

N° 8133¹

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2022-2023

PROJET DE LOI

relatif au mandat de protection future portant modification :
1° du Nouveau Code de procédure civile, et
2° de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire

* * *

AVIS COMMUN

**de la Cour d'appel, du Parquet général, du Parquet
de Tribunal d'arrondissement de Diekirch, du Parquet
du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, du
Tribunal d'arrondissement de Diekirch et du Tribunal
d'arrondissement de Luxembourg**

(12.5.2023)

I. CONSIDERATIONS GENERALES :

1. Contexte général

Selon la volonté politique, le droit national de la protection des majeurs devrait connaître une refonte complète¹. Or, l'actuel projet de loi entend introduire uniquement une mesure extrajudiciaire en complément des mesures judiciaires existantes, sans pour autant procéder d'ores et déjà à la prédite refonte complète. Il faut se demander si la scission entre la réforme annoncée sur les mesures de protection existantes (tutelle, curatelle, sauvegarde de justice) et l'introduction du nouvel outil de protection extrajudiciaire que constitue le mandat de protection futur, ne risque pas d'engendrer de sérieuses incohérences.

Par l'introduction du mandat de protection future en droit luxembourgeois, le Ministre de la Justice propose un régime de protection extrajudiciaire, inspiré des législations étrangères, qui s'inscrit dans un contexte général d'extension de la contractualisation du droit des personnes.

Le phénomène du vieillissement de la population et l'altération des facultés mentales ou physiques qui touchera à l'avenir encore une plus grande partie de la société, est au cœur des préoccupations internationales et européennes et a amené de plus en plus d'Etats à légiférer, en mettant en place des mécanismes permettant aux personnes d'anticiper leur vulnérabilité future.

Face à cet essor mondial d'une protection conventionnelle anticipée, le Ministre de la Justice luxembourgeois s'est vu dans l'obligation d'agir, en proposant de créer son propre outil de protection extrajudiciaire.

¹ exposé des motifs p. 22, paragraphe 2 : Le présent projet de loi met également en œuvre un des éléments de l'Accord de Coalition 2018-2023⁸ et plus précisément : « *La législation nationale sera adaptée en vue de la mettre en conformité avec les standards définis par la Convention de l'ONU relative aux droits de la protection des personnes handicapées. Il sera procédé à une refonte complète du droit national de la protection des majeurs avec pour finalité le renforcement de l'autonomie des personnes sous le coup d'une mesure de protection. La Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes sera ratifiée. Les personnes et institutions qui assument la responsabilité d'être tuteurs verront leurs activités mieux définies sur le plan juridique, institutionnel et matériel.* ».

Les auteurs du présent projet de loi se sont essentiellement inspirés de la réforme française en la matière, qui a vu le jour aux termes d'une loi n°2007-308 du 5 mars 2007, ultérieurement modifiée à plusieurs reprises.

Néanmoins, à ce jour, l'utilisation du mandat de protection future en France n'a pas rencontré le succès escompté et il n'en est fait usage que de manière marginale². Les causes de cet échec résultent notamment de la lourdeur du mécanisme et du fait que le législateur français n'a pas voulu en faire un régime d'incapacité. Pour anticiper leur vulnérabilité, une grande partie des Français continuent dès lors de se tourner vers d'autres mesures, dont l'habilitation familiale³ ou encore la simple procuration générale de droit commun.

Le fait de ne viser que la transposition partielle du mécanisme français en y injectant en parallèle certains éléments du droit belge, a pour résultat que le mécanisme proposé par les auteurs du présent projet de loi est largement lacunaire et truffé d'illogismes.

Les soussignés s'expliqueront sur ces points plus en détail dans le cadre des développements repris ci-dessous.

2. Philosophie du mandat de protection future

Le mandat de protection future, tel que défini par les auteurs projet sous avis, est un contrat qui permet à une personne, appelée « mandant », d'anticiper la perte éventuelle de ses capacités, en désignant, par avance, une autre personne, appelée « mandataire », qui sera chargée de sa protection à partir du moment où elle ne sera plus apte à s'occuper seule de la gestion de ses affaires et de sa personne.

Cet outil a donc pour aspiration de permettre à toute personne d'anticiper sa propre dépendance selon sa volonté individuelle.

L'objectif visé par les auteurs du projet de loi, tel qu'il ressort de l'exposé des motifs, est de déjudiciariser la protection des personnes vulnérables et de renforcer l'autonomie de tout un chacun.

Au premier abord un tel régime peut paraître avantageux en ce qu'il laisse toute liberté aux personnes d'organiser leur propre protection, au lieu de leur faire subir une mesure de protection judiciaire, perçue comme étant liberticide *per se*, et synonyme de « *mort sociale* ».

