

La curatelle et le conseil légal: Deux mesures de droit de la tutelle auxquelles le conseiller fiduciaire peut être confronté dans ses mandats

Pascal Montavon, docteur en droit, Bossonnens*



A. Le cadre légal

I. Généralités

Le Code civil traite au Titre Xème (art. 360 à 465 CC) des mesures dites tutélaires, c'est-à-dire des mesures de protection mises en œuvre par des organes étatiques, destinées à assurer l'assistance et la représentation des personnes physiques mineures ou majeures totalement ou partiellement incapables ou empêchées d'agir conformément à leurs intérêts.

Résumé

Dans ses mandats, le conseiller fiduciaire peut devoir traiter avec des personnes qui ont fait l'objet d'une mesure limitée dans le temps ou atténuée de droit de la tutelle: la curatelle (art. 392 CC) et le conseil légal (art. 395 CC). Il peut aussi être appelé à travailler pour une famille dont certains de ses membres ont fait l'objet d'une telle mesure, ce qui peut modifier son approche du mandat eu égard aux intérêts en cause. L'exposé présente ces institutions.

Ces mesures sont la tutelle proprement dite, la curatelle, le conseil légal et la privation de liberté à des fins d'assistance. La révision du droit de la tutelle est actuellement en cours. Elle ne devrait pas être un simple examen actuel de la loi, elle devrait notamment tendre à mieux clarifier le droit applicable à la curatelle et au conseil légal, deux institutions auxquelles le conseiller fiduciaire peut être confronté dans l'exercice de ses mandats et qui ne sont pas très aisées à clarifier.

Avant de présenter la curatelle et le conseil légal, définissons le tuteur, le curateur et le conseil légal:

- Le tuteur a pour mission d'assister la personne mineure ou interdite qui n'est pas sous autorité parentale, de préserver ses intérêts et de la représenter (art. 367 al. 1 CC).
- Le curateur a pour mission d'assister spécialement une personne ayant généralement l'exercice des droits civils, en vue d'affaires déterminées ou pour une gestion de biens (art. 367 al. 2 CC). Il procure une aide nécessitée par une circonstance passagère (maladie, absence). Le curateur peut également être institué en cas de conflits d'intérêts entre une personne sous autorité parentale ou un pupille et son représentant légal. On distingue la curatelle de représentation (art. 392 CC) et de gestion (art. 393 CC). La mesure peut aussi être requise par l'intéressé, elle est alors volontaire (art. 394 CC). Le Code prévoit également des curatelles en matière de filiation (art. 308, 309 et 325 CC) et de droits réels (art. 762 et 823 CC).
- L'institution du conseil légal est une forme particulière de curatelle selon la systématique du Code, en ce sens que le conseil légal désigné se limite à concourir à certains actes de la personne protégée (art. 395 al. 1 CC) et/ou à administrer ses biens (al. 2). Toutefois, comme la mise sous conseil légal a une incidence déterminante sur la capacité civile de la personne, elle est de fait une tutelle atténuée.

II. Le choix de la mesure tutélaire

1. Principes

Les mesures tutélaires ont pour but de protéger l'intéressé contre l'exploitation de tiers et ses propres actes, sans cependant restreindre la liberté de la personne au-delà de ce qui est nécessaire, c'est dire que la mesure doit être efficace tout en laissant le maximum de liberté à la personne protégée. Les principes de proportionnalité et de subsidiarité s'appliquent au choix de la mesure tutélaire. Une mesure est ainsi inadéquate si elle est trop faible ou disproportionnée.

2. Intensité des mesures

Il résulte de la loi que les mesures tutélaires de la moins contraignante à la plus contraignante sont la curatelle (de représentation, de gestion, combinée, volontaire), le conseil légal (volontaire, coopérant, gérant, combiné) et l'interdiction (volontaire, imposée).

S'agissant de la privation de liberté à des fins d'assistance, la mesure n'est prise qu'en dernier ressort indépendamment d'autres mesures.

