

Le contrat d'assistance en EMS

par

Christoph Müller

Professeur à l'Université de Neuchâtel¹

I. Introduction	251
II. Genèse de l'article 382 nCC	253
III. Le siège de la réglementation	255
IV. Conditions d'application	258
A. L'incapacité de discernement	258
B. Etablissement médico-social ou home.....	261
C. Durée prolongée.....	263
V. La qualification juridique du contrat d'assistance	263
VI. La conclusion du contrat d'assistance	268
A. La représentation	268
B. La forme	272
VII. Le contenu du contrat d'assistance	273
A. En général	273
B. Les prestations de l'institution.....	274

¹ Je tiens à remercier Madame Leïla Saïd, assistante-étudiante (BLaw) à l'Université de Neuchâtel, pour sa précieuse aide dans la rédaction de cette contribution. Je remercie également le Professeur Olivier Guillod de l'Université de Neuchâtel, ainsi que mon beau-père Jacques Riat, ancien chef du service des tutelles et curatelles et tuteur officiel de la ville de Delémont, pour leurs relectures critiques et leurs précieux conseils.

C. Les prestations médicales.....	275
D. Les souhaits de la personne incapable de discernement.....	276
E. Le coût des prestations fournies par l'institution	278
VIII. La fin du contrat.....	279
IX. Conclusions.....	280

I. Introduction

1. Un des buts du nouveau droit de la protection de l'adulte réside dans l'amélioration de la protection des personnes incapables de discernement, notamment celles qui résident dans un home ou dans un établissement médico-social (ci-après : « EMS »)². De telles personnes ne bénéficient pas toujours de l'encadrement nécessaire aux plans juridique et psycho-social. Ces carences alimentent périodiquement la chronique, comme en témoigne un cas récent de maltraitance de personnes âgées souffrant de démence dans un home zurichois. Dans cette affaire, trois personnes faisant partie du personnel soignant avaient profité de l'incapacité à se défendre de certains résidents pour les filmer dans leur intimité³. Ce sont en effet rarement des privations de liberté illicites qui font la une des journaux, mais bien plutôt la qualité des prestations, les insuffisances au niveau de l'encadrement et notamment aussi le manque de transparence des rapports contractuels passés entre les résidents et l'institution⁴. La mesure la plus importante dans l'amélioration de la protection des personnes incapables de discernement réside dans l'introduction à l'article 382 nCC du contrat d'assistance (« *Betreuungsvertrag* », « *contratto d'assistenza* »). Il s'agit d'un contrat passé entre le représentant de la personne incapable de discernement et l'institution qui fixe les prestations à fournir par l'institution et leur coût (art. 382 al. 1^{er} nCC).
2. Le futur art. 382 CC aura la teneur suivante :
3. « ¹ *L'assistance apportée à une personne incapable de discernement résidant pendant une période prolongée dans un établissement médicosocial ou dans un home (institutions) doit faire l'objet d'un contrat écrit qui établit les prestations à fournir par l'institution et leur coût.*

² Message du Conseil fédéral, FF 2006, p. 6635 ss, p. 6649 ss.

³ <http://www.rts.ch/info/suisse/1030057-scandale-dans-un-ems-de-zurich-retraites-maltraites.html> (10.08.12).

⁴ Message, p. 6635 ss, p. 6649 ss.

4. ² *Les souhaits de la personne concernée doivent, dans la mesure du possible, être pris en considération lors de la détermination des prestations à fournir par l'institution.*
5. ³ *Les dispositions sur la représentation dans le domaine médical s'appliquent par analogie à la représentation de la personne incapable de discernement lors de la conclusion, de la modification ou de la résiliation du contrat d'assistance ».*
6. Cette disposition représente une première au niveau du droit fédéral, seules certaines législations cantonales connaissant actuellement des dispositions analogues⁵. En pratique, la grande majorité des établissements médico-sociaux suisses font signer à leurs pensionnaires un contrat⁶. Certains cantons comme Vaud⁷ ou Genève⁸ ont même élaboré des contrats-type. Le contrat-type vaudois, intitulé « contrat d'hébergement en long séjour », par exemple contient des dispositions sur le but et l'objet, les relations et devoirs des parties, les prestations de l'établissement, les prestations médicales et de soins, les conditions financières, l'allocation pour impotence, les absences du résident, la chambre, l'assurance responsabilité civile du résident, l'assurance des effets personnels et biens de valeur, la durée du contrat et sa résiliation ainsi que les plaintes⁹. Dans le canton de Vaud, les EMS reconnus d'intérêt public ont l'obligation d'établir un tel contrat¹⁰. Dans le canton de Neuchâtel, l'article 24 de la loi de santé du 6 février 1995, consacré au droit d'être informé en institution, donne le droit à chaque résident de « recevoir, lors de son entrée dans une institution, une information écrite, aisément lisible, sur ses droits et ses devoirs, ainsi que sur les conditions de

⁵ P.ex. § 7 PatientenG ZH, art. 21 LSP VD, art. 8 lit. c LGPEA GE, art. 47 al. 2 LSant FR, art. 24 LS NE, art. 39-40b LSP BE, § 30-31 GesundheitsG SO, art. 23 LSant VS, § 28 GesG AG.

⁶ P.ex. http://www.hopital-broye.ch/contrat_d_hebergement_les_mouettes_2011-2.pdf, <http://www.homedugibloux.ch/upload/document/navigation/62/de/Contrathebergement.pdf> (10.08.2012).

⁷ <http://www.vd.ch/themes/sante-social/ems/contrat-dhebergement> (10.08.2012).

⁸ <http://www.ge.ch/ems/> (10.08.2012).

⁹ <http://www.vd.ch/themes/sante-social/ems/contrat-dhebergement> (10.08.2012).

¹⁰ <http://www.vd.ch/themes/sante-social/ems/contrat-dhebergement>, p. 1 (10.08.2012).

son séjour»¹¹. Cette disposition instaure donc un standard minimal d'information à respecter, qui se traduira souvent en pratique également par la signature d'un contrat d'hébergement.

7. La présente contribution propose une analyse du nouveau contrat d'assistance sous l'angle du droit des contrats. Il s'agit donc d'examiner comment ce nouvel outil contractuel doit être appréhendé du point de vue de la théorie et de la pratique contractuelles.

II. Genèse de l'article 382 nCC

8. Le premier avant-projet de modification du Code civil de 1998 ne contenait pas de disposition consacrée au contrat d'assistance. On y trouvait uniquement des dispositions sur la protection des personnes incapables de discernement vivant en institution, dispositions rassemblées sous un chapitre intitulé « de l'assistance thérapeutique », regroupant l'assistance *stricto sensu* ainsi que le traitement médical¹². Il faudra attendre le nouvel avant-projet établi en juin 2003 par une nouvelle commission d'experts nommée en 1999 (ci-après : « AP 2003 »)¹³ pour voir apparaître une disposition consacrée au contrat d'assistance (art. 437 AP 2003) dans les termes suivants :
9. « ¹ L'assistance apportée à une personne incapable de discernement résidant pour une durée prolongée dans un home ou dans un établissement médico-social (institution) doit faire l'objet d'un contrat écrit qui établit les prestations à fournir par l'institution et leur coût.
10. ² Les vœux de la personne concernée sont pris en considération lors de la détermination des prestations à fournir par l'institution.
11. ³ Les dispositions sur la représentation dans le domaine médical s'appliquent par analogie à la représentation de la personne incapable de discernement pour la conclusion du contrat d'assistance ».

¹¹ RSN 800.1.

¹² Avant-projet 1998, p. 44.

¹³ Message, p. 6635 ss, p. 6643.

