

4.2

Le mandat de protection future : mode d'emploi



Guillaume CHARROYER

Juriste droit patrimonial, Cassini Avocats

Instauré en 2007¹, le mandat de protection future était promis à un bel avenir, avec pour ambition de permettre aux personnes d'anticiper leur éventuelle vulnérabilité et de déjudiciariser leur protection. Force est de constater que son développement se fait toujours attendre, car des freins subsistent, liés à l'interprétation des textes, à une jurisprudence peu abondante et aux craintes des professionnels. Pourtant, le mandat de protection

future constitue une réelle opportunité pour organiser la protection des personnes et des biens, notamment pour les dirigeants d'entreprises s'agissant de leurs actifs économiques. Sa mise en œuvre sans saisine du juge et ses effets permettant la représentation de la personne vulnérable obligeront les rédacteurs à prendre, lors de l'établissement du mandat, les précautions qui font l'objet du « mode d'emploi » ci-après.

Introduction

1. La protection des personnes vulnérables est depuis longtemps assurée par des dispositifs judiciaires de représentation ou d'assistance (tutelle, curatelle et sauvegarde de justice²). Il en va également des relations entre époux ou entre coindivisaires en cas d'impossibilité de manifester sa volonté. Le rôle du juge est donc prépondérant. Les textes relatifs à la protection des personnes vulnérables étaient sur certains points en contradiction avec les droits fondamentaux de la personne à protéger. L'autonomie de la volonté était très encadrée. À la lumière des évolutions de la société, du vieillissement de la population, de la dépendance, des difficultés rencontrées par la justice, il était nécessaire de réformer la protection

des personnes vulnérables. Au-delà de ces objectifs, les engagements internationaux de la France³, la Cour européenne des droits de l'homme⁴ et les recommandations du Conseil de l'Europe⁵ donnent une grille de lecture intéressante pour comprendre les principes, les avancées réalisées ces dernières années et le chemin qu'il reste à parcourir.

La loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs a modifié les règles applicables aux personnes majeures vulnérables. Elle a notamment créé le mandat de protection future, qui est le contrat par lequel une personne peut charger une ou plusieurs autres personnes, par un même mandat, de la représenter pour le cas où elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts⁶ en

1 L n° 2007-308, 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.

2 La loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs, insérée dans le code civil, définit et organise les mesures de protection juridique (sauvegarde de justice, curatelle et tutelle).

3 Convention relative aux droits des personnes handicapées, signée à New York le 30 mars 2007. - D. n° 2010-356, 1^{er} avr. 2010 portant publication de la convention.

4 CEDH, 27 mars 2008, n° 44009/05, Chtoukatourov c/ Russie.

5 Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, recommandation CM/Rec(2009)11, Principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées, 9 déc. 2009.

6 C. civ., art. 477.

raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté⁷.

Ce texte a aussi instauré les principes de nécessité et de subsidiarité des mesures de protection qui doivent être proportionnées et individualisées. La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice est venue renforcer la primauté du mandat de protection future⁸ sur les autres mesures de représentation⁹. Les ambitions portées par ce texte étaient également d'alléger le contrôle *a priori* du juge pour certains actes de gestion patrimoniale et de faciliter le recours à l'habilitation familiale nouvellement créée.

2. Le mandat de protection future doit être différencié de la simple procuration générale ou spéciale, car ses effets sont différés pour le temps de la vulnérabilité de la personne. Il doit aussi être distingué des mesures judiciaires de protection des personnes vulnérables en ce qu'**il ne constitue pas un régime d'incapacité, la représentation conventionnelle laissant au représenté l'exercice de ses droits**¹⁰, ce qui n'est pas sans poser des difficultés.

Aujourd'hui, la protection des personnes majeures vulnérables est parfaitement résumée à l'article 428 du code civil qui indique l'ordre des mesures qui peuvent être prises selon le principe de subsidiarité, à savoir le mandat de protection future conclu par l'intéressé, les règles du droit commun de la représentation¹¹, celles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et les règles des régimes matrimoniaux¹², les autres mesures de protection moins contraignantes¹³, puis en dernier recours les mesures judiciaires comme l'habilitation familiale, la sauvegarde de justice, la curatelle et la tutelle.

La loi offre ainsi un cadre conventionnel et judiciaire opportun pour anticiper et organiser la protection des personnes vulnérables. Pourtant, le succès du mandat de protection future se fait toujours attendre en dépit des besoins croissants d'une population vieillissante, de tribunaux engorgés, de professionnels en première ligne face au risque de vulnérabilité de leurs clients.

3. L'objectif de cet article est de rappeler les règles applicables au mandat de protection future puis d'examiner les difficultés pratiques rencontrées fréquemment par les parties au contrat et par les rédacteurs, en suivant la chronologie du mandat. Le lecteur avide de connaissances et souhaitant approfondir cette matière pourra se fier aux références indiquées en note de bas de page renvoyant vers les articles d'éminents auteurs.

Pour la rédaction de cet article, plusieurs professionnels ont été consultés : avocats, notaires, mandataires judiciaires à la

protection des majeurs, universitaires, banquiers, assureurs, experts-comptables, médecins. Tous ont accepté de partager leur expérience et de confronter leurs idées et leurs pratiques. Qu'ils en soient ici remerciés.

4. Le mandat de protection future est régi par les règles générales du droit commun de la représentation visées aux articles 1153 à 1161 et 1984 à 2010 du code civil, et par les règles spéciales visées aux articles 477 à 494 du code civil. Elles renvoient à d'autres textes, notamment ceux applicables à la tutelle. Ces règles gouvernent la mise en place du mandat de protection future (**I**), ses modalités de mise en œuvre et ses effets (**II**), ainsi que son terme (**III**).

I. La mise en place du mandat de protection future

5. Pour mettre en place un mandat de protection future, il faut s'interroger sur son champ d'application (**A**), les parties au mandat et leurs rôles respectifs (**B**), et la forme du mandat (**C**).

A. Le champ d'application du mandat de protection future

6. Le mandat de protection future peut englober toutes les situations de vulnérabilité, qu'elles concernent le mandant lui-même ou ses enfants, la protection de la personne et/ou de ses biens.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Le mandat de protection future semble aujourd'hui essentiellement utilisé pour la protection des biens. L'organisation de la protection de la personne, encore marginale, est néanmoins pertinente principalement pour les personnes âgées avec un environnement familial restreint, éloigné, voire désuni.

1° Les personnes à protéger

7. Le mandat pour soi-même - Le mandat de protection future peut être conclu pour protéger ses propres intérêts, sous réserve de disposer de la capacité juridique nécessaire à sa conclusion. L'article 477 du code civil dispose que toute personne majeure ou mineure émancipée ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle ou d'une habilitation familiale peut charger une ou plusieurs personnes, par un même mandat, de la représenter pour le cas où, pour l'une des causes prévues à l'article 425 du code civil, elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts. La personne en curatelle ne peut conclure un mandat de protection future qu'avec l'assistance de son curateur.

7 C. civ., art. 425.

8 C. civ., art. 428.

9 V. IP 2-2019, n° 4, § 7, comm. I. Dauriac.

10 C. civ., art. 1159.

11 C. civ., art. 1153 à 1161 et 1984 à 2010.

12 C. civ., art. 217, 219, 1426 et 1429.

13 Exemple avec l'article 815-4 du code civil.

Le mandat de protection future fait partie d'un cadre plus global de protection juridique des personnes majeures dans l'hypothèse de leur vulnérabilité. Il prendra effet en cas de vulnérabilité, et plus précisément dans les hypothèses d'altération des capacités de la personne empêchant l'expression de sa volonté, laquelle devra être médicalement constatée.

