

PERSONNES VULNÉRABLES

Un élan attendu pour le ma

» Une volonté publique de promouvoir le mandat de protection future, en particulier dans sa forme notariée, transparait nettement

» Un arrêt de la Cour de cassation vient conforter ce mouvement, tandis que certains conseillers patrimoniaux investissent l'outil

Par VALENTINE CLÉMENT

@ValentineClem
+ E-MAIL vclement@agefi.fr

Le mandat de protection

future (MPF) est une mesure d'anticipation qui permet à toute personne de désigner à l'avance, par acte notarié ou sous seing privé, une personne physique ou morale qui la représentera – pour gérer ses affaires tant personnelles que patrimoniales – en cas de survenance d'une incapacité, et ce sans intervention du juge. L'outil, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2009, ne rencontre pas le succès escompté ainsi que l'a récemment rappelé la Cour des comptes. Il permet pourtant d'éviter à une personne qu'un juge des tutelles décide de l'organisation de sa vie le jour où il devient vulnérable.

L'actualité récente montre un mouvement en faveur de cet instrument : le législateur, le Défenseur des droits dans son rapport 2016, le Conseil supérieur du notariat et, récemment, la Cour de cassation, le mettent en avant. Véritable outil d'anticipation patrimoniale, certains conseillers en gestion de patrimoine mettent en place des offres



NATHALIE PETERKA,
directrice, master 2 Protection
de la personne vulnérable,
Université Paris-Est Créteil

visant à accompagner le mandant dans la conception du mandat et le mandataire une fois le mandat actionné.

Le décret permettant la publicité du mandat est attendu.

En tout premier lieu, la loi d'Adaptation de la société au vieillissement du 28 décembre 2015 (1) a prévu de résoudre l'un des obstacles majeurs au bon développement de cet instrument, à savoir l'absence

de publicité. Un registre spécial (2) doit être créé. Cependant, les praticiens, et en particulier les juges des tutelles, sont toujours dans l'attente du décret en Conseil d'Etat qui doit en déterminer « les modalités et l'accès ». Le garde des Sceaux a indiqué, lors des Etats généraux du droit de la famille et du patrimoine organisés par le Conseil national des barreaux les 26 et 27 janvier derniers, que « le registre des mandats de protection future devrait voir le jour dans les prochaines semaines ».

En présence d'un tel registre, les juges sauront si un mandat a été réalisé avant de décider l'ouverture d'une curatelle ou d'une tutelle. Ils pourront ainsi faire prévaloir le MPF sur une mesure de protection judiciaire et appliquer ainsi le principe de subsidiarité (3) exprimé à l'article 428 alinéa 1^{er} du Code civil. L'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 4 janvier 2017 (4) en est l'exemple même puisque celui-ci n'aurait pas lieu d'être si une publicité avait été faite.

Une curatelle mise en place sans connaître l'existence du mandat de protection future.

En l'espèce, une personne est placée sous curatelle pour une durée de soixante mois le 1^{er} juillet 2014. Le juge avait été saisi par les trois fils de la personne vulnérable. Le jugement désigne un mandataire judiciaire à la protection des majeurs (MJPM) en qualité de curateur professionnel. Trois mois après, une tierce personne fait viser par le tribunal d'instance un MPF établi par la personne vulnérable devant notaire le 8 septembre 2009. Par requête du 27 octobre 2014, cette tierce personne, le mandataire à la protection future, demande au juge des tutelles de substituer le mandat de protection future à la mesure de curatelle. « A la lecture de la décision en appel, on comprend pourquoi le mandant n'avait pas signalé l'existence du mandat au moment de sa mise sous curatelle. En effet, ses fils avaient tenté de le placer sous tutelle des années auparavant et un non-lieu avait été prononcé. Le mandant avait ainsi rédigé un mandat pour contrer la volonté de ses fils de le voir soumis à une mesure judiciaire. Lors de la demande de placement sous curatelle, il espérait ainsi également un non-lieu », explique Nathalie Peterka, professeur à l'Université Paris-Est Créteil et notamment directrice du master 2 Protection de la personne vulnérable.

