

Problèmes de la pratique des mandataires tutélaires dans leurs relations avec les banques, les assurances (sociales) et les services postaux

Recommandations formulées par le Groupe de travail de la COPMA en novembre 2010*

Mots-clé: Pouvoirs de représentation, Mandataire tutélaire, Relations bancaires, postales, d'assurances (sociales), Décès de la personne sous mandat de protection, Recommandations COPMA

Stichwörter: Vertretungsbefugnis, Vormundschaftliche Mandatsträger, Bank-, Post-, (Sozial-)Versicherungsgeschäfte, Tod der vormundschaftlich betreuten Person, KOKES-Empfehlungen

Parole chiave: Compito di rappresentanza, Gestori di mandati tutelari, Relazioni bancarie, postali, assicurative (sociali), Decesso della persona curatelata o tutelata, Raccomandazioni COPMA

1. Contexte

Les mandataires tutélaires (MT) sont de plus en plus entravés dans l'exercice de leurs droits et devoirs tutélaires par les banques, les agences des assurances sociales et les services postaux. Ils sont notamment confrontés à des exigences, en partie contraires au droit, visant la preuve de leur pouvoir de représentation. Les situations suivantes se présentent en particulier.

Les banques forment les exigences suivantes envers les MT:

- lors de l'ouverture de comptes, les personnes placées sous tutelle doivent s'identifier en se présentant personnellement (en référence à l'art. 3 de la loi sur le blanchiment d'argent (LBA)¹ et à l'art. 32 de l'ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent (OBA-FINMA)²; un acte de nomination certifiant le pouvoir de représentation du MT n'est pas accepté;
- présentation d'actes originaux ou authentifiés par le notaire (décisions, acte de nomination);
- une procuration de la personne sous curatelle exposant que celle-ci est entièrement capable d'exercer ses droits civils, s'il s'agit de prendre des dispositions concernant son patrimoine (en plus de l'acte de nomination certifiant que le MT est légitimement habilité à administrer le patrimoine du pupille et à le représenter).

Les agences des assurances sociales refusent au MT, responsable des soins de santé d'une personne placée sous son assistance, la consultation du dossier de son

* Traduction du texte original allemand (p. 234 ss.) par Gabriel Domont, Monthey.

¹ Loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (loi sur le blanchiment d'argent, LBA); RS 955.0.

² Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 8 décembre 2010 sur la prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme (Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent, OBA-FINMA); RS 955.033.0 (en vigueur depuis le 1.1.2011).

pupille et l'envoi de sa correspondance. Se référant à leur obligation de garder le secret, en vertu de l'art. 33 LPGA³, elles font prévaloir que la personne assurée doit établir une procuration correspondante en faveur de la personne qui l'assiste ou que l'acte de nomination doit stipuler explicitement que le MT représente la personne assurée pour les questions concernant le droit des assurances sociales.

Les services postaux se refusent à remettre les envois recommandés au représentant légal et précisent, sur l'invitation à retirer l'envoi, que le retrait doit être effectué en personne.

Remise des biens de la succession d'une personne décédée qui était soumise à un mandat de tutelle: La doctrine et la pratique incontestées en droit de la tutelle, selon lesquelles, en cas de décès de son pupille, le MT ne remet le patrimoine du défunt qu'après l'approbation du rapport final et du compte final, sont mises en question dans une doctrine qui se réfère aux principes du droit des successions, lesquels devraient prévaloir sur les principes du droit de la tutelle.⁴ Selon cette doctrine divergente, la banque est légitimée à accorder l'accès aux biens de la succession aux héritiers légitimes, sans attendre l'approbation du rapport final.

2. Bases juridiques, doctrine et jurisprudence

2.1 *Le pouvoir de représentation du MT en général*⁵

Si l'interdiction d'une personne et sa mise sous tutelle entraînent la perte de sa capacité d'exercer ses droits civils et si toutes les formes de conseil légal impliquent une limitation (différenciée) de la capacité à exercer les droits civils, toutes les formes de curatelle restent sans effet sur la capacité à exercer les droits civils (art. 417, al. 1 CCS). Cependant, dans le cadre des tâches qui lui sont dévolues, le curateur est le représentant de son pupille en vertu d'un acte juridique (que ce soit en faveur ou en défaveur de la personne sous curatelle) et il intervient en cette qualité envers les tiers. Dans le cadre d'un mandat de curatelle (à l'exception de la curatelle éducative visée à l'art. 308, al. 1, CCS), le MT ne se limite pas à assister, il assume les mesures nécessaires en sa qualité de représentant (BSK-ZGB I-BIDERBOST, art. 417 N 13). Généralement, la curatelle correspond à une véritable relation de représentation et l'action du curateur produit des effets de droit attribuables à la personne assistée (ATF 97 I 186, 115 V 250). Celle-ci doit accepter la représentation du curateur et en assumer les effets; elle ne peut ni priver le curateur de son pouvoir de représentation ni limiter ce pouvoir. Le pouvoir de représentation du curateur se conjugue avec la capacité de la personne

³ Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA); RS 830.1.

⁴ ABT DANIEL, Vormundschaftsrechtliche Liquidationspflichten versus erbrechtliche Grundprinzipien – Banken zwischen Scylla und Charybdis – Überlegungen zum Spannungsverhältnis zwischen Banken, Erben und Behörden, dans *successio* 3/2008, p. 257–263.

⁵ Cf. AFFOLTER KURT, Vertretungsbefugnis vormundschaftlicher Mandatsträger/innen und Erfordernis nach gewillkürter Vollmacht, dans *RDT* 4/2008, p. 337–341 (résumé enrichi de nombreuses indications).

placée sous curatelle à exercer ses droits civils (BSK-ZGB I-BIDERBOST, art. 417 N 14, entre autres indications).

Le statut juridique du curateur correspond à celui d'un représentant désigné en vertu d'un acte juridique (art. 32, al. 1, CO; ATF 115 V 250, TF 5 P.79/2006 consid. 3.3 [31 août 2006]; H.M. RIEMER, Grundriss des Vormundschaftsrechts, § 6 N 51, Berne 1997). La particularité de la représentation réside dans le fait qu'elle repose sur une décision prise par les autorités dans le cadre d'une procédure institutionnalisée et que le pouvoir de représentation du curateur est indépendant de la volonté de la personne assistée (BK-SCHNYDER/MURER, Systematischer Teil, N 18, art. 360–397 CCS). Le pouvoir de représentation découle de la loi ou du mandat conféré par les autorités et ne dépend pas de la volonté de la personne représentée. Pendant la durée de son mandat, le curateur est habilité à agir au nom de la personne soumise à sa curatelle, même sans ou contre sa volonté, et à la représenter valablement (AFFOLTER/STECK/VOGEL, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zurich, Bâle, Genève 2007, art. 417 CSS N 2, avec des indications).

A l'appui de cette doctrine et de la jurisprudence, le Tribunal des assurances du canton de Saint-Gall a approuvé le recours d'un curateur au sens de l'art. 394 CCS dans une décision du 14 juin 2010⁶ et il a obligé l'office AI à adresser au curateur – sans procuration – les documents concernant l'assuré. L'office AI avait refusé, à tort, d'adresser les documents au curateur en l'absence d'une procuration de l'assuré en invoquant son obligation de garder le secret, respectivement au motif de la protection des données. Dans son prononcé, le Tribunal des assurances du canton de Saint-Gall a, en particulier, noté que le curateur est légalement habilité à représenter la personne qu'il assiste et qu'une procuration ne lui est pas nécessaire, parce que ses pouvoirs découlent directement de la loi ou du mandat que lui a décerné l'autorité tutélaire. S'agissant d'une curatelle au sens de l'art. 394 CCS, impliquant l'encadrement complet d'une personne et la gestion complète de son patrimoine, le pouvoir de représentation du curateur comprend la consultation des documents juridiques de l'assurance-invalidité. Le curateur, qui peut agir au nom de l'assuré en cette matière, n'est pas assimilable à un tiers au sens de l'art. 33 LPGA. Le devoir de garder le secret ne s'applique pas envers lui.

La portée du pouvoir de représentation découle de la mesure en question.

- Un **pouvoir de représentation complet** s'applique pour les mineurs dans le cadre d'une tutelle au sens de l'art. 368 CCS et pour les adultes dans le cadre de toutes les tutelles (art. 369 à 372 CCS), dans le cadre de la représentation légale visée à l'art. 386, al. 2, CCS, de la curatelle combinée au sens des art. 392, ch. 1, et 393, ch. 2, CCS (pour autant que la description de l'encadrement complet de la personne et de la gestion complète de son patrimoine correspondent), de la curatelle volontaire visée à l'art. 394 CCS, sans précision des tâches, pour les parents dont l'autorité parentale est étendue en vertu de l'art. 385, al. 3, CCS (après l'interdiction d'un enfant majeur).

