

## L'anticipation de la dépendance par le mandat de protection future

Jean – Marc FOUILLAND

Avocat au barreau de Lyon

\*\*\*\*\*

Dans nos sociétés industrialisées, la prise en charge de la vieillesse est assurée essentiellement par la collectivité publique. Le régime de la sécurité sociale couvre les dépenses de santé des personnes âgées, le régime des retraites leur procure leurs moyens de subsistance, et les régimes de protection juridique et judiciaire pourvoient à leurs faiblesses mentales. Or devant l'accroissement constant de l'espérance de vie<sup>1</sup> et parallèlement la baisse de la natalité, ce système de financement public basé sur la solidarité intergénérationnelle est au bord de l'explosion. Afin que dans l'avenir, les personnes âgées les plus défavorisées puissent encore bénéficier de la solidarité nationale, il est nécessaire qu'une majorité de la population anticipe son éventuelle dépendance liée au grand âge. Ces dernières années, des lois se sont développées pour contractualiser la volonté des individus en matière personnelle. La prise en charge de la vieillesse se déplace ainsi progressivement de la sphère publique à la sphère privée.

En 1999, une recommandation du comité des ministres des Etats membres du Conseil de l'Europe suggérait « *qu'il conviendrait de prévoir et d'organiser les dispositions juridiques qu'une personne encore dotée de sa pleine capacité serait en mesure de prendre pour prévenir les conséquences de toute incapacité future* ». Et à mesure que le droit se renove, on note en matière extrapatrimoniale cette tendance à consacrer l'autonomie de la volonté.

<sup>1</sup> L'espérance de vie est de 84,8 ans pour les femmes et 78,2 ans pour les hommes. *La France en faits et chiffres*, INSEE, février 2012, bilan démographique.

Le souhait du législateur est de placer la personne au centre de sa prise en charge. Des dispositions juridiques permettent désormais à chaque personne de garantir la permanence de sa qualité de sujet de droit, en déterminant par avance les mesures à prendre en cas d'altération de ses facultés physiques et mentales due à l'âge.

La grande innovation et la mesure phare de la loi du 05 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs<sup>2</sup> est l'introduction en droit français du mandat de protection future. A côté des mesures judiciaires traditionnelles est ainsi créée une mesure conventionnelle<sup>3</sup> de protection juridique. Le mandat de protection future permet à toute personne de désigner, pour le jour où elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts en raison de son âge ou de son état de santé, un ou plusieurs mandataires chargés de la représenter<sup>4</sup>. Le contenu et l'étendue de la future protection sont également complètement organisés au préalable. Le mandat de protection

<sup>2</sup> Loi n°2007-308 du 05 mars 2007 entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2009.

<sup>3</sup> S'agissant d'un mécanisme conventionnel, le mandat de protection future est régi par les règles des articles 1984 et suivants du Code civil.

<sup>4</sup> Articles 477 à 494 du Code civil.

Un mandat de protection future pour autrui est également instauré à l'article 477 alinéa3 du Code civil. Il permet aux parents d'un enfant handicapé de désigner une ou plusieurs personnes de confiance pour assumer la protection de cet enfant le jour où ils ne seront plus aptes à la faire.

Il n'est traité que du mandat de protection future pour soi-même dans cette note de doctrine.

future évite tout recours à une mesure judiciaire de tutelle ou de curatelle, la justice est allégée car chacun devient « maître de sa volonté ». Le juge des tutelles n'aura à intervenir que pour trancher d'éventuelles difficultés liées à l'exécution du mandat.

Cette technique conventionnelle de protection a d'abord été adoptée dans plusieurs pays culturellement proches du nôtre : l'Allemagne<sup>5</sup>, l'Angleterre<sup>6</sup>, le Danemark, l'Italie, l'Espagne<sup>7</sup>, la Suisse, et surtout le Québec<sup>8</sup>.

En France, les mandats de protection future ont pu être rédigés dès la publication de la loi du 05 mars 2007<sup>9</sup> mais ils n'ont pu prendre effet qu'à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi, soit le 1<sup>er</sup> janvier 2009. Même si cette nouvelle disposition demande sur certains points à être encore précisée voir améliorée (II), elle offre désormais à toute personne âgée en devenant une véritable alternative volontaire au système de protection légale (I).

## **I – Une protection conventionnelle sur mesure**

Le mandat de protection future peut être assimilé à une procuration générale donnée par un majeur à un tiers pour gérer ses biens et prendre soin de sa personne, mais cette procuration ne lui retire pas le droit de continuer à agir lui-même, seul ou avec l'assistance de son mandataire. Le mandat de protection future est donc une variété de procuration générale, différée dans le temps, réorganisée dans ses modalités (A) et renforcée quant à ses effets (B).

### **A – La rédaction du mandat**

La préparation d'un mandat de protection future doit être réfléchie et minutieuse car il fixe pour l'avenir les

---

<sup>5</sup> Loi du 12 décembre 1990 « *Le mandat pour soins de vieillesse* » (Altersvorsorgvollmacht) prend effet au moment où le certificat médical constate l'altération des facultés du mandant et son incapacité à gérer et à administrer.

<sup>6</sup> Au Royaume-Uni, « *le mandat permanent* » détermine les questions déléguées au mandataire et prive le mandant de toute possibilité de décision à partir du moment où l'incapacité est établie.

<sup>7</sup> Loi n°41/2003 du 18 novembre 2003. L'organisation anticipée de la protection peut être faite en prévision de la reconnaissance judiciaire ultérieure de son incapacité, pouvant être, au choix du mandant, homologuée ou non par le juge, avec des conséquences différentes sur sa capacité.

<sup>8</sup> Au Québec, 52 % des mesures de protection prennent la forme d'un mandat de protection future : *Le mandat de protection future au Québec*, L.LAMBERT notaire à Montréal, note à l'attention du Congrès des Notaires de France, septembre 2005.

Loi du 15 avril 1990 « *le mandat en prévision de l'inaptitude* » ne prend effet qu'après un contrôle juridictionnel : la survenance de l'inaptitude suppose une évaluation médicale et psychosociale, homologuée par le juge ou le greffier qui doit rencontrer le mandant ou le mandataire.

<sup>9</sup> Date de publication de la loi : 7 mars 2007.

règles de vie qui seront applicables à une personne aux facultés altérées. Plusieurs rendez-vous seront nécessaires entre le rédacteur et le mandant avant de procéder à la rédaction puis à la signature. Des conditions de fond (2) doivent être vérifiées afin de s'assurer que l'élaboration d'un tel acte est juridiquement possible. De nombreuses questions doivent être posées en amont afin que la forme du mandat (1) soit la plus appropriée à son contenu (3), et surtout que celui-ci soit le reflet le plus exact de la volonté du mandant.

### **1 – La forme**

Deux formes de mandat, correspondant à des champs de protection patrimoniale différents, peuvent être choisies : la forme authentique ou sous seing privé<sup>10</sup>.

Lorsqu'il est établi sous seing privé, le mandat doit être daté et signé de la main du mandant<sup>11</sup>, celui-ci ne peut donc se faire représenter. Il est également signé par le mandataire, dont la signature vaut acceptation<sup>12</sup>. Pour lui conférer une date certaine, le mandat, comme tout acte sous seing privé, doit être enregistré dans les conditions de l'article 1328 du Code civil. Toutefois, à la différence du testament olographe, le législateur a ajouté un formalisme spécifique. Le mandat doit être établi selon un modèle défini par Décret en Conseil d'Etat<sup>13</sup>, ou doit obligatoirement être contresigné par un avocat. Toute modification est établie dans les mêmes formes.

Lorsqu'un mandant recourt au modèle préétabli, on peut regretter en cette matière sensible l'absence de conseils éclairés d'un professionnel. La loi n'envisage pas qu'un mandat de protection future sous seing privé soit obligatoirement rédigé par un avocat ou un autre professionnel habilité à rédiger des actes. Les avocats peuvent rédiger des mandats de protection future sous seing privé, mais ils doivent alors respecter le décret du 30 novembre 2007. Ils ne retrouvent leur liberté rédactionnelle qu'en recourant au contreseing.

Le contreseing de l'avocat donne donc à l'acte une force probatoire supérieure aux simples actes sous seing privé, mais la responsabilité de ce dernier est alors inévitablement engagée au titre du devoir de conseil. Cependant, le mandat de protection future sous seing privé même contresigné par un avocat ne permet pas la réalisation d'acte de disposition mais seulement d'actes conservatoires et de gestion courante<sup>14</sup>, cette forme est en pratique peu usitée.