Comme nous l'avons annoncé, nous ne traiterons que de la curatelle et du conseil légal. S'agissant de la tutelle, succinctement dit la personne interdite n'a pas l'exercice des droits civils, elle ne peut généralement faire usage librement que de son argent de poche qui lui est laissé à disposition par son tuteur.

B. La curatelle

I. Généralistes

La curatelle est une institution du Code régie de façon quelque peu sommaire, ce qui en rend l'étude peu aisée. Elle est traitée dans le Code souvent en parallèle avec la tutelle. Les principales règles la régissant sont les art. 367 al. 2 et 3, 392–394, 396–397, 417–419, 439–440 CC.

L'institution n'a pas pour but de conférer à une personne une assistance générale comme la tutelle, voire le conseil légal, mais tend à procurer à l'intéressé une aide en principe passagère dans des circonstances légales fondant cette aide. La curatelle pourra ainsi s'imposer en cas de maladie, d'absence, de conflits d'intérêts entre un enfant et son représentant légal ou un pupille et son tuteur.

Etant de par sa nature provisoire, le curateur doit se limiter à exécuter conformément aux instructions de l'autorité tutélaire le mandat spécial dont il a été

investi; la curatelle tombe dans son principe dès que l'affaire pour laquelle le curateur a été désigné est liquidée. Si son activité doit dépasser le cadre du mandat qui lui a été donné, il doit en référer à l'autorité tutélaire.

La mesure n'est pas exclusive, elle peut se greffer sur une mesure de tutelle, notamment en cas de conflits d'intérêts entre le tuteur et le pupille, ou à une mesure de conseil légal (voir l'art. 392 ch. 2 et 3 CC).

Contrairement à la tutelle (cf. l'art. 25 CC), la curatelle n'a pas pour effet de transférer le domicile de la personne sous curatelle au siège des autorités tutélaires.

II. Les types de curatelle

Le Code distingue trois types de curatelle, auxquels il faut ajouter diverses curatelles désignées comme telles:

- la curatelle de représentation (art. 392 CC),
- la curatelle de gestion (art. 393 CC),
- la curatelle volontaire (art. 394 CC).

Les curatelles de représentation et de gestion se recourent dans leur exercice. Cette distinction permet toutefois d'attribuer une curatelle de gestion au sens stricte. Si les deux curatelles sont instituées, la curatelle est dite combinée ou mixte (elle est souvent appliquée à des personnes âgées ou en fin de vie). Nous présenterons les types de curatelle, la mise sous curatelle, les fonctions du curateur et la fin de la mesure.

1. La curatelle de représentation

Selon l'art. 392 CC, l'autorité tutélaire institue une curatelle de représentation soit à la requête d'un intéressé, soit d'office, dans les cas prévus par la loi et, en outre (succinctement dit):

- en cas d'empêchement d'une personne majeure,
- en cas de conflit d'intérêts entre le représenté et le représentant légal,
- en cas d'empêchement du représentant légal.

Tous ces cas se caractérisent par le caractère temporaire de l'assistance requise. Les autres cas auxquels se réfère le Code sont la représentation de l'enfant dans la procédure de divorce de ses parents (art. 146 CC), dans la recherche de la filiation paternelle (art. 309 al. 1 CC), la représentation du créancier gagiste (art. 823 CC).

Les cas de l'art. 392 CC appelle les commentaires suivants:

- L'empêchement peut être de fait (cécité, surdité, absence) ou de droit (propriétaire d'un bien inconnu, personne devant subir une courte peine privative de liberté), de plus l'empêché ne doit pas être en mesure de prendre en temps utile les dispositions qui s'imposent comme désigner lui-même un mandataire.
- Il y a conflits d'intérêts dès que ceux-ci sont divergents in abstracto. Il suffit qu'il y ait un risque que le représentant légal de l'enfant ou du pupille fasse primer ses intérêts (conflits directs), ou les intérêts de proches (conflits indirects), dans une situation donnée (héritage, contrat) pour qu'il se justifie de nommer un curateur.
- L'empêchement du représentant légal peut être dû à la maladie, à l'absence ou peut être d'ordre moral dans un cas particulier.

