



HAL
open science

Le mandat de protection future dans tous ses États

Laura Battail Pelissier, Mariotte Gillet

► **To cite this version:**

Laura Battail Pelissier, Mariotte Gillet. Le mandat de protection future dans tous ses États. Droit. 2020. dumas-02948803

HAL Id: dumas-02948803

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-02948803>

Submitted on 25 Sep 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Master 2 Droit notarial

Mémoire de recherche :
« Le mandat de protection future
dans tous ces États »

Sous la direction de :

Monsieur Michel FARGE
Professeur de droit privé et de sciences criminelles
Co-directeur du centre de recherches juridiques
Directeur du Master 2 Droit notarial

Soutenu le 10 septembre 2020

En présence de **Maître Philippe REBATTET**
Notaire
Professeur associé à la Faculté de droit de Grenoble

REMERCIEMENTS

La réalisation de ce mémoire a été possible grâce au concours de plusieurs personnes à qui nous souhaitons témoigner notre reconnaissance.

Nous tenons à remercier en premier lieu notre directeur de mémoire, Monsieur Michel FARGE, pour son aide et ses conseils apportés tout au long de notre travail, tant pour le choix de notre sujet que la consécration de notre plan. Également, nous le remercions pour sa patience et ses promptes réponses face à toutes nos interrogations. Cet accompagnement nous a été indispensable pour la bonne rédaction de ce mémoire.

Nous désirons aussi remercier Maître Gabriel NALLET de nous avoir reçu au sein de son office notarial, d'avoir pris le temps de nous éclairer sur le sujet dans le cadre d'un long entretien. Enfin, nous le remercions de nous avoir conseillé sur le mécanisme du mandat de protection future comme il l'aurait fait avec ses clients.

Aussi, nous tenons à remercier Maître Philippe REBATTET pour le temps consacré à la lecture de notre travail.

Pour finir, nous souhaitons remercier nos familles pour leur avis et pour la relecture de notre mémoire.

SOMMAIRE

<i>INTRODUCTION</i>	- 6 -
PARTIE 1. LA PRÉOCCUPATION TRANSNATIONALE D’UNE PROTECTION CONVENTIONNELLE DES ADULTES VULNÉRABLES	- 14 -
Chapitre 1. L’ingéniosité nuancée des droits étrangers	- 16 -
Chapitre 2. L’impopularité certaine du mandat de protection future français	- 33 -
PARTIE 2. LA CIRCULATION DU MANDAT D’INAPTITUDE	- 64 -
Chapitre 1. La vocation universelle du mandat d’inaptitude	- 66 -
Chapitre 2. Vers un possible perfectionnement de la circulation du mandat d’inaptitude.....	- 79 -
<i>CONCLUSION</i>	- 90 -
<i>BIBLIOGRAPHIE</i>	- 92 -
<i>TABLE DES MATIÈRES</i>	- 100 -

TABLE DES ABRÉVIATIONS

Act.	Actualité
al.	Alinéa
Art.	Article
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
C. civ.	Code civil
CA	Cour d'appel
Cass. Civ. 1 ^{ère}	Première chambre civile de la Cour de cassation
Conf.	Confer
Chap.	Chapitre
Comm.	Commentaire
CSE	Certificat successoral européen
<i>Infra</i>	Ci-dessous
JO	Journal Officiel
L.	Loi
L. Q.	Loi du Québec
MAJ	Mesure d'accompagnement judiciaire
MASP	Mesure d'accompagnement social personnalisé
n°	Numéro
p.	Page
<i>Supra</i>	Ci-dessus
Vol.	Volume

INTRODUCTION

1. « *Tous les hommes ne sont pas vulnérables de la même façon ; aussi faut-il connaître son point faible pour le protéger davantage* »¹. À travers cette phrase, Sénèque met en lumière que la vulnérabilité est un problème de société susceptible de toucher chacun d'entre nous, elle n'est pas uniforme et peut provenir de diverses causes. Afin de mieux l'appréhender, les individus doivent en prendre conscience et devancer cette potentielle altération de leurs facultés par le biais de moyens offerts par le Droit.

2. **L'histoire de la vulnérabilité.** D'origine latine, le terme vulnérabilité provient du latin « *vulnerare* » ; il signifie *blessar*, *endommager* ou encore *porter atteinte*. Ce terme évoque donc le caractère de ce qui est vulnérable, fragile, précaire ou de ce qui peut être attaqué mais à travers les siècles, la signification de ce mot a évolué. Dès l'époque romaine, la vulnérabilité était connue et prise en compte, le droit organisant déjà une protection de la personne incapable.

Par la suite, l'Ancien droit a ajouté aux incapacités traditionnelles, telles que la minorité, la folie, les personnes « surâgés », les « langoureux », les prodigues et les femmes, des incapacités directement liées à la condition des personnes (prêtre, moine, juif, protestant, bâtard, serf, lépreux). En effet, la société de l'époque étant particulièrement inégalitaire, leur capacité était réduite, à des degrés différents, selon leur condition.

Ces inégalités n'ont été supprimées qu'à la Révolution française. Dès 1789, il est affirmé que l'égalité civile est le principe, l'incapacité devenant l'exception. Ainsi, c'est à la Révolution française que le droit des incapacités a été fondamentalement instauré. En effet, dans le Code civil napoléonien de 1804, l'altération de la volonté a été immédiatement prise en compte et deux institutions ont été mises en place pour faire face à cet état de vulnérabilité. Le premier mécanisme créé était l'interdiction judiciaire permettant de mettre sous tutelle les individus en état « *d'imbécillité* », de « *démence* » ou de « *fureur* » ; la personne se trouvant ainsi dans une situation semblable à celle du mineur. Le Code napoléonien a mis en place un second mécanisme appelé la dation du conseil judiciaire pour les personnes jugées « *faibles d'esprit* » ; il était finalement destiné à des individus qui avaient besoin d'une protection mais dont les facultés mentales n'étaient pas suffisamment altérées pour justifier une interdiction judiciaire. Dans cette situation, un conseil judiciaire était mis en place et avait pour objectif d'assister la personne, se rapprochant ainsi de la curatelle connue de nos jours. L'interdiction judiciaire et la dation du conseil judiciaire constituaient à elles deux le droit des incapacités prévus par le Code civil de 1804. Ce droit est resté inchangé jusqu'en 1968, date de l'adoption de la loi Carbonnier représentant un réel tournant pour la protection de la vulnérabilité.

¹ Sénèque (philosophe de l'école stoïcienne et homme d'État romain), *De la Colère*.

La vulnérabilité démontre aujourd'hui une situation de faiblesse risquant d'affecter, de diminuer ou encore d'altérer l'intégrité d'un être, sans distinction de sexe ou de milieu social. L'état de vulnérabilité peut s'appliquer à des objets mais surtout à des personnes ou à des groupes de personnes. Elle peut être due à la maladie, à des infirmités, ou encore à des événements personnels (deuil, divorce, ou autre) ou sociaux-économiques. Pour une personne, la vulnérabilité peut avoir des conséquences en termes d'autonomie, de santé, d'espérance de vie, de dignité, d'intégrité physique ou psychique. Finalement, la personne vulnérable « *est celle qui, en raison d'un défaut de défense s'expose à des atteintes lorsqu'elle évolue au sein de la société* »².

3. La notion actuelle de vulnérabilité. D'un point de vue juridique, la vulnérabilité n'est pas définie clairement, bien que le terme soit utilisé dans de nombreux Codes de droit français. La notion est, entre autres, connue du droit social, mais également du droit pénal qui en donne une définition précise à l'article 434-3 du Code pénal : « *un mineur de 15 ans ou une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou d'un état de grossesse* ». Ainsi, pour le droit pénal, la catégorie des personnes vulnérables est strictement identifiée et ne prend pas en compte les facteurs économiques ou personnels.

À l'inverse, le Code civil de 1804 n'emploie pas le terme et n'en donne pas de définition. Il se contente simplement d'énoncer à l'article 425 que « *toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté peut bénéficier d'une mesure de protection juridique prévue au présent chapitre* ». À la lecture de cet article, le Code civil prend en compte le terme de vulnérabilité et en donne la conséquence sans toutefois l'utiliser ou même le définir. Afin de mieux cerner la notion de vulnérabilité, il paraît nécessaire de la confronter avec des notions voisines. Notamment, la vulnérabilité se distingue de l'incapacité en ce qu'elle est plus large. En effet, l'état de vulnérabilité englobe plus largement celui de faiblesse, allant au-delà d'une simple inaptitude. Mais surtout, l'incapacité, définie comme « *l'inaptitude à la jouissance ou à l'exercice d'un droit, à l'accomplissement d'un acte juridique* »³, est une notion juridique issue uniquement de cette matière. Malgré ces différences, les notions de vulnérabilité et d'incapacité sont liées car « *l'incapacité est bien mise en place pour protéger la personne vulnérable* »⁴.

Par ailleurs, la vulnérabilité se distingue de la fragilité, terme utilisé pour définir ce qui manque de solidité. La fragilité est une notion inhérente à la personne alors que la vulnérabilité peut également provenir de facteurs extérieurs qui ne dépendent pas de la personne et qui sont hors de son contrôle. Mais la fragilité demeure une cause de la vulnérabilité, les deux notions étant une nouvelle fois liées.

² L.-F. Pignarre, « Le notaire confronté à la vulnérabilité », *Revue Juridique Personnes et Famille* n°5, Lamyline, 1^{er} mai 2018.

³ Définition issue du dictionnaire Larousse.

⁴ Le Lamy Droit du contrat, sous la direction de B. Fages et P. Fleury, collection Lamy Droit civil, 2018.

Finalement, la vulnérabilité apparaît comme une notion large prenant en compte d'autres termes et ayant de nombreuses causes. Elle entraîne des conséquences préjudiciables pour la personne, le droit français s'est donc saisi de la question et a principalement instauré des mesures de protection judiciaires pour y remédier. La vulnérabilité touchant la personne et la concernant directement, il apparaît logique que celle-ci puisse exprimer sa volonté et moduler sa protection, chose qui n'était pas pleinement assurée par les mesures judiciaires. Finalement, l'anticipation apparaît comme le seul remède à cette difficulté. Le mécanisme qui prend le mieux en compte la volonté de la personne et l'anticipation de sa protection est, à l'heure actuelle, le mandat de protection future en France ; son homologue international étant connu sous le nom de mandat d'inaptitude.

4. Définition du mandat de protection future. Le mandat de protection future est une forme de mandat de droit commun, ce dernier étant défini par l'article 1984 du Code civil comme « *un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom* ». Le mandat permet de conférer à une personne, le mandataire, un pouvoir de représentation, limité à la seule réalisation d'actes juridiques, et ce dans l'intérêt de la personne à l'origine de l'acte, le mandant.

Le mandat de protection future est, quant à lui, défini comme « *le contrat par lequel le mandant charge une ou plusieurs personnes physiques ou morales de le représenter pour le cas où il ne pourrait plus pourvoir seul à ses intérêts par suite d'une altération, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles l'empêchant de manifester sa volonté* »⁵. Entre ces deux formes de mandat, les logiques sont inversées ; dans le mandat de droit commun, la perte de capacité du mandant est une cause d'extinction de l'acte, alors que cette même altération des facultés justifie la mise en œuvre du mandat de protection future. De plus, sa particularité réside dans sa prise d'effet retardée au moment de la constatation de l'incapacité du mandant, la prise d'effet du mandat de droit commun dépend en revanche du souhait des parties.

Le mandat de protection future permet donc véritablement au mandant d'anticiper sa perte de capacité potentielle, que celle-ci soit sévère ou simplement ponctuelle, en désignant une personne de confiance qui sera en charge de la gestion de son patrimoine et de sa personne. Selon les termes du mandat, cette représentation sera adaptée à la situation et au souhait du mandant. Il s'agit de l'outil actuel ayant pour objectif principal l'anticipation de sa propre dépendance, celui-ci n'a été reconnu par le droit français que très tardivement, à travers la loi du 5 mars 2007. Auparavant, la protection de la vulnérabilité ne pouvait se faire qu'à travers des mesures de protection judiciaires nées de la loi Carbonnier du 3 janvier 1968, empêchant ainsi toute anticipation.

⁵ G. Paris, « Mandat de protection future – Présentation et fondements », *Lextenso*, 1^{er} octobre 2018.

5. La révolution du droit de la protection par les lois Carbonnier. Sous l'égide du Doyen Jean Carbonnier, le droit des incapacités a fait l'objet d'une refonte totale par le biais de deux lois, l'une datant de 1964 concernant les mineurs et l'autre de 1968 s'intéressant aux majeurs incapables. La loi n° 64-1230 du 14 décembre 1964, portant modification de la tutelle et de l'émancipation, a largement modifié le dispositif de l'administration légale avec le double objectif d'élargir son domaine et de réduire celui de la tutelle.

La loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 a été adoptée pour réformer le droit des incapables majeurs et faisait partie des 9 avant-projets de loi rédigés par Jean Carbonnier afin de modifier l'intégralité du livre premier du Code civil datant de 1804 traitant du droit des personnes. Les deux mécanismes existant dans le Code civil de 1804, à savoir l'interdiction judiciaire et la dation du conseil judiciaire, ont été supprimés et remplacés par les mécanismes de protection judiciaires connus à l'heure actuelle, à savoir la sauvegarde de justice, la curatelle et la tutelle. L'accent a été mis sur la gradation de la mesure selon le degré d'atteinte à la capacité juridique de la personne. Par ailleurs, la loi de 1968 a modifié les termes utilisés pour parler de la personne vulnérable. En effet, « *l'imbécillité, la démence ou la fureur* »⁶ ont été remplacées par une formule laissant apparaître une explication médicale et sociale à l'incapacité : « *l'altération des facultés mentales causée par la maladie, une infirmité ou un affaiblissement dû à l'âge* »⁷. L'idée de ce changement formel était de traiter les personnes « *aliénées* » comme de véritables sujets de droit à part entière, en leur octroyant une protection juridique basée sur l'accompagnement. Par ailleurs, elle a institué plusieurs principes régissant tout régime de protection : nécessité, subsidiarité et proportionnalité de la mesure. En effet, le choix du législateur de 1968 a été de donner la priorité à la famille du majeur protégé pour la mise en œuvre de la mesure, l'État n'intervenant qu'à titre subsidiaire. Par cette loi, le législateur n'a prévu, pour faire face à la vulnérabilité des adultes, que des mesures de protection judiciaires faisant nécessairement intervenir le juge. Même s'il a commencé à prendre en compte la volonté de la personne, aucune mesure passant par le contrat et permettant aux individus d'anticiper leur protection n'a été prévue.

6. Le besoin national et international d'anticipation. Il est ainsi apparu nécessaire de réformer de nouveau le droit des incapacités afin d'offrir aux individus la possibilité d'anticiper l'organisation de leur protection. Cette nécessité a été révélée par la pratique notariale, à travers notamment divers Congrès des notaires de France, et ce dès 1984. Le notaire a un rôle particulièrement important et fréquent en matière de protection des personnes vulnérables, c'est donc la profession qui s'est rendu compte des lacunes de la législation de 1968. Ainsi, à travers l'organisation des Congrès basé sur l'idée de protection, le notariat s'est saisi de la question et a soulevé le besoin d'intégrer dans

⁶ Termes utilisés dans le Code civil de 1804.

⁷ C. civ. Art. 490 (version antérieure au 31 octobre 1968).

le droit français une mesure de protection conventionnelle permettant aux individus d'anticiper leur vulnérabilité future.

Néanmoins, en France, cette anticipation a mis du temps à émerger en raison d'une réticence à la fois du législateur et de la population, alors même que dans certains pays, comme la Belgique, l'Allemagne ou encore le Québec, cette question a été accueillie favorablement. La réticence française peut s'expliquer par les mœurs et les croyances ; à l'image de l'idée selon laquelle, « *penser à sa mort fait venir la mort* », vouloir anticiper sa propre dépendance pourrait engendrer cet état de vulnérabilité. Pour ces raisons, cette question représentait un sujet tabou et n'intéressait pas les français.

En raison de l'évolution de la société, du perfectionnement du droit des contrats et du changement des mentalités, la loi de 1968, pourtant bien conçue, est devenue obsolète. De plus, les règles instaurées par cette loi sont apparues totalement décalées avec le mouvement croissant de réforme des régimes de protection des législations étrangères. En effet, la déjudiciarisation de la protection et la prise en compte de la volonté de la personne sont devenues un phénomène mondial, influencé par l'essor des droits de l'Homme encourageant un droit à l'autonomie personnelle. Ce phénomène mondial d'anticipation a été soutenu, au niveau international, par l'adoption de la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes qui a reconnu le mécanisme du mandat d'inaptitude dans son article 15 et qui a encouragé les États à l'insérer dans leur législation. Aussi, elle a prévu des outils permettant de développer la circulation du mandat d'inaptitude et sa reconnaissance dans tous les États.

7. La création du mécanisme français de protection conventionnelle en 2007. Le législateur français, prenant en compte ces évolutions, a adopté la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs. Celle-ci est entrée en vigueur en même temps que la Convention de La Haye, à savoir le 1er janvier 2009. Cette loi voit le jour après de longues années de travaux et notamment deux ans de préparation. D'après certains auteurs⁸, cette loi rend compte de « *bouleversements juridiques, économiques et sociaux* » tels que l'augmentation du nombre de majeurs protégés ou encore la préoccupation d'être au plus près de la volonté de la personne et de la placer au centre de sa mesure. Ce dernier objectif figure même au nouvel article 415 du Code civil⁹.

Cette loi est restée fidèle au système antérieur de protection judiciaire en conservant les trois régimes traditionnels. Toujours d'après Hugues Fulchiron et Anne Caron-Dégliise, la tutelle, la curatelle et la

⁸ H. Fulchiron et A. Caron Dégliise, « La protection judiciaire des majeurs : nouveau droit, nouveaux droits », *Revue Le Lamy Droit Civil* n°73, 1er juillet 2010.

⁹ C. civ. Art. 415 : « *Les personnes majeures reçoivent la protection de leur personne et de leurs biens que leur état ou leur situation rend nécessaire selon les modalités prévues au présent titre. Cette protection est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne.*

Elle a pour finalité l'intérêt de la personne protégée. Elle favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci.

Elle est un devoir des familles et de la collectivité publique ».

sauvegarde de justice « *ont été redessinés ; leurs frontières se sont ouvertes ; chacun d'eux peut être aménagé en vue d'assurer la protection la mieux adaptée à la personne concernée* ».

L'innovation majeure de cette loi est l'introduction dans le Code civil d'une mesure de protection conventionnelle à savoir le mandat de protection future qui se décline sous deux formes, le mandat pour soi-même et pour autrui. La création du mandat de protection future pour autrui est d'ailleurs une particularité française, le mécanisme est inconnu des autres États ce qui en fait une innovation d'autant plus étonnante. Il s'agira dans cette étude de se concentrer uniquement sur le mandat pour soi-même qui concerne toute personne majeure ou tout mineur émancipé en évoquant de façon ponctuelle le second. En effet, le mandat de protection future pour autrui ne concerne que des parents souhaitant protéger leur enfant se trouvant en situation de handicap.

Mais cette loi a également créé la mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ) et la mesure d'accompagnement social personnalisé (MASP). Surtout, elle a réaffirmé les trois principes devant être respectés par le juge lors de l'instauration d'une mesure de protection, à savoir la nécessité, la subsidiarité et la proportionnalité de celle-ci. En outre, d'un point de vue terminologique, la loi du 5 mars 2007 a souhaité faire disparaître de notre droit le mot « *incapable* », ayant été jugé trop stigmatisant et péjoratif, ce que Jean Carbonnier avait déjà dénoncé en 1968.

8. Les apports de lois postérieures. Par la suite, d'autres lois sont intervenues pour apporter quelques modifications au droit des personnes protégées permettant ainsi de le compléter sans toutefois le refonder totalement. Par la même occasion, le régime du mandat de protection future a été précisé. Parmi ces lois, se trouve celle du 16 février 2015 n° 2015-177 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures. Elle a donné lieu à une ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille, créant l'habilitation familiale en tant que nouvelle mesure de protection et l'insertion dans le Code civil des articles 491-1 à 494-11.

Dans la même année, la loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement a comblé une lacune du mandat de protection future soulignée par la pratique notariale ; elle a instauré une publicité obligatoire de celui-ci. Néanmoins, le décret d'application n'a pas encore été pris et cette disposition reste, encore à l'heure actuelle, lettre morte.

Enfin, la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme de la Justice a permis de prendre en compte les évolutions jurisprudentielles, au sujet de l'existence de passerelles entre l'habilitation familiale et la tutelle, mais également les recommandations du Défenseur des droits et celles de la Cour des comptes exprimées en 2016. Cette loi s'est inspirée du rapport réalisé en septembre 2018 par Anne Caron-Dégliose remis à Nicole Belloubet, la Garde des Sceaux, ainsi qu'à Agnès Buzyn, la ministre des Solidarités et de la Santé. Ce rapport a fait ressortir la nécessité de modifier les textes existants afin de renforcer davantage l'autonomie du majeur. Cette loi met donc tout en œuvre pour assurer une déjudiciarisation de la protection des personnes vulnérables, qui se traduit par un

transfert de compétences réservées autrefois au juge des tutelles à d'autres autorités comme les mandataires judiciaires à la protection des majeurs et les familles. Par ailleurs, le nom du juge des tutelles a été modifié, il est devenu le juge des contentieux de la protection.

9. Intérêt de l'étude. L'adoption de la loi du 5 mars 2007 a donc permis de consacrer le mandat de protection future en l'intégrant dans le Code civil. Son utilité avait été démontrée par la pratique mais également par la doctrine qui souhaitaient faire de ce mécanisme un réel outil de protection permettant d'anticiper la vulnérabilité. Néanmoins, suite à cette consécration par le législateur, la pratique s'est interrogée sur l'efficacité réelle du mandat de protection future en France. Il est en effet apparu que son utilisation n'était pas répandue et que sa mise en œuvre a rencontré des difficultés en droit interne ; le succès attendu n'a donc pas été rencontré. À l'inverse, d'autres mécanismes étrangers, et spécialement le mandat de protection québécois, ont connu un franc succès.

Anne Caron-Déglise, dans son rapport datant de septembre 2018, a révélé quelques chiffres, permettant d'illustrer le questionnement sur l'efficacité du mandat de protection future en France. Il est notamment apparu dans ses recherches que seulement 140 mandats ont été mis en œuvre en 2009, première année d'existence du mécanisme. Mais même par la suite, celui-ci ne s'est pas autant développé que prévu ; en 2016, seulement 968 mandats sont entrés en application. Anne Caron-Déglise met en lumière une raison essentielle à cette inefficacité : il lui est apparu que 83% des mandants ont plus de 80 ans lorsque le mandat est conclu. Le mécanisme serait donc conclu trop tardivement, la vulnérabilité étant déjà présente dans certains cas.

L'interrogation porte sur la connaissance de la raison générale de cet échec, de savoir pourquoi le mandat de protection future ne remplit pas efficacement son objectif d'anticipation et ne répond pas suffisamment aux besoins de la population. Aussi, dans la même optique, il faut s'intéresser à sa circulation à l'international. En effet, la Convention de La Haye, reconnaissant pleinement le mandat d'incapacité, a essayé de développer ce mécanisme pour qu'il soit connu et reconnu de tous les États. Mais cette circulation est-elle réellement assurée à l'heure actuelle et permet-elle de renforcer l'efficacité du mécanisme ? Concrètement, que lui manque-t-il pour qu'il devienne le véritable outil de protection des personnes vulnérables auquel il était destiné ?

Finalement, il s'agira de comprendre, tant dans une dimension nationale qu'internationale, de quoi résulte l'échec du mandat de protection future français.

10. Justification du raisonnement. Dans cette réflexion, il va tout d'abord être observé que l'inefficacité du mandat de protection future résulte de sa mise en œuvre en France. En effet, dans les textes, le mécanisme est bien conçu et son utilité se fait ressentir. Néanmoins, dans des situations concrètes, il n'apparaît pas toujours comme le meilleur outil permettant d'organiser conventionnellement et de manière anticipée sa protection pour le futur. L'idée sera de démontrer la nécessité de poursuivre le phénomène de déjudiciarisation de la protection des personnes vulnérables

en privilégiant le mandat sur les mesures de protection judiciaires. Pour cela, le mandat de protection future doit être perfectionné et doit davantage s'appuyer sur les exemples étrangers.

La démarche consistera ensuite à poursuivre ce questionnement au niveau international, en étudiant plus en détails la circulation du mandat d'inaptitude dans d'autres États. L'idée est de faire ressortir les imperfections et d'expliquer en quoi la circulation du mécanisme n'est pas pleinement assurée, bien que le droit international mette tout en œuvre en ce sens. À l'heure actuelle, la circulation n'étant pas optimale, celle-ci contribue à une certaine inefficacité du mandat de protection future français dans certaines situations et, de manière plus générale, du mandat d'inaptitude. Mais surtout, l'objectif est de proposer, en partant de ces imperfections, des remèdes et des solutions permettant de développer la circulation du mandat d'inaptitude à l'international.

11. Annonce de plan. La recherche d'explications de l'inefficacité actuelle du mandat de protection future amène tout d'abord à constater une préoccupation transnationale d'une protection conventionnelle des majeurs vulnérables (*partie 1*), faisant ainsi ressortir les imperfections du mécanisme français, ce qui permet ensuite de s'intéresser plus particulièrement à la circulation du mandat d'inaptitude (*partie 2*)

PARTIE 1.
LA PRÉOCCUPATION TRANSNATIONALE D'UNE PROTECTION
CONVENTIONNELLE DES ADULTES VULNÉRABLES

12. La vulnérabilité, causes et conséquences. Dans notre société, la vulnérabilité, synonyme d'altération des facultés mentales ou physiques, a toujours touché les individus mais connaît au fil du temps de nouvelles causes, également, elle intéresse davantage le législateur et les populations. Le regain d'intérêt pour la vulnérabilité provient de divers facteurs à la fois l'accroissement de la population mondiale, le développement de pathologies mais surtout le vieillissement de la population. Les conséquences de cette vulnérabilité, lorsqu'elle n'est pas anticipée, donnent souvent lieu à des situations délicates tant pour la personne concernée que pour ses proches. La personne vulnérable peut alors se retrouver confrontée à des décisions, sur son patrimoine et concernant sa personne, auxquelles elle n'a pas consentie. Des choix seront souvent faits à sa place que ce soit par sa famille ou par une institution judiciaire. Sa volonté se retrouve alors, d'une certaine manière, écartée.

13. Une préoccupation internationale et européenne. Aucun pays n'est épargné par ce phénomène mondial qui nécessite une attention toute particulière et qui constitue une préoccupation de la société. Pour cette raison, il revient normalement au législateur de s'emparer de la question et d'y apporter des solutions. D'une manière générale, le rôle du législateur est de répondre aux besoins de sa population, notamment en matière de protection.

Dans cette optique, la France et d'autres États ont essayé, chacun à leur manière, d'apporter des solutions à cette vulnérabilité actuelle. Ces législateurs ne sont ainsi pas restés insensibles aux difficultés engendrées par celle-ci, qui s'éloignent de l'idée d'anticipation de la protection. Plus particulièrement, c'est en Europe que l'engouement apparaît, et ce grâce à un intérêt des institutions. Notamment, dans une recommandation n° R 99 en date du 23 février 1999, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a énoncé le principe directeur clair suivant lequel la vulnérabilité d'une personne ne doit pas systématiquement se traduire par une incapacité juridique. Il est ainsi indispensable de graduer la mesure de protection suivant l'état de la personne. Mais surtout, dans cette recommandation, le Conseil de l'Europe émet la volonté de placer la personne au cœur de sa propre protection en lui permettant d'anticiper une future altération de ses facultés. Par ailleurs, la Convention internationale du droit des personnes handicapées a été signée le 13 décembre 2006 ; à travers celle-ci, le comité des droits de l'homme recommande de supprimer toutes les mesures de représentation et de les remplacer par des mesures d'accompagnement. Même si cette Convention n'a aucun effet direct et que son contenu ne s'impose pas aux États, elle donne encore plus de poids à la nécessité de recentrer la mesure sur la personne vulnérable.

14. Une anticipation propre à chaque pays. C'est dans ce contexte que le mandat d'inaptitude a émergé dans certains pays et ainsi au niveau international. Les États se sont saisis de la question et ont imaginé des mécanismes singuliers, selon leur conception, consacrant une protection conventionnelle des personnes vulnérables. Malgré la pluralité des mécanismes, l'objectif reste le même pour chacun des pays ; ils permettent aux individus, en amont de leur vulnérabilité et pour prévenir leur incapacité, de décider qui sera en charge de leurs biens et de leur personne.

L'étude des dispositifs étrangers, pouvant ou non s'apparenter à un mandat d'inaptitude, apparaît ainsi nécessaire afin d'émettre un regard critique sur le modèle français du mandat de protection future. En effet, certains États ont proposés des mécanismes complets, efficaces aussi bien en théorie qu'en pratique, alors que d'autres ont imaginé des mécanismes plus restrictifs voire centrés sur le domaine médical. Ces derniers ne couvrent alors pas toute l'étendue de l'incapacité future de la personne (*chapitre 1*).

Quant à elle, la France a proposé en 2007 le mandat de protection future comme mesure de protection conventionnelle. L'étude permettant de mettre en lumière les propositions étrangères mais surtout l'ingéniosité particulière du mandat de protection québécois, il s'agira de faire apparaître les prémices des imperfections du modèle français (*chapitre 2*).

CHAPITRE 1. L'INGÉNIOSITÉ NUANCÉE DES DROITS ÉTRANGERS

15. L'invention novatrice du législateur québécois. La préoccupation transnationale d'une protection conventionnelle de la vulnérabilité a amené les différents États à légiférer sur le sujet. Le modèle précurseur mais aussi le plus efficace est celui mis en place au Québec dès 1989. En effet, le législateur québécois, en créant son mécanisme de mandat de protection, semble avoir pensé à tout pour anticiper la vulnérabilité de ses citoyens. Tant en théorie qu'en pratique, ce modèle séduit les québécois qui n'hésitent pas à y recourir pour organiser leur protection. Les raisons de ce succès s'expliquent notamment par la culture et la mentalité québécoise préoccupée par cette question de l'anticipation. Les québécois ont su voir l'intérêt de cette mesure conventionnelle leur permettant de faire du sur-mesure concernant leur protection, sans avoir à subir l'intervention d'un juge. Ce contexte était donc particulièrement propice à l'apparition d'un tel mécanisme.

Le Québec a réussi à proposer le mécanisme le plus abouti, allant même jusqu'à créer un Curateur public, véritable institution dédiée à la protection des majeurs vulnérables et également spécialisée dans le mandat de protection. Mais surtout, la clé de la réussite du modèle québécois réside dans le fait qu'une place ponctuelle est laissée au juge pour mettre en œuvre le mandat. En effet, celui-ci intervient pour homologuer la mesure faisant ainsi perdre sa capacité juridique au mandant.

16. Les autres inventions étrangères. À l'image du modèle québécois et en observant sa réussite, d'autres pays ont imaginé des mesures de protection conventionnelle en cas de vulnérabilité future. Il s'agira d'étudier les mécanismes mis en œuvre dans différents pays européens mais aussi dans le monde entier. Ces divers pays présentent chacun leur propre vision de l'anticipation de la vulnérabilité, certains l'abordent uniquement sous le prisme du domaine médical alors que d'autres tiennent compte des conséquences de la vulnérabilité sur le patrimoine ou sur l'équilibre de la personne. Ces divers dispositifs étrangers s'apparentent au mandat d'inaptitude, tandis que d'autres créent un mécanisme totalement autonome.

17. Il s'agira d'abord d'étudier en détails le mandat de protection québécois et les raisons de sa réussite (*section 1*) pour ensuite s'intéresser aux mécanismes proposés par d'autres pays et rencontrant un succès plus nuancé (*section 2*).

Section 1. Le succès avéré du mandat de protection québécois

18. Au titre de la protection conventionnelle et l'anticipation de la vulnérabilité, le législateur québécois a été un véritable précurseur en mettant en place sa propre version du mandat d'incapacité (*paragraphe 1*), avant tout autre législateur. Son modèle peut aujourd'hui être qualifié d'originaire et inspire le monde entier, notamment la France, en raison de ses atouts et qualités indéniables (*paragraphe 2*).

§1. La version québécoise du mandat d'incapacité

19. Invention québécoise du mandat de protection. Véritable précurseur, le législateur québécois a, en 1989¹⁰, inventé un tout nouveau mécanisme comme alternative à la tutelle ou la curatelle qu'il a nommé « *le mandat donné dans l'éventualité de l'incapacité du mandant* ». Grâce à ce mandat d'incapacité, une personne majeure peut, dans l'éventualité de son incapacité, désigner une ou plusieurs personnes pour prendre soin de sa personne et veiller sur elle, ou pour administrer ses biens.

