



# le mandat de protection future : ingénieux et méconnu

publié le **09/05/2012**, vu **12337 fois**, Auteur : [La Tutelle et Vous](#)

**Le mandat de protection future est une des grandes innovations de la loi du 5 mars 2007. Ingénieux, ce contrat devait permettre à chacun d'entre nous, de régler à l'avance, en possession de notre pleine capacité, les conséquences de notre propre vulnérabilité et de notre incapacité future. Ce contrat, véritable testament de vie, devait également désengorger les tribunaux d'instance et laisser le champ libre à l'autonomie de la personne et à la liberté contractuelle. Seulement voilà. On ne dénombre à ce jour que 5.000 mandats de protection future signés et seulement 538 ayant effectivement pris effet. Pourquoi l'engouement attendu n'est pas en rendez-vous ? comment sortir de l'impasse et donner à cet outil son efficacité ?**

## I – Les incohérences juridiques du mandat de protection future

Le mandat de protection future est un contrat entre un mandant, donneur d'ordre, et un mandataire, exécutant. Les articles 1984 et suivants du Code Civil définissent le mandat et ses conditions d'application. Ainsi, l'article 1984 du Code Civil prévoit que : « *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* ».

Or, plutôt que de figurer au chapitre du mandat, le législateur de 2007 a inséré le mandat de protection future dans la rubrique « mesures de protection ».

Ainsi l'article 477 du Code Civil qui institue le mandat de protection future s'appuie expressément sur l'article 425 du Code Civil qui prévoit les causes d'ouverture d'une mesure de protection.

En clair, le mandat de protection future est donc une mesure alternative aux autres mesures de protection que sont la tutelle, la curatelle ou la sauvegarde de justice.

Il prend effet de la même manière, c'est-à-dire dès lors qu'une altération mentale ou physique empêchant l'expression de la volonté a été constatée médicalement par un expert inscrit sur la liste du Procureur.

La première incohérence réside dans le fait que le mandat est un contrat ce qui veut dire que le mandant dispose de sa pleine capacité juridique lorsqu'il rédige et signe le mandat, mais la conserve au moment de l'exécution du mandat.

Il peut mettre fin au mandat, conclure d'autres actes qui ne seraient pas listés dans le mandat ou changer de mandataire, alors que dans l'exécution d'une mesure de protection, le majeur ne peut par principe plus agir seul.

Une fois le mandat de protection future mis en œuvre, le mandant n'aura donc plus, en pratique, la

totalité de sa capacité juridique alors que juridiquement, il la conserve pleinement. En clair, un mandant qui, en l'absence de mandat, serait placé sous tutelle va pouvoir continuer de faire des actes, qui seraient nuls de plein droit s'il était sous tutelle.

**Autre incohérence** : le principe du mandat fondé sur la liberté contractuelle exclut donc toute intervention du juge et toute publicité.

Or, un mandat de protection future est très éloigné d'un mandat civil classique puisqu'il vise à définir non seulement la protection des biens mais aussi celle de la personne.

Le mandat de protection future s'inscrit bien dans le droit des incapacités puisqu'il traite de la personne et sûrement pas dans le droit des contrats.

Il s'agit d'un mandat qui confère des pouvoirs exorbitants au mandataire sans qu'aucun contrôle a priori ne puisse être exercé, ce qui crée une importante insécurité juridique.

**Ce qui nous amène à évoquer deux autres failles dans la mise en œuvre du mandat :**

1) Seul un certificat médical d'un médecin inscrit sur la liste du Procureur enregistré auprès du greffe du juge des tutelles permet de mettre en œuvre le mandat ; or, à la différence du certificat médical nécessaire l'ouverture d'une mesure de protection qui, lui, doit être circonstancié (article 431 du Code Civil), c'est-à-dire détaillé et expliquant clairement la pathologie du majeur et la préconisation de la mesure, le certificat médical, condition suffisante permettant d'actionner un mandat de protection future peut être tout à fait laconique sur la pathologie ;

2) Le greffe enregistre le mandat mais aucun registre n'est tenu empêchant ainsi toute publicité du mandat. De même, le notaire rédacteur habituel du mandat ne tient pas de fichier central comme il peut en exister pour les dernières volontés, ce qui entraîne une grave insécurité juridique pour les tiers.

En effet, le mandant conserve sa capacité juridique et peut donc conclure des actes sans que les tiers n'en soient informés.