Un pourvoi des trois fils... La cour d'appel ne fait pas droit à la requête des fils qui demandaient la nullité du MPF et qui reprochaient au juge d'appel différents points : avoir fait droit à la demande de mise en œuvre de ce mandat, avoir écarté la révocation de ce mandat, et avoir dit qu'il n'y avait pas lieu à mesure de protection judiciaire. La cour d'appel écarte la révocation du MPF en

L'assistance de deux professionnels conforte le mandat

« L'intervention d'un avocat pour contrôler l'exécution du mandat et d'un notaire pour contrôler les comptes annuellement – ce qui est une obligation dans le cadre d'un mandat notarié – est un gage que le MPF est bien conçu. Il sera ainsi moins susceptible d'être révoqué. Selon la Cour d'appel de Paris, le fait que ces professionnels suivaient les affaires du mandant depuis

des décennies est un gage de confiance. Enfin, le fait que l'avocat et le notaire en question soient mariés n'est pas un indice de contrariété du mandat aux intérêts du mandant dès lors qu'ils ne sont pas supposés se contrôler mutuellement mais qu'ils exercent des missions de contrôle complémentaire sur la gestion du mandataire », commente Nathalie Peterka.

ndat de protection future

ce que le mandat litigieux ne va pas à l'encontre des intérêts du mandant, les juges soulignant qu'aucun élément ne permet de douter de la probité du mandataire et que le dispositif de contrôle de ce dernier avait été confié à deux professionnels du droit qui avaient la pleine confiance du mandant (*lire l'encadré*). A noter qu'en pratique les professionnels du patrimoine sont de plus en plus nombreux à se positionner pour accompagner le mandataire et le notaire dans leur rôle (*lire l'encadré ci-contre*).

Les trois fils forment un pourvoi au motif que l'ouverture d'une curatelle révoque le MPF et que le majeur sous curatelle ne peut mettre à exécution un MPF sans l'assistance de son curateur. Enfin, ils avancent que le MPF doit être révoqué s'il est de nature à porter atteinte aux intérêts du mandant.

... qui est rejeté en raison de la primauté du mandat de protection future. La Cour de cassation rejette ce pourvoi considérant, dans un premier temps, qu'il faut que le mandat ait été mis en œuvre pour que l'on puisse y mettre fin par l'ouverture d'une tutelle ou d'une curatelle. Or, en l'espèce, aucune mise en exécution du mandat n'avait été faite car son existence n'était pas connue du juge. Le registre spécial organisant la publicité du mandat de protection devrait permettre d'éviter cet écueil. Dans un second temps, la Cour de cassation rejette la demande de révocation du MPF en raison d'une exécution contraire aux intérêts du mandant. La Haute juridiction considère que le pourvoi ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine des juges du fond qui ont estimé que le mandat n'était pas contraire aux intérêts du mandant. « *Espérons que le même raisonnement, conforme au principe de subsidiarité, s'applique lorsqu'un mandat est actionné alors qu'une sauvegarde de justice a été mise en place le temps de l'instruction de la requête en vue de l'ouverture d'une tutelle*

Des CGP investissent le créneau

Face à l'absence d'engouement significatif pour cet outil qu'est le mandat de protection future, certains conseillers en gestion de patrimoine se positionnent pour aider à la constitution des mandats. « *En effet,*

si l'ouverture d'une tutelle ou d'une habilitation familiale est souvent subie, le MPF est un véritable outil de gestion patrimoniale et d'anticipation », indique Isabelle Roqueplo, consultante, La Curatelaire



ISABELLE
ROQUEPLO,
consultante,
La Curatelaire

d'effet : « *Nous apportons aux notaires les éléments patrimoniaux et d'organisation nécessaires à la constitution de mandats complexes ou sur mesure. Nous développons en effet une*

approche interprofessionnelle en lien avec les notaires et les banquiers privés en particulier. » Le family office Agami, propose de son côté d'être désigné dans le mandat pour accompagner le mandataire dans la gestion du patrimoine du mandant « *en lui permettant d'avoir une vision globale du patrimoine* », précisent François Simon, fondateur

d'Agami, et Clarisse Josse, responsable de l'ingénierie patrimoniale. « *Une tâche qui aura vocation à faciliter le travail annuel de contrôle des comptes qui incombe au notaire* », complètent-ils. Quant à Jacques Delestre, responsable du pôle « *personnes vulnérables* » au sein d'Olifan Group, il indique avoir lancé une offre au sein de son groupe fin 2016 afin d'équiper les 5.000 clients. « *Notre valeur ajoutée en tant que CGP vient de notre capacité à enrichir le contenu de ce mandat, ceci afin qu'il soit bien exécutable le moment venu. Par exemple, il faudra s'assurer que le contrat d'assurance vie est bien nommément visé dans le mandat pour qu'il soit exécutable.* »

ou d'une curatelle. Dans tous les cas, c'est un premier pas vers le respect du principe de subsidiarité », conclut Nathalie Peterka.