Ce mécanisme a été initialement intégré en annexe des dispositions du contrat de mandat dans le Code civil du Bas Canada puis, en 1991, le législateur l'a intégré dans le nouveau Code civil du Québec aux articles 2166 et suivants sans en modifier la substance. Récemment, l'appellation de ce mandat a été modifiée. Dorénavant nommé « *mandat de protection* », le contenu est resté inchangé.

Avec ce mandat de protection, une personne peut anticiper sa propre perte de facultés et faire respecter sa volonté lorsque sa vulnérabilité apparaît. Cette idée, avant-gardiste pour l'époque, était celle du législateur québécois dès 1989, avant tout autre législateur étranger.

20. La forme du mandat de protection. D'après l'article 2166 alinéa 1 du Code civil du Québec¹¹, le mandat de protection québécois peut être conclu sous deux formes, notariée ou sous seing privé.

La forme notariée impose l'intervention d'un notaire. En effet, un mandat de protection notarié est établi et authentifié par un notaire québécois. Une fois le mandat établi, le notaire doit l'enregistrer à la Chambre des notaires pour qu'il soit répertorié.

Le mandant peut également choisir de passer par la forme sous seing privé, appelé mandat devant témoins, en remplissant lui-même le formulaire du Curateur public du Québec¹² ou en sollicitant l'aide d'un avocat qui va procéder à la rédaction. Le mandat de protection sous seing privé doit être rédigé et

¹⁰ *Loi sur le curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1989, entrée en vigueur le 15 avril 1990.

¹¹ C. civ. Québec Art. 2166 al. 1 : « *Le mandat de protection est celui donné par une personne majeure en prévision de son incapacité à prendre soin d'elle-même ou à administrer ses biens; il est fait par acte notarié en minute ou devant témoins.* »

¹² Curateur public du Québec, « *Mon mandat de protection, Guide et Formulaire* », 2017.

signé devant deux témoins n'ayant aucun intérêt dans ce contrat¹³. De plus, les témoins ont la mission d'authentifier le mandant et le mandataire mais également de s'assurer que le mandant est sain d'esprit lors de la rédaction et de la signature du mandat. Les témoins jouent finalement le rôle du notaire dans un mandat notarié.

Le mandant est pleinement libre de conclure son mandat de protection sous l'une ou l'autre de ces deux formes. Néanmoins, le mandat notarié reste la forme recommandée pour ce type de contrat, et ce pour plusieurs raisons. La première raison d'entre elles, et la plus importante, concerne la contestation du mandat par un tiers. En effet, un mandat de protection sous seing privé est plus facilement contestable qu'un mandat notarié pour lequel le notaire en a assuré l'authenticité. Par ailleurs, la conservation du mandat de protection sera assurée par le notaire, qui en conserve l'original. Le mandat sera donc protégé contre un risque de perte, de destruction ou de modification ultérieure par un tiers. Enfin, la dernière raison de préférer le mandat de protection notarié résulte dans le fait que toute personne ayant un intérêt pourra aisément vérifier son existence. Pour cela, il lui suffira simplement de présenter une demande de recherche au Registre des mandats de la Chambre des notaires du Québec en charge du répertoriage de l'ensemble des mandats notariés.

21. Le choix du mandataire. La désignation de la personne chargée de s'occuper du mandant ou de son patrimoine est totalement libre. Le mandant peut désigner la personne de son choix en tant que mandataire, excepté le Curateur public du Québec qui ne peut pas être désigné en tant que tel ; ce peut être un membre de sa famille ou de son entourage, voire un ami ou une connaissance. Le mandant doit avoir une confiance pleine et entière en cette personne. De plus, le mandataire doit être majeur et apte à exécuter les tâches confiées par le mandat. Il doit en outre accepter expressément sa mission pour éviter un refus du mandat de protection lors de la phase d'homologation.

La liberté du mandant étant entière au sujet du choix du mandataire, il peut confier cette mission à une ou plusieurs personnes. En effet, le mandant peut choisir un mandataire unique qui sera en charge de la protection de sa personne mais également de ses biens. La désignation de plusieurs mandataires est néanmoins possible, notamment lorsque le mandant veut dissocier la gestion de son patrimoine de la protection de sa personne. Dans cette situation, le mandataire à la personne doit obligatoirement être une personne physique, alors que le mandataire aux biens peut être également une personne morale, telle qu'une société de fiducie ou d'épargne. Enfin, le mandant peut désigner des co-mandataires afin que les décisions soient prises conjointement.

Peu importe ce que décide le mandant, il doit s'assurer que le mandataire comprend l'importance de sa mission et qu'il va assumer son rôle lorsque la vulnérabilité du mandant apparaîtra. En effet, le mandataire est libre, même lorsque la procédure d'homologation est engagée, de refuser sa charge. Il est donc fortement recommandé de nommer au minimum un mandataire substitut dans l'hypothèse où

¹³ C. civ. Québec Art. 2167

le mandataire principal ne voudrait plus ou serait incapable de s'acquitter de ses responsabilités. La désignation d'un mandataire remplaçant permet de sauvegarder le mandat de protection puisqu'en l'absence d'une telle nomination, une procédure d'ouverture d'un régime de protection serait entreprise et le mandat serait annulé. La situation est identique en cas de décès du mandataire pendant sa mission.

22. Le contenu du mandat de protection québécois. Outre la désignation du ou des mandataires, le contenu du mandat de protection est l'élément essentiel de ce mécanisme. Là encore, le mandant peut décider, à travers ce mécanisme d'anticipation, d'organiser la protection de sa personne et son bien-être personnel ou de confier à un tiers l'administration de son patrimoine. Mais il peut également choisir de confier au mandataire les deux types de missions, d'ordre patrimonial et extrapatrimonial.

Le versant extrapatrimonial du mandat de protection concerne le bien-être du mandant. Ce dernier peut préciser au mandataire, dans le mandat, ses directives en matière d'hébergement, d'alimentation, de vêtements, d'activités et bien d'autres. De plus, le mandat peut contenir les volontés de fin de vie de la personne, à savoir les soins à recevoir durant les derniers jours de vie, le soulagement de la douleur, l'acharnement thérapeutique et le don d'organes. Néanmoins, le mandant peut avoir conclu des directives médicales anticipées, indépendamment du mandat de protection, qui seront prioritaires sur ce contrat.

En outre, le mandataire peut se voir confier des pouvoirs en matière de gestion du patrimoine appartenant au mandant. Sur ce point, il est important de déterminer clairement, dans le mandat, les pouvoirs confiés au mandataire. En effet, ses pouvoirs peuvent être plus ou moins étendus. Le mandant peut lui confier de simples pouvoirs d'administration se limitant à une gestion des affaires courantes du mandant, telles que le paiement de ses factures ou la perception de ses revenus, ainsi qu'à un entretien et une conservation des biens de ce dernier. Le mandataire pourra effectuer des placements pour le compte du majeur vulnérable mais seulement s'ils sont pleinement sécurisés. En revanche, l'autorisation du tribunal sera indispensable pour effectuer des actes plus importants, telle que l'aliénation d'un immeuble appartenant au mandant.

Ces pouvoirs d'administration peuvent être étendus par le mandant afin d'octroyer au mandataire la pleine administration du patrimoine. Dans cette situation, en plus des pouvoirs de simple administration, le mandataire pourra conclure des actes importants sans recourir à l'autorisation du juge. Notamment, le mandataire aura le pouvoir de faire fructifier les avoirs de la personne vulnérable en réalisant des placements plus ou moins risqués, d'emprunter une somme d'argent et de contracter une hypothèque, ou encore de vendre certains biens, le tout, bien sûr, dans l'intérêt du mandant. Il est d'ailleurs important que le mandant réfléchisse à cette potentielle extension de pouvoirs puisque si le mandat ne précise rien en ce sens, le mandataire se verra confier les pouvoirs de simple administration.

Quelles que soient les missions confiées au mandataire, le mandant a toujours la possibilité, lors de la rédaction du mandat, d'interdire la vente de certains biens nommément désignés.

23. De surcroît, le mandant est libre d'intégrer dans son mandat de protection différentes clauses lui permettant de créer un mécanisme véritablement adapté à sa situation et à ses attentes.

Notamment, insérer une reddition de compte est amplement recommandé. En effet, le mandant a tout intérêt à prévoir un contrôle du mandataire et de l'exécution de ses missions. La reddition de compte consiste en un bilan réalisé périodiquement par le mandataire sur l'administration des biens et les démarches effectuées pour assurer le bien-être du mandant. Pour que ce contrôle soit efficace, il est impératif de désigner, lors de la rédaction du mandat, une ou plusieurs personnes à qui le mandataire devra rendre des comptes, sachant que le Curateur public ne peut pas être l'une d'elles, ainsi qu'une fréquence de contrôle. Par ailleurs, pour que les comptes réalisés par le mandataire soient le plus précis possible, il lui est conseillé de procéder, dès l'homologation du mandat, à un inventaire de tous les biens du mandant, en présence de deux témoins ou devant notaire.

Aussi, le mandant peut, s'il le souhaite, prévoir une rémunération du mandataire pour sa mission. En principe et en l'absence de disposition particulière, ce dernier agit gratuitement. Néanmoins, le mandataire a droit, dans tous les cas, qu'il soit rémunéré ou pas, au remboursement des dépenses engagées dans le cadre de sa mission.

Ensuite, et sans être exhaustif, le mandat de protection peut inclure une disposition selon laquelle le mandataire devra demander une réévaluation de l'incapacité du mandant. En effet, la loi québécoise ne prévoit pas, contrairement à la procédure de tutelle ou de curatelle, de réévaluation systématique de l'incapacité du majeur. Voilà la raison pour laquelle le mandant peut choisir d'intégrer dans son mandat de protection l'obligation pour le mandataire d'entamer une procédure de réévaluation. Ainsi, de manière périodique, le mandataire devra obtenir de nouvelles évaluations médicale et psychosociale.

24. La procédure. Qu'il soit notarié ou sous seing privé, le mandat de protection québécois doit obligatoirement faire l'objet d'une homologation par un juge pour entrer en vigueur, selon les termes de l'article 2166 alinéa 2 du Code civil québécois¹⁴. En effet, au Québec, le mandat de protection doit être approuvé par un tribunal, qui va vérifier sa validité et la capacité du mandataire à jouer son rôle mais également qui va constater l'incapacité du mandant. L'initiative de la procédure revient au mandataire, qui va devoir respecter une procédure stricte pour faire entrer en vigueur le mandat. Néanmoins, même lorsque la procédure d'homologation est engagée, le mandataire est en droit de refuser sa charge.

En premier lieu, le mandataire doit recueillir, auprès de professionnels de la santé et des services sociaux, une évaluation médicale mais également psychosociale du mandant. Ces évaluations, fournies au tribunal lors de la demande, permettront au juge de se prononcer sur l'incapacité du mandant.

¹⁴ C. civ. Québec Art. 2166 al. 2 : « *Son exécution est subordonnée à la survenance de l'incapacité et à l'homologation par le tribunal, sur demande du mandataire désigné dans l'acte.* »

Une fois ces évaluations obtenues, le mandataire va présenter une demande en homologation à un notaire ou à la Cour supérieure du district judiciaire du lieu de résidence du mandant. Cette demande en homologation est complétée par un exemplaire du mandat conclu par la personne et par les évaluations médicales. La demande effectuée par le mandataire est ensuite signifiée au mandant, aux mandataires substitués si le mandant en a désigné, mais également à la personne en charge de la reddition des comptes. En plus de ces personnes, la demande faite par le mandataire pour faire entrer en vigueur le mandat est notifiée au Curateur public.

Vient ensuite l'interrogatoire du mandant, subissant une perte de ses facultés. En effet, le notaire accrédité ou le greffier spécial va recevoir la principale personne concernée par cette procédure et va l'interroger sur plusieurs points dans le but de déterminer le degré de son inaptitude, de vérifier l'authenticité du mandat conclu sous seing privé mais également de connaître ses volontés.

Finalement, le tribunal rend un jugement qui met à exécution le mandat de protection et donne au mandataire le pouvoir d'effectuer ses missions dans l'intérêt du mandant. Ce jugement est notifié au principal intéressé mais surtout, le mandat entré en vigueur est répertorié dans le registre des jugements d'homologation des mandats tenu par le Curateur public. Ce registre constitue une véritable publicité des mandats de protection homologués au Québec. Le juge reste libre de sa décision et peut prononcer la mise sous tutelle ou sous curatelle du mandant s'il s'avère que le mandat de protection n'est pas suffisant et que la personne ne bénéficie pas d'une protection optimale.

25. Une mutabilité envisageable du mécanisme. Alors même que le mandat de protection est entré en vigueur, il est possible que le mandant redevienne apte. Dans cette situation, le mandataire est libre d'entreprendre des démarches pour mettre fin au mandat et pour que le mandant retrouve sa pleine capacité. Pour cela, il est nécessaire de présenter au tribunal de nouvelles évaluations médicale et psychosociale. Une fois que le tribunal a pris connaissance de ces évaluations, les pouvoirs confiés au mandataire prennent fin automatiquement dans les 30 jours. Néanmoins, l'extinction du mandat de protection ne sera possible qu'en l'absence de contestation par les personnes avisées de la procédure. En cas de contestation, il reviendra au juge de se prononcer sur le maintien ou non du mandat.

26. À travers son mandat de protection, le législateur québécois a véritablement créé un mécanisme offrant à ses concitoyens une protection conventionnelle de leur potentielle vulnérabilité. Ce mandat de protection apparaît être à l'initiative d'un développement mondial du mandat d'inaptitude. De plus, il tient son succès du fait qu'il n'a pas été distancé par ses homologues ; il demeure ainsi le leader en la matière en raison de ses nombreux atouts.

§2. Les qualités indéniables du mandat de protection québécois

27. Un succès démontré par quelques chiffres. Avant de mettre en lumière les forces du mandat de protection québécois, il convient d'énoncer quelques chiffres témoignant de sa popularité au niveau national. En effet, au Québec, plus de 30% de la population déclare avoir eu recours à ce mécanisme pour organiser sa protection future et anticiper son éventuelle vulnérabilité. Par ailleurs, la préférence est portée au mandat notarié puisque 82% des mandats conclus prennent la forme d'un acte authentique passé devant notaire¹⁵. De plus, au 31 décembre 2006, le registre des mandats, recensant l'ensemble des mandats de protection conclus dans le pays, enregistrait un total de 1 436 194 mandats¹⁶, et ce depuis sa création en 1991. Également, à la même date, il a été constaté un taux de croissance de près de 10% par rapport aux années précédentes avec l'enregistrement de 126 526 nouveaux mandats¹⁷ dans l'année 2006.

En analysant ces quelques chiffres, il est aisé de constater le succès du mandat de protection auprès de la population québécoise, ce mécanisme rencontre également un réel succès au niveau mondial. Le législateur québécois doit cette réussite aux différents atouts de son mandat de protection.

28. L'homologation du mandat de protection québécois. Tout d'abord, c'est la procédure d'homologation du mandat de protection par le juge québécois qui constitue le premier atout du mécanisme mais aussi le plus important. En effet, au Québec, le mandat de protection conclu par une personne doit, pour entrer en vigueur, être homologué par le juge, ce qui est un gage de protection lors de l'ouverture de la mesure. Par cette procédure, le juge va se prononcer sur l'inaptitude du mandant en prenant en compte les évaluations médicale et psychosociale effectuées par des professionnels de la santé et des services sociaux et fournies par le mandataire. S'il constate une réelle inaptitude du mandant à travers ces documents, le juge va alors prononcer l'homologation du mandat de protection permettant au mandataire d'exercer les pouvoirs conférés par le mandat. Mais surtout, cette homologation va entraîner la perte de capacité du mandant. Le mandat de protection québécois est donc une véritable mesure incapacitante retirant au mandant sa capacité juridique lorsque le mandat a été homologué par le juge et qu'il est entré en vigueur. Il s'agit là de la principale différence avec le mandat de protection future français qui n'entraîne pas cette perte de capacité. Celle-ci, même si elle est malheureuse pour le mandant, s'avère absolument nécessaire afin d'écartier une possible situation de concurrence entre le mandant et le mandataire pour certains actes passés sur de mêmes biens.

¹⁵ E. Letouche, « Écho de l'Université du notariat mondial : le mandat donné en prévision de l'inaptitude en droit québécois », *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* n°38, 20 septembre 2013, act. 924.

¹⁶ C. Fabien, « Le mandat de protection en cas d'inaptitude du mandant : une institution à parfaire », *Les Éditions Yvon Blais*, Cours de perfectionnement du notariat vol. 1 p.405-438, 2007.

¹⁷ C. Fabien, « Le mandat de protection en cas d'inaptitude du mandant : une institution à parfaire », précité.

29. La publicité du mandat de protection québécois. L'effet produit par l'homologation du mandat de protection est renforcé par la publicité de ce mécanisme mis en place par le législateur québécois. En effet, au Québec, il a été créé dès 1991 des registres recensant les régimes de protection privés et publics mis en œuvre dans le pays ainsi que les mandats de protection homologués. Ces registres sont tenus exclusivement par le Curateur public, une institution publique créée en 1945 en charge aussi bien des tutelles et des curatelles que des mesures privées de protection comme le mandat de protection.

Par ces registres, le législateur québécois a instauré une véritable publicité des mandats de protection homologués et entrés en vigueur, publicité permettant de faire respecter de manière efficace la volonté du mandant. En effet, lorsqu'une personne conclut un mandat de protection pour anticiper sa vulnérabilité future, il est important que ce mandat fasse l'objet d'une publicité afin qu'il soit connu par le plus d'organismes et de personnes possibles. Cette publicité permettra alors au juge, se trouvant face à une personne dont l'inaptitude a été constatée, d'avoir connaissance du mandat de protection conclu et, ainsi, de respecter la volonté exprimée en n'imposant pas une mesure de protection judiciaire qui sera subie.

Il faut donc relever que cette publicité constitue une véritable force du mécanisme québécois par rapport aux mécanismes étrangers. En effet, en France notamment, aucune publicité n'existe pour le mandat de protection future, ce qui peut causer des désagréments importants pour la personne qui sera placée sous une mesure de protection judiciaire et qui, parfois, ne pourra pas voir ses volontés respectées alors même qu'elle a anticipé sa protection à travers un mécanisme conventionnel.

30. La création d'une institution publique spécifiquement chargée de la protection des majeurs. Enfin, la réussite du mandat de protection s'explique par un dernier atout de taille, à savoir l'absence d'intervention à proprement dite d'un juge judiciaire. En effet, le législateur québécois a créé, dès 1945, le Curateur public en tant qu'institution publique chargée d'importantes prérogatives concernant l'instruction et le contrôle des dossiers de protection des majeurs. Notamment, le Curateur public du Québec intervient lors de la procédure d'ouverture d'un régime de protection, il a un rôle de représentation des personnes placées sous tutelle ou curatelle, il informe les tuteurs et curateurs sur la manière de remplir leurs obligations et il surveille leur administration. Mais surtout, le Curateur public a un rôle important concernant le mandat de protection puisqu'il gère le registre recensant les mandats homologués et il peut donner des avis ou des autorisations au mandataire chargé d'exécuter un mandat dont les termes sont ambigus. Enfin, le Curateur public dispose d'un pouvoir d'enquête de sa propre initiative ou sur demande, lorsqu'un citoyen lui signale une situation d'abus touchant les biens d'un mineur, d'une personne sous régime de protection ou encore d'une personne pour laquelle un mandat de protection a été homologué. Si cette situation d'abus est confirmée par le Curateur public, celui-ci en informe le juge qui pourra alors mettre fin à la mesure.

Grâce à la place importante occupée par cette institution publique, l'intervention du juge judiciaire est considérablement réduite permettant ainsi de rendre la protection des personnes vulnérables davantage conventionnelle et flexible.

31. L'énumération de l'ensemble de ces atouts permet ainsi de constater que le modèle québécois du mandat d'inaptitude semble être le premier à travers le monde. De plus, ce « modèle d'origine » constitue, en raison de sa réussite évidente, une source d'inspiration pour de nombreux pays, et notamment pour la France qui a créé en 2007 son propre mandat d'inaptitude en se basant largement sur le modèle québécois. Certains pays ont adopté ce système en créant un mandat d'inaptitude mais, par la suite, d'autres pays ont préféré créer des mécanismes singuliers de protection conventionnelle.

Section 2. Les différentes interprétations étrangères de protection conventionnelle

32. Le législateur français a créé, par la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, son mandat de protection future en se basant très largement sur le modèle québécois. À l'instar de la France, d'autres États ont intégré dans leur législation un mandat de protection permettant d'anticiper une éventuelle perte de capacités (*paragraphe 2*). Toutefois, certains législateurs étrangers ont préféré élaborer leur propre dispositif de protection conventionnelle de la vulnérabilité (*paragraphe 1*), en se distinguant de leurs voisins étrangers.

§1. Des dispositifs singuliers de protection conventionnelle des personnes vulnérables

33. Certains législateurs étrangers n'ont pas souhaité s'inspirer véritablement du modèle québécois pour mettre en place une protection conventionnelle de la vulnérabilité. Ils ont choisi, pour la plupart, de créer un dispositif singulier poursuivant toutefois le même objectif de protection. Pour d'autres, les mécanismes mis en place n'offrent pas réellement une protection conventionnelle mais simplement une alternative à la protection judiciaire ayant une portée limitée. Il est ainsi nécessaire de présenter ces différents outils en partant de ceux qui diffèrent le plus du modèle québécois, et donc du mandat de protection future français, pour énoncer enfin les modèles étrangers leur ressemblant davantage, du moins à première vue.

34. La protection conventionnelle non réglementée par la législation brésilienne. Le législateur brésilien n'a jamais reconnu aux personnes vulnérables une alternative à la protection judiciaire. Au Brésil en effet, la protection juridique d'une personne devenue inapte passe obligatoirement par la voie judiciaire, le tribunal devant se positionner sur l'ouverture soit d'une curatelle soit d'une « prise de décision assistée ».

Mais malgré cette carence, une sorte de protection conventionnelle de ces personnes vulnérables est apparue, non réglementée par la loi. Les directives anticipées de volonté constituent le premier dispositif et sont assimilables au mécanisme français des directives anticipées en matière médicale. Elles permettent à une personne d'exprimer son avis sur les soins et traitements qu'elle acceptera de recevoir si elle devient incapable d'exprimer sa volonté de manière libre et éclairée. Ces directives étant considérées comme un « testament vital », les médecins doivent les respecter et s'y référer pour prendre des décisions médicales concernant la personne. Néanmoins, l'anticipation réalisée à travers ces directives anticipées de volonté n'intéresse que les décisions médicales et se limite à une incapacité de fait.

À côté de ce dispositif exclusivement médical, l'auto curatelle a été inventée afin de permettre à une personne capable juridiquement d'organiser sa propre curatelle, en déterminant par avance le curateur et ses missions. Il apparaît évident que ce mécanisme ressemble fortement à un mandat d'inaptitude. En effet, une personne anticipe sa perte de facultés et met en place, alors même qu'elle est pleinement capable, sa protection future pour le cas où elle deviendrait incapable. Ce mécanisme peut être utilisé aussi bien pour une incapacité de fait que pour une incapacité de droit. Néanmoins, l'auto curatelle, tout comme les directives anticipées de volonté, ne font l'objet d'aucune réglementation spécifique, d'où leur efficacité relative.

35. L'administration de soutien italienne, une sorte de protection conventionnelle des personnes vulnérables. Dans le système juridique italien, une personne vulnérable est protégée à travers des mécanismes principalement judiciaires, tels que la tutelle et la curatelle. Mais à côté de ces outils, le législateur italien n'organise aucune protection conventionnelle des personnes vulnérables. La loi a seulement accordé à ces personnes la possibilité de désigner un administrateur de soutien, aussi appelé l'« AdeS », en prévision de leur éventuelle incapacité future, possibilité prévue à l'article 408 du Code civil italien. Cette désignation s'effectue soit au moyen d'un acte public soit à travers un acte authentique.

Le système de protection de l'administration de soutien répond aux nouveaux objectifs d'accompagnement et de soutien apporté aux personnes vulnérables, objectifs énoncés par la loi n°6 du 9 janvier 2004. Contrairement à la tutelle et à la curatelle, ce système de protection est pleinement adaptable aux besoins de la personne et prend véritablement en compte sa volonté. L'AdeS permet de protéger les personnes qui ne sont pas pleinement autonomes dans leur vie quotidienne, en raison d'un handicap ou d'une infirmité, et qui sont incapables de pourvoir seules à leurs intérêts. La personne à protéger reste libre de passer les actes de la vie courante mais d'autres actes nécessitent la représentation ou l'assistance de l'administrateur de soutien. Il revient au juge de déterminer, au cas par cas, les limitations à la capacité de l'adulte, ainsi que les pouvoirs conférés à l'administrateur de soutien. Le principe n'est donc pas l'interdiction, à l'inverse de la tutelle ou la curatelle.

Outre le système de l'administration de soutien, il n'existe pas, en Italie, de mandat d'inaptitude permettant réellement d'anticiper sa protection future. Néanmoins, il est toujours possible pour une personne de conclure un mandat ordinaire mais celui-ci s'éteindra en raison de l'incapacité du mandant.

36. Les mesures portugaises de protection de la vulnérabilité non exclusivement judiciaires. Depuis 1966, le Code civil portugais énonce deux régimes de protection judiciaires des personnes subissant une perte de leurs facultés, celui de l'interdiction des articles 123 et suivants du Code civil, assimilé à une tutelle, et celui de l'incapacité des articles 152 et suivants, semblable à une curatelle. Cependant, ces régimes de tutelle et de curatelle ne concernent que les incapacités permanentes, le Code civil portugais ne prévoit donc aucune mesure spécifique pour les majeurs partiellement incapables. Dans cette optique, une proposition a été formulée par les facultés de droit de l'Université de Coimbra et de Lisbonne afin de remplacer l'interdiction et l'incapacité par un dispositif plus souple d'accompagnement des personnes inaptes. L'idée de cette proposition est de soutenir, suivre et accompagner la personne subissant une perte de ses facultés.

37. Outre ces majeurs nécessitant une véritable protection en raison de l'altération de leur capacité juridique, certaines personnes malades ou âgées, mais pas encore incapables, ont besoin d'une assistance sans que leur état ne justifie l'ouverture d'un régime de protection. Notamment, pour des personnes malades, plusieurs mécanismes ont été instaurés par le législateur portugais afin de leur permettre d'exprimer leur volonté au sujet des soins de santé qu'ils seront susceptibles de recevoir à l'avenir. Ainsi, le testament vital, et son registre national, ainsi que la nomination d'un mandataire des soins de santé ont été créés par la loi du 16 juillet 2012. Ces mécanismes répondent tous à un objectif d'anticipation.

Grâce au testament vital, qui est un document écrit devant une autorité publique ou devant des témoins, une personne majeure et capable renseigne de manière anticipée les traitements qu'elle accepte ou non de recevoir dans le futur, compte tenu d'une éventuelle perte de ses facultés. Ce dispositif, permettant à la personne d'exercer son droit à l'autodétermination de manière anticipée, présente néanmoins l'inconvénient de ne pas toujours refléter la dernière volonté de la personne. En effet, il faut penser à le modifier ou à le révoquer en cas de changement d'opinion.

En outre, la loi du 16 juillet 2012 a autorisé la désignation d'un mandataire en matière de soins de santé qui sera en charge de décider des soins de santé à recevoir ou non par le patient incapable d'exprimer seul sa volonté. Ce dispositif étant particulièrement flexible, il peut parfaitement coexister avec un testament vital.

Encore une fois, ces mécanismes ne concernent que la matière médicale et ne permettent pas à une personne d'organiser sa protection future. Le Portugal ne reconnaît donc pas à ses citoyens la possibilité de conclure un mandat d'inaptitude.

38. Le système américain de la procuration générale. Aux États-Unis, le mandat d'inaptitude n'a pas été expressément consacré par le législateur. Néanmoins, pour anticiper leur état futur de dépendance, les américains ont souvent recours au mécanisme de la procuration générale. Il existe différents types de procuration générale, notamment le « *springing power of attorney* » et le « *durable power of attorney* ».

Le *springing power of attorney*, procuration générale naissante ou déclenchée en français, est un mandat prenant effet lorsque le mandant devient handicapé ou lorsque ses facultés mentales sont altérées en raison d'un accident ou d'une pathologie. La spécificité est que ce mandat se déclenche lorsque l'incapacité du mandant est établie. Finalement, ce dispositif ressemble à un mandat d'inaptitude. Bien qu'il soit spécifique à la protection des personnes vulnérables, le mécanisme de la procuration générale déclenchée n'est pas réellement encadré par la législation américaine. Il est donc impératif, lors de sa conclusion, d'être très précis dans la détermination de l'incapacité. Ainsi, en raison de sa rigidité, ce mécanisme est souvent délaissé par les américains au profit du système de la procuration générale durable.

Au contraire, grâce à un *durable power of attorney*, procuration générale durable en français, une personne, encore capable juridiquement mais dont les facultés mentales sont légèrement altérées, peut consentir un mandat au profit d'un tiers qui sera chargé de gérer certains aspects de son patrimoine, tels que ses comptes bancaires.

39. Le mandat de protection extra-judiciaire belge. La Belgique n'a octroyé aux personnes vulnérables une alternative à la protection judiciaire que très tardivement, par la loi du 17 mars 2013. Le législateur belge a mis en place le mandat de protection extra-judiciaire. Ce mécanisme, semblable en apparence au mandat de protection future français, présente néanmoins une originalité certaine.

En effet, la protection conventionnelle des adultes vulnérables a été conçue par le législateur belge comme un mécanisme permettant de faire succéder deux mandats à travers un seul et même acte notarié ou sous seing privé. Dans un premier temps, une personne peut concéder un mandat de droit commun prenant effet alors même qu'elle est encore apte à assurer la gestion de ses intérêts. L'originalité du mécanisme belge résulte du fait que ce mandat, soumis aux règles du droit commun des mandats, est, dans un second temps, remplacé par un mandat de protection extrajudiciaire lorsque l'inaptitude du mandant est avérée. Le mandataire va ainsi pouvoir continuer à accomplir des actes au nom et pour le compte du mandant. Néanmoins, le mandant est libre de ne conclure qu'un mandat de protection extrajudiciaire, sans qu'un mandat de droit commun ne le précède obligatoirement.

La particularité du mécanisme est que le basculement du mandat de droit commun vers la protection extra-judiciaire n'entraîne pas l'intervention du juge de paix. Le Code civil belge prévoit même qu'il appartient au mandataire d'apprécier la situation et de procéder au basculement. De plus, conformément aux dispositions d'un arrêté royal du 31 août 2014, les mandats de protection extra-judiciaire conclus

en Belgique sont impérativement enregistrés dans le « *registre central des contrats de mandat en vue d'organiser une protection extrajudiciaire* », tenu par la Fédération Royale du Notariat belge.

40. L'inconvénient majeur de cet outil réside dans l'absence de contrôle de la gestion du mandataire. La loi oblige simplement le mandataire à rendre compte de sa gestion au mandant, obligation finalement très théorique. En outre, même lorsque le mandat entre en application, le mandant conserve son entière capacité juridique et reste libre d'accomplir des actes de gestion de son patrimoine. Par cet outil, le mandant ne perd pas sa capacité et ne fait que conférer au mandataire le pouvoir d'agir en son nom et pour son compte.

Malgré ces imperfections, le dispositif de protection extra-judiciaire belge connaît un succès fulgurant auprès de la population qui est fortement encouragée à y recourir. Les chiffres en sont témoins. Le nombre de mandat de protection extra-judiciaire progresse de manière significative. En effet, entre 2015 et 2016, la progression avoisinait les 60%, et en 2017, l'évolution était de 51%.

41. À côté de ces mécanismes étrangers présentant une certaine singularité, des législateurs ont fait le choix d'offrir à leur population des outils s'inspirant du mandat de protection québécois et ressemblant véritablement à notre mandat de protection future français.

§2. Des dispositifs étrangers semblables au mandat de protection future français

42. Sans être exhaustif, il va s'agir de présenter la mise en oeuvre et le fonctionnement de ces mécanismes afin d'en faire ressortir les ressemblances avec le mécanisme français.

43. Le mandat de protection espagnol. Par le biais de la loi n°41/2003 en date du 18 novembre 2003 portant protection du patrimoine des personnes incapables, le législateur espagnol a instauré un mandat de protection. À l'image du mécanisme français, le mandat de protection espagnol est un mécanisme conventionnel permettant véritablement de contourner l'ouverture d'une mesure de protection judiciaire lorsqu'une personne fait face à une perte de ses capacités.

