troubles psychiques, d'une déficience mentale, de l'ivresse ou de causes semblables » (art. 16 CC). Les troubles psychiques sont des troubles « durables et caractérisés qui ont sur le comportement extérieur de la personne atteinte des conséquences évidentes »<sup>37</sup>. En cas d'accident, il est possible que l'incapacité de discernement survienne de façon soudaine<sup>38</sup>. Selon la jurisprudence, la survenance de troubles psychiques inverse la présomption de discernement pour en faire une présomption d'incapacité de discernement<sup>39</sup>.

*In casu*, M. CHANSOL a subi un grave traumatisme crânien suite à un accident de moto, qui l'a réduit à un état « végétatif chronique ». Autrement dit, il ne peut percevoir ni sa propre personne ni son environnement depuis plus d'un an. Votre mari ne peut donc en aucun cas posséder la faculté d'agir raisonnablement à cause de ce trouble psychique acquis en 2016. Face à ce constat, l'incapacité de discernement de M. CHANSOL est présumée. On peut en conclure qu'il a perdu le discernement depuis son accident de moto et qu'il n'a eu depuis lors aucun moment de lucidité. La première condition est donc remplie.

<sup>32</sup> MEIER/LUKIC, N 22 ; HÄFELI, CC 388 N 10.

<sup>33</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 5A\_617/2014 du 1<sup>er</sup> décembre 2014, consid. 4.1.

<sup>34</sup> HÄFELI, CC 388 N 12.

<sup>35</sup> MEIER/LUKIC, N 24.

<sup>36</sup> Cf. *supra* p. 3.

<sup>37</sup> CR CC I-WERRO/SCHMIDLIN, CC 16 N 35.

<sup>38</sup> LEUBA, CC 374 N 27.

<sup>39</sup> TF, 5A\_16/2016, 26 mai 2006, consid. 4.1.2.

L'art. 374 al. 1 CC prévoit ensuite qu'aucun mandat pour cause d'incapacité ni aucune curatelle ne doit exister. *In casu*, le mandat que votre mari a essayé de constituer n'est pas valable<sup>40</sup> et la demande de mise sous curatelle de Mme YORK n'a pas encore abouti. Il n'existe aucune autre curatelle. Cette condition est donc remplie.

Le conjoint doit alors avoir l'exercice des droits civils au sens de l'art. 13 CC<sup>41</sup>. En l'espèce, vous, Mme MORANA, êtes l'épouse de M. CHANSOL et avez 35 ans. Vous êtes ainsi majeure. Vous n'êtes pas sous curatelle de portée générale. En tant que personne adulte, selon l'expérience générale de la vie, votre capacité de discernement est présumée et aucun élément ne permet de renverser cette présomption. Vous avez donc l'exercice des droits civils.

Enfin, le conjoint doit soit faire ménage commun avec la personne qu'il s'agit de représenter, soit lui fournir une assistance personnelle régulière (art. 374 al. 1 *in fine* CC). A ce propos, LEUBA estime que « le ménage commun suppose que les époux [...] vivent ensemble de manière habituelle »<sup>42</sup>. Une simple séparation de fait suffit à mettre fin au ménage commun<sup>43</sup>. Quant à l'assistance, elle est dite personnelle lorsque le conjoint la fournit lui-même. Il s'agit principalement d'un soutien moral – notamment la récolte de renseignements auprès du personnel soignant ou des entretiens avec les médecins – puisque les tâches d'assistance effective sont déléguées à des tiers, notamment dans le cas où l'incapable de discernement réside dans une institution spécialisée<sup>44</sup>. L'assistance doit en outre s'inscrire dans la durée et être régulière ; une aide apportée à quelques rares occasions ne suffit pas à fonder un pouvoir légal de représentation<sup>45</sup>.

