

Droit et handicap 4/12

Impressum

„Droit et handicap“ paraît en annexe des Informations trimestrielles de Intégration Handicap.

Éditeur: Service juridique *Intégration Handicap*

Bureau de la Suisse romande:
Place Grand Saint-Jean 1
1003 Lausanne
Tél. 021 323 33 52

Consultations juridiques gratuites en matière de droit des personnes handicapées, en particulier dans le domaine des assurances sociales

„Droit et handicap“ peut être téléchargé sous www.integrationhandicap.ch (publications).

Deutschsprachige Ausgabe: „Behinderung und Recht“

Expertises de l'AI: directives de l'administration et nouveau jugement du Tribunal fédéral

Dans un jugement de principe (137 V 210), le Tribunal fédéral a adapté sa pratique antérieure dans le but de mieux garantir l'égalité des armes et l'équité dans la procédure d'évaluation de l'AI. Il a en outre demandé à l'administration de mettre en route diverses réformes. Nous avons publié un commentaire détaillé de ce jugement dans „Droit et handicap“, 4/11. Plus d'un an après cet arrêt, nous proposons ci-après un bref résumé des développements intervenus depuis lors:

Expertises pluridisciplinaires: nouvelle pratique d'attribution des mandats

Une des premières suggestions du Tribunal fédéral concerne la pratique d'attribution des mandats: le Tribunal fédéral s'est rallié à la conviction exprimée par des parties très diverses (dont les organisations du milieu du handicap) selon laquelle c'est le choix aléatoire de l'expert qui est le mieux à même de remplir l'exigence d'une indépendance optimale des expertises, du moins en ce qui concerne les expertises pluridisciplinaires effectuées par des centres COMAI. C'est pourquoi le Tribunal fédéral a invité l'OFAS à poursuivre sans tarder la mise en place d'une plateforme IT en vue d'améliorer et d'harmoniser l'attribution des mandats d'expertise, d'autant qu'une telle plateforme peut, selon lui, servir également d'instrument d'évaluation d'expertises ponctuelles.

Depuis lors, l'administration a répondu à cette demande. À compter du printemps 2012, les mandats d'expertises pluridisciplinaires sont attribués aux différents centres COMAI de manière aléatoire, en passant par la plateforme IT „Suisse MED@P“. Ce procédé se base sur une nouvelle disposition d'ordonnance (art. 72bis RAI), entrée en vigueur le 1.3.2012. Ledit article prévoit que les expertises médicales comprenant trois ou plus de trois disciplines médicales doivent se dérouler auprès d'un centre d'expertises médicales lié à l'office fédéral par une convention. Il semblerait qu'un total de 17 centres d'expertises aient déjà signé une telle convention.

L'attribution des mandats selon un mode aléatoire n'est pas contestée. Or, tout bien considéré, les organisations du milieu du handicap sont persuadées que les experts ont gagné en liberté dans leur tâche consistant à évaluer les atteintes à la santé des personnes qui leur sont confiées sans prendre en compte les attentes réelles ou supposées de leurs mandants. S'il se produit de temps à autre qu'un COMAI en arrive à des constatations qui ne satisfont pas à ces attentes, il ne doit pas craindre de se voir retirer des mandats. Cela lui permet, malgré un contexte d'étroite dépendance économique, d'être plus indépendant dans l'évaluation des cas d'espèce.

Limitation aux expertises pluridisciplinaires injustifiée

À notre avis, la décision de n'appliquer le principe aléatoire qu'à l'attribution d'expertises pluridisciplinaires de l'AI, mais pas lorsqu'il s'agit d'expertises mono- et bidisciplinaires, n'est guère objectivement justifiable. Quant à ces dernières, les offices AI perpétuent en effet l'usage qui consiste à choisir de manière ciblée certains experts et tandems d'experts avec lesquels ils ont fait de „bonnes“ expériences. L'OFAS a justifié son attitude jusqu'ici réservée à l'égard d'un changement de système concernant ces expertises en arguant qu'il fallait dans un premier temps acquérir des expériences dans le domaine des expertises pluridisciplinaires avant de pouvoir discuter d'une application du principe aléatoire à d'autres expertises. Or à notre sens, il ne faudrait pas trop tarder

à cet égard. Dans des cas ponctuels, nous avons d'ores et déjà constaté que certains offices AI préféreraient, en cas de doute, confier un mandat d'expertise à un tandem d'experts dont ils sont familiers qu'à un centre COMAI qui leur est inconnu. Il reste à espérer que cette tendance ne fasse pas école.