---

<sup>10</sup> Article 477 alinéa 4 du Code civil. Le mandat verbal est écarté.

<sup>11</sup> Article 492 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil.

<sup>12</sup> Article 492 alinéa 2 du Code civil.

<sup>13</sup> Arrêté du 30 novembre 2007 relatif à la notice d'information jointe au modèle de mandat de protection future sous seing privé (NOR : JUSC0770955A)

<sup>14</sup> Article 493 du Code civil.

Le mandat de protection future peut être établi par un notaire<sup>15</sup> choisi par le mandant<sup>16</sup>. L'Assemblée nationale avait souhaité l'intervention d'un second notaire, comme en matière de renonciation anticipée à l'action en réduction, mais cette précaution est apparue inutile au Sénat, les intérêts des deux parties n'étant pas en opposition. Finalement, aucun autre formalisme n'est venu alourdir sa rédaction. L'intervention d'un avocat en qualité de conseil du mandant peut toutefois être conseillée. Ce dernier bénéficie alors de l'assistance de deux spécialistes du droit de la famille et des incapacités qui le guideront utilement dans ses choix de protection.

Le mandataire doit accepter le mandat également par la forme authentique, soit en intervenant à l'acte, soit en acceptant le mandat par acte séparé. En pratique, il sera préférable que le mandat et son acceptation soient réunis en un seul acte. Toutefois, rien n'empêche le mandataire d'être représenté à l'acte par une procuration authentique afin de respecter le parallélisme des formes<sup>17</sup>. La modification du mandat revêt le même caractère authentique.

La nullité du mandat de protection future est encourue lorsque ces conditions de forme ne sont pas respectées. Toutefois, la loi n'a pas précisé si elle était absolue ou relative.

Le mandat conclu par acte notarié possède de nombreux avantages. Le notaire confère la force exécutoire et la force probante à son mandat, et il en assure la conservation. Et surtout, seule la forme authentique lui permet de confier à son mandataire le pouvoir de réaliser des actes de disposition, lui assurant ainsi la protection juridique la plus étendue.

Lorsqu'un professionnel rencontre un client qui le charge d'établir un mandat de protection future, avant toutes questions utiles à la rédaction, il doit s'assurer que les conditions du recours à cette institution sont bien remplies.

## 2 - Les conditions de fond

Ces conditions sont relatives au mandant et au mandataire.

La capacité du mandant à conclure ce mandat doit en premier lieu être vérifiée. Le nouvel article 477 du Code civil prévoit dans ses deux premiers alinéas la possibilité d'adopter un mandat de protection future pour le majeur capable ou le mineur émancipé, et

---

<sup>15</sup> Par contre, le mandat de protection future pour autrui est obligatoirement établi par acte authentique : article 477 alinéa 4 du Code civil.

<sup>16</sup> Article 489 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil.

<sup>17</sup> Quant au mandant, il pourrait en théorie se faire également représenter, mais donner une procuration authentique pour donner une procuration n'aurait pas beaucoup de sens.

pour la personne en curatelle avec l'assistance de son curateur. Sont donc exclus les mineurs, les personnes en tutelle, mais également, même si le texte ne le précise pas, toute personne dont les facultés mentales sont altérées comme l'exige le droit commun des contrats<sup>18</sup>. Il est donc impératif de demander une copie de l'acte de naissance, et si une mention RC<sup>19</sup> est inscrite d'en demander copie auprès du Tribunal de Grande Instance du lieu de naissance. Des problèmes risquent cependant d'apparaître en pratique lorsque le requérant est capable mais qu'il ne semble pas sain d'esprit ou sous l'emprise du mandataire. Il est prudent de refuser la rédaction d'un tel mandat si le client montre des signes évidents d'incapacité naturelle ou de contrainte.

Il faut ensuite s'assurer que le mandat n'encourra pas la révocation pour l'une des causes citées à l'article 483-4°. Ainsi, lorsque le mandant est marié et que le mandataire n'est pas le conjoint, l'avocat doit, au titre de son devoir de conseil, avertir que le mandat sera susceptible d'annulation car les règles de la représentation, celles relatives aux droits et devoirs des époux et des régimes matrimoniaux<sup>20</sup> pourront s'avérer suffisantes pour pourvoir aux intérêts de la personne dont les facultés mentales sont atteintes. Cependant même dans ces cas, le mandat de protection future notarié peut avoir une supériorité s'il permet la réalisation d'actes de disposition et s'il s'étend à la protection de la personne.

Enfin, il faut veiller aux qualités du ou des mandataires. En ce domaine, l'autonomie de la volonté prévaut. Le mandat peut choisir toute personne physique, ou une personne morale inscrite sur la liste des mandataires judiciaires à la protection des majeurs<sup>21</sup>. Rien n'empêche le mandant de désigner plusieurs mandataires. Les pouvoirs de ces derniers doivent être précisément délimités et organisés afin d'éviter des utilisations contradictoires, faisant double emploi, ou les conflits entre mandataires qui pourraient conduire l'un d'eux à demander la révocation du mandat pour le motif que l'exécution du mandat est de nature à porter atteinte aux intérêts du mandant<sup>22</sup>. Dans la pratique, il est préférable de conseiller des attributions distinctes, mais toutefois si le mandant souhaite leur allouer des fonctions communes et qu'ils peuvent agir séparément, prévoir au minimum une obligation mutuelle d'information. Il sera sans doute plus fréquent de nommer un mandataire pour le patrimoine et un autre pour les actes personnels, ainsi un juriste et un thérapeute. Le choix du mandataire est éminemment personnel, mais il faut éviter les désignations trop affectives car les relations, entre la rédaction du mandat et son déploiement, peuvent

---

<sup>18</sup> Rappelons l'article 414-1 du Code civil « Pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit ». Voir supra page 20 et suivantes.

<sup>19</sup> Répertoire civil.

<sup>20</sup> Articles 212 à 226 du Code civil.

<sup>21</sup> Article 480 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil.

<sup>22</sup> Article 483 4° in fine du Code civil.

évoluer. Il faut également déconseiller le choix du conjoint comme mandataire, car les époux vieilliront au même rythme et le conjoint risque fort d'être affaibli lors du déclenchement du mandat de protection future et incapable d'exercer sa mission. Le choix doit reposer avant tout sur la compétence du mandataire compte tenu des pouvoirs que le mandant lui confère. A la vue de ses compétences en matière de gestion de patrimoine et de sa connaissance du contexte personnel et familial de son client mandant, il est tout à fait possible de choisir un avocat ou un notaire comme mandataire<sup>23</sup>. Toutefois, déontologiquement et pour éviter tout conflit d'intérêt, il est évident que l'avocat ou le notaire rédacteur ne peut être l'avocat ou le notaire mandataire, et il semble également prudent de ne pas désigner comme mandataire un associé ou collaborateur de l'avocat ou du notaire rédacteur<sup>24</sup>.

Quel que soit leur nombre, chaque mandataire doit jouir de sa capacité civile lors de sa désignation<sup>25</sup>. Ne peuvent être mandataires selon l'article 480 alinéa 2 du code civil, les personnes exclues de la tutelle de l'article 395, c'est-à-dire, les mineurs non émancipés, les majeurs placés sous un régime de protection juridique, les personnes à qui l'autorité parentale a été retirée, et les personnes frappées d'une interdiction d'exercice de leurs droits civiques, civils, et de famille. En outre, les professionnels du monde médical, les pharmaciens, et les auxiliaires médicaux ayant des liens avec le mandant ne peuvent être choisis comme mandataire. S'ils le deviennent, ils ne pourront plus être le praticien du mandant afin d'éviter tout conflit d'intérêts.

Le mandataire doit bien sûr continuer de jouir de sa capacité au moment de la prise d'effet du mandat. Pour éviter le risque de disparition ou d'incapacité de son mandataire, le notaire doit conseiller à son client de prévoir un mandataire en second, comme le prévoient souvent les contrats d'assurance-vie avec les bénéficiaires.

Les frais exposés par le mandataire dans l'accomplissement de sa mission lui sont remboursés. En ce qui concerne la rémunération, l'article 1986 du Code civil dispose que le mandat est gratuit s'il n'y a pas de convention contraire. Le rédacteur doit donc soulever la question de l'éventuelle rémunération du

mandataire, l'indiquer expressément dans le mandat, et le cas échéant, en préciser les modalités<sup>26</sup>.