44. Le fonctionnement du mandat est particulièrement libéral en Espagne. En effet, l'intervention du tribunal n'est pas nécessaire pour sa mise en oeuvre et elle est particulièrement réduite tout au long du mandat. Notamment, le tribunal se trouve dans l'impossibilité de réviser ou de modifier le contenu du mandat, il peut simplement prononcer son extinction. De plus, il n'existe aucune mesure de contrôle, contrairement au mandat de protection future français (reddition des comptes) et au mandat de protection québécois (supervision du Curateur public). Le silence de la loi sur ce point laisse au mandant une liberté totale pour prévoir, dans le mandat directement, des mesures de contrôle. Néanmoins, des gardes fous existent contre un mandataire qui n'exécute pas correctement le mandat,

qui n'en respecte pas les instructions ou lorsque le contrôle prévu par le mandant n'est pas effectué. De plus, s'il peut être démontré un réel abus du mandataire dans l'exécution de sa mission, celui-ci peut être sanctionné pénalement.

Concernant sa mise en œuvre, aucune règle n'est prévue ; il revient donc au mandant, lorsqu'il en est encore capable, de décider de l'entrée en vigueur du mandat. Ce point pouvant entraîner de nombreuses difficultés, la doctrine espagnole propose l'introduction d'une formule dans le mandat permettant de déclencher sa mise en œuvre « *selon l'avis du notaire, sur la base des certificats médicaux ou selon l'avis des proches* »¹⁸. Le notaire a donc un rôle important à jouer si son avis est réquisitionné pour mettre en place le mandat. En outre, tout comme le législateur français, aucune publicité du mécanisme n'a été mise en place par le législateur espagnol.

Au sujet de l'articulation du mandat de protection espagnol avec les autres mesures de protection, il est intéressant de constater que le mandat prime, d'une certaine manière, ces mesures judiciaires. À l'image du système français, les règles relatives à la protection des majeurs sont appliquées de manière subsidiaire, le juge ne pouvant exercer ses pouvoirs que si la protection de la personne n'est pas pleinement assurée par le mandat.

45. Il est ainsi aisé de constater que l'autonomie de la volonté est particulièrement présente dans ce mandat de protection espagnol, les règles du droit commun s'appliquant à ce que le mandant n'a pas expressément prévu. Il semble par exemple envisageable d'autoriser le mandataire à aliéner la résidence principale du mandant en insérant dans le mandat une disposition spéciale, chose qui est totalement impossible dans le cadre du mandat de protection future français¹⁹.

46. Le mandat pour cause d'incapacité suisse. Lors d'une réforme entrée en vigueur le 1er janvier 2013, la Suisse s'est également dotée d'un mandat pour cause d'incapacité codifié aux articles 360 et suivants du Code civil suisse. Ce mécanisme, très similaire au mandat de protection future français, permet de désigner une ou plusieurs personnes en tant que mandataires ; elles devront alors assumer le rôle de représentantes et de garantes de la personne protégée mais également de ses intérêts dans l'hypothèse où celle-ci deviendrait incapable de tout discernement.

La représentation opérée par le mandat pour cause d'incapacité suisse touche trois domaines. Le premier concerne l'assistance personnelle du mandant, tant pour son bien-être physique que psychique. Le mandataire veille ici à la santé du mandant mais aussi à la défense de son droit à des traitements et soins optimaux. Mais également, le mandataire est chargé du bien-être quotidien du mandant, tel que l'entretien de son logement ou le maintien de sa vie sociale. Le deuxième domaine pris en charge par le mandat concerne la gestion du patrimoine du mandant. D'une manière générale, il s'agit de garantir

¹⁸ Association Henri Capitant, *La vulnérabilité*, Journées Internationales du Québec, rapport de droits espagnol, 2018.

¹⁹ Conf. *Supra* n°2.

ses intérêts financiers par une simple gestion de son budget ou le paiement de ses factures. Mais cette gestion peut s'étendre à l'adoption d'une stratégie financière, notamment lorsque le mandant dispose d'un patrimoine conséquent. Enfin, le mandat pour cause d'incapacité suisse peut toucher un troisième domaine, à savoir la gestion des rapports juridiques du mandant avec les tiers. Il s'agit ici d'une gestion principalement administrative, le mandataire devant notamment faire l'intermédiaire avec l'Administration fiscale, les autorités juridiques ou encore les assurances.

Dans le mandat pour cause d'incapacité suisse, le mandataire bénéficie d'un rôle plus important dans le domaine médical que dans d'autres mandats étrangers. En effet, l'article 378 du Code civil suisse institue une désignation en cascade des représentants médicaux habilités à représenter la personne incapable de discernement et à consentir ou non aux soins médicaux envisagés par les médecins. Il s'agit en tout premier lieu de la personne désignée dans les directives anticipées ou dans le mandat pour cause d'incapacité ; vient ensuite le curateur, le conjoint ou partenaire enregistré s'il fait ménage commun avec la personne incapable, et enfin la personne qui fait ménage commun ou qui lui fournit une assistance personnelle régulière.

47. En Suisse, le mandat pour cause d'incapacité peut revêtir deux formes, une forme olographe lorsqu'il est écrit en entier, daté et signé de la main du mandant, ou une forme authentique lorsqu'il est authentifié par un notaire.

S'agissant de sa conservation le système suisse préconise que le mandat soit placé dans un endroit facile d'accès pour les proches du mandant afin qu'ils puissent en avoir connaissance et le mettre en œuvre sans difficultés. Il est également possible de le déposer auprès d'une autorité. Selon les cantons, il s'agira soit de l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA), soit du tribunal des affaires familiales, soit encore du notariat officiel.

La mise en œuvre du mandat pour cause d'incapacité s'effectue par une information préalable de l'autorité au moment de la perte de capacité du mandant, puisque c'est à elle que revient la décision de mise en œuvre du mandat.

48. Le mandat pour cause d'incapacité suisse est peu utilisé par la population alors que son utilité est certaine. Cela est peut-être dû au fait que ce mécanisme perd de son utilité face à des époux ou des partenaires enregistrés qui sont automatiquement habilités à se représenter mutuellement dans certains domaines (les actes juridiques, le domaine médical, la lecture et le traitement de la correspondance, ou encore la gestion courante des revenus et des biens) en cas d'incapacité. Néanmoins, ce n'est qu'en l'absence d'un mandat que cette représentation mutuelle intervient. Ainsi, un mandat pour cause d'incapacité est intéressant puisqu'il peut être plus précis. Par ailleurs, il reprend de son utilité lorsque le patrimoine de la personne est composé de biens immobiliers, de sociétés ou d'actions et d'obligations, un époux ne pouvant administrer le patrimoine dans cette situation.

49. Le mandat pour cause d'incapacité allemand. En Allemagne, le législateur a mis en place un double système de protection des majeurs incapables, le premier est légal et le second conventionnel. Le régime légal correspond à une assistance de l'État pour les majeurs atteints d'une maladie physique ou mentale ne leur permettant pas de gérer seuls leurs affaires. Le tribunal des tutelles désigne un assistant, portant le nom d'un « *betreuer* », bénévole ou rémunéré. Ce régime n'entraîne pas la perte de la capacité d'exercice par le majeur puisqu'il ne s'agit que d'un système d'assistance. Par ailleurs, ce système n'est mis en oeuvre qu'en l'absence de mandat pour cause d'inaptitude, nommé « *vorsorgevollmacht* »²⁰, également appelé mandat de confiance.

Le système conventionnel correspond donc à la mise en place de ce mandat, pouvant, comme en France, être établi sous signature privée ou par acte notarié. Néanmoins, le mandat devra obligatoirement prendre la forme notariée s'il comporte le pouvoir d'effectuer des actes de disposition. Ce mandat peut conférer au mandataire des pouvoirs plus ou moins étendus selon la volonté du mandant. Par ailleurs, le mandat doit nécessairement être homologué par le tribunal lors de sa conclusion. En revanche, il n'est pas enregistré lors de sa mise en oeuvre, le mandataire peut ainsi le mettre en oeuvre dès qu'il l'estime nécessaire. Depuis le 1er mars 2005, a été créé en Allemagne un registre central d'inscription pour les mandats en prévision de l'inaptitude, permettant une réelle publicité ainsi qu'un recensement précis.

50. La procuration perpétuelle irlandaise. L'Irlande connaît deux types de mandat régis par la loi de 1966 sur les « *powers of attorney Act* ». Le premier s'apparente à une procuration générale ; le second, nommé « *enduring power of attorney* » ou « *procuration perpétuelle* » en français, est quant à lui similaire au mandat de protection future français.

L'« *enduring power of attorney* » permet de donner une procuration pour l'avenir et prend effet en cas d'incapacité du mandant appelé alors « *donor* ». La conclusion d'une procuration perpétuelle est complexe, elle nécessite le respect d'un lourd formalisme qui requiert l'intervention de différents acteurs. Après la réalisation par un médecin d'une déclaration sur la capacité mentale du « *donor* » au moment de la conclusion de l'acte, le mandant doit déclarer dans un document qu'il a conscience de l'effet du mécanisme. Également, un « *solicitor* »²¹ doit faire deux déclarations, une première indiquant que le mandant n'agit pas sous influence et une seconde indiquant être convaincu que le mandant a bien pris conscience de l'effet que va avoir la création du pouvoir. Pour finir, deux autres personnes doivent être informées de la conclusion de cette procuration perpétuelle et des avis peuvent être demandés aux différents membres de la famille du « *donor* ».

51. L'« *enduring power of attorney* » n'entre en vigueur qu'une fois enregistrée. Il revient au futur mandataire de déposer une demande d'enregistrement au greffe du tribunal dès qu'il y a des raisons

²⁰ M. Revillard, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, Defrénois, 9^{ème} édition, 2018.

²¹ C'est un homme de loi dans le droit irlandais remplissant certaines fonction du notaire et de l'avocat.

de croire que la capacité de discernement du mandant diminue. Comme en France, un certificat médical doit attester de cette perte de capacité. L'« *attorney* » qui est le mandataire doit faire connaître au mandant, cinq semaines auparavant, son intention de mettre en œuvre la procuration perpétuelle.

Une fois le mandat mis en œuvre, le mandataire peut alors prendre des décisions sur le patrimoine du mandant mais également des décisions concernant les soins personnels, tout ceci dans la limite de ce que prévoit le mandat. Une autre similitude apparaît avec le mandat français ; les tribunaux irlandais ont un rôle général de surveillance dans la mise en œuvre du pouvoir mis en place.

52. Les divers mécanismes inventés par les législateurs étrangers, en s'inspirant plus ou moins du mandat de protection québécois, rencontrent un certain succès mais uniquement au niveau national et seulement pour certains pays ; pour d'autres, l'outil mis en place n'étant pas suffisant. De manière générale, par ces inventions, les législateurs étrangers octroient de plus en plus une certaine protection conventionnelle de la vulnérabilité à leur population. La France a également suivi ce mouvement en introduisant dans son Code civil le mandat de protection future, se calquant fortement sur le mandat de protection québécois. Néanmoins, contrairement à ce mandat particulièrement efficace au Québec, le mandat de protection future rencontre une évidente impopularité auprès des Français (*chapitre 2*).

CHAPITRE 2.

L'IMPOPULARITÉ CERTAINE DU MANDAT DE PROTECTION FUTURE FRANÇAIS

53. L'émergence progressive d'une protection conventionnelle. En France, la protection des personnes vulnérables est principalement organisée, depuis la loi Carbonnier du 3 janvier 1968, autour de deux mesures judiciaires, que sont la tutelle et la curatelle. Une mesure moins contraignante mais temporaire, la sauvegarde de justice, a également été prévue. Saisi d'une demande de mise sous protection d'une personne considérée comme vulnérable, le juge des tutelles optait pour l'une ou l'autre des mesures en prenant en considération l'état et la situation du majeur. Ce dispositif était pleinement satisfaisant pour l'époque et permettait de protéger efficacement les personnes en situation de vulnérabilité voire d'incapacité.

Néanmoins, la société a évolué, le vieillissement de la population s'est accéléré et le nombre de mesures de protection mises en œuvre s'est accru. Le besoin d'anticipation s'est ainsi fait ressentir et il est apparu indispensable d'instaurer un régime de protection conventionnel, offrant un large pouvoir à la personne vulnérable. En effet, depuis plusieurs décennies, à l'occasion de Congrès successifs²², le notariat français a préconisé la création d'une alternative à la protection judiciaire des personnes vulnérables, et ce depuis 1984. Notamment, lors du 102^{ème} Congrès des Notaires se tenant à Strasbourg en 2006, il a été recommandé une « *mise en place rapide de ce mandat de protection future qui établit la volonté du mandant comme source de protection tant de ses biens que de sa personne* »²³. Ce dispositif a même été qualifié d'« *exemple parfait d'une figure libre innovante d'assistance : libre car il va s'agir de privilégier la volonté du mandant ; innovante sans aucun doute puisqu'un tel mandat n'existe pas en France ; d'assistance, car l'objet même du mandat est de préparer au mieux l'assistance de l'intéressé s'il devient vulnérable* ».

Ce mouvement national a été appuyé à l'international principalement par l'adoption de la Convention de la Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes.

54. La consécration du mandat de protection future par la loi du 5 mars 2007. Le législateur français, prenant en considération la position du notariat mais surtout le phénomène mondial d'une protection anticipée de la vulnérabilité, a décidé de créer son propre mandat d'incapacité, en s'inspirant néanmoins très largement des modèles étrangers. Par la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, entrée en vigueur le 1er janvier 2009, le mandat de protection future a été créé et figure dorénavant aux articles 477 à 494 du Code civil français.

²² 80^{ème} Congrès des notaires de France, « *Le notariat et les personnes protégées* », Versailles 1984 ; 94^{ème} Congrès des notaires de France, « *Le contrat* », Lyon 1998 ; 95^{ème} Congrès des notaires de France, « *Demain la famille* », Marseille 1999 ; 102^{ème} Congrès des notaires de France, « *Les personnes vulnérables* », Strasbourg 2006.

²³ 102^{ème} Congrès des notaires de France, « *Les personnes vulnérables* », Strasbourg 2006, 3^{ème} commission.

Le mandat de protection future a été créé dans l'optique de permettre à une personne, encore dotée de ses facultés, d'organiser la protection juridique de sa personne et de son patrimoine dans l'éventualité d'une altération future de son discernement. Grâce à ce mécanisme, le mandant va désigner une ou plusieurs personnes, le ou les mandataires, en charge de le représenter lorsqu'il sera dans l'incapacité de pourvoir seul à ses intérêts personnels ou patrimoniaux.

S'inscrivant dans une trajectoire de libéralisation et de contractualisation du droit des personnes et de la famille, le mandat de protection future promeut la volonté individuelle et l'autodétermination des adultes vulnérables. L'individu est véritablement placé au cœur de la mesure, il devient acteur de sa propre protection et ne subit pas une mesure judiciaire non choisie.

55. Le bilan après dix ans d'application du mécanisme. Malgré ses avantages indéniables, le mandat de protection future n'a pas rencontré le succès escompté en raison notamment de ses lacunes, le rendant parfois inefficace. Lors du 113^{ème} Congrès des notaires²⁴, le Professeur Pierre Murat exposa un bilan de la loi du 5 mars 2007 instaurant le mandat de protection future, en s'appuyant sur les rapports de 2016 de la Cour des comptes²⁵ et du Défenseur des Droits²⁶. Selon son analyse, cette loi n'a pas atteint son objectif de déjudiciarisation de la protection des personnes vulnérables. En effet, dans son rapport, la Cour des comptes a observé une abondance de mesures prononcées par le juge des tutelles, malgré l'instauration du mandat de protection future. Quant au Défenseur des droits, il préconise dans son rapport de promouvoir cette mesure conventionnelle, afin que le respect de la volonté de la personne protégée soit une réelle priorité, et de le rendre véritablement efficace. Pour cela, il préconise de n'avoir recours qu'à la forme notariée du mandat de protection future afin d'octroyer davantage de pouvoirs au mandataire.

56. Afin de comprendre la raison de cet échec et l'utilisation restreinte par la population, il est avant tout indispensable de présenter le fonctionnement français du mandat de protection future (*section 1*) pour en faire ressortir ses faiblesses (*section 2*).

²⁴ 113^{ème} Congrès des Notaires de France, « #Familles #Solidarités #Numérique, le notaire au cœur des mutations de la société », Lille 2017.

²⁵ Cour des comptes, « La protection juridique des majeurs : Une réforme ambitieuse, une mise en oeuvre défailante », rapport septembre 2016.

²⁶ Défenseur des droits, « Protection juridique des majeurs vulnérables », rapport septembre 2016.

Section 1. Le fonctionnement d'une mesure de protection purement conventionnelle

57. La version française du mandat d'inaptitude s'inspire très largement du mécanisme québécois en reprenant en grande partie son fonctionnement. Pour étudier le fonctionnement du mandat de protection future, il est nécessaire d'exposer les principes généraux dominant ce mécanisme français (*paragraphe 1*). Par ailleurs, puisque le mandat de protection future est une véritable mesure de protection, il est indispensable d'analyser plus en détails son articulation avec les mesures judiciaires (*paragraphe 2*).

§1. Les principes dominant le fonctionnement du mandat de protection future

58. Les deux types du mandat de protection future. Bien que le législateur français se soit largement inspiré des modèles étrangers et notamment du mandat de protection québécois, il s'est démarqué et a innové en créant un mandat de protection future pouvant se décliner sous deux formes. En effet, il peut être conclu pour soi ou pour autrui. Le mandat de protection future pour soi-même est prévu pour une personne désireuse d'anticiper l'organisation de sa vie à venir, pour le jour où elle ne sera plus apte à pourvoir seule à ses intérêts pour l'une des causes prévues à l'article 425 du Code civil²⁷. Sur ce point, le mandat de protection future se recoupe totalement avec le mandat de protection québécois. En revanche, le législateur français a fait preuve d'originalité en inventant le mécanisme du mandat de protection future pour autrui permettant à des parents d'un enfant handicapé, et donc hors d'état de pourvoir seul à ses intérêts, d'organiser sa protection future. Ils vont désigner un mandataire qui sera chargé de préserver les intérêts de leur enfant dans le cas où ils décèdent ou deviennent eux-mêmes inaptes.

59. Ces deux mandats de protection future, pour soi-même et pour autrui, ont été bâtis sur le même modèle par le législateur français dans le cadre de la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs ; seules quelques particularités sont attachées au mandat pour autrui. Pour l'essentiel, les règles relatives à l'élaboration (*I.*), la mise en oeuvre (*II.*) et l'extinction (*III.*) du mandat de protection future sont identiques.

²⁷ C. civ. Art. 425 : « Toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté peut bénéficier d'une mesure de protection juridique prévue au présent chapitre. »

I. La phase d'élaboration du mandat de protection future

60. Les formes du mandat de protection future. L'article 477 alinéa 4 du Code civil²⁸, issu de la loi du 5 mars 2007 instituant le mandat de protection future, reconnaît deux formes de mandat. À l'image du modèle québécois, le mandat de protection future français peut être conclu aussi bien par acte sous signature privée que par acte authentique établi par-devant notaire.

Un mandant peut en effet décider de conclure un tel mandat par acte sous signature privée mais dans ce cas, les pouvoirs du mandataire sur la gestion des biens du mandant se limiteront aux simples actes conservatoires et d'administration, ne nécessitant pas l'autorisation du juge des tutelles, devenu le juge des contentieux de la protection depuis la loi du 23 mars 2019. Pour conclure un acte de disposition en revanche, le mandataire devra obtenir cette autorisation. Ainsi, dans le cadre d'un mandat de protection future sous signature privée, le mandataire ne peut pas disposer à titre onéreux du patrimoine du mandant. Pour être pleinement valable, ce mandat doit être contresigné par un avocat ou conforme au modèle de formulaire Cerfa n°13592*04 et enregistré à la recette des impôts du domicile du mandant pour avoir date certaine. Lors de cet enregistrement, le mandant devra s'acquitter de la somme de 125 euros relative aux droits d'enregistrement.

Le mandant peut également opter pour un mandat de protection future notarié, présentant de multiples avantages ; le mandat de protection future pour autrui doit en revanche obligatoirement être conclu sous cette forme. Lorsque le mandat est établi par un notaire, le mandant peut conférer davantage de pouvoirs à son mandataire. Il pourra passer tous les actes conservatoires et d'administration, à l'instar du mandat sous signature privée, mais il pourra également conclure des actes de disposition à titre onéreux, et ce sans recueillir l'autorisation du juge. Néanmoins, les actes de disposition à titre gratuit restent interdits au mandataire sans l'autorisation expresse du juge. En contrepartie de ses pouvoirs élargis, le mandataire doit rendre compte de sa gestion au notaire en lui remettant une fois par an l'inventaire des biens du mandant et un compte annuel. Cela permettra au notaire, s'il constate des irrégularités, de les signaler au juge des contentieux de la protection.

61. Une mesure de protection souple permettant un contenu sur-mesure. Avec le mandat de protection future, une personne peut organiser sa protection sur-mesure et prévoir précisément son avenir pour le temps où elle ne sera plus apte à pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une éventuelle altération de ses facultés mentales ou physiques. Le principe de la liberté contractuelle prédomine en la matière, laissant le mandant libre d'intégrer ce qu'il souhaite dans son mandat de protection future. Il peut décider d'organiser tant la gestion de son patrimoine que son bien-être personnel. En effet, le mandataire peut être chargé uniquement de la protection de la personne du mandant ou de son patrimoine, mais sa mission peut porter également sur les deux aspects.

²⁸ C. civ. Art. 477 al. 4 : « *Le mandat est conclu par acte notarié ou par acte sous seing privé. Toutefois, le mandat prévu au troisième alinéa ne peut être conclu que par acte notarié.* »

Si le mandant intègre dans son mandat de protection future la protection de sa personne, le mandataire devra nécessairement respecter les droits et obligations imposés dans le cadre d'une tutelle ou d'une curatelle et ressortant des articles 457-1 à 459-2 du Code civil. Ainsi, en matière de protection de la personne, un ensemble d'obligations est imposé au mandataire directement par la loi et aucun aménagement contractuel n'est possible.

Néanmoins, le mandataire peut être en charge d'autres missions, telles que celles confiées au représentant de la personne en tutelle ou à la personne de confiance par le Code de la santé publique et le Code de l'action sociale et des familles. Le représentant de la personne en tutelle a le pouvoir de consentir à la place de la personne protégée à certains actes médicaux importants ; et la personne de confiance, quant à elle, est simplement consultée pour tout acte médical, lorsque la majeur n'est plus en état d'exprimer sa volonté.

Par ailleurs, le mandant est libre d'intégrer dans son mandat de protection future ses souhaits concernant son logement futur et ses conditions d'hébergement, concernant également ses loisirs et vacances, ou encore concernant ses relations personnelles avec les tiers.

62. Les pouvoirs du mandataire sur le patrimoine. Outre cet aspect personnel, le mandant va pouvoir organiser par anticipation la gestion de son patrimoine et confier cette mission au mandataire qu'il aura désigné. Les pouvoirs du mandataire seront en revanche limités à la mission confiée dans le mandat lui-même. Le mandant a donc la possibilité d'inclure une clause restreignant les prérogatives du mandataire.

Que le mandat soit notarié ou sous signature privée, le mandataire doit effectuer tous les actes d'administration et de conservation nécessaires aux biens, tels que la gestion, la préservation ou la perception des revenus du mandant. Comme indiqué précédemment²⁹, les pouvoirs du mandataire sont plus ou moins étendus selon que le mandat a été conclu sous signature privée ou par acte authentique. En effet, seul le mandat de protection future notarié permet au mandataire de conclure des actes de disposition à titre onéreux sans autorisation préalable du juge des contentieux de la protection.

Néanmoins, il est important de relever que, peu importe la forme du mandat de protection future, le mandataire se trouve dans l'impossibilité de disposer du logement du mandant. Même s'il peut vendre seul, et sans l'autorisation du juge, un bien immobilier appartenant au mandant, la loi lui interdit la conclusion d'un tel acte et impose de recueillir l'autorisation du juge lorsque le bien constitue le logement du mandant. Cette subtilité concerne également la mesure de tutelle et figure ainsi à l'article 426 du Code civil³⁰.

²⁹ Conf. *Supra* n°60.

³⁰ C. civ. Art. 426 al. 3 : « *S'il devient nécessaire ou s'il est de l'intérêt de la personne protégée qu'il soit disposé des droits relatifs à son logement ou à son mobilier par l'aliénation, la résiliation ou la conclusion d'un bail, l'acte est autorisé par le juge ou par le conseil de famille s'il a été constitué, sans préjudice des formalités que peut requérir la nature des biens. Si l'acte a pour finalité l'accueil de l'intéressé dans un établissement, l'avis préalable d'un médecin, n'exerçant pas une fonction ou n'occupant pas un emploi dans cet établissement, est requis. [...]* »

Par ailleurs, le mandataire dispose de prérogatives particulières en matière de contrat d'assurance-vie. En effet, l'étendue de ses pouvoirs dépend de la forme du mandat conclu par le mandant. La souscription et le rachat d'un contrat d'assurance-vie, tout comme la désignation et la révocation du bénéficiaire de ce contrat, constituent des actes de disposition. Pour cette raison, lorsque le mandat de protection future est notarié, le mandataire est libre de conclure ces actes seul. Il peut, sans l'autorisation du juge des contentieux de la protection, souscrire ou racheter un contrat d'assurance-vie appartenant au mandant, mais également désigner ou modifier le bénéficiaire. Au contraire, le mandataire d'un mandat sous signature privée est contraint de recueillir l'autorisation du juge pour passer ces actes.

63. Le choix libre mais encadré du mandataire. À l'image de l'ensemble du contenu du mandat de protection future, le mandant est pleinement libre dans la désignation du mandataire. Il peut désigner la personne physique ou morale de son choix, sauf à respecter les limites posées par l'article 480 du Code civil³¹. La personne choisie doit, bien sûr, être une personne de confiance, mais surtout, s'il s'agit d'une personne physique, celle-ci doit disposer de sa pleine capacité juridique. S'il s'agit d'une personne morale, cette dernière doit, quant à elle, être inscrite sur la liste des mandataires judiciaires à la protection des majeurs établie par le préfet.

En outre, le mandant a la possibilité de confier cette mission de représentation future à une ou plusieurs personnes. Il peut prévoir un seul mandataire pour la protection de sa personne mais aussi de ses biens. Il peut également désigner plusieurs mandataires, l'un en charge de la protection de sa personne et l'autre de la gestion de son patrimoine. De même, plusieurs co-mandataires peuvent être désignés pour s'occuper à la fois de la personne du mandant et de son patrimoine. Ainsi, les décisions seront prises de manière collective.

Pour renforcer l'efficacité du mandat de protection future, il est largement conseillé aux mandants de désigner au moins un mandataire remplaçant, afin d'éviter que le mandat disparaisse en raison de l'incapacité ou du décès du mandataire initial. En effet, en cas d'incapacité avérée du mandataire, le mandat de protection future est révoqué par le juge et une mesure de protection judiciaire est mise en place.

64. Après les règles relatives à l'élaboration du mandat de protection future, il est indispensable d'étudier celles encadrant l'entrée en vigueur du mécanisme, qui est retardée à la perte de facultés du mandant.

³¹ C. civ. Art. 480 : « *Le mandataire 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 par l'article 395 et les deux derniers alinéas de l'article 445 du présent code. Il ne peut, pendant cette exécution, être déchargé de ses fonctions qu'avec l'autorisation du juge des tutelles. »

II. La mise en œuvre retardée du mandat de protection future à la constatation de l'incapacité

65. Une prise d'effet différée dans le temps. La particularité du mandat de protection future, à l'image des mandats d'incapacité étrangers, résulte dans sa mise en œuvre retardée à la perte de facultés. Tant que le mandant dispose de sa pleine capacité juridique, le mandat qu'il a conclu ne produit aucun effet. Pendant cette période, il en résulte que le mandant est libre de révoquer ou de modifier son mandat de protection future. Mais également, le mandataire peut renoncer à sa mission en informant simplement le mandant, ce qui produira une extinction du mandat de protection future. Le mandant devra alors, s'il le souhaite, conclure un nouveau mandat et désigner une nouvelle personne de confiance comme mandataire.

Le mandat de protection future est mis en œuvre lorsque la capacité juridique du mandant commence à faire défaut. L'article 477 du Code civil prévoit que le mandat doit entrer en application lorsque l'incapacité du mandant est constatée, pour les cas prévus par l'article 425 du même Code. Cette incapacité survient lorsqu'il devient impossible pour le mandant de pourvoir seul à ses intérêts en raison d'une altération médicalement constatée, soit de ses facultés mentales soit de ses facultés physiques, empêchant l'expression de sa volonté. Le mandataire doit donc surveiller l'état du mandant et lorsque cet état se dégrade, il est tenu d'initier la procédure de mise en œuvre du mandat de protection future, prévue aux articles 1258 à 1260 du Code de procédure civile.

66. La production par le mandataire de divers documents. La première étape de cette procédure est marquée par la présentation du mandataire au greffe du tribunal judiciaire³² et par la production de plusieurs documents. Il s'agit en premier lieu de l'original du mandat conclu par le mandant ou une copie authentique. Ensuite, le mandataire doit fournir le certificat médical circonstancié datant de moins de deux mois provenant d'un médecin inscrit sur une liste établie par le Procureur de la République et précisant que le mandant se trouve dans une situation visée par l'article 425 du Code civil, justifiant l'ouverture d'une mesure de protection. Enfin, le mandataire doit fournir sa pièce d'identité et celle du mandant, ainsi qu'un justificatif de résidence habituelle de ce dernier.

67. La phase de vérification par le greffe du tribunal. Les vérifications réalisées par le greffier constituent la seconde étape de la procédure et la plus importante. Le greffier va contrôler que toutes les conditions de mise en œuvre du mandat de protection future sont remplies. S'il estime que ces conditions ne sont pas réunies, il va restituer le mandat et les pièces au mandataire, qui pourra alors saisir le juge aux fins de voir le mandat entrer en vigueur malgré la décision du greffier. Néanmoins, dans la plupart des situations, le greffier, estimant que les conditions sont remplies, va permettre la mise en œuvre du mandat. Il va alors parapher chaque page de celui-ci, mentionner en fin d'acte la date de

³² Anciennement appelé le tribunal d'instance avant la réforme du 23 mars 2019.

prise d'effet au jour de la présentation au greffe du tribunal judiciaire et y apposer son visa. Le mandat est restitué au mandataire qui devient apte à agir au nom et pour le compte du mandant. Toutefois, cette mesure de protection ne fait pas perdre au mandant sa capacité juridique, contrairement à une mesure judiciaire ; celui-ci reste pleinement libre de passer des actes.

Le principal inconvénient du mandat de protection future tel que prévu par le législateur en 2007 est son absence de publicité. En effet, une fois le mandat entré en application, aucune publicité n'est faite, contrairement par exemple au mandat de protection québécois.

68. Les obligations découlant du mandat de protection future mis en œuvre. Une fois le mandat entré en application, certaines obligations vont s'imposer au mandant mais surtout au mandataire.

Concernant le mandant tout d'abord, celui-ci est tenu par des obligations principalement d'ordre financier. En effet, il doit, d'une part, indemniser le mandataire des avances, frais et pertes que ce dernier a subi dans le cadre de sa mission, et d'autre part, lui verser sa rémunération lorsque celle-ci a été prévue dans le mandat, le principe, à défaut de précision, étant la gratuité³³. Par ailleurs, il est important de rappeler qu'une fois le mandat de protection future entré en application, le mandant ne peut plus en modifier le contenu.

En revanche, le mandataire, en raison de l'importance de sa mission, est tenu par diverses obligations ayant pour objectif de protéger au mieux le mandant. La première d'entre elles apparaît au moment même où le mandat entre en application ; le mandataire doit alors dresser un inventaire détaillé des biens du mandant et l'actualiser tout au long de sa mission. Ensuite, durant toute la mise en œuvre du mandat de protection future, le mandataire doit respecter les missions qui lui ont été confiées et exécuter personnellement le mandat, au vu de son fort *intuitu personae*. De plus, toujours dans un objectif de protection, le mandataire est tenu d'une obligation de reddition des comptes par laquelle il doit rendre compte de sa gestion à une personne désignée dans le mandat. Par ailleurs, lorsque le mandat est notarié, le mandataire doit rendre compte de sa gestion également au notaire rédacteur de l'acte. L'exécution de la mission du mandataire est donc fortement encadré.

Une dernière obligation s'impose au mandataire lorsque le mandat de protection future prend fin. En effet, à cet instant, le mandataire est tenu de restituer au mandant l'ensemble de ses biens et tenir à sa disposition ou à celle de ses héritiers, pendant un délai de cinq ans, l'inventaire initial, les actualisations et les cinq derniers comptes de gestion. De plus, ces documents peuvent être réclamés à tout moment pendant un délai de cinq années par le juge judiciaire ou le Procureur de la République.

Par ailleurs, il faut là-encore insister sur le fait que, lorsque le mandat de protection future a été mis en œuvre, le mandataire ne peut plus renoncer librement à sa mission. Pour être déchargé de sa mission de représentation, il doit saisir le juge des contentieux de la protection.