Si l'idée directrice poursuivie, à savoir l'instauration d'une mesure qui « *place la personne au centre du régime de protection et met l'accent sur la volonté individuelle* »⁴, est donc à aviser favorablement, il n'en reste pas moins que le régime de protection extrajudiciaire, tel que proposé par le projet de loi dans sa teneur actuelle, fait preuve de failles et de lacunes considérables qui sont de nature à rendre cette nouvelle mesure de protection inopérante et en partie même dangereuse.

L'analyse du projet sous avis permet ainsi de mettre en exergue les problèmes majeurs au niveau, notamment, de la cohérence et de la sécurité juridique, du rôle du juge des tutelles ou encore de la procédure applicable.

Les soussignés soulignent qu'ils estiment que le mécanisme proposé mérite d'être repensé dans son ensemble, c'est-à-dire, tant au niveau des principes généraux que de son exécution pratique. Il en va de la cohérence et de la sécurité juridiques en général, mais également, et surtout, de l'intérêt des

2 La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 43, 28 Octobre 2022, act. 1002, Mandat de protection future : les notaires proposent de lever les freins à son développement ; (...) le communiqué pointe qu'il reste faiblement utilisé en proportion du nombre de personnes susceptibles d'être concernées : moins de 20 000 mandats établis par an, et moins de 1 000 mis en œuvre chaque année. Un dispositif orphelin, donc, peu connu, peu promu, peu facile à mettre en œuvre.

3 Jurisclasseur Code Civil, Art. 494-1 à 494-12, Fasc. Unique : MAJEURS PROTÉGÉS – Habilitation familiale. – Mesure de protection juridique, Points-clés : L'habilitation familiale est la cinquième mesure de protection juridique. (...) l'habilitation familiale est prononcée par jugement. Le juge des contentieux de la protection, statuant en qualité de juge des tutelles, doit constater l'impossibilité d'une personne majeure de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération de ses facultés personnelles médicalement constatée. Spéciale ou générale, l'habilitation familiale dessaisit la personne protégée à hauteur des pouvoirs attribués à la personne habilitée. L'entente familiale qui préside au prononcé de cette mesure de protection juridique, justifie un exercice simplifié des pouvoirs d'assistance ou de représentation attribués à la personne habilitée.

4 exposé des motifs page 19 paragraphe 3 : Cette mesure place la personne au centre du régime de protection et met l'accent sur la volonté individuelle. Le mandat de protection future constitue un dispositif civil librement choisi et personnalisé donnant à chacun le pouvoir d'anticiper et d'organiser lui-même le cadre spécifique de sa protection future. L'objectif du mandat de protection future est laissé à l'initiative individuelle de la personne. Elle est libre de définir l'étendue de la mission, les droits et devoirs confiés au mandataire ainsi que de fixer les limites.

personnes vulnérables dont il faudra, à tout prix, éviter qu'elles ne soient exposées sans protection aucune, à des personnes malveillantes qui, sous couvert d'un mandat de protection future, pourront s'adonner « en toute légalité » à des abus de faiblesse en tous genres, sans pouvoir être inquiétées.

3. Exposé succinct des principaux problèmes

Le succès et l'efficacité du mandat de protection future sera, de l'avis des soussignés, tributaire de la manière de résoudre les problèmes soulevés ci-après.

a. Le maintien de la capacité juridique après la prise d'effet du mandat de protection future : source d'incohérence et d'insécurité juridique

Avec le mandat de protection future, les auteurs du projet de loi projettent de mettre en place un régime de représentation et non d'incapacité (article 3 (3) du projet sous avis).

Le projet de loi prône ainsi la place de l'individu au centre de la mesure, la liberté contractuelle et l'absence de contrôle judiciaire.

L'exposé des motifs, page 19 paragraphe 5, précise que « *La personne placée sous mandat de protection future ne perd pas sa capacité juridique, même si, de fait, elle n'est plus en état de faire des actes⁵.* »

Le mécanisme du mandat de protection future, tel qu'il est actuellement proposé, prévoit donc qu'au moment de la mise en œuvre du mandat, le mandant ne perd pas sa capacité, mais confère seulement au mandataire le droit d'agir en son nom et pour son compte.

Lorsque le mandat est actionné, le mandataire reste donc, peu importe l'importance de l'altération de ses facultés cognitives ou corporelles, pleinement en droit d'accomplir tout acte de gestion et de disposition de son patrimoine, et cela même si, de facto, il n'est plus capable d'agir.

Un tel mécanisme paraît juridiquement incohérent, alors que d'un côté le mandant aura désigné un mandataire pour le représenter à partir du moment où il perdra ses facultés mentales ou physiques, mais que de l'autre côté il conservera cependant la capacité de conclure seul ces mêmes actes, pour lesquels il aura donné mandat de représentation.

