

Etats Généraux du Droit de la Famille et du Patrimoine 2022
Atelier du 7 mars 2022, 16h45-18h45

Intervenants : David NOGUERO (Professeur) / Alexandre NAVAUD (Notaire) / Clara SCHLEMMER (Avocate)

FOCUS SUR LES OUTILS D'ANTICIPATION DE LA VULNERABILITE

Note de synthèse de l'Atelier

L'anticipation de la vulnérabilité participe de l'objectif mis en avant par la Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009) de replacer le majeur vulnérable au cœur de sa protection. Il s'agit de permettre à toute personne, en pleine possession de ses facultés mentales, de décider de la manière dont s'organisera sa protection le jour où elle ne serait plus en mesure de pourvoir seule à ses intérêts.

L'objet de l'Atelier 13 était de dresser un panorama théorique et pratique des différents outils que le professionnel du Droit peut proposer à son client à des fins d'anticipation de sa vulnérabilité.

I. ANTICIPER UNE PROTECTION CONVENTIONNELLE

• **Le mandat de protection future (c. civ., art. 477 s.)**

En vertu du principe de subsidiarité des mesures de protection judiciaire, le mandat de protection future prime sur l'ouverture d'une mesure de protection judiciaire même lorsque le Juge des tutelles est déjà saisi à cette fin (Cass. civ. 1, 4 janvier 2017, n°15.28-669). Depuis la Loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, il prime sur tout autre mécanisme de protection (C. civ., art. 428). Mais aujourd'hui encore il ne fait l'objet d'aucune mesure de publicité (C. civ., art. 477-1, toujours en attente du Décret d'application), ce qui est une difficulté au stade de sa mise en œuvre comme de son exécution.

Le mandat de protection future consiste pour « toute personne majeure ou mineure émancipée ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle ou d'une habilitation familiale » à « charger une ou plusieurs personnes, par un même mandat, de la représenter pour le cas où, pour l'une des causes prévues à l'article 425, elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts. » (C. civ., art. 477). Il peut également être conclu pour autrui exclusivement sous la forme notariée.

Son intérêt réside dans la grande liberté laissée à la personne, en particulier dans le choix du mandataire (C. civ., art. 480). Il faut toutefois veiller à la forme du mandat, qui conditionne son étendue (seul le mandat notarié permettant de confier au mandataire le pouvoir d'accomplir des actes de disposition), et plus généralement à toutes les spécificités de la situation du mandant qui pourraient risquer de rendre son mandat de protection future inefficace (détermination de la sphère d'intervention du mandataire, nécessités particulières de gestion liées à la composition du patrimoine du mandant, risque d'opposition d'intérêts entre le mandant et le mandataire, risque d'empêchement du mandataire, etc.), d'où la nécessité d'un conseil très personnalisé lors de l'élaboration du mandat.

Le mandataire doit aussi être bien avisé de la responsabilité qui pèse sur lui, en particulier de veiller à l'évolution de la situation du mandant afin de mettre en œuvre le mandat de protection future en temps utile. Cette mise en œuvre nécessite en particulier la production d'un certificat médical et se fait auprès du greffe du Tribunal judiciaire, qui procède à un contrôle formel de la validité de l'instrument (CPC, art. 1258 s.). Elle ne peut être subordonnée à une condition de validité prévue par le droit français mais que n'impose pas le droit étranger sous l'empire duquel le mandat a été conclu (Cass. civ. 1, 27 janvier 2021, n°19-15059). Le refus éventuel de visa peut être contesté devant le Juge des tutelles. Une fois mis en œuvre, le mandat de protection future fonctionne comme une procuration générale. Il n'est pas incapacitant pour le mandant, ce qui est un écueil majeur de cette mesure de protection qui peut s'avérer insuffisante à protéger les intérêts du mandant.

Le mandat de protection future prend fin lorsque la protection qu'il mettait en œuvre devient inutile (rétablissement des facultés) ou impossible à mettre en œuvre (empêchement du mandataire), ou en cas de

révocation prononcée par le Juge des tutelles à la demande de tout intéressé « *lorsque l'exécution du mandat est de nature à porter atteinte aux intérêts du mandant* » (C. civ., art. 483). La mauvaise gestion caractérisée ou la poursuite d'intérêts contraires à ceux du mandant sont des motifs réguliers de révocation (Cass. civ. 1, 17 avril 2019, n°18-14250 ; Cass. civ. 1, 13 juin 2019, n°18-19079 ; CA Paris, 8 septembre 2021, n°RG 20/12766 ; CA Paris, 2 mars 2021, n° RG 19/18583).