2. La curatelle de gestion

Selon l'art. 393 CC, l'autorité tutélaire est tenue de pourvoir à la gestion des biens dont le soin n'incombe à personne et d'instituer une curatelle en certains cas. Ces cas sont en particulier les suivants (énumération non limitative):

- absence durable d'une personne et résidence inconnue,
- incapacité momentanée de gérer ses biens et de nommer un mandataire,
- droits de succession incertains,
- sauvegarde des intérêts d'un enfant conçu,
- corporation ou fondation sans administration,
- fonds recueillis publiquement laissés sans gestion ni affectation.

Ces situations appellent les commentaires suivants:

- Si une succession est sans héritier connu, elle doit faire l'objet d'une administration d'office (art. 554 al. 1 ch. 1 CC). Si l'héritier d'une part successorale est sans domicile connu, la part doit faire l'objet d'une curatelle de gestion (en pratique une administration d'office selon l'art. 548 al. 1 CC est également instituée).
- Si le propriétaire d'un bien est incapable de le gérer pour une cause personnelle ou de mandater un tiers à cette fin, il y a lieu d'examiner si un conseil légal gérant ou une tutelle n'est pas plus appropriée.
- En cas d'enfant conçu dont il convient de préserver les intérêts, la désignation d'un curateur interviendra si la mère n'est pas en mesure de veiller aux intérêts de l'enfant à naître.

3. La curatelle volontaire

Selon l'art. 394 CC, tout majeur peut être pourvu d'un curateur, s'il en fait la demande et s'il se trouve dans un cas d'interdiction volontaire (cf. l'art. 372 CC). Dans l'esprit du Code il s'agit d'une institution durable assimilée à une tutelle voulue mais qui n'en porte pas le nom et qui laisse à la personne protégée sa capacité civile. L'autorité tutélaire y donnera suite si l'intéressé est incapable d'agir dans ses intérêts et de nommer un tiers pour ce faire.

L'autorité ne doit pas prendre sur elle de désigner un mandataire, avec le risque qui y est lié, si le requérant est en mesure de se trouver un mandataire. La curatelle volontaire doit être levée sur simple demande de l'intéressé à moins qu'il ne s'avère qu'une tutelle doit être prononcée.

III. La procédure de mises sous curatelle

1. Les autorités compétentes

La procédure est régie par les art. 396 et 397 CC. Pour la curatelle de représentation (art. 396 al. 1 CC), les autorités de domicile de la personne concernée sont compétentes. Pour la curatelle de gestion (al. 2), les autorités du lieu de situation des biens sont compétentes. L'institution de la curatelle ressortit à l'autorité tutélaire (cpr l'art. 373 CC). Pour le reste, le Code opère un renvoi à l'art. 378 al. 1 et 2 CC en énonçant que la commune d'origine a les mêmes droits qu'en matière de tutelle pour sauvegarder les intérêts de ses ressortissants.

2. La procédure

La procédure est la même qu'en matière d'interdiction (art. 397 al. 1 CC). Le Code opère ainsi un renvoi aux art. 373 ss CC. La procédure régie par le droit cantonal doit être engagée d'office si l'autorité tutélaire a connaissance d'un cas de curatelle. L'intéressé doit être entendu. La décision de mise sous curatelle prise par une autorité cantonale de dernière instance peut faire l'objet d'un recours en réforme au Tribunal fédéral.

Selon l'art. 397 al. 2 CC, la nomination est publiée si l'autorité juge cette mesure opportune. Dans un cas particulier elle peut faire l'objet de communications personnalisées. Si la nomination n'est pas publiée, elle est communiquée à l'office des poursuites du domicile de la personne concernée pour autant que cela ne semble pas inopportun (al. 3).

IV. Les fonctions du curateur

1. En général

Selon l'art. 367 al. 3 CC, les règles concernant le tuteur s'appliquent au curateur, sous réserve des dispositions particulières de la loi, soit les art. 417–419 CC. S'appliquent ainsi par analogie les art. 379 ss., 420, 421–422, 423, 426 ss., 441–453 CC.

