

Fondation Notariat Suisse 2023

# Choix et rémunération du mandataire

Bastien Verrey, notaire, docteur en droit et chargé de cours à  
l'Université de Lausanne

# Plan

## 1. Le choix du mandataire

- 1.1 La personne du mandataire
- 1.2 Désignation
- 1.3 Capacité du mandataire
- 1.4 Quid du notaire instrumentateur?
- 1.5 Personne morale mandataire
- 1.6 Pluralités de mandataires
- 1.7 Solutions de remplacement

## 2. Conflit d'intérêts

- 2.1 Personne physique
- 2.2 Personne morale

## 3. Rémunération

- 3.1 Principe
- 3.2 Fixation
- 3.3 Intervention de l'autorité
- 3.4 Frais
- 3.5 Prescription

# 1. Le choix du mandataire

## 1.1 La personne du mandataire

- Art. 360 CC: Toute personne ayant l'exercice des droits civils (mandant) **peut charger une personne physique ou morale** (mandataire) 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.

# 1. Le choix du mandataire

## 1.1 La personne du mandataire

- Le mandataire peut ainsi être choisi hors du cercle familial ( $\neq$  art. 374, al. 1 CC en matière de représentation légale subsidiaire).
- Le mandataire doit être apte à remplacer le mandant (art. 363, al. 2, ch. 3 CC).
- En cas de doute, l'autorité devrait privilégier la validité du mandat, avec le cas échéant des mesures complémentaires (art. 368, al. 2 CC).

# 1. Le choix du mandataire

## 1.1 La personne du mandataire

- Possibilité de recourir à des auxiliaires (art. 101 CO).
- La doctrine ne reconnaît pas la possibilité de prévoir des substituts (art. 398, al. 3 CO).

# 1. Le choix du mandataire

## 1.2 Désignation

- Comment désigner le mandataire?
- Selon le Message du Conseil fédéral:  
Le mandant doit désigner le mandataire **nommément** et décrire de manière aussi détaillée que possible les tâches qu'il lui confie (FF 2006 6660).
- Peut-il être seulement déterminable? (par ex: le directeur de ma fiduciaire X SA).

# 1. Le choix du mandataire

## 1.2 Désignation

- Exemple:
- *Je désigne comme mandataire M. Pierre Dupont, directeur de la succursale de Morges de la banque X.*
- Quid si le mandataire n'est plus directeur de la succursale donnée au moment de valider le mandat?

# 1. Le choix du mandataire

## 1.3 Capacité du mandataire

- Le mandataire doit avoir l'exercice des droits civils au moment où le mandat sera mis en œuvre.
- Si le mandataire n'a pour mission que de représenter le mandant dans le domaine médical, l'exercice des droits civils n'est pas nécessaire. Il doit être capable de discernement.

# 1. Le choix du mandataire

## 1.4 Quid du notaire instrumentateur?

- La forme authentique est celle du droit cantonal (art. 55 Titre final du CC).
- Cela exclut notamment les règles de l'art. 503 CC.

# 1. Le choix du mandataire

## 1.4 Quid du notaire instrumentateur?

- La possibilité pour le notaire instrumentateur d'être désigné mandataire est admise par la doctrine (par analogie avec le mandat d'exécuteur testamentaire).
- A vérifier toutefois dans le droit cantonal (inhabilité).

# 1. Le choix du mandataire

## 1.4 Quid du notaire instrumentateur?

- Attention: Art. 55 nouveau (LNN): Les cantons déterminent pour leur territoire les modalités de l'établissement des actes authentiques **dans la mesure où celles-ci ne sont pas réglées par le droit fédéral, en particulier la loi fédérale du 16 juin 2023 sur le passage au numérique dans le domaine du notariat.**

# 1. Le choix du mandataire

## 1.5 Personne morale

- Il s'agit de désigner la personne morale et non les personnes qui travaillent pour cette personne morale.
- ≠ curateur (art. 400 CC: L'autorité de protection de l'adulte nomme curateur **une personne physique** qui possède les aptitudes ...).

# 1. Le choix du mandataire

## 1.5 Personne morale

- La personne morale ne peut être nommée représentante thérapeutique.

# 1. Le choix du mandataire

## 1.6 Pluralité de mandataires

- Admis même si le texte légal ne mentionne qu'**une** personne (art. 360).
- Prise de décision: à définir par le mandant, sinon unanimité.