³³ C. civ. Art. 419 al. 5 : « *Le mandat de protection future s'exerce à titre gratuit sauf stipulations contraires.* »

69. Outre la prise d'effet retardée dans le temps, l'originalité du mandat de protection future apparaît au moment de son extinction, les causes étant expressément prévues par le législateur.

III. *L'extinction du mandat de protection future*

70. **Les causes d'extinction prévues par la loi.** Le législateur, lorsqu'il a créé ce mécanisme conventionnel par la loi du 5 mars 2007, a prévu toutes les situations d'extinction du mandat de protection future en se basant sur les causes traditionnelles mettant fin à un mandat de droit commun prévues à l'article 2003 du Code civil³⁴. En prenant en compte la particularité du mécanisme, le législateur a prévu des causes de révocation spécifiques au mandat de protection future à l'article 483 du même Code qui dispose que « *le mandat mis à exécution prend fin par :*

1° *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 ;*

2° *Le décès de la personne protégée ou son placement en curatelle ou en tutelle, sauf décision contraire du juge qui ouvre la mesure ;*

3° *Le décès du mandataire, son placement sous une mesure de protection ou sa déconfiture ;*

4° *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 ne sont pas réunies, ou lorsque l'exécution du mandat est de nature à porter atteinte aux intérêts du mandant.*

Le juge peut également suspendre les effets du mandat pour le temps d'une mesure de sauvegarde de justice. »

Parmi ces quatre causes de révocation du mandat de protection future, certaines sont automatiques et d'autres facultatives. Les causes automatiques entraînent une révocation de plein droit du mandat, tandis que les causes facultatives nécessitent l'intervention du juge des contentieux de la protection.

71. **Les causes de révocation automatiques.** La situation personnelle du mandant, celle du mandataire ainsi que le rétablissement des facultés personnelles du mandant constituent les causes de révocation automatiques du mandat de protection future.

Tout d'abord, la situation personnelle du mandant, à savoir son décès ou son placement en tutelle ou curatelle, provoque la fin du mandat de protection future. En effet, il est admis en droit commun que le mandat prend fin par le décès du mandant³⁵. Mais le législateur, prenant en considération le caractère particulier du mandat de protection future, a ajouté le placement du mandant sous une mesure de tutelle ou de curatelle comme cause de révocation du mandat. Néanmoins, le juge qui ouvre la mesure de tutelle ou de curatelle peut décider de conserver le mandat de protection future. Il est important de

³⁴ C. civ. Art. 2003 : « *Le mandat finit : par la révocation du mandataire, par la renonciation de celui-ci au mandat, par la mort, la tutelle des majeurs ou la déconfiture, soit du mandant, soit du mandataire. »*

³⁵ C. civ. Art. 2003 précité

relever également que le placement du mandant sous une mesure de sauvegarde de justice n'emporte pas révocation du mandat et le juge peut suspendre les effets du mandat pendant toute la durée de la sauvegarde de justice³⁶.

De même, le décès du mandataire, en raison du fort *intuitu personae* attaché au mandat, son placement sous une mesure de protection ou sa situation de déconfiture constituent des évènements entraînant automatiquement la révocation du mandat de protection future. Il faut ici relever le fait que le placement sous une mesure de protection du mandataire a été élargi et ne concerne pas seulement la tutelle ou la curatelle. En effet, le placement du mandataire sous n'importe quelle forme de mesure de protection entraîne la fin du mandat, que ce soit une tutelle, une curatelle, une sauvegarde de justice ou encore un mandat de protection future.

Enfin, et heureusement, le rétablissement des facultés personnelles du mandant est une cause de révocation automatique du mandat de protection future. Il arrive parfois que l'altération des facultés du mandant ne soit que temporaire. Si cette situation arrive, cela signifie en réalité que la cause de l'existence même du mandat de protection future a disparu. La révocation du mandat est alors automatique. Néanmoins, cette cause de révocation est marquée par un parallélisme des formes ; il faudra respecter la procédure de l'article 481 du Code civil. Ainsi, l'amélioration de l'état du mandant doit être confirmée dans un certificat médical émanant d'un médecin choisi sur la liste établie par le Procureur de la République. Ensuite, le mandant lui-même ou son mandataire doit se présenter au greffe du tribunal judiciaire en possession de ce certificat médical. Il reviendra alors au greffier d'attester la cessation du mandat.

72. Les causes de révocation facultatives. Outre ces évènements mettant fin de plein droit au mandat de protection future, certaines situations produisent le même effet mais nécessitent tout de même une décision du juge des contentieux de la protection.

En effet, l'article 483 4° du Code civil³⁷ dispose que tout intéressé peut demander la révocation du mandat soit parce que les conditions de l'article 425 du Code civil ne sont pas réunies soit en raison d'une mauvaise exécution du mandat par le mandataire de nature à porter atteinte aux intérêts du mandant. La révocation du mandat dépend alors de la décision du juge des contentieux de la protection.

73. Dès sa création, le mandat de protection future a été conçu par le législateur comme une mesure de protection de la vulnérabilité à part entière. Cette existence propre confère une réelle force au mandat de protection future, raison pour laquelle les règles encadrant l'articulation avec les autres mesures de protection, et notamment avec les mesures judiciaires, sont essentielles.

³⁶ C. civ. Art. 483 *in fine*

³⁷ C. civ. Art. 483 4° : « 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 ne sont pas réunies, ou lorsque l'exécution du mandat est de nature à porter atteinte aux intérêts du mandant. »

§2. L'articulation avec les mesures judiciaires de protection

74. Le législateur a fait du mandat de protection future une mesure de protection unique, la volonté de la personne étant véritablement au cœur de celle-ci. Mais en raison de l'existence d'autres mesures de protection, et notamment judiciaires, la question de l'articulation du mandat de protection future avec ces mesures est apparue nécessaire. Ainsi, très vite, le législateur a dû établir des règles et a choisi de faire primer les mesures de protection les plus souples et les plus proches de la volonté de la personne sur celles résultant en grande partie de la décision d'un juge. Est alors apparu le principe de primauté du mandat de protection future (I.). Néanmoins, dans certaines situations particulières, ce mécanisme conventionnel ne sera pas préféré aux mesures judiciaires, le principe de primauté ne pourra alors pas être mis œuvre (II.).

I. Le principe de primauté du mandat de protection future

75. **L'origine de la primauté.** Afin de comprendre la finalité du principe de primauté, il faut au préalable s'intéresser à l'origine de ce principe, résultant de deux lois.

Tout d'abord, par la loi du 5 mars 2007, deux principes fondamentaux de la protection juridique des majeurs ont été rappelés, à savoir le principe de nécessité et de subsidiarité. Selon le principe de nécessité, pour prononcer une mesure de protection, le juge doit être en possession d'un certificat médical lui démontrant clairement que la personne ne peut plus pourvoir seule à ses intérêts en raison de l'altération de ses facultés mentales ou corporelles l'empêchant d'exprimer sa volonté. Puis, selon le principe de subsidiarité, le juge, pour prononcer une mesure contraignante, doit vérifier qu'une mesure plus souple, tels que le mandat de protection future, l'habilitation familiale ou encore des procurations simples, ne peut pas s'appliquer et n'offre pas une protection suffisante de la vulnérabilité.

Récemment, une seconde loi est intervenue et a rappelé le principe de primauté du mandat de protection future sur les autres mesures qui ne restent que subsidiaires, il s'agit de la loi du 23 mars 2019³⁸ ; elle réaffirme ainsi la subsidiarité de ces autres mesures. Pour se faire, cette loi a modifié la formulation de l'article 428 du Code civil³⁹ afin de propulser le mandat de protection future au sommet des mesures de protection, primant ainsi les mesures judiciaires mais également le droit commun de la représentation et le régime primaire du droit des régimes matrimoniaux. Ce mécanisme conventionnel devient une référence pour apprécier s'il est nécessaire ou non d'ouvrir une mesure de protection judiciaire. Le juge

³⁸ Loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

³⁹ C. civ. Art. 428 al. 1 : « *La mesure de protection judiciaire ne peut être ordonnée par le juge qu'en cas de nécessité et lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne par la mise en œuvre du mandat de protection future conclu par l'intéressé, par l'application des règles du droit commun de la représentation, de celles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et des règles des régimes matrimoniaux, en particulier celles prévues aux articles 217, 219, 1426 et 1429 ou, par une autre mesure de protection moins contraignante. La mesure est proportionnée et individualisée en fonction du degré d'altération des facultés personnelles de l'intéressé.* »

ne peut prononcer une telle mesure qu'en dernier recours, après avoir vérifié qu'un mandat de protection future conclu par le majeur n'est pas suffisamment protecteur.

76. La primauté sur les mesures judiciaires. Le mandat de protection future prime les autres mesures judiciaires de protection des majeurs, à savoir la sauvegarde de justice, la curatelle et la tutelle, ainsi que l'habilitation familiale. La sauvegarde de justice, dont le fonctionnement est prévu à l'article 435 alinéa 1 du Code civil⁴⁰, est une mesure judiciaire temporaire nécessitant l'intervention d'un juge pour sa mise en place. Quant à la curatelle, celle-ci est prévue à l'article 467 du Code civil et est plus contraignante que la sauvegarde de justice ; elle peut prendre la forme d'une curatelle simple, renforcée ou encore aménagée. La tutelle constitue ensuite la mesure de protection judiciaire française la plus contraignante, entraînant le plus de conséquences sur la capacité juridique du majeur protégé. Dans ces trois mesures, le juge intervient aussi bien pour sa mise en œuvre que pour effectuer un suivi de celle-ci.

Enfin, une mesure se rapproche véritablement du mandat de protection future, il s'agit de l'habilitation familiale. Cette mesure, créée par la loi du 16 février 2015 et par l'ordonnance du 15 octobre 2015, figure dans le Code civil à l'article 494-1. L'habilitation familiale ressemble à la tutelle et à la curatelle en ce qu'elle crée une véritable incapacité de contracter pour la personne protégée, il s'agit d'une mesure incapacitante contrairement au mandat de protection future. Mais également, s'inspirant du mandat de protection future, l'habilitation familiale laisse une grande place à l'autonomie de la personne vulnérable. Même si elle s'ouvre par un jugement, il ne s'agit pas d'une mesure de protection judiciaire à part entière car, une fois la personne désignée pour prendre en charge l'habilitation familiale, le juge n'intervient plus.

77. L'effet de la primauté. Une fois un mandat de protection future conclu et mis en œuvre, celui-ci rend toutes les mesures judiciaires subsidiaires mais également le droit des régimes matrimoniaux. Cette primauté semble se justifier par la réelle prise en compte de la volonté de la personne par rapport aux mesures judiciaires décidées uniquement par un tribunal et nécessitant l'intervention d'un juge. Le mandat de protection future permet en effet à la personne de délimiter le périmètre de sa protection, constituant ainsi une mesure plus souple.

Néanmoins, face à l'affirmation de cette primauté, certaines questions subsistent et mettent en concurrence le droit des régimes matrimoniaux et le mandat de protection future. Notamment, qu'en est-il de l'éviction de l'époux par l'effet du mandat de protection future ? En quoi les règles du régime matrimonial ne permettent pas de satisfaire pleinement aux intérêts du mandant ? Faut-il spécialement motiver cette insuffisance du régime matrimonial ? Par précaution, une motivation apparaît nécessaire

⁴⁰ C. civ. Art. 435 al. 1 : « *La personne placée sous sauvegarde de justice conserve l'exercice de ses droits. Toutefois, elle ne peut, à peine de nullité, faire un acte pour lequel un mandataire spécial a été désigné en application de l'article 437.* »

lorsque le mandant est marié et que le mandataire n'est pas son conjoint. Dans cette situation, il faudra expliquer en quoi un mandat de protection future paraît plus approprié par rapport aux règles du régime matrimonial.

78. Même si le principe de primauté du mandat de protection future est fréquemment rappelé, celui-ci rencontre, dans certaines situations, des limites affectant ainsi son efficacité.

II. La protection des intérêts de la personne comme limite au mandat de protection future

79. Selon les situations, le principe de primauté du mandat de protection future peut connaître seulement des tempéraments ou de véritables limites. Dans le premier cas, le mandat de protection future ne primera pas, mais devra simplement cohabiter avec d'autres mesures judiciaires. Alors que dans le second cas, le mandat de protection future peut être totalement évincé au profit d'une autre mesure, généralement judiciaire, en fonction de l'appréciation souveraine des juges.

80. Les tempéraments apportés au principe de primauté du mandat de protection future.

Comme expliqué précédemment⁴¹, le Code civil n'a pas ignoré le fait que dans certains cas il est nécessaire d'articuler le mandat de protection future avec d'autres mesures de protection. Notamment, il est nécessaire de s'attarder sur son articulation avec la curatelle, cette dernière étant particulièrement fréquente ; il faut alors envisager trois situations prévues par le Code civil.

La première situation, figurant à l'article 477 alinéa 2⁴², est celle où une curatelle a été ouverte avant la conclusion d'un mandat de protection future. Ici, le mandat est valable à condition d'avoir été signé par le mandant avec l'assistance de son curateur.

À l'inverse, lorsque le mandat de protection future a été conclu et mis à exécution avant l'ouverture de la curatelle, celui-ci prend fin par l'ouverture de cette mesure judiciaire sauf décision contraire du juge des contentieux de la protection, selon l'article 483 du Code civil. Dans cette hypothèse, le juge peut évincer totalement le mandat de protection future au bénéfice d'une mesure judiciaire ; cela démontre bien que la primauté du mandat n'est pas absolue, qu'elle est variable et qu'elle s'apprécie en fonction de chaque situation.

Enfin, lorsque le mandat de protection future est conclu avant l'ouverture de la curatelle mais est mis à exécution après celle-ci, il demeure valable et peut même se substituer à la mesure judiciaire ; cela résulte d'une lecture *a contrario* de l'article 483 du Code civil. La Cour de cassation, dans sa jurisprudence, a été amenée à se prononcer sur cette question. Elle a notamment approuvé une cour

⁴¹ Conf. *Supra* n°75.

⁴² C. civ. Art. 477 al. 2 : « *La personne en curatelle ne peut conclure un mandat de protection future qu'avec l'assistance de son curateur.* »

d'appel, dans un arrêt du 4 janvier 2017⁴³, ayant relevé en l'espèce que « *le mandat de protection future n'avait pas été mis à exécution lors de l'ouverture de la curatelle* ». La cour d'appel a donc eu raison d'estimer que « *cette mesure n'avait pas eu pour effet d'y mettre fin* ». Pour approuver cela, la Cour de cassation s'est basée sur une combinaison des articles 483, 2° et 477, alinéa 2 du Code civil.

81. La possible « cohabitation » du mandat de protection future. L'articulation de toutes ces mesures de protection, d'origine légale ou conventionnelle, peut faire naître une cohabitation entre un mandat de protection future et une mesure judiciaire. En effet, alors que la situation du mandant ne nécessite pas l'ouverture d'une mesure de protection, il peut arriver que le mandat de protection future n'ait pas tout prévu et qu'il ne couvre pas tous les actes, il est alors insuffisant pour protéger la personne. L'article 485 alinéa 2 du Code civil⁴⁴ permet alors au juge des tutelles d'ouvrir une mesure de protection complémentaire au mandat de protection future confiée également au mandataire de protection future. Le juge peut même autoriser ce mandataire à passer un ou plusieurs actes non couverts par le mandat de protection future. Dans ce cas, il y aurait une cohabitation entre une mesure de protection conventionnelle et une mesure de protection judiciaire. En réalité, cette cohabitation va dépendre de l'étendue du mandat de protection future. Par exemple, une mesure de tutelle pourrait être ouverte aux fins de gérer le patrimoine de la personne, alors que le mandat de protection future serait centré sur la protection de la personne elle-même.

En revanche, une telle cohabitation ne semble pas vraiment possible entre un mandat de protection future et une habilitation familiale. Même si rien ne l'interdit, l'habilitation familiale étant déjà une mesure hybride qui peut s'apparenter au mandat, des conflits familiaux pourraient naître lorsque certains membres de la famille sont en charge de l'habilitation familiale et d'autres du mandat de protection future.

Le même raisonnement peut être tenu concernant la cohabitation entre un mandat de protection future et une sauvegarde de justice. Cette dernière étant une mesure temporaire, elle a vocation à disparaître et l'intérêt d'ouvrir ces deux mesures en parallèle semble réduit.

Finalement, la cohabitation entre le mandat de protection future et une autre mesure est facilement envisageable seulement avec une tutelle ou une curatelle. Cette cohabitation témoigne d'un affaiblissement de la primauté du mandat de protection future, qui n'est pas totalement évincé mais tout de même combiné.

⁴³ Cass. Civ. 1^{ère}, 4 janvier 2017, n°15-28.669

⁴⁴ C. civ. Art. 485 al. 2 : « *Lorsque la mise en oeuvre 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 ouvrir une mesure de protection juridique complémentaire confiée, le cas échéant, au mandataire de protection future. Il peut aussi autoriser ce dernier ou un mandataire ad hoc à accomplir un ou plusieurs actes déterminés non couverts par le mandat.* »

82. Les limites apportées au principe de primauté du mandat de protection future. La primauté du mandat de protection future, en plus d'être tempérée, peut être limitée par l'appréciation souveraine des juges qui peuvent, en fonction de la situation, révoquer la mesure de protection conventionnelle au profit d'une mesure judiciaire. Pour porter atteinte à cette primauté, les juges doivent motiver leur décision ; deux motifs peuvent être soulevés, la protection des intérêts du mandant et l'existence d'une mesure de protection plus adaptée à la situation du majeur protégé. En réalité, ces deux motifs sont étroitement liés, lorsque le mandat de protection future porte atteinte aux intérêts du mandant, il n'est pas rare que le juge décide en conséquence de le remplacer par une mesure judiciaire, plus adaptée et plus protectrice du majeur.

83. La protection des intérêts du majeur protégé. Le premier motif de révocation du mandat de protection future au profit d'une mesure de protection judiciaire peut être l'atteinte aux intérêts du mandant. Un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation, en date du 12 janvier 2011⁴⁵, permet d'illustrer ce pouvoir des juges sur le mandat de protection future. En l'espèce, Madame Y. a été placée sous sauvegarde de justice par une ordonnance du juge des tutelles, lui désignant un mandataire. Par la suite, Mme Y. a conclu un mandat de protection future en désignant son fils comme mandataire. La cour d'appel de Toulouse confirme l'ordonnance en ce qu'elle a déjà désigné un mandataire à Madame Y. et écarte le mandat de protection future au profit d'une curatelle renforcée. Mme Y. se pourvoit en cassation au moyen que « *la révocation du mandat de protection future exige de démontrer que son exécution est de nature à porter atteinte aux intérêts du mandant* ». La Cour de cassation, au visa de l'article 483, 2° du Code civil, rappelle que « *le mandat de protection future mis à exécution prend fin par le placement en curatelle de la personne protégée sauf décision contraire du juge qui ouvre la mesure* ». Ici, le juge des tutelles n'exprime pas le souhait de maintenir le mandat de protection future et décide de faire primer la curatelle. Elle prend donc le pas sur le mandat et la volonté de la personne est mise au second plan dans un objectif de protection, alors même que la loi prévoit la possibilité de conclure un mandat de protection future pour une personne placée sous sauvegarde de justice.

84. La solution a été la même dans un autre arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation, en date du 29 mai 2013⁴⁶. En l'espèce, Monsieur X. a conclu, entre son placement sous sauvegarde de justice et l'ouverture de la curatelle renforcée, un mandat de protection future sous signature privée dans lequel il a désigné son père comme mandataire. Du fait de l'ouverture de la mesure de curatelle renforcée, le père de Monsieur X s'est pourvu en cassation sans contester que les conditions d'ouverture de celle-ci sont réunies mais en estimant que l'ouverture d'une telle mesure n'est pas

⁴⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 12 janvier 2011, n°09-16.519

⁴⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 29 mai 2013, n°12-19.851

nécessaire en raison de l'existence d'un mandat de protection future, primant normalement toute autre mesure de protection judiciaire.

Selon la Cour de cassation, toujours au visa de l'article 483 2° du Code civil, « *le mandat de protection future mis à exécution prend fin par le placement en curatelle de la personne protégée sauf décision contraire du juge qui ouvre la mesure* ». La décision de la Cour est identique à celle de l'arrêt de 2011, la volonté du juge va primer la volonté de la personne protégée directement exprimée à travers le mandat de protection future, limitant ainsi sa portée mais toujours dans l'intérêt de la personne.

85. À l'inverse, dans un arrêt de la première chambre civile du 4 janvier 2017⁴⁷, la Cour de cassation a préféré faire primer le mandat de protection future sur la demande d'ouverture d'une autre mesure. En l'espèce⁴⁸, une personne disposant de toutes ses facultés conclut un mandat de protection future notarié et désigne un ami en tant que mandataire. Des années plus tard, la personne est placée sous curatelle par le juge des contentieux de la protection à la demande de ses enfants, dans l'ignorance de l'existence du mandat de protection future. Par la suite, l'ami fait viser au Greffe d'instance le mandat dans lequel il est désigné mandataire et demande que celui-ci soit substitué à la mesure de curatelle. Les enfants demandent, quant à eux, la nullité de ce mandat de protection future. La cour d'appel écarte cette nullité et accueille la demande de mise en œuvre du mandat.

Les enfants se pourvoient en cassation en essayant de prouver que le mandat de protection future porte atteinte aux intérêts de leur père. La Cour de cassation rejette le pourvoi en estimant tout d'abord que le placement d'une personne sous curatelle ne met pas fin automatiquement au mandat de protection future non mis en œuvre⁴⁹. Elle valide ainsi le raisonnement de la cour d'appel selon lequel le mandat de protection future n'avait pas été mis en œuvre à l'ouverture de la curatelle. Enfin, l'article 483, 4° du Code civil prévoit que la révocation du mandat est prononcée par le juge des contentieux de la protection lorsque sa mise à exécution « *est de nature à porter atteinte aux intérêts du mandant* ». En l'espèce, d'après les juges du fond, le mandat de protection future n'était pas contraire aux intérêts du mandant. La demande de révocation a été rejetée et le mandat de protection future a été préféré à une mesure judiciaire.

Cette décision semble parfaitement logique en ce sens que la volonté de la personne doit primer toutes les autres mesures de protection, mais elle est aussi étonnante car, en l'espèce, le mandataire n'avait pas contrôlé l'état de santé du mandant. En effet, il a mis en œuvre le mandat de protection future de manière tardive, alors que l'état de santé du mandant justifiait déjà l'ouverture d'une mesure de protection. Même si le mandataire n'a pas d'obligation légale de surveiller l'évolution mentale du mandant, ce qui justifie sûrement cette décision, il peut être utile d'imposer, par une clause dans le mandat de protection future,

⁴⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 4 janvier 2017, n°15-28.669 précité

⁴⁸ A. Bateur, « De quelques difficultés pratiques du mandat de protection future », *Les Petites Affiches*, LPA 8 sept. 2017, p. 65.

⁴⁹ C. civ. Art. 483 al. 2 ; C. civ. Art. 477 al. 2

au mandataire de surveiller, avant la mise en oeuvre du mandat, l'état de santé du mandant de manière régulière. Cela permettrait d'éviter une mise en oeuvre tardive du mandat et parfois, cela permettrait de prouver l'incompétence du mandataire qui ne remplit pas ses obligations.

86. Les négligences du mandataire désigné. Le mandat de protection future ne peut pas, une fois mis en oeuvre, primer les autres mesures de protection judiciaire lorsque le mandataire désigné commet des négligences dans la gestion des comptes. Cette limite à la primauté du mandat de protection future est facilement compréhensible. Notamment, dans un arrêt de la première chambre civile du 17 avril 2019⁵⁰, les juges du fond ont mis fin au mandat de protection future notarié au profit d'une curatelle renforcée en raison de négligences du mandataire. Souvent, cette intervention restreinte des juges entraîne une méfiance de ces derniers au profit du mandat de protection future, qui préfèrent alors faire primer une mesure judiciaire. C'est ce que dénonce Ingrid Maria⁵¹ au sujet de l'arrêt précité, elle indique que cette décision est contraire à la volonté du législateur de déjudiciariser la protection juridique des majeurs. Dans cet arrêt, il est mis en lumière la difficulté des magistrats de faire prévaloir la déjudiciarisation. Afin que la mise en oeuvre du mandat de protection future soit efficace, les magistrats ne doivent pas craindre celui-ci et refuser de le faire primer, en raison d'un contrôle judiciaire presque inexistant et de possibles fautes de gestion.

Un autre arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation, en date du 13 juin 2019⁵², témoigne de la frilosité des juges du fond à accorder leur confiance à des membres de la famille dans le cadre du mandat de protection future. En effet, la révocation du mandat peut être prononcée par le juge des contentieux de la protection lorsque son exécution est de nature à porter atteinte aux intérêts du mandant. C'est le cas si le mandataire fait preuve d'un manque de rigueur et de diligences dans la gestion du patrimoine du mandant. Dans cet arrêt, la justification de la Cour de cassation était la suivante : *« qu'ayant relevé que l'inventaire des biens dressé par le mandataire était incomplet, que le compte de gestion avait été déposé avec retard et que la résiliation du bail lors de l'admission de Mme F. en établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes avait été tardive, ce qui avait généré des frais inutiles, la cour d'appel a souverainement estimé que le mandataire avait fait preuve d'un manque de rigueur et de diligences dans la gestion du patrimoine de la mandante, ce qui avait eu des conséquences financières, de sorte que la mise en oeuvre du mandat était de nature à porter atteinte à ses intérêts ».*

Encore une fois, cette décision fait preuve de bon sens et entraîne une véritable protection du majeur. Cependant, il ne faut pas qu'une telle décision devienne une généralité. Afin que la mesure de protection conventionnelle reste proche des intérêts du mandant tout en échappant au contrôle du juge, Ingrid

⁵⁰ Cass. Civ. 1^{ère}, 17 avril 2019, n°18-14.250

⁵¹ I. Maria, « Mandat de protection future – Autonomie du majeur protégé et déjudiciarisation de la protection juridique : les juges suivront-ils ? », *Droit de la famille* n°6, juin 2019, comm. 134.

⁵² Cass. Civ. 1^{ère}, 13 juin 2019, n°18-19.079

Maria propose de prévoir un contrôle de gestion interne cumulé avec la désignation subsidiaire d'un autre mandataire au cas où le mandataire principal manquerait de rigueur et de diligences. En appliquant cette proposition à l'arrêt précité, la présence d'un mandataire subsidiaire aurait sûrement évité de mettre fin au mandat de protection future, le juge aurait simplement évincé le mandataire principal en le remplaçant par le mandataire subsidiaire désigné.

87. À travers ces développements, il est possible de constater que le mandat de protection future est un mécanisme avec de nombreux avantages. En le créant, le législateur a véritablement eu l'envie d'en faire un mécanisme purement conventionnel permettant à la population d'anticiper sa perte de facultés pour l'avenir. Néanmoins, malgré ses avantages indéniables, il est possible de relever de nombreuses faiblesses, constituant une réelle limite à son efficacité.

Section 2. Les nombreuses faiblesses de l'unique mesure de protection conventionnelle française

88. Le mandat de protection future français, bien qu'il soit intéressant et bien construit en théorie, apparaît en pratique véritablement inefficace. Cet échec peut s'expliquer par l'apparition de nombreuses faiblesses et imperfections. Ainsi, cette mesure de protection purement conventionnelle, inventé par le législateur en se basant sur le modèle québécois, se révèle être particulièrement lacunaire (*paragraphe 1*) et fortement concurrencée par d'autres instruments offrant une meilleure protection à la personne (*paragraphe 2*).

§1. Le mandat de protection future, un mécanisme particulièrement lacunaire

89. La pratique révèle une inefficacité certaine du mandat de protection future, alors même qu'il a été créé sur la base du mécanisme québécois rencontrant un succès fulgurant. Cet échec français s'explique principalement par l'existence de lacunes entraînant à elles seules l'échec du mécanisme (*I.*), les autres lacunes n'étant qu'accessoires et renforçant simplement cette inefficacité (*II.*).

I. Les principales lacunes affectant l'efficacité du mandat de protection future

90. Au titre des lacunes principales, il est possible de citer l'absence de publicité du mécanisme, la conservation par le mandant de sa capacité juridique, l'insécurité juridique produite par cet outil et enfin son champ d'application limité.

91. L'absence de publicité du mandat de protection future. Le premier reproche, et le plus important, fait à ce mécanisme est l'absence de publicité obligatoire prévue par la loi du 5 mars 2007 lors de la création du mandat de protection future. Le législateur a justifié cette absence de publicité en

ce qu'elle serait inutile car une fois le mandat mis en œuvre, il n'entraîne pas une perte de capacité du mandant. Cette absence de publicité engendre plusieurs conséquences, notamment une difficulté pour articuler le mandat avec les autres mesures de protection judiciaires. En effet, le juge des contentieux de la protection, saisi de l'ouverture d'une mesure de protection, n'a aucun moyen de savoir si la personne a préalablement conclu un mandat de protection future, à défaut d'information directe par le mandataire. En l'absence de publicité du mandat, des contentieux peuvent naître entre deux mesures de protection et sont réglés par la jurisprudence⁵³.

Le rapport du Conseil Supérieur du Notariat⁵⁴, pour l'année 2014, témoigne des difficultés engendrées par l'absence de publicité du mandat de protection future. Il préconise en effet d'instaurer une mesure de publicité en créant un registre spécifique ainsi que l'insertion d'une mention en marge de l'acte de naissance ou du registre d'état-civil du mandant lors de la mise en œuvre du mandat.

Par la loi n°2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement, le législateur a entendu cette demande en insérant un nouvel article 477-1 dans le Code civil⁵⁵. Celui-ci prévoit que le mandat de protection future doit être publié par le biais d'une inscription sur un registre spécial. Toutefois, les modalités et l'accès à ce registre doivent être réglés par un décret en Conseil d'État qui se fait encore attendre à l'heure actuelle.

92. La conservation de sa capacité juridique par le mandant. Le second reproche fait au mandat de protection future résulte directement de l'absence de publicité, il s'agit de la conservation par le mandant de sa pleine capacité juridique alors même que le mandat est mis en œuvre. Cette lacune démontre l'ambiguïté existant dans ce mécanisme conventionnel. En effet, d'un côté, le mandant désigne un mandataire pour le représenter en raison d'une perte de ses facultés physiques ou mentales, mais de l'autre, il conserve la capacité de conclure des actes seul. En clair, le mandant conserve la possibilité de conclure des actes pour lesquels il a précisément donné pouvoir à son mandataire. Cette discordance entre l'objectif de la mesure et sa mise en œuvre est dangereuse puisqu'une concurrence peut apparaître sur certains actes entre le mandant et son mandataire.

Afin de relativiser cette ambiguïté, le législateur a prévu que les actes passés par le mandant sont fragilisés ; ils pourront faire l'objet d'actions en rescision pour lésion, en réduction pour excès ou en nullité pour trouble mental, ces actions n'étant ouvertes qu'au mandant et à ses héritiers. De plus, au jour de la prise d'effet du mandat de protection future, une période suspecte de deux ans, précédant cette mise en œuvre, s'ouvre. Ainsi, pendant cette période, il est possible de contester la régularité des actes accomplis par le mandant, potentiellement contraires à ses intérêts.

⁵³ Conf. *Supra* n°74.

⁵⁴ Conseil Supérieur du Notariat, *Les Notaires – Acteurs de la croissance et au service de tous*, Rapport annuel 2014.

⁵⁵ C. civ. Art. 477-1 : « *Le mandat de protection future est publié par une inscription sur un registre spécial dont les modalités et l'accès sont réglés par décret en Conseil d'État.* »

93. L'absence de perte de capacité du mandant a été abordée lors d'une question parlementaire adressée par Monsieur le Député Marc Le Fur au Ministre de la Justice le 28 juillet 2015⁵⁶ dans laquelle il était question de l'efficacité réelle du mandat de protection future et de son éventuelle évolution. Le problème soulevé par Marc Le Fur était le suivant : « *le législateur français a exclu que la prise d'effet du mandat entraîne l'incapacité juridique du bénéficiaire du mandat au motif qu'une protection conventionnellement organisée ne peut, à elle seule, créer une incapacité juridique* ». Autrement dit, le législateur ne veut pas qu'une personne puisse seule, par le biais d'un mandat de protection future, se déclarer incapable, cette incapacité ne pouvant résulter que de la loi. Pourtant, les conditions de mise en œuvre du mandat de protection future sont les mêmes que pour l'ouverture d'une mesure de protection judiciaire, à savoir l'obligation d'obtenir une constatation médicale de « *l'altération des facultés de nature à empêcher l'expression de la volonté* » du mandant⁵⁷. Finalement, Marc Le Fur, dans cette question adressée au Ministre de la Justice, revendique la prise en compte du mandat de protection future comme véritable mesure de protection incapacitante.