Critères de qualité et contrôle de la qualité

Dans le jugement de principe susmentionné, le Tribunal fédéral a en outre invité l'administration à faire en sorte que la qualité des expertises soit contrôlée selon des critères objectifs. Dans ce contexte, l'OFAS a développé divers principes que les centres COMAI s'engagent à respecter en signant les conventions avec l'OFAS.

D'ailleurs, un groupe de travail a également élaboré, sous l'égide de la Société suisse de psychiatrie et psychothérapie (SSPP), des critères de qualité dans le cadre des „directives relatives à la qualité des expertises psychiatriques dans l'assurance-invalidité“. En juin 2012, l'OFAS a publié une directive (lettre circulaire AI n° 313) dans laquelle il déclare ces lignes directrices contraignantes pour l'ensemble des examens psychiatriques réalisés par les SMR; il s'agit en outre de garantir à l'avenir le respect de ces instructions par les centres d'expertises médicales lors de l'attribution des mandats.

On peut bien sûr se féliciter que de telles instructions soient élaborées. À condition d'être rigoureusement respectées, elles permettent d'atteindre un certain standard qualitatif du moins en ce qui concerne le déroulement formel de l'expertise. Or, cela ne garantit encore pas l'existence d'un contrôle indépendant de la qualité. Les conventions avec les centres COMAI prévoient à cet égard la création d'une commission dans laquelle siègent des représentants de l'administration (OFAS et offices AI), des centres d'expertises et des associations du milieu du handicap. Cette commission aura en premier lieu pour tâche de développer des critères de qualité, puis de déterminer les modalités (certainement pas simples) selon lesquelles le processus de contrôle doit se dérouler. Jusqu'à présent, les travaux y relatifs n'ont toutefois pas encore été mis en route.

Choix des experts d'un commun accord?

Dans son jugement de principe, le Tribunal fédéral a formulé une attente supplémentaire: l'office AI et la personne assurée doivent autant que possible se mettre d'accord sur le choix de l'expert et du questionnaire auquel il s'agit de répondre; une expertise basée sur le consentement mutuel permet en effet d'aboutir à des résultats plus solides et, en règle générale, de favoriser l'assentiment de la personne concernée.

Jusqu'à ce jour, cette attente n'a cependant guère été satisfaite. S'agissant d'expertises réalisées par les COMAI, il se trouve que le système relevant du principe aléatoire constitue déjà en soi une entrave à l'idée de consensus dans le choix de l'expert. Mais même lorsqu'il s'agit d'expertises mono- et bidisciplinaires dont l'attribution ne s'effectue pas selon le principe aléatoire, l'idée de choisir l'expert d'un commun accord n'est pratiquement jamais adoptée comme fil conducteur. D'autre part, il est frappant de constater que même les directives révisées de l'office fédéral (circulaire sur la procédure dans l'assurance-invalidité CPAI, chiffres 2074 à 2089) ne mentionnent à aucun moment l'objectif qui consiste à choisir l'expert d'un commun accord.

Concrètement, la procédure prévoit toujours que l'office AI notifie à la personne assurée, par le biais d'une communication, son intention de faire réaliser une expertise externe. Il lui communique alors le nom de l'expert resp. du centre d'expertises qu'il entend mandater et quelles questions seront posées à l'expert. Tandis que d'éventuelles questions complémentaires proposées par la personne assurée sont en règle générale prises en compte sans problème et transmises à l'expert, les éventuelles objections quant au choix de l'expert ne sont, quant à elles, pratiquement jamais prises en compte, mais la communication est confirmée par une décision.