Une fois les conditions de fond vérifiées, les intentions du mandant doivent être traduites pour rédiger le contenu du mandat.

### 3 – Le contenu

L'objet du mandat, les pouvoirs du ou des mandataires et les organes de contrôle doivent être déterminés avec précision car une mesure de protection judiciaire peut être substituée à un mandat imprécis. Toutefois, il ne doit pas non plus être trop rigide, sous peine d'être source de blocage. Un savant équilibre rédactionnel doit être trouvé.

Le mandat peut concerner tant la personne que son patrimoine, mais seule la forme notariée peut prendre des dispositions relatives aux biens et droits immobiliers. L'objet du mandat est librement fixé par le mandant, il peut être expressément limité à l'une de ces deux missions seulement<sup>27</sup>.

Le mandat peut porter sur la totalité des biens du mandant ou seulement sur certains<sup>28</sup>. Il précise la nature des pouvoirs donnés au mandataire. A la différence du droit commun des mandats<sup>29</sup>, le mandat de protection future notarié autorise les actes de disposition<sup>30</sup>. Seuls les actes de disposition à titre gratuit devront toujours être autorisés par le juge des tutelles<sup>31</sup>. Toutefois, il est également possible de limiter la mission du mandataire aux seuls actes conservatoires ou de gestion courante. Eventuellement, s'il y a plusieurs mandataires, il faut préciser sur quels biens s'exercent les pouvoirs donnés à chacun, leur nature, la faculté de les exercer ensemble ou non, et l'obligation mutuelle d'information.

Lorsque le mandat confie la protection de la personne du mandant, le ou les mandataires ont alors les obligations que le curateur et le tuteur ont envers la personne en curatelle ou tutelle en vertu des articles 457-1 à 459-2 du Code civil. Toute stipulation contraire est de plus réputée non écrite par l'article 479 alinéa 1<sup>er</sup> in fine du Code civil.

<sup>23</sup> Si le mandataire est un notaire chacun est en droit d'attendre de lui des diligences particulières. En tant que professionnel, sa responsabilité risque d'être plus facilement engagée.

<sup>24</sup> Le professionnel mandataire doit alors faire rédiger le mandat de protection future par un de ses confrères.

<sup>25</sup> Un mandant peut souhaiter nommer son enfant mineur mandataire, un mandataire ad hoc est alors désigné par le juge des tutelles pour signer au nom de l'enfant le mandat. Il est alors nécessaire de désigner un autre mandataire susceptible d'exercer ces fonctions jusqu'à la majorité de l'enfant.

<sup>26</sup> Si une rémunération est envisagée, il peut s'agir d'une indemnité forfaitaire ou proportionnelle par exemple un pourcentage des revenus nets encaissés par le mandataire. Elle peut être liée à la disponibilité du mandataire ou proportionnelle au temps consacré à la gestion du patrimoine ou aux actes concernant la personne.

<sup>27</sup> Article 479 alinéa 1 et 2 du Code civil.

<sup>28</sup> En présence d'un patrimoine important comportant des biens plus ou moins facile à gérer, le mandat peut porter sur l'ensemble des biens et prévoir des étapes dans son application, au fur et à mesure, de l'aggravation de l'état du mandant ou en fonction de la nature des biens.

<sup>29</sup> Article 1988 du Code civil.

<sup>30</sup> Article 490 du Code civil.

<sup>31</sup> Article 490 alinéa 2 du Code civil.

Comme le curateur ou le tuteur, le mandataire est tenu à une obligation d'information de la personne qu'il protège. Elle porte sur sa situation personnelle, les actes concernés, leur utilité, leur degré d'urgence, les effets et conséquences d'un refus de sa part. Le mandat peut prévoir que le mandataire exerce les missions du Code de la Santé publique et du CASF. Il peut ainsi être désigné comme la personne de confiance qui sera consultée si le majeur est hors d'état d'exprimer sa volonté ou de recevoir cette information médicale<sup>32</sup>, ou encore dans la même hypothèse, donner son consentement à la recherche biomédicale sur la personne du mandant<sup>33</sup>.

Toutefois, le mandataire a l'interdiction d'accomplir à la place de la personne protégée certains actes par nature strictement personnels<sup>34</sup>. Il en est de même pour les choix de sa résidence et ses fréquentations. Toutes ces décisions incombent au seul mandant, et ce même si son état ne le permet pas<sup>35</sup>. En revanche, lorsqu'il se met en danger par son comportement ou ses choix personnels, le mandataire peut prendre toute mesure de protection nécessaire pour mettre fin à ce danger. Si ces dispositions portent atteintes à l'intégrité corporelle ou à l'intimité de la vie privée, l'accord du juge est cependant recueilli<sup>36</sup>.

Il est utile de délimiter précisément les missions du mandataire en matière personnelle pour éviter tout doute au moment où ces situations se produiraient.

L'article 479 du Code civil dispose que « *le mandat fixe les modalités de contrôle de son exécution* ». Si le mandat est notarié, le mandataire adresse chaque année au notaire rédacteur ses comptes annuels<sup>37</sup>. Ce dernier est chargé de leur conservation. La loi n'indique pas expressément qu'il revient au notaire de contrôler les documents qui lui sont transmis, et certains juristes estiment que sa mission est seulement de recueillir et de conserver. Qu'il soit sous seing privé ou notarié, le mandat doit donc toujours désigner précisément l'organe de contrôle. Un avocat ou un notaire peut tout à fait exercer cette mission mais le mandant peut également désigner un tiers<sup>38</sup>. Il peut s'agir d'une personne physique comme un parent, un proche, ou un professionnel, ou d'une

<sup>32</sup> Article L. 1111-6 du Code de la santé publique : voir infra page 123 et suivantes.

<sup>33</sup> Article L.1122-2 du Code de la santé publique.

<sup>34</sup> Exemples : déclaration de naissance d'un enfant, actes de l'autorité parentale, consentement à l'adoption de son enfant.

<sup>35</sup> Alors que dans le cadre d'une curatelle ou d'une tutelle, l'article 459 alinéa 2 permet dans ce cas de demander au juge des tutelles, ou s'il existe, au conseil de famille, une autorisation pour assister le majeur, il résulte des travaux parlementaires que cette disposition ne peut être transposée au mandat de protection future.

<sup>36</sup> Article 459 alinéa 3 et 4 du Code civil. Dans ce cas, il est vraisemblable que le placement en tutelle sera demandé ce qui entraînera la fin du mandat de protection future.

<sup>37</sup> Article 491 du Code civil.

<sup>38</sup> Le tiers de confiance et le contrôleur de gestion.

personne morale. Bien entendu, cette personne doit accepter cette fonction en signant le mandat<sup>39</sup>.

Les organes de contrôle doivent être déterminés compte tenu de l'importance du patrimoine. Si le mandataire n'accomplit que des actes personnels, le contrôle d'un avocat semble suffisant. A l'inverse, si le mandataire doit gérer un patrimoine immobilier conséquent ou une entreprise, le contrôle peut être doublé par celui d'un notaire ou d'un expert-comptable.

Ces intervenants peuvent être rémunérés, et le mandat doit prévoir les modalités de cette rémunération<sup>40</sup>. La rémunération doit être négociée, elle peut être forfaitaire ou non comme pour le mandataire.

La pratique devrait recommander la rédaction relativement tardive des mandats de protection future. Les prévisions à long terme sont loin d'être évidentes, et le périmètre patrimonial et familial est ainsi mieux cerné.

Une fois le mandat rédigé et signé s'ouvre une période entre la rédaction et le déploiement du mandat, appelée « période de latence ».

Un seul mandat doit être rédigé. Lorsque plusieurs ont été signés, comme pour le testament, le dernier en date révoque le ou les précédents. Toutefois, tant que l'exécution du mandat n'est pas déclenchée, ce dernier peut faire l'objet de modifications ou révocation de la part du mandant, et de renonciation de la part du mandataire.

La modification et la révocation du chef du mandant se fait dans les mêmes formes que le mandat.

La modification et la révocation du mandat sont notifiées au mandataire et à la personne chargée de contrôler le mandat. Si un notaire a reçu l'acte, il doit également en être averti, sauf s'il est lui-même l'auteur de la modification ou de la révocation.