12. On remarque d'emblée que mis à part quelques changements de pure forme, la proposition de juin 2003 correspondait déjà largement à la teneur finalement adoptée.
13. La procédure de consultation a révélé une attitude généralement favorable à l'article 437 AP 2003¹⁴. Plusieurs voix déploraient cependant le fait que les articles 437 ss AP 2003 aient été restreints aux personnes incapables de discernement¹⁵. L'Université de Neuchâtel aurait également souhaité une réglementation plus large de la prise en charge de la personne en home ou en EMS. Elle admet certes que le Code civil n'est pas la place naturelle pour la réglementation d'un contrat, mais elle estime que de nombreux points, qui peuvent conduire à de dramatiques situations d'abus, mériteraient une clarification dans la loi. L'Université de Neuchâtel songe aux délais pour résilier le contrat, à la question de savoir si l'administration des revenus et de la fortune du résident peut être confiée à l'institution, à celle de savoir si l'institution et le personnel de celle-ci peuvent recevoir des libéralités du résident, aux conditions d'un changement de chambre, etc.¹⁶. Le canton de Lucerne et le Tessin déplorent également que l'alinéa 3 de l'article 437 AP 2003 se limite à la conclusion du contrat et n'inclue pas aussi l'exécution et la fin du contrat¹⁷.
14. Mises à part quelques adaptations purement formelles, l'article 382 du projet faisant partie du Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006¹⁸ correspond à l'article 437 AP 2003. Lors des débats parlementaires, l'article 382 du projet du Conseil fédéral n'a fait l'objet que d'une seule intervention substantielle, celle du Conseiller

¹⁴ Classement des réponses à la procédure de consultation, p. 348-357.

¹⁵ Classement des réponses à la procédure de consultation, p. 354. Le même souci a été exprimé par l'Académie suisse des sciences médicales (cf. classement des réponses à la procédure de consultation, p. 353) et par *Pro Senectute* (cf. classement des réponses à la procédure de consultation, p. 356).

¹⁶ Classement des réponses à la procédure de consultation, p. 354. Le même regret a été exprimé par les Juristes démocrates de Suisse (cf. classement des réponses à la procédure de consultation, p. 349).

¹⁷ Classement des réponses à la procédure de consultation, p. 355.

¹⁸ Message, p. 6635 ss, p. 6774.

aux Etats Frank Wicki¹⁹. L'article 382 du projet a donc été adopté, avec quelques modifications formelles, par les deux Chambres en date du 19 décembre 2008²⁰. Le texte suivant entrera en vigueur, avec le reste de la loi, au 1^{er} janvier 2013²¹ :

15. *«¹ L'assistance apportée à une personne incapable de discernement résidant pour une durée prolongée dans un établissement médico-social ou dans un home (institutions) doit faire l'objet d'un contrat écrit qui établit les prestations à fournir par l'institution et leur coût.*
16. *² Les souhaits de la personne concernée doivent, dans la mesure du possible, être pris en considération lors de la détermination des prestations à fournir par l'institution.*
17. *³ Les dispositions sur la représentation dans le domaine médical s'appliquent par analogie à la représentation de la personne incapable de discernement lors de la conclusion, de la modification ou de la résiliation du contrat d'assistance ».*

III. Le siège de la réglementation

18. Est-il opportun de régler le contrat d'assistance dans le Code civil ? Comme l'a relevé l'Université de Neuchâtel dans sa prise de position dans le cadre de la procédure de consultation, le Code civil n'est pas la place naturelle pour la réglementation d'un contrat²². Certes, le Code civil contient d'autres dispositions applicables à certains contrats du droit de la famille (p. ex. art. 182 ss CC sur le contrat de mariage), du droit des successions (p. ex. art. 494 ss CC sur le pacte successoral) ou des droits réels (p. ex. art. 634 ss CC sur le contrat de partage, art. 657 CC sur le contrat de vente immobilière, art. 732 CC sur le contrat constitutif de servitude et art. 799 CC sur le contrat constitutif de gage)²³. Mais le siège naturel du droit des contrats se trouve dans la Partie spéciale du Code des obligations.

¹⁹ BO 2007 E 833.

²⁰ Pour le Conseil national, voir BO 2008 N 1198 ; pour le Conseil des Etats, voir BO 2008 E 884.

²¹ RO 2011 765.

²² Classement des réponses à la procédure de consultation, p. 354.

²³ MÜLLER CHRISTOPH, Contrats de droit suisse, Berne 2012, N 38.

Le choix du législateur est toutefois compréhensible, étant donné la connexité entre le contrat d'assistance et les autres questions régies par le sous-chapitre III du futur Code civil (De la personne résidant dans une institution médico-sociale ou dans un home, art. 382 à 387 nCC), à savoir les mesures limitant la liberté de mouvement (art. 383 et 384 nCC) et l'intervention de l'autorité de protection de l'adulte (art. 385 et 386 nCC).

19. Il se pose ensuite la question de savoir si le législateur fédéral n'aurait pas dû se montrer plus ambitieux et proposer une réglementation exhaustive du contrat d'assistance, à l'image du *Heimgesetz* allemand²⁴. Une interpellation déposée par Felix Gutzwiller au Conseil national demandait au Conseil fédéral l'établissement d'une loi-cadre fixant les « conditions « organisationnelles » minimales ainsi que les droits et les obligations des personnes prises en charge » dans des institutions²⁵. Le Conseil fédéral a répondu que les dispositions de l'avant-projet de 2003 concernant le séjour en EMS, à savoir les art. 437 ss, devaient être considérées comme formant une loi-cadre fédérale²⁶. S'y ajoute que la Confédération n'a de compétences législatives que dans les matières expressément réservées dans la Constitution fédérale. Or, la Constitution fédérale attribue à la Confédération une compétence exclusive en matière civile (art. 122 Cst. féd.). En matière de santé par contre, la compétence législative reste dans une très large mesure auprès des cantons (art. 118-120 Cst. féd.)²⁷. Il n'existe en effet aucune disposition constitutionnelle au niveau fédéral qui permettrait à la Confédération de légiférer en matière de soins médicaux ou d'EMS. Le législateur fédéral a donc dû ménager la chèvre et le chou pour à la fois offrir davantage de protection aux

²⁴ http://www.jusline.de/index.php?cpid=f04b15af72dbf3fdc0772f869d4877ea&law_id=249 (10.08.12). Voir, dans ce sens, le Conseiller aux Etats Franz Wicki (BO 2007 E 833).

²⁵ Interpellation 03.3549.

²⁶ Interpellation 03.3549.

²⁷ Voir MURER ERWIN, § 62 Wohnen, Arbeit, Soziale Sicherheit und Gesundheit, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (édit.), Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001, § 69 N 21.

résidents dans leurs rapports juridiques avec les institutions tout en respectant les limites du partage des compétences entre Confédération et cantons. C'est cet équilibre qui a probablement conduit aux choix de régir le contrat dans le Code civil tout en excluant de son champ d'application les prestations médicales²⁸ (cf. VII.C).

20. Quels seront alors les pouvoirs législatifs des cantons en matière de contrat d'assistance après l'entrée en vigueur des dispositions fédérales au 1^{er} janvier 2013 ? Est-ce que l'article 382 nCC ne fait que poser des exigences minimales au niveau de la protection des résidents, ce qui laisserait aux cantons la possibilité de les protéger davantage par des normes cantonales ? Etant donné que la Confédération n'a pas la compétence de légiférer de manière exhaustive le droit des soins dans la protection de l'adulte²⁹, les cantons garderont la possibilité de régir d'autres aspects du contrat d'assistance que ceux couverts par le droit fédéral. Les cantons conserveront ainsi notamment la compétence de légiférer sur les aspects médicaux du contrat d'assistance (cf. VII.C). Les cantons pourront insérer une telle réglementation dans leurs lois d'application du droit fédéral de la protection de l'adulte et de l'enfant³⁰.

²⁸ Message, p. 6635 ss, p. 6672.

²⁹ SCHMID HERMANN, *Erwachsenenschutz Kommentar zu Art. 360-456 ZGB*, Zurich/Saint-Gall 2010, Art. 382 ZGB N 1.

³⁰ Dans le canton de Vaud, par exemple, le projet de loi vaudoise d'application du droit fédéral de la protection de l'adulte et de l'enfant prévoit une modification de la loi du 29 mai 1985 sur la santé publique (RSV 800.01). Il envisage d'ajouter un nouvel alinéa 4 à l'actuel article 21 qui aura la teneur suivante : « L'assistance apportée à une personne incapable résidant dans un établissement médico-social ou une division C d'hôpitaux doit faire l'objet d'un contrat. Si l'EMS ou la division C d'hôpitaux est reconnu d'intérêt public au sens de la loi sur la planification et le financement des établissements d'intérêt public (LPFES), le contrat d'hébergement prévu par cette législation vaut contrat d'assistance ». (http://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/themes/etat_droit/justice/fichiers_pdf/EMPL_PAE_28_juin_2011.pdf, p. 142 (10.08.12)). Dans le canton de Vaud, le contrat-type d'hébergement en long séjour (cf. VII. C.) continuera donc de réunir les aspects visés par l'article 382 nCC et les prestations de nature médicale.