Jugement du Tribunal fédéral du 9 mai 2012

Dans un jugement relativement récent du 9 mai 2012 (138 V 271), le Tribunal fédéral a dû examiner les griefs

d'une personne assurée qui ne voulait pas être expertisée par un certain COMAI par ce qu'elle jugeait tout simplement inacceptable d'être évaluée par ce centre d'expertises; elle souhaitait de ce fait qu'il soit ordonné à l'office AI d'essayer de se mettre d'accord avec elle sur le choix d'un centre d'expertises. Cette personne a fait valoir que le choix d'un COMAI devait toujours s'effectuer d'un commun accord. Or, ni l'office AI ni l'instance précédente n'avaient tenu compte de cette demande. Le Tribunal administratif cantonal a rejeté le recours, estimant que l'assuré devait faire valoir ses motifs de récusation à l'égard de l'expert dans un délai de 10 jours, sous peine de se retrouver déchu de son droit à la garantie de la procédure. Étant donné que les objections ont été formulées après coup, le tribunal a rejeté le recours.

Le Tribunal fédéral a d'abord confirmé la possibilité de formuler à l'égard d'un expert choisi – outre les motifs de récusation „formels” proprement dits (p. ex. partialité de l'expert dans le cas d'espèce) – également des objections d'ordre matériel, par exemple en faisant valoir qu'il s'agit d'un „second avis” inutile, que l'expertise n'avait pas été effectuée par les spécialistes requis ou que l'expert désigné manquait de compétences spécialisées. Il a ensuite précisé que si la personne concernée devait formuler ce genre de griefs en toute bonne foi dès qu'elle a pris connaissance des détails de l'expertise prévue, ses objections n'étaient soumises à aucun délai d'échéance de 10 jours, contrairement à ce que l'instance précédente avait supposé.

Quant aux questions de procédure, le Tribunal fédéral a par ailleurs confirmé qu'en cas d'absence de consensus entre les parties, la prescription d'une expertise par l'office AI doit revêtir la forme d'une décision notifiée à l'assuré. Il a ajouté que même s'il s'agissait là d'une décision intermédiaire, celle-ci pouvait faire l'objet – vu le risque d'un désavantage irréparable – d'un recours en justice, et ce en tous points, adressé au tribunal cantonal ou au tribunal administratif fédéral.

Or, selon le Tribunal fédéral, il s'agissait d'examiner la question de savoir si, en cas de rejet des griefs formels

et matériels par le tribunal cantonal des assurances (ou par le Tribunal administratif fédéral), la décision de cette instance pouvait être portée devant le Tribunal fédéral. Le Tribunal fédéral a répondu par l'affirmative pour le cas où le litige porte sur la récusation formelle d'un expert (p. ex. en cas de violation du devoir d'abstention pour cause de partialité), et par la négative pour les cas où d'autres objections sont formulées contre un expert ou une expertise en tant que telle; et ce au motif qu'il suffit, sous l'angle des garanties de la procédure, qu'une seule instance judiciaire se porte garante de la protection juridique à cet égard; il a jugé que le pouvoir du Tribunal fédéral d'examiner le respect des principes d'équité dans le cas d'un recours contre la décision finale concernant le droit aux prestations d'assurance restait bien entendu entier.

Dans le cas à juger, le Tribunal fédéral a décidé de ne pas entrer en matière sur le recours interjeté, étant donné que les expériences négatives avec le COMAI désigné que la personne assurée a fait valoir étaient de nature trop générale et qu'elles ne pouvaient être traitées sous le titre de motifs formels de récusation; ce grief en revenait au final à prétendre que les supposés dysfonctionnements étaient la manifestation d'une remise en cause inhérente au système de l'équité dans la procédure. Le Tribunal fédéral a en tout cas laissé entrevoir qu'il pourrait reconsidérer son avis si l'administration et les tribunaux de première instance devaient omettre d'appliquer de façon suffisamment systématique les directives organisationnelles et procédurales formulées dans le jugement de principe du 28.6.2011.