Le mandant n'a pas d'autres obligations. Aucune mesure de publicité particulière n'a été prévue par la loi.

Le mandataire peut renoncer au mandat en notifiant sa décision au mandant et le cas échéant au notaire. Contrairement à la révocation du mandat, la renonciation du mandataire n'est pas soumise au parallélisme des formes et n'exige pas un acte notarié<sup>41</sup>. L'acte d'huissier tout comme la lettre recommandée avec accusé de réception sont parfaitement légaux.

<sup>39</sup> Une copie du mandat lui sera remise.

<sup>40</sup> Pour l'établissement du mandat de protection future, le notaire a droit à des émoluments de 130,00 Euros TTC. Le contrôle du notaire est rémunéré de 131,00 à 393,00 Euros TTC selon l'importance des sommes en jeu.

<sup>41</sup> Article 489 alinéa 2 in fine.

La renonciation est possible pendant toute cette période de latence. Dans un tel cas, le mandat de protection future doit être modifié afin de désigner un nouveau mandataire<sup>42</sup>. A compter de son exécution, les mandataires ne peuvent plus renoncer d'eux-mêmes à leur mission, ils ne peuvent que demander au juge des tutelles d'en être déchargés.

Au cours de la période de latence, le mandataire n'a aucune obligation découlant du mandat, puisque celui-ci n'est pas mis à exécution. Cependant, si les conditions du déclenchement sont réunies et que le mandataire n'accomplit aucune démarche afin de mettre en œuvre le mandat, sa responsabilité de droit commun est engagée.

## B - Le déploiement du mandat

La mise en œuvre du mandat de protection future (2) nécessite la réunion de certaines conditions (1). Il se termine soit naturellement par le décès du mandant ou la disparition de la cause le justifiant, soit de manière contentieuse (3).

### 1 - La réunion des conditions de fond et de forme

Comme pour l'ouverture d'une mesure de protection judiciaire, le mandat de protection future produit son effet lorsqu'un certificat médical émanant d'un médecin agréé établit « *que le mandant ne peut plus pourvoir seul à ses intérêts* »<sup>43</sup>. Le mandat de protection future est un contrat à exécution différée déclenché par une altération des facultés mentales ou corporelles, qui empêche de manifester sa volonté. Le contrôle du médecin ne doit pas être fait dans l'absolu mais par référence aux termes du mandat, car une personne peut être incapable de gérer un patrimoine complexe mais encore apte à traiter de ses affaires courantes ou de sa personne. Il semble que le docteur doive préciser dans son certificat quels types d'actes le mandant se trouve dans l'incapacité de faire, et le mandat est alors limité à ces actes. Mais cela semble quasiment impossible en pratique...

Le mandataire doit ensuite présenter ce certificat médical, accompagné du mandat, au greffe du Tribunal d'Instance du lieu de résidence du mandant<sup>44</sup>. Le greffier vise le mandat, date sa prise d'effet et le restitue au mandataire.

---

<sup>42</sup> Sauf si un mandataire en second a été prévu dès la rédaction initiale en cas de renonciation ou de défaillance du premier.

<sup>43</sup> Article 481 du Code civil.

<sup>44</sup> Si le mandat est sous seing privé, le mandataire produit au greffe un original du mandat, s'il s'agit d'un mandat notarié sa copie authentique.

Si le mandat est notarié, le mandataire informe le notaire rédacteur de son déploiement<sup>45</sup> qui indique alors la date de prise d'effet sur la minute du mandat. Le mandant en reçoit également notification dans les conditions prévues par le Code de procédure civile<sup>46</sup>. Afin d'informer le mandant de l'étendue des prérogatives du mandataire, la notification précise la nature des actes que le mandant a été jugé inapte à accomplir en raison de son état de santé physique ou mental.

Aucune autre mesure de publicité n'est prévue pour le déclenchement de cette protection conventionnelle. C'est d'ailleurs une des principales critiques qui est faite à ce mandat. Les tiers n'en sont avertis que lorsqu'ils contractent avec le mandataire<sup>47</sup>. La loi de 2007 a estimé qu'une information générale des tiers n'est due que lorsqu'un majeur est dessaisi de ses droits. Une protection conventionnelle ne peut à elle seule créer l'incapacité, seul le juge des tutelles peut l'ordonner. Le mandat de protection future met en place un régime de représentation, le mandant conserve tous ses droits et pouvoirs. La personne protégée continue d'accomplir les actes non prévus par le mandat. En revanche, si elle passe un acte ou contracte un engagement incombant au mandataire, cet acte peut être annulé sur le fondement de l'article 414-1 du Code civil, à condition que l'intéressé ou ses héritiers prouvent l'existence d'un trouble mental au moment de l'acte. Mais cette nullité n'est pas automatique. Le juge a la possibilité de substituer à la nullité la rescision pour lésion ou la réduction pour excès.

Tout intéressé peut saisir le juge des tutelles aux fins de contester la mise en œuvre du mandat ou de statuer sur les conditions et les modalités de son exécution<sup>48</sup>.

En application du principe de subsidiarité, le mandat de protection future a priorité sur les mesures de protection judiciaire. Il s'impose au juge, s'il assure une protection suffisante du majeur. A l'inverse, le juge peut mettre fin au mandat et ouvrir une mesure de curatelle ou de tutelle. De même, s'il estime que le champ d'application du mandat ne permet pas de protéger tous les intérêts personnels ou patrimoniaux de la personne, le juge peut autoriser le mandataire ou un mandataire ad hoc à accomplir un ou plusieurs actes déterminés non couverts par le mandat<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> Une clause du mandat doit prévoir la forme de la notification par le mandataire au notaire rédacteur.

<sup>46</sup> Ce renvoi signifie que la notification peut se faire par acte d'huissier ou par lettre recommandée avec accusé de réception.

<sup>47</sup> Le mandataire a l'obligation de présenter le mandat aux tiers chaque fois qu'il agit au nom et pour le compte du mandant.

<sup>48</sup> Article 484 du Code civil.

<sup>49</sup> Article 485 du Code civil. En cas de coexistence d'une protection conventionnelle et d'une protection judiciaire, les personnes chargées de ces mesures sont indépendantes et ne

## 2 – L'exécution du mandat

Dès sa prise d'effet, le mandat de protection future permet au mandataire d'agir au nom du mandant. Ses règles de fonctionnement sont celles du mandat de droit commun adaptées aux spécificités du mandat de protection future. Le mandataire a des pouvoirs et des obligations.

La première obligation du mandataire consiste à faire établir un inventaire des biens du mandant. Il s'agit de l'inventaire tel qu'on le connaît dans la tutelle, mais aucun délai pour son établissement n'est fixé. La loi se contente des termes « *lors de l'ouverture de la mesure* », ce qui sous-entend un bref délai<sup>50</sup>.

Il n'est pas non plus précisé sous quelle forme l'inventaire doit être valablement dressé. Si les modalités de confection n'ont pas été précisées lors de la rédaction, il peut donc revêtir la forme notariée comme celle sous seing privé.

Au cours du mandat, le mandataire doit veiller à son actualisation afin de maintenir à jour toutes les informations relatives au patrimoine du majeur protégé. Si aucune forme particulière n'a été définie pour ses modifications, le choix de la forme de l'inventaire initial semble logique.

Si le mandat est notarié, cet inventaire et ses actualisations sont conservés par le notaire rédacteur.

Le mandataire doit exécuter personnellement le mandat<sup>51</sup>. Le mandat de protection future est un contrat intuitu personae. Lorsque le mandat est notarié le mandataire ne peut confier à un tiers l'exécution d'actes de disposition ou d'actes à caractère personnel. La substitution ne peut être que spéciale, c'est-à-dire, concerner un acte déterminé, comme la gestion locative d'un bien immobilier. Dans ce cas, le mandataire répond de la personne qu'il s'est substitué dans les conditions de droit commun<sup>52</sup> du mandat.

Quelque soit la forme du mandat de protection future, le mandataire comme le tuteur ou le curateur doit respecter l'article 426 du Code civil pour les actes qui touchent le logement, les meubles, et objets personnels de la personne protégée. Ainsi une autorisation du juge des tutelles est toujours requise, voire un avis médical, si l'acte a pour finalité l'accueil de l'intéressé dans un établissement.