*In casu*, votre mari se trouve aujourd'hui à la Clinique de l'Espoir à Versoix. Vous ne faites donc pas ménage commun en raison d'une séparation de fait. En revanche, vous lui rendez quotidiennement visite, vous avez requis des examens complémentaires du CSG et avez décidé de placer M. CHANSOL dans une clinique spécialisée faisant ainsi preuve d'une grande dévotion. Vous lui apportez donc bien une assistance personnelle et régulière.

Toutefois l'art. 376 al. 2 CC prévoit qu'en cas de conflit d'intérêt entre l'incapable et son représentant, l'APA peut retirer le pouvoir de représentation. Celle-ci nommera en général un curateur à la place du conjoint anciennement représentant<sup>46</sup>. Même la simple éventualité d'un conflit d'intérêt, qui peut se déceler lorsque le conjoint effectue ou risque d'effectuer des actes allant à l'encontre des intérêts de l'incapable, suffit à justifier l'intervention de l'APA<sup>47</sup>.

Dans le cas d'espèce, tous vos actes en matière de représentation de M. CHANSOL sont d'une intelligence et d'une prudence marquées. Tout est fait pour préserver son patrimoine en l'état et dans le souci d'une amélioration de sa santé, raison pour laquelle vous l'avez placé dans une clinique privée et certainement onéreuse. Vous avez agi dans son intérêt. On ne peut donc pas établir qu'il existe un conflit d'intérêt.

---

<sup>40</sup> Cf. *supra* p. 4.

<sup>41</sup> Cf. *supra* p. 3.

<sup>42</sup> LEUBA, CC 374 N 31.

<sup>43</sup> LEUBA, CC 374 N 32.

<sup>44</sup> LEUBA, CC 374 N 33 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 957 s.

<sup>45</sup> LEUBA, CC 374 N 34 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 958.

<sup>46</sup> FOUNTOULAKIS/D'ANDRES/WOHLGEMUTH, p. 10.

<sup>47</sup> STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 983 ; LEUBA, CC 376 N 9.

En conclusion, vous êtes investie d'un pouvoir légal de représentation de M. CHANSOL. Il s'agit d'une mesure appliquée de plein droit qui primera sur une éventuelle curatelle ordonnée par l'APA.

**b) Etendue des pouvoirs de représentation:**

Le pouvoir de représentation du conjoint s'étend aux actes juridiques indispensables pour combler les besoins de la personne incapable (art. 374 al. 2 ch. 1 CC), à la prise de connaissance et à la liquidation de la correspondance (ch. 3) ainsi qu'à l'administration ordinaire des biens (ch. 2). Il s'agit des actes d'importance économique moindre, qui n'engendrent pas de risques particuliers<sup>48</sup>. S'inscrivent dans cette définition par exemple l'entretien d'un immeuble ou la gestion de son rendement qui consiste à encaisser des loyers et renouveler un contrat<sup>49</sup>. Le représentant peut alors conclure ce type d'acte au nom de son conjoint incapable de discernement (art. 374 al. 2 ch. 2 CC). En revanche, dans le cadre de l'administration extraordinaire des biens, le conjoint doit avoir le consentement de l'APA (art. 374 al. 3 CC). On entend par administration extraordinaire les « actes économiquement plus importants », notamment ceux listés à l'art. 416 al. 1 CC<sup>50</sup>. La doctrine cite comme exemple l'aliénation d'un immeuble, les travaux importants, la constitution de droits réels limités<sup>51</sup>.

En l'espèce, vous pouvez conclure tous les actes nécessaires à la satisfaction des besoins de votre mari et prendre connaissance de sa correspondance. Vous pouvez également payer les factures courantes et celles de la clinique ainsi que rembourser les frais engendrés par le Chalet en Valais et la Villa en Toscane dont avait hérité M. CHANSOL. Vous pouvez aussi conclure un contrat de bail avec des retraités par rapport à ces deux biens. Cela relève de l'administration ordinaire et votre pouvoir de représentation s'étend ainsi à tous ces actes.