Georges Pestalozzi-Seger

Rente d'invalidité ou versement anticipé de la rente de vieillesse?

Aussi bien dans l'AVS que dans la prévoyance professionnelle, les prestations de vieillesse peuvent être perçues, sous certaines conditions, avant l'âge ordinaire de la retraite. Dans l'AVS, la loi autorise le versement anticipé de la rente pour 1 ou 2 années d'anticipation (hommes dès 63 ans, femmes dès 62 ans); pour chaque année d'anticipation, la personne assurée doit alors accepter que sa rente de vieillesse soit réduite définitivement de 6,8% (art. 40 LAVS, art. 56 RAVS).

Dans la prévoyance professionnelle, les institutions de prévoyance sont libres de prévoir, dans leurs règlements, le versement anticipé de la rente de vieillesse lorsqu'un salarié met fin à son activité lucrative avant d'atteindre l'âge ordinaire de la retraite (art. 13 al. 2 LPP). Depuis 2006, les institutions de prévoyance peuvent prévoir la retraite anticipée au plus tôt dès 58 ans. Aujourd'hui, la majorité des caisses de pension offrent la possibilité du versement anticipé de la rente de vieillesse, généralement dès l'âge de 60 ans. Or généralement, ces conditions de versement anticipé de la rente de vieillesse ont elles aussi comme conséquence de réduire notablement la rente à raison de 5 à 7% par année d'âge.

Usuellement, les personnes qui se retrouvent en incapacité de travail durable pour raisons de santé avant l'âge ordinaire de la retraite demandent une rente d'invalidité. Or, il est rare aujourd'hui que les assurés puissent compter sur une décision rapide de l'AI, même ceux qui sont au seuil de l'âge de la retraite. Les procédures se tirent souvent en longueur, des expertises sont ordonnées et les résultats de l'enquête restent incertains. Nombre de personnes concernées s'interrogent, au plus tard lorsque le droit aux indemnités journalières en cas de maladie prend fin, si elles souhaitent demander l'aide sociale en attendant la décision de l'AI, ou si elles vont faire usage de la possibilité d'anticiper leur départ à la retraite, même si cela implique l'acceptation d'une réduction définitive de leur rente de vieillesse. Trouver une réponse générale à cette difficile question n'est guère possible; il est plus avisé

d'examiner la situation au cas par cas, en comparant les avantages et les inconvénients de telle ou telle solution.

AVS: versement anticipé de la rente de vieillesse et renoncement ultérieur?

Un cas concret issu de notre pratique de consultation a abouti à la situation suivante: une assurée en incapacité de travail depuis juin 2010, ayant demandé depuis longtemps l'octroi d'une rente d'invalidité, s'est vu confrontée, en juin 2012, à l'expiration de ses indemnités journalières en cas de maladie. Vu qu'elle était toujours en attente de la décision de l'AI, elle s'est demandée si elle voulait anticiper son départ en retraite à l'âge de 62 ans en mai 2012. Cette assurée souhaitait savoir si elle pouvait revenir sur sa décision de toucher sa retraite anticipée au cas où l'AI lui accorderait une rente d'invalidité à titre rétroactif à compter de juin 2011.

Notre Service juridique s'est permis de soumettre cette question à l'OFAS. Dans sa réponse, l'office en est arrivé à la conclusion qu'il est possible, dans un tel cas, de renoncer rétroactivement à la perception de la rente de vieillesse; le renoncement peut être autorisé sur demande écrite; normalement, le renoncement ne porte que sur des prestations à venir, mais dans la présente situation, l'incertitude quant à la décision de l'AI ne doit pas porter préjudice à la personne assurée, raison pour laquelle il convient en principe d'autoriser le renoncement rétroactif à la rente de vieillesse tant que cela ne porte pas atteinte à des intérêts dignes de protection d'autres personnes, d'assurances ou de services d'assistance. C'est avec satisfaction que nous avons pris note de cette réponse pragmatique. La démarche proposée permet à de nombreuses personnes concernées de sortir de leur dilemme décisionnel, du moins en ce qui concerne le domaine du premier pilier.