Le mandat notarié assure une protection plus étendue au mandant en confiant au mandataire le pouvoir de réaliser les actes conservatoires et de gestion

---

sont pas responsables l'une envers l'autre, mais elles doivent s'informer mutuellement de leurs décisions.

<sup>50</sup> Article 486 du Code civil.

<sup>51</sup> Article 482 du Code civil.

<sup>52</sup> Article 482 alinéa 2 du Code civil renvoyant à l'article 1994 du Code civil.

courante comme les actes de disposition<sup>53</sup>. Ainsi sauf interdiction expresse dans le mandat notarié, le mandataire peut faire vendre un immeuble appartenant à la personne protégée ou acquérir un bien immobilier au nom et pour le compte du mandant en emploi ou remploi de ses deniers. Il peut également contracter un prêt et le garantir au moyen d'une sûreté réelle dès lors que cette opération est faite dans l'intérêt de l'emprunteur. En matière successorale, le mandataire notarié peut accepter purement et simplement une succession. De même, il peut accepter librement une donation consentie à la personne protégée qu'elle soit sans ou avec charges. Comme sous le régime de la tutelle, il n'a besoin d'aucune autorisation pour refuser une donation, mais sa responsabilité peut être engagée si cette renonciation est défavorable au majeur. Enfin, lorsqu'un partage amiable est décidé, le mandataire notarié peut agir seul. Toutefois, lorsqu'un acte a été expressément écarté des pouvoirs du mandataire, ce dernier ne peut l'accomplir qu'avec l'accord du juge des tutelles.

La limite aux pouvoirs du mandataire est posée par l'article 490 du Code civil. Les actes de disposition à titre gratuit ne peuvent être accomplis par le mandataire qu'avec l'autorisation du juge des tutelles<sup>54</sup>. Par acte à titre gratuit, il faut entendre tout acte comportant une intention libérale, toute donation qu'elle soit manuelle indirecte ou déguisée. Ainsi, il semble que la renonciation à succession soit assimilée à un acte de disposition à titre gratuit si elle est bénéficiaire<sup>55</sup>. Il paraît également prudent de retenir la même solution pour les contrats d'assurance-vie, ignorés par la loi du 05 mars 2007 car un arrêt de la Cour de Cassation a encore récemment requalifié l'assurance-vie en donation indirecte<sup>56</sup>.

Des interrogations subsistent concernant deux actes. La renonciation à l'action en réduction est interdite au tuteur<sup>57</sup>. Dans le mandat de protection future, l'article 490 du Code civil permet au mandataire d'accomplir les actes patrimoniaux que le tuteur a le pouvoir de faire seul ou avec autorisation. Cependant, il n'est pas dit dans ce même texte que le mandataire a le pouvoir d'effectuer les actes interdits au tuteur. Ce pouvoir doit lui être refusé. Néanmoins, rien n'empêche le mandat de prévoir dans une telle situation la sollicitation par le mandataire de l'autorisation du juge des tutelles. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2009, une personne sous tutelle peut faire seule son testament avec l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil

---

<sup>53</sup> Le mandat sous seing privé ne permet que la réalisation d'actes conservatoire ou de gestion courante. Pour l'accomplissement des autres actes, le mandataire doit saisir le juge des tutelles. Ce dernier les autorise s'ils sont nécessaires dans l'intérêt du mandant.

<sup>54</sup> Article 490 alinéa 2 du Code civil.

<sup>55</sup> Voir en ce sens, Ph. POTENTIER, JCP N 2007, 1262, numéro 23.

<sup>56</sup> Cour de Cassation Ch. Mixte 21 décembre 2007, JCP N, n°15, 1174.

<sup>57</sup> Article 509 du Code civil.

de famille. La loi reste silencieuse sur le sort d'un testament rédigé par le mandant après l'exécution du mandat. Le maintien de la capacité du majeur est susceptible de sauver le testament même s'il encourt également la rescision pour lésion, voire la nullité<sup>58</sup>. Par précaution, une clause pourrait être insérée dans le mandat de protection future accordant la possibilité pour le mandant de rédiger un testament avec l'accord du juge des tutelles<sup>59</sup>.

Pour prévenir ou éviter toutes fautes de gestion dans sa mission, la loi a prévu des obligations de reddition de compte par le mandataire. Chaque année, il établit le compte de sa gestion selon les modalités prévues par le mandant dans le mandat<sup>60</sup>. A ce compte sont annexées toutes les pièces justificatives telles que les factures ou les actes. Il peut être vérifié par le juge, selon les modalités prévues par l'article 511 du Code civil relatif au contrôle des comptes de la tutelle, ou par tout contrôleur désigné par le mandat.

Ces comptes annuels et annexes sont adressés au notaire si le mandat a été rédigé sous la forme notariée. Comme pour l'inventaire et ses actualisations, le notaire a l'obligation de les conserver<sup>61</sup>. Le texte n'exige pas un acte de dépôt de pièces, il s'agit d'une simple conservation jugée plus sûre par le législateur qu'une conservation de documents au domicile du mandataire<sup>62</sup>.

Lors de la réception de ces documents, le notaire a une obligation de contrôle et d'alerte. S'il constate des mouvements de fonds ou des actes de gestion suspects, ce dernier a l'obligation d'en avvertir le juge des tutelles<sup>63</sup>. Le notaire ne doit pas seulement conserver les documents comptables mais les consulter et les analyser par rapport aux dispositions du mandat<sup>64</sup>.

---

<sup>58</sup> Article 488 du Code civil.

<sup>59</sup> Reste toutefois la difficulté que la compétence du juge des tutelles est définie par la loi, et non par la convention. Le recours au juge pourrait alors se fonder sur l'article 484 du Code civil lorsqu'il agit pour statuer sur les modalités et les conditions du mandat de protection future.

<sup>60</sup> Article 486 alinéa 2 du Code civil : état des recettes en capital et en revenus, dépenses, créances à recouvrer, actes d'administration accomplis sur les biens...

<sup>61</sup> Article 491 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil.

<sup>62</sup> Cela oblige le notaire à conserver ouverts les dossiers de mandat de protection future à compter de leur mise en œuvre. Ces dossiers seront complétés annuellement, voire plus souvent lors d'une actualisation de l'inventaire. Cette nouvelle fonction confiée au notaire peut constituer dans les années à venir une part importante de son activité, et pourra justifier qu'un service entier de l'Office notarial y soit consacré.

<sup>63</sup> Article 491 alinéa 2 du Code civil.

<sup>64</sup> Le notaire a droit à une rémunération pour l'accomplissement de ces différentes obligations de conservation, de contrôle, et d'alerte, lesquelles engagent sa responsabilité. L'article 1<sup>er</sup> du décret n° 2008-296 du 31 mars 2008 fixe les modalités financières de l'examen des comptes du mandataire.

Face à un mandat de protection future, le notaire doit être vigilant quant à l'étendue des pouvoirs du mandataire et à la capacité du mandant. Lorsqu'un acte authentique doit être conclu par le mandataire au nom et pour le compte du mandant, le notaire doit s'assurer qu'il peut le régulariser. Ainsi lorsqu'un bien immobilier est vendu, le notaire doit non seulement vérifier que la forme du mandat est bien notariée et que l'acte de vente n'a pas été expressément interdit par le mandat, mais il doit également regarder qu'il ne s'agit pas de la résidence principale ou même secondaire de la personne protégée<sup>65</sup>.

De même, le mandant reste capable et peut accomplir seul certains actes, tels qu'un contrat de mariage, changement de régime matrimonial, ou la conclusion d'un PACS, alors qu'un certificat médical a attesté d'une altération des facultés mentales... Les actes passés par ce majeur protégé sont donc fragilisés et tout professionnel doit faire preuve d'une extrême prudence. Il apprécie au moment de la conclusion de l'acte si la personne protégée est apte à comprendre ses engagements et leurs conséquences. S'il existe un trouble mental évident, il a l'obligation de prendre des mesures adaptées comme demander un avis médical concernant cet acte spécifique, requérir une autorisation du juge des tutelles, voire refuser d'agir.

Comme dans le droit commun du mandat, le mandataire répond des fautes qu'il commet dans sa gestion, avec une responsabilité moins rigoureusement appliquée lorsque le mandat est gratuit<sup>66</sup>. Si le mandataire est reconnu responsable d'un préjudice à l'égard de la personne âgée qu'il protège, il peut être condamné à lui verser des dommages et intérêts. En cas de problème sur la mise en œuvre du mandat ou ses conditions d'exécution, le mandataire ou tout intéressé peut saisir le juge des tutelles<sup>67</sup>.

