

L'ORGANISATION À TRAVERS UN MANDAT DE PROTECTION FUTURE



MARIE CHOPLIN-TEXIER

AVEC LA PARTICIPATION DE :



ANATOLE BOUDESSEUL



TITOUAN VIGNEAU



Quand on parle de vulnérabilité, on pense en premier lieu aux personnes âgées. Ce sont d'ailleurs elles qui se tournent en majorité vers le mandat : à lire les statistiques du ministère de la Justice, en 2015, 83% des mandats avaient plus de 80 ans^[1] !

Mais nous sommes tous vulnérables, et c'est à tout moment que nous pouvons subir une altération de nos facultés, fût-elle définitive ou temporaire, totale ou partielle, physique ou intellectuelle.

Un outil juridique peut nous permettre de nous en prémunir, il s'agit du mandat de protection future.

Introduit en France par la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 aux articles 477 et suivants du Code civil, le mandat de protection future illustre parfaitement les tendances actuelles du droit des personnes et de la famille : la contractualisation et le rôle croissant de la volonté.

Plus récemment placé en première position des dispositifs de protection par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, il est plus que jamais d'actualité, et prime sur l'application des règles des régimes matrimoniaux ainsi que sur les mesures de protection judiciaire^[2].

Rappelons-le, ce mécanisme permet à toute personne qui le souhaite et qui est en pleine capacité de ses moyens,

de préparer et d'anticiper toute éventuelle perte future, temporaire ou définitive, de facultés à laquelle elle pourrait devoir faire face.

C'est un mandat, le plus souvent pour soi-même, signé devant notaire ou par acte sous seing privé. Notarié, il permettra également d'être donné pour autrui (parents souhaitant anticiper la protection future de leur enfant incapable ou handicapé), et de prévoir des pouvoirs plus larges octroyés au mandataire.

La grande liberté contractuelle offerte à cet instrument permet la rédaction d'un acte sur mesure, répondant au mieux aux souhaits exprimés par le mandant.

En droit interne, cet outil, séduisant - qui, insistons, place la volonté de la personne au centre de la protection à l'exclusion presque totale du contrôle du juge - s'est accompagné de certaines difficultés^[3] liées notamment à l'absence de publicité. Si le législateur a récemment tenté d'y remédier en instaurant un registre, nous sommes toujours en attente de la publication du décret d'application.

Dans un contexte international, mobilité internationale du mandant, mobilité internationale du mandataire, patrimoine à l'étranger, sont autant de facteurs qui doivent nous amener à nous interroger sur le fonctionnement de « notre » mandat de protection future au-delà de nos frontières, et sur son efficacité.

Il apparaît que le mandat de protection future connaît des « frères jumeaux » à l'étranger. En premier lieu, dans les pays de *Common Law*, et notamment au Canada, qui connaît depuis 1990 le mandat en prévision de l'incapacité^[4], dont notre législateur semble s'être tout particulièrement inspiré.

Au sein de l'Union Européenne^[5] plusieurs pays, comme l'Allemagne, l'Espagne, pour ne citer qu'eux, ont mis en place des mécanismes permettant la possibilité pour les majeurs capables d'organiser leur protection future.

La Convention de la Haye du 13 janvier

“La vieillesse arrive brusquement, comme la neige. Un matin au réveil, on s'aperçoit que tout est blanc.”

JULES RENARD, ÉCRIVAIN

L'ARTICLE 3 DU CODE CIVIL

Il est nécessaire de rappeler qu'en vertu de l'article 3 du Code civil, qui dispose que les "lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étrangers", la loi nationale de la personne régit sa capacité.

2000 sur la protection internationale des adultes^[6], signée par la France le 13 juillet 2001, s'applique « dans les situations à caractère international, à la protection des adultes qui en raison d'une altération ou d'une insuffisance de leurs facultés personnelles, ne sont pas en état de pourvoir à leurs intérêts »^[7]. Cette convention, ratifiée à ce jour par douze Etats (Allemagne, Autriche, Chypre, Royaume-Uni pour l'Ecosse seulement, Estonie, Finlande, Lettonie, Principauté de Monaco, République tchèque, Suisse, Portugal), est entrée en application en France depuis le 1er janvier 2009, et a créé un instrument international nouveau, le mandat d'incapacité. L'article 15 de ladite Convention le définit comme la possibilité de prévoir « 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 ».