On notera que du fait que la curatelle n'a pas d'influence sur la capacité civile de la personne assistée, les règles sur la représentation par le tuteur (art. 407–409 CC) et sur les actes du pupille (art. 410 à 412 et 414 CC) ne s'appliquent pas en matière de curatelle. Il s'ensuit que l'activité du curateur dépend de la bonne volonté du pupille qui peut contrecarrer par ses actes ceux du curateur ou les outrepasser. Autrement dit, l'effet de la curatelle est que le pupille doit se laisser opposer les actes du curateur, sous réserve des art. 421 et 422 CC relatifs aux autorisations que doit requérir le curateur, sauf s'il peut les prévenir par ses actes (par ex. un pupille sous curatelle peut vendre un immeuble, mais le curateur ne peut vendre un immeuble de son pupille que moyennant le consentement de l'autorité tutélaire (cf. art. 421 ch. 1 CC).

2. Les mandats spéciaux

Aux termes de l'art. 418 CC, le curateur investi d'un mandat spécial l'exécute conformément aux instructions de l'autorité tutélaire. Concrètement il doit agir en fonction de la nature particulière de l'affaire à traiter. A cette fin le curateur a le pouvoir de représenter la personne assistée. Ce pouvoir de représentation ne vaut cependant qu'à compter du moment où le curateur a été investi de sa mission. Si des actes ont dû être exécutés d'urgence, ils pourront toutefois être avalisés.

Le curateur a, en principe, l'obligation de demander des instructions supplémentaires lorsque les mesures à prendre dépassent le cadre du mandat dont il a été investi; mais les actes du curateur sont opposables à la personne représentée en cas d'accord implicite.

3. La gestion de biens

Aux termes de l'art. 419 al. 1 CC, le curateur chargé de veiller sur des biens ou de les gérer ne procède qu'aux actes administratifs et conservatoires qui sont nécessaires. La disposition institue un mandat limitatif qui ne saurait toutefois être interprété comme une charge limitée au strict nécessaire. Au contraire, le curateur doit veiller à maintenir activement la substance du bien dont la gestion lui a été confiée. Il en répond comme un mandataire professionnel. De même que

l'autorité tutélaire répond du choix du curateur. Si des mesures administratives spéciales s'imposent allant au-delà d'une gestion ordinaire, le curateur en référera à la personne représentée ou, si nécessaire, à l'autorité tutélaire (al. 2).

V. La fin de la curatelle

Instituée pour une cause temporaire, la curatelle prend fin dès que les affaires pour lesquelles elle a été instituée sont terminées (art. 439 al. 1 CC) ou que la cause qui l'a instituée n'existe plus et que le curateur a été relevé de ses fonctions (al. 2). Les art. 451–453 CC concernant les comptes et la remise des biens sont applicables.

C. Le conseil légal

I. Généralités

Rattaché formellement à la curatelle dans la systématique du Code, le conseil légal régi par l'art. 395 CC (cf. ég. les art. 417 al. 1 et 439 al. 3 CC) est une institution apparentée à la tutelle. Elle est en fait une tutelle atténuée en ce sens que la mesure prive la personne assistée de sa capacité civile pour un certain nombre d'actes énumérés par la loi. Comme pour la curatelle, l'institution est mal réglementée dans le Code. En particulier l'art. 396 CC relatif à la procédure de mise sous curatelle ne s'y applique pas directement vu la nature de l'institution. La procédure applicable à la tutelle est en effet plus appropriée à cette institution.

II. Les types de conseil légal

Le conseil légal est de deux types, à savoir le conseil légal coopérant et le conseil légal gérant; les deux mesures peuvent également être combinées. Le conseil légal volontaire est également possible bien que non prévu par le Code.

1. Le conseil légal coopérant

L'institution du conseil légal coopérant est une mesure d'assistance qui a pour effet de priver la capacité civile active du pupille pour les actes énumérés à l'art. 395 al. 1 CC, soit les actes particulièrement importants de la vie dont il est difficile d'apprécier la portée et les incidences. Cette mesure suppose qu'il n'existe pas de cause suffisante d'interdiction (cf. les art. 369 ss CC) et

qu'une privation partielle de l'exercice des droits civils est dans l'intérêt de la personne. Elle n'entraîne pas la représentation de la personne protégée.