- **Les autres mécanismes conventionnels**

D'autres instruments conventionnels déjà en place peuvent suffire à assurer la protection de la personne devenue vulnérable. Le mandat de droit commun, et notamment très classiquement la procuration bancaire, peut ainsi être utilement exploité (C. civ., art. 1984 s.). A la simplicité de tels mécanismes doivent toutefois être opposés les risques inhérents au fait qu'ils ne sont pas conçus spécifiquement pour la protection des majeurs vulnérables (mandat général nécessairement limité aux actes d'administration, contrôle dans l'exécution limité voire absent, possibilité pour le mandant de le révoquer à tout moment, etc.).

Un intérêt particulier doit également être porté à la fiducie-gestion (C. civ., art. 2011 s.), qui consiste pour *le constituant* à transférer à un *fiduciaire* la propriété temporaire et à usage déterminé d'un ensemble de biens et d'actifs, à charge pour ce dernier de le restituer au *bénéficiaire* (la personne à protéger). L'utilisation de cet outil comme instrument de protection des personnes vulnérables comporte des limites, liées notamment à son caractère essentiellement patrimonial (à l'exclusion de toute protection de la personne) et à l'impossibilité de transférer dans un patrimoine fiduciaire les biens du majeur sous tutelle (C. civ., art. 409-5°). Mais il offre une protection totale du patrimoine – en raison du transfert de propriété qu'il emporte – qui peut conduire à le recommander lorsque l'ampleur et la consistance de ce patrimoine s'y prêtent.

II. ANTICIPER UNE PROTECTION JUDICIAIRE

Le conseil donné pour l'anticipation de la vulnérabilité sera utilement complété d'une désignation anticipée de curateur ou de tuteur (pour soi ou pour autrui). En effet, « *la désignation par une personne d'une ou plusieurs personnes chargées d'exercer les fonctions de curateur ou de tuteur pour le cas où elle serait placée en curatelle ou en tutelle s'impose au juge, sauf si la personne désignée refuse la mission ou est dans l'impossibilité de l'exercer ou si l'intérêt de la personne protégée commande de l'écarter. En cas de difficulté, le juge statue.* » (C. civ., art. 448). Cette désignation est faite « *par une déclaration devant notaire ou par un acte écrit en entier, daté et signé de la main du majeur concerné.* » (CPC, art. 1255). Elle est pertinente même lorsqu'est prévue la signature d'un mandat de protection future, afin de « sauver » dans la mesure du possible la désignation du mandataire en cas d'échec de la mise en œuvre du mandat, en faisant échec au principe de primauté familiale qui devra sinon être appliqué par le Juge des tutelles.

En marge de ce conseil, a également été rappelée la possibilité d'anticiper le prononcé de l'ouverture d'une mesure de protection judiciaire pour le mineur dans la dernière année de sa minorité (C. civ., art. 429).

III. ANTICIPER SES SOINS ET SA FIN DE VIE

L'Ordonnance n°2020-232 du 11 mars 2020, et son Décret d'application n°2021-684 du 28 mai 2021, ont amélioré la cohérence du Code de la santé publique et du Code de l'Action sociale et des familles avec les règles posées par le Code civil. La tâche demeure néanmoins encore perfectible.

La personne malade, placée ou non sous un régime de protection juridique, est, en règle, autonome dans la prise de décisions relatives à sa santé. Mais ce principe cède nécessairement dans toutes les hypothèses où l'état de la personne est tel qu'il lui empêche d'exprimer sa volonté. Des dispositions spécifiques peuvent aussi prévoir une réglementation adaptée. Pour anticiper la situation dans laquelle la personne serait hors d'état de s'exprimer, il est utile de rappeler à ceux soucieux d'organiser la prise en charge des conséquences de leur vulnérabilité éventuelle, qu'ils peuvent :

- Désigner une « personne de confiance » (CSP, art. L. 1111-6) ;
- Etablir des « directives anticipées » (CSP, art. L. 1111-11).