Prévoyance professionnelle: nouveau jugement du Tribunal fédéral

Les questions relatives à la prévoyance professionnelle étant considérablement plus complexes, ce bref article ne

permet pas de les passer toutes en revue. Nous souhaitons toutefois attirer l'attention sur un jugement récent du Tribunal fédéral (jugement du 4.5.2012; 138 V 227) dans lequel le TF se prononce sur le point d'intersection entre le droit à une rente de vieillesse et le droit à une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle. Il a rendu une décision qui ne réjouira guère les assurés.

Le cas à juger concernait un assuré s'étant retrouvé, à l'âge de 59 ans, en incapacité de travail et ayant demandé peu de temps après une rente d'invalidité. Le rapport de travail a été résilié par l'employeur à un moment où le délai d'attente d'un an avant le début de la rente AI n'était pas encore écoulé. Or, la caisse de pension de l'employeur prévoyait dans son règlement que si un assuré quitte le service de l'employeur à l'âge de 59 ans, il est immédiatement mis au bénéfice d'une rente de retraite anticipée, dans la mesure où il ne demande pas que sa prestation de libre passage soit transférée à l'institution de prévoyance de son nouvel employeur. L'assuré en question ne pouvait bien évidemment pas demander le transfert de la prestation de libre passage puisqu'il n'avait pas de nouveau poste. En revanche, il s'est opposé à sa mise à la retraite anticipée, défavorable pour lui sur le plan financier, et il a demandé à la caisse de pension de lui accorder, tel que prévu par le règlement, une rente d'invalidité (d'un montant bien supérieur).

Le Tribunal fédéral en est toutefois arrivé à la conclusion que le cas de prévoyance „vieillesse” était en l'occurrence survenu avant que ne se produise le cas de prévoyance „invalidité”; il a donc estimé que l'assuré n'avait plus droit à des prestations d'invalidité et qu'il devait se contenter des prestations de vieillesse. Le Tribunal fédéral a notamment refusé de considérer que la survenance d'une incapacité de travail suffise pour admettre un cas de prévoyance „invalidité” déterminant, tel que l'instance précédente l'avait encore constaté.

Si la décision du tribunal suprême est certes cohérente du point de vue systématique, ses conséquences sur la pratique sont en revanche extrêmement insatisfaisantes. Dans les constellations décrites, l'employeur reste en

effet libre de résilier un rapport de travail à un moment où les conditions légales et réglementaires pour l'octroi d'une rente d'invalidité ne sont pas encore remplies. Cela permet de contourner le droit de l'assuré aux prestations d'invalidité dans le cadre du deuxième pilier. Il ne reste plus qu'à espérer que les employeurs conscients de leur responsabilité sociale tiennent compte de cette problématique et différent, dans des cas similaires, la résiliation du rapport de travail jusqu'au moment où s'ouvre le droit de l'assuré aux prestations d'invalidité.

Georges Pestalozzi-Seger

Nouveau droit de la protection de l'adulte (3): mandat pour cause d'inaptitude et représentation légale par le conjoint

Toute personne peut se retrouver un jour en situation d'incapacité de discernement suite à un accident ou une maladie. Ce risque augmente avec l'âge et en cas de maladies qui évoluent en s'aggravant. C'est pourquoi l'on peut tout à fait éprouver le besoin de prendre soi-même des dispositions précoces à cet égard. Le mandat pour cause d'inaptitude, prévu désormais par le droit de la protection de l'adulte, permet à chaque personne assurée de désigner la personne qui s'occupera d'elle et selon quelles modalités, pour le cas où elle deviendrait un jour incapable de discernement. Cela permet de garantir le droit des personnes de disposer d'elles-mêmes également durant la période où elles sont en situation d'incapacité de discernement.