IV. Conditions d'application

21. L'application de l'article 382 nCC est soumise à trois conditions cumulatives : la personne concernée doit être incapable de discernement (A.) ; elle doit se trouver dans une institution au sens du droit fédéral (B.) ; et l'assistance doit lui être apportée pendant une période prolongée (C.).

A. L'incapacité de discernement

22. L'article 16 CC définit le discernement comme « *la faculté d'agir raisonnablement* ». Toute personne disposant de la faculté d'agir raisonnablement possède donc la capacité de discernement (« *Urteilsfähigkeit* »). La personne qui a perdu la faculté d'agir raisonnablement n'est en revanche incapable de discernement que si cette perte est due à l'une des causes énumérées à l'article 16 CC, à savoir le jeune âge, la maladie mentale et la faiblesse d'esprit, l'ivresse ou d'autres causes semblables. Selon la jurisprudence, la faculté d'une personne d'agir raisonnablement se compose de deux aspects, un aspect intellectuel et un aspect caractériel ou volitif. L'aspect intellectuel consiste en la faculté de percevoir et de comprendre une situation déterminée, puis de se forger une opinion et de prendre une décision qui ne soit pas complètement en dehors des valeurs admises par la société. L'aspect caractériel exige que la personne soit apte à agir selon la volonté qu'elle s'est elle-même forgée, sur la base de sa propre appréciation de la situation³¹. L'article 382 nCC s'applique dès lors à tous les adultes incapables de discernement et non pas uniquement aux personnes âgées, comme pourraient laisser penser des notions comme « établissement médico-social » et « home »³². Ainsi, des personnes plus jeunes qui souffrent d'une maladie mentale sont également concernées par

³¹ GUILLOD OLIVIER, *Droit des personnes*, 2^e éd., Neuchâtel 2010, N 99.

³² MEIER PHILIPPE/LUKIC SUZANA, Introduction au nouveau droit de la protection de l'adulte, Genève/Zurich/Bâle 2011, N 343 ; *contra* : STECK DANIEL, in : Geiser Thomas/Reusser Ruth (édit.), *Basler Kommentar, Erwachsenenschutz*, Bâle 2012, art. 382 CC N 5, qui admet en principe aussi une application aux enfants mineurs.

cette disposition. La capacité de discernement est présumée, ce qui signifie que l'incapacité doit être prouvée par celui qui l'allègue. Étant donné le but de protection du contrat d'assistance, les exigences par rapport au degré de preuve ne devraient pas être trop élevées. Le fait de rendre vraisemblable l'incapacité (p. ex. à l'aide d'un certificat médical) devrait suffire³³.

23. L'article 382 nCC vise également l'hypothèse où une personne entre dans une institution de son plein gré, alors qu'elle est capable de discernement mais qu'elle n'a pas les capacités intellectuelles suffisantes pour conclure le contrat d'assistance³⁴. Enfin, il s'applique également à une personne qui vit depuis des années dans une institution et qui devient incapable de discernement avec l'âge³⁵.
24. L'article 382 nCC concerne donc uniquement les personnes *incapables de discernement* mais qui *consentent* à leur placement en EMS. Cependant, une personne incapable de discernement ne peut pas donner un consentement qui ait une valeur juridique. Or, l'article 382 nCC ne trouve pas application lorsqu'il s'agit de placer une personne incapable de discernement *contre son gré* dans une institution. Dans un tel cas, il faut recourir au placement à des fins d'assistance selon les articles 426 ss nCC qui intervient donc par définition sans le consentement de la personne concernée³⁶. Si la personne incapable de discernement a donné son accord avant la survenance de l'incapacité, notamment par la voie de directives anticipées (art. 370 ss nCC), cette difficulté ne se posera pas. Par contre, si la volonté du futur résident ne peut être clairement établie, il s'agira alors de résoudre la contradiction qui existe entre la condition de son incapacité de discernement et l'exigence de son consentement. Il apparaît dès lors que l'on ne saurait exiger un « consentement » au sens juridique du terme de l'incapable à sa prise en charge en EMS. Il faut donc que la personne concernée ne s'oppose pas radicalement à son placement en institution, même si

³³ STECK (n. 32), art. 382 CC N 10.

³⁴ Message, p. 6635 ss, p. 6672.

³⁵ Rapport de la commission d'experts de juin 2003, p. 74.

³⁶ Message, p. 6635 ss, p. 6672.

sa manifestation de volonté n'a pas de portée juridique proprement dite. Une personne incapable de discernement peut dès lors « consentir » à son placement en institution lorsqu'elle accepte de bon gré d'y séjourner, justifiant ainsi l'application de l'article 382 nCC et la conclusion d'un contrat d'assistance par son représentant.

25. Par contre, lorsque le futur résident est capable de discernement et dispose donc de la capacité d'exercer les droits civils, il lui appartient de définir lui-même les éléments essentiels du contrat passé avec l'institution et de signer le contrat d'assistance³⁷, de sorte que l'article 382 nCC ne trouve en principe pas application³⁸. Cette limitation aux seules personnes incapables de discernement a été critiquée à plusieurs reprises lors de la procédure de consultation³⁹, à juste titre. Celle-ci ignore en effet le fait que le futur résident n'est pas en position de négociateur quoi que ce soit lors de l'entrée en institution. Les places libres sont très peu nombreuses, les listes d'attente sont longues et l'entrée en institution intervient généralement en urgence (à la sortie d'un séjour hospitalier par exemple). Le résident ne peut donc que rarement attendre qu'une place se libère dans un home de son choix. De surcroît, les contrats d'assistance proposés se présentent de plus en plus souvent sous forme de conditions générales préimprimées et non négociables (cf. V). C'est pourquoi la liberté contractuelle du résident même capable de discernement est une chimère.
26. Si la personne capable de discernement lors de son entrée en institution perd la capacité de discernement par la suite et n'est plus d'accord avec les termes du contrat, il s'agira d'appliquer par analogie les dispositions sur les mesures appliquées de plein droit

³⁷ Message, p. 6635 ss, p. 6671.

³⁸ L'alinéa 3 de l'article 382 nCC s'applique cependant lorsqu'une personne capable de discernement entre dans une institution médico-sociale ou dans un home de son plein gré, mais n'a pas les capacités intellectuelles suffisantes pour conclure le contrat d'assistance (Message, p. 6672).

³⁹ Classement des réponses à la procédure de consultation, p. 354 (Université de Neuchâtel), p. 353 (Académie suisse des sciences médicales) et p. 356 (*Pro Senectute*).

aux personnes incapables de discernement des articles 374 à 387 nCC et donc également l'article 382 nCC.

B. Etablissement médico-social ou home

27. Le Code civil ne définit pas les notions d'« établissement médico-social » (« *Pflegeeinrichtung* », « *istituto di cura* ») ou de « home » (« *Wohn Einrichtung* », « *istituto di accoglienza* ») ou encore d'« institution » (« *Einrichtung* », « *istituto* ») qui, elle, réunit, selon l'article 382 nCC les deux premières notions⁴⁰. Il faut donc se référer à d'autres lois fédérales. L'article 39 al. 3 LAMal définit ainsi le terme « établissement médico-social » comme des établissements ou des institutions « *qui prodiguent des soins, une assistance médicale et des mesures de réadaptation à des patients pour une longue durée* ». L'article 10 al. 2 lit. a LPC mentionne certes les termes d'« établissement médico-social » et de « home », sans pour autant les définir. Dans les directives concernant les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI (DPC) de l'OFAS⁴¹, le chiffre 5051 définit la notion de home comme étant « [d]es institutions qui, dans le cadre des dispositions cantonales, accueillent [...] les malades, les personnes âgées et les invalides et leur dispensent un encadrement adéquat ». L'article 25a al. 1^{er} OPC, quant à lui, considère que toute institution reconnue comme « home » par un canton ou qui dispose d'une autorisation cantonale d'exploitation doit être qualifiée de « home ». La notion de « home », tout en ressortissant au droit fédéral⁴², dépend donc essentiellement du droit cantonal.
28. Le critère déterminant consiste dans le fait que l'institution offre le gîte et le couvert à la place de l'ancien soutien. Dans le cas du home,

⁴⁰ ATF 122 V 12, consid. 4. *Pro Senectute* a d'ailleurs déploré ce manque de définition lors de la procédure de consultation. Elle a plaidé en faveur d'une compréhension large incluant aussi d'autres « institutions » que les établissements médico-sociaux traditionnels. La disposition devrait aussi s'appliquer au placement dans des groupes de cohabitants (« *Wohngruppen* ») ou chez des personnes privées (cf. classement des réponses à la procédure de consultation, p. 356).