⁶ Décision publiée dans RMA 4/2010, p. 334–338.

- Un **pouvoir de représentation limité** s'applique à toutes les autres mesures de protection des mineurs et des adultes, dans le cadre des mandats décrits dans le domaine de l'encadrement des personnes et de la gestion de leur patrimoine. Le conseil légal gérant visé à l'art. 395, al. 2, CCS est toutefois investi, sans habilitation explicite, du pouvoir de représenter (seul) la personne qu'il assiste dans le domaine de la gestion patrimoniale.
- **Aucun pouvoir de représentation** n'est prévu de par la loi pour le curateur de représentation et pour le curateur éducatif dans les affaires qui ne sont pas expressément confiées aux termes de la décision, de même que pour le curateur de gestion pour les affaires qui ne concernent pas le patrimoine. Le conseil légal coopérant (art. 395 al. 1 CC) n'est pas un représentant légal de la personne assistée: il doit agir conjointement avec elle. De même, le conseil légal gérant (art. 395, al. 2, CCS) n'est pas habilité à représenter la personne assistée pour les questions de revenus.

Si et dans la mesure où un MT prouve son pouvoir de représentation envers des tiers au moyen d'un acte de nomination et/ou d'un dispositif décisionnel, ces tiers doivent reconnaître cette représentation. Un problème particulier se pose pour les envois postaux, lorsque l'indication de l'expéditeur (pour autant qu'il soit identifiable) ne permet pas de déduire le contenu dont il s'agit. En pareil cas, hormis un pouvoir de représentation complet, le service postal ne peut distinguer si le MT qui entend relever un envoi postal adressé à la personne assistée est habilité à la représenter.

2.2 *Dispositions de la loi sur le blanchiment d'argent concernant l'identification de la partie au contrat*

En vertu de l'art. 3 LBA, l'intermédiaire financier (p. ex. la banque) doit identifier la partie au contrat sur la base d'un document probant en cas d'ouverture d'une relation d'affaires. Selon l'art. 32, al. 1, OBA-FINMA, s'agissant de vérifier l'identité des parties au contrat et d'établir l'identité des ayants droit économiques, tous les intermédiaires financiers sont soumis aux dispositions de la *Convention relative à l'obligation de diligence des banques* du 7 avril 2008 (CDB 2008)⁷, conclue par l'Association suisse des banquiers. S'agissant des personnes physiques, le chiffre 9 de la CDB régit le contrôle de l'identité du partenaire au contrat: soit celui-ci doit engager des pourparlers en personne, muni d'une pièce d'identité officielle, soit on exige, lorsque la relation d'affaires est établie par voie de correspondance, une copie certifiée authentique d'une pièce d'identité officielle et le contrôle de l'adresse du domicile. En cas de représentation par un MT, la procédure n'est pas réglementée. La COPMA suppose donc qu'il s'agit d'un «vide conventionnel». BRÜHWILER et HEIM⁸ appliquent à la représentation par le MT les règles relatives aux personnes morales. Selon le chif-

⁷ <http://www.swissbanking.org/fr/20080410-vs-b-cwe.pdf>.

⁸ BRÜHWILER BARBARA/HEIM KATHRIN, Vereinbarungen über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken 2008, Praxiskommentar, 2^e éd., Zurich 2008.

fre 12 ss de la CDB, le contrôle de l'identité s'effectue sur la base de documents. La présentation de l'acte de nomination est donc suffisante.

2.3 Obligations juridiques du MT après le décès de la personne sous mandat de protection

Il est incontesté que la mesure tutélaire prend fin au décès de la personne placée sous tutelle et, par conséquent, que le mandat tutélaire se termine et que le pouvoir de représentation de la personne sous tutelle devient caduc.⁹ La doctrine du droit de la tutelle distingue la fin du mandat en vertu des dispositions légales et le relèvement de fonction du tuteur prononcé par l'autorité compétente. Ce relèvement de fonction suppose que le tuteur a satisfait aux obligations de liquidation prévues par le droit de la tutelle (art. 451–453 CCS), c'est-à-dire, selon la pratique constante: établissement du rapport final et remise du compte final à l'autorité de tutelle (art. 451 CCS); transmission des biens aux héritiers après l'approbation du rapport final et du compte final par l'autorité de tutelle (art. 452 et 453, al. 1, CCS). La doctrine axée sur le droit de la tutelle attribue un caractère de droit contraignant à la décision légale correspondante, tout en qualifiant de *lex specialis* les dispositions du droit des successions et du droit des obligations qui en divergent.¹⁰