L'exposé des motifs, page 19 paragraphe 5, poursuit « *Cet instrument peut ainsi être assimilé à une procuration générale donnée par un majeur à un tiers pour gérer ses biens et prendre soin de sa personne, sans pour autant que cette procuration ne lui retire le droit de continuer à agir lui-même, seul ou avec l'assistance du mandataire. La capacité juridique de la personne protégée est ainsi maintenue tout au long de l'exécution du mandat de protection future.* »

Le mandat de protection future est donc, à première vue et aux termes de l'exposé des motifs précité, censé être une forme de mandat de droit commun. Or, à un second coup d'œil, le mandat de protection future poursuit une logique toute opposée : ainsi, en droit commun, l'altération des facultés du mandant, cause de l'ouverture de la tutelle et donc de la perte de la capacité juridique du mandant, constitue, en principe, aux termes de l'article 2003 du Code civil⁶, une cause d'extinction du mandat. A l'opposé, cette même altération des facultés du mandant est à l'origine de l'activation du mandat de protection future.

Quoi qu'il en soit, l'anticipation d'une représentation n'est pas automatiquement synonyme de protection. Autrement dit, le mécanisme de la procuration générale, à lui seul, ne procure, après l'incapacité avérée du mandant, aucune garantie de préservation des intérêts de ce dernier.

Or, l'objectif premier et exclusif de l'innovation législative visée par l'institution du mandat de protection future, devrait toutefois être la protection des personnes vulnérables à travers un mécanisme conventionnel se distinguant réellement du mandat de droit commun sous cet aspect.

⁵ passage souligné par les soussignés

⁶ Article 2003 du Code civil: Le mandat finit par la révocation ou la renonciation du mandataire, par la tutelle des majeurs, la faillite et toute procédure analogue ainsi que par le décès du mandant ou du mandataire, à moins qu'il n'ait été convenu du contraire ou que le contraire ne résulte de l'affaire.

Par les développements qui précèdent les soussignés entendent souligner et mettre en garde qu'il paraît, d'un point de vue juridique, difficilement concevable qu'une personne, dont l'inaptitude a été constatée par un certificat médical circonstancié, puisse garder sa pleine capacité juridique.

En effet, dans de telles conditions, comment une personne peut-elle être qualifiée de juridiquement capable et continuer à passer des actes d'administration et de disposition ?

L'approche des auteurs du projet de loi se heurte d'ailleurs à la théorie juridique de la validité d'actes conclus par une personne saine d'esprit et capable d'exprimer son consentement libre et éclairé. Une application de cette théorie se retrouve notamment dans les diverses dispositions de droit commun liées aux sanctions civiles des vices du consentement. Cet ensemble de règles pose comme postulat que pour contracter, il faut être en possession de ses pleines capacités. Autrement dit, l'insanité d'esprit est une cause de nullité de tout contrat.

Qu'en est-il alors de la protection de ces personnes vulnérables, dont l'altération des capacités a été constatée par un médecin ?

Quelle sécurité existe-t-il pour les tiers à l'acte ?

Tant les articles du projet de loi sous avis que l'exposé des motifs ou le commentaire des articles restent muets sur ces points.

Le mécanisme, tel que préconisé par les auteurs du projet, se limite à prévoir que des actes passés par une personne dont le mandat a pris effet sont fragilisés, en ce qu'ils pourront faire l'objet d'actions en rescision et en annulation. Or, ce remède, *a posteriori*, est largement insuffisant.

Si donc le mandat de protection future est mis en place tel que proposé actuellement, il est à craindre qu'il créera une insécurité juridique de taille, vu l'égalité des pouvoirs du mandant et du mandataire pour des actes de gestion ou de disposition passés sur un même bien.

Un tel outil, en l'absence de tout contrôle ou garantie *a priori* au profit de la personne à protéger, risque dès lors d'ouvrir bien grande la porte à toutes sortes d'abus sur des personnes en situation de faiblesse avérée.

Il est par conséquent à craindre que le régime conventionnel prévu par le projet de loi sous avis risque, *in fine*, de se retourner contre les personnes vulnérables qu'il est pourtant censé protéger.

Par ailleurs tout tiers, cocontractant d'un mandant ayant passé un engagement pendant la durée de l'exécution du mandat de protection future, risque de voir annuler l'engagement contracté, même s'il était de bonne foi lors de la conclusion du contrat.

Les soussignés s'interrogent dès lors s'il ne serait pas souhaitable que le juge des tutelles soit amené à intervenir au moment de la prise d'effet du mandat et si, d'un point de vue juridique, il ne serait pas préférable, voire indispensable, qu'à ce moment-là, s'opère la perte de la capacité juridique du mandant, à l'instar de ce qu'a prévu le législateur français dans le cadre de la mesure d'habilitation familiale introduite en droit français en 2016.