Relativement aux actes énumérés exhaustivement à l'art. 395 al. 1 CC, la capacité de la personne protégée est conditionnelle au concours du conseil légal coopérant, c'est-à-dire à son consentement express ou tacite (antérieur, concomitant, postérieur), lequel n'est soumis à aucune forme. Le conseil légal doit donc intervenir aux côtés de la personne. Il ne peut agir pour elle car il n'est pas son représentant (contrairement au tuteur ou au curateur de représentation).

Les actes visés par l'art. 395 al. 1 CC sont les suivants:

1. plaider et transiger,
2. acheter ou vendre des immeubles, les grever de gages et autres droits réels,
3. acheter, vendre ou mettre en gage des papiers-valeurs,
4. construire au-delà des besoins de l'administration courante,
5. prêter et emprunter,
6. recevoir le capital de créances,
7. faire des donations,
8. souscrire des engagements de change,
9. cautionner.

Si la personne sous conseil légal coopérant accomplit un acte visé par l'art. 395 al. 1 CC sans le consentement requis, les art. 410 et 411 CC sont applicables par analogie. L'acte est ainsi imparfait, la personne sous conseil légal n'est liée qu'à condition que le consentement soit donné, par contre le tiers est lié par son engagement. La personne protégée peut recourir à l'autorité tutélaire et de surveillance contre le refus de consentement (art. 420 CC par analogie).

2. Le conseil légal gérant

L'institution du conseil légal gérant est une mesure d'assistance, prise dans les mêmes circonstances que la mesure précédente, qui a pour effet, selon l'art. 395 al. 2 CC, de priver la personne protégée de l'administration de ses biens tout en lui laissant la libre disposition de ses revenus, savoir les fruits nets de sa fortune et son salaire.

Du fait de la mesure, le conseil légal gérant est le représentant de la personne protégée s'agissant de son patrimoine (contrairement au conseil légal coopérant). Dans la mesure où la personne protégée ne recourt qu'à l'utilisation de ses revenus, sa capacité est inconditionnelle. Elle peut par exemple acheter librement des papiers-valeurs et opérer des cautionnements si les montants engagés sont en rapport avec ses

revenus, ce que la personne sous conseil légal coopérant ne peut pas faire sans le consentement requis pour ces actes.

3. Le conseil légal combiné

Le conseil légal combiné est le cumul d'un conseil légal coopérant et d'un conseil légal gérant. La personne protégée est privée de l'administration de ses biens (art. 395 al. 2 CC) et doit obtenir le concours, c'est-à-dire le consentement de son conseil légal, pour effectuer les actes énumérés à l'art. 395 al. 1 CC. Cette double mesure est la plus proche de la tutelle proprement dite, mais laisse tout de même une petite autonomie à la personne protégée. Elle s'avérera une mesure appropriée quand les circonstances au sens des art. 369 ss CC fonderaient d'instituer une tutelle, mais que cette mesure pourrait paraître trop radicale en application de la règle qui consiste à ne pas restreindre l'autonomie d'une personne plus que nécessaire.

4. Le conseil légal volontaire

Bien que le Code ne prévoit pas de conseil légal volontaire contrairement à l'interdiction volontaire (art. 372 CC) et à la curatelle volontaire (art. 394 CC), cette mesure peut être requise par la personne en ressentant le besoin. La mesure sera du type demandé (coopérant, gérant ou combiné) et produira les effets y relatifs.

III. La procédure de mise sous conseil légal

1. Les autorités compétentes

Quelque soit le type de mesure qui doit être ordonnée, l'autorité compétente est celle du domicile de la personne à protéger. L'art. 396 al. 1 CC est ainsi applicable. L'art. 396 al. 2 CC n'est pas applicable au conseil légal gérant. En cas de changement de domicile en cours de procédure, les autorités de l'ancien et du nouveau domicile peuvent prendre des mesures provisoires au sens de l'art. 386 CC. A noter que la mise sous conseil légal coopérant est sans incidence sur le domicile de la personne protégée.