Si la Convention apporte bon nombre de réponses aux questions posées, des zones d'ombres subsistent, pour les pays signataires – en raison de lacunes de la Convention – et dans les pays non-signataires – en raison de l'absence de convention ou de réglementation spécifique.

Le sujet est d'ailleurs toujours d'actualité. Le 4 juin dernier, lors du 115^{ème} Congrès des Notaires de France^[8], de nouvelles propositions étaient faites et notamment :

- d'assurer l'interconnexion du registre français des mandats de protection future avec les autres registres nationaux des États connaissant le mandat ou 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 ;
- et préalablement, que soit publié le décret en Conseil d'État, sur la mise en œuvre et les modalités d'accès du registre national des mandats de protection future sans plus attendre, conformément à la loi du 28 décembre 2015 qui l'a instauré^[9].

Etant de loin le plus protecteur, nous ne nous intéresserons ici qu'au mandat de protection future notarié, de sa mise en place (I) à sa mise en œuvre (II), le tout dans un contexte international.

I

LA MISE EN PLACE DU MANDAT DE PROTECTION FUTURE NOTARIÉ FRANÇAIS

LA SIGNATURE DU MANDAT EN FRANCE OU À L'ÉTRANGER

Le mandat de protection future notarié français est reçu par un notaire, en présence du mandant, et du (ou des) mandataire(s). Ce dernier peut cependant accepter le mandat, dans les mêmes

formes, par acte séparé ultérieurement^[10].

Si un français résidant à l'étranger souhaite régulariser un tel acte, la suppression des attributions notariales des consulats depuis le 1er janvier 2019 a rendu la procédure plus compliquée. En dehors du Sénégal et de la Côte d'Ivoire, il lui faudra saisir un notaire de droit civil local. L'acte devra ensuite être légalisé ou apostillé.

Passé cette signature, il peut se passer des semaines, des mois, des années « d'attente ». Dans certains cas, le mandat n'entrera même jamais en application.

Une petite parenthèse peut être ouverte sur l'absence de concomitance française entre signature et mise en œuvre du mandat. Il faut avoir toute sa capacité juridique et ses facultés pour signer le mandat, qui ne pourra entrer en application que dans un second temps. Dans d'autres pays, comme la Belgique, le législateur a prévu que le mandat puisse être signé et mis en œuvre concomitamment. Ce qui peut permettre un meilleur accompagnement du mandant, qui agit *ab initio* de concert avec le mandataire^[11].

LA LOI APPLICABLE AUX DISPOSITIONS DU MANDAT

La loi applicable au mandat de protection future est déterminée par la Convention de la Haye du 13 janvier 2000.

Cette Convention laisse le choix au mandant^[12]. Ce dernier peut choisir, pour l'existence, l'étendue, la modification et l'extinction des pouvoirs de représentation :

- La loi applicable à son lieu de résidence au moment de l'établissement du mandat (c'est également la loi applicable à défaut de choix exprès de sa part^[13]) ;
- La loi de l'Etat dont il a la nationalité, ou loi de l'un des Etats dont il a la nationalité ;
- La loi applicable dans l'Etat dans lequel il a résidé précédemment.

Le mandant devra être informé des dispositions de la loi qu'il peut être amené à choisir, et ce pour être certain que ce qu'il souhaite mettre en place est autorisé par la loi en question. Le contenu différent des lois dont il peut faire le choix pourra, et même devra, le guider dans son choix de loi applicable.