En outre, selon l'art. 375 CC, les dispositions sur le mandat (art. 394 ss CC) sont applicables par analogie. Le conjoint représentant doit donc faire preuve de la même diligence qu'un mandataire, soit tenir compte des intérêts du représenté, peser les intérêts en présence et surtout agir « comme le ferait une personne raisonnable et diligente placée dans les mêmes circonstances »<sup>52</sup>. Le représentant peut d'ailleurs déléguer des pouvoirs lorsqu'il ne dispose pas des connaissances spécifiques nécessaires<sup>53</sup>.

*In casu*, vous avez fait preuve de beaucoup de diligence et de prudence dans l'administration des biens de votre époux : en louant les immeubles à des couples de retraités, vous avez fait un choix sûr et stable pour le long terme. Vous n'utilisez les loyers que pour payer les frais engendrés par ces biens. Vous avez d'ailleurs valablement délégué une partie de l'administration du Chalet à une régie, qui dispose de connaissances plus approfondies dans le domaine. Concernant ce dernier point, il s'agit d'ailleurs d'une forme de gestion extraordinaire car cette délégation peut avoir des coûts ainsi que des conséquences patrimoniales importantes si le travail exécuté devait ne pas être de qualité. Il vous faudra donc sur ce point le consentement de l'APA. Vous respectez néanmoins tous les devoirs qui vous incombent et les exigences de l'art. 375 CC sont ainsi remplies.

---

<sup>48</sup> STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 973 ; SCHWANDER p. 1704.

<sup>49</sup> LEUBA, CC 374 N 45.

<sup>50</sup> STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 975.

<sup>51</sup> LEUBA, CC 374 N 51.

<sup>52</sup> LEUBA, CC 375 N 7.

<sup>53</sup> LEUBA, CC 375 N 5.

### 3. *Sort de la demande de curatelle de portée générale:*

A teneur de l'art. 390 al.1 ch.1 CC, une curatelle peut être ordonnée à l'égard d'une personne majeure, soit âgée de 18 ans révolus (art. 14 CC), qui est « partiellement ou totalement empêchée d'assurer elle-même la sauvegarde de ses intérêts ». Cette incapacité doit être due à une déficience mentale, des troubles psychiques<sup>54</sup> ou un état de faiblesse.

En l'espèce, votre mari est majeur<sup>55</sup> et est atteint de troubles psychiques<sup>56</sup> mais il avait, alors qu'il était capable de discernement, désigné M. SILVER pour gérer sa fortune<sup>57</sup>. Bien qu'il soit aujourd'hui totalement incapable ne serait-ce que de parler ou mouvoir un de ses membres, on peut hésiter à affirmer qu'il est incapable d'assurer ses intérêts. Toutefois, on admettra ici que les deux conditions de l'art. 390 al. 1 ch. 1 CC sont remplies.

La curatelle doit en outre respecter les principes des articles 388 et 389 CC<sup>58</sup>.

En l'espèce, de nombreuses mesures sont déjà en place et assurent la protection de votre mari. Bien que le mandat pour cause d'inaptitude ne soit pas valable<sup>59</sup>, M. SILVER est toujours chargé, depuis 2015, de gérer la fortune de M. CHANSOL. En outre le Dr. GOLD est le représentant en matière médicale<sup>60</sup> tandis que vous êtes la représentante légale de votre époux et vous occupez donc de toutes les affaires courantes<sup>61</sup>. Rien n'indique par ailleurs que cette tâche soit trop lourde pour vous. De plus, les curatelles sont des mesures qui sont destinées à s'appliquer sur le long terme. Or, si le Dr. GOLD demande l'arrêt des machines – ce qui est très probable – la curatelle est condamnée à être dénuée de sens assez rapidement. A priori, il n'y a donc pas d'aide insuffisante qui justifie une mise sous curatelle et il est très probable que la demande de Mme YORK soit rejetée.