⁴¹ http://www.bsv.admin.ch/%2Fvollzug%2Fstorage%2Fdocuments%2F1638%2F1638_1_fr.pdf&ei=I9cDUMXAIoKk4gTyspiYCA&usq=AFQjCNFDyy2l9uRoGbzyioOYUZjA7YJ40w (10.08.2012).

⁴² ATF 122 V 12, consid. 4.

l'amélioration de l'état de santé du résident par un traitement médical ne peut par définition constituer la prestation principale : ce qui importe, c'est l'aide et le soutien apportés à la personne impotente, notamment lorsque la personne n'est plus capable de faire face par elle-même aux situations du quotidien (p. ex. par rapport à la santé, l'alimentation, l'hygiène, les tâches administratives simples). C'est précisément dans ce qui précède que se trouve la différence essentielle avec un hôpital⁴³. Une institution sera donc qualifiée de « home » si elle accueille les malades, les personnes âgées et les invalides et leur dispense un encadrement adéquat⁴⁴. Il est difficile, voire impossible, de faire une distinction nette entre une institution médico-sociale et un home, ce qui n'a en l'occurrence pas d'importance puisque l'article 382 nCC s'applique indifféremment aux deux notions.

29. Dans le cadre de l'élaboration de sa législation d'application, le canton de Vaud a interpellé l'Office fédéral de la justice (OFJ) pour savoir si les articles 382 ss nCC concernaient également les institutions socio-éducatives et sanitaires. L'OFJ a souligné que la définition de l'institution médico-sociale devait être déduite des autres conditions de la réglementation. Seraient dès lors exclus les hôpitaux où des personnes incapables de discernement sont hospitalisées pour y subir un traitement. L'OFJ a en outre précisé que les cantons disposaient de toute manière d'une grande marge de manœuvre sur la question de savoir quelles institutions doivent être considérées comme « institutions médico-sociales » ou « home » au sens de l'article 382 nCC⁴⁵.
30. Sous l'angle de l'article 382 nCC, le statut juridique privé ou public de l'institution n'a pas d'importance. Il peut s'agir d'une institution de droit public, une institution privée subventionnée par l'Etat

⁴³ BERNHART CHRISTOF, Handbuch der fürsorgerischen Unterbringung: Die fürsorgerische Unterbringung und medizinische Behandlung nach dem neuen Erwachsenenschutzrecht sowie dessen Grundsätze, Bâle 2011, N 646.

⁴⁴ ATF 122 V 12, consid. 4.

⁴⁵ http://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/themes/etat_droit/justice/fichiers_pdf/EMPL_PAE_28_juin_2011.pdf, p. 48 (10.08.2012).

(garantie de subvention pour les frais d'exploitation et/ou une garantie du déficit) ou une institution exclusivement privée⁴⁶.

C. Durée prolongée

31. L'article 382 nCC s'applique uniquement à l'assistance apportée à la personne résidant « pour une durée prolongée » dans l'institution. Cela exclut donc les séjours de courte durée. Sont également exclus des séjours provisoires, par exemple pour la durée d'une convalescence⁴⁷, ou des séjours dans des foyers de jour ou des centres d'occupation. Il faut en d'autres termes que la personne incapable de discernement n'ait que très peu de chances de revenir à un état lui permettant de s'assumer de manière autonome. Cela signifie aussi que le contrat d'assistance en EMS doit en principe être conclu pour une durée indéterminée (cf. V.), c'est-à-dire qu'il ne doit pas prévoir une date précise de sortie pour le résident.

V. La qualification juridique du contrat d'assistance

32. Il se pose tout d'abord la question de savoir si le contrat d'assistance envisagé par l'article 382 nCC est un contrat de droit privé ou de droit public. Le fait que le législateur fédéral a choisi de régler cette nouvelle institution dans le Code civil plaide en faveur de la qualification de contrat de droit privé. Cette qualification ne pose pas de problème pour les institutions de droit privé, car un tel contrat est conclu entre deux sujets de droit privé. En revanche, si l'institution était de droit public, la qualification serait moins aisée.
33. Selon le Tribunal fédéral, la nature privée ou publique d'un contrat se détermine avant tout d'après l'objet des droits et obligations prévus par le contrat : un contrat de droit public (ou de droit administratif) aurait pour contenu direct l'accomplissement d'une tâche publique et concernerait un objet régi par le droit public (p. ex. une expropriation ou une subvention). L'on serait par contre en

⁴⁶ STECK (n. 32), art. 382 CC N 13.

⁴⁷ Message, p. 6635 ss, p. 6671.

présence d'un contrat de droit privé lorsque l'Etat se procure par le biais d'un contrat de vente, d'un contrat d'entreprise ou d'un contrat de mandat uniquement les moyens dont il a besoin pour accomplir sa tâche publique⁴⁸.

34. Etant donné que la mise à disposition de places suffisamment nombreuses dans des EMS représente une tâche publique des cantons et que cette matière est en règle générale régie par le droit *public* cantonal, un tel contrat devrait normalement être qualifié de droit public. L'égalité de traitement des résidents propre au droit public peut alors dans une certaine mesure restreindre l'autonomie privée des parties. L'Etat prélève dans ce cas une taxe dont le résident doit s'acquitter en contrepartie de l'assistance fournie par l'institution publique⁴⁹. On ne saurait exagérer les conséquences de cette distinction, car au niveau du droit matériel, les règles générales du Code des obligations s'appliqueront de toute manière (le cas échéant, à titre supplétif). La distinction pourrait par contre avoir son importance au niveau du droit de procédure : des tribunaux différents pourraient être compétents pour trancher d'éventuels litiges, appliquant des règles de procédure diverses⁵⁰.
35. Par rapport aux relations entre les prestations des parties, le contrat d'assistance doit ensuite être qualifié de bilatéral parfait ou synallagmatique. Dans un tel contrat, les parties se promettent différentes prestations dont deux au moins se trouvent dans un rapport d'échange (le terme grec « *synallagma* » signifiant « conclure simultanément un contrat »). Une prestation est donc la contre-prestation de l'autre (« *do ut des* »)⁵¹. L'institution promet la mise à disposition d'une chambre, voire de mobilier, le service de repas, l'organisation d'animations, etc. (cf. VII.B.), tandis que le résident s'engage à payer le prix de ces prestations.

⁴⁸ ATF 134 II 297, consid. 2.2.

⁴⁹ STECK (n. 32), art. 382 CC N 37.

⁵⁰ Cf. Chapitre IX.

⁵¹ MÜLLER (n. 23), N 72.

36. L'intérêt de cette qualification réside dans le fait que certaines dispositions du Code des obligations ne s'appliquent qu'aux contrats bilatéraux parfaits. Il s'agit notamment de l'article 82 CO sur l'exception d'inexécution, l'article 107 CO sur la demeure qualifiée et l'article 119 al. 2 CO sur l'impossibilité⁵². Il ne s'agit pas d'un contrat multilatéral, car le représentant qui conclut le contrat d'assistance au nom et pour le compte du résident, ne devient pas partie au contrat (cf. VI.A.).
37. Par rapport à la relation au temps, le contrat d'assistance doit être qualifié de contrat de durée au sens strict. Dans un tel contrat, au moins une des parties s'engage à exécuter une prestation de manière continue dans le temps⁵³. En l'occurrence, l'institution cède l'usage d'une chambre ou d'un appartement de manière continue et pendant une durée en principe indéterminée au résident. Cela ressort aussi du texte même de l'article 382 al. 1^{er} nCC qui précise que l'assistance doit être apportée à une personne incapable de discernement « pendant une période prolongée » (cf. IV.C.). La qualification de contrat de durée a son importance au niveau de la fin du contrat (cf. infra VIII.).
38. Du point de vue de la prestation caractéristique, le contrat d'assistance se trouve à cheval entre les contrats d'usage et les contrats de services. La cession de l'usage d'une chambre ou d'un appartement pendant une durée indéterminée par l'institution relève du contrat d'usage⁵⁴, tandis que les soins apportés au résident rattachent le contrat d'assistance aux contrats de services⁵⁵. A l'intérieur des contrats de services, le contrat d'assistance doit être rangé dans les contrats de moyens, car l'institution promet uniquement de prendre soin du résident de manière diligente sans pour autant promettre un résultat spécifique⁵⁶.