L'établissement d'un mandat pour cause d'inaptitude n'est pas absolument indispensable pour les couples mariés et ceux vivant en partenariat enregistré; en cas d'incapacité de discernement, ces personnes bénéficient d'un pouvoir de représentation légale du conjoint ou de la conjointe resp. du partenaire enregistré ou de la partenaire enregistrée. Dans le cadre du nouveau droit de la protection de l'adulte, ce pouvoir de représentation légale a été élargi. Nous présentons ci-après un tour d'horizon plus détaillé de ces nouveaux règlements.

Mandat pour cause d'inaptitude

Le mandat pour cause d'inaptitude permet à une personne de charger une autre personne (ainsi que, le cas échéant, une personne de remplacement) d'agir en son nom pour le cas où elle deviendrait incapable de discernement et donc privée de l'exercice des droits civils. Le mandataire peut être une personne physique ou morale, comme par exemple une banque ou une institution (art. 360 nCC). L'incapacité de discernement doit durer un certain temps, de sorte à justifier le fait d'agir au nom de la personne incapable de discernement. Si la personne mandante recouvre sa capacité de discernement,

Le mandat pour cause d'incapacité cesse de produire ses effets de plein droit (art. 369 nCC). Si, ultérieurement, la personne se retrouve à nouveau en situation d'incapacité de discernement, le mandat reprend effet.

Au moment où le mandat pour cause d'incapacité est établi, la personne doit avoir l'exercice des droits civils, c.-à-d. qu'elle doit être capable de discernement et être majeure. Le mandat pour cause d'inaptitude doit être constitué en la forme olographe (manuscrit en entier, daté et signé) ou officiellement authentifiée. Le mandant peut alors demander à l'office de l'état civil d'enregistrer la constitution et le lieu de dépôt du mandat (art. 361 nCC). Si le mandant est capable de discernement, il peut révoquer le mandat en tout temps dans l'une des formes prévues pour sa constitution (olographe ou authentique) ou en détruisant le document (art. 362 nCC).

Le mandat peut avoir une visée globale et comprendre l'assistance personnelle, la gestion du patrimoine et la représentation dans les rapports juridiques. Mais il peut également se limiter à certains domaines et certaines tâches. Le mandant peut en outre prévoir des instructions concrètes sur la façon dont le mandataire doit exécuter les tâches qui lui sont confiées. Le mandataire est libre d'accepter ou de décliner le mandat (art. 360 nCC). Mais une fois qu'il l'a accepté, il ne peut le résilier qu'en informant par écrit l'autorité de protection de l'adulte, moyennant un délai de deux mois. La résiliation peut intervenir en tout temps et sans justification. La résiliation avec effet immédiat n'est possible que pour de justes motifs (art. 367 nCC).

Lorsque l'autorité de protection de l'adulte est avisée qu'une personne a perdu sa capacité de discernement, elle doit déterminer si cette personne a établi un mandat pour cause d'inaptitude. Il est également possible que la personne mandatée s'adresse à l'autorité lorsqu'elle apprend l'incapacité de discernement de la personne concernée. L'autorité doit alors vérifier si le mandat pour cause d'inaptitude a été constitué valablement, si la personne concernée présente une incapacité de discernement d'une certaine durée et si la personne mandatée

semble apte et disposée à remplir le mandat. En cas d'incertitude, elle doit – sur requête du mandataire ou d'office – interpréter les termes du mandat et le compléter sur des points accessoires. Si les intérêts du mandant ne sont pas suffisamment garantis par le mandat ou qu'ils sont compromis ou risquent de l'être, l'autorité doit ordonner des mesures complémentaires (p. ex. constitution supplémentaire d'une curatelle). Enfin, l'autorité remet à la personne mandatée un document qui fait état de ses compétences vis-à-vis de tiers, et l'initie à ses fonctions (y compris instructions et informations concernant les droits et devoirs). Selon les circonstances, l'autorité fixe en outre une indemnisation appropriée à la charge de la personne mandante (art. 363 à 366 et 368 nCC).