# 1. Le choix du mandataire

## 1.6 Pluralité de mandataires

- Une pluralité peut être prévue aussi pour confier certaines tâches à un mandataire, certaines autres à un second mandataire.

# 1. Le choix du mandataire

## 1.7 Solutions de remplacement

- Outre les cas où le mandataire refuse le mandat ou serait prédécédé, l'autorité doit examiner si la personne du mandataire est apte à remplir la mandat.
- D'où la nécessité de prévoir des solutions de remplacement
- ... qui devront couvrir toutes les tâches des mandataires principaux

## 2. Conflit d'intérêts

### 2.1 Personne physique

- Deux arrêts du Tribunal fédéral ont été rendus:
- Arrêt 5A\_874/2020 (22.06.2021):
- Le mandant avait désigné sa fille B comme mandataire.
- Elle a été jugée apte en soi à exercer le mandat mais l'autorité a refusé de valider le mandat au motif qu'il existait des dissensions familiales dont le mandant n'avait pas conscience.
- Ces dissensions pouvaient aggraver l'évolution de la maladie du mandant.

## 2. Conflit d'intérêts

### 2.1 Personne physique

- Deux arrêts du Tribunal fédéral ont été rendus:
- Arrêt 5A\_615/2021 (07.12.2021)
- Mandat en faveur du conjoint du mandant invalidé.
- Ici aussi, la mandataire a été jugée apte à remplir le mandat mais faisait passer ses propres intérêts avant ceux du mandant.

## 2. Conflit d'intérêts

### 2.2 Personne morale

- La personne morale désignée par le mandant peut être en même temps son créancier hypothécaire ou son gérant de fortune.
- Quid lors du renouvellement du prêt hypothécaire ou décision sur le risque des placements?

# 3. Rémunération

## 3.1 Principe

- La rémunération n'est pas une condition de validité du mandat.
- Elle est fixée par le mandant.
- L'art. 366 CC prévoit une règle subsidiaire, si le mandat est muet sur ce point.

# 3. Rémunération

## 3.1 Principe

- La gratuité est-elle la règle lorsque le mandat est assumé par un proche?

# 3. Rémunération

## 3.2 Fixation

- Comment fixer la rémunération?
- Le mandant peut d'abord la fixer: forfait annuel, tarif horaire, pour mille de sa fortune ..., renvoi aux tarifs pratiqués en matière de curatelle (voir art. 404, al. 3 CC).

## 3. Rémunération

### 3.3 Intervention de l'autorité

- Si le mandataire entend refuser le mandat au motif qu'il ne sera pas payé:
- Intervention de l'autorité ?

# 3. Rémunération

## 3.3 Intervention de l'autorité

- Dans le Message (pp 6662s.): pas possible pour l'autorité de monnayer rémunération contre une acceptation.
- Doctrine plus nuancée: une interprétation contraire au texte du mandat pour le sauver pourrait être possible.
- Idem si la rémunération prévue est trop basse.

# 3. Rémunération

## 3.3 Intervention de l'autorité

- Rémunération trop haute?
- Intervention de l'autorité (art. 368 CC).

# 3. Rémunération

## 3.3 Intervention de l'autorité

- Silence du mandat
- Art. 366 CC:
- ... l'autorité de protection de l'adulte fixe une indemnisation appropriée si cela apparaît justifié au regard de l'ampleur des tâches à accomplir ou si les prestations du mandataire font habituellement l'objet d'une rémunération.
- La rémunération et le remboursement des frais justifiés sont à la charge du mandant.

## 3. Rémunération

### 3.3 Intervention de l'autorité

- Silence du mandat
- ≠ art. 364 CC. L'autorité ne complète pas le mandat en recherchant la volonté du mandant mais applique des critères propres pour fixer la rémunération.

# 3. Rémunération

## 3.3 Intervention de l'autorité

- Indigence du mandant:
- La rémunération est à la charge de la collectivité qui n'a pas eu à assumer les frais d'une curatelle.

# 3. Rémunération

## 3.4 Frais

- Renvoi à l'article 402, al. 1 CO.
- Coûts assumés par le mandataire et liés à l'accomplissement du mandat (déplacement, frais de correspondance, ...).
- Droit au remboursement des frais même si le mandat ne prévoit pas de rémunération.

# 3. Rémunération

## 3.5 Prescription

- Prescription
- Règles ordinaires des art. 127 et 128 CO.
- Attention à l'article 128, ch. 3 CO (notamment pour les avocats et notaires).