Toutefois, il ne peut être mis fin au mandat que pour les causes prévues par l'article 483 du Code civil et par révocation judiciaire.

### 3 - La fin du mandat

Le mandat de protection future peut prendre fin naturellement ou judiciairement.

Evidemment, le mandat s'achève au décès du mandant ou du mandataire.

De même, lorsque la personne protégée recouvre ses facultés, le mandat de protection future perd automatiquement sa cause. Un nouveau certificat médical est établi à la demande du mandant ou du

---

<sup>65</sup> L'autorisation du juge des tutelles est alors requise, voire un avis médical d'un médecin agréé si la finalité est le placement dans un établissement.

<sup>66</sup> Article 1992 du Code civil et 424 du Code civil.

<sup>67</sup> Article 484 du Code civil.

mandataire. Il est produit avec le mandat au greffier. Le terme du mandat de protection future est ensuite notifié au mandant dans les conditions prévues au Code de procédure civile.

Le placement du majeur protégé peut également mettre fin au mandat. Cette faculté est réservée au juge, il peut aussi conserver le mandant dans la mesure de sa compatibilité avec le régime de protection adopté<sup>68</sup>. En cas de placement sous sauvegarde de justice, le mandat de protection future est en principe maintenu, mais le juge des tutelles a la possibilité de le révoquer ou de le suspendre<sup>69</sup>. De même, le placement du mandataire sous une mesure de protection, sa faillite (redressement judiciaire ou liquidation judiciaire) ou sa « déconfiture », s'il s'agit d'une personne morale, arrête le mandat<sup>70</sup>.

Ces règles d'extinction du mandat de protection future sont justifiées par le caractère intuitu personae du contrat.

A la demande de toute personne intéressée, le mandat de protection future peut prendre fin par révocation judiciaire dans trois situations. Lorsque le mandat n'est plus justifié du fait du rétablissement des capacités du mandant, toute personne peut demander au juge de le révoquer<sup>71</sup>. Ce dernier apprécie si les causes de l'article 425 du Code civil ayant justifié la mise en œuvre du mandat ont bien disparu. Le mandat peut également être révoqué du fait de son inutilité car les règles du droit commun de la représentation ou des régimes matrimoniaux s'avèrent suffisantes pour protéger le majeur. Le juge examine alors la nécessité de l'exécution du mandat qui doit restée subsidiaire. Enfin, le juge doit mettre un terme au mandat s'il porte atteinte aux intérêts patrimoniaux ou personnels du mandant.

Le mandat de protection future est une innovation souhaitée et approuvée par une majorité des praticiens du droit. Il humanise la diminution mentale en associant la personne à sa propre protection. Cette auto-protection a été la mesure la plus médiatisée de la réforme de 2007, mais est-elle pour autant réussie ? Plus de trois ans après son entrée en vigueur, des insuffisances sont pointées par la doctrine et la pratique, qui demandent déjà au législateur de reprendre sa copie

## **II - Une protection conventionnelle à améliorer**

<sup>68</sup> Par exemple, le juge peut maintenir le mandat de protection future dont l'objet est l'accomplissement d'actes personnels, puisqu'il ordonne une tutelle sur les biens.

<sup>69</sup> Article 436 alinéa 1 du Code civil. Le juge prend cette décision lorsqu'il est nécessaire d'agir dans l'urgence et que le mandat de protection future n'est pas conforme aux intérêts de la personne protégée.

<sup>70</sup> Article 483 alinéa 3 du Code civil.

<sup>71</sup> Article 483 4° du Code civil.

Certains auteurs qualifient le mandat de protection future de « demi-protection »<sup>72</sup> ou « d'illusion »<sup>73</sup>. Les problèmes soulevés sont son défaut de publicité (A), ses contrôles insuffisants (B), et son insécurité juridique (C). Les expériences étrangères, notamment québécoise, montrent pourtant que ces critiques sont excessives, et que quelques corrections suffiraient à en faire un instrument de protection efficace.

### **A - L'instauration d'une double publicité**

Aucune mesure de publicité n'a été prévue par le législateur que ce soit suite à sa rédaction ou suite à son déploiement (1), alors que des registres existants pourraient être utilisés (2).

#### **1 - Les carences de publicité**

Un des principes directeurs de la mise en œuvre d'une mesure de protection est celui de la subsidiarité<sup>74</sup>. Or comment le juge des tutelles peut-il savoir qu'un mandat de protection future a été rédigé et qu'il doit être préféré à une mesure judiciaire ?

Lorsqu'il s'exécute, le mandant conserve sa capacité et par conséquent aucune mention en marge de son acte de naissance n'est apposée. De plus, aucun répertoire, comme en matière de sauvegarde de justice<sup>75</sup>, n'a été créé. Alors comment le praticien du droit, chargé de contrôler l'exécution du mandat ou de la rédaction d'un acte auquel le mandant est partie, peut-il être averti de son entrée en vigueur ? Et comment le mandat peut-il être opposable aux tiers ? Le greffier se contente de constater l'inaptitude du mandant suite à une déclaration médicale. Comme il ne garde et ne conserve rien, il ne peut avoir cette mission d'information. Elle revient sans doute au mandataire qui risque à défaut d'engager sa responsabilité. Mais l'oubli, le retard, voir l'ignorance de ce dernier de la conclusion d'un acte par son mandant, sont des probabilités importantes entraînant une insécurité juridique préjudiciable. Les règles de l'apparence pourront éventuellement protéger les tiers mais c'est la protection du majeur qui risque d'en pâtir. Le législateur doit réparer cette omission.

#### **2 - L'utilisation de registres existants**

<sup>72</sup> *La réforme de la protection juridique des majeurs*, Philippe MALAURIE, Defrénois 2007 n°8, article 38569, page 567.

<sup>73</sup> *Le mandat de protection future ou la double illusion*, Dominique FENOUILLET, Defrénois 2009 n°2, article 38882, page 142.

<sup>74</sup> Article 428 du Code civil : une mesure de protection judiciaire ne peut être prononcée qu'en l'absence de solutions moins contraignantes et moins attentatoires aux droits de la personne, telle la rédaction d'un mandat de protection future.

<sup>75</sup> Article 1251 du Code de Procédure Civile.

Une double publicité doit être organisée. Une première sur un registre destiné aux mandats conclus qu'ils soient sous seing privé ou notariés, informant d'éventuelles modifications, et révocation avant leur prise d'effet, et mentionnant également leur déploiement. Le notariat a proposé d'utiliser à cet effet le fichier de disposition de dernières volontés<sup>76</sup>.

Une seconde sur un registre destiné aux mandats ayant pris effet, et à tous les événements pouvant intervenir ou influencer sur l'exécution du mandat, tel le décès du mandant ou du mandataire, ou encore sa révocation judiciaire. Il serait facile de prévoir que le greffier assure l'inscription, et le répertoire civil semble tout désigné pour la publicité des mandats mis à exécution.

Ces registres seraient consultables par les professionnels, comme les avocats, notaires, magistrats, et par toutes personnes justifiant d'un intérêt particulier.

## B – La désignation de contrôleurs

Au nom du respect de la volonté individuelle, le mandat de protection future détache la protection des majeurs du juge, pourtant protecteur naturel des libertés. Une place doit certes être accordée aux vœux de celui qui souhaite anticiper sa protection, mais le but demeure de garantir un système de protection sûr et efficace, du point de vue de la sécurité juridique comme des intérêts de la personne protégée. Supprimer le contrôle du juge (1) apparaît très imprudent. De même face aux pouvoirs étendus qui peuvent être confiés aux mandataires, certains peuvent être tentés d'abuser de leur mandat et de dilapider le patrimoine. Un encadrement rigoureux par le biais de tiers de confiance et de contrôleurs (2) de gestion doit être établi.

### 1 – L'intervention du Juge des Tutelles

L'effacement du juge dans le mandat de protection future n'est pas sans danger. De par son impartialité et son désintéressement, il est le meilleur garant des intérêts du sujet, il veille à la liberté, sanctionne les obligations, et assure la neutralité. Les volontés privées ne présentent pas toujours les mêmes garanties.