La réponse du Ministre de la Justice, intervenue le 6 septembre 2016, est venue préciser qu'un système de publication du mandat de protection future devrait prochainement être mis en œuvre, ce qui rapprocherait d'autant plus le mécanisme des autres mesures de protection faisant toutes l'objet d'une mesure de publicité et d'une inscription en marge de l'acte de naissance. Cependant, il n'a pas été envisagé de remettre en cause le principe de capacité du mandant. Les actions en rescision pour lésion ou en réduction pour excès sont le seul moyen de contester les actes passés par le mandant, assurant ainsi un certain équilibre entre la protection de la personne et le principe du maintien de sa capacité juridique.

94. La possible insécurité juridique produite par le mandat de protection future.

L'absence de contrôle judiciaire dans le mandat de protection future peut paraître avantageux au premier abord et semble procurer une certaine liberté aux parties. Néanmoins, cette absence peut être dangereuse sachant que le mandat de protection future est susceptible de conférer au mandataire des pouvoirs exorbitants. Ces pouvoirs sont différents mais surtout plus importants que ceux octroyés dans le cadre d'un mandat de droit commun. Ils le sont d'autant plus lorsque le mandat de protection future n'est pas conclu sous signature privée mais revêt la forme notariée. Il s'agit là de la position de certains auteurs, et notamment celle de Amélie Panet⁵⁸ indiquant qu'en conséquence, les notaires sont parfois frileux à dresser par acte authentique des mandats de protection future. Par ailleurs, certains praticiens indiquent que l'insécurité juridique produite par ce mécanisme résulte d'une privation totale des magistrats de

⁵⁶ Question n°85698 de Monsieur Marc Le Fur (Les Républicains, Côtes-d'Armor) publiée au JO le 28/07/2015 suivie de la réponse du Ministre de la Justice publiée au JO le 06/09/2016 p. 7998.

⁵⁷ C. civ. Art. 425 précité.

⁵⁸ Intervention de A. Panet (Maître de Conférences en droit privé à l'Université Jean Moulin Lyon III) dans le cadre d'un colloque portant sur « *Les proches de la personne vulnérable : Protéger ceux qui protègent* », organisé par les associations d'étudiants en droit notarial de Lyon, Grenoble et Chambéry le 9 mars 2020.

leurs pouvoirs face à un mandataire qualifié de « véreux » ou de malhonnête. Face à une telle situation, les juges ne peuvent pas agir, puisqu'aucun contrôle judiciaire n'est prévu, et la mauvaise gestion de cette mesure de protection conventionnelle par le mandataire ne sera pas portée à leur connaissance.

95. Un mécanisme limité dans son champ d'application. Enfin, une dernière critique d'ordre principal peut être faite au mandat de protection future, il s'agit de son champ d'application parfois limité. En effet, certains actes sont strictement interdits au mandataire, même s'il recueille l'avis du mandant, ce dernier voit alors sa liberté contractuelle limitée. Notamment, il ne peut pas autoriser conventionnellement, dans le mandat, son mandataire à disposer seul de son logement ni même à résilier un bail d'habitation en son nom.

À titre d'exemple, les articles 426 alinéa 3 et 427 du Code civil interdisent au mandataire de disposer du logement du mandant ainsi que de ses comptes ou livrets. Cette disposition paraît en contradiction avec l'objectif même du mandat de protection future, à savoir la désignation d'un mandataire chargé de s'occuper des biens du mandant voire de les vendre le moment venu. Le logement est souvent le bien le plus important du patrimoine d'une personne et parfois même le seul ; la vente de ce bien permet ainsi, dans certaines situations, d'assumer le coût d'un placement du mandant dans un établissement adapté (EHPAD ou maison de retraite).

En réalité, l'article 426 du Code civil pose trois conditions devant être remplies par le mandataire pour qu'il soit autorisé à vendre le logement du mandant. Il s'agit tout d'abord de l'autorisation du juge des contentieux de la protection, puis de la preuve de la nécessité et de l'intérêt de cette opération pour la personne, et enfin, depuis le 18 février 2015, de l'avis préalable d'un médecin qui est nécessaire si la vente a pour finalité l'accueil de la personne protégée dans un établissement.

Toute la contradiction de ce mécanisme apparaît ici : d'un côté, le contrôle judiciaire, qui semblait manquer parfois afin de protéger la personne, est mis en place, mais de l'autre, il empêche le mandataire d'accomplir seul des actes qui semblaient être à l'essence même du mandat de protection future. Ce mécanisme se retrouve alors soumis, pour ces actes, au même contrôle judiciaire que tous les autres régimes judiciaires de protection alors que les mécanismes présentent des différences notables. Précisément, dans le cadre du mandat, le mandant est parfaitement capable lorsqu'il confère ses pouvoirs au mandataire et conserve cette capacité tout au long de la mesure.

Cette problématique a été soulevée lors du 113^{ème} Congrès des notaires en 2017, la solution proposée était celle de modifier l'article 490 du Code civil afin d'autoriser le mandant à doter son mandataire du pouvoir de vendre son logement si cela s'avère nécessaire.

II. Les lacunes secondaires affectant l'efficacité du mandat de protection future

96. En plus des lacunes précédentes, qualifiées de principales en raison de leur importance, le mandat de protection future présente d'autres lacunes qui participent à son inefficacité. Parmi elles, il

est important de relever en premier lieu l'existence d'une certaine frilosité de la pratique notariale envers le mécanisme, puis une éventuelle mauvaise appellation du mécanisme. Enfin, le mécanisme est mal accueilli par le droit des régimes matrimoniaux.

97. Une certaine frilosité de la pratique notariale. Même si elle n'est pas toujours reconnue par la pratique, une sorte de frilosité du notariat vis-à-vis du mandat de protection future existe et constitue une lacune du mécanisme. Cette hésitation de la pratique peut s'expliquer de plusieurs manières, à la fois en raison de la complexité de l'acte mais aussi de l'existence d'un devoir de contrôle du notaire lorsque le mandat est notarié.

La première raison, à savoir la complexité de l'acte, résulte du fait que, même si la rédaction du mandat de protection future constitue un acte courant, elle n'en est pas moins complexe et méconnue des notaires. Le manque d'information des clients sur cet acte est dû au manque de formation des notaires sur celui-ci, alors même que l'anticipation de la dépendance est au cœur des préoccupations actuelles.

La seconde raison de la frilosité de la pratique vis-à-vis du mandat de protection future est davantage admise dans les esprits, il s'agit du devoir de contrôle du notaire en présence d'un mandat notarié. En effet, le notaire rédacteur de l'acte va se voir imposer deux obligations, prévues par les articles 491⁵⁹ et 486 alinéa 2⁶⁰ du Code civil, lorsque le mandat notarié est mis en œuvre. Il a en premier lieu un devoir de conservation des documents comptables mais surtout, il doit remplir un devoir de vérification des comptes établis par le mandataire et alerter le juge des contentieux de la protection s'il suspecte une mauvaise gestion. Il a donc également un devoir d'alerte. En pratique, aucune texte ne prévoit la notification au notaire rédacteur de la prise d'effet du mandat alors même qu'il doit en contrôler les comptes. Ces obligations alourdissent le travail du notaire et sont susceptibles d'engager sa responsabilité civile professionnelle.

De plus, plusieurs difficultés découlent de ce devoir de vérification imposé au notaire. Une première interrogation concerne l'étendue de ce devoir : doit-il seulement vérifier les comptes ou contrôler véritablement la gestion du mandataire ? S'il doit vérifier cette gestion, s'agit-il d'un contrôle de la régularité des actes passés ou d'un contrôle de leur bien-fondé, voire de leur opportunité ? Les textes sont ambigus et lacunaires à ce sujet, l'article 491 du Code civil n'évoque qu'une vérification des comptes, tandis que l'article 486 alinéa 2 implique une saisine du juge si les intérêts du mandant ne sont pas respectés.

⁵⁹ C. civ. Art. 491 : « Pour l'application du second alinéa de l'article 486, le mandataire rend compte au notaire qui a établi le mandat en lui adressant ses comptes, auxquels sont annexées toutes pièces justificatives utiles. Celui-ci en assure la conservation ainsi que celle de l'inventaire des biens et de ses actualisations. Le notaire saisit le juge des tutelles de tout mouvement de fonds et de tout acte non justifiés ou n'apparaissant pas conformes aux stipulations du mandat. »

⁶⁰ C. civ. Art. 488, al. 2 : « Il établit annuellement le compte de sa gestion qui est vérifié selon les modalités définies par le mandat et que le juge peut en tout état de cause faire vérifier selon les modalités prévues à l'article 512. »

Néanmoins, certains notaires estiment que le devoir de contrôle imposé au notaire rédacteur n'est pas si difficile et ne constitue pas une réelle lacune du mécanisme. Notamment, Maître Nallet⁶¹, un notaire grenoblois spécialisé dans la protection des personnes vulnérables, va à l'encontre de ces arguments. Pour lui, tout est une question de confiance envers ses clients. Lorsqu'il conseille la conclusion d'un mandat de protection future, il le fait dans un contexte familial apaisé, dans lequel il est quasiment sûr que la gestion du patrimoine du mandant se fera dans le respect des intérêts de ce dernier. Selon lui, il faut recourir au mandat de protection future dans des situations favorables. Plus que ça, il ne faut pas se méfier des clients et craindre qu'ils n'engagent la responsabilité civile professionnelle du notaire. Enfin, il précise que, dans son cas et pour les mandats de protection future qu'il a reçus, la mesure fonctionne bien, le contrôle se déroule aisément et n'est pas une tâche si difficile. Pour lui, ce contrôle ne consiste pas à vérifier le bien-fondé de tous les actes passés par le mandataire, il s'agit seulement de vérifier que les comptes ne sont pas disproportionnés selon les années et qu'ils sont gérés de manière correcte.

98. Cette frilosité est renforcée par un devoir de vigilance accru des notaires lorsqu'ils établissent leurs actes. En effet, la Cour de cassation a énoncé, dans un arrêt du 8 février 2017⁶², le principe selon lequel « *le notaire a l'obligation de vérifier la capacité juridique des contractants dont dépend la validité de l'acte qu'il reçoit et qu'il authentifie, spécialement lorsqu'une partie est représentée par un mandataire* ». Elle ajoute qu'en cas de doute, « *il doit prendre toutes les précautions nécessaires afin de conférer pleine efficacité audit acte* ». Ainsi, dans le cas d'un mandat de protection future mettant en place une représentation et postérieurement à celui-ci, le notaire doit, depuis 2017, vérifier que le mandat avait été donné dans des conditions ne laissant aucun doute sur la volonté et la capacité du mandant à disposer.

99. La mauvaise appellation du mandat de protection future. Le mandat de protection future serait également mal défini et il serait difficile d'identifier en ce mécanisme une véritable protection. Le mandataire est chargé de représenter le mandant, mais la représentation n'est pas, à elle seule, synonyme de protection ; en ce sens, le mandat de protection future s'apparente à un mandat de droit commun, tant sur la dénomination que sur le fonctionnement. Le nom de ce mécanisme n'est donc pas le plus approprié, il faudrait le changer pour en faire un véritable mécanisme protecteur, qui se différencie réellement du mandat ordinaire comme le souligne le Professeur Leveneur⁶³. À l'heure actuelle, la distinction du mandat de protection future avec le mandat de droit commun est particulièrement fine et cela peut représenter une lacune du mécanisme conventionnel.

⁶¹ Interview de Maître Gabriel Nallet en date du 31 janvier 2020.

⁶² Cass. Civ. 1^{ère}, 8 février 2017, n°16-12.958

⁶³ L. Leveneur, *Intérêts et limites du mandat de protection future*, Mélanges en l'honneur du professeur G. Champenois, 2012.

100. L'exclusion du mandat de protection future pour autrui entre époux. Pour finir, une dernière lacune vient entacher l'efficacité du mandat de protection future, il s'agit du champ restreint du mandat pour autrui. Contrairement au mécanisme pour soi-même, le mandat de protection future pour autrui n'offre pas une entière liberté et ne vise qu'une situation particulière, à savoir l'anticipation par des parents de la protection de leur enfant handicapé. En effet, le législateur n'a pas octroyé cette possibilité à des époux, alors même que le droit des régimes matrimoniaux ne leur offre pas une protection parfaite. Le mandat de protection future pour autrui aurait pu être intéressant, par exemple, pour un mari s'occupant de son épouse dont les facultés diminuent à cause d'une maladie et souhaitant confier à une personne proche de la famille la charge de reprendre à son décès la gestion des biens mais aussi la protection de la personne de sa femme⁶⁴. Bien qu'elle soit fréquente en pratique, cette situation n'est pas prévue par le Code civil.

101. Les propositions du 113^{ème} Congrès des notaires. Face à toutes ces lacunes contribuant à l'impopularité voire à l'échec du mandat de protection future, des propositions ont été faites lors du 113^{ème} Congrès des Notaires par le Professeur Pierre Murat⁶⁵. Pour lui, pour que cette loi soit plus efficace qu'elle ne l'est aujourd'hui, il est nécessaire d'améliorer le système français de la protection des majeurs vulnérables. À cette fin, trois propositions ont été faites lors de ce Congrès. La première préconise de prendre en compte toutes les situations en offrant un large choix de mécanismes. La seconde serait d'agir sur la mentalité des Français. En effet, en France, l'anticipation de la dépendance reste un sujet sensible, il faudrait alors communiquer plus largement sur celle-ci en préconisant soit la conclusion d'un mandat de protection future soit la désignation anticipée d'un curateur ou d'un tuteur. Enfin, le Congrès propose de renforcer la sécurité des majeurs vulnérables qui en ressentent le besoin.

102. L'échec du mandat de protection future, tel que créé par le législateur français par la loi du 5 mars 2007, n'est pas seulement dû aux nombreuses lacunes affectant le mécanisme. Celui-ci est également fortement concurrencé par d'autres outils offrant, parfois, une meilleure protection aux personnes touchées par la vulnérabilité.

§2. Le mandat de protection future, un mécanisme fortement concurrencé

103. L'échec du mandat de protection future est également dû à l'existence d'autres mesures de protection entrant plus ou moins en concurrence avec celui-ci. L'habilitation familiale et la procuration générale remplissent, tout comme le mandat de protection future, le rôle d'une protection

⁶⁴ Formulaires ProActa droit des successions et des libéralités, *Le mandat de protection future – Introduction*, collection Lamy ProActa, 2019.

⁶⁵ Intervention du Professeur Pierre Murat le 9 novembre 2017 lors du 113^{ème} Congrès des Notaires [vidéo]. Disponible sur le site des Congrès des Notaires de France.

conventionnelle des personnes vulnérables et représentent à ce titre de réels concurrents (I.). En revanche, la tutelle et la curatelle, n'entrant pas réellement en concurrence avec le mandat de protection future, peuvent lui être préféré par le juge dans certaines situations (II.).

I. *L'habilitation familiale et la procuration générale, une concurrence affirmée au mandat de protection future*

104. À l'heure actuelle, le mandat de protection future fait face à une forme d'affrontement avec des mécanismes de plus en plus utilisés par la population française et de plus en plus conseillés par la pratique. Cette concurrence est réalisée à la fois par un outil préexistant au mandat de protection future, à savoir la procuration générale, mais aussi par un outil récemment entré en vigueur, l'habilitation familiale.

105. Une concurrence directe de la procuration générale, mesure de protection originaire.

Le mécanisme de la procuration générale, également appelé mandat de droit commun, est prévu à l'article 1984 du Code civil⁶⁶. Même s'il est possible de conclure un mandat sans représentation, la procuration générale implique généralement une représentation de la personne du mandant par le mandataire. Ainsi, tous les actes conclus par le mandataire sont réputés l'avoir été au nom et pour le compte du mandant. Le régime juridique du contrat de mandat est organisé par les articles 1153 et suivants du même Code. Cet article 1153 précise notamment que « *le représentant légal, judiciaire ou conventionnel, n'est fondé à agir que dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés* ». Ainsi, les pouvoirs du mandataire sont encadrés directement par le contrat de mandat, qu'il soit spécifique à certains actes ou rédigé en termes généraux.

La procuration générale peut être utilisée par toute personne et pour n'importe quelle raison. L'objectif peut donc être de conférer à une personne de confiance le pouvoir de passer certains actes en son nom pendant une période d'indisponibilité (vacances, problèmes de santé, etc), mais ce peut être également un outil utilisé par une personne souhaitant anticiper sa vulnérabilité future. En effet, tout comme le mandat de protection future mis en place expressément pour cet objectif d'anticipation, le mandat ordinaire peut tout aussi bien répondre au souhait d'une personne voulant organiser son éventuelle perte de capacité. En effet, pour le professeur Laurent Leveneur⁶⁷, le mandat de droit commun ne s'éteindrait pas « *du seul fait de l'altération des facultés du mandant* » et permet d'éviter l'ouverture d'une mesure judiciaire de protection.

⁶⁶ C. civ. Art. 1984 : « *Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire.* »

⁶⁷ L. Leveneur, « Intérêts et limites du mandat de protection future » in Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois, *Defrénois*, juillet 2012.

Ainsi, la procuration générale concurrence véritablement le mandat de protection future instauré par la loi du 5 mars 2007 en tant qu'unique mesure de protection conventionnelle. Par ailleurs, plusieurs praticiens, dont Maître Gabriel Nallet⁶⁸, notaire à Grenoble, préfèrent recourir à la procuration générale lorsque le mandant est entouré d'une famille dans laquelle règne une bonne entente. En effet, le mandat ordinaire, dans cette situation, répond davantage aux besoins de la famille sans mettre en place un mandat de protection future avec un fonctionnement beaucoup plus lourd.

106. En raison de cette concurrence accrue, il est important de soulever les différences de régime entre ces deux mécanismes pouvant être utilisés dans une même situation. Néanmoins, il est important de relever qu'en matière personnelle, la distinction est délicate ; aussi bien le mandat de protection future que le mandat ordinaire permettent au mandant de faire du sur-mesure pour la protection de sa personne et d'imposer au mandataire toutes sortes d'obligations (choix du lieu de vacances, décisions en matière médicale, etc).

En revanche, en matière patrimoniale, la différence est largement plus nette. Le mandat de protection future permet au mandant de conférer à son mandataire de larges pouvoirs de gestion, contrairement au mandat de droit commun qui a un champ plus restreint. En effet, le mandat ordinaire porte automatiquement, lorsqu'il est général, sur les actes d'administration et conservatoires, mais il peut être spécial et concerner alors également les actes de disposition. Ainsi, pour que le mandataire puisse conclure de tels actes de disposition, le mandat doit expressément le prévoir. L'avantage principal du mandat de protection future, et plus particulièrement du mandat de protection future notarié, est de permettre au mandataire de conclure tous types d'actes, dont des actes de disposition, et ce de manière automatique. Cette faculté constitue néanmoins un des dangers majeurs de ce mécanisme puisque le mandataire peut disposer de tous les biens du mandant sans son accord. Il revient alors au notaire rédacteur de l'acte, en vertu de son devoir de conseil, d'avertir ses clients et d'intégrer éventuellement au mandat une clause restreignant les pouvoirs du mandataire. C'est pour cette raison que certains praticiens préfèrent utiliser le mécanisme de la procuration générale afin de limiter les pouvoirs du mandataire. De plus, la préférence pour le mandat ordinaire peut s'expliquer par le fait qu'il est plus aisé pour le mandataire ordinaire de vendre la résidence principale du mandant que pour un mandataire de protection future obligé de solliciter l'autorisation du juge des contentieux de la protection ; le mandataire ordinaire devra simplement disposer d'un mandat authentique.

En outre, que le mandat soit ordinaire ou de protection future, le mandant ne perd pas sa capacité juridique, ce qui peut avoir de sérieuses conséquences. En effet, une contrariété peut avoir lieu entre des actes passés à la fois par le mandant et par le mandataire sur de mêmes biens ; également, le mandant, pleinement capable mais dont les facultés sont altérées, pourrait passer des actes inconsidérés. Ainsi, dans ces deux mécanismes, la protection du mandant n'est pas pleinement assurée puisque la loi

⁶⁸ Propos découlant d'une interview de Maître Gabriel Nallet, réalisée le 31 janvier 2020.

ne le déclare pas incapable et la mission du mandataire se limite à une simple représentation. Il est néanmoins possible de relever dans le mandat de protection future davantage de protection que dans le mandat ordinaire, en raison notamment des obligations comptables renforcées du mandataire. D'une part, le notaire est en charge d'une véritable protection lorsque le mandat de protection future est notarié ; il doit contrôler et conserver les comptes effectués par le mandataire. D'autre part, la loi autorise des demandes de rescision pour lésion et de réduction en cas d'excès spécifiques en matière de mandat de protection future⁶⁹, ce qui n'est pas prévu dans le droit commun.

Enfin, il faut relever une importante différence entre le mandat de protection future et le mandat de droit commun au sujet de leurs causes d'extinction. Selon l'article 2004 du Code civil⁷⁰, le mandat de droit commun est librement révocable, alors que le législateur a fait du mandat de protection future un mécanisme durable, que le mandant ne peut pas révoquer seul. Comme vu précédemment⁷¹, l'article 483 liste les causes d'extinction du mandat de protection future et prévoit que la révocation par une décision volontaire appartient uniquement au juge des contentieux de la protection.

107. En conséquence, même si le législateur a fait du mandat de protection future le mécanisme privilégié de la protection conventionnelle des personnes vulnérables, en pratique, le mandat de droit commun est souvent préféré en raison de sa souplesse, tout comme l'habilitation familiale présentant une certaine attractivité pour les praticiens.

108. L'attractivité de l'habilitation familiale, nouvelle mesure de protection conventionnelle. L'habilitation familiale, mesure créée par le législateur par la loi du 16 février 2015, permet à la famille d'une personne vulnérable de solliciter l'autorisation du juge des contentieux de la protection pour représenter cette personne se trouvant dans l'impossibilité de manifester sa volonté. Le législateur a fait de cette habilitation familiale un mécanisme hybride, à la fois judiciaire, nécessitant une intervention du juge, et conventionnel, en reposant sur une réelle entente familiale.

L'étendue de cette mesure est variable selon la situation et la décision du juge intervenant pour sa mise en œuvre. En effet, il peut décider tout d'abord que l'habilitation familiale est générale. Dans ce cas, la personne habilitée peut conclure tous types d'actes, aussi bien des actes d'administration que de disposition. Le juge fixe la durée de la mesure, sans qu'elle puisse excéder dix années, mais il peut

⁶⁹ C. civ. Art. 488 : « *Les actes passés et les engagements contractés par une personne faisant l'objet d'un mandat de protection future 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 en vertu de l'article 414-1. Les tribunaux prennent notamment en considération 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 contracté. L'action n'appartient qu'à la personne protégée et, après sa mort, à ses héritiers. Elle s'éteint par le délai de cinq ans prévu à l'article 2224.* »

⁷⁰ C. civ. Art. 2004 : « *Le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble et contraindre, s'il y a lieu, le mandataire à lui remettre soit l'écrit sous seing privé qui la contient, soit l'original de la procuration, si elle a été délivrée en brevet, soit l'expédition, s'il en a été gardé minute.* »

⁷¹ Conf. *Supra* n° 70.

ensuite la renouveler au vu d'un certificat médical circonstancié. De plus, une mention en marge de l'acte de naissance de la personne protégée est imposée, entraînant ainsi une véritable publicité de la mesure. Mais le juge peut également décider de limiter l'habilitation familiale à certains actes seulement, relatifs soit à la personne soit aux biens⁷² ; la personne protégée reste libre de conclure les autres actes non concernés par la mesure. Les actes de disposition à titre gratuit doivent néanmoins être autorisés par le juge des contentieux de la protection. Dans le cadre de sa mission, la personne habilitée doit ici respecter les dispositions relatives à la tutelle et la curatelle. Ainsi, tout comme dans le mandat de protection future, la personne habilitée se trouve dans l'impossibilité de disposer seule de l'immeuble appartenant au majeur protégé et constituant sa résidence principale ou secondaire sans l'accord préalable du juge des contentieux de la protection, cette interdiction s'étend aux meubles meublants.

109. Le législateur, en inventant ce mécanisme en 2015, s'est largement inspiré du mandat de protection future, les deux outils présentant ainsi de nombreuses similitudes. Aussi bien dans le mandat de protection future que dans l'habilitation familiale, l'idée de déjudiciarisation de la protection est présente et particulièrement importante, les mécanismes prônant en effet une intervention judiciaire réduite. Cela se ressent à la fois dans la procédure de mise en place de l'habilitation familiale, ressemblant fortement à celle du mandat de protection future, mais aussi dans le contenu de la mesure principalement conventionnel.

Néanmoins, l'habilitation familiale diffère sur plusieurs points du mandat de protection future et offre parfois une protection plus effective. Il ne s'agit pas d'une mesure purement conventionnelle puisque l'intervention du juge est nécessaire lors de l'ouverture de la mesure pour la désignation de la personne recevant l'habilitation familiale, pour son audition et pour s'assurer de son adhésion. Toutefois, il ne s'agit pas non plus d'une mesure purement judiciaire puisqu'une fois ouverte, l'habilitation familiale fonctionne sans le juge et est totalement gérée par la famille du majeur. En outre, contrairement au mandataire de protection future, la personne habilitée est choisie parmi les membres de la famille au sens strict (ascendants, descendants, frères et sœurs, conjoint, partenaire de Pacs ou encore concubin) ; le champ est donc plus restreint. Également, aucun contrôle des comptes n'est prévu dans l'habilitation familiale, la confiance envers la famille étant pleine et entière. Mais surtout, cette mesure entraîne la perte de capacité de la personne protégée, permettant ainsi d'assurer sa protection. Cette perte de capacité est renforcée par une publication de la mesure sur l'extrait d'acte de naissance de la personne lorsque l'habilitation familiale est générale.

110. En raison de ces similitudes mais surtout en raison des différences existant avec le mandat de protection future, l'habilitation familiale fonctionne très bien et constitue une concurrence directe au mandat de protection future présentant à l'heure actuelle de nombreuses lacunes. L'habilitation

⁷² C. civ. Art. 494-6

familiale permet en réalité de bénéficier du fonctionnement conventionnel du mandat de protection future tout en comblant ses lacunes. Il faut toutefois relever que les deux mécanismes n'ont pas le même objectif, l'un est un outil d'anticipation et l'autre permet de protéger la personne lorsque sa vulnérabilité est avérée. Néanmoins, certains praticiens dont Maître Gabriel Nallet⁷³, confrontés à une famille dans laquelle règne une bonne entente, conseillent de recourir à l'habilitation familiale afin de contourner les règles contraignantes du mandat de protection future et afin de protéger au mieux la personne. En revanche, dans le cas d'une personne vulnérable sans famille proche ou avec qui elle ne s'entend pas, le mandat de protection future demeure la mesure de protection conventionnelle adaptée lui permettant de désigner comme mandataire n'importe quelle personne de son entourage en qui elle a pleinement confiance.

II. Les mesures de protection judiciaires, une concurrence indirecte au mandat de protection future

111. Le mandat de protection future subit une autre forme de concurrence, différente de la première, réalisée par les mesures de protection judiciaires pouvant parfois lui être préférées. Cette concurrence peut être qualifiée d'indirecte en ce sens que, dans certaines situations, le juge des contentieux de la protection écartera le mandat de protection future conclu par la personne vulnérable pour le remplacer par une véritable mesure incapacitante, à savoir la curatelle ou la tutelle, la sauvegarde de justice n'étant qu'une mesure temporaire et pas réellement protectrice sur le long terme.

Notamment, cette préférence pour les mesures judiciaires intervient en cas de difficulté dans l'exécution du mandat de protection future ou lorsque celui-ci a été conclu tardivement par une personne dont les facultés étaient en partie altérées. Mais également, si une personne subit une perte de ses facultés et n'a pas anticipé sa protection en concluant un mandat de protection future, cette personne se verra imposer une mesure de protection judiciaire, la protection conventionnelle n'étant plus possible à ce stade.

112. La substitution du mandat de protection future par la curatelle. Le juge, s'il estime que le mandat de protection future conclu par la personne vulnérable ne lui offre pas une protection suffisante, peut tout d'abord décider d'ouvrir une mesure de curatelle. Comme dit précédemment⁷⁴, dans cette situation, le mandat de protection future mis à exécution prend fin par l'ouverture de cette mesure sauf décision contraire du juge des contentieux de la protection⁷⁵.

La curatelle est un régime d'assistance et non de représentation, mis en place lorsque la personne vulnérable a besoin d'être conseillée dans certains actes de la vie civile. Par la curatelle, le curateur va assister la personne pour les actes les plus graves, à savoir les actes de disposition. La curatelle entraîne,

⁷³ Propos découlant d'une interview de Maître Gabriel Nallet, réalisée le 31 janvier 2020.

⁷⁴ Conf. *Supra* n° 74.

⁷⁵ C. civ. Art. 483, 2°

pour ces actes, une perte de la capacité juridique. La personne n'est plus autorisée à conclure des actes de disposition seule, sans l'assistance de son curateur ; néanmoins, elle reste libre de conclure les autres actes de gestion courante. Sur ce point de la capacité, la curatelle se différencie réellement du mandat de protection future dans lequel aucune perte de capacité n'est prévue, le mandant restant capable tout au long de la mesure.

La curatelle et le mandat de protection future constituent des mesures de protection totalement différentes, avec une philosophie contradictoire, la première étant purement judiciaire et la seconde étant au contraire purement conventionnelle. Par ailleurs, la curatelle ne porte finalement que sur les actes de disposition alors que le mandat de protection future est plus général et peut porter sur tous types d'actes. Mais surtout, entraînant une perte de capacité, la curatelle fait l'objet d'une publicité par le biais d'une mention en marge de l'acte de naissance de la personne.

La concurrence portée au mandat de protection future par la curatelle ne peut pas être qualifiée de directe puisque les deux mécanismes n'interviennent pas au même moment et pour les mêmes raisons. Néanmoins, parfois, la curatelle peut être préférée par les juges se trouvant face à un mandat de protection future insuffisamment protecteur.

113. La substitution du mandat de protection future par la tutelle. Le juge des contentieux de la protection peut, en outre, décider de remplacer le mandat de protection future par la mesure judiciaire la plus incapacitante qu'il existe, à savoir la tutelle. En effet, s'il estime que l'état de la personne le justifie et que le mandat de protection future mis en œuvre ne la protège pas suffisamment, il peut effectuer cette substitution et mettre fin au mandat. Pour cela, l'état du mandant doit être particulièrement grave, c'est-à-dire qu'il ne doit plus être en état de veiller à ses propres intérêts.

La tutelle, contrairement aux autres mesures de protection, entraîne une réelle représentation de la personne en raison de sa perte totale d'autonomie. Pour cette raison, et tout comme la curatelle, la tutelle fait l'objet d'une publicité en marge de l'acte de naissance de la personne. Cette mesure est particulièrement contraignante aussi bien pour le tuteur que pour la personne protégée qui perd tout droit de conclure des actes, même les actes de gestion courante. En effet, tous les actes sont effectués par le tuteur en représentation du majeur et les actes de disposition doivent être autorisés par le juge des contentieux de la protection. Sur ce point, la tutelle est une mesure plus contraignante que le mandat de protection future dans lequel le mandataire est libre de conclure des actes de disposition à titre onéreux pourvu qu'ils ne portent pas sur la résidence principale du mandant.

Le mandat de protection future a été instauré par le législateur afin de permettre à une personne d'anticiper sa protection, mais lorsque son état d'incapacité devient irrémédiable, cette mesure conventionnelle peut ne pas suffire. Pour que cette personne soit efficacement protégée, il est parfois judicieux d'abandonner la protection conventionnelle pour une protection judiciaire mise en place et encadrée par le juge. C'est ainsi que la tutelle, tout comme la curatelle, font, en quelque sorte, concurrence au mandat de protection future, même si celle-ci n'est qu'indirecte.

114. Bilan. Après avoir comparé le mandat de protection future français avec les mécanismes mis en place par les législateurs étrangers, il en ressort que l'impopularité du dispositif français est principalement due à sa mise en oeuvre très souvent imparfaite. L'objectif était clairement d'avoir un mécanisme aussi performant que le mandat de protection québécois, véritable modèle en la matière, mais il n'en est rien. Comme il a été démontré, les lacunes du mandat de protection future se situent principalement dans l'absence de publicité de la mesure couplée au fait que le législateur ne souhaite pas en faire une mesure incapacitante. De manière générale, lorsqu'il est mis en oeuvre en pratique, son efficacité n'est pas assurée car dans certaines situations il est évincé et inconnu de la population française. L'amélioration du mécanisme doit intervenir s'il veut rencontrer le succès et l'utilité que le législateur entendait lui donner. En France, il n'est utilisé que de manière marginale, la majorité des français se tournant vers d'autres mesures de protection afin d'anticiper leur vulnérabilité.