8. Le mandat pour autrui - Il existe des situations où la personne à protéger n'est pas le mandant lui-même mais son enfant mineur ou majeur. Prenons l'exemple du handicap ou encore de la maladie : dans de nombreuses situations, les enfants, mineurs ou majeurs, ne sont ni sous tutelle ni sous curatelle. Les parents souhaiteront parfois anticiper la vulnérabilité de leur progéniture dans l'hypothèse où ils n'auraient plus la capacité d'en assurer la charge matérielle et affective ou encore à leurs décès. L'article 477 du code civil permet de désigner un mandataire de protection future pour un enfant en cas de vulnérabilité. Cette désignation prendra effet à compter du jour où le mandant ne pourra plus prendre soin de l'intéressé ou décèdera (le plus souvent le dernier des parents).

2° La protection de la personne

9. Le mandat peut protéger la personne. Les dispositions du mandat de protection future renvoient aux **règles applicables à la curatelle et à la tutelle**. Ainsi, la personne protégée reçoit de la personne chargée de sa protection, selon des modalités adaptées à son état et sans préjudice des informations que les tiers sont tenus de lui dispenser en vertu de la loi, toutes informations sur sa situation personnelle, les actes concernés, leur utilité, leur degré d'urgence, leurs effets et les conséquences d'un refus de sa part¹⁴. Certains actes demeurent interdits au représentant en charge de la protection¹⁵. Il s'agit de ceux qui nécessitent un consentement strictement personnel du majeur protégé, comme la reconnaissance d'enfant ou les actes relevant de l'exercice de l'autorité parentale. Dans toutes les autres situations, si le majeur protégé n'a pas la capacité de prendre une décision éclairée, le recours au juge est possible¹⁶, le représentant pouvant néanmoins faire face aux situations d'urgence liées au comportement de la personne protégée, à charge pour lui d'en informer le juge. Au surplus, certains actes sont totalement interdits à la personne protégée. Ils ont trait notamment à la recherche médicale et au don d'organes¹⁷.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

La protection de la personne est le plus souvent envisagée lorsque le mandant est âgé et seul. Le contexte familial explique aussi la volonté d'anticipation, le mandant souhaitant clarifier sa protection en cas de vulnérabilité et ne pas prendre ses proches au dépourvu.

14 C. civ., art. 457-1.

15 C. civ., art. 458.

16 C. civ., art. 459.

17 Pour des exemples, v. CSS, art. L. 1121-8, L. 1231-2 et L. 1241-2.

10. Le mandat de protection future peut prévoir la désignation d'une personne de confiance¹⁸ qui peut être le mandataire ou non. Cette personne pourra être un parent, un proche, voire le médecin traitant. Elle sera consultée au cas où le mandant serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin. Elle rendra compte de la volonté de la personne protégée. Le témoignage de la personne de confiance prévaudra sur tout autre témoignage. Si le mandant le souhaite, la personne de confiance l'accompagne dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions.

L'article R. 4127-36 du code de la santé publique prévoit que si le malade est hors d'état d'exprimer sa volonté, le médecin ne peut intervenir sans que la personne de confiance (à défaut, la famille ou un de ses proches) ait été prévenue et informée, sauf urgence ou impossibilité. Même si la loi prévoit la possibilité pour le médecin traitant d'être désigné personne de confiance, le Conseil national de l'Ordre des médecins considère que cette désignation n'est pas souhaitable en raison du cumul de la fonction d'information du patient¹⁹.

La protection de la personne peut aussi s'étendre à ses souhaits concernant sa vie quotidienne (logement, conditions de vie, vacances, relations sociales, pratique religieuse, etc.). D'une manière générale, la protection doit respecter les libertés individuelles, les droits fondamentaux et la dignité de la personne²⁰. Elle doit dans la mesure du possible favoriser son autonomie.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Cette possibilité semble peu utilisée sachant que la personne de confiance peut être désignée librement par écrit ou dans le cadre de la rédaction de directives anticipées. Cette désignation est à manier avec précaution car lorsque le mandant ne pourra plus manifester sa volonté, la personne de confiance primera sur toutes les autres (proches compris). Le rôle de la personne de confiance se concentre toutefois sur l'expression de la volonté relativement aux soins médicaux et aux directives de fin de vie. Au cas où le mandataire ne serait pas la personne de confiance, son action se cantonnerait principalement à l'information du mandant et à veiller à ce qu'il ne passe pas d'actes interdits²¹.

11. La mise en place du mandat de protection future est l'occasion de s'interroger sur les directives anticipées permettant à toute personne d'exprimer sa volonté relative à sa fin de vie en ce qui concerne les conditions de la poursuite, de la limitation, de l'arrêt ou du refus de traitement ou d'actes médicaux.

L'anticipation de la vulnérabilité est propre au mandat de protection future. Lors de l'établissement de directives

18 CSP, art. L. 1111-6.

19 A. Caron Déglise, L'évolution de la protection juridique des personnes, Rapport de mission interministérielle, 2018, annexe audition Ordre national des médecins, p. 3.

20 C. civ., art. 415.

21 V. note 17.

anticipées²², la question de la preuve peut se poser. Il semble opportun, à titre probatoire et sans aller jusqu'à détailler le contenu des directives de fin de vie, de préciser dans le mandat que des directives ont été établies. L'objectif est ici d'assurer la transmission de l'information.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Les directives anticipées concernent notamment l'arrêt des traitements, la gestion de la douleur, le maintien artificiel de la vie, la sédation profonde et continue. Il est délicat pour un professionnel du droit de s'avancer sur ces sujets. L'idéal est bien évidemment que le mandant se rapproche de son médecin.

3° La protection des biens

12. Le mandat de protection future peut avoir pour objet la gestion des biens de la personne protégée. Les actes permis par le mandat vont dépendre de sa forme, notariée ou sous seing privé. En effet, le mandat sous seing privé est limité, quant à la gestion de patrimoine, aux actes qu'un tuteur peut faire sans autorisation. Le mandat notarié peut inclure des actes d'administration et de disposition à l'exception des actes de disposition à titre gratuit que le mandataire ne peut accomplir qu'avec l'autorisation du juge²³. S'agissant du logement de la personne protégée, du mobilier le garnissant²⁴ et de la clôture des comptes bancaires²⁵, le recours au juge est obligatoire, ces dispositions étant d'ordre public selon une doctrine majoritaire²⁶. Certains actes sont en outre interdits²⁷.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Le mandat de protection future a été créé pour répondre à une demande grandissante d'organisation de la vulnérabilité. Son domaine est large. Il est opportun à la fois pour les enjeux économiques importants comme pour les plus limités, chacun pouvant y trouver une solution. La seule différence demeurera le rôle du juge, plus ou moins important selon le niveau de fortune et les risques de conflits. Par exemple, une personne seule sans famille proche, propriétaire de sa résidence principale, titulaire d'un compte courant et d'un livret, ne pourra recourir au mandat que pour les actes relatifs à ses comptes bancaires ou à l'administration de son bien immobilier, le juge restant à la manœuvre pour autoriser la vente du logement en vue d'intégrer un établissement spécialisé. Pour les personnes locataires, titulaires d'un compte, la déjudiciarisation sera presque totale, sauf nécessité de prévoir une mesure plus protectrice. Le champ d'application du mandat serait réduit mais celui-ci n'est en rien moins pertinent.

22 CSP, art. L. 1111-11.

23 C. civ., art. 490.

24 C. civ., art. 426.

25 C. civ., art. 427.

26 D. Fenouillet, Le mandat de protection future ou la double illusion : Defrénois, 30 janv. 2009, n° 38882, n° 29.

27 C. civ., art. 509.

Pour les enjeux les plus significatifs, la gestion du patrimoine se rapprochera grandement des réflexions liées à la gouvernance de toute organisation (désignation des personnes chargées de la protection, pouvoirs, révocation, changement de fonctions, équilibre des forces en présence, gestion des conflits, droit à l'information, etc.).

13. Le champ d'application du mandat de protection future présente de nombreuses variantes selon les objectifs du mandant. Une fois déterminé le périmètre de la protection, il conviendra de s'intéresser aux parties au mandat et à leurs rôles respectifs.