Actuellement, la mise en œuvre du mandat est soumise à une condition de fond, un besoin de protection, et à une condition de preuve, l'établissement d'un certificat médical. Or celui-ci, au nom du secret médical n'a pas à être circonstancié, il

<sup>76</sup> Vœu émis lors du 102<sup>ème</sup> Congrès des Notaires. *Les personnes vulnérables*, Defrénois 2006, Actualités, page 117 et suivantes.

suffit qu'il « *établit que le mandant se trouve dans l'une des situations prévues à l'article 425* »<sup>77</sup>. Ce qui risque de conduire à une délivrance plus facile du certificat. Devant sa production, le greffier n'a aucun pouvoir d'appréciation de l'altération effective des facultés, et se contente d'accomplir les formalités. Il notifie au mandant sa prise d'effet mais ne l'auditionne pas. Une vérification judiciaire de l'incapacité réelle du majeur permettrait de s'opposer à des mandataires indécis.

La saisie systématique du juge des tutelles contrôlerait également le respect du principe de subsidiarité. Le magistrat veillerait à ce le mandat pourvoie suffisamment aux intérêts du majeur à protéger, ou à défaut lui préférerait une mesure de protection judiciaire.

Les mandats de protection future seront souvent rédigés vingt, trente ans avant la survenance de la protection. Les circonstances auront pu changer radicalement et rendre les dispositions du mandat totalement inadaptées à la situation, tant personnelle que patrimoniale, de la personne à protéger. De même, les relations existantes entre le mandant et le mandataire au jour de sa désignation peuvent s'étioler au cours des années et rendre cette représentation inadaptée.

Ainsi, la volonté inscrite à un instant T peut ne plus correspondre aux nécessités de l'instant T+1. Le mandat peut être révisé, mais il serait certainement plus prudent de limiter dans le temps sa durée afin de forcer le mandant à réexaminer son contenu et le choix du mandataire. A tout le moins, prévoir l'intervention du juge au jour de sa mise en œuvre garantirait l'adéquation du mandat aux intérêts de la personne à protéger.

Par conséquent, une homologation, comme au Québec, par le juge des tutelles empêcherait toutes manœuvres familiales et éviterait le déploiement abusif ou inadapté du mandat de protection future. Il est regrettable que le législateur de 2007 ait sacrifié l'intérêt du majeur devant la surcharge des tribunaux français. La pratique amènera peut-être le législateur à établir ce contrôle judiciaire dans les prochaines années.

Une fois déployé, le contenu de la protection dépend de quelques règles impératives et surtout des stipulations du mandat sans possibilité de révision. Dans le cadre de la protection judiciaire, le juge des tutelles prend les mesures les plus adéquates au fil de l'évolution de la situation personnelle, patrimoniale, et familiale de l'incapable. Cette flexibilité du droit n'existe pas dans le mandat de protection future. Le « sur mesure volontaire » est figé et remplace le « sur mesure judiciaire » évolutif. C'est oublier que les intérêts d'une personne changent avec le temps, et notamment en fonction de l'altération de ses facultés.

<sup>77</sup> Article 431 du Code civil.

Là encore, la saisine du juge aurait été souhaitable pour modifier les pouvoirs du mandataire avec les besoins du mandant. A défaut, il conviendra d'être précis lors de la rédaction du mandat, et d'établir des règles différentes en fonction du degré de déficience du mandant.

## 2 – La nomination de tiers de confiance et de contrôleur de gestion

La loi considère que le mandataire volontairement désigné aura été bien choisi, qu'il sera compétent et honnête. Ce ne sera malheureusement pas toujours le cas. La désignation d'une personne morale a le mérite d'offrir une sécurité minimale garantie par le nouveau statut des mandataires judiciaires. Si le mandataire est une personne physique, la liberté de choix est entière. Ce peut être un membre de la famille<sup>78</sup>, comme un ami. Les proches ont généralement à cœur en raison des liens de famille et d'affection existant avec le majeur de préserver ses intérêts, mais la proximité n'est pas pour autant un gage de diligence et le risque d'un manque de compétence en gestion de patrimoine est encore plus prévisible. Leur responsabilité peut certes être engagée mais le résultat de l'action est incertain. Elle est d'ailleurs atténuée lorsque la fonction est exercée à titre gratuit. Un contrôle de leurs actes doit nécessairement être organisé.

La loi du 05 mars 2007 a prévu l'établissement par le mandataire d'un compte annuel de gestion. Dans le cadre d'un mandat sous seing privé, le juge des tutelles peut faire vérifier les comptes par le greffier en chef du Tribunal d'Instance, qui en cas de difficultés dresse un rapport, qu'il transmettra au juge<sup>79</sup>. Il s'agit donc d'un contrôle occasionnel qui suppose qu'une personne, ayant eu de forts soupçons, ait informé le juge de ses craintes. Le modèle de mandat proposé par le décret du 30 novembre 2007 tend à instaurer conventionnellement un contrôle privé semblable à celui du notaire dans un mandat notarié. Mais ce modèle n'a rien d'impératif, et s'il est cosigné par un avocat, les parties recouvrent leur liberté.

Les règles sont plus protectrices pour un mandat notarié. Les comptes sont obligatoirement adressés au notaire qui a établi l'acte. Il les vérifie, saisit le juge de tout mouvement de fonds ou acte suspect, et conserve ces pièces<sup>80</sup>. Un contrôle est donc exercé par un tiers théoriquement compétent et impartial qui de plus engage sa responsabilité. Cependant, le problème de l'étendue de ses obligations reste entier. Quelles sont les pièces justificatives qu'il peut demander ? Sur quels éléments et à partir desquels peut-il se fonder pour déclencher l'alerte du juge ? Et surtout, doit-il

<sup>78</sup> Articles 449, 454, et 456 du Code civil. Même si le principe de priorité familiale a été écarté.

<sup>79</sup> Article 486 du Code civil.

<sup>80</sup> Article 491 du Code civil.

simplement vérifier les comptes, ou la gestion du mandataire dans son ensemble ?

Les textes sont ambigus. L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 491 du Code civil semble orienter vers une simple vérification de comptes. Mais l'alinéa 2 ouvre la mission du notaire, car pour pouvoir saisir le juge de tout mouvement de fonds et de tout acte non justifié ou n'apparaissant pas conforme aux stipulations du contrat, il faut un contrôle plus approfondi. Selon le professeur Hugues FULCHIRON<sup>81</sup>, la mission du notaire est sans doute plus large que celle d'un simple commissaire aux comptes, mais ne s'étend pas à un contrôle de la qualité de gestion. Devant ce flou textuel, les notaires doivent rester prudents car leur responsabilité risque d'être engagée. Ils ont donc tout intérêt à définir précisément l'étendue de leur mission avec le mandant lors de la rédaction du mandat de protection future.

Les contrôles instaurés par la loi apparaissent insuffisants face à l'étendue des pouvoirs conférés au mandataire. Que le mandat soit sous seing privé ou sous forme notarié, il appartient à la pratique d'imaginer des techniques de contrôle plus efficaces. Ainsi, il est fortement conseillé au mandant de désigner un ou plusieurs tiers de confiance, et un ou des contrôleurs de gestion afin de garantir le respect de sa volonté.

Une mission d'alerte et de supervision est attribuée au tiers de confiance. Sa présence permettra de pallier les faiblesses de la loi, et d'apporter au mandat une sécurité permanente de son exécution jusqu'à sa fin. Ainsi, intervenant au mandat, il sera informé de son existence et n'hésitera pas à la déclencher si le mandant venait à perdre sa capacité. A l'inverse, le mandataire devra l'avertir de son déploiement, et il saisira le juge s'il estime sa mise en œuvre injustifiée. Le tiers de confiance pourra aviser le juge d'actes suspects accomplis par le mandataire, et le mandat pourrait même prévoir son accord pour certains actes particulièrement graves. Le choix de ce dernier est libre dès l'instant qu'il est capable. Lorsque le mandataire est un enfant parmi d'autres, ou un ami parmi d'autres, désigner les autres enfants ou amis en qualité de tiers de confiance permet de les associer et de les impliquer dans la mise en œuvre du mandat, et d'éviter ainsi tout conflit futur entre ces proches. De même, il peut être psychologiquement important que l'environnement familial et affectif puisse surveiller l'application du mandat par un mandataire judiciaire. Rien n'empêche également que le tiers de confiance soit contrôleur de gestion.