115. Ainsi, les raisons de l'échec du mandat de protection future résultent des lacunes du droit interne mais qu'en est-il de son efficacité à l'international ? Les règles de droit international privé assurent-elles sa reconnaissance et sa circulation à l'international ? Ces questions sont actuelles et nécessaires dans un contexte de développement de la mobilité internationale. En effet, les individus organisent parfois leur protection face à la vulnérabilité dans un pays mais celle-ci peut être mise en oeuvre, à terme, dans un autre État. Il s'agira de savoir si le cadre international prend suffisamment en compte le mandat de protection future, appelé alors mandat d'incapacité, afin d'assurer une protection à l'international de la vulnérabilité. À cette fin, la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes a été adoptée et a organisé la circulation du mandat d'incapacité, afin de faire rayonner le mécanisme à l'international (*partie 2*).

PARTIE 2.

LA CIRCULATION DU MANDAT D'INAPTITUDE

116. Une préoccupation mondiale pour la vulnérabilité des individus. À l'heure actuelle, la vulnérabilité fait l'objet d'un véritable engagement au niveau mondial, qu'il s'agisse de protéger un mineur ou un majeur subissant une perte de ses facultés physiques ou mentales. Souvent, dans la plupart des législations mondiales, lorsqu'une personne est qualifiée de vulnérable, un régime de protection est mis en place afin de la protéger de manière efficace. Mais depuis quelques décennies, est apparu un intérêt de plus en plus marqué pour une protection conventionnelle de la vulnérabilité, l'idée étant d'octroyer davantage de liberté à la personne. En effet, la population mondiale exprime davantage le souhait d'une plus grande autonomie dans la protection de sa vulnérabilité, et ce en raison notamment de l'allongement de la durée de vie. De plus, une attention particulière est portée à l'anticipation, en permettant à une personne d'anticiper sa possible perte d'indépendance.

117. Les formes de la protection conventionnelle de la vulnérabilité. Dans de nombreuses législations étrangères, la protection conventionnelle des personnes vulnérables mais aussi l'anticipation de celle-ci sont consacrées, et ce principalement à travers le mandat d'inaptitude qui est de plus en plus reconnu au niveau international. Il s'agit de l'outil privilégié et le plus recommandé en matière d'anticipation de la protection. Notamment, le Conseil de l'Europe, à travers sa recommandation en date du 26 février 1999, invite les États à recourir le plus possible au mandat d'inaptitude qui permet réellement à l'adulte d'organiser lui-même, à l'avance, sa protection et d'exprimer sa volonté pour le futur.

Mais bien qu'il soit majoritaire, ce mécanisme du mandat d'inaptitude ne constitue pas l'unique moyen d'atteindre l'objectif d'une protection anticipée. En effet, la protection conventionnelle de la vulnérabilité peut prendre diverses formes et appellations selon les législations, comme l'a démontré l'étude menée en première partie. En France et comme dans plusieurs autres systèmes juridiques, le mandat d'inaptitude a été consacré. Mais d'autres États ont fait le choix de recourir à des outils de droit commun ou bien à des mécanismes inventés de toute pièce par leur législateur et ne ressemblant pas vraiment au mandat d'inaptitude.

118. Les conflits liés à l'internationalisation de la protection. Il est aisé de constater une réelle préoccupation internationale pour une protection conventionnelle des personnes vulnérables et donc pour une forme de déjudiciarisation de la matière. Néanmoins, les systèmes juridiques étant tous différents et consacrant des mécanismes divers et variés, des conflits peuvent survenir lorsque la personne se trouve dans une situation d'expatriation. Pour éviter ces potentielles difficultés, un texte ayant une portée internationale a été adopté afin de consacrer, au niveau international, une sorte de

protection conventionnelle des adultes en situation de vulnérabilité, il s'agit de la Convention de La Haye du 13 janvier 2000. À travers ce texte en effet, une réelle internationalisation de la protection est constatée. La Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes est entrée en vigueur le 1er janvier 2009 en même temps que la loi française du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs et intégrant pleinement le mandat de protection future dans notre Code civil. Cette Convention a été établie dans l'objectif de conférer un cadre international à la protection des adultes se trouvant en situation de vulnérabilité ; elle a en effet mis en place des règles sur la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des mesures de protection de ces personnes.

119. La nécessité d'une circulation efficace du mandat d'incapacité à l'étranger. En raison du développement de la mobilité internationale des personnes, l'expatriation et la binationalité sont des phénomènes croissants particulièrement importants à l'heure actuelle par rapport aux décennies précédentes. L'installation d'un ressortissant français dans un pays étranger - mais il est également possible d'envisager la situation inverse - favorise les situations complexes dans lesquelles plusieurs systèmes de droit nationaux interviennent.

Dans ces conditions, il est devenu indispensable de permettre à l'institution du mandat d'incapacité de circuler efficacement dans des pays étrangers. Cette circulation est prévue par le droit international privé qui, avant l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye, ne permettait pas de résoudre les conflits générés par l'expatriation et la diversité des mécanismes consacrant une protection conventionnelle des personnes vulnérables. La Convention est ensuite intervenue afin de modifier les règles applicables pour favoriser la prise en considération de la volonté des personnes. Notamment, une portée universelle a été conférée au mandat d'incapacité, lui octroyant ainsi une réelle efficacité à l'international (*chapitre 1*). Néanmoins, malgré celle-ci, des difficultés peuvent apparaître, la circulation du mécanisme s'en trouve alors affectée. En raison de l'importance du mécanisme et de son utilité, il est indispensable de se concentrer sur la recherche d'une solution permettant de perfectionner la circulation du mandat d'incapacité (*chapitre 2*).

CHAPITRE 1.

LA VOCATION UNIVERSELLE DU MANDAT D'INAPTITUDE

120. Une concordance française et internationale. Tant pour le législateur français que pour le législateur européen, la reconnaissance du mandat d'inaptitude constitue une innovation majeure de la loi du 5 mars 2007 et de la Convention de La Haye du 13 janvier 2000. En plus d'être entrés en vigueur à la même date, soit le 1er janvier 2009, ces textes traduisent une véritable concordance au niveau des grands principes consacrés, à savoir la protection des droits fondamentaux de la personne mais également le respect de sa volonté. Ces principes sont en effet au cœur des préoccupations du droit interne français et de la Convention de La Haye précisant dans son préambule "*que l'intérêt de l'adulte ainsi que le respect de sa dignité et de sa volonté doivent être des considérations primordiales*"⁷⁶. La concordance de ces textes mais surtout la ratification de la Convention par la France permet de doter le système juridique français de règles de droit international privé assurant une meilleure protection des adultes vulnérables se trouvant dans une situation internationale.

121. Une applicabilité singulière de la Convention. Avant de développer et d'étudier de manière plus précise les règles instaurées par la Convention de La Haye du 13 janvier 2000, il est impératif de rappeler son applicabilité, qu'elle soit matérielle, temporelle ou spatiale.

Matériellement d'abord, cette Convention porte précisément sur la protection des majeurs en situation de vulnérabilité mais uniquement lorsque cette protection nécessite la mise en place d'une mesure juridique. En effet, lorsqu'aucune mesure de protection n'a été organisée et que la personne vulnérable conclut des actes juridiques, cette situation est hors du champ d'application de la Convention. Par ailleurs, il est important de souligner que, selon les termes de l'article 15, la Convention ne vise que le mandat d'inaptitude conféré par un adulte pour lui-même, c'est-à-dire en prévision de sa propre incapacité future. Or, en faisant le parallèle avec le mandat de protection future français qui peut être conclu pour soi-même ou pour autrui, il faut relever que seul le mandat d'inaptitude pour soi-même est de manière incontestable dans le domaine de la Convention, la reconnaissance du mandat d'inaptitude pour autrui représentant une question plus délicate. Toutefois, la doctrine préconise de soumettre le mandat de protection future pour autrui aux dispositions de la Convention, par analogie des circonstances, lorsque le bénéficiaire de ce mandat est un adulte. L'objectif de représentation et de protection des adultes, poursuivi par la Convention, est en l'espèce présent.

Temporellement ensuite, la Convention de La Haye a été établie le 13 janvier 2000 mais est entrée en vigueur dans les États l'ayant ratifiée seulement le 1er janvier 2009. Ainsi, les mesures de protection mises en place postérieurement à cette date doivent impérativement l'être sur le fondement de la loi désignée par la Convention, sous réserve néanmoins de l'application des conventions bilatérales. Pour

⁷⁶ Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes.

les mesures de protection antérieures au 1er janvier 2009, même si elles ont été prises en application d'une loi qui n'est pas celle désignée par la Convention, celles-ci ne sont pas pour autant déclarées invalides. Le paragraphe 3 de l'article 50 de la Convention⁷⁷ prévoit une règle transitoire spécifique au mandat d'incapacité, selon laquelle les pouvoirs de représentation conférés par l'adulte avant l'entrée en vigueur de la Convention mais correspondant tout de même aux conditions posées à l'article 15⁷⁸ sont reconnus dans les États contractants.

Spatialement enfin, les règles de conflit de lois organisées par la Convention ont une vocation universelle, ceci étant expressément prévu à l'article 18⁷⁹. Cette formule signifie finalement que les règles de conflit sont applicables quelle que soit la nationalité et la résidence habituelle de l'adulte, le juge français devant les mettre en œuvre même si la loi désignée n'est pas celle d'un État partie à la Convention.

122. Les apports indéniables de la Convention. En reconnaissant pleinement le mandat d'incapacité, la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 a rappelé plusieurs principes fondateurs du droit européen que sont l'autonomie de la volonté, la prévisibilité et la proximité. Outre la consécration de ce mécanisme, il est possible de relever d'autres apports de la Convention de La Haye traitant de la protection internationale des adultes. En premier lieu, ce texte a permis une harmonisation des règles de conflit de lois et de compétence juridictionnelle puisque, dorénavant, les autorités juridictionnelles de la résidence habituelle de l'adulte sont compétentes en la matière et appliquent leur propre loi. En second lieu, la Convention a amélioré la reconnaissance et l'exécution des mesures de protection à l'international en prévoyant, pour le mandat d'incapacité conclu dans un pays, une reconnaissance de plein droit dans les autres États contractants, même si des exceptions peuvent exister.

À ce jour, la Convention de La Haye a été ratifiée par douze États dans le monde (Allemagne, Autriche, Chypre, Estonie, Finlande, France, Lettonie, Principauté de Monaco, Portugal, République Tchèque, Royaume-Uni pour l'Écosse seulement, Suisse). Pour que cette reconnaissance de plein droit soit

⁷⁷ Convention de La Haye, 13 janvier 2000, Art. 50 al. 3 : « *La Convention s'applique à compter de son entrée en vigueur dans un État contractant aux pouvoirs de représentation conférés antérieurement dans des conditions correspondant à celles prévues à l'article 15* ».

⁷⁸ Convention de La Haye, 13 janvier 2000, Art. 15 : « *1. L'existence, l'étendue, la modification et l'extinction des pouvoirs de représentation conférés par un adulte, soit par un accord soit par un acte unilatéral, pour être exercés lorsque cet adulte sera hors d'état de pourvoir à ses intérêts, sont régies par la loi de l'État de la résidence habituelle de l'adulte au moment de l'accord ou de l'acte unilatéral, à moins qu'une des lois mentionnées au paragraphe 2 ait été désignée expressément par écrit.*

2. Les États dont la loi peut être désignée sont les suivants :

a) un État dont l'adulte possède la nationalité ;

b) l'État d'une résidence habituelle précédente de l'adulte ;

c) un État dans lequel sont situés des biens de l'adulte, pour ce qui concerne ces biens.

3. Les modalités d'exercice de ces pouvoirs de représentation sont régies par la loi de l'État où ils sont exercés. »

⁷⁹ Convention de La Haye, 13 janvier 2000, Art. 18 : « *Les dispositions du présent chapitre sont applicables même si la loi qu'elles désignent est celle d'un État non contractant* ».

possible, il a fallu conférer au mandat d'inaptitude une portée universelle lui permettant ainsi de produire des effets dans n'importe lequel de ces États ayant ratifié la Convention.

123. Le législateur européen, lors de l'élaboration de la Convention de La Haye du 13 janvier 2000, a établi les principes applicables au mandat d'inaptitude (*section 1*) concernant les règles de droit international privé et a conféré à ce mécanisme une portée universelle. Néanmoins, en pratique, des limites à cette vocation universelle sont apparues (*section 2*), venant ainsi fragiliser la circulation du mandat d'inaptitude.

Section 1. Le mandat d'inaptitude, une mesure de protection conventionnelle circulant à l'international

124. À travers la Convention de La Haye du 13 janvier 2000, la protection des personnes vulnérables à l'international bénéficie de nouvelles règles de droit international privé (*paragraphe 1*) permettant d'assurer à ces personnes une protection véritablement efficace. Mais surtout, cette protection internationale de la vulnérabilité est assurée par la portée universelle conférée au mandat d'inaptitude (*paragraphe 2*).

§1. Le renouvellement des règles de droit international privé applicables à la protection des personnes vulnérables

125. En droit international privé, la protection des personnes vulnérables a fait l'objet d'une réforme d'ampleur lors de l'adoption par la Conférence de La Haye d'une nouvelle Convention, le 13 janvier 2000, portant sur la protection internationale des adultes. Cette Convention est venue harmoniser les règles de conflit de lois et de juridiction (*I.*), les anciennes règles générant de nombreuses difficultés de mise en œuvre. Mais également, la Convention a consacré des règles spécifiques au mandat d'inaptitude (*II.*), applicables à partir du 1^{er} janvier 2009.

I. La consécration de règles uniformes de droit international privé

126. Les règles antérieures à l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye. Au temps où la protection internationale des adultes n'était pas organisée par la Convention de La Haye, une situation présentant un élément d'extranéité, et pour laquelle aucun traité bilatéral n'était applicable, se voyait appliquer les règles de droit commun.

Ainsi, en France, la loi applicable était la loi nationale des individus, qui s'imposait alors pour organiser leur protection en cas de vulnérabilité, la question de la capacité relevant de l'article 3 alinéa 3 du Code

civil⁸⁰. Quant à la juridiction compétente, celle-ci était la juridiction de l'État de résidence habituelle de la personne, et non celle de sa nationalité. Par conséquent, il n'existait pas, avant l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye, une uniformité entre la loi applicable et la juridiction compétente en matière de capacité des personnes. Compétent dans la situation d'un majeur vulnérable nécessitant la mise en place d'une mesure de protection, le juge français devait bien souvent appliquer une loi étrangère. Cette application rendait son travail particulièrement délicat en raison parfois de la complexité du droit étranger mais surtout à cause des difficultés d'information et de compréhension des règles étrangères. Néanmoins, à plusieurs reprises, la jurisprudence a confirmé cette règle de conflit, notamment dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 7 juin 2006 dans lequel il a été affirmé « *qu'il incombe au juge français, pour les droits indisponibles, de mettre en oeuvre la règle de conflit de lois et d'appliquer le droit étranger désigné, dont il doit, au besoin avec le concours des parties, rechercher la teneur* »⁸¹.

En raison des difficultés générées par cette règle de conflit, une nouvelle Convention de La Haye est venue harmoniser la matière et a rendu plus aisée la mission des juges.

127. L'unité du *forum* et du *jus* opérée par la Convention de La Haye du 13 janvier 2000.

Dans le même élan des Conventions de La Haye sur la protection des mineurs⁸², la Convention portant sur la protection internationale des adultes, établie à La Haye le 13 janvier 2000, a opéré une unité du *forum* et du *jus*. De ce fait, la mission conférée au juge en est largement facilitée ; lorsque ce dernier sera compétent en matière de capacité, il appliquera en principe sa propre loi et n'aura normalement pas à mettre en œuvre une loi étrangère.

Selon les règles édictées par la Convention de La Haye à l'article 5⁸³, les juridictions compétentes pour mettre en œuvre une mesure de protection sont celles de l'État de résidence habituelle de l'adulte. L'alinéa 2 de cet article prévoit même le cas d'un changement de résidence habituelle en désignant les juridictions de l'État de cette nouvelle résidence compétentes en la matière. Quant à la loi applicable,

⁸⁰ C. civ. Art. 3 al. 3 : « *Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger.* »

⁸¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, n° 04-17.225

⁸² Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs, entrée en vigueur en France le 10 novembre 1972 ; Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, entrée en vigueur en France le 1^{er} février 2011.

⁸³ Convention de La Haye, 13 janvier 2000, Art. 5 : « *1. Les autorités, tant judiciaires qu'administratives, de l'État contractant de la résidence habituelle de l'adulte sont compétentes pour prendre des mesures tendant à la protection de sa personne ou de ses biens.*
2. En cas de changement de la résidence habituelle de l'adulte dans un autre État contractant, sont compétentes les autorités de l'État de la nouvelle résidence habituelle. »

selon l'article 13 alinéa 1⁸⁴, les autorités compétentes appliquent leur propre loi, sauf si une loi étrangère présente davantage de liens avec la situation que la loi du *for*.

Ainsi, à travers ces deux articles, l'article 5 et l'article 13, la Convention de La Haye a réellement opéré une « *liaison de la compétence législative à la compétence judiciaire* »⁸⁵ dans un souci de facilité et de souplesse de la mission du juge.

II. La consécration de règles spécifiques au mandat d'inaptitude

128. Les règles de droit international privé spécifiques au mandat d'inaptitude. Plus spécifiquement, la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 a reconnu le mandat d'inaptitude visant « *les pouvoirs de représentation conférés par un adulte, soit par un accord soit par un acte unilatéral, pour être exercés lorsque cet adulte sera hors d'état de pourvoir à ses intérêts* »⁸⁶.

La Convention a également déterminé les règles de droit international privé applicables à ce mécanisme de protection. La juridiction compétente, conformément aux règles développées ci-dessus, est celle de l'État de résidence habituelle de l'adulte, selon l'article 5 de la Convention. L'autorité désignée comme compétente peut, sur le fondement de l'article 16, retirer ou modifier les pouvoirs conférés par le mandat lorsque ceux-ci « *ne sont pas exercés de manière à assurer suffisamment la protection de la personne ou des biens de l'adulte* ».

Quant à la détermination de la loi applicable, celle-ci ne correspond pas tout à fait au principe posé par la Convention et est plus spécifique au mandat d'inaptitude. Pour ce mécanisme, la Convention prévoit en effet que deux lois vont se succéder dans le temps. Cela s'explique par la particularité du mandat d'inaptitude qui n'entre en application qu'à partir du moment où le majeur ne peut plus pourvoir seul à ses intérêts et que cette inaptitude a été constatée par l'autorité judiciaire.

129. La loi applicable dès l'élaboration du mandat d'inaptitude. Lors de la conclusion du mandat tout d'abord, la loi applicable est la loi de l'État de résidence habituelle de l'adulte puisque, selon l'article 15 alinéa 1 de la Convention, « *l'existence, l'étendue, la modification et l'extinction des pouvoirs de représentation [...] sont régis par la loi de l'État de la résidence habituelle de l'adulte au moment de l'accord ou de l'acte unilatéral* ». Dans son rapport explicatif de la Convention⁸⁷, Paul

⁸⁴ Convention de La Haye, 13 janvier 2000, Art. 13 al. 1 : « *1. Dans l'exercice de la compétence qui leur est attribuée par les dispositions du chapitre II, les autorités des États contractants appliquent leur loi. 2. Toutefois, dans la mesure où la protection de la personne ou des biens de l'adulte le requiert, elles peuvent exceptionnellement appliquer ou prendre en considération la loi d'un autre État avec lequel la situation présente un lien étroit.* »

⁸⁵ M. Farge, « Loi applicable à la protection du majeur », Pierre Murat, *Droit de la famille*, 7^e édition (chap. 542), Dalloz, p. 1919-1931, 2016.

⁸⁶ Convention de La Haye, 13 janvier 2000, Art. 15 al. 1.

⁸⁷ P. Lagarde, *Convention Protection des adultes*, rapport explicatif, La Conférence de La Haye de droit international privé, bureau permanent, 2017, n°98.

Lagarde donne des exemples d'application de cette règle pour illustrer le propos. Notamment, lorsqu'une personne de nationalité américaine résidant dans un État qui ignore ce mécanisme conclut un mandat d'inaptitude, celui-ci est nul même si la personne installe ensuite sa résidence habituelle en France, c'est-à-dire dans un pays reconnaissant l'institution. Inversement, le mandat d'inaptitude conclu en France par une personne de nationalité française mais « *ayant sa résidence habituelle à New-York* » est valable et le reste « *même si ce Français vient plus tard à résider habituellement en France* »⁸⁸ ou dans un pays qui ignore le mécanisme. Ainsi, le moment essentiel pour apprécier la validité du mandat reste son élaboration.

Ce rattachement de principe à la loi de l'État de résidence habituelle se concrétise uniquement si le mandant n'a pas désigné une autre loi pour régir le mandat d'inaptitude conclu. Sur ce point, la Convention de La Haye de 2000 offre une grande liberté aux individus en consacrant une réelle autonomie de la volonté. En effet, un mandant est libre de choisir, lors de la conclusion du mandat, une autre loi applicable que celle désignée par l'alinéa 1 de l'article 15 de la Convention. Néanmoins, la Convention est venue encadrer cette faculté de choix à la fois en déterminant à l'avance les lois susceptibles d'être choisies⁸⁹ mais aussi en exigeant une désignation expresse⁹⁰.

Par ailleurs, selon la pratique et notamment d'après l'avis de Paul Lagarde⁹¹, le texte de l'article 15 permettrait « *implicitement à l'adulte de choisir plusieurs lois pour régir le mandat d'inaptitude, en dépeçant ses éléments pour soumettre chacun d'entre eux à des lois différentes* ». Ainsi, même si le dépeçage du choix de loi applicable au mandat d'inaptitude n'apparaît pas clairement dans le texte, cette possibilité ne semble pas exclue. Le dépeçage peut être en effet favorable au mandant et peut ainsi être le moyen de protéger au mieux un patrimoine dispersé dans plusieurs États.

130. La loi applicable à l'exécution du mandat d'inaptitude. Lors de l'exécution du mandat d'inaptitude ensuite, la loi applicable est différente puisque, selon l'alinéa 3 de l'article 15⁹², les modalités d'exercice des pouvoirs conférés par le mandat sont soumises à la loi de l'État où ils sont exercés.

Toujours selon Paul Lagarde⁹³, cette différence de loi applicable s'explique par le rapprochement à faire avec l'article 14 de la Convention, prévoyant que la loi applicable aux conditions d'application des

⁸⁸ P. Lagarde, *Rapport explicatif* précité, n°98.

⁸⁹ Convention de La Haye du 13 janvier 2000, Art. 15, al. 2 : « *Les États dont la loi peut être désignée sont les suivants :*

a) *un État dont l'adulte possède la nationalité ;*

b) *l'État d'une résidence habituelle précédente de l'adulte ;*

c) *un État dans lequel sont situés des biens de l'adulte, pour ce qui concerne ces biens. »*

⁹⁰ Convention de La Haye du 13 janvier 2000, Art. 15, al. 1 *in fine* : « [...] *à moins qu'une des lois mentionnées au paragraphe 2 ait été désignée expressément par écrit. »*

⁹¹ P. Lagarde, *Rapport explicatif* précité, n°103.

⁹² Convention de La Haye du 13 janvier 2000, Art. 15, al. 3 : « *Les modalités d'exercice de ces pouvoirs de représentation sont régies par la loi de l'État où ils sont exercés. »*

⁹³ P. Lagarde, *Rapport explicatif* précité, n°106.

mesures de protection est celle de l'État dans lequel la mesure est mise en œuvre. Pour revenir au mandat d'inaptitude, la notion de modalités d'exercice comprend, selon le rapport explicatif⁹⁴, « *la vérification par une procédure locale de l'existence et de l'étendue des pouvoirs, le dépôt de l'acte les conférant ou encore la procédure de l'autorisation lorsque le mandat d'inaptitude prescrit une autorisation* ». Pour toutes ces questions, le juge doit véritablement appliquer - et non simplement la prendre en considération - la loi de l'État où sont exercés les pouvoirs confiés au mandataire. Cette loi peut être totalement différente de celle applicable lors de l'élaboration du mandat et déterminée en fonction du lieu de résidence habituelle du mandant.

131. L'harmonisation des règles de droit international privé applicables à la protection des personnes vulnérables a réellement permis à ces personnes de bénéficier d'une protection efficace en facilitant la mise en œuvre d'une mesure de protection à l'étranger. Mais cette efficacité est également due à la portée universelle conférée par la Convention au mandat d'inaptitude.

§2. L'octroi d'une portée universelle au mandat d'inaptitude

132. Une application facilitée à l'international. La Convention de La Haye sur la protection internationale des personnes vulnérables, en plus de reconnaître pleinement le mandat d'inaptitude, a doté ce mécanisme d'un formidable atout, à savoir la vocation universelle. En effet, il a été prévu, par le biais de l'article 18⁹⁵, que le mandat d'inaptitude puisse trouver à s'appliquer même si les règles édictées par la Convention désignent la loi d'un État non contractant. Cette portée universelle signifie que si une personne conclut un mandat d'inaptitude, dans le but d'anticiper son état de dépendance future, dans un des pays contractants et qu'elle s'installe par la suite dans un autre État ayant ratifié la Convention, le mandat sera automatiquement reconnu et applicable dans le nouveau pays de résidence. La reconnaissance de plein droit du mandat d'inaptitude organisée par la Convention permet alors à ce mécanisme de produire des effets à l'international et de protéger de manière efficace le mandant même s'il vient à installer sa résidence habituelle dans un autre pays.

La vocation universelle n'a aucune incidence lorsque le mandat d'inaptitude est conclu en France, sous la forme d'un mandat de protection future, et a vocation à être mis en œuvre en France également. Dans cette situation, le notaire et le juge français ne rencontrent pas réellement de difficulté d'application.

Les complications apparaissent lorsque la situation présente un élément d'extranéité. La portée universelle permet alors, par exemple, une reconnaissance de plein droit du mandat d'inaptitude en France alors même qu'il a été conclu à l'étranger, la France ayant ratifié la Convention de La Haye du 13 janvier 2000. Ce mandat d'inaptitude étranger sera analogue à celui qui aurait pu être conclu sous

⁹⁴ P. Lagarde, *Rapport explicatif* précité, n° 107.

⁹⁵ Convention de La Haye, 13 janvier 2000, Art. 18 : « *Les dispositions du présent chapitre sont applicables même si la loi qu'elles désignent est celle d'un État non contractant.* »

l'empire de la loi française par une personne de nationalité étrangère ou encore par un Français domicilié à l'étranger. Toutefois, pour que cette reconnaissance de plein droit puisse avoir lieu, il est impératif que l'incapacité de la personne ait été constatée par un médecin, exigence requise par le droit français.

133. Une illustration de l'utilité de la portée universelle. Dans son ouvrage⁹⁶, Mariel Revillard insiste sur le réel apport de la portée universelle du mandat d'inaptitude pour sa circulation à l'international, permettant la reconnaissance en France d'un mandat conclu à l'étranger. Pour cela, elle donne un exemple concret.

Madame Taylor, une femme de nationalité britannique et domiciliée en Angleterre, souhaite vendre sa résidence secondaire située en Bretagne. Le 5 août 2001, elle a consenti une procuration permanente, mécanisme intitulé « *enduring power of attorney* » en anglais, et a nommé Monsieur Johnson en tant que mandataire disposant d'un pouvoir général d'agir. Dans ce document, il est indiqué que « *ce pouvoir continue même si je deviens mentalement incapable* » et que le mandataire devra solliciter l'enregistrement de cette procuration permanente auprès du juge des tutelles à partir du moment où le mandant devient mentalement incapable, conformément à la loi sur les pouvoirs permanents à savoir l'« *enduring power of attorney Act of 1985* ».

Dans la mesure où elle a été valablement dressée selon la loi anglaise, cette procuration permanente, assimilée à un mandat d'inaptitude, sera reconnue en France sans difficultés. Il sera néanmoins nécessaire de s'assurer que l'incapacité de Madame Taylor a été médicalement constatée et que l'enregistrement de la procuration a été effectuée auprès du juge des contentieux de la protection lorsque le mandant sera devenu incapable. Si ces conditions sont réunies, le pouvoir transmis au mandataire par cette procuration permanente pourra être mis à exécution en France. Monsieur Johnson pourra alors représenter Madame Taylor dans l'acte de vente de son bien immobilier situé en France. La portée universelle conférée au mandat d'inaptitude permet de simplifier sa circulation même si des vérifications restent nécessaires.

134. Le rôle du notaire dans la protection des personnes vulnérables en Europe. Actuellement, un notaire français instrumentaire d'un acte impliquant une personne devenue vulnérable et assistée par son mandataire doit adopter de nouveaux réflexes.

Avant tout, le notaire doit prendre en compte la Convention de La Haye sur la protection internationale des adultes, principalement l'article 15 alinéa 1 désignant la loi applicable au mandat d'inaptitude et l'article 18 conférant à ce mécanisme une portée universelle.

Ensuite, étant donné que la Convention ne fixe aucune règle de forme pour le mandat d'inaptitude, celui-ci peut prendre diverses formes selon les États. En France par exemple, le mandat de protection

⁹⁶ M. Revillard, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, Defrénois, 9^{ème} édition, 2018.

future peut être authentique ou sous signature privée. Le notaire se doit donc d'être particulièrement vigilant puisque la forme du mécanisme peut être fondamentalement différente selon les pays.

Ainsi, en raison de la grande diversité des formes retenues pour le mandat d'inaptitude, le notaire instrumentaire doit prendre le réflexe de consulter le site du Conseil des notariats de l'Union européenne afin de se renseigner sur le contenu du droit matériel des autres États membres. Cela lui permettra de vérifier les règles de l'État au sujet de la forme du mandat d'inaptitude et d'appliquer correctement le droit étranger.

135. La Convention de La Haye du 13 janvier 2000, bien qu'elle ait essayé de rendre le mandat d'inaptitude véritablement efficace au niveau international, n'a pas pu prévoir l'ensemble des situations. En pratique, la circulation du mécanisme n'est pas toujours aisée, malgré sa vocation universelle. Plus que ça, la circulation à l'international est, dans certaines situations, fragile.

Section 2. Le mandat d'inaptitude à l'international, une circulation à parfaire

136. Bien que le mandat d'inaptitude soit reconnu de plein droit à l'étranger, notamment grâce à sa portée universelle prévue par la Convention de La Haye du 13 janvier 2000, sa circulation apparaît perfectible, et ce pour diverses raisons. La mise en œuvre parfois épineuse du mandat d'inaptitude à l'international (*paragraphe 1*), mais aussi la portée relative du champ d'application spatial de la Convention (*paragraphe 2*), contribuent principalement à cette circulation lacunaire.

§1. La problématique de mise en oeuvre du mandat d'inaptitude

137. Dans certaines situations, la mise en œuvre du mandat d'inaptitude à l'international posera des difficultés, fragilisant ainsi sa circulation dans le monde. Ces difficultés se posent principalement au sujet du médecin devant intervenir pour constater l'inaptitude du mandant, mais également lorsque le mécanisme du mandat d'inaptitude est inconnu du pays de résidence habituelle du mandant.

138. La délicate intervention d'un médecin à l'étranger. Une difficulté peut se poser pour mettre en œuvre le mandat d'inaptitude lorsque le mandant est un français établi hors de France. L'article 425 du Code civil indique que l'altération des facultés mentales ou physiques doit être médicalement constatée. Néanmoins, lorsque cette altération apparaît alors que la personne habite hors de France, une question se pose concernant le médecin habilité à intervenir à l'étranger.

Cette interrogation a fait l'objet d'une réponse ministérielle en date du 31 mai 2018⁹⁷. Le Ministère de l'Europe et des affaires étrangères a d'abord précisé que les règles de procédure civile françaises ne s'appliquent qu'aux mandats de protection future dont le mandant est domicilié en France. Ensuite, le ministère en a déduit que seuls les Français « *ayant établi leur résidence habituelle en France* » sont soumis à l'exigence d'un certificat médical circonstancié établi par un médecin choisi sur la liste du procureur.

Il faut ainsi opérer une distinction selon le pays de résidence habituelle. D'une part, pour les Français qui ont fixé leur résidence habituelle dans un pays ayant adhéré à la Convention de La Haye du 13 janvier 2000, le Ministère précise que « *les modalités d'exercice du mandat de protection future sont régies par la loi du pays où le ressortissant a sa résidence habituelle* ». La question de la mise en œuvre du mandat, préalable à celle de son exercice, n'est tout simplement pas abordée par le Ministère. Aucune information n'est donc donnée au sujet de la mise en œuvre du mandat concernant le médecin habilité à intervenir.

D'autre part, il faut s'intéresser aux Français ayant fixé leur résidence habituelle dans un pays non signataire de la Convention de La Haye ou d'une convention bilatérale spéciale. Pour ces Français, le Ministère précise que la mise en œuvre et l'exécution du mandat de protection future sont soumises aux règles de droit international privé local. Dans cette situation, il faudra se référer au droit international privé de l'État de résidence habituelle de la personne afin de déterminer la loi compétente pour résoudre cette problématique juridique. Le médecin habilité à intervenir sera désigné en fonction des règles locales.