B. Les parties au mandat de protection future et leurs rôles

1° Les parties déterminées par la loi

14. Il en est ainsi du mandant et du mandataire sans lesquels le contrat de mandat ne pourrait exister, mais également du bénéficiaire du mandat dans l'hypothèse du mandat de protection future pour autrui. Les modalités de contrôle de l'exécution du mandat doivent aussi être prévues.

15. Le mandant - Ce peut être toute personne majeure ou mineure émancipée ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle ou d'une habilitation. La personne en curatelle ne peut conclure un mandat de protection future qu'avec l'assistance de son curateur. Pour le mandat pour autrui, le mandant peut être les parents ou le dernier vivant des père et mère, ne faisant pas l'objet d'une mesure de curatelle ou de tutelle ou d'une habilitation familiale²⁸.

16. Le mandataire - Ce peut être toute personne physique choisie par le mandant ou une personne morale inscrite sur la liste des mandataires judiciaires à la protection des majeurs prévue à l'article L. 471-2 du code de l'action sociale et des familles. Le mandataire doit, pendant toute l'exécution du mandat, jouir de la capacité civile et remplir les conditions prévues pour les charges tutélaires à l'article 395 du code civil et aux deux derniers alinéas de l'article 445 du même code, c'est-à-dire ne pas être à la fois membre des professions médicales et de la pharmacie et mandataire de son patient. Le mandataire doit accepter sa mission. Il exécute personnellement le mandat et peut se substituer un tiers à titre spécial²⁹. Il ne pourra, pendant son exécution, être déchargé de ses fonctions qu'avec l'autorisation du juge. La rétractation à compter de la prise d'effet du mandat est donc soumise à l'autorisation du juge. Outre la protection de la personne vulnérable et/ou de ses biens, le mandataire devra réaliser un inventaire et établir des comptes annuels de gestion. Le mandat pourra être gratuit ou rémunéré.

28 C. civ., art. 477.

29 C. civ., art. 482.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Qui choisir pour mandataire ? Le conjoint ? Un proche ? Un professionnel ? L'âge des parties, leur santé, leur disponibilité et les liens affectifs seront des critères de choix. Rien n'est simple et tenter de tout prévoir est illusoire. Pour les enjeux financiers les plus importants, il faut veiller à ce que le mandat soit toujours adapté dans la durée. Pour la protection des biens et les enjeux économiques élevés, il faudra s'assurer, au fil du temps, de la parfaite adéquation entre la volonté du mandant et son niveau de protection (en cas de vulnérabilité) grâce à des rencontres périodiques qui permettront aussi d'évoquer les dispositions testamentaires, voire la mise en place d'un mandat à effet posthume.

17. Le contrôle de l'exécution du mandat - Il doit être prévu en vertu de l'article 479 du code civil, qui dispose que le mandat en fixe les modalités. L'existence d'un contrôleur n'est pas prévue spécifiquement par le texte. Pour le mandat établi en la forme authentique, le mandataire rendra compte de sa gestion au notaire, ce qui pose la question de sa responsabilité. Le mandat sous seing privé devra prévoir le contrôle du mandataire. Il est évident que, devenu vulnérable, le mandant n'aura plus la capacité de contrôler l'action de son mandataire et que ce dernier ne pourra pas assurer son propre contrôle. Instaurer un contrôleur de la gestion du mandataire, le cas échéant en sus du notaire, est indispensable.

2° Les autres parties au mandat de protection future

18. Une organisation collégiale et sécurisante de la vulnérabilité nécessitera d'ajouter d'autres parties dont les rôles seront d'assurer le maintien du mandat dans la durée, notamment en palliant l'éventuelle défaillance du mandataire ; et de limiter les risques de contestation devant le juge en visant un équilibre dans leurs relations. Pour cela, une attention particulière devra être portée à la démultiplication des parties et à l'accès à l'information. En voici quelques illustrations, la seule limite étant l'imagination des rédacteurs.

19. Le comandataire - Un ou plusieurs comandataires pourront être désignés pour tous les actes ou par exemple seulement pour les actes les plus graves. Le comandataire pourra pallier la défaillance d'un des mandataires. L'objectif de ce mandat donné à plusieurs personnes devra être d'éviter les blocages. Ils pourront agir, séparément ou ensemble, pour certains actes seulement ou pour tous.

20. Le subrogé mandataire - L'ajout d'un subrogé mandataire pour certains actes pourra être recherché dès lors que le mandataire de protection future sera susceptible d'être en opposition d'intérêt avec le mandataire. Certains actes pourraient être spécifiquement visés. Par exemple, le subrogé mandataire pourrait disposer de pouvoirs pour vendre des titres d'une société dans laquelle il est lui-même associé avec le mandant ou dirigeant. Au-delà

de la qualification ou non de l'opposition des intérêts en présence, l'objectif visé sera l'apaisement des relations entre les parties.

21. Le mandataire subsidiaire - Un ou plusieurs mandataires pourront être désignés, leur mandat ne prenant effet qu'au terme du ou des autres mandats (fonctions en cascade). L'idée est là encore d'éviter les blocages et d'assurer le maintien du mandat en cas de défaillance du mandataire principal.

22. Le subrogé contrôleur - Comme pour le subrogé mandataire, l'ajout d'un subrogé contrôleur pour certains actes pourra être recherché pour éviter les conflits d'intérêts.

23. Le contrôleur subsidiaire - Un contrôleur subsidiaire pourra être désigné pour pallier la défaillance du premier contrôleur de gestion ou à la prise d'effet de sa fonction de mandataire.

24. Le ou les tiers observateurs - Il s'agit ici d'un rôle important permettant l'accès à l'information. L'article 484 du code civil dispose que tout intéressé peut saisir le juge aux fins de contester la mise en œuvre du mandat ou de voir statuer sur les conditions et modalités de son exécution.

L'accès à l'information évitera les suspicions liées à l'exécution du mandat et aux modalités de contrôle. Il permettra à des personnes, ne souhaitant pas contribuer directement et activement à la protection du mandant et/ou de ses biens, d'être systématiquement informées, voire de poser des questions.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Pour les personnes esseulées avec des moyens financiers limités, le recours à un professionnel comme un mandataire judiciaire à la protection des majeurs sera à privilégier. Pour les personnes propriétaires de biens de valeur significative, plusieurs professionnels pourraient être choisis selon leurs compétences. Le mandataire judiciaire ne devrait idéalement pas être exclu. Son contrôle pourra apaiser les relations familiales.

25. Le passage d'un rôle à l'autre en raison de la défaillance du mandataire et du contrôleur - Le mandat de protection future prendra effet lorsque la personne n'aura plus la capacité de pourvoir seule à ses intérêts³⁰. Par conséquent, il sera impossible de signer un nouveau mandat dès que la personne se retrouvera en situation de vulnérabilité. Le mandat doit donc anticiper un maximum d'hypothèses. C'est la principale difficulté. Assurer le maintien du mandat sur un temps long en veillant à limiter les conflits pouvant engendrer des recours en révocation ; et déjouer les défaillances éventuelles des parties (décès, incapacité, etc.) en attribuant parfois des pouvoirs concurrents sur certains biens voire des fonctions en cascade, en veillant à

³⁰ C. civ., art. 425.

préservé la fonction de mandataire sans laquelle le mandat prendrait fin, et les modalités de contrôle sans lesquelles l'exécution du mandat risquerait de porter atteinte aux intérêts du mandant³¹.