### III. CONCLUSION

En conclusion, le mandat pour cause d'inaptitude que votre mari a voulu constituer n'est pas valable, ce qui n'affecte cependant pas ses directives anticipées qui instituent le Dr. GOLD comme représentant en matière médicale. Celui-ci peut demander légalement l'arrêt des machines qui maintiennent votre époux en vie et il est probable que les médecins accèdent à sa demande. Vous êtes actuellement la représentante légale de M. CHANSOL et pouvez continuer à administrer ses biens comme vous le faites. Enfin, la demande de mise sous curatelle de Mme YORK ne va vraisemblablement pas aboutir.

Je reste naturellement à votre disposition pour tout renseignement complémentaire et vous prie d'agréer, chère Madame, mes salutations distinguées.

Clara Samson

Annexe : bibliographie.

---

<sup>54</sup> Cf. *supra* p. 7.

<sup>55</sup> Cf. *supra* p. 3.

<sup>56</sup> Cf. *supra* p. 8.

<sup>57</sup> Cf. *supra* p. 1.

<sup>58</sup> Cf. *supra* p. 6 s.

<sup>59</sup> Cf. *supra* p. 4.

<sup>60</sup> Cf. *supra* p. 6.

<sup>61</sup> Cf. *supra* p. 10.

## BIBLIOGRAPHIE

BORASIO Gian Domenico, « Euthanasie » ça veut dire quoi ?, *in* Palliative FLASH 2015, [[http://www.chuv.ch/soins-palliatifs/palliative\\_flash\\_48\\_1\\_euthanasie\\_\\_ca\\_veut\\_dire\\_quoi.pdf](http://www.chuv.ch/soins-palliatifs/palliative_flash_48_1_euthanasie__ca_veut_dire_quoi.pdf)] (4.12.2017).

BRAUER Susanne, Les directives anticipées et la démence : considérations éthiques sur le nouveau droit de la protection de l'adulte, *in* Revue de la Protection des mineurs et des adultes (RMA/ZKE) 2011, p. 396 ss.

CROCETTA Chrisitan, I diritti e l'autonomia decisionale del minore in ospedale, Bâle (Helbing) 2014.

FOUNTOULAKIS Christiana/D'ANDRÈS Joël/WOHLGEMUTH Marc, Quelques enjeux de l'interaction entre le droit foncier, le droit de la protection de l'adulte et le droit de la famille, *in* Revue suisse du notariat et du registre foncier (RNRF/ZBGR) 2017, p. 1 ss.

GUILLOD Olivier, Droit des personnes, 4<sup>e</sup> éd., Bâle (Helbing) 2015.

HÄFELI Christoph, *in* LEUBA Audrey/STETTLER Martin/BÜCHLER Andrea/HÄFELI Christoph (édit.), CommFam Protection de l'adulte, Berne (Stämpfli) 2013.

HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/GEISER Thomas (édit.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Art. 1-456 ZGB, 5<sup>e</sup> éd., Bâle (Helbing) 2014 (cité : BSK CC I-AUTEUR).

LEUBA Audrey, *in* LEUBA Audrey/STETTLER Martin/BÜCHLER Andrea/HÄFELI Christoph (édit.), CommFam Protection de l'adulte, Berne (Stämpfli) 2013.

MEIER Philippe/DE LUZE Estelle, Droit des personnes (art. 11-89a CC), Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2014.

MEIER Philippe/LUKIC Suzana, Introduction au nouveau droit de la protection de l'adulte, Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2011.

PICHONNAZ Pascal/FOEX Bénédict (édit.), Commentaire romand, Code civil I, Bâle (Helbing) 2010 (cité : CR CC I-AUTEUR).

STEINAUER Paul-Henri/FOUNTOULAKIS Christiana, Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte, Berne (Stämpfli) 2014.

SCHWANDER Ivo, Die Stellung der Ehegatten im revidierten Erwachsenenschutzrecht, *in* Pratique juridique actuelle (PJA/AJP) 2012, p. 1701 ss.

TERCIER Pierre/PICHONNAZ Pascal, Le droit des obligations, 5<sup>e</sup> éd., Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2012.

VAERINI Micaela, Guide pratique du droit de la protection de l'adulte et de l'enfant, Berne (Stämpfli) 2015.