

61. Jahrgang

Nr. 5 / Oktober 2006

Zeitschrift für

Vormundchaftswesen

Recht und Praxis
im Kindes- und Erwachsenenschutz

Revue du

droit de tutelle

Pratique et droit
de la protection des mineurs et des adultes

Rivista di

diritto tutelare

Prassi e diritto
della protezione di minori e adulti

Redaktion – Rédaction – Redazione

Kurt Affolter

Fürsprecher und Notar, Institut für angewandtes Sozialrecht, Schernelz/Ligerz

Audrey Leuba

Dr en droit, Professeure suppléante à la Faculté de droit de l'Université de Genève, Genève

Schulthess §

L'expiration des fonctions tutélaires lorsque le contrat d'engagement de droit public ou de droit privé du mandataire professionnel prend fin

Recommandations du Groupe de travail du droit de tutelle de la Conférence des autorités cantonales de tutelle (GT CAT) d'août 2006

1. Exposé de la situation et de la problématique

Le CC règle l'expiration des fonctions tutélaires aux art. 441–450 CC et les effets de la fin de la tutelle aux art. 451–455 CC. Ces dispositions datent de 1907 (en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1912) et ne tiennent pas compte de la gestion professionnelle de mandats dans le cadre de contrats d'engagement. Cette lacune au niveau de la politique législative¹ génère des problèmes pratiques concernant la transmission des mandats et des conflits entre les dispositions relatives à la fin des fonctions et celles du contrat de travail, notamment lorsque des mandataires professionnels partent à la retraite ou changent d'emploi. La pratique des autorités tutélaires par rapport à ce problème n'est pas uniforme; elle est également empreinte d'insécurité. Partant de cette situation et jusqu'à ce que ces questions soient réglées dans le droit de la protection de l'adulte révisé², la CAT veut, par les présentes recommandations, esquisser des solutions pratiques qui

- tiennent compte des dispositions du droit de la tutelle et du contrat de travail,
- prennent en compte la diversité des situations rencontrées dans la pratique, et
- respectent les droits ancrés légalement et les intérêts des personnes prises en charge.

Les thèmes suivants doivent notamment être traités:

- changement de mandataire
- remise du rapport et des comptes
- obligation de continuer de gérer.

2. Les dispositions du droit de la tutelle sur la fin des fonctions du tuteur, resp. de la tutrice et les problèmes pratiques de mise en œuvre lorsque le contrat d'engagement prend fin

Comme motifs d'expiration, le CC ne mentionne que la perte de l'exercice des droits civils et le décès du tuteur/de la tutrice (art. 441), la non-réélection et le congédiement pour cause d'incapacité ou de dispense (art. 442, 443) et la desti-

¹ Commentaire bâlois-*Affolter* CC 451–453 N 22.

² L'avant-projet 2003 n'apporte pas de réponse à ces questions; le projet, transmis aux Chambres fédérales le 28 juin 2006 par le Conseil fédéral et publié le 12 septembre dans la Feuille Fédérale (FF 2006 p. 6635 [message] et p. 6767 [projet de loi]), règle les questions ouvertes dans les articles 421 ch. 3, 424 et 425 al. 1.

tution (art. 445). La loi ne s'exprime toutefois pas sur ce qui doit se passer en cas de transfert du mandat, lorsque le contrat d'engagement du mandataire professionnel prend fin.

Good est d'avis que fondamentalement les règles du CC relatives à l'expiration des fonctions s'appliquent au tuteur et à la tutrice professionnels également³. Le CC ne règle pas la fin du mandat par démission consensuelle. La doctrine unanime est néanmoins d'avis qu'un changement de mandataire est également possible pour d'autres raisons que celles prévues dans la loi⁴. Geiser estime que l'art. 443 CC s'applique par analogie à ces cas et propose de mettre fin aux fonctions tutélaires de cette manière, lorsqu'un mandataire professionnel quitte son emploi⁵.

Si un motif permettant de mettre fin aux fonctions survient, le droit en vigueur oblige le tuteur ou la tutrice⁶ à continuer de procéder aux actes de gestion indispensables jusqu'à ce que son successeur soit nommé (art. 444 CC). Aux termes de l'art. 451 CC, le tuteur ou la tutrice doit établir un rapport final et remettre un compte final lorsque ses fonctions tutélaires ont cessé. L'autorité tutélaire ne donne décharge au tuteur ou à la tutrice qu'après que le rapport et les comptes finals ont été approuvés et que les biens administrés ont été remis au successeur. Si, de manière conséquente, l'on s'en tient à cette disposition, le mandataire doit accomplir un travail démesuré, s'il veut remettre tous ses mandats à temps. La remise de tous les rapports finals à la date à laquelle prend fin le contrat de travail a en outre comme conséquence que pour tous les mandats qui se poursuivent les rapports et comptes périodiques seront échus à la même date, ce qui peut entraîner une surcharge de travail pour les mandataires et pour l'autorité tutélaire. Si la succession ne peut être assurée sans période de vacance, soit les mandats doivent être répartis entre d'autres personnes du service, soit la personne qui quitte son emploi doit continuer à les administrer.