26. Se prémunir des conflits - En cas de conflit, il revient au juge de déterminer qui sera la ou les personnes à même de s'occuper de la personne vulnérable et de ses biens. De plus, les conflits d'intérêts entre les parties liées à un mandat de protection future, le dépassement des pouvoirs, le non-respect de la volonté du mandant, sont de nature à afficher au grand jour les difficultés le plus souvent enfermées dans le cercle familial. Elles inciteront les juges à révoquer certains mandats³² et à recourir à des mandataires professionnels pour la gestion des biens éventuellement en concurrence avec d'autres membres de la famille³³.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Éviter les conflits d'intérêts sur un temps long est difficile en raison de l'évolution des situations des parties au mandat. Le plus simple est de définir des règles claires et d'adapter les rôles de chacun pour certains actes. La sanction du juge pourra être sévère, par exemple lorsque le mandataire est aussi héritier ou légataire universel du mandant. L'externalisation des actes les plus graves auprès d'un professionnel sera une solution. En cas de doute, le juge pourra être saisi préalablement.

C. La forme du mandat

27. Le mandat de protection future peut être établi par acte authentique ou acte sous seing privé.

28. Le mandat notarié - Le mandat notarié est rédigé par un notaire choisi par le mandant. L'acceptation du mandataire est faite en la forme authentique. Les modifications ou la révocation par le mandant sont notifiées au mandataire et au notaire rédacteur de l'acte. Il en est de même de la révocation faite par le mandataire³⁴.

Par dérogation à l'article 1988 du code civil qui prévoit que le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration, le mandat de protection future notarié inclut tous les actes patrimoniaux que le tuteur a le pouvoir d'accomplir seul ou avec une autorisation. Il s'agit notamment de l'établissement de l'inventaire des biens de la personne protégée, des actes d'administration et des actes conservatoires, mais aussi des actes de disposition³⁵. Toutefois, le mandataire ne peut accomplir des actes de disposition à titre gratuit qu'avec l'autorisation du juge.

Le contrôle du mandataire est assuré par le notaire³⁶ qui se verra adresser les comptes de la personne protégée. Il les conservera ainsi que l'inventaire des biens et ses actualisations. La rédaction de la loi n'est pas claire s'agissant du contrôle réalisé par le notaire. Doit-il effectivement contrôler les comptes ? Son rôle dans le contrôle des comptes dispense-t-il de prévoir des modalités de contrôle ? La profession considère que le notaire doit assurer un contrôle allégé et a un simple devoir d'alerte. Il devra informer le juge de tout mouvement de fonds ou de tout acte non justifié ou n'apparaissant pas conforme aux stipulations du mandat. Son rôle est donc prépondérant dans le contrôle prévu par les textes mais très insuffisant en pratique. Cela pose la question de sa responsabilité et explique très probablement les freins de certains notaires à conseiller et rédiger des mandats de protection future en la forme authentique. Il serait alors opportun d'ajouter des modalités de contrôle externe sans toutefois décharger le notaire de ses obligations. Là encore, l'entourage de la personne protégée et l'ensemble des parties au mandat notarié pourront conforter le notaire dans la mise en place du mandat. La question du conflit d'intérêts entre le mandant et le notaire en charge du contrôle du mandat est importante. Pourrait-il y avoir conflit d'intérêts pour les actes passés entre la personne protégée représentée par son mandataire et le notaire rédacteur du mandat lui-même en charge du contrôle. Dans l'attente de jurisprudence en la matière, la profession répond par la négative³⁷. L'élargissement des parties au mandat sera alors bienvenu pour limiter ces risques, étant rappelé que tout intéressé peut mettre fin au mandat.

29. Le mandat sous seing privé - Le mandat sous seing privé est établi selon un modèle fixé par décret³⁸ (Cerfa n° 13592*04) ou par acte contresigné par un avocat³⁹. Comme pour le mandat notarié, le parallélisme des formes s'applique. Le mandat sous seing privé n'acquiert date certaine qu'à compter de son enregistrement⁴⁰.

La grande différence avec le mandat notarié qui couvre les actes d'administration et de disposition (à l'exception des actes de disposition à titre gratuit) est que le mandat sous seing privé est limité, quant à la gestion du patrimoine, aux actes qu'un tuteur peut faire sans autorisation⁴¹, à savoir principalement des actes d'administration. Pour pallier les éventuelles insuffisances du mandat sous seing privé, le recours au juge demeure possible. Contrairement au mandat notarié, l'inventaire et la conservation des comptes sont ici à la charge du mandataire.

31 C. civ., art. 484.

32 CA Paris, pôle 3, ch. 7, 2 mars 2021, n° 18583 : AJ Famille 2021, p. 239, comm. N. Peterka.

33 CA Paris, 8 sept. 2021, n° 20/12766.

34 C. civ., art. 489.

35 C. civ., art. 503 à 509.

36 C. civ., art. 486 et 491.

37 S. David, Pour une analyse du contrôle par les notaires : Defrénois, 17 sept 2020, n° 162a3, p. 33.

38 D. n° 2007-1702, 30 nov. 2007 relatif au modèle de mandat de protection future sous seing privé, annexe.

39 C. civ., art. 492.

40 C. civ., art. 492-1 et 1377.

41 C. civ., art. 503 et 504.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Le mandat offrant le plus de possibilités revêt la forme notariée. Le mandat sous seing privé est limité aux actes qu'un tuteur peut faire sans autorisation (principalement des actes d'administration). Le recours à un professionnel est recommandé pour rédiger le mandat.

Il ne faut néanmoins pas rejeter systématiquement le modèle établi par décret qui répond aux besoins du plus grand nombre et facilite l'accès à la protection contre la vulnérabilité. Certains ne franchiront jamais le seuil d'une étude notariale. Pourtant, cette protection pourrait être utile pour gérer un unique compte bancaire, payer son loyer, faire quelques achats et s'assurer tout simplement que la personne va bien. En cas de difficulté, le juge pourra être saisi. N'est-ce pas le but poursuivi par la loi sur le mandat de protection ?

S'agissant de l'acte d'avocat, il aurait été vivifié si la loi avait ouvert la possibilité de réaliser des actes de disposition, à l'exception des actes soumis à la publicité foncière. Il reste néanmoins pertinent dès lors qu'il s'agira d'administrer des titres de sociétés (civiles immobilières, de portefeuille, de holdings, voire de sociétés opérationnelles). Son champ est beaucoup plus large qu'il n'y paraît.

30. La publicité du mandat - L'article 35 de la loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement a créé un nouvel article 477-1 du code civil prévoyant une inscription des mandats de protection future sur un registre spécial, dont les modalités et l'accès doivent être réglés par décret en Conseil d'État. Cette formalité de publicité vise notamment à éviter la concurrence des pouvoirs entre mandant et mandataire, source de contradictions. Il est réclamé de manière unanime par l'ensemble des professionnels du droit, des représentants de mandataires judiciaires à la protection des majeurs, des médecins et des associations de personnes handicapées. L'échéancier d'application de la loi prévoyait une publication du décret en juin 2016. Malheureusement, il se fait toujours attendre.

31. La loi permet l'anticipation et l'organisation de la vulnérabilité sous le contrôle du juge pour les actes importants. Certains actes sont aussi interdits au mandataire. La définition des contours de la protection et des interlocuteurs est une première étape nécessaire à la pérennisation du mandat. Elle permet aussi de limiter les conflits. Le mandant qui souhaite se prémunir devra réfléchir à son mode d'organisation « interne ». Néanmoins, il faudra veiller à donner des effets juridiques au mandat et s'assurer en pratique de l'effectivité des droits et des pouvoirs confiés aux parties qui seront confrontées à une multitude d'interlocuteurs auprès desquels la protection des biens du mandant et de sa personne devra trouver sa pleine expression. Cette organisation « externe » passera par l'activation du mandat, sa reconnaissance auprès des tiers et la mise en œuvre des pouvoirs confiés au mandataire et plus largement par les rôles des personnes chargées de la protection, du contrôle de l'action du ou des mandataires.

II. L'activation du mandat et ses effets

32. Pour être activé et produire ses effets, à défaut de publicité, le mandat devra être révélé selon des modalités encadrées par la loi (A). La prise d'effet du mandat permettra l'exercice des pouvoirs confiés au mandataire (B) et aux autres parties, ceux-ci devant prendre garde aux respects de leurs obligations (C).