Le mandant, encore pleinement apte à décider, doit nommer des responsables de l'exécution de son mandat. Le mandataire peut ne pas répondre à la confiance placée en lui, voire la trahir. Il doit pouvoir être contrôlé sur pièces à tout moment, et en cas de

<sup>81</sup> *Le notaire et l'exécution du mandat de protection future*, Hugues FULCHIRON. Defrénois 2009, n° 2, article 38883, page 178.

difficultés avérées, sa révocation judiciaire doit être examinée. L'étendue de cette fonction doit être précisément indiquée dans le mandat : examen des écritures comptables, de la régularité des actes, de leur bien fondé, voire de leur opportunité, et ou, contrôle de la bonne exécution qualitative du mandat... Les contrôleurs de gestion doivent être des professionnels ayant souscrit une assurance de responsabilité civile. En fonction de la composition du patrimoine, ce peut être un spécialiste des chiffres (comptables, expert-comptable) ou du droit (consultant juridique, avocat, ou notaire). En tout état de cause, cette mission ne se confondra pas avec celle du superviseur des comptes, pas plus qu'elle ne s'y substitue, elle est en fait complémentaire et vise à protéger davantage les intérêts du mandant.

### C – La suppression de la capacité du mandant

L'article 488 du Code civil exprime formellement le maintien de la capacité du mandant, alors même que l'altération de ses facultés ait été médicalement constatée et enregistrée par le greffe. Cette disposition, couplée avec l'absence de publicité du mandat, conduit à une insécurité juridique (2) dont la victime sera le mandant. Le mandat de protection future est une protection qui peut paraître peu efficace et illusoire, et que certains qualifient de « demi-protection » (1)<sup>82</sup>.

#### 1 – Une demi-protection

Le législateur a affirmé le principe de capacité sur l'argument que le mandat de protection future n'est pas un régime d'incapacité<sup>83</sup>. Certains auteurs justifient son maintien sur le droit commun des mandats, le mandant ayant toujours la liberté de conclure l'acte pour lequel il a donné pouvoir<sup>84</sup>.

Le mandant reste capable, mais sa capacité est diminuée selon sa volonté. C'est la volonté privée qui a fait le choix de la représentation comme technique de protection. C'est elle encore qui a choisi le mandataire, définit son domaine d'action et ses pouvoirs, et a contrario qui a déterminé la capacité exacte que le majeur conserve. Dans le domaine où le mandat donne au mandataire un pouvoir de représentation, il y a incapacité du majeur, hors ce domaine, le majeur conserve sa pleine capacité.

Toutefois, la capacité est la règle, et les actes conclus par le mandant au mépris du mandat sont valables. Une telle solution limite la protection du majeur. On

<sup>82</sup> *La réforme de la protection juridique des majeurs*, Philippe MALAURIE, Defrénois 2007, n° 8, article 38569, page 567.

<sup>83</sup> Rapport de l'Assemblée Nationale, n° 3557, 10 janvier 2007, page 193. Rapport du Sénat n°212, page 183.

<sup>84</sup> *Le mandant de protection future*, A. DELFOSSE et N. BAILLON-WIRTZ, JCP N2007, I, 147, n°1.

protège ou on ne protège pas, mais l'on ne se contente pas d'une moitié de chemin parcouru. Le mandant qui s'était cru bien protégé par son mandat l'est en réalité bien peu.

#### 2 – Une insécurité juridique

Le maintien de cette capacité peut conduire à une certaine cacophonie juridique.

Mandant et mandataire peuvent agir de la même manière, peut-être au même moment, sans que le pouvoir de l'un ou de l'autre ne puisse être contesté. Le conflit de pouvoir est inévitable. Que deviendront alors les aliénations consenties par chacun, sur les mêmes biens à des personnes différentes ?

Lorsque le mandant souscrit des engagements à la place du mandataire, ces actes sont fragilisés. L'article 488 du Code civil organise une protection calquée sur la sauvegarde de justice. La personne protégée, ou ses héritiers, ont la possibilité d'intenter une action en justice en rescision pour lésion ou en action réduction. La nullité de l'article 414-1 du Code civil pour insécurité d'esprit n'est prononcée que si la preuve du trouble mental au moment de l'acte est démontrée, ce qui se révèle souvent difficile. Ces recours constituent une piètre consolation. Ces procédures judiciaires sont longues, coûteuses et aléatoires car les juges apprécieront in concreto l'utilité ou l'inutilité de l'opération, l'importance du patrimoine, et la bonne ou mauvaise foi de ceux avec qui le mandant a contractés...

Pour les tiers, qui ont conclu avec le mandant, le préjudice peut se révéler important si les sanctions de l'article 488 du Code civil sont prononcées, même s'il est fort probable que l'apparence dont ils auront alors été victimes engendrera quelques adaptations.

Le maintien de la capacité porte une atteinte à la sécurité des transactions et surtout aux objectifs du mandat de protection future. Le majeur n'est plus suffisamment protégé alors que ses facultés sont altérées, et le mandataire n'est pas en mesure d'assurer une gestion pérenne. Ainsi, nous ne pouvons qu'inciter le législateur à suivre l'exemple de nos « cousins québécois »<sup>85</sup> en supprimant la capacité du mandant dès la mise en exécution du mandat. A défaut, le mandat de protection future risque fort de ne pas être conforme à la volonté et aux intérêts du majeur, voire de leur être contraire

<sup>85</sup> Au Québec, la déclaration médicale d'inaptitude constitue une incapacité dès qu'elle a été homologuée par un juge ou un greffier (qui ont vu le mandant). En Espagne, la mandant a le choix entre deux mandats : l'un à la française (sans homologation), l'autre à la québécoise (avec homologation).

De la même manière que pour le Pacte de Solidarité Civile, le droit français doit apporter quelques corrections au mandat de protection future afin de renforcer la sécurité de la protection, et d'écartier certains dangers du mandat. En attendant, il revient aux professionnels, d'y pourvoir par leurs stipulations contractuelles, et à la justice de répondre aux diverses difficultés d'interprétation suscitées par les textes.

Dans les pays ayant instauré l'équivalent d'un mandat de protection future, et notamment au Québec, il est devenu la figure emblématique de l'autonomie de la volonté et du droit des personnes protégées. Aura-t-il le même succès en France ? Nous pouvons émettre quelques doutes. Notre société a plutôt tendance à célébrer la jeunesse et oublie de se soucier de ses personnes âgées. De plus, il est ancré dans les mentalités françaises que la prise en charge de la personne vulnérable revient à l'Etat et la Justice.

Toutefois, l'augmentation de l'espérance de vie va de paire avec l'accroissement des mesures de protection, la Justice est déjà surchargée, et l'Etat n'a plus les moyens d'en assumer le coût. Par conséquent, la figure traditionnelle de la protection publique et collective disparaît progressivement, et nous devons recourir à une protection privée et individualisée. Le mandat de protection future apparaît comme un système de protection qui pourrait être adapté aux enjeux du XXIème siècle. C'est un bel instrument d'anticipation, et l'idée de maîtriser son éventuelle et future dépendance est rassurante.

Dans un premier temps, le succès de cette institution dépendra surtout de la promotion qui lui est faite. Les praticiens du droit sont déterminants comme facteur d'incitation ou de dissuasion à y recourir. L'avocat doit le proposer à ses clients, et montrer son intérêt car le vieillissement de la population et le développement de la maladie d'Alzheimer sont des réalités qui concernent l'ensemble de notre clientèle. De plus, grâce au mandat de protection future, l'avocat gagne de nouveaux champs de compétence qu'il faut savoir développer en prouvant notre indéniable compétence en droit de la famille et gestion de patrimoine. Les avocats bénéficient de la déjudiciarisation du droit des personnes et de la famille, et de sa contractualisation croissante<sup>86</sup>. Le revers est un risque accru de mise en jeu de leur responsabilité. Ils devront donc être particulièrement minutieux lors de la préparation d'un mandat et très précis dans sa rédaction afin d'éviter toutes incertitudes dans son application.

Quoi qu'il en soit, le mandat de protection future mérite d'être pratiqué car il est un instrument de liberté permettant à chacun d'organiser sa protection, et un instrument de sécurité permettant à chacun de fixer à l'avance le statut qui sera le sien si une

altération des facultés survenait. Il consacre ainsi la volonté du majeur en matière personnelle.

---

<sup>86</sup> *La réforme de la protection juridique des majeurs*, Philippe MALAURIE. Defrénois 2007, n° 8, article 38569, page 567.