Représentation légale par les conjoints et les partenaires enregistrés

Le pouvoir légal de représentation (art. 374 à 376 nCC) élargi permet de garantir la satisfaction des principaux besoins personnels et matériels d'une personne en incapacité de discernement, sans faire intervenir l'autorité de protection de l'adulte. En plus des pouvoirs de représentation déjà existants en vertu du droit matrimonial resp. du droit concernant le partenariat enregistré, qui se limitent aux besoins de la famille resp. du partenariat, le droit de protection de l'adulte prévoit désormais également des tâches de représentation dans des affaires n'ayant rien à voir avec la communauté.

Outre l'incapacité de discernement de la personne représentée, le pouvoir légal de représentation pose comme condition le mariage ou le partenariat enregistré. Une condition supplémentaire réside dans l'existence d'une relation réelle, c.-à-d. que les deux personnes fassent ménage commun ou que le ou la partenaire de la personne incapable de discernement fournisse à l'autre une assistance personnelle régulière (p. ex. lorsque cette dernière réside dans une institution de soins). Il n'existe pas de pouvoir de représentation dans les cas où un mandat pour cause d'inaptitude a été constitué ou que la personne concernée a été placée sous curatelle.

Le pouvoir légal de représentation englobe les actes juridiques qui, d'ordinaire, sont nécessaires à la satisfaction des besoins de la personne ainsi qu'à l'administration ordinaire de ses revenus et de sa fortune. La personne habilitée n'a toutefois le droit d'ouvrir le courrier (postal ou électronique) que si cela s'avère nécessaire à l'accomplissement des actes juridiques à effectuer. Lorsque des actes allant au-delà de l'administration ordinaire des revenus et de la fortune sont nécessaires, elle doit demander l'aval de l'autorité de protection de l'adulte. Si des tiers exigent un document qui décrit les compétences, celui-ci peut être demandé à l'autorité. L'autorité est alors tenue de vérifier si le pouvoir légal de représentation est suffisant ou s'il s'impose de prendre des mesures supplémentaires visant à protéger les intérêts de la personne incapable de discernement. Si cela s'avère nécessaire pour garantir les intérêts de la personne concernée, l'autorité peut retirer, entièrement ou partiellement, le pouvoir de représentation au conjoint ou au partenaire enregistré et instituer une autre mesure (par exemple une curatelle).

Petra Kern

Nouveau droit de la protection de l'adulte (4): directives anticipées du patient

Les directives anticipées du patient n'ont rien de nouveau: déjà aujourd'hui, nombre de personnes âgées prennent ce type de dispositions pour déterminer les traitements médicaux auxquels elles consentent et ceux qu'elles refusent au cas où elles deviendraient incapables de discernement. Il est fréquent que les personnes en âge AI et souffrant d'une maladie évolutive aient elles aussi recours à cette possibilité, p. ex. en formulant le souhait qu'il soit renoncé, dans certaines circonstances, à des mesures visant à prolonger leur vie. Diverses organisations ont rédigé des modèles de directives anticipées, accompagnées de conseils, qui peuvent être téléchargées sur Internet (p. ex. l'Institut interdisciplinaire Ethik Dialog ou la CRS).

En dépit du large consensus qui régnait jusqu'à présent sur la licéité fondamentale de telles directives anticipées, il fut longtemps peu clair – le moment venu – quel statut il fallait leur accorder et quel était leur véritable caractère contraignant pour le corps médical et le personnel soignant. Quelques cantons ont tenté de résoudre la question dans le cadre de leurs législations en matière sanitaire et hospitalière, mais un règlement homogène applicable au niveau suisse faisait jusqu'ici défaut. C'est pourquoi il est réjouissant que le législateur fédéral ait profité de la refonte du règlement du droit de la protection de l'adulte pour se pencher également sur ce thème, en prévoyant une solution contraignante dans les articles 370 à 373 CC.