Good est d'avis que l'autorité tutélaire, indépendamment de la période de rapport, doit prononcer la décharge du tuteur ou de la tutrice pour chaque mandat pris individuellement et que seule cette décision met fin aux fonctions; jusque là, le mandataire qui quitte doit continuer de gérer conformément à l'art. 444 CC⁷.

Le Commentaire bâlois confirme cette interprétation, mais exclut l'obligation de continuer de gérer selon l'art. 444 CC pour des raisons pratiques, car après la cessation du contrat de travail il n'est plus réellement possible d'avoir accès aux dossiers en question, aux données ainsi qu'aux services qui apportent un soutien. C'est pourquoi, l'obligation de continuer à administrer selon l'art. 444 CC incombe à l'organisation responsable du service concerné⁸.

³ *Martin Good*, Das Ende des Amtes des Vormunds, Diss. Fribourg 1992, p. 137.

⁴ *Martin Good* loc. cit., S. 139 ff.

⁵ Commentaire bâlois-Geiser, CC 441-444, N 21.

⁶ et sur la base de l'art. 367 al. 3 CC également le curateur, la curatrice et le conseil légal.

⁷ *Martin Good*, loc. cit. p. 138.

⁸ Commentaire bâlois-Affolter, a.a.O, N 20-23.

Par ailleurs, il est irréaliste d'admettre qu'un mandataire, après avoir commencé un nouveau travail, puisse pour ainsi dire en tant que personne privée continuer de gérer un nombre important de mandats pour l'autorité tutélaire qui l'avait nommé. Une obligation étendue de continuer de gérer au sens de l'art. 444 CC n'est pas seulement en contradiction avec l'obligation de restitution de l'art. 339a CO, mais également avec les obligations envers le nouvel employeur et découlant du contrat de travail.

3. Manière concrète de mettre fin au mandat lorsque l'engagement se termine et de régler la succession dans les délais

En tenant compte de la doctrine et de la jurisprudence ainsi qu'en s'inspirant de la pratique des autorités tutélaires de quelques villes, la CAT recommande de procéder de la manière suivante:

- Le mandataire informe l'autorité hiérarchique, ainsi que l'autorité tutélaire compétente pour le mandat en question du terme de la résiliation, resp. de sa date de départ à la retraite.
- Le mandataire saisit l'occasion de la fin de son engagement pour examiner quelles mesures doivent être levées, resp. remplacées par une autre mesure. En pareils cas, rapports et propositions correspondantes doivent être rédigés.
- Les personnes concernées sont informées dès que possible, mais au plus tard un mois avant la fin du contrat de travail du mandataire, de son prochain départ par suite de résiliation ou de mise à la retraite. La ou le titulaire du mandat leur communique le nom de la personne qui va lui succéder, lorsque la désignation n'a donné lieu à aucune objection. (accorder, si besoin, le droit de proposer une autre personne). A cet égard, il est possible d'utiliser une formulation négative: sans avis contraire de sa part, on admettra que la personne concernée est d'accord avec la nomination du successeur comme nouveau mandataire.
- Si la personne concernée n'est pas d'accord avec le changement de mandataire prévu ou qu'elle fait une autre proposition, elle est entendue par l'autorité tutélaire.
- Le changement de mandataire fait dans tous les cas l'objet d'une décision individuelle. Dans les cas où un rapport final est remis, la décision intervient en même temps que l'approbation du rapport.
- Lorsque le successeur n'est pas connu, on communiquera le nom de la personne chargée du remplacement pendant l'intérim.
- Si le prochain rapport ordinaire arrive à échéance au plus tard dans les 3 mois qui suivent le changement de mandataire, un rapport ainsi que des comptes finals doivent en règle générale être remis.
- Dans les autres cas, un rapport final ne doit être remis que dans les situations particulières où cela semble indiqué et utile.
- Dans les cas où il n'y a pas remise de rapport final, un rapport intermédiaire doit être établi qui contiendra les informations nécessaires au nouveau mandataire pour reprendre la gestion du mandat (notamment le but de la mesure, ce

qui doit être fait jusqu'à l'échéance du prochain rapport ordinaire, les décisions à prendre, les requêtes pendantes).

- Dans les cas où il n'y a pas remise de rapport final, la responsabilité du mandataire sortant dure jusqu'au dernier jour de l'exercice de son activité. Cela doit être mentionné dans la décision concernant le changement de mandataire.