Pour la gestion de son patrimoine, il pourra, par ailleurs, choisir la loi de l'Etat dans lequel est situé chaque bien. Plusieurs lois pourront alors être prévues^[14], la Convention admettant une "faculté de dépeçage" lorsque le majeur

[1] Min. justice, DACS-Pôle d'évaluation de la justice civile, août 2015

[2] C. civ., art.428 ; C. civ., art 483

[3] À ce sujet, voir les critiques du Professeur Leveneur, Intérêts et limites du mandat de protection future, in Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois, p. 571 et s

[4] C. civ. québécois, art. 2166 et s

[5] D. Guérin-Seysen, La dimension internationale de la protection juridique des majeurs, RDSS 2011. 279

[6] Pour une étude complète de la convention de la Haye : M. Revillard, « La convention de la Haye sur la protection internationale des adultes et la pratique du mandat d'incapacité »

[7] Art. 1.1 de la Convention de la Haye.

[8] 115^{ème} Congrès des Notaires de France – 2^{ème} commission – Bruxelles, 4 juin 2019

[9] Loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement

[10] M.-C. FORGEARD et N. LEVILLAIN, Mandat de protection future et pratique notariale, Defrénois 2008, art. 38730, n° 24

[11] Nathalie Peterka, Professeur à l'Université Paris-Est Créteil, Rapport interministériel sur la protection juridique des majeurs : quels enjeux pour l'avenir ?

[12] Article 15.2 de la Convention

[13] Article 15.1 de la Convention

[14] P. Lagarde, Rapport explicatif sur la Convention Protection des adultes de 2000, spé. n° 103

possède des biens dans une pluralité de pays. Comme le souligne le rapporteur^[15], une difficulté peut se rencontrer lorsque la loi désignée est celle d'un pays non-partie à la convention. En effet, la désignation de la loi d'un pays contractant ne posera pas de difficultés. Si par exemple, un français part vivre en Allemagne et qu'il avait signé un mandat de protection future en France, ce mandat restera valable et pourra s'appliquer en Allemagne. La situation pourra être plus délicate si le mandant français part s'installer dans un pays non contractant, ignorant ce type d'institution. Il faudra s'assurer en amont de l'applicabilité des mesures prises, et consulter le droit international privé local.

A noter, si la loi de résidence est applicable, peu importe que le mandant soit mobile et change à l'avenir de résidence, le critère étant la **résidence au jour de l'établissement du mandat**, ce qui assure une stabilité bienvenue.

A titre d'exemple, la loi française, dans un contexte international, s'appliquera :

- Si elle a été choisie par un français vivant à l'étranger ;
- Si elle a été choisie par un étranger ayant résidé en France ou possédant des biens en France ;
- Si, à défaut de choix, le mandant résidait en France lorsqu'il a établi le mandat.

PARTICULARITÉS DU MANDAT DE PROTECTION FUTURE POUR AUTRUI

Nous l'avons dit dans nos propos introductifs, le législateur français a prévu le mandat de protection future pour autrui : le parent d'un enfant handicapé ou incapable peut donner mandat à un tiers pour le cas où lui-même ne pourrait plus pourvoir aux intérêts de son enfant^[16].

La Convention de la Haye de 2000 précitée ne vise que les pouvoirs conférés par un adulte pour lui-même, et non pour autrui. Par conséquent, il nous apparaît délicat dans ces conditions ne pouvoir envisager l'application à l'étranger d'un tel mandat.

II

LA MISE EN ŒUVRE À L'ÉTRANGER DU MANDAT DE PROTECTION FUTURE NOTARIÉ FRANÇAIS

LA PRISE D'EFFET DU MANDAT

La place importante du médecin : une spécificité bien française ?

Le Code civil prévoit, pour que le mandat entre en application, que le mandataire doive produire au greffe du tribunal d'instance du lieu de

résidence du mandant certains documents : la copie authentique du mandat, sa pièce d'identité, des pièces justificatives d'identité et de résidence du mandant et un certificat médical attestant de l'altération des facultés mentales ou corporelles du mandant de nature à empêcher l'expression de sa volonté. **Le certificat médical** doit émaner d'un médecin choisi sur une liste établie par le procureur de la République^[17]. À la suite du contrôle formel du greffier, une publication dans un registre spécial est prévue. En droit français, le législateur a donc placé le médecin au cœur de la procédure. Le certificat médical est "la pièce maîtresse, première et indispensable pour ouvrir toute mesure de protection"^[18].