A. La révélation du mandat aux fins d'activation

33. Le mandat de protection future est un dispositif de représentation qui ne crée pas d'incapacité juridique. Il laisse une grande place à l'autonomie de la volonté. Son activation consistera en un simple contrôle de forme et de respect des conditions posées par la loi notamment les modalités de contrôle. Néanmoins, le juge n'est jamais très loin.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Pour activer un mandat, encore faut-il posséder un exemplaire à déposer au greffe du tribunal judiciaire. Sur ce point, le mandat notarié en assure une parfaite conservation. La démultiplication des parties au mandat et les moyens électroniques d'archivage limitent aussi les risques de perte. Le vrai danger est l'absence de divulgation du mandat en raison des intérêts du mandataire et du contrôleur. Seules solutions pour faciliter sa révélation : démultiplier les fonctions pour viser un équilibre des forces en présence et préciser dans l'acte que le mandataire peut engager sa responsabilité par exemple pour les fautes commises dans sa gestion.

34. La reconnaissance de l'existence du mandat en droit interne - Le code de procédure civile indique la marche à suivre pour activer un mandat⁴². Pour les personnes majeures, le juge du contentieux de la protection exerce les fonctions de juge des tutelles et connaît des actions relatives à l'exercice du mandat de protection future⁴³.

Le mandataire devra se présenter en personne au greffe du tribunal judiciaire dans le ressort duquel réside le mandant, accompagné de ce dernier, sauf s'il est établi, par certificat médical, que sa présence au tribunal est incompatible avec son état de santé. Il présentera au greffier :

- l'original du mandat ou sa copie authentique, signé du mandant et du mandataire ;
- un certificat médical datant de deux mois au plus, émanant d'un médecin inscrit sur la liste mentionnée à l'article 431 du code civil et établissant que le mandant se trouve dans l'une des situations prévues à l'article 425 du même code ;
- une pièce d'identité relative respectivement au mandataire et au mandant ;
- un justificatif de la résidence habituelle du mandant.

⁴² CPC, art. 1258 à 1260.

⁴³ COJ, art. L. 213-4-2 issu L. n° 2019-222, 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, art. 95.

S'agissant du mandat pour autrui, il faudra justifier du décès du ou des mandant(s) ou de leur vulnérabilité. Le bénéficiaire du mandat devra ne plus avoir la capacité de pourvoir seul à ses intérêts⁴⁴.

35. Le greffier procédera ensuite à un contrôle des pièces produites et s'assurera notamment que le mandant et le mandataire étaient juridiquement capables lors de la signature du mandat, ce qui peut poser des difficultés sur le plan probatoire. Il vérifiera aussi que les modalités de contrôle ont bien été prévues⁴⁵. Si les conditions requises sont remplies, le greffier, après avoir paraphé chaque page du mandat, mentionnera, en fin d'acte, que celui-ci prendra effet à compter de la date de sa présentation au greffe, y apposera son visa et le restituera au mandataire, accompagné des pièces produites. Si le greffier estime les conditions non remplies, il restituera, sans le viser, le mandat au mandataire ainsi que les pièces qui l'accompagnent. Dans ce cas, le mandataire pourra saisir le juge par requête. Celui-ci pourra se prononcer sans débat et sa décision ne sera pas susceptible d'appel. Si le juge estime les conditions requises remplies, le greffier procédera, à la demande du mandataire, à l'activation du mandat de protection. Le parallélisme des formes conduira à une procédure symétrique en cas de rétablissement des facultés du mandant.

Ce formalisme permettra d'activer le mandat et le mandataire pourra exercer ses pouvoirs.

36. La reconnaissance du mandat en droit international

- D'autres pays ont mis en place des dispositifs de protection en cas de vulnérabilité. Pour ne citer que quelques exemples, il s'agit du *Betreuung* en Allemagne, *springing power of attorney* aux États-Unis et au Canada, du mandat pour cause d'inaptitude en Suisse et du mandat de protection extrajudiciaire en Belgique. Ce dernier exemple est notable car il a grandement inspiré le mandat de protection future français et va plus loin en ce qu'il permet de maintenir dans le temps un mandat de droit commun, y compris pendant la période de vulnérabilité, l'état de la personne étant apprécié par le juge⁴⁶ qui donnera ses effets au mandat ou mettra en place une autre mesure si la situation l'exige.

La mobilité internationale des personnes pose la question de la reconnaissance et des effets d'un mandat de droit français à l'étranger, et inversement, d'un mandat étranger en France. Les règles du droit international seront ici applicables aboutissant selon les États à des conflits de juridiction et/ou de loi applicable.

37. Néanmoins, s'agissant des *mandats pour soi-même*, la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 portant sur la protection internationale des adultes permet d'éviter les conflits entre les systèmes juridiques en matière de compétence, de loi applicable, de reconnaissance et d'exécution des mesures

de protection des adultes. Elle s'applique à la France depuis le 1^{er} janvier 2009 et a une vocation universelle à l'égard des autres juridictions.

Cette convention prévoit par principe à son article 5 que les autorités, tant judiciaires qu'administratives, de l'État de la résidence habituelle de l'adulte sont compétentes pour prendre des mesures tendant à la protection de sa personne et de ses biens. L'article 7 de ladite convention prévoit que les autorités d'un État dont l'adulte possède la nationalité sont compétentes si elles considèrent qu'elles sont mieux à même d'apprécier quel est l'intérêt de l'adulte. Cette compétence ne peut être exercée si les autorités compétentes de la résidence habituelle ont pris toutes les mesures requises par la situation de l'adulte ou décidé qu'aucune mesure ne devait être prise ou encore si une procédure est pendante devant elles. L'article 8 prévoit aussi par exception que si les autorités compétentes d'un État en vertu de la Convention considèrent que tel est l'intérêt de l'adulte, elles peuvent, de leur propre initiative ou à la demande de l'autorité d'un autre État contractant, demander des mesures tendant à la protection de la personne ou des biens de l'adulte aux autorités de l'un des États contractants, de la nationalité de l'adulte, de sa précédente résidence habituelle, du lieu de situation de ses biens, de l'État dont les autorités ont été choisies par écrit par l'adulte pour prendre des mesures tendant à sa protection, de l'État de la résidence habituelle d'une personne proche de l'adulte disposée à prendre en charge sa protection, de l'État sur le territoire duquel l'adulte est présent, en ce qui concerne la protection de sa personne.

Sur la loi applicable, conformément à l'article 15 de la Convention, l'existence, l'étendue, la modification et l'extinction des pouvoirs de représentation conférés par un adulte pour être exercés lorsqu'il sera hors d'état de pourvoir à ses intérêts, seront, par l'expression de la volonté des parties, régies par la loi désignée par l'adulte, qui pourra être la loi de sa nationalité, celle de l'État de sa résidence habituelle ou encore du lieu de situation des biens. Il est précisé que les modalités d'exercice de ces pouvoirs de représentation restent régies par la loi de l'État où ils sont exercés.

En droit international, dans l'hypothèse où les pouvoirs seraient exercés en France en vertu d'un mandat désignant une loi applicable étrangère, il conviendra de se référer aux exigences de la loi choisie par les parties. Dans cette situation, la mise en œuvre du mandat étranger en France ne saurait être subordonnée à des conditions propres au droit français si la loi étrangère ne les prévoit pas⁴⁷.

Exemple : La désignation en France d'un mandataire sera reconnue de plein droit en Suisse selon la Convention. Toutefois, il est certain que les banques suisses s'assureront des pouvoirs du mandataire et exigeront que soit établie la preuve des pouvoirs confiés au mandataire. Afin de ne pas perdre de temps et de profiter pleinement de la réactivité que peut offrir le mandat de protection future, il sera recommandé au mandataire, à titre probatoire, de demander l'établissement d'un certificat (article 38

⁴⁴ C. civ., art. 425.