**Le greffier peut-il refuser d'enregistrer le mandat ? où commence et où s'arrête le contrôle du greffier ?**

En théorie, le greffier n'a qu'un rôle formel d'enregistrement (article 1258 du Code de Procédure Civile) et ne doit donc pas apprécier le contenu du certificat médical qui lui est remis par le mandataire.

Le mandant doit être présent lors de l'enregistrement au greffe mais son absence peut être excusée lorsque le certificat médical le stipule expressément.

Si le greffier refuse l'enregistrement parce qu'il soupçonne une anomalie ou parce que le mandant semble s'opposer à la mise en œuvre de son mandat, le juge des tutelles est alors saisi de ce refus.

Le greffier ne va-t-il pas au-delà de son rôle de contrôle formel dans ce cas? sans aucun doute.

Si le juge confirme ce refus, le mandataire comme le mandant ne disposent d'aucun recours contre cette décision de refus, ce qui est juridiquement une atteinte grave au droit de recours contre une décision de justice.

De même, le juge des tutelles peut être saisi d'une demande d'ouverture de mesure de protection

alors qu'un mandat existe ou qu'il a été d'ores et déjà mis en œuvre.

## **Que doit faire le juge ?**

Si le mandat n'a pas été activé, le juge doit apprécier si la personne désignée dans le mandat, le mandataire, peut exercer une mesure judiciaire (curatelle ou tutelle).

En vertu du principe de subsidiarité édicté par la loi du 5 mars 2007, le juge peut également inviter le requérant à mettre en œuvre le mandat qui devra donc s'imposer à toute mesure judiciaire que pourrait prononcer le juge.

Si en revanche, une mesure a été prononcée, et qu'un mandat a été activé pendant la procédure de mise sous protection qui peut prendre plusieurs mois, le juge des tutelles peut soupçonner que le mandat a été activé pour faire échec à la procédure judiciaire.

Toutefois, le principe de subsidiarité s'appliquant, le juge ne pourra pas annuler le mandat. Il pourra toutefois le suspendre pendant la mesure de sauvegarde.

Il peut aussi prononcer une mesure en présence d'un mandat de protection future, aboutissant à la coexistence de deux mandataires, ce qui reste très théorique et peu souhaitable en pratique.

Si le mandat s'impose au juge, ce dernier peut en revanche intervenir dans son exécution

L'article 479 du Code Civil prévoit que « *lorsque le mandat s'étend à la protection de la personne, les droits et obligations du mandataire sont définis par les articles 457-1 à 459-2. Toute stipulation contraire est réputée non écrite* ».

Ainsi, le juge des tutelles peut intervenir à la demande de la famille par exemple dans le choix du mandataire sur le fondement de l'article 459-2 du Code Civil.

Or, le mandant au moment du choix qu'il fait de son futur mandataire jouissait de sa pleine capacité juridique et ce choix devrait donc être respecté. Encore une fois, le renvoi aux dispositions clés applicables aux mesures de protection (et qui concernent spécifiquement la personne) indique bien que nous ne sommes pas en matière contractuelle mais en matière d'incapacités des personnes, et ajoute à l'incohérence juridique du mandat.

## **II – 8 pistes de réflexion pour améliorer le mandat de protection future**

### **1) Supprimer le terme « Mandat »**

La référence au « mandat » implique l'existence d'un mécanisme contractuel. Or, le mandant n'a plus sa capacité juridique pleine et entière au moment de l'exécution du mandat. Le législateur considère déjà que le mandat de protection future est une mesure de protection alternative puisqu'elle figure sous ce chapitre dans le Code Civil. Le majeur ne devrait plus conserver sa pleine capacité juridique au moment de l'exécution du mandat.

### **2) Imposer un délai maximum entre la signature et la mise en œuvre du mandat**

Peut-on tout prévoir, tout contrôler, tout anticiper jusqu'au choix de son mandataire et la confiance que l'on place en lui des années à l'avance ?

C'est sûrement la question à laquelle nul ne peut répondre sans anxiété et qui pèse sur le succès du mandat de protection future.

Les professionnels s'accordent à penser qu'à l'issue d'un délai de trois ans à compter de la date

de signature, le mandat devrait soit être renouvelé (voire modifier) soit, à défaut, devenir caduc.