Que se passe-t-il si le mandat doit prendre effet alors que le mandant s'est installé à l'étranger ? Si les premières conditions ne semblent pas poser de difficultés, quel certificat médical le mandataire doit-il présenter ? S'agissant de cette dernière exigence, elle ne semble pas transposable à l'étranger.

Selon une réponse ministérielle récente (et contestée comme nous le verrons *infra*)^[19], il semblerait que la nécessité de produire un certificat médical ne s'applique que pour le français ayant sa résidence habituelle en France. La loi applicable n'est pas celle régissant le mandat, mais celle du pays où le mandataire exerce ses pouvoirs.

Mais qu'en est-il alors ? Doit-on considérer, si le mandant s'est installé à l'étranger, que le mandat puisse prendre effet sans contrôle médical préalable ? Dans certains pays, nous l'avons dit ci-dessus, la concomitance entre la signature et la prise d'effet du mandat rend sans objet cette exigence. Mais pour un mandat français, l'absence de contrôle nous semble inconcevable^[20] et la question de savoir quel médecin est habilité pour intervenir semble ne pas avoir obtenue de réponse certaine pour le moment.

Il nous semble que, quel soit le pays dans lequel se trouve le mandant, un certificat médical doit être établi pour que le mandat de protection future français puisse prendre effet.

L'absence de registre transnational

Aucun registre national ou transnational n'existe à ce jour pour faire circuler les informations relatives à la prise d'effet d'un mandat. Si, en droit interne, cette absence de publicité fait défaut et, comme nous l'avons vu *supra*, fait l'objet de demandes répétées, elle constitue également un véritable enjeu en droit international. Le mandat est conçu comme un outil de représentation, le mandant pouvant conserver sa capacité. Dans ce contexte, mandant et mandataire peuvent se retrouver avec des pouvoirs concurrents, ce qui peut être problématique aux yeux des tiers^[21].

[15] *Ibid.* n° 104

[16] C. civ. art. 477, al.3

[17] C. civ. art. 481 et CPC, art. 1258 à 1258-4

[18] F. Fresnel, "Le médecin choisi inscrit sur la liste et la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs", *Gaz. Pal.* 10 novembre 2007, n° 314, p. 2

[19] Rep. min. 3037, JO Sénat 31 mai 2018, p. 2688 ; JCP N 14 juin 2018, n° 24, p.13, act. 546 : Mandat de protection future et expatriation

[20] À ce sujet, « Mandat de protection future des français établis hors de France », *Gazette du Palais* n° 33 p. 45

[21] D. Fenouillet, « Le mandat de protection future ou la double illusion », *Defrénois* 30 janvier 2009, p. 142, n° 38882, n° 31

[22] P. Sanséau, *Le mandat de protection future dans l'ordre international - De la théorie ... à la pratique : Actes pratiques et stratégie patrimoniale 2019* n° 1 dossier 5

[23] D. Lambert, *Curieuses précisions sur le mandat de protection future pour les Français établis à l'étranger* : *Sol. Not.* 14 juin 2018, n° 20, act. 7, p. 7, inf. 4

[24] Le rapport prend l'exemple de la vérification d'une procédure d'autorisation lorsque le mandant stipule une telle procédure

[25] C. civ. art. 486

[26] M. Farge, *Dalloz Action Droit de la famille*, n° 542, 43

[27] M. Revillard, « Protection internationale des adultes et droit international privé des majeurs protégés », *Defrénois* 2009, art. 38876, 35 et s

LE CHOIX DU LIEU DE VIE

Cette absence de registre est d'autant plus regrettable que le mandant pourra choisir de changer de lieu de vie, même en cours de mandat. A défaut de précision expresse dans le mandat, le mandant conservera le pouvoir de choisir seul (dès lors qu'il est capable de s'exprimer de façon raisonnée) le lieu où il souhaite établir son domicile. Il pourra notamment décider de quitter la France pour aller s'installer à l'étranger.

L'EXÉCUTION DU MANDAT

Loi applicable à l'exécution

Les modalités d'exercice des pouvoirs de représentation sont soumises à la loi de l'Etat dans lequel ils sont exercés. Cela signifie qu'il faut s'intéresser à la loi du pays où le mandataire exerce ses pouvoirs, et non à la loi de résidence habituelle du mandant.