⁴⁵ CPC, art. 1258-2.

⁴⁶ Pour une analyse du mandat belge, v. A. Caron Déglise, rapport préc. note 19, annexe Les insuffisances du mandat de protection future en droit français, N. Perterka, p. 3, § 6 et 7.

⁴⁷ Pour un exemple de mise en œuvre d'un mandat d'inaptitude suisse en France, v. Cass. civ. 1^{re}, 27 janv. 2021, n° 19-15.059.

de la Convention de La Haye) attestant de ses pouvoirs lorsque certains actes devront être exécutés à l'étranger, sous réserve de l'application éventuelle de la loi suisse. En l'absence de certificat, aucune opération bancaire ne sera autorisée. Difficile dans cette hypothèse de gérer des actifs financiers.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Dès lors que des intermédiaires bancaires et financiers étrangers sont susceptibles de recueillir les pouvoirs du mandataire au vertu d'un mandat de protection future, il faudra lors de la rédaction du mandat (et non lors de sa prise d'effet) se renseigner sur les procédures internes aux établissements financiers pour éviter tout blocage ou ralentissement dans la gestion des actifs.

38. S'agissant des *mandats pour autrui*, qualifiés de mandats d'inaptitude pour autrui en droit international privé, il s'avère que ni la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants, ni celle de 2000 sur la protection des adultes ne lui sont applicables. Nous renvoyons sur ce point à un article paru récemment dans ces colonnes⁴⁸.

39. Le certificat médical : la clé de la protection conventionnelle - La mise en œuvre du mandat de protection future, outre les conditions à respecter concernant la rédaction, est conditionnée par l'état de vulnérabilité de la personne et la production d'un certificat médical constatant celui-ci. Toutefois, si le mandat relève d'un droit étranger, la justification de la vulnérabilité peut obéir à des règles différentes.

Pour les mandats de droit français ou les mandats étrangers faisant référence à la loi française, mis en œuvre en France, l'obtention du certificat permettra d'activer le mandat. Il devra être établi par un médecin figurant sur une liste établie par le procureur de la République.

L'obtention du certificat peut s'avérer ardue, notamment pour les maladies cognitives, difficiles à évaluer sur un temps court. En outre, le Conseil national de l'Ordre des médecins précise que le médecin choisi sur la liste n'est pas habilité à se faire communiquer le dossier médical. En plus de l'examen du patient, il peut recueillir uniquement l'avis du médecin traitant⁴⁹.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

L'obtention du certificat médical est le point crucial. Sa demande interviendra lorsque la personne connaîtra des difficultés pour pourvoir seule à ses intérêts. Les proches sont en général à l'initiative de cette demande. Si le médecin considère que la personne n'a pas besoin d'être représentée mais seulement assistée, le mandat de protection future ne pourra pas être activé. Plus grave encore, le besoin d'assistance laisserait planer un doute sur la capacité juridique de la personne à réaliser d'autres actes.

48 H. Péroz, La loi applicable au mandat d'inaptitude pour autrui : IP 2-2022, n° 7.1.1.

49 A. Caron Déglise, rapport préc. note 19, annexe Conseil national de l'Ordre des médecins, p. 4.

Pour assurer une protection maximale des intérêts de la personne, il pourrait être conclu un mandat de droit commun, en la forme authentique ou sous seing privé, qui aurait des effets, immédiats ou à terme, au cas où la personne ne serait pas considérée vulnérable, ni juridiquement incapable. L'idée sous-jacente est d'assurer une représentation permanente. Le mandat de protection future pourrait aussi prévoir les hypothèses de non-obtention du certificat médical ou du refus du certificat par le greffier, en assurant non pas la représentation de la personne mais son assistance. Cette dernière ne doit pas être comprise au sens de la curatelle mais comme la création d'outils d'aide à la décision, de rapport d'information, etc.

Pour les biens, le mandat de droit commun est déjà bien ancré dans les pratiques des professionnels (banques, sociétés de gestion, gérants immobiliers, etc.).

Certains auteurs et professionnels ont réfléchi à la possibilité de constituer une fiducie à effet différé sous condition suspensive pour répondre au besoin de protection et pallier les insuffisances du mandat de protection future⁵⁰, notamment l'exigence d'un certificat médical circonstancié.

40. Une fois obtenu le certificat justifiant de l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts, les autres conditions devant par ailleurs être remplies, le greffier apposera son visa sur le mandat qui prendra effet. Le mandataire pourra alors exercer les pouvoirs conférés par le mandat.

B. Les pouvoirs du ou des mandataires

41. Selon la forme du mandat, notariée ou sous seing privé, le mandataire pourra réaliser d'une manière générale des actes d'administration et/ou de disposition. La distinction entre ces actes est souvent complexe⁵¹. Il faut aussi garder à l'esprit que le juge n'est jamais loin s'agissant de la mise en œuvre du mandat, soit en vertu de la loi comme pour le logement de la personne protégée ou ses comptes bancaires, soit en raison de pouvoirs volontairement limités dans le mandat. L'intervention du juge ne doit pas être redoutée. Elle peut s'avérer opportune pour les actes graves lorsque la gouvernance du mandat n'est pas suffisamment étoffée et que le risque de contentieux ou de conflits d'intérêts est prégnant. Sur ce point, l'innovation que constitue l'habilitation familiale se trouve être un palliatif intéressant. Vouloir évincer le juge en attribuant tous les pouvoirs au mandataire est illusoire. L'articulation entre le conventionnel et le judiciaire doit être synonyme de sécurité pour la personne vulnérable et ses proches.

50 C. Farge, S. Weisgerber, B. Berger-Perrin, D. Davodet, La fiducie à effet différé, complément du mandat de protection future dans le *pack* prévoyance du dirigeant : JCPN 2021, n° 38-39, 1288

51 D. n° 2008-1484, 22 déc. 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du code civil. - Cf. N. Peterka, Présentation du décret du 22 décembre 2008 : plus de lacunes que d'apports véritables : Droit et patrimoine oct. 2016, n° 263, p. 38-43.

42. Les pouvoirs du mandataire sont fortement influencés par le régime de la tutelle qui constitue une ligne de démarcation pour les actes autorisés ou non et leur contestation.

1° Les actes qu'un tuteur peut faire sans autorisation

43. Le mandat de protection future sous seing privé est limité à ces actes.

44. **Protection de la personne elle-même**⁵² - La protection de la personne est strictement encadrée. Toute stipulation contraire est réputée non écrite⁵³. Selon son état de vulnérabilité, le mandataire devra lui fournir toutes informations sur sa situation personnelle, les actes concernés, leur utilité, leur degré d'urgence, leurs effets et les conséquences d'un refus de sa part, sous réserve des actes qui nécessitent un consentement strictement personnel de la personne protégée et des actes qui lui sont interdits. L'intervention du mandataire peut aussi concerner la santé du mandant, sous réserve de la désignation d'une personne de confiance différente du mandataire (V. § 10). En outre, sauf urgence, la personne chargée de la protection du majeur ne peut, sans l'autorisation du juge prendre une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intimité de la vie privée de la personne protégée. Toutefois, la personne chargée de la protection du majeur peut prendre à l'égard de celui-ci les mesures de protection strictement nécessaires pour mettre fin au danger que son propre comportement ferait courir à l'intéressé. Elle en informe sans délai le juge.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Le personnel médical est peu sensibilisé au mandat de protection future. Certains ne le connaissent pas. Le risque est de se heurter à un refus de s'entretenir avec le mandataire et de privilégier la famille au mépris de la loi et parfois de la désignation d'une personne de confiance dans le mandat. Les médecins ont pour réflexe la sauvegarde de justice et s'en remettent au juge pour décider ou non d'une mesure. La protection conventionnelle n'a pas franchi la porte des cabinets médicaux et des hôpitaux. Le code de la santé publique prévoit pourtant que le médecin doit obtenir l'autorisation de la personne chargée de la mesure de protection (juridique et non judiciaire). Au surplus, le terme « mandat de protection future » ne figure pas dans le code de la santé publique. Difficile dans ces conditions de sensibiliser les professionnels de santé.