Ainsi, les modalités de la mesure pourraient évoluer avec le mandant et coller au plus près de sa volonté au moment de son exécution.

### **3) Prévoir des conditions supplémentaires d'ouverture du mandat**

Nous l'avons vu le greffier du juge des tutelles n'exerce, a priori, qu'un contrôle de forme en enregistrant le certificat médical permettant d'actionner le mandat.

Cependant, le greffier outrepassa bien souvent ses attributions pour exercer un véritable contrôle dans l'intérêt de la personne à protéger et refuser d'enregistrer un mandat.

Le mandat pourrait prévoir des conditions supplémentaires d'ouverture qui s'ajouteraient au nécessaire certificat médical, qui seraient librement choisies par le mandant au moment de la rédaction du contrat et qui s'imposeraient au greffier.

### **4) Associer davantage la famille**

Le mandat semble avoir été détourné de sa vocation initiale d'être conclu dans des circonstances sereines.

Souvent, le mandant a tenté d'échapper à une future emprise familiale ou à des conflits plus ou moins latents entre enfants.

Or, c'est précisément parce que les enfants sont exclus du mécanisme décisionnel qu'ils remettent en cause le mandat et le choix du mandataire devant le juge des tutelles.

Associer les enfants aux décisions graves prévues dans le mandat, comme les ventes de biens, permettrait précisément d'éviter l'intervention du juge et de juguler les conflits à venir

### **5) Imposer la publicité du mandat**

Le mandat de protection future doit faire l'objet d'une publicité, comme la tutelle ou la curatelle qui sont inscrites en marge des actes de naissance. Un fichier devrait être tenu par les notaires, rédacteurs habituels de ces mandats, ce qui assurerait une sécurité juridique vis-à-vis des tiers.

Le juge des tutelles pourrait également se dessaisir automatiquement d'une demande de mise sous protection en présence d'un mandat ou enjoindre le requérant à mettre en œuvre le mandat.

### **6) Le mandat doit placer la personne au cœur du dispositif**

Le mandat pourrait permettre de prévoir les conditions d'un placement en établissement. La culpabilité des enfants face à ce choix serait atténuée par une volonté expresse indiquée par le mandant.

On pourrait imaginer dans le même ordre idée, que le mandat pourrait permettre d'assurer le respect des volontés testamentaires, secrètes, du mandant.

Ainsi, le mandat pourrait prévoir de vendre certains biens en priorité et d'en conserver d'autres qui feraient l'objet d'un testament. Le mandant pourrait alors s'assurer qu'une fois ses capacités mentales altérées, le mandataire respectera à la lettre ce qui est prévu dans le mandat.

### **7) Accroître le rôle des avocats dans la rédaction des mandats**

Aujourd'hui, la plupart des mandats sont notariés et échappent au contrôle du juge puisque les actes de disposition comme les ventes, les donations n'ont pas besoin d'être autorisés par le juge.

Or, les notaires contrôlent peu ou pas les comptes de gestion et le risque que certains actes graves ayant un impact irrémédiable sur le patrimoine du mandant soient passés, peut être élevé.

En revanche, quand le mandat est rédigé par l'avocat, tous les actes de disposition doivent impérativement être autorisés par le juge. Ainsi, les actes graves sont assurés de toujours être contrôlés ce qui permet d'assurer une sérénité du mandant et de son mandataire lors de l'exécution du mandat. Le mandataire est moins exposé dans sa gestion puisqu'il pourra exercer seul les mesures qui n'affectent pas le patrimoine du mandant.

### **8) Réhabiliter l'article 448 du Code Civil comme alternative au mandat de protection de future**

L'article 448 du Code Civil prévoit que : *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 ».*

Cet article prévoit déjà la possibilité de désigner de façon anticipée son protecteur et cette désignation s'impose au juge.

Le périmètre est ici judiciaire et non contractuel, mais consacre la place du choix du protecteur par le majeur. S'en remettre ensuite au mécanisme des mesures de protection et au contrôle du juge permet d'assurer une sérénité du majeur et d'éviter la tâche bien difficile de tout anticiper.

Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs ont un rôle clé à jouer ici, face à des familles de plus en plus réfractaires à assumer le rôle de protecteur, disposées à confier les intérêts de leur parent, avec son assentiment, à un professionnel.

Le 9 mai 2012

Me Thierry Rouziès – Avocat au Barreau de Paris