Un rapport du défenseur des droits en faveur de la protection de la capacité juridique. Pour David Noguéro, professeur de droit à Paris Descartes et notamment directeur du Master 2 Activités de santé et responsabilités, dans une note publiée le 26 janvier 2017 (5), c'est un arrêt qui permet de « *mieux saisir l'articulation des types de protection et [affiche] la volonté politique de la Cour de cassation afin de conforter la priorité de l'instrument conventionnel, en écho au rapport de septembre 2016 du Défenseur des droits [...]* ». Dans ce rapport, intitulé « *protection juridique des majeurs vulnérables* », le défenseur des droits rappelle la nécessité de protéger une personne sans la priver de sa capacité juridique.

« *Le Défenseur des droits ne fait que se mettre en conformité avec la convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées (6) qui pose le principe du maintien de la capacité juridique de la personne vulnérable* », commente Nathalie Peterka. Pour mémoire, le mandant conserve sa capacité dans le MPF, contrairement à la personne sous tutelle par exemple. L'efficacité de la protection du MPF est d'ailleurs mis en doute par certains commentateurs sur ce point.

Répondant à ces propos, Olivier Chomono, directeur de La Curatelaire, cabinet de conseil consacré à la protection du patrimoine de la personne vulnérable, indique que « *si l'on considère que le mandant doit conserver sa capacité, c'est parce qu'il s'agit d'une protection conventionnelle qui doit promouvoir la capacité résiduelle du mandant le jour venu et ne pas l'inscrire brutalement dans une incapacité totale*

→ d'exercice de ses droits. Si le mandat n'assure pas suffisamment sa protection ou si le mandant est entouré de prédateurs abusant de sa faiblesse, il sera évidemment possible de demander l'ouverture d'une mesure de protection complémentaire au mandat, ou même passer à la tutelle ».

Mise en avant du mandat notarié.

Par ailleurs, le Défenseur des droits se dit favorable au MPF réalisé par un notaire en ce qu'il permet de sécuriser le mandat. La forme notariée est contrôlée par le notaire annuellement une fois mis en œuvre et a également pour atout de permettre au mandataire de réaliser des actes de disposition, à savoir ceux qui nécessitent l'autorisation du juge des tutelles dans une tutelle judiciaire, sauf quelques exceptions. S'il a pu être reproché aux notaires de ne pas suffisamment faire la promotion de cet outil – ils sont peu rémunérés en la matière –,

le Conseil supérieur du notariat semble s'atteler à le faire davantage connaître auprès des notaires et du public (lire l'encadré de Damien Brac de la Perrière ci-dessous). A noter que dans son rapport, le Défenseur des droits indique que la tenue du registre spécial, dont on attend le décret, « devrait être confiée aux notaires » et « devra être accessible aux juges qui devront le consulter avant toute décision de mesure de protection ».

Renforcer l'efficacité du mandat par une homologation.

Autre recommandation du Défenseur des droits : faire intervenir le juge lors de la mise en exécution du mandat afin de de « vérifier le passage du majeur protégé de l'aptitude à l'inaptitude et ce, par voie d'homologation, ainsi que cela se pratique, notamment au Québec, dont la France s'est inspirée pour introduire le mandat de protection future dans sa législation ». David

Noguero va plus loin et préconise une autre homologation, au moment de l'élaboration du mandat, afin de « vérifier qu'il s'agit bien d'une véritable œuvre d'anticipation et non d'un abus d'influence au dernier moment ». L'idée est ainsi de renforcer l'efficacité du mandat pour lui donner toute sa force et éviter sa remise en cause.

La Cour des comptes dénonce le non-développement du mandat.