⁵² MÜLLER (n. 23), N 75.

⁵³ MÜLLER (n. 23), N 82.

⁵⁴ MÜLLER (n. 23), N 53.

⁵⁵ MÜLLER (n. 23), N 55.

⁵⁶ MÜLLER (n. 23), N 57.

39. Par rapport à l'existence d'une réglementation légale spécifique, il se pose la question de savoir si le contrat d'assistance doit être rangé parmi les contrats nommés ou innommés. Les contrats nommés sont ceux qui font l'objet d'une réglementation spécifique de la loi. Le terme « loi » doit être compris au sens large, à savoir que la réglementation peut se trouver non seulement dans la Partie spéciale du Code des obligations, mais aussi dans une autre loi fédérale comme le Code civil ou aussi une Convention internationale⁵⁷. La réglementation doit en outre être spécifique dans le sens qu'elle doit atteindre un certain degré de détails. Certains contrats sont réglementés de manière très détaillée par la loi (p. ex. le contrat de bail aux art. 253 à 273c CO), tandis que d'autres le sont de manière beaucoup plus sommaire (p. ex. le mandat proprement dit aux art. 394 à 406 CO), voire uniquement par allusion (p. ex. le portefort à l'art. 111 CO). La limite par rapport aux contrats innommés devient alors floue⁵⁸.
40. Les contrats innommés sont ceux qui ne font l'objet d'aucune réglementation spécifique de la loi⁵⁹. L'article 382 nCC règle le contrat d'assistance certes de manière très succincte, mais les éléments objectivement essentiels, à savoir « les prestations à fournir par l'institution » et « leur coût » s'y trouvent. Les éléments objectivement essentiels sont ceux sur lesquels les parties doivent nécessairement tomber d'accord pour que le contrat représente un ensemble cohérent⁶⁰. Il s'agit donc exclusivement des éléments du contrat qui nécessitent une réglementation par les parties elles-mêmes, étant donné qu'en l'absence de telles règles conventionnelles, il existerait une lacune dans le pseudo-contrat qui ne pourrait pas être comblée par la loi, le droit coutumier ou le tribunal⁶¹. Font en tous les cas partie de ce noyau indispensable : (i)

⁵⁷ MÜLLER (n. 23), N 65.

⁵⁸ MÜLLER (n. 23), N 66.

⁵⁹ MÜLLER (n. 23), N 67.

⁶⁰ GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band I, 9^e éd., Zurich/Genève/Bâle 2008, N 332.

⁶¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (n. 60), N 335.

la désignation des parties liées par le contrat (en l'occurrence le résident et son représentant, d'une part, et l'institution, d'autre part) et (ii) la détermination des prestations à effectuer par chaque partie (en l'occurrence les prestations à fournir par l'institution et le prix à payer par le résident). De manière générale, la contre-prestation en espèce (p. ex. le prix dans un contrat de vente) n'a pas besoin d'être déterminée, il suffit qu'elle soit déterminable (p. ex. à l'aide d'un tarif)⁶². Les buts législatifs d'une meilleure protection de la personne incapable de discernement et d'une plus grande transparence dans les rapports juridiques exigent cependant en l'occurrence que le coût des prestations fournies par l'institution soit indiqué de manière précise et détaillée dans le contrat d'assistance (cf. VII.E). Il va de soi que les institutions prévoient régulièrement des clauses contractuelles qui vont bien au-delà des éléments objectivement essentiels. La réglementation de l'article 382 nCC, bien que sommaire, peut encore être qualifiée de spécifique, ce qui a comme conséquence que le contrat d'assistance devient un contrat nommé par l'entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2013 de l'article 382 nCC.

41. Etant donné que le résident s'engage régulièrement à payer pour l'assistance reçue, il s'agit finalement d'un contrat à titre onéreux⁶³. Il s'agit également d'un contrat générateur d'obligations, vu que la vie du contrat d'assistance se décline en deux phases, la conclusion du contrat (qui crée l'obligation pour l'institution de céder l'usage du gîte et de prodiguer les soins et celle du résident de payer), et ensuite l'exécution (à savoir la cession de l'usage de l'habitation et les soins pour l'institution et le paiement du prix pour le résident)⁶⁴.
42. Les contrats d'assistance proposés se présentent de plus en plus souvent sous forme de conditions générales préimprimées et non négociables (cf. IV.A). Pour les parties du contrat d'assistance qui ne sont pas négociables du point de vue de l'institution, le contrat d'assistance doit être qualifié de contrat d'adhésion. Cela signifie qu'en cas d'ambiguïtés, les dispositions concernées devront être

⁶² MÜLLER (n. 23), N 12.

⁶³ MÜLLER (n. 23), N 94.

⁶⁴ MÜLLER (n. 23), N 87 ss.

interprétées en défaveur de l'institution (*contra stipulatorem*). Les valeurs exprimées dans une charte éthique comme par exemple celle de l'Association Jurassienne des Institutions pour Personnes Agées (AJIPA)⁶⁵ pourraient alors servir de guide.

VI. La conclusion du contrat d'assistance

A. La représentation

43. L'alinéa 3 de l'article 382 nCC prévoit que « [l]es dispositions sur la représentation dans le domaine médical s'appliquent par analogie à la représentation de la personne incapable de discernement lors de la conclusion, de la modification ou de la résiliation du contrat d'assistance ». En effet, la personne incapable de discernement ne peut pas valablement conclure de contrat d'assistance (cf. IV.A). C'est pourquoi elle doit être représentée par une personne capable de discernement.
44. L'article 382 al. 3 nCC renvoie aux articles 377 à 381 nCC, à savoir au sous-chapitre II intitulé « De la représentation dans le domaine médical »⁶⁶. L'article 378 nCC (titre marginal : « Représentants ») contient une liste hiérarchisée de personnes habilitées à représenter la personne incapable de discernement et à consentir ou non aux soins médicaux que le médecin envisage de lui administrer. Il s'agit, dans l'ordre, de « 1. la personne désignée dans les directives anticipées ou dans un mandat pour cause d'inaptitude ; 2. le curateur qui a pour tâche de la représenter dans le domaine médical ; 3. son conjoint ou son partenaire enregistré, s'il fait ménage commun avec elle ou s'il lui fournit une assistance personnelle régulière ; 4. la personne qui fait ménage commun avec elle et qui lui fournit une assistance personnelle régulière ; 5. ses descendants, s'ils lui fournissent une assistance personnelle régulière ; 6. ses père et mère, s'ils lui fournissent une assistance personnelle régulière ; et 7. ses frères et sœurs, s'ils lui fournissent une assistance personnelle régulière » (art. 378 al. 1^{er} nCC). « En cas de pluralité des représentants, le médecin peut, de bonne foi, présumer que chacun d'eux agit

⁶⁵ http://www.ajipa.ch/index.php?page=charte_ethique (24.08.2012).

⁶⁶ Voir déjà l'article 437 al. 3 AP 2003 : <http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/gesellschaft/gesetzgebung/vormundschaft/entw-zgb-f.pdf> (10.08.2012).

avec le consentement des autres » (art. 378 al. 2 nCC). « *En l'absence de directives anticipées donnant des instructions, le représentant décide conformément à la volonté présumée et aux intérêts de la personne incapable de discernement* » (art. 378 al. 3 nCC). Lorsqu'il n'y a pas de personne habilitée à représenter la personne incapable de discernement ou qu'aucune personne habilitée à le faire n'accepte de la représenter, l'autorité de protection de l'adulte institue une curatelle de représentation (art. 381 al. 1 nCC). Elle désigne le représentant ou institue une curatelle de représentation (i) si le représentant ne peut être déterminé clairement ; (ii) si plusieurs représentants sont d'un avis différent ; ou (iii) si les intérêts de la personne incapable de discernement sont compromis ou risquent de l'être (art. 381 al. 2 nCC). L'autorité de protection de l'adulte agit d'office ou à la demande du médecin ou d'une personne proche de la personne incapable de discernement (art. 381 al. 3 nCC).