139. Le mandat d'incapacité, mécanisme ignoré de certaines législations étrangères.

Malgré l'adoption de la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes, le mécanisme du mandat d'incapacité n'est pas reconnu au niveau mondial. De nombreux États continuent d'ignorer cet outil alors que son utilité est incontestable. Cette ignorance participe aux difficultés de mise en œuvre à l'étranger du mandat d'incapacité.

Les complications apparaissent lorsqu'une personne conclut un mandat d'incapacité dans un pays puis s'installe à l'étranger. Par exemple, une personne décide d'anticiper sa propre incapacité et de conclure, en France, un mandat de protection future. Par la suite, cette même personne décide d'installer sa résidence habituelle dans un État qui ne connaît pas le mécanisme, en Russie par exemple. Ainsi, dans cette situation particulière, mais pas rare, le mandat de protection future aura énormément de mal à entrer en application puisque le mécanisme est totalement ignoré de la loi de la résidence habituelle. Par ailleurs, la portée universelle du mandat d'incapacité n'a aucun effet et n'est d'aucune aide, l'État de résidence habituelle étant tiers à la Convention de La Haye.

⁹⁷ Question n°03037 de Madame Joëlle Garriaud-Maylam (Les Républicains) publiée au JO Sénat le 01/02/2018 p. 390 suivie de la réponse du Ministère de l'Europe et des affaires étrangères publiée au JO Sénat le 31/05/2018 p. 2688.

140. Néanmoins, des solutions peuvent être trouvées pour contrer ces difficultés. Tout d'abord, lors de l'élaboration du mandat d'inaptitude, il peut être conseillé au mandant de désigner, par écrit, la loi applicable au mandat. Cette possibilité est octroyée par l'article 15 de la Convention du 13 janvier 2000. Il peut choisir la loi de l'État dont il possède la nationalité, celle de l'État de sa résidence habituelle précédente, ou encore celle de l'État dans lequel sont situés des biens immobiliers mais uniquement pour ce qui concerne ces biens. Notamment, il peut être conseillé à un Français, établissant un mandat de protection future en France et ayant le projet de déménager à l'avenir à l'étranger, de désigner par écrit dans le mandat la loi française de sa nationalité comme applicable au mandat.

Mais cette solution n'est pas suffisante puisque, selon l'alinéa 3 de l'article 15, les modalités d'exercice du mandat d'inaptitude sont régies par la loi de l'État où les pouvoirs de représentation sont exercés. Par conséquent, même si le mandant désigne expressément la loi applicable à son mandat, si celui-ci est mis en œuvre dans un pays ignorant l'institution, il aura bien du mal à s'appliquer. Le majeur risque alors de se voir imposer une mesure de protection judiciaire en vigueur dans cet État.

Une autre solution pourrait consister à recourir au certificat international prévu par l'article 38 de la Convention. Mais là encore, la solution n'est pas suffisante puisque ce certificat n'est pratiquement pas utilisé en pratique⁹⁸ et son contenu ne lie pas les autorités de l'État ignorant le mécanisme.

141. Outre une mise en œuvre difficile dans certaines situations, la circulation du mandat d'inaptitude n'est parfois pas pleinement efficace en raison de la portée limitée du champ d'application spatial de la Convention de La Haye du 13 janvier 2000.

§2. La portée relative du champ d'application spatial de la Convention

142. Un champ d'application spatial limité à douze États. Comme pour les autres conventions, la Conférence de La Haye a prévu que la Convention sur la protection internationale des adultes datant du 13 janvier 2000 ne produit ses effets qu'entre les États contractants. À l'heure actuelle, cette Convention a été ratifiée par douze États dans le monde, à savoir l'Allemagne, l'Autriche, Chypre, l'Estonie, la Finlande, la France, la Lettonie, la Principauté de Monaco, le Portugal, la République Tchèque, l'Ecosse, et la Suisse. Toutefois, seuls neuf États sont membres de l'Union européenne (Allemagne, Autriche, Chypre, Estonie, Finlande, France, Lettonie, Portugal et République Tchèque), la Principauté de Monaco, le Royaume-Uni et la Suisse représentant des États tiers à celle-ci. La date d'entrée en vigueur, tout comme la date de ratification, est différente entre les pays puisqu'ils sont pleinement libres de ratifier ou non une Convention, à tout moment. Dans certains États, elle est entrée en vigueur dès le 1^{er} janvier 2009 alors que dans d'autres, cette ultime étape a été réalisée assez

⁹⁸ Conf. *Infra* n° 153.

tardivement ; le dernier État en date étant Chypre où la Convention est entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2018.

143. Des règles limitées aux États contractants. Les règles instaurées par la Convention de La Haye sur la protection internationale des adultes ne sont applicables qu'entre ces douze États contractants ; la Convention ne s'applique pas dans les rapports de droit avec des États non contractants. Dans cette dernière situation, seules les règles de droit international privé de droit commun s'appliquent, à savoir l'article 3 alinéa 3 du Code civil prévoyant que la loi nationale de la personne régit sa capacité. Néanmoins, comme énoncé précédemment⁹⁹, la juridiction compétente n'est pas celle de l'État de nationalité de l'adulte mais celle de l'État de sa résidence habituelle. Naturellement, l'unité du *forum* et du *jus*, tout comme le reste des règles instaurées par la Convention, ne bénéficie pas aux États non contractants. C'est précisément dans cette situation que la mission du juge est particulièrement difficile. En effet, bien souvent, il doit mettre en œuvre une loi étrangère, c'est-à-dire une loi qu'il ne connaît pas et qu'il ne maîtrise pas. Pourtant, en France, la jurisprudence lui impose, de manière systématique, de rechercher le contenu exact de cette loi, de le comprendre et de l'appliquer de la manière la plus juste possible. C'est ainsi que la Cour de cassation, dans un arrêt du 18 janvier 2007, a reproché à un juge français d'avoir ouvert une tutelle française à l'égard d'un Portugais alors qu'il aurait dû « *mettre en œuvre d'office la règle de conflit de lois et faire application du droit portugais* » ; pour cela, il devait en « *rechercher la teneur* »¹⁰⁰. Le juge français aurait donc dû appliquer la loi nationale de l'individu, à savoir la loi portugaise, pour ouvrir une mesure de protection à l'égard de cette personne. Et pour cela, il lui appartenait de rechercher le contenu de la loi portugaise en matière de protection des personnes vulnérables. Ainsi, face à une loi étrangère dont le contenu est complexe ou introuvable, le juge français peut se trouver dans l'impossibilité de respecter la lettre de l'article 3 du Code civil. Puisque les États ayant ratifié la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sont peu nombreux dans le monde, les règles qu'elle instaure, la reconnaissance du mandat d'inaptitude et l'unité du *forum* et du *jus* principalement, ne peuvent pas s'appliquer dans toutes les situations. Et même, ces règles ne vont s'appliquer finalement que très rarement. C'est pourquoi il est aisé de constater que le champ d'application spatial de cette Convention est réduit et ne permet pas à l'institution du mandat d'inaptitude de circuler de manière efficace dans le monde.

144. Une absence de publicité aussi bien française qu'internationale. Par ailleurs, un autre point doit être soulevé en tant que limite à la vocation universelle du mandat d'inaptitude, affectant alors la circulation de ce mécanisme. La Convention de La Haye sur la protection internationale des adultes n'a pas instauré de publicité du mandat d'inaptitude. En effet, l'article 38 de la Convention,

⁹⁹ Conf. *Supra* n° 126.

¹⁰⁰ Cass. Civ. 1^{ère}, 18 janvier 2007, n°05-20.529, Bull. civ. I, n°26.

dans son alinéa premier¹⁰¹, prévoit, si besoin et de manière facultative, la délivrance d'un certificat international¹⁰² permettant à un mandataire, tirant ses pouvoirs de représentation d'un mandat d'incapacité, de prouver sa qualité et ses prérogatives à l'étranger. Néanmoins, ce certificat reste facultatif et n'a pas une réelle portée à l'international. Mais surtout, il ne remplace pas l'absence de publicité des mesures de protection et des mandats d'incapacité conclus. En Europe, aucun registre transnational n'a été créé, alors qu'il pourrait réellement permettre de faire circuler à l'international l'information relative à l'existence d'un mandat d'incapacité conclu dans un État contractant de la Convention de La Haye. Ainsi, lorsque la question de la capacité d'une personne est soulevée, le juge saisi pour prendre la décision d'instaurer une mesure judiciaire de protection n'aura aucun moyen de vérifier si l'adulte avait conclu ou non un mandat d'incapacité. Le juge ne pourra donc pas respecter la volonté de la personne exprimée dans cette acte lorsqu'elle disposait de l'ensemble de ses facultés. Ainsi, cette absence de publicité constitue un véritable frein au succès et à l'efficacité du mandat d'incapacité, en tant qu'outil d'anticipation patrimoniale et extrapatrimoniale. Dans l'optique d'améliorer cette institution, il est à présent nécessaire de se pencher sur des moyens de perfectionner la circulation du mandat d'incapacité (*chapitre 2*).

¹⁰¹ Convention de La Haye du 13 janvier 2000, Art. 38, al. 1^{er} : « *Les autorités de l'État contractant dans lequel une mesure de protection a été prise ou un pouvoir de représentation confirmé peuvent délivrer à toute personne à qui est confiée la protection de la personne ou des biens de l'adulte, à sa demande, un certificat indiquant sa qualité et les pouvoirs qui lui sont conférés.* »

¹⁰² Conf. *Infra* n° 149.

CHAPITRE 2.

VERS UN POSSIBLE PERFECTIONNEMENT DE LA CIRCULATION DU MANDAT D'INAPTITUDE

145. Une circulation nécessaire mais imparfaite. Tant les règles de droit international privé applicables que la vocation universelle ne permettent pas au mandat d'inaptitude de circuler de manière efficace à travers le monde.

Pourtant, sa circulation est indispensable pour que la volonté des personnes, concernant la protection de leur vulnérabilité potentielle et future, soit véritablement respectée, et ce dans n'importe quel État. Au temps où les individus voyagent et s'expatrient plus facilement qu'autrefois, la circulation à l'international des mécanismes juridiques apparaît plus que nécessaire. La portée universelle prévue par la Convention de La Haye aurait pu permettre d'offrir au mandat d'inaptitude une circulation performante mais des difficultés persistent malgré cela.

146. Une amélioration indispensable. Toujours dans l'optique d'offrir aux individus la meilleure protection possible contre la vulnérabilité, il apparaît indispensable d'améliorer le mécanisme du mandat d'inaptitude et surtout sa circulation à l'international. Les bienfaits de cet outil sont flagrants, aussi bien pour la personne que pour le système juridique.

En effet, pour la personne, être libre d'organiser et d'anticiper sa protection pour le jour où elle ne sera plus apte à pourvoir seule à ses intérêts permet de se sentir véritablement accompagnée et épaulée. À travers ce mécanisme, l'individu est réellement placé au cœur de la mesure de protection et ne subit pas une mesure judiciaire imposée.

Par ailleurs, le mandat d'inaptitude présente des avantages pour les États le consacrant en ce sens qu'il engendre une déjudiciarisation de la protection des majeurs et, ainsi, un désengorgement des tribunaux. Cet objectif est particulièrement recherché à l'heure où les tribunaux croulent sous les dossiers et sous les demandes de mise en place d'une mesure judiciaire pour des personnes incapables ou subissant une perte de leurs capacités sans devenir totalement incapables.

Pour améliorer le mécanisme, il est important de parfaire sa circulation à l'international, qui n'offre pas aujourd'hui une véritable efficacité.

147. Un perfectionnement passant par la publicité. Le perfectionnement de la circulation du mandat d'inaptitude doit passer essentiellement par l'amélioration de sa publicité. Les États restant libres de créer un tel mécanisme et de ratifier ou non la Convention de La Haye sur la protection internationale des adultes, une amélioration de sa mise en œuvre et de la portée de son champ d'application spatial est impossible. Pour cela, la seule solution est d'encourager fortement les législateurs en vantant la nécessité de l'anticipation de la vulnérabilité dans un cadre international et les

bienfaits du mandat d'inaptitude. Mais dans tous les cas, leur choix ne peut pas être forcé, rien ne peut leur être imposé.

Ainsi, améliorer la publicité du mandat d'inaptitude permettrait véritablement de corriger les imperfections de sa circulation à l'international. Notamment, en France à l'heure actuelle, ni le juge ni le notaire n'a la possibilité de connaître l'existence d'un mandat d'inaptitude si le mandant et le mandataire ne leur indiquent pas. La publicité présente alors de nombreux avantages aussi bien au niveau national qu'au niveau international. Le juge qui doit statuer sur la mise en place d'une mesure judiciaire de protection pourra alors avoir connaissance de l'existence d'un mandat d'inaptitude et prendra en considération les envies mais aussi les réticences de l'adulte vulnérable.

Lorsqu'une personne conclut un mandat d'inaptitude dans un État puis décide de déménager sur le territoire d'un autre pays ne reconnaissant pas ce mécanisme, la publicité permettrait aux autorités de l'État de nouvelle résidence habituelle d'avoir connaissance du mandat et de son fonctionnement. L'objectif est de favoriser le respect de la volonté de l'individu s'il vient à subir une perte de ses facultés dans l'État de sa nouvelle résidence habituelle. Les autorités seront aptes à prendre en considération le contenu du mandat d'inaptitude mais resteront tout de même libres de ne pas le respecter et de l'écarter totalement si elles estiment que la personne n'est pas suffisamment protégée.

148. L'amélioration de la publicité du mandat d'inaptitude peut passer tout d'abord par un recours plus systématique au certificat international de représentation (*section 1*) prévu par l'article 38 de la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 et permettant au mandataire de prouver ses pouvoirs dans un pays ne connaissant pas le mandat d'inaptitude.

Néanmoins, ce certificat international n'est pas suffisant pour améliorer de manière significative la publicité du mécanisme, il faut aller plus loin et privilégier une publicité passant par un registre. Pour cela, il est nécessaire de créer, dans chaque pays connaissant le mandat d'inaptitude, des registres nationaux recensant l'ensemble des mandats conclus, puis il faut les mettre en relation afin d'engendrer une véritable interconnexion (*section 2*).

Section 1. Un développement nécessaire du recours au certificat international de représentation

149. Le recours au certificat international, envisagé par l'article 38 de la Convention de La Haye portant sur la protection internationale des adultes, pourrait permettre d'améliorer la publicité du mandat d'inaptitude à travers le monde mais aussi sa circulation et son efficacité. Après avoir présenté le mécanisme du certificat international de représentation (*paragraphe 1*), il s'agira d'envisager des solutions permettant de le développer et de le familiariser aux yeux des États (*paragraphe 2*).

§1. Le mécanisme du certificat international de représentation

150. Une idée empruntée à la Convention de La Haye du 19 octobre 1996. La délivrance d'un certificat international n'est pas une idée neuve émergeant de la Convention de La Haye sur la protection internationale des adultes. En effet, la Conférence de La Haye s'est inspiré de la Convention du 19 octobre 1996 portant sur la protection internationale des enfants prévoyant en son article 40¹⁰³ la délivrance d'un certificat international. De la même manière, la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 a mis en place, à l'article 38¹⁰⁴, la délivrance à toute personne à qui est confiée la protection de la personne ou des biens de l'adulte d'un certificat international indiquant sa qualité et ses pouvoirs. Toutefois, la Conférence de La Haye, lors de l'élaboration de la Convention, n'a pas voulu rendre ce certificat obligatoire pour les États contractants, qui restent libres de le délivrer ou non. Ce certificat international de représentation ne peut être délivré que par les autorités de l'État contractant dans lequel une mesure de protection a été prise ou un pouvoir de représentation confirmé. Ainsi, à la différence de la solution retenue par l'article 40 de la Convention sur la protection internationale des enfants, les autorités compétentes ne sont pas simplement celles de l'État de la résidence habituelle de l'adulte ; ces autorités doivent, en plus, avoir pris une mesure de protection ou avoir confirmé un mandat d'inaptitude. Chaque État contractant a la charge de désigner les autorités habilitées pour établir et délivrer ce certificat ; selon la doctrine, en France, cette autorité serait le notaire.

151. Un contenu adapté aux besoins de la pratique. Le contenu du certificat international est déterminé par l'article 38 de la Convention et permet de répondre aux besoins de la pratique en matière

¹⁰³ Convention de La Haye du 19 octobre 1996, Art. 40, al. 1 : « *Les autorités de l'État contractant de la résidence habituelle de l'enfant ou de l'État contractant où une mesure de protection a été prise peuvent délivrer au titulaire de la responsabilité parentale ou à toute personne à qui est confiée la protection de la personne ou des biens de l'enfant, à sa demande, un certificat indiquant sa qualité et les pouvoirs qui lui sont conférés.* »

¹⁰⁴ Convention de La Haye du 13 janvier 2000, Art. 38 : « 1. *Les autorités de l'État contractant dans lequel une mesure de protection a été prise ou un pouvoir de représentation confirmé peuvent délivrer à toute personne à qui est confiée la protection de la personne ou des biens de l'adulte, à sa demande, un certificat indiquant sa qualité et les pouvoirs qui lui sont conférés.*

2. *La qualité et les pouvoirs indiqués par le certificat sont tenus pour établis, à la date du certificat, sauf preuve contraire.*

3. *Chaque État contractant désigne les autorités habilitées à établir le certificat.* »

de protection des personnes vulnérables. Il mentionne la qualité et les pouvoirs de la personne à qui est confiée la mission de représenter et de protéger l'adulte, sans avoir à distinguer selon la nature de la mesure de protection. La mission de représentation peut donc émaner d'une mesure judiciaire, type tutelle ou curatelle, ou d'un mandat d'incapacité conféré directement par l'adulte vulnérable lorsqu'il était encore pleinement capable. Le certificat peut, par ailleurs, indiquer les pouvoirs qui n'ont pas été confiés à la personne, afin de délimiter véritablement sa mission.

Conformément à l'alinéa 2 de l'article 38, une force probante a été conférée à son contenu, qui vaut dans tous les États contractants à la date du certificat, sauf preuve contraire. Ainsi, il est possible d'en déduire que tout intéressé peut contester l'exactitude des dispositions contenues dans le certificat, mais à défaut de contestation, le représentant sera présumé disposer des pouvoirs indiqués dans celui-ci. Les tiers pourront traiter de manière sécurisée avec cette personne, dans la limite des dispositions du document. Néanmoins, une précision a été apportée par Paul Lagarde dans son rapport explicatif¹⁰⁵ de la Convention de La Haye de 2000 au sujet de cette force probante. Cette dernière est en effet limitée à la date d'établissement du certificat. Paul Lagarde relève ainsi qu'« *il ne peut garantir que les pouvoirs qui existaient alors* ». Si des pouvoirs sont conférés par la suite au représentant, ces derniers ne feront pas partie du certificat et ne bénéficieront pas de la force probante dans les autres États contractants, sauf à ce qu'un nouveau certificat soit délivré.

Un modèle de certificat international de représentation a été élaboré par la Commission spéciale à caractère diplomatique sur la protection des adultes dans le cadre d'une de ses recommandations aux États contractants. Ce modèle figure dans le rapport explicatif de Paul Lagarde¹⁰⁶ ; il n'a pas été incorporé à la Convention afin d'en permettre une modification plus aisée. La Commission spéciale encourage fortement les États membres à utiliser ce modèle afin de créer une véritable harmonie entre les pays.

152. Une utilité certaine. Malgré son caractère facultatif, son utilité pour la pratique est incontestable. En effet, ce certificat international de représentation joue un rôle essentiel dans la circulation du mandat d'incapacité à l'international. Il permet d'avoir plus aisément connaissance de la qualité et des pouvoirs conférés par l'adulte à son mandataire dans le cadre d'un mandat d'incapacité, et la force probante qu'il confère permet d'éviter des contestations sur les pouvoirs du représentant. Il apporte une protection juridique des actes passés par le mandataire. En conséquence, ce certificat international de représentation répond au besoin de sécurité de la pratique, tant au niveau de la personne protégée que de ses biens. Il ne s'agit en revanche pas d'une véritable solution pour les États ne connaissant pas le mécanisme du mandat d'incapacité, puisque la force probante du certificat se limite aux États ayant ratifié la Convention de La Haye du 13 janvier 2000.

¹⁰⁵ P. Lagarde, *Rapport explicatif* précité, n°147.

¹⁰⁶ P. Lagarde, *Rapport explicatif* précité, page 25.

Il demeure néanmoins nécessaire d'élaborer des solutions afin d'améliorer le recours au certificat international de représentation entre les États contractants et, ainsi, la circulation du mandat d'inaptitude.

§2. L'amélioration du recours au certificat international

153. Un outil trop peu utilisé. À l'heure actuelle, le certificat international de représentation prévu par la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 à l'article 38, malgré son utilité évidente, est utilisé de manière très réduite par les États, notamment en raison de son caractère facultatif. En effet, les États n'étant pas contraints de l'utiliser, ils n'ont pas le réflexe de le délivrer alors même que la situation le justifie et qu'une mesure de protection est susceptible de s'exécuter à l'étranger.

Pourtant, le certificat international présente un grand intérêt en pratique ; il permet notamment une meilleure efficacité du mandat d'inaptitude à travers le monde. Délivrer de manière plus systématique un tel certificat permettrait en effet à un mandataire de prouver ses pouvoirs dans n'importe quel pays et, ainsi, d'expliquer le fonctionnement du mandat d'inaptitude dans un pays qui ne connaîtrait pas l'institution.

À l'image du certificat international de représentation émanant de la Convention de La Haye sur la protection internationale des adultes, le certificat successoral européen (CSE), bien qu'il ait une véritable utilité, n'est pas employé de manière récurrente par les États. Ce certificat successoral européen a été instauré par le règlement européen sur les successions internationales n° 650/2012 du 4 juillet 2012. Il permet à une personne de faire la preuve de sa qualité d'héritier ou de légataire dans tout État membre de l'Union européenne, excepté en Irlande et au Danemark ; il permet aussi à la personne de prouver ses pouvoirs en tant qu'exécuteur testamentaire ou administrateur de la succession. Il indique généralement la loi applicable à la succession et permet d'accélérer le règlement des successions internationales. Chaque État désigne l'autorité compétente pour délivrer ce certificat ; en France, il s'agit du notaire. Comme le certificat international de représentation, le CSE présente un caractère facultatif.

Ces deux certificats, même s'ils sont particulièrement intéressants et utiles pour la pratique, ne sont pas suffisamment utilisés, sûrement en raison de leur caractère facultatif et de leur portée limitée. En effet, aussi bien le certificat international de représentation que le certificat successoral européen ne s'appliquent que dans les pays ayant ratifié la Convention de La Haye pour le premier et dans les pays membres de l'Union européenne pour le second.

154. Un encouragement nécessaire pour une utilisation régulière. La constatation d'une utilisation trop restreinte du certificat international de représentation amène à réfléchir sur des solutions permettant de développer ce mécanisme dans les États contractants. En effet, pour que ces États y aient

d'avantage recours, il faudrait agir en premier lieu sur le caractère facultatif du certificat ainsi que sur sa communication.

Une première solution pourrait être envisagée pour développer l'utilisation du certificat international de représentation, il s'agirait de supprimer son caractère facultatif et de le rendre obligatoire. Néanmoins, cette solution peut être perçue par les États contractants comme particulièrement intrusive et radicale ; ils se retrouveraient obligés d'avoir recours à ce certificat alors qu'ils n'y sont potentiellement pas favorables. De plus, rendre le certificat obligatoire pourrait entraîner des conséquences fâcheuses pour le champ d'application spatial de la Convention de La Haye. En effet, certains États, qui ne voudraient pas accepter cette obligation, pourraient décider de se retirer de la Convention. Alors même que le champ d'application spatial actuel est particulièrement réduit, mettre en place cette obligation pourrait produire l'effet inverse du but recherché et réduire davantage le champ d'application de la Convention, nuisant ainsi à la circulation du mandat d'inaptitude.

La seconde solution envisageable serait simplement de communiquer davantage sur ce mécanisme en rappelant aux États son existence mais surtout son utilité. Il faut alors compter sur leur bon vouloir et ne pas leur imposer ce certificat international de représentation dans l'objectif de ne pas les brusquer. Comme le souligne Hélène Péroz¹⁰⁷, il faut « *espérer que tous les États, conscients de l'intérêt d'un tel outil pour la pratique, désignent au plus vite l'autorité compétente* » pour délivrer le certificat. L'idée est de responsabiliser les États sur l'intérêt de cet outil, sans les contraindre à l'utiliser. Pour cela, il faudrait communiquer de manière plus large sur ce certificat, en présentant les situations auxquelles il s'applique et en expliquant son objectif final.

155. Un encouragement insuffisant. Ces deux solutions pourraient, certes, développer l'utilisation du certificat international de représentation et améliorer la publicité du mandat d'inaptitude. Mais il apparaît clairement insuffisant pour améliorer de manière considérable cette publicité, tout d'abord parce qu'il reste facultatif, ensuite parce qu'il ne remplace pas un véritable registre permettant d'informer un grand nombre de personnes. En effet, la publicité sur un registre permet aux intéressés et aux tiers de connaître l'existence d'un mandat d'inaptitude avant même son exécution. C'est ainsi qu'apparaît la solution ultime pour améliorer la circulation du mandat d'inaptitude, à savoir mettre en place, dans tous les États, un registre national recensant les mandats conclus, puis de générer une véritable interconnexion entre ces registres nationaux.

¹⁰⁷ H. Péroz, « Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes et pratique notariale », *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* n°39, 26 septembre 2008, act. 643.

Section 2. Une interconnexion indispensable des registres nationaux

156. Lors du Congrès des notaires de 2019, est apparue l'idée d'une interconnexion des registres nationaux à l'image de celle déjà existante au niveau européen pour les dispositions de dernières volontés. L'objectif de cette interconnexion est de faciliter la circulation des mandats d'incapacité, mais également de doter les juges et notaires étrangers d'un moyen pour avoir connaissance du mécanisme. Il a ainsi été recommandé à chaque État de mettre en place un registre national (*paragraphe 1*) qui sera mis par la suite en relation avec ceux des autres pays (*paragraphe 2*) et qui alimentera un registre « mondial ».

§1. La création généralisée et préalable de registres nationaux

157. Tous les États reconnaissant le mécanisme du mandat d'incapacité n'ont pas forcément instauré un registre recensant les mandats conclus par la population ; ils ne sont qu'une minorité à l'avoir fait, l'exemple type étant le registre mis en place au Québec. Dans l'idéal, tous les États devraient, pour assurer une véritable circulation et publicité du mécanisme, instaurer un tel registre. Faute de réels pouvoirs contraignants de la Convention de La Haye, la mise en place d'un registre ne peut pas leur être imposé, elle relève de leur bonne volonté. Il est donc seulement possible de les encourager sur cette voie.

Il est nécessaire en premier lieu de relever la mise en place générale d'un registre des mandats d'incapacité par de nombreux États (*I.*) pour ensuite s'intéresser au cas français et à l'instauration inaboutie du registre français (*II.*).

I. La mise en place générale d'un registre des mandats d'incapacité

158. La création par le législateur québécois d'un registre des mandats de protection. Le Québec, pays précurseur dans la création du mandat d'incapacité, a été le premier à avoir mis en place un registre recensant l'ensemble des mandats de protection homologués sur son territoire, et ce dès 1989. Le législateur québécois a également prévu des registres pour les majeurs placés sous tutelle ou sous curatelle, et pour les mineurs sous tutelle. Ces trois registres sont tenus par le Curateur public du Québec¹⁰⁸, institution publique créée en 1945 ayant une réelle mission de protection des personnes jugées inaptes par la société.

La création du registre des mandats était particulièrement nécessaire dans ce pays. Au Québec, le fait pour une personne d'être placée sous une mesure de protection représente une information publique, devant être à la disposition de toute personne intéressée. Ainsi, chaque personne désireuse de connaître

¹⁰⁸ Loi sur le Curateur public de 1989, Art. 54.

l'existence d'une mesure de protection peut consulter le registre, à condition tout de même d'avoir au préalable connaissance du nom et de la date de naissance du majeur protégé. L'information délivrée par le registre est utile aussi bien pour la personne protégée que pour les tiers avec qui elle est amenée à traiter. L'information est également importante pour le personnel médical et les notaires susceptibles d'instrumenter des actes. Le registre québécois des mandats de protection a donc principalement un but informatif, toujours dans l'optique de protéger la personne vulnérable et les tiers.

S'agissant du contenu de ce registre, celui-ci ne contient aucune information confidentielle et ne porte donc atteinte à aucun droit de l'homme ou droit à une vie privée et familiale. Les seules informations qu'il contient sont le nom du mandant, le numéro de dossier auprès du Curateur public ainsi que le nom du mandataire¹⁰⁹. Le registre englobe par ailleurs des informations sur le mandat de protection lui-même, telles que la date de sa prise d'effet, la nature et la portée de cette mesure, la date et le numéro du jugement d'homologation, et enfin la date d'extinction du mandat si elle a été prévue. Enfin, le registre peut contenir des informations relatives à des modifications apportées au mandat, comme la date et le numéro du jugement révoquant la mesure. Tous ces renseignements sont mis à jour jusqu'au décès de la personne sous protection.

159. Les registres des mandats d'incapacité européens. Au niveau européen, il a été souligné par le compte-rendu du 115^{ème} Congrès des notaires datant de 2019 l'importance de la création d'un registre recensant les mandats d'incapacité conclus. Il a été rapporté que *« l'essor de ce dispositif conventionnel d'anticipation et de protection est donc très attendu. Prenons le cas par exemple dans l'Union, de l'Autriche, la Belgique, l'Espagne, la Lettonie, la Roumanie, la République Tchèque, Malte, mais aussi en dehors de l'Union, la Suisse, le Kosovo ou encore l'Albanie : ces États ont non seulement instauré dans leur système juridique un mandat d'incapacité, mais également un registre, dont la tenue est parfois assurée par le notariat ; c'est le cas pour l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la Lettonie, la Roumanie, la République Tchèque, Malte ou encore l'Albanie »*.

160. De nombreux États faisant partie de l'Union européenne, mais pas seulement, ont instauré, à l'image du Québec, un registre des mandats d'incapacité. À titre d'exemples, la Belgique, l'Allemagne et la Suisse se sont dotés d'un tel registre sur la base du modèle québécois tout autant efficace. Le mandat de protection extra-judiciaire belge est enregistré dans le « registre central des contrats de mandat en vue d'organiser une protection extrajudiciaire » tenu par la Fédération Royale du Notariat belge depuis le 1^{er} septembre 2014. Par ailleurs, l'Allemagne dispose, depuis le 1^{er} mars 2005, d'un registre central d'inscription pour les mandats en prévision de l'incapacité. Enfin, certains cantons suisses offrent la possibilité aux mandants de déposer leur mandat pour cause d'incapacité auprès d'une

¹⁰⁹ Règlement d'application de la loi sur le Curateur public, 1^{er} avril 2020, section III, article 7.

entité officielle comme l’Autorité de protection de l’enfant et de l’adulte (APEA), le tribunal des affaires familiales ou encore le notariat officiel.

161. Malgré le nombre important de pays comptant un registre des mandats d’inaptitude, certains États, et notamment la France, continuent d’ignorer son utilité et n’en ont toujours pas instauré un.

II. La mise en place inaboutie d’un registre national français

162. La France, grande retardataire. Contrairement à ses voisins européens, la France n’a pas encore instauré de registre national effectif recensant les mandats de protection future conclus. Elle ne porte pas réellement attention à l’utilité d’un tel registre.

En effet, la France figure en tête de liste des États n’ayant pas créé de registre permettant de comptabiliser les mandats de protection future conclus par la population française. Lors de la création du mécanisme, le législateur n’avait même pas envisagé de publication de celui-ci, contrairement aux mesures de protection judiciaires faisant l’objet d’un recensement. Cette absence de publicité engendre de nombreux problèmes pratiques, concernant surtout l’efficacité du mandat de protection future. N’étant pas publié et donc porté à la connaissance des tiers, le mandat conclu par une personne peut être totalement écarté par un juge lorsque l’incapacité du mandant est constatée. Si l’existence de la mesure de protection conventionnelle n’est pas connue, sa mise en œuvre est tout simplement impossible.

Face à ces difficultés, le législateur français a fini par s’intéresser à cette idée de publicité. Notamment, en 2014, le Conseil Supérieur du Notariat a recommandé, dans son rapport¹¹⁰, l’instauration d’une telle publicité couplée avec la création d’un registre spécifique et l’insertion d’une mention en marge de l’acte de naissance ou du registre d’état-civil du mandant.