A noter que la Cour des comptes, dans son rapport relatif à « La protection juridique des majeurs » de septembre 2016, regrette que le MPF soit si peu utilisé, alors qu'il s'agissait d'« une pièce maîtresse de l'effort de déjudiciarisation entrepris par la réforme ». Elle indique que seulement « 3.209 MPF ont pris effet entre 2009 et 2015 ; ils concernent à 80 % des personnes de plus de 80 ans ». L'institution souligne pourtant l'utilité d'un tel instrument : une meilleure anticipation de la prise en charge des personnes dépendantes, et éviter « une privation de droit non discutée avec les intéressés ». Il permet d'éviter à une personne qu'un juge des tutelles décide de l'organisation de sa vie le jour où elle devient vulnérable, relève-t-elle. **a**

Le mandat de protection ne devrait pas rester longtemps confidentiel

« Si, pour l'instant, le mandat de protection future ne connaît pas le développement escompté et semble même rester un acte très confidentiel, c'est parce qu'il reste encore ignoré du grand public. La mesure de protection est taboue car le citoyen



DAMIEN BRAC DE LA PERRIÈRE,
directeur des affaires
juridiques, Conseil
supérieur du notariat

ne voit que les cas de mise sous tutelle ou curatelle. Parler de sa propre protection, de sa propre situation de dépendance n'est jamais chose facile. Le terrain contractuel a beau exister, encore faut-il faire évoluer les mentalités. Par ailleurs, sur le plan technique, certains magistrats prononcent des mesures de protection classiques parce qu'ils n'ont pas connaissance de l'existence d'un mandat de protection future de la personne qu'on lui demande de protéger, sauf information que pourrait lui donner une personne proche.

En effet, malgré la demande des notaires depuis 2006, il n'existe toujours pas de registre des mandats de protection futurs non effectifs qui serait consultable par les magistrats avant toute mesure de sauvegarde, de curatelle ou de tutelle de la personne.

En outre, nous avons peut-être, les uns et les autres, tendance à considérer que le mandat de protection future s'adresse plus particulièrement à des personnes âgées et à des personnes handicapées. Or, un tel mandat concerne tout le monde, notamment les chefs d'entreprise. D'ailleurs, les banquiers commencent à réagir et demandent aux dirigeants d'entreprise s'ils ont prévu des mesures en cas d'accident de leur part les empêchant de conduire les intérêts de leur entreprise. Le mandat de protection future trouve ici une utilité certaine et s'avère

indirectement être le plus sûr protecteur des salariés de l'entreprise. Par ailleurs, lorsque les mandats de protection actuellement signés (par les notaires mais aussi par d'autres) auront un commencement d'exécution, le public aura plus facilement connaissance de l'utilité de cette protection contractuelle qui sera alors plus visible. A noter que le notariat ne tarit pas d'efforts pour mener à bien formations et informations relatives à cet outil. Il a même mené une action d'information à Paris, lors d'un colloque destiné aux notaires, le 3 mai 2016, puis à l'ensemble des responsables de régions, le 8 juillet, en vue de relayer le message partout en France. Il a participé à des colloques organisés par d'autres professions sur le même thème pour sensibiliser le public à ce mode de protection. Actuellement, le nombre de mandats dans les offices serait de l'ordre de 9.500. »

(1) Loi n°2015-1776.

(2) Article 477-1 du Code civil.

(3) L'un des objectifs de la loi réformant le droit des majeurs protégés du 5 mars 2007 (1) est de réaffirmer et de renforcer le principe de subsidiarité des mesures de protection judiciaire, celles-ci ne devant intervenir que si les règles du droit commun de la représentation, celles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux ou encore celles des régimes matrimoniaux, ou une autre mesure de protection judiciaire moins contraignante ou le mandat de protection future conclu par l'intéressé ne suffisent pas pour pourvoir aux intérêts du mandant.

(4) N°15-28669.

(5) N°4 du 26 janvier 2017 (pp. 191-197, Priorité affichée du mandat de protection future sur la mesure judiciaire malgré le défaut de publicité par le refus de nullité et de révocation).

(6) Convention du 13 décembre 2006, ratifiée par la France, elle est entrée en vigueur le 20 mars 2010.