45. La question de la représentation est délicate si l'on veut éviter l'institution systématique d'une curatelle⁶⁷. C'est pourquoi le législateur a choisi de soumettre la représentation de la personne incapable de discernement lors de la conclusion, de la modification ou de la résiliation du contrat d'assistance au régime de la représentation dans le domaine médical (art. 377 à 381 nCC) et non pas au régime général de la représentation par le conjoint ou le partenaire enregistré (art. 374 à 376 nCC). Cette solution se justifie pleinement, car la population résidente des institutions est composée d'un grand nombre de personnes veuves ou célibataires⁶⁸. La solution retenue a également l'avantage d'instaurer une réglementation uniforme quant à la représentation dans les deux domaines, à savoir le contrat d'assistance et le domaine médical⁶⁹. Ceci est d'autant plus justifié que la charge de représenter une personne dans la conclusion d'un contrat d'assistance en vue d'un

⁶⁷ Rapport de la commission d'experts de juin 2003, p. 74.

⁶⁸ Rapport de la commission d'experts de juin 2003, p. 74.

⁶⁹ Message, p. 6635 ss, p. 6672.

placement institutionnel ne devrait pas être beaucoup plus lourde que celle de consentir ou de s'opposer à un acte médical déterminé⁷⁰.

46. Selon les règles générales sur la représentation des articles 32 ss CO, le contrat d'assistance lie l'institution (le tiers) et la personne incapable de discernement (le représenté), et non le représentant de cette dernière. Il s'agit donc d'une représentation directe dans laquelle le représentant agit au nom et pour le compte du représenté. Le représentant n'est dès lors pas partie au contrat et son patrimoine n'est pas touché par les engagements pris dans le contrat d'assistance (cf. VII.E)⁷¹.
47. L'alinéa 3 de l'article 382 nCC accorde au représentant des pouvoirs de représentation par rapport à la conclusion, la modification et la résiliation du contrat d'assistance. Cette formulation est très large, de sorte que le représentant doit en principe pouvoir accomplir tout acte (juridique) en rapport avec la naissance, la vie et la mort du contrat d'assistance. Le représentant a ainsi aussi les pouvoirs d'imposer le respect des engagements pris par l'institution à l'aide de tous les moyens légaux. Les pouvoirs de représentation sont cependant limités par l'intérêt (exprimé ou supposé) de l'incapable représenté (cf. art. 378 al. 3 nCC). Le représentant n'a donc notamment pas le pouvoir de placer une personne incapable de discernement contre son gré en institution, auquel cas il faudrait recourir aux règles sur le placement à des fins d'assistance selon les articles 426 ss nCC (cf. IV.A)⁷².
48. L'article 378 al. 1^{er} ch. 1^{er} nCC institue une représentation volontaire alors que les chiffres 2 à 5 instaurent une représentation légale.
49. Dans la représentation volontaire, les pouvoirs du représentant dépendent d'une manifestation de volonté du représenté ; celle-ci fonde non seulement l'existence, mais aussi l'étendue des pouvoirs.

⁷⁰ Rapport de la commission d'experts de juin 2003, p. 74.

⁷¹ Message, p. 6635 ss, p. 6672 ; rapport de la commission d'experts de juin 2003, p. 74.

⁷² Message, p. 6635 ss, p. 6672. Voir également l'intervention du Conseiller aux Etats Franz Wicki (BO 2007 E 833).

Or, l'article 382 al. 2 nCC n'oblige le représentant à prendre en considération les vœux du représenté lors de la détermination des prestations à fournir par l'institution que « *dans la mesure du possible* ». Cette expression accorde certes au représentant une certaine marge de manœuvre par rapport à l'objet même des prestations à fournir par l'institution. Elle ne permet par contre en aucun cas au représentant d'outrepasser la limite de ses pouvoirs fixée par le représenté dans des directives anticipées ou dans un mandat pour cause d'inaptitude (art. 378 al. 1^{er} ch. 1^{er} nCC). Lorsqu'une formulation peu précise des directives anticipées ou du mandat pour cause d'inaptitude ne permet pas de délimiter précisément les pouvoirs du représentant « *lors de la conclusion, de la modification ou de la résiliation du contrat d'assistance* » (art. 382 al. 3 nCC), il s'agira de les interpréter en tenant compte du but du contrat d'assistance, à savoir la protection de la personne incapable. Cette difficulté peut notamment surgir lorsque le résident a confié le pouvoir de prendre des décisions médicales à un MDM (mandataire dans le domaine médical), sans pour autant conférer également le pouvoir de conclure un contrat d'assistance. Cette problématique est d'autant plus fréquente qu'en règle générale les contrats utilisés dans les EMS sont des contrats intégrés, portant tant sur les soins médicaux que l'assistance socio-hôtelière⁷³.

50. La représentation légale quant à elle vise la situation des personnes qui agissent pour une autre, mais en vertu d'une disposition légale. L'étendue est donc également déterminée par la loi⁷⁴. L'article 378 al. 3 nCC précise qu'en l'absence de directives anticipées donnant des instructions, le représentant décide conformément à la volonté présumée et aux intérêts de la personne incapable de discernement. De plus, la faible limite légale aux pouvoirs du représentant légal consistant en la prise en considération, « *dans la mesure du possible* » des vœux du représenté ne concerne que la détermination des prestations à fournir par l'institution (art. 382 al. 2 nCC). Il s'en suit

⁷³ Prise de position de l'Université de Neuchâtel dans le cadre de la procédure de consultation (cf. classement des réponses à la procédure de consultation, p. 357).

⁷⁴ TERCIER PIERRE, *Le droit des obligations*, 4^e éd., Zurich 2009, N 455.

que les pouvoirs d'un représentant légal sont nettement plus larges que ceux d'un représentant volontaire.

51. En ce qui concerne la substitution, il faut à nouveau distinguer entre la représentation volontaire et la représentation légale. Dans le cas d'une représentation volontaire, c'est-à-dire instaurée par l'incapable lui-même par le biais de directives anticipées émises avant la survenance de son incapacité, une substitution est difficilement envisageable. Hormis le cas (très rare en pratique) où l'incapable aurait lui-même prévu un système de remplacement, une substitution de par la seule volonté du représentant volontaire n'est pas admissible. En effet, le mandat confié par l'incapable est un mandat « éminemment personnel »⁷⁵ et les qualités personnelles du représentant sont donc cruciales. Le représentant volontaire doit donc en principe exécuter personnellement son mandat. Dans le cas d'une représentation légale, c'est la loi elle-même qui instaure à son article 378 al. 1^{er} nCC un système hiérarchique de substitution.
52. La responsabilité du représentant est finalement régie par les règles du Code des obligations sur le mandat, comme celle du représentant dans le domaine médical⁷⁶.

B. La forme

53. L'article 382 al. 1^{er} nCC prescrit la forme écrite pour le contrat d'assistance. Selon le Message du Conseil fédéral, « [l]a forme écrite, prévue pour des raisons de transparence, doit en outre prévenir les risques d'abus. Elle n'est toutefois pas une condition de validité du contrat, mais un moyen de preuve »⁷⁷. Cela signifie concrètement qu'aux yeux du législateur, le contrat déploie ses effets juridiques malgré le non-respect de la forme écrite prescrite.

⁷⁵ Message, p. 6635 ss, p. 6665.

⁷⁶ Rapport de la commission d'experts de juin 2003, p. 74.

⁷⁷ Message, p. 6635 ss, p. 6672. Voir également le rapport de la commission d'experts de juin 2003, p. 73 et l'intervention du Conseiller aux Etats Franz Wicki (BO 2007 E 833).

54. Cette affirmation du législateur surprend à plusieurs égards. Tout d'abord au niveau dogmatique. L'article 11 al. 2 CO prévoit qu' « [à] défaut d'une disposition contraire sur la portée et les effets de la forme prescrite, le contrat n'est valable que si cette forme a été observée ». Or, l'article 382 nCC ne contient pas de dérogation à ce principe général qui veut que le respect de la forme prescrite par la loi est une condition de validité du contrat.
55. Ensuite, cette affirmation se trouve aussi en contradiction avec le but principal de la révision, à savoir une meilleure protection des personnes incapables de discernement, notamment par une transparence accrue⁷⁸. Or, seul le respect de la forme écrite permet de mieux protéger l'incapable et en même temps de rendre transparents les rapports juridiques entre ce dernier et l'institution.
56. La théorie générale du droit des contrats et le but de la loi imposent donc de considérer la forme écrite prescrite par l'article 382 al. 1^{er} nCC comme une condition de validité du contrat d'assistance et non pas comme un simple moyen de preuve. Cette conception aurait en outre l'avantage de mettre la pression sur les institutions pour qu'elles établissent effectivement de tels contrats par écrit. L'absence d'un contrat écrit aurait donc comme conséquence logique qu'il n'existe *a priori* pas de rapports contractuels entre l'incapable et l'institution, ce qui pourrait mettre l'incapable dans une situation délicate. Cependant, la théorie du contrat de fait permet aisément de résoudre ce genre de situation⁷⁹.