163. Une mise en place inaboutie. Cette demande aurait été entendue par le législateur français qui a décidé, à travers la loi n°2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l’adaptation de la société au vieillissement, d’insérer dans le Code civil un nouvel article 477-1 prévoyant que « *le mandat de protection future est publié par une inscription sur un registre spécial dont les modalités et l’accès sont réglés par décret en Conseil d’État* ». Malheureusement, la publication de ce décret devait intervenir en 2016 mais n’a toujours pas eu lieu. Ainsi, à l’heure actuelle, aucune publicité n’est prévue pour les mandats de protection future conclus par la population et aucun registre n’a été créé, la France

¹¹⁰ Conseil Supérieur du Notariat, *Les Notaires – Acteurs de la croissance et au service de tous*, Rapport annuel 2014 précité.

demeurant l'une des exceptions européennes en la matière. Cette situation d'attente engendre toujours des difficultés pratiques qui font perdre au mandat de protection future son efficacité et son utilité.

164. La création de registres nationaux recensant les mandats d'inaptitude étant de plus en plus présente, il apparaîtra indispensable de les mettre en relation pour arriver à la formation d'un véritable registre mondial.

§2. La mise en relation obligatoire des registres nationaux

165. Malgré la réticence de certains pays, la mise en relation des registres nationaux s'avère obligatoire, en plus d'être nécessaire, et fait l'objet de nombreuses recommandations et propositions en ce sens.

166. Un avis unanime sur les registres nationaux. De nombreuses organisations à des échelles différentes sont favorables à la mise en œuvre de ces registres nationaux dans une optique de mise en relation de ceux-ci.

Dans son rapport annuel d'activité pour l'année 2016, le Défenseur des Droits recommandait que la tenue de ce registre soit assurée par les notaires avec une mise à disposition de celui-ci aux juges pouvant ainsi le consulter avant toute prise de décision concernant une mesure de protection.

Une proposition du 115^{ème} Congrès des notaires de France, datant de 2019, va dans le même sens et propose « *d'assurer l'interconnexion du registre français des mandats de protection future avec les autres registres nationaux des États connaissant le mandat et qui pourraient reconnaître les effets d'un mandat établi à l'étranger afin de garantir, au niveau international, une mesure de publicité accessible aux personnes et autorités habilitées* »¹¹¹.

167. L'utopie d'un registre mondial. Il apparaît aujourd'hui véritablement nécessaire de créer, au moins, une interconnexion entre les registres nationaux de chaque État connaissant le mécanisme du mandat d'inaptitude. Cette mise en relation des registres permettrait de faciliter la circulation à l'international du mécanisme. Les individus bénéficieraient alors d'un véritable droit à une protection conventionnelle efficace à l'international.

Néanmoins, lors du 115^{ème} Congrès des notaires, les praticiens, dans une optique beaucoup plus utopique, penchaient pour la création d'un registre mondial des mandats d'inaptitude. Cette avancée paraît pour le moment beaucoup trop illusoire alors même que les États contractants à la Convention de La Haye n'ont pas encore tous créé de registre national à l'heure actuelle. Également, la question du

¹¹¹ 115^{ème} Congrès des Notaires de France, *L'international : Qualifier – Rattacher – Authentifier*, compte-rendu, 2019, p. 63.

budget constitue un frein important à ce développement mondial d'un registre. Pourtant, l'instauration d'un registre mondial semble être l'objectif vers lequel il faut tendre.

Même si la création d'un registre mondial est utopique pour le moment, certains praticiens proposent d'instaurer un registre européen. Il s'agit notamment de la position de Pierre Calle¹¹², professeur à Paris Saclay, estimant que cette solution permettrait d'être « *un peu plus ambitieux* ». L'idée serait de créer un registre européen auquel « *seraient interconnectés les registres des États tiers* ». Ce registre européen permettrait de supprimer la barrière de la langue. En effet, il explique que « *quand le registre est européen, vous avez une interface multi langues qui permet à tous notaires d'avoir l'interface en français alors que, quand on interconnecte les registres, on retrouve la barrière linguistique lorsqu'on veut interroger les registres étrangers* ». Néanmoins, tout ceci reste seulement hypothétique à l'heure actuelle. La priorité est d'encourager les États de l'Union européenne à ratifier la Convention de La Haye du 13 janvier 2000, puis à créer un registre national recensant les mandats d'inaptitude conclus dans le pays, enfin à les interconnecter voire à les rassemblant en un seul.

¹¹² 115^{ème} Congrès des Notaires de France, *L'international : Qualifier – Rattacher – Authentifier*, compte-rendu, 2019, p. 67.

CONCLUSION

168. Dans le cadre de notre étude sur le mandat de protection future aussi appelé mandat d'incapacité, l'intérêt s'est porté sur l'analyse de son efficacité tant en France qu'à l'international.

La direction prise a d'abord été celle de la confrontation du mandat de protection future avec ses équivalents étrangers pour aboutir à la présentation générale du mécanisme français ; l'idée étant de mettre en exergue ses propres défauts. Il est ainsi apparu ses nombreuses imperfections ; parmi elles, l'absence de publicité et la méconnaissance du mécanisme par la population française sont les plus handicapantes, l'empêchant de connaître le succès souhaité en France. Ces deux principaux défauts contribuent à la cohabitation du mécanisme avec d'autres mesures judiciaires voire à son éviction par le juge dans de nombreuses situations. La volonté de la personne exprimée dans le mandat, devant normalement primer toute autre mesure, n'est pas assurée par le législateur.

Également, pour que le mandat de protection future soit davantage conseillé par la pratique notariale et de plus en plus utilisé, le rôle du notaire doit évoluer et se préciser. En effet, le Code civil n'est pas explicite sur les contours du contrôle incombant au notaire lorsqu'il dresse un mandat de protection future notarié. À l'heure actuelle, les textes à ce sujet ne sont pas précis et les obligations incombant au notaire sont difficilement appréhendables. Le législateur doit donc prendre en compte les réticences de la pratique notariale à utiliser le mécanisme en définissant clairement le rôle du notaire.

169. Le mandat de protection future apparaît aujourd'hui incomplet et perfectible, mais il s'agit du seul outil spécialement consacré à la protection conventionnelle et permettant l'anticipation de la vulnérabilité. Finalement, selon les termes de Sophie Coll de Carrera, « *un outil qui n'a pas d'équivalent sur la scène juridique met toujours plus de temps à trouver sa place* »¹¹³.

170. Au niveau international, la circulation du mandat d'incapacité prévue par la Convention de la Haye du 13 janvier 2000 fait défaut au mécanisme et pose encore des difficultés pratiques. Afin d'endiguer ces dernières, le perfectionnement de la circulation du mandat à l'international apparaît indispensable pour le développement de celui-ci. Plusieurs solutions ont été envisagées que ce soit dès l'élaboration de la Convention ou par la suite à travers les recommandations des praticiens.

Il faudrait débiter par recourir plus systématiquement au certificat international de représentation, prévu par la Convention. En effet, même si cette solution n'est pas suffisante à elle seule, elle permettrait aux États de mieux connaître le mécanisme. Outre cela, il serait nécessaire, lors de la conclusion d'un mandat d'incapacité, d'indiquer la loi qui lui sera applicable durant sa mise en œuvre. Sur ce point, il appartient aux notaires de conseiller au mieux leurs clients lorsqu'une situation d'extranéité se présente. Mais surtout, le mandat d'incapacité circulera parfaitement à l'international lorsqu'une publicité de

¹¹³ S. Coll de Carrera, *Le mandat de protection future*, Droit, Université Montpellier, 2016.

celui-ci sera véritablement organisée. Pour cela, la création par les États de registres nationaux recensant les mandats conclus sur leur territoire, ainsi que leur contenu, est la première étape avant d'établir une interconnexion entre ces différents registres. L'idéal serait même, dans une conception plus utopique, de créer un registre mondial regroupant tous les mandats d'inaptitude conclus dans le monde.

171. L'étude a permis de démontrer que le mandat de protection future doit principalement son insuccès à son fonctionnement imaginé par le législateur français à l'occasion de la loi du 5 mars 2007 et qui s'avère en vérité lacunaire. La circulation imparfaite du mécanisme organisée par le droit international, sans en être à l'origine, n'a fait que renforcer l'échec du mandat de protection future. Il faut ainsi espérer que dans les années à venir le législateur français se saisisse de la question et prenne en compte les critiques émises au sujet du mandat de protection future ; pour finir sur les mots de Sophie Coll de Carrera, « *il faut laisser le temps au temps* ». Seul l'avenir nous dira si le mandat de protection future a sa place en France pour anticiper de manière effective la vulnérabilité.

BIBLIOGRAPHIE

- **Thèses :**

- S. Coll de Carrera, *Le mandat de protection future*, Droit, Université Montpellier, 2016.
- L. Michel, *De la « régressivité » de la volonté dans la protection des majeurs*, Droit, Université Amiens, 2016.

- **Ouvrages :**

- 113^{ème} Congrès des Notaires de France, *#Familles #Solidarités #Numérique, Le notaire au cœur des mutations de la société*, LexisNexis, 2017.
- 115^{ème} Congrès des Notaires de France, *L'international : Qualifier – Rattacher – Authentifier*, LexisNexis, 2019.
- Le Lamy Droit du contrat, sous la direction de B. Fages et P. Fleury, collection Lamy Droit civil, 2018.
- Le Lamy Patrimoine : conseil patrimonial, sous la direction de J. Aulagnier, L. Aynès, J.-P. Bertrel, B. Plagnet et R. Mourier, collection Lamy Droit civil, 2019.
- M. Revillard, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, Defrénois, 9^{ème} édition, 2018.

- **Rapports :**

- 102^{ème} Congrès des Notaires de France, *Les personnes vulnérables*, compte-rendu, 2006 [en ligne]. Disponible sur le site des Notaires de France : https://www.notaires.fr/sites/default/files/030206_congrès%20strasbourg.pdf. [Consulté le 4 janvier 2020]
- 102^{ème} Congrès des Notaires de France, *Les personnes vulnérables*, propositions, 2006 [en ligne]. Disponible sur le site du Congrès des Notaires de France : https://www.congresdesnotaires.fr/media/uploads/propositions/102strasbourg_2006.pdf. [Consulté le 9 décembre 2019]
- 113^{ème} Congrès des Notaires de France, *#Familles #Solidarités #Numérique, Le notaire au cœur des mutations de la société*, compte-rendu, 2017 [en ligne]. Disponible sur le site des Notaires de France : <https://www.congresdesnotaires.fr/media/uploads/compte-rendus/compte-rendu-2017.pdf>. [Consulté le 19 décembre 2019]
- 113^{ème} Congrès des Notaires de France, *#Familles #Solidarités #Numérique, Le notaire au cœur des mutations de la société*, propositions, 2017 [en ligne]. Disponible sur le site du Congrès des Notaires de France : https://www.congresdesnotaires.fr/media/uploads/propositions/113elille_2017.pdf. [Consulté le 19 décembre 2019]
- 115^{ème} Congrès des Notaires de France, *L'international : Qualifier – Rattacher – Authentifier*, compte-rendu, 2019 [en ligne]. Disponible sur le site du Congrès des Notaires de France :

<https://www.congresdesnotaires.fr/media/uploads/compte-rendus/compte-rendu-2019.pdf>.

[Consulté le 18 janvier 2020]

- Association Henri Capitant, *La vulnérabilité*, Journées Internationales du Québec, rapports de droits belge, brésilien, espagnol, italien, portugais et suisse, 2018 [en ligne]. Disponibles sur le site de l'association Henri Capitant : <http://henricapitant.org/evenements/journees-internationales/titre/la-vulnerabilite>. [Consultés le 4 mars 2020]

- A. Caron-Dégliose, *L'évolution de la protection juridique des personnes : reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables*, rapport de mission interministérielle, 2018 [en ligne]. Disponible sur le site du ministère de la justice : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rapport_pjm_dacs_rapp.pdf. [Consulté le 27 décembre 2019]

- Conseil Supérieur du Notariat, *Les Notaires – Acteurs de la croissance et au service de tous*, Rapport annuel 2014 [en ligne]. Disponible sur le site des Notaires de France : <https://www.notaires.fr/fr/profession-notaire/rapport-annuel-des-notaires-de-france>. [Consulté le 15 juillet 2020]

- Cour des comptes, *La protection juridique des majeurs : Une réforme ambitieuse, une mise en œuvre défailante*, rapport septembre 2016 [en ligne]. Disponible sur le site de la Cour des comptes : <https://www.ccomptes.fr/sites/default/files/EzPublish/20161004-rapport-protection-juridique-majeurs.pdf>. [Consulté le 29 janvier 2020]

- Défenseur des droits, *Protection juridique des majeurs vulnérables*, rapport septembre 2016 [en ligne]. Disponible sur le site du Défenseur des droits : https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/rapport-majeurs_vulnerables-v5-num.pdf. [Consulté le 9 janvier 2020]

- P. Lagarde, *Convention Protection des adultes*, rapport explicatif, La Conférence de La Haye de droit international privé, bureau permanent, 2017 [en ligne]. Disponible sur le site de la Conférence de La Haye : <https://www.hcch.net/fr/publications-and-studies/details4/?pid=2951>. [Consulté le 29 avril 2020]

- H. de Richemont, *Projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs*, rapport fait au nom de la commission des lois, déposé le 7 février 2007, n° 212 [en ligne]. Disponible sur le site du Sénat : <https://www.senat.fr/rap/106-212/106-2120.html>. [Consulté le 15 avril]

- Sénat, *La protection juridique des majeurs*, juin 2005 [en ligne]. Disponible sur le site du Sénat : <https://www.senat.fr/lc/lc148/lc148.pdf>. [Consulté le 29 juillet 2020]

- **Revues, articles :**

- A. Bateau, « De quelques difficultés pratiques du mandat de protection future », *Les Petites Affiches*, LPA 8 sept. 2017, p. 65.

- A. Bateau et G. Raoul-Cormeil, « Synthèse – Majeurs protégés », *LexisNexis*, 2019.

- M. Bruggeman, « De la révocation judiciaire du mandat de protection future ou les faiblesses de la protection conventionnelle », *Gazette du Palais*, 30 juillet 2019, n°28, p. 70.
- F. Brulé-Gadioux et J.-M. Plazy, « Les personnes protégées en DIP – La gestion de l’incapacité », *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* n°17, 26 avril 2013, 1111.
- Cheuvreux, « Cap sur l’international », *La Revue*, Édition n°2, décembre 2019, p. 18-21.
- J. Combret, « Personnes vulnérables, habilitation familiale et mandat de protection future : réforme de la justice et prospective », *Deffrénois*, 13 juin 2019, n°24, p. 25.
- J. Combret, « De l’art et la manière de ne pas respecter la volonté du législateur », *Deffrénois*, 5 septembre 2019, n°36, p. 1.
- J. Combret et D. Noguéro, « Personnes vulnérables, déjudiciarisation et contrôle des mesures judiciaires : réforme de la justice et prospective », *Deffrénois*, 18 juillet 2019, n°29-34, p. 13.
- C. Delahais, « Les majeurs protégés », *Fiches pratiques Lexis360*, 2019, n°3300.
- Droit et Patrimoine, « Mandat de protection future et assurance-vie », *Lamyline*, 1^{er} octobre 2009, n°185.
- J.-P. Duprat, « Le consentement anticipé aux soins pour maladies graves – Un aspect de la protection des personnes âgées dépendantes », *La Semaine Juridique Édition Générale* n°50, 12 décembre 2001, doct. 369.
- C. Fabien, « Le mandat de protection en cas d’inaptitude : une institution à parfaire », *Cours de perfectionnement du notariat 2007*, Vol. 1, 405-438, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2007.
- M. Farge, « Compétence des autorités françaises en matière de protection des adultes », Pierre Murat, *Droit de la famille*, 7^e édition (chap. 541), *Dalloz*, p. 1900-1919, 2016.
- M. Farge, « Loi applicable à la protection du majeur », Pierre Murat, *Droit de la famille*, 7^e édition (chap. 542), *Dalloz*, p. 1919-1931, 2016.
- M. Farge, « Reconnaissance et exécution de la décision étrangère rendue en matière de protection d’une personne vulnérable », Pierre Murat, *Droit de la famille*, 7^e édition (chap. 543), *Dalloz*, p. 1932-1937, 2016.
- Flash Deffrénois, « Le mandat de protection future peut se substituer au placement sous curatelle du mandant », *Deffrénois*, 23 janvier 2019, n°03, p. 1.
- Formulaires ProActa droit des successions et des libéralités, *Le mandat de protection future – Introduction*, collection Lamy ProActa, 2019.
- H. Fulchiron, « Le notaire et l’exécution du mandat de protection future », *Deffrénois*, 30 janvier 2009, n°2, p. 178.
- H. Fulchiron et A. Caron Déglise, « La protection judiciaire des majeurs : nouveau droit, nouveaux droits », *Revue Le Lamy Droit Civil* n°73, 1^{er} juillet 2010.
- S. Hébert, « Le mandat de prévention : une nouvelle forme juridique ? », *Recueil Dalloz* 2008, p. 307.
- « Incapacités : Le projet de réforme, enfin... », *Revue Juridique Personnes et Famille* n°12, *Lamyline*, 1^{er} décembre 2006.

- F. Jourdain-Thomas, « Personnes vulnérables – Actualité du mandat de protection future », *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* n°48, 1^{er} décembre 2017, 1322.
- M.-C. Lambertye-Autrand, « L'internationalisation de la protection des majeurs vulnérables », *Les Petites Affiches*, LPA 4 novembre 2010, n°220, p.39.
- K. Lefeuvre-Darnajou, « La protection des majeurs vulnérables : pourquoi la loi actuelle devrait être repensée ? », *Gérontologie et société*, 2004/2, vol. 27, n°109, p. 155 à 164 [en ligne]. Disponible sur le site CAIRN.INFO : <<https://www.cairn.info/revue-gerontologie-et-societe1-2004-2-page-155.htm>>. [Consulté le 25 mars]
- E. Letouche, « Écho de l'Université du notariat mondial : le mandat donné en prévision de l'incapacité en droit québécois », *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* n°38, 20 septembre 2013, act. 924.
- L. Leveneur, « Intérêts et limites du mandat de protection future » in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, *Defrénois*, juillet 2012.
- N. Levillain et M.-C. Forgeard, « Mandat de protection future et pratique notariale, cas pratique », *Defrénois*, 15 mars 2008, n°5, p. 529.
- N. Levillain et M.-C. Forgeard, « Mandat de protection future et pratique notariale, cas pratique », *Defrénois*, 30 mars 2008, n°6, p. 640.
- I. Maria, « Mandat de protection future – Absence de publicité du mandat de protection future : aucun changement à envisager », *Droit de la famille* n°12, décembre 2009, comm. 162.
- I. Maria, « Majeurs protégés – Le mandat de protection future conclu par un majeur vulnérable : une douce illusion ? », *Droit de la famille* n°11, novembre 2013, comm. 155.
- I. Maria, « Droit international privé – Quelques rappels nécessaires des règles de droit international privé relatives aux majeurs vulnérables », *Droit de la famille* n°12, décembre 2013, comm. 169.
- I. Maria, « Mandat de protection future – Mandat de protection future : dans l'attente du décret relatif à sa publicité », *Droit de la famille* n°11, novembre 2016, comm. 239.
- I. Maria, « Personnes protégées – La gestion de l'incapacité en droit international privé », *Droit de la famille* n°1, janvier 2018, dossier 9.
- I. Maria, « Loi de programmation et de réforme pour la justice – Personnes protégées Protection juridique des majeurs : une nouvelle réforme dans l'attente d'une autre ? », *Droit de la famille* n°4, avril 2019, dossier 15.
- I. Maria, « Mandat de protection future – Autonomie du majeur protégé et déjudiciarisation de la protection juridique : les juges suivront-ils ? », *Droit de la famille* n°6, juin 2019, comm. 134.
- I. Maria, « Mandat de protection future – Révocation judiciaire d'un mandat de protection future et droit de vote du tuteur », *Droit de la famille* n°9, septembre 2019, comm. 185.
- J. Massip, « Quelques réflexions sur les formules de mandat de protection future », *Defrénois*, 28 février 2010, n°4, p. 441.
- S. Mazeaud-Leveneur, « Art. 477 à 494 – Fasc. Unique : Majeurs protégés – Mandat de protection future », *JurisClasseur Civil Code, LexisNexis*, 19 avril 2019.

- D. Noguéro, « Révocation du mandat de protection future contraire aux intérêts du mandant au profit d'une curatelle. Le paradigme de l'intérêt supérieur du majeur protégé », *Les Petites Affiches*, LPA 18 juin 2019, n°121, p. 7.
- A. Pando, « Comment assurer l'efficacité des actes notariés à l'international », *Les Petites Affiches*, LPA 13 septembre 2019, n°183-184, p. 4.
- G. Paris, « Mandat de protection future – Présentation et fondements », *Lextenso*, 1^{er} octobre 2018.
- H. Péroz, « Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes et pratique notariale », *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* n°39, 26 septembre 2008, act. 643.
- H. Péroz, « Protection internationale des adultes », *L'Essentiel Droit de la famille et des personnes*, Lextenso, 1^{er} avril 2009, n°01, p. 4.
- N. Peterka, « Le mandat de protection future : bilan et perspectives », *Defrénois*, 30 avril 2017, n°08, p. 497.
- N. Peterka, « Mandat de protection future – Primauté du primat du mandat de protection future sur tout autre dispositif de protection », *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* n°27, 5 juillet 2019, 1236.
- L.-F. Pignarre, « Le notaire confronté à la vulnérabilité », *Revue Juridique Personnes et Famille* n°5, Lamyline, 1^{er} mai 2018.
- P. Potentier, « Incapacité – Le domaine du mandat de protection future », *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* n°42, 19 octobre 2007, 1262.
- P. Potentier, « Le mandat de protection future entre écriture et pratique », *Defrénois*, 8 mars 2018, n°10, p. 22.
- P. Potentier, « Fasc. 10 : Mandat de protection future », *JurisClasseur Notarial Formulaire*, LexisNexis, 15 mars 2017.
- G. Raoul-Cormeil, « La protection des malades mentaux par le droit civil », *Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux*, novembre 2014, p. 59-72.
- G. Raoul-Cormeil, « Les rapports de la Cour des comptes et du Défenseur des droits en matière de protection juridique des majeurs », *Les Petites Affiches*, LPA 14 novembre 2017, n°227, p. 7.
- T. Verheyde, « Le regard de juges français sur le système québécois de protection des majeurs vulnérables », *Retraite et société*, 2014/2, n°68, p. 167-181 [en ligne]. Disponible sur le site CAIRN.INFO : <<https://www.cairn.info/revue-retraite-et-societe1-2014-2-page-167.htm#>>. [Consulté le 15 avril]

- **Formulaire/notices :**

- Alliance Solidaire des Français de l'Étranger, *Tutelle, curatelle et mandat de protection future à l'étranger*, note pratique, 2018 [en ligne]. Disponible sur le site de l'Alliance Solidaire : <<https://alliancesolidaire.org/2018/07/05/tutelle-curatelle-et-mandat-de-protection-future-a-letranger/>>. [Consulté le 4 mars 2020]

- Chambre des notaires du Québec, *Le mandat de protection notarié*, Dépliant, 2013 [en ligne]. Disponible sur le site de la Chambre des notaires du Québec : <https://www.cnq.org/DATA/DEPLIANT/3_fr~v~le-mandat-de-protection-notarie.pdf>. [Consulté le 5 mars 2020]
- Chambre des notaires du Québec, *La prise d'effet d'un mandat de protection*, Dépliant, 2013 [en ligne]. Disponible sur le site de la Chambre des notaires du Québec : <https://www.cnq.org/DATA/DEPLIANT/4_fr~v~la-prise-d-effet-d-un-mandat-de-protection.pdf>. [Consulté le 5 mars 2020]
- Curateur public du Québec, *Mon mandat de protection : guide et formulaire*, 2017 [en ligne]. Disponible sur le site du Curateur public du Québec : <https://www.curateur.gouv.qc.ca/cura/fr/outils/publications/mon_mandat.html>. [Consulté le 6 novembre 2019]
- Ministère de la Justice, *Formulaire Mandat de protection future* [en ligne]. Disponible sur le site du ministère de la Justice : <<https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/R17967>>. [Consulté le 18 décembre 2019]
- Ministère de la Justice, *Guide Mandat de protection future* [en ligne]. Disponible sur le site du ministère de la Justice : <http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_gt_mandatprotectionfuture_200604_bd.pdf>. [Consulté le 15 décembre 2019]
- Ministère de la Justice, *Notice Mandat de protection future* [en ligne]. Disponible sur le site du ministère de la Justice : <<https://www.formulaires.service-public.fr/gf/getNotice.do?cerfaFormulaire=13592&cerfaNotice=51226>>. [Consulté le 18 décembre 2019]
- Notaires Paris-Ile-de-France, *Le mandat de protection future : assurer son avenir ou celui d'un proche en toute sérénité*, septembre 2016 [en ligne]. Disponible sur le site des Notaires du Grand Paris : <<https://notairesdugrandparis.fr/fr/>>. [Consulté le 6 avril]

- **Jurisprudences :**

- CA Rennes, 6^e ch. B, 15 octobre 2013, n°13/02113
- Cass. Civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, n° 04-17.225
- Cass. Civ. 1^{ère}, 18 janvier 2007, n°05-20.529, Bull. civ. I, n°26
- Cass. Civ. 1^{ère}, 12 janvier 2011, n°09-16.519
- Cass. Civ. 1^{ère}, 29 mai 2013, n°12-19.851
- Cass. Civ. 1^{ère}, 4 janvier 2017, n°15-28.669
- Cass. Civ. 1^{ère}, 8 février 2017, n°16-12.958
- Cass. Civ. 1^{ère}, 17 avril 2019, n°18-14.250
- Cass. Civ. 1^{ère}, 13 juin 2019, n°18-19.079

- **Réponses ministérielles :**

- Rép. min. n°51358 : JOAN QR, 20 octobre 2009, p. 9989.

- Rép. min. n°856 : JOAN Q 6 septembre 2016, p. 7998.

- Rép. min. n°03037 : JOAN 31 mai 2018, p. 2688.

- **Règlements et résolutions :**

- Règlement d'application de la Loi sur le Curateur public, 1^{er} avril 2020 [en ligne]. Disponible sur le site du gouvernement du Québec : <<http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/ShowDoc/cr/C-81,%20r.%201/#se:7>>.

- Résolution du Parlement européen du 1^{er} juin 2017 contenant des recommandations à la Commission sur la protection des adultes vulnérables (2015/2085).

- **Sites internet :**

- Citizens Information. Power of attorney [en ligne]. 7 août 2016. Disponible sur : <https://www.citizensinformation.ie/en/death/before_a_death/power_of_attorney.html>. [Consulté le 25 mai]

- Curateur public du Québec. Le rôle du Curateur public [en ligne]. Disponible sur : <<https://www.curateur.gouv.qc.ca/cura/fr/majeur/inaptitude/role/index.html>>. [Consulté le 10 décembre]

- Curateur public du Québec. L'homologation d'un mandat de protection [en ligne]. Disponible sur : <<https://www.curateur.gouv.qc.ca/cura/fr/majeur/inaptitude/demarches/mandat.html>>. [Consulté le 10 décembre]

- Curateur public du Québec. Registres des régimes de protection [en ligne]. Disponible sur : <<https://www.curateur.gouv.qc.ca/cura/fr/majeur/inaptitude/role/registres.html>>. [Consulté le 10 décembre]

- Conférence de La Haye de droit international privé. Convention du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes [en ligne]. Disponible sur : <<https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=71>>. [Consulté le 3 décembre 2019]

- Irish Statute Book. Powers of Attorney Act, 1996 [en ligne]. Disponible sur : <<http://www.irishstatutebook.ie/eli/1996/act/12/section/10/enacted/en/html#sec10>>. [Consulté le 25 mai]

- Légifrance. [en ligne]. Disponible sur : <<https://www.legifrance.gouv.fr>>. [Consulté tout au long du mémoire]

- Ministère de la Justice. Réforme des règles applicables aux majeurs vulnérables [en ligne]. Disponible sur : <<http://www.justice.gouv.fr/justice-civile-11861/reforme-des-regles-applicables-aux-majeurs-vulnérables-32335.html>>. [Consulté le 7 janvier]

- Notaires de France. [en ligne]. Disponible sur : <<https://www.notaires.fr/fr>>. [Consulté tout au long du mémoire]
- Tooyoo. Mandat pour cause d'inaptitude et directives anticipées : ce qu'il faut absolument savoir [en ligne]. 1^{er} mars 2019. Disponible sur : <<https://www.tooyoo.ch/fr/blog/mandat-pour-cause-dinaptitude-et-directives-anticipees-ce-quil-faut-absolument-savoir/>>. [Consulté le 20 mai]

TABLE DES MATIÈRES

<i>INTRODUCTION</i>	- 6 -
PARTIE 1. LA PRÉOCCUPATION TRANSNATIONALE D'UNE PROTECTION CONVENTIONNELLE DES ADULTES VULNÉRABLES	- 14 -
Chapitre 1. L'ingéniosité nuancée des droits étrangers	- 16 -
Section 1. Le succès avéré du mandat de protection québécois.....	- 17 -
§1. <i>La version québécoise du mandat d'inaptitude</i>	- 17 -
§2. <i>Les qualités indéniables du mandat de protection québécois</i>	- 22 -
Section 2. Les différentes interprétations étrangères de protection conventionnelle.....	- 24 -
§1. <i>Des dispositifs singuliers de protection conventionnelle des personnes vulnérables</i>	- 24 -
§2. <i>Des dispositifs étrangers semblables au mandat de protection future français</i>	- 28 -
Chapitre 2. L'impopularité certaine du mandat de protection future français	- 33 -
Section 1. Le fonctionnement d'une mesure de protection purement conventionnelle.....	- 35 -
§1. <i>Les principes dominant le fonctionnement du mandat de protection future</i>	- 35 -
I. La phase d'élaboration du mandat de protection future	- 36 -
II. La mise en œuvre retardée du mandat de protection future à la constatation de l'inaptitude.....	- 39 -
III. L'extinction du mandat de protection future.....	- 41 -
§2. <i>L'articulation avec les mesures judiciaires de protection</i>	- 43 -
I. Le principe de primauté du mandat de protection future.....	- 43 -
II. La protection des intérêts de la personne comme limite au mandat de protection future	- 45 -
Section 2. Les nombreuses faiblesses de l'unique mesure de protection conventionnelle française.....	- 50 -
§1. <i>Le mandat de protection future, un mécanisme particulièrement lacunaire</i>	- 50 -
I. Les principales lacunes affectant l'efficacité du mandat de protection future.....	- 50 -
II. Les lacunes secondaires affectant l'efficacité du mandat de protection future.....	- 53 -
§2. <i>Le mandat de protection future, un mécanisme fortement concurrencé</i>	- 56 -
I. L'habilitation familiale et la procuration générale, une concurrence affirmée au mandat de protection future.....	- 57 -

II. Les mesures de protection judiciaires, une concurrence indirecte au mandat de protection future	- 61 -
PARTIE 2. LA CIRCULATION DU MANDAT D'INAPTITUDE	- 64 -
Chapitre 1. La vocation universelle du mandat d'inaptitude.....	- 66 -
Section 1. Le mandat d'inaptitude, une mesure de protection conventionnelle circulant à l'international.....	- 68 -
§1. <i>Le renouvellement des règles de droit international privé applicables à la protection des personnes vulnérables.....</i>	- 68 -
I. La consécration de règles uniformes de droit international privé.....	- 68 -
II. La consécration de règles spécifiques au mandat d'inaptitude.....	- 70 -
§2. <i>L'octroi d'une portée universelle au mandat d'inaptitude.....</i>	- 72 -
Section 2. Le mandat d'inaptitude à l'international, une circulation à parfaire.....	- 74 -
§1. <i>La problématique de mise en œuvre du mandat d'inaptitude.....</i>	- 74 -
§2. <i>La portée relative du champ d'application spatial de la Convention.....</i>	- 76 -
Chapitre 2. Vers un possible perfectionnement de la circulation du mandat d'inaptitude -	- 79 -
Section 1. Un développement nécessaire du recours au certificat international de représentation.....	- 81 -
§1. <i>Le mécanisme du certificat international de représentation.....</i>	- 81 -
§2. <i>L'amélioration du recours au certificat international.....</i>	- 83 -
Section 2. Une interconnexion indispensable des registres nationaux.....	- 85 -
§1. <i>La création généralisée et préalable de registres nationaux.....</i>	- 85 -
I. La mise en place générale d'un registre des mandats d'inaptitude.....	- 85 -
II. La mise en place inaboutie d'un registre national français.....	- 87 -
§2. <i>La mise en relation obligatoire des registres nationaux.....</i>	- 88 -
 <i>CONCLUSION.....</i>	 - 90 -
<i>BIBLIOGRAPHIE</i>	- 92 -
<i>TABLE DES MATIÈRES.....</i>	- 100 -