*Abr*¹¹ met cette doctrine en doute, parce qu'elle manquerait d'une justification convaincante et qu'elle ne serait pas ancrée dans les sources du CCS. Il conclut que la doctrine dominante basée sur le droit de la tutelle crée une situation en contradiction flagrante avec le principe de l'acquisition *eo ipso* de la succession et qu'il n'est pas convenable qu'une communauté héréditaire capable d'exercer ses droits civils soit empêchée d'agir, pendant des mois le cas échéant, en raison d'obligations de liquidation émanant du droit de la tutelle.

A ce jour, la pratique fondée dans la doctrine axée sur le droit de la tutelle n'a donné lieu à aucune critique ou correction en dernière instance. Il convient en principe de s'en tenir à la pratique actuelle. Exceptionnellement, dans des cas d'espèces, il peut être judicieux d'adopter des solutions opportunes, d'entente avec les héritiers, et de remettre les biens patrimoniaux – ou partie de ceux-ci – avant même l'approbation du rapport final.

3. Recommandations

Sur la base des explications précédentes, la Conférence des cantons en matière de protection des mineurs et des adultes (COPMA) édicte les recommandations suivantes concernant les relations des mandataires tutélaires avec les banques, les assurances (sociales) et les services postaux.

⁹ Cf. MOTTIEZ PAUL, Des devoirs juridiques du tuteur après le décès du pupille, dans RDT 6/2005, p. 235–248.

¹⁰ RIEMER HANS MICHAEL, Grundriss des Vormundschaftsrechts, 2^e éd., Berne 1997, p. 123.

¹¹ Cf. note 4.

1. Dans la mesure où l'étendue de la représentation ne découle pas clairement et sans précision supplémentaire de la loi (tutelles, curatelle au sens de l'art. 394 CCS), il faut la décrire clairement dans le dispositif décisionnel et dans l'acte de nomination.
2. Les contrats de dépôt, qui impliquent un pouvoir de disposer correspondant, permettent de résoudre efficacement les problèmes de légitimation que rencontrent les mandataires tutélaires envers les banques dans le cadre de l'administration du patrimoine de leur pupille pendant la durée de la mesure. S'agissant de la gestion du patrimoine, nous renvoyons aux recommandations spécifiques¹².
3. En ce qui concerne les relations avec les services postaux, l'autorité de tutelle ou le mandataire tutélaire doit enjoindre les expéditeurs d'envois postaux concernant le domaine de représentation des mandataires tutélaires à adresser lesdits envois au mandataire tutélaire compétent. Le libellé du mandat peut préciser explicitement que le mandataire tutélaire est habilité à réceptionner les envois postaux.
4. En principe, conformément à la pratique actuelle, les biens patrimoniaux d'une personne défunte qui faisait l'objet d'une mesure de protection ne doivent être remis aux héritiers qu'après l'approbation du rapport final et du compte final. Si le patrimoine ou certains éléments patrimoniaux sont remis aux héritiers (p. ex. en vue de leur gestion ou de leur exploitation), il faut trouver avec les héritiers des solutions opportunes en fonction du cas d'espèce.
5. Les tiers, notamment les banques, les assurances sociales ou privées et les services postaux, sont tenus de reconnaître le pouvoir de représentation notifié officiellement, sans requérir en sus la procuration des personnes assistées capables d'exercer leurs droits civils. Ces tiers ne sauraient se soustraire à leur obligation d'informer et de coopérer en se référant à leur obligation légale ou contractuelle de garder le secret. Lors de l'ouverture d'un compte bancaire ou s'agissant de la correspondance avec les assurances sociales, il suffit généralement de produire des copies de l'acte de nomination et/ou du dispositif décisionnel pour fournir la preuve du pouvoir de représentation. Il faut, sur demande, présenter les actes originaux.

¹² Le placement de fortune dans le cadre de mandats tutélaires – Recommandations de la CONFÉRENCE DES AUTORITÉS CANTONALES DE TUTELLE CAT (aujourd'hui: COPMA) de septembre 2001 (dans RDT 6/2001, 336–339), et compléments de janvier 2009 (dans RDT 3/2009, 203–206).