VII. Le contenu du contrat d'assistance

A. En général

57. Selon l'article 382 al. 1^{er} nCC, le contrat d'assistance doit établir « les prestations à fournir par l'institution et leur coût ». Le Message précise à ce sujet que seules les prestations liées à l'assistance apportée au

⁷⁸ Message, p. 6635 ss, p. 6649.

⁷⁹ SCHWENZER INGBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5^e éd. Berne 2009, N 28.58 ss.

résident doivent faire l'objet du contrat, à l'exclusion des prestations médicales⁸⁰.

B. Les prestations de l'institution

58. Les différentes prestations de l'institution doivent être mentionnées de manière détaillée dans le contrat. Le Message indique notamment que les proches (et l'autorité de surveillance) doivent savoir, par exemple, si l'incapable participe à des animations ou s'il fait des promenades⁸¹. Au-delà du genre et de la fréquence de telles activités, il s'agira surtout de la mise à disposition d'une chambre (éventuellement meublée), du service des repas, du nettoyage de la chambre et du linge, etc.⁸².
59. Il est bien évidemment conseillé de clarifier les rapports juridiques aussi sur d'autres éléments que ceux mentionnés à l'article 382 al. 1^{er} nCC, à savoir « *les prestations à fournir par l'institution et leur coût* » (art. 382 al. 1^{er} nCC), et de régler l'ensemble des aspects juridiques en rapport avec le séjour de l'incapable en institution. C'est ainsi que les contrats-type élaborés par certains cantons contiennent également des dispositions sur le but et l'objet, les relations et devoirs des parties, les conditions financières, l'allocation pour impotence, les absences du résident, la chambre, l'assurance responsabilité civile du résident, l'assurance des effets personnels et biens de valeur, la durée du contrat et sa résiliation ainsi que les plaintes⁸³.
60. L'article 386 nCC impose à l'institution de protéger la personnalité de la personne incapable de discernement et de favoriser autant que possible ses relations avec des personnes de l'extérieur. Les mesures concrètes à prendre afin de protéger les droits de la personnalité du

⁸⁰ Message, p. 6635 ss, p. 6672.

⁸¹ Message, p. 6635 ss, p. 6672.

⁸² LEUBA AUDREY/TRITZEN CÉLINE, La protection de la personne incapable de discernement séjournant en institution, RDT 2003, p. 289.

⁸³ Voir, pour l'exemple du canton de Vaud, <http://www.vd.ch/themes/sante-social/ems/contrat-dhebergement> (10.08.2012).

résident contre toute atteinte, d'assurer concrètement son bien-être physique et psychique au quotidien et de lutter contre la solitude peuvent également être spécifiées dans le contrat d'assistance⁸⁴.

C. Les prestations médicales

61. Et le rapport de la commission d'experts⁸⁵ et le Message⁸⁶ précisent que les prestations médicales ne sont pas comprises dans le contrat d'assistance. Cette affirmation s'explique probablement par la crainte du législateur fédéral d'empiéter sur les compétences des cantons en matière de santé (cf. III). Elle soulève cependant différentes questions et se trouve en contradiction avec les contrats établis par la pratique.
62. Il est tout d'abord à relever que cette limitation aux prestations socio-hôtelières ne se trouve pas dans la loi. L'article 382 al. 1^{er} nCC parle de manière large de « *prestations à fournir par l'institution* » ce qui n'exclut *a priori* pas des prestations médicales. Il est ensuite difficile de tracer une limite claire entre les prestations socio-hôtelières d'une part et les prestations médicales d'autre part. Est-ce que le fait d'administrer à un résident les médicaments prescrits par le médecin traitant relève encore des prestations socio-hôtelières ou déjà des prestations médicales ? Les contrats utilisés actuellement en pratique ne font finalement pas cette différence et régissent indifféremment les deux types de prestations. C'est ainsi que le contrat-type vaudois par exemple contient des dispositions sur « les prestations médicales et de soins », réglant le libre choix du médecin et du pharmacien ainsi que le consentement aux soins⁸⁷. Une autre disposition de ce contrat-type a pour objet la facturation des prestations de soins en distinguant les prestations qui ne sont pas facturées au résident (à savoir les prestations dispensées, sur ordre médical, par le personnel soignant de l'établissement et le petit matériel médical usuel,

⁸⁴ LEUBA/TRITTEN (n. 82), p. 290.

⁸⁵ Cf. rapport de la commission d'experts de juin 2003, p. 74.

⁸⁶ Message, p. 6635 ss, p. 6672.

⁸⁷ Art. 4 du contrat-type d'hébergement de long séjour, <http://www.vd.ch/themes/sante-social/ems/contrat-dhebergement> (10.08.2012).

nécessité par les soins généraux) et les prestations facturées au résident (comme les honoraires médicaux, les médicaments faisant partie de la liste des spécialités, etc.)⁸⁸.

63. Il est peu probable que cette pratique change avec l'entrée en vigueur de l'article 382 nCC au 1^{er} janvier 2013. D'une part, le renvoi de l'article 382 al. 3 nCC à la représentation dans le domaine médical (art. 377 ss nCC) a pour conséquence de rapprocher les aspects socio-hôtelières et médicaux de la prise en charge en institution. En pratique, la personne représentant l'incapable en rapport avec le contrat d'assistance sera très souvent identique à celle représentant l'incapable dans le domaine médical. Dans son rapport de 2003, la commission d'experts avait d'ailleurs anticipé que les prestations médicales, à son avis non comprises dans le contrat d'assistance, pourraient faire l'objet d'un contrat-type dans le futur qui resterait toutefois du ressort de l'initiative privée⁸⁹. Il est donc fort probable que les institutions (privées et publiques) continueront à régler non seulement les prestations socio-hôtelières, mais également les prestations médicales dans un seul et unique contrat-type.

D. Les souhaits de la personne incapable de discernement

64. L'article 382 al. 2 nCC précise que « [*]es vœux de la personne concernée doivent, dans la mesure du possible, être pris en considération lors de la détermination des prestations à fournir par l'institution* ». Ces souhaits se rapporteront essentiellement à l'aménagement du lieu de vie, aux soins corporels, à l'accompagnement en fin de vie ou à d'autres domaines encore⁹⁰.
65. La personne concernée peut avoir exprimé ses souhaits oralement ou par écrit de manière anticipée, c'est-à-dire avant de devenir

⁸⁸ Art. 5.2 du contrat-type d'hébergement de long séjour, <http://www.vd.ch/themes/sante-social/ems/contrat-dhebergement> (10.08.2012).

⁸⁹ Cf. rapport de la commission d'experts de juin 2003, p. 74.

⁹⁰ Message, p. 6635 ss, p. 6672. Rapport de la commission d'experts de juin 2003, p. 74.

incapable de discernement⁹¹. Lorsque ces vœux concernent les traitements médicaux auxquels la personne concernée consent ou non, il s'agit de directives anticipées au sens des articles 370 ss nCC⁹². La personne concernée peut émettre des souhaits aussi après être devenue incapable de discernement, ce qui implique cependant parfois un certain risque de souhaits farfelus, voire irréalisables.

66. L'article 382 al. 2 nCC atténue l'obligation de prendre en compte les vœux de la personne concernée par l'ajout « *dans la mesure du possible* ». Cet affaiblissement a pour but de tenir compte des limites institutionnelles et financières à la réalisation des souhaits de la personne concernée. Elle n'autorise par contre pas un représentant (ou une institution) peu scrupuleux à prendre en considération uniquement les souhaits qui l'arrangent lui (ou elle). En effet, l'article 382 al. 3 nCC renvoie aux dispositions sur la représentation dans le domaine médical (art. 377 ss nCC) qui, elles, mentionnent à l'article 377 al. 1^{er} nCC les directives anticipées du patient régies par les articles 370 ss nCC. Or, l'article 372 al. 2 nCC impose au médecin le respect des directives anticipées du patient, sauf en cas de contre-indication médicale ou de doute sur l'authenticité de la volonté exprimée. En principe, le représentant doit donc également (faire) respecter les vœux de la personne (devenue) incapable de discernement. L'article 382 al. 2 nCC lui accorde cependant une (petite) marge de manœuvre pour tenir compte des limites institutionnelles et financières ainsi que pour ne pas prendre en considération des souhaits farfelus, voire irréalisables, émis notamment par une personne (devenue) incapable de discernement.
67. Lorsque des vœux de la personne concernée sont ignorés de manière contraire au droit, il est possible de faire intervenir l'autorité de protection de l'adulte qui pourrait le cas échéant ordonner une mesure. L'article 389 al. 1^{er} ch. 2 nCC prévoit en effet que l'autorité de la protection de l'adulte ordonne une mesure lorsque le besoin de protection de la personne incapable de discernement n'est pas ou

⁹¹ Message, p. 6635 ss, p. 6672.