Ce qui peut aboutir à quelques discordances entre ce qui a pu être indiqué dans le mandat signé, et son exécution. Par exemple, si la loi française exige qu'une autorisation judiciaire soit obtenue pour vendre un immeuble situé en France : si la loi étrangère applicable ne l'exige pas, l'autorisation ne devrait pas être obtenue. Si la loi étrangère l'exige, elle devra être délivrée^[22].

Ces dispositions semblent cependant avoir été mises à mal par la réponse ministérielle précitée de 2018 qui prévoit que pour les français séjournant dans un Etat ayant adhéré à la convention de la Haye, « les modalités d'exercice du mandat de protection future sont régies par la loi du pays où le ressortissant a sa résidence habituelle ». Elle indique par ailleurs que si le ressortissant est domicilié dans un Etat non contractant à la convention, « et en l'absence de convention bilatérale spéciale, la mise en œuvre et l'exécution du mandat de protection future sont soumises aux règles de droit international privé local ». Cette interprétation a pu légitimement surprendre les commentateurs car elle vient contredire les dispositions de la Convention de la Haye et donc compliquer la mise en œuvre du mandat^[23]. Pour pallier ces difficultés, certains auteurs considèrent que la notion de « modalités d'exercice » issue de l'article 15.3 de la Convention, devrait être interprétée de manière restreinte. En effet, « l'étendue des pouvoirs » ne semble pas comprise dans ces termes, mais simplement des « points de détails^[24] ». De sorte que les questions d'étendue des pouvoirs seront bien régies par les articles 15.1 et 15.2.

L'hypothèse de la défaillance du mandataire

En droit français, la mission du mandataire est très encadrée : il doit rendre compte de sa mission^[25].

L'article 16 de la Convention de la Haye prévoit le retrait ou la modification des pouvoirs dans l'hypothèse de la défaillance du mandataire. On remarque alors une conciliation opportune entre le respect de la volonté individuelle exprimée par l'adulte et la protection effective de ce dernier. En effet, l'autorité compétente pourra effectuer des modifications des pouvoirs du représentant, ou lui substituer une protection selon sa loi que sous certaines conditions. Elle ne le

pourra que lorsque sera constatée une insuffisance de protection de la personne ou des biens du majeur, et devra en outre prendre en compte la loi évincée "dans la mesure du possible" (article 16). Cette disposition est intéressante à deux égards. D'abord, lorsque l'autorité compétente ne connaît pas la figure du mandat d'incapacité car elle permet d'assurer une protection de la volonté du majeur en limitant l'éviction des prévisions qui ont été faites. Ensuite, elle l'est également lorsque la loi désignée était lacunaire et n'envisageait pas l'hypothèse de la défaillance du mandataire^[26].

L'exécution et l'ordre public international

L'exécution du mandat pourra être empêchée par le pays dans lequel il est exécuté, quand bien même sa loi n'a pas été désignée, si elle porte atteinte à l'ordre public international de ce pays. C'est notamment le cas pour les prévisions contractuelles dont la validité ne fait pas l'objet d'un consensus entre les Etats contractants. Ainsi, les stipulations réglant le cas de l'acharnement thérapeutique pourraient par exemple être écartées en France quand bien même acceptées par la loi désignée dans le mandat^[27]. ◆

L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL PRIME ET PEUT EMPÊCHER CERTAINES DISPOSITIONS PRISES DE S'APPLIQUER (NOTAMMENT LES DIRECTIVES DE FIN DE VIE DÉCIDÉES PAR LE MANDANT).

Si nous devons conclure cette étude non exhaustive, soyons optimistes ! Le mandat de protection future est un bel outil, qui répond à une préoccupation plus que jamais d'actualité. Envisager sa signature permet aujourd'hui à l'adulte d'exprimer ses souhaits, aux familles d'échanger. Nous pouvons penser que la pratique permettra de le faire évoluer dans le bon sens, en comblant les lacunes existantes.