Les droits de la commune d'origine de formuler une demande de mise sous conseil légal sont réservés par l'art. 396 al. 3 CC.

2. La procédure

La procédure suit en principe celle de la mise sous tutelle (voir l'art. 397 CC), bien que le conseil légal soit rattaché à la curatelle. La personne concernée doit être

entendue (art. 374 al. 1 CC), des mesures provisoires peuvent être prises (art. 386 CC), le recours en réforme au Tribunal fédéral est ouvert (art. 373 al. 2 CC). En règle générale une expertise psychiatrique sera ordonnée. Enfin dans la règle la mesure sera publiée (art. 375 al. 1 et 2 CC par analogie).

La nomination du conseil légal, par l'autorité tutélaire, est régie par les art. 396 et 397 CC, comme en matière de curatelle.

IV. Les fonctions du conseil légal

Les fonctions du conseil légal varient selon le type de mesure instituée. Elles visent essentiellement des intérêts patrimoniaux, mais une certaine assistance personnelle, une aide à l'épanouissement (suivi professionnel, sportif, artistique), peut y être ajoutée. Nous ne présenterons pas les fonctions du conseil légal combiné du fait que cette mesure est le cumul des conseils légaux coopérant et gérant ni les fonctions du conseil légal requis volontairement du fait qu'elles sont celles de la mesure sollicitée.

1. Le conseil légal coopérant

Selon l'art. 395 al. 1 CC, le conseil légal coopérant apporte son concours à divers actes exhaustivement énumérés par cette disposition. Il donne son consentement aux actes visés par la loi que la personne protégée souhaite entreprendre. En ce faisant il ne représente pas la personne protégée, il l'assiste dans sa démarche ou s'y refuse si l'acte n'est pas dans son intérêt. Les règles sur le concours des autorités de tutelle (art. 404, 421 et 422 CC) ne s'appliquent pas sous réserve de conflits d'intérêts pour des actes envisagés entre le conseil légal et la personne protégée. La décision du conseil légal peut faire l'objet d'un recours (art. 420 CC). Les règles sur la responsabilité des organes de la tutelle (art. 426 ss CC) s'appliquent.

2. Le conseil légal gérant

Selon l'art. 395 al. 2 CC, la personne protégée est privée de l'administration de ses biens tout en conservant la libre disposition de ses revenus. Il s'ensuit que s'agissant du patrimoine de la personne protégée, celle-ci est représentée. Le conseil légal peut ainsi agir pour elle et à sa place s'agissant de ses biens à administrer mais non de ses revenus (produits des biens, salaires, rentes).

Vu les fonctions administratives du conseil légal gérant, les mesures prévues par les art. 398–404 CC sont applicables (inventaire, placements, conversion,

etc.). Ses fonctions sont conservatoires. Au-delà (cf. art. 421 CC), il doit requérir le consentement des autorités tutélaires. Ses actes sont sujets à recours (art. 420 CC). Ses comptes seront soumis périodiquement à l'autorité tutélaire (art. 413 et 423 CC par analogie). Il répond de ses actes selon les art. 426 ss CC. A l'expiration de ses fonctions, la procédure des art. 451 à 453 CC est applicable.

V. La fin du conseil légal

Selon l'art. 439 al. 3 CC, mal formulé, le conseil légal prend fin lorsque l'autorité compétente le décide; les règles de la mainlevée de l'interdiction (art. 433 ss CC) sont applicables par analogie. L'autorité compétente est celle qui a institué la mesure.

Si le conseil légal a été institué pour cause de prodigalité, d'ivrognerie, d'inconduite et de mauvaise gestion, la mainlevée ne peut être demandée par l'interdit que si pendant un an au moins il n'a donné lieu à aucune plainte pour des faits analogues à ceux qui ont déterminé la mesure (art. 437 CC par analogie) et que la cause a disparu. ■

* Pascal Montavon, docteur en droit, Directeur des Editions juridiques AMC, Professeur à l'Institut romand d'études fiduciaires à Lausanne (IREF).