⁹² MEIER PHILIPPE, L'avant-projet de révision du droit de la tutelle – Présentation générale, RDT 2003, p. 215.

pas suffisamment garanti par une mesure personnelle anticipée ou par une mesure appliquée de plein droit, comme par exemple un contrat d'assistance.

E. Le coût des prestations fournies par l'institution

68. Selon l'article 382 al. 1^{er} nCC, le contrat d'assistance doit non seulement préciser les prestations à fournir par l'institution, mais aussi leur coût. Les coûts des prestations doivent être précisément définis afin de satisfaire l'exigence de transparence du nouveau droit de la protection de l'adulte (cf. V)⁹³. Ainsi, une simple indication des coûts sous forme d'un forfait est insuffisante.
69. L'obligation principale de l'incapable de discernement consiste donc à s'acquitter du coût des prestations, sous forme d'une somme d'argent. Le patrimoine du représentant qui n'est pas partie au contrat d'assistance n'est par contre pas engagé (cf. VI.A)⁹⁴. Ainsi, c'est à l'aide du patrimoine de l'incapable et seulement de celui-ci que seront payées les prestations de l'institution par l'intermédiaire du représentant. Il va cependant de soi que le représentant peut s'engager contractuellement (seul ou à côté du résident) envers l'institution pour le paiement des factures.
70. Le droit fédéral contient plusieurs dispositions concernant le financement des prestations fournies par un établissement médico-social ou un home (p. ex. art. 43^{bis} al. 1^{er} et al. 1^{er bis} LAVS, art. 10 al. 2 let. a LPC, art. 25 al. 1^{er} et 2 let. a, 25a al. 1^{er} et 25a al. 5 LAMal). Selon l'article 25a al. 5 LAMal, les cantons règlent le financement résiduel. La *ratio legis* de l'article 382 nCC impose notamment que les coûts qui devront être pris en charge par le résident ressortent clairement du contrat d'assistance.
71. A côté de cette obligation financière principale, le résident se doit également de respecter les règlements internes de l'institution et d'avoir des égards vis-à-vis du personnel et des autres résidents.

⁹³ Message, p. 6635 ss, p. 6649.

⁹⁴ Message, p. 6635 ss, p. 6672.

VIII. La fin du contrat

72. La loi ne règle pas la fin du contrat d'assistance, exception faite du renvoi de l'article 382 al. 3 nCC aux dispositions sur la représentation dans le domaine médical (art. 377 ss nCC) pour la résiliation. Le représentant a donc également le pouvoir de résilier le contrat d'assistance.
73. Etant donné que nous avons qualifié le contrat d'assistance de contrat de durée au sens strict (cf. V.), c'est le régime de la résiliation (des contrats de durée) – et non pas celui de la résolution (des contrats simples) qui s'applique à la fin du contrat d'assistance. Il faut dès lors distinguer entre une résiliation ordinaire et une résiliation extraordinaire.
74. La résiliation ordinaire intervient par l'écoulement du temps ou une déclaration de résiliation respectant les délais et les termes. Il est bien évidemment judicieux de préciser les délais de résiliation (et le cas échéant aussi les termes) dans le contrat d'assistance⁹⁵. Il faudrait éviter de fixer un délai trop court, car cela pourrait mettre le résident dans l'impossibilité de trouver une nouvelle place dans une autre institution.
75. La résolution extraordinaire intervient en règle générale à cause de la mort (p. ex. art. 266*i* CO en matière de contrat de bail), l'incapacité (p. ex. art. 418*s* al. 1 CO pour le contrat d'agence) ou la faillite (p. ex. art. 266*b* CO concernant le contrat de bail) d'une partie, des violations spécifiques du contrat (p. ex. art. 258 al. 1 CO relatif au contrat de bail) ou un juste motif (p. ex. art. 266*g* CO relevant du contrat de bail)⁹⁶. Il va de soi que l'incapacité du résident n'entre pas en ligne de compte comme motif d'une résiliation extraordinaire du contrat d'assistance. Il est certes possible de mentionner des exemples de justes motifs dans le contrat d'assistance (la conduite incompatible avec la vie en collectivité, le non-paiement fautif et

⁹⁵ Voir, par exemple, l'art. 11.2 du contrat-type d'hébergement de long séjour, <http://www.vd.ch/themes/sante-social/ems/contrat-dhebergement> (10.08.2012).

⁹⁶ MÜLLER (n. 23), N 84.

récurrent des montants à la charge du résident, etc.). Une telle liste ne saurait cependant prétendre à l'exhaustivité, de sorte que d'autres motifs ayant comme conséquence que l'on ne puisse plus raisonnablement attendre d'une ou des deux parties de poursuivre leurs rapports contractuels, restent toujours réservés.

76. Que l'on se trouve dans l'hypothèse d'une résiliation ordinaire ou extraordinaire, il n'est cependant guère imaginable qu'un contrat d'assistance puisse prendre fin dans les faits sans qu'une solution soit trouvée au sujet du nouveau lieu de séjour du résident. Ce point mérite également d'être mentionné dans le contrat d'assistance⁹⁷.
77. Une dernière conséquence de la qualification du contrat d'assistance comme contrat de durée au sens strict consiste dans le fait qu'en cas d'invalidité ou d'inexécution d'un contrat de durée, il n'est pas possible d'appliquer le régime général avec ses effets *ex tunc* et il faut tenir compte de la partie régulièrement exécutée du contrat⁹⁸.

IX. Conclusions

78. Notre examen du point de vue du droit des contrats de l'article 382 nCC montre que la disposition permettra globalement d'atteindre le but général visé, à savoir une meilleure protection de la personne incapable de discernement et une plus grande transparence des rapports juridiques entre l'incapable et l'institution.
79. Certains choix du législateur sont cependant critiquables, notamment les suivants.
80. La limitation du champ d'application de cette nouvelle disposition aux seules personnes incapables de discernement est regrettable. Elle ne tient pas suffisamment compte du fait que la personne même capable de discernement n'est en règle générale pas en mesure de négocier quoi que ce soit lors de l'entrée en institution. Faire de l'incapacité de discernement une condition d'application de

⁹⁷ Voir, par exemple, l'art. 11.2.3 du contrat-type d'hébergement de long séjour, <http://www.vd.ch/themes/sante-social/ems/contrat-dhebergement> (10.08.2012).

⁹⁸ MÜLLER (n. 23), N 84.

l'article 382 nCC et en même temps exiger le « consentement » du futur résident à sa mise en institution est par ailleurs contradictoire.

81. Il est ensuite regrettable que le législateur fédéral n'ait pas profité de l'occasion pour clarifier un certain nombre d'autres points importants pour lesquels l'absence d'une réglementation minimale dans la loi peut ouvrir la porte à des abus de la part de l'institution. L'on peut par exemple songer aux délais pour résilier le contrat, la question de savoir si l'administration des revenus et de la fortune du résident peut être confiée à l'institution, à celle de savoir si l'institution et le personnel de celle-ci peuvent recevoir des libéralités du résident, aux conditions d'un changement de chambre, etc.
82. Au niveau de la forme du contrat d'assistance, on ne comprend pas pourquoi le législateur estime que la forme écrite n'est qu'un moyen de preuve et non pas une condition de validité du contrat. La protection de la personne incapable de discernement ne justifie pas de faire une exception au principe général en droit des contrats qui veut qu'à défaut d'une disposition contraire, le contrat n'est valable que si la forme prescrite par la loi a été observée (art. 11 al. 2 CO).
83. Contrairement à l'avis exprimé par le législateur et conformément à la pratique actuelle, les contrats d'assistance continueront probablement de régir non seulement les prestations socio-hôtelières, mais aussi les prestations médicales dans un seul et unique contrat(-type).