45. **Gestion des biens de la personne protégée** - Le mandataire réalisera un inventaire des biens du mandant⁵⁴. Il pourra obtenir communication de tous renseignements et documents nécessaires à l'établissement de l'inventaire auprès de toute personne publique ou privée, sans que puisse lui être opposé le secret professionnel ou le secret bancaire. Il

pourra accomplir seul les actes conservatoires et les actes d'administration nécessaires à la gestion du patrimoine de la personne protégée⁵⁵. Il agira seul en justice pour faire valoir les droits patrimoniaux de la personne protégée.

En matière de droit des sociétés, la représentation de la personne vulnérable dans le cadre d'un mandat de protection future activé pose la question de sa validité pour les assemblées générales d'actionnaires notamment des sociétés anonymes. Pour ces dernières sociétés, le code de commerce prévoit que le mandat doit être spécialement donné pour une seule assemblée⁵⁶ sans possibilité de substitution. La doctrine considère que les règles spéciales propres au mandat de protection future prévalent sur les dispositions du code de commerce⁵⁷. La solution inverse aurait pour conséquence de priver le mandataire de son pouvoir de représentation, ce qui n'est pas conforme à l'esprit de la réforme instituant ce mandat.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Lorsque les enjeux économiques sont importants, la rédaction du mandat doit faire l'objet d'une attention particulière. Le « cousu-main » est vivement recommandé.

Sur les règles applicables, il ressort de la pratique que le mandat qui rappelle simplement les textes applicables ou les reprend littéralement dans l'acte risque ainsi de faire entrer dans le champ contractuel des dispositions parfois supplétives de la volonté du mandant et par conséquent de les figer, alors que la jurisprudence doit encore parfaire les contours du mandat de protection future.

S'agissant spécifiquement des pouvoirs du mandataire, une possibilité consiste à faire référence aux textes du code civil et au décret de 2008, ce qui a le mérite de laisser une marge d'interprétation, tantôt commode, tantôt risquée pour les parties. Une autre possibilité consiste à tout détailler, au risque de s'enfermer, notamment s'agissant des placements bancaires et financiers, de l'assurance vie et du droit des sociétés. Pour les établissements bancaires et financiers, ce qui n'est pas écrit en détail n'est pas permis. Des pouvoirs évanescents provoqueraient des blocages à leur niveau, provoquant la gestion des comptes, non pas directement par le mandataire, mais à la discrétion des collaborateurs de ces établissements. La recherche d'efficacité et d'équilibre conduira donc à connaître leurs procédures internes et à adapter la rédaction du mandat en conséquence.

Pour les mandats sous seing privé, la qualification de l'acte d'administration ou de disposition est importante. Si un doute existe, il est opportun de prévoir la possibilité pour le mandataire de solliciter l'avis des autres parties en vue de qualifier l'acte et ainsi de limiter les risques de contestation, sous réserve de ne pas outrepasser les pouvoirs confiés. L'interposition d'une société pour gérer un patrimoine financier et immobilier peut être facilitatrice pour le mandataire qui sera aussi mandataire social.

52 C. civ., art. 457-1 à 459-2.

53 C. civ., art. 479.

54 C. civ., art. 503.

55 C. civ., art. 504.

56 C. com., art. R. 225-79.

57 S. Lelong et A. Couret, Comment concilier le mandat de protection future avec les exigences du droit des sociétés en matière de représentation des associés aux assemblées générales ? : RJDA 3/08, p. 219.

2° Les actes qu'un tuteur peut faire avec autorisation

46. Le mandat notarié de protection future offre des possibilités beaucoup plus larges que le mandat sous seing privé, s'agissant de la gestion des biens uniquement.

47. Protection de la personne elle-même - Les pouvoirs du mandataire sont les mêmes que ceux prévus dans le cadre du mandat sous seing privé (V. § 44).

48. Gestion des biens de la personne protégée - Le mandat notarié permettra au mandataire notamment de vendre des biens, de les apporter en société, qu'il s'agisse d'immeubles ou de fonds de commerce ou de droits sociaux. Le mandataire pourra transiger ou compromettre. Il pourra accepter une succession échue à la personne protégée, à concurrence de l'actif net uniquement. Il ne pourra en revanche pas réaliser d'actes de disposition à titre gratuit.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Le mandat doit-il tout autoriser ? Dans un strict objectif de déjudiciarisation, il est tentant de penser que le mandat notarié pourra répondre à lui seul à toutes les situations. L'expérience montre que la protection conventionnelle doit d'abord répondre aux besoins du mandant. Le rôle du juge, même limité, demeurera nécessaire pour assurer un équilibre des relations entre mandataires, contrôleurs, tiers observateurs. La solution la plus raisonnable est de laisser la main au mandataire pour les actes courants à faible enjeu, d'associer la famille quand cela est possible pour les enjeux plus importants, et de laisser au juge les actes « exceptionnels » pour limiter les conflits et veiller au respect des intérêts de la personne protégée. Enfin, quand cela est nécessaire, il faudra prévoir un contrôle externe, par exemple avec un expert-comptable ou un mandataire judiciaire à la protection des majeurs.

C. La contestation des actes et la responsabilité des intervenants au mandat de protection

49. Les actes réalisés par le mandant - Le mandat de protection future ne crée pas d'incapacité juridique. Par conséquent, même activé, sa non-divulgation (et son absence de publicité) permettra au mandant de réaliser des actes pouvant être parfois en concurrence avec ceux du mandataire.

50. Les actes réalisés par le mandataire - Le mandataire pourra réaliser des actes selon les pouvoirs confiés par le mandant. Si le mandat prévoit des pouvoirs limités, le mandataire agira en parallèle de son mandant. De plus, s'il est prévu plusieurs mandataires, ils pourront agir, ensemble ou séparément, concurremment ou en parallèle.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

La répartition des pouvoirs devra être soigneusement rédigée.

51. La contestation des actes par le notaire - Le notaire a une obligation de conservation des pièces et un devoir d'alerte. Or, il ne fait aucun doute que les notaires n'ont ni le temps, ni l'expérience, ni les ressources matérielles pour assurer un contrôle efficace de la gestion, comparativement à des experts-comptables ou des mandataires judiciaires à la protection des majeurs.

Le risque d'une insuffisance de contrôle est la contestation ultérieure des actes pouvant rejaillir sur le mandat.

52. La contestation des actes par les parties - La loi prévoit que le mandat de protection future doit stipuler des modalités de contrôle du mandataire. Le contrôleur de la gestion sera en première ligne pour contester certains actes. L'accès à l'information permettra aux tiers observateurs de saisir le juge en cas de difficulté.

Plus largement, tout intéressé peut saisir le juge des tutelles aux fins de contester la mise en œuvre du mandat ou de voir statuer sur les conditions et modalités de son exécution. Les pouvoirs conférés au mandataire ne l'autoriseront pas à dépasser les limites du mandat. En cas de difficulté, les interlocuteurs financiers du mandant, en premier lieu les banques, pourront refuser certaines opérations, demander une autorisation du juge, voire informer le procureur de la République des agissements du mandataire.

53. Les conséquences éventuelles de la contestation des actes - Les *actes passés par le mandant*, pour qu'ils soient valables, doivent être conclus en étant sain d'esprit⁵⁸. Le risque est ici la nullité des actes. De plus, si des mesures judiciaires incapacitantes remplacent le mandat, les actes accomplis moins de deux ans avant la publicité du jugement d'ouverture de la mesure de protection (période dite « suspecte »), peuvent être réduits sur la seule preuve que son inaptitude à défendre ses intérêts, par suite de l'altération de ses facultés personnelles, était notoire ou connue du cocontractant à l'époque où les actes ont été passés⁵⁹.