Contenu des directives anticipées du patient

Une personne peut rédiger des directives anticipées pour déterminer, pour le cas où elle deviendrait incapable de discernement, les mesures médicales auxquelles elle consent ou non dans une situation donnée. Dans ces directives anticipées, elle peut également désigner une personne de confiance qui sera appelée à s'entretenir avec le médecin sur les soins médicaux à lui administrer

et à décider en son nom au cas où elle deviendrait incapable de discernement. Elle peut donner des instructions à cette personne et formuler des souhaits. D'autre part, elle peut prévoir des solutions de remplacement pour le cas où la personne désignée déclinerait le mandat ou le résilierait (ce que cette dernière peut toujours faire sans délai) (art. 370 nCC). Mais quoi qu'il en soit, il est dans tous les cas recommandé de vérifier, déjà avant la constitution des directives anticipées, si une personne de confiance est vraiment prête, le moment venu, à remplir un tel mandat. Le cas échéant, une copie des directives anticipées du patient peut lui être remise.

Constitution et révocation des directives anticipées

Une personne peut établir des directives anticipées à condition d'être capable de discernement, mais pas d'avoir l'exercice des droits civils. Cela signifie que des directives anticipées peuvent être constituées également par des personnes placées sous curatelle de portée générale, à condition qu'elles soient capables de discernement. Les directives anticipées du patient doivent être établies par écrit, datées et signées par l'auteur. Mais – contrairement par exemple au testament – elles ne doivent pas être entièrement manuscrites (art. 371 al. 1 nCC). Tant que la personne est capable de discernement, les directives anticipées peuvent être révoquées en tout temps dans la même forme.

Les directives anticipées du patient ne peuvent déployer leurs effets que si elles sont portées à la connaissance du personnel médical en temps utile. Il est donc sensé d'en faire parvenir une copie également au médecin traitant ainsi qu'aux éventuelles personnes de confiance. La loi prévoit en outre la possibilité de faire inscrire la constitution et le lieu de dépôt des directives sur la carte d'assuré. Le Conseil fédéral a d'ores et déjà édicté les dispositions nécessaires à cet effet, mais la mise en œuvre technique pose encore sporadiquement problème. Il faut espérer que ceux-ci auront été résolus d'ici l'année prochaine.

Caractère contraignant des directives anticipées du patient

Selon la loi, les médecins sont tenus de s'informer, lorsqu'une personne est devenue incapable de discernerment et qu'il s'agit de décider des traitements médicaux à lui administrer, de l'existence de directives anticipées en consultant en premier lieu la carte d'assuré du patient. Seuls les cas d'urgence qui nécessitent des mesures immédiates permettent de déroger à ce principe. Lorsque des directives anticipées existent, le médecin doit en principe respecter la volonté ainsi exprimée par le patient, sauf à titre exceptionnel si des „doutes sérieux" laissent supposer que les directives ne sont pas l'expression de la libre volonté du patient ou qu'elles ne correspondent pas à sa volonté présumée dans la situation donnée (art. 372 al. 2 nCC). Dans ce cas, le médecin consigne dans le dossier médical du patient les motifs pour lesquels les directives anticipées n'ont pas été suivies.

Les doutes sérieux au sens de la loi ne devraient être admis qu'avec la plus grande réserve: c'est p. ex. le cas lorsque le patient s'est exprimé, avant de devenir incapable de discernement, dans un sens qui n'est pas compatible avec le contenu des directives anticipées. Par ailleurs, il va de soi qu'un médecin ne peut en aucun cas être obligé à administrer un traitement médicalement contre-indiqué.

Rôle de l'autorité de protection de l'adulte

Dans le contexte des directives anticipées des patients, l'autorité de protection de l'adulte n'a pas de rôle important à remplir: elle n'intervient que si elle constate, suite à une requête écrite d'une personne proche du patient ou de la patiente, que les directives anticipées ne sont pas respectées, que les intérêts du patient sont compromis ou risquent de l'être ou si les directives anticipées ne sont pas l'expression de la libre volonté du patient (art. 373 al. 1 nCC): dans ces cas, elle dispose de tout l'éventail de mesures de protection de l'adulte pour garantir les intérêts de la personne incapable de discernement.