Le mandat de protection future ne prive pas la personne protégée de sa capacité juridique. Aussi les actes passés et les engagements contractés par une personne faisant l'objet d'un mandat mis à exécution, pendant la durée du mandat, peuvent être rescindés pour simple lésion ou réduits en cas d'excès alors même qu'ils pourraient être annulés. Les tribunaux doivent prendre en considération notamment l'utilité ou l'inutilité de l'opération, l'importance ou la consistance du patrimoine de la personne protégée et la bonne ou mauvaise foi de ceux avec qui elle a contracté⁶⁰.

Les *actes passés par le mandataire*, en dehors de ses pouvoirs et/ou sans respecter les intérêts du mandant peuvent

58 C. civ., art. 414-1.

59 C. civ., art. 464.

60 C. civ., art. 488.

être inopposables ou nuls sur le fondement du droit commun du mandat et de la représentation⁶¹.

D'une manière générale, si le mandat s'avère insuffisant pour protéger la personne et ses biens, tout intéressé peut saisir le juge.

54. La responsabilité des parties - Le mandataire doit répondre de ses fautes et pourra le cas échéant engager sa responsabilité.

À l'expiration du mandat et dans les cinq ans qui suivent, le mandataire tient à la disposition de la personne qui est amenée à poursuivre la gestion, de la personne protégée si elle a recouvré ses facultés ou de ses héritiers l'inventaire des biens et les actualisations auxquelles il a donné lieu, ainsi que les cinq derniers comptes de gestion et les pièces nécessaires pour continuer celle-ci ou assurer la liquidation de la succession de la personne protégée⁶².

55. S'il est souhaitable que les effets du mandat soient pérennes, la garantie de protection de la personne vulnérable doit néanmoins laisser une porte de sortie pour le mandant.

III. Le terme du mandat

56. Le terme du mandat peut être prévu ou subi. Il peut dépendre de la loi (A) ou de la volonté des parties (B).

A. Le terme prévu par la loi

57. L'article 483 du code civil énonce clairement que le mandat mis à exécution prend fin par :

- le rétablissement des facultés personnelles de l'intéressé constaté à la demande du mandant ou du mandataire, dans les formes prévues à l'article 481 ;

- le décès de la personne protégée ou son placement en curatelle ou en tutelle, sauf décision contraire du juge qui ouvre la mesure ;

- le décès du mandataire, son placement sous une mesure de protection ou sa déconfiture ;

- sa révocation prononcée par le juge des tutelles à la demande de tout intéressé, lorsqu'il s'avère que les conditions prévues par l'article 425 du même code ne sont pas réunies, ou lorsque l'exécution du mandat est de nature à porter atteinte aux intérêts du mandant. Le juge pourra également suspendre les effets du mandat le temps d'une mesure de sauvegarde de justice.

61 C. civ., art. 1556.

62 C. civ., art. 487.

En outre, l'article 484 du code civil dispose que tout intéressé peut saisir le juge des tutelles aux fins de contester la mise en œuvre du mandat ou de voir statuer sur les conditions et modalités de son exécution.

Le juge qui met fin au mandat peut ouvrir une mesure de protection juridique⁶³.

58. Lorsqu'il est constaté que la mise en œuvre du mandat ne permet pas, en raison de son champ d'application, de protéger suffisamment les intérêts personnels ou patrimoniaux de la personne, le juge peut, sans mettre fin au mandat, ouvrir une mesure de protection juridique complémentaire confiée, le cas échéant, au mandataire ; il peut aussi autoriser ce dernier ou un mandataire *ad hoc* à accomplir un ou plusieurs actes déterminés non couverts par le mandat⁶⁴.

B. Le terme prévu par les parties

59. La liberté contractuelle permet au mandant de prévoir que sa protection future pourra être organisée en fonction de sa situation personnelle pour une durée déterminée ou indéterminée.

Le mandant pourrait aussi avoir intérêt à organiser sa protection dans un but précis, comme la vente d'une entreprise, en confiant les pouvoirs à un professionnel extérieur à la famille. Une fois l'entreprise cédée, le mandat arrivera à son terme.

Conclusion

60. Bilan des difficultés et solutions - Les rédacteurs, les parties au mandat de protection future et les juges doivent avoir pour seule ligne directrice la protection de la personne vulnérable. À ce stade, en espérant une insertion plus marquée du mandat de protection future dans la société française, l'anticipation de la vulnérabilité passera nécessairement par une solution équilibrée entre le mandat et le contrôle du juge. Une déjudiciarisation totale est illusoire et non souhaitable, car le mandat confiant des pouvoirs exorbitants, sous seing privé et surtout en la forme authentique, serait dangereux pour les personnes à protéger et leurs biens. Le mandat devrait avoir vocation à cibler la protection (vie au quotidien, vente d'une entreprise, vente de certains biens, etc.) et rassurer le mandataire qui aura toujours des difficultés à remplacer totalement la personne pour les actes d'administration et de disposition, sous l'œil bienveillant ou suspicieux des autres intervenants au mandat et des tiers. Le niveau de responsabilité du mandataire est considérable.

63 C. civ., art. 485, al. 1^{er}.

64 C. civ., art. 485, al. 2.

La force du mandat n'est pas dans la concentration des pouvoirs. Pour assurer prévisibilité, effectivité des pouvoirs (et donc de la protection, malgré l'absence de publicité), limiter les risques de contestation et réserver l'intervention du juge aux situations les plus graves et aux enjeux les plus importants, il est essentiel de construire une gestion collégiale de la vulnérabilité dans son mode d'exercice et son contrôle.

En outre, la responsabilité qui pèse sur les professionnels, en particulier sur les notaires, est trop importante. Le notaire devrait être seulement conseil et rédacteur et non astreint à une mission de contrôle qui n'est que théorique et dont le périmètre n'est pas clairement défini. Il conviendrait idéalement de supprimer le contrôle du notaire pour aller vers un contrôle interne organisé par les parties elles-mêmes ou externe par des professionnels comme les mandataires judiciaires à la protection des majeurs, voire par les experts-comptables.

La protection des personnes vulnérables est l'affaire de tous. Nous y sommes ou y serons confrontés, personnellement et/ou professionnellement. La seule relation de confiance à prendre en compte devrait être celle établie entre le mandant et son mandataire. Malheureusement, l'expérience démontre que la sous-utilisation en pratique du mandat, la prédominance du mandat notarié, seul à même de prévoir des actes de disposition, la concentration des pouvoirs du mandataire, les risques d'action en responsabilité et plus récemment la sanction par les juges des conflits d'intérêt, ont déplacé la relation de confiance du couple mandant / mandataire vers

le couple notaire / mandataire. L'objectif poursuivi est donc loin d'être atteint.

61. Prospective - Nous pourrions espérer une évolution des textes favorisant l'insertion du mandat de protection future auprès des médecins, ne serait-ce qu'en l'intégrant plus largement dans le code de la santé publique et à la déontologie du corps médical.

Un élargissement du périmètre du mandat sous seing privé par acte d'avocat aux actes de dispositions nous paraît également pertinent. La banalisation du contrôle externe par des professionnels pourrait lever les freins des rédacteurs et des parties.

L'information du grand public doit aussi être améliorée. Peu de personnes connaissent les possibilités offertes par le mandat. Elles s'y intéressent parfois lors de l'entrée dans un établissement médical qui a l'obligation d'informer le patient sur la possibilité de donner des directives anticipées, ce qui les amènent à s'interroger sur la désignation d'une personne de confiance et pour les plus motivées d'entre elles à mettre en place un mandat de protection future.

L'information des tiers quant à l'existence du mandat par la création d'un registre spécial est aussi essentielle à son développement.

Reste désormais à vivifier la pratique du mandat de protection future et à contribuer à la formation des usages. L'intervention du législateur serait aussi bienvenue.

G. CHARROYER ■