Si néanmoins la volonté des auteurs du projet de loi est de laisser pleine capacité juridique à tous, même s'il est établi qu'à partir de la prise d'effet du mandat de protection future, ces personnes ne sont plus en état de pourvoir seules à leurs intérêts en totalité ou en partie, alors, afin de pallier au mieux à cette incohérence juridique patente, il faudra veiller à ce que le système mis en place soit de nature à prévoir des garanties *a priori* sans failles.

Il faudra que soit garanti que les personnes en situation de faiblesse ne puissent, d'une part, exercer leurs droits ni contre eux-mêmes ni contre des tiers et, d'autre part, qu'ils ne soient pas exposés à des abus, faute de contrôle et de garanties adaptés.

b. L'inscription du mandat de protection future au répertoire civil : les compétences et pouvoirs du préposé restent à être clarifiés

L'importance de la publicité du mandat de protection future au répertoire civil est indiscutable (article 8 du projet de loi sous avis).

Les soussignés s'interrogent cependant sur les compétences et pouvoirs concrets du préposé du répertoire civil.

Le préposé doit-il prendre inspection et apprécier le contenu du mandat, vérifier la capacité du mandant et du mandataire ou encore examiner le certificat médical annexé au mandat de protection future qui lui sera soumis ?

Peut-il refuser le mandat et/ou le certificat médical ?

Dans l'affirmative, sous quelles conditions un tel refus s'opère-t-il et quelles en seront, le cas échéant, les conséquences ?

Dans la négative, qui contrôle, qui apprécie si le mandat et/ou le certificat médical suffisent aux exigences de la loi ?

Le préposé du répertoire civil ne saurait, de l'avis des soussignés, être investi des compétences et pouvoirs que la version actuelle du projet de loi est susceptible de lui attribuer. Des clarifications et reformulations s'imposent.

c. Les certificats médicaux exigés lors de la conclusion, de la modification et de la prise d'effet du mandat de protection future : une garantie essentielle qui doit être implantée dans un cadre sécurisé

Les certificats médicaux à joindre au mandat de protection future, tant au moment de la conclusion que de la prise d'effet du mandat, sont l'un des éléments-clés de tout mécanisme de protection d'une personne vulnérable. Il s'ensuit qu'une rigueur toute particulière devra être de mise lors de la rédaction des dispositions y relatives.

A l'instar de ce qui est prévu pour la mise en œuvre du mandat de protection future (article 10 2° du projet sous avis), il faudrait exiger, lors de la conclusion du mandat, un certificat médical circonstancié, ne datant pas de plus de deux mois, établi par un médecin spécialiste en neurologie, neuropsychiatrie, psychiatrie gériatrie ou médecine interne. Sur ce point il est à préciser que les spécialités médicales à prendre en considération devraient être passées en revue avec un représentant de l'Ordre des médecins, afin de garantir que les spécialités énumérées, recopiées des dispositions applicables dans le cadre des mesures de protection judiciaire⁷, soient toujours en phase avec les différents titres de formations médicales spécialisées visés.

La référence au « médecin traitant », terme vague et susceptible d'induire en erreur, devra être abandonnée.

Par ailleurs, la seule exigence d'un certificat d'un médecin généraliste, non outillé pour procéder aux examens médicaux qui s'imposent, s'avère insuffisante. La production d'un certificat établi par un médecin spécialiste est donc indispensable.

Finalement il est encore à déplorer, et de surcroît parfaitement incompréhensible, qu'aucun certificat médical ne soit exigé lors de la conclusion d'un mandat de protection par acte notarié, alors même que c'est précisément le mandat établi par acte authentique, qui est de nature à conférer les pouvoirs les plus larges et exorbitants au mandataire (article 10 sub 1° du projet sous avis).

De l'avis des soussignés il serait, en tout état de cause (tant pour les mesures judiciaires qu'extrajudiciaires), largement préférable de prévoir, à l'instar du système français, une liste de médecins inscrits auprès du Procureur d'Etat, habilités à délivrer des certificats relatifs à la constatation de l'altération des facultés mentales ou corporelles des personnes majeures susceptibles de faire l'objet d'une mesure de protection, devant être consultés pour l'établissement des certificats prévus à l'article 10 du projet de loi sous avis.

Un tel cadre serait indubitablement dans le meilleur intérêt des personnes en situation de faiblesse et permettrait de prévoir, entre autres, que les médecins admis sur cette liste soient tenus de suivre une formation, ou encore qu'ils soient invités à être disponibles pour se transporter au domicile des personnes devenues incapables de se déplacer.

d. La forme et le contenu du mandat de protection future

Une caractéristique essentielle du mandat de protection future prévue par le projet de loi est la possibilité laissée aux personnes de conclure ce mandat, soit par acte notarié, soit par acte sous seing privé. Selon la forme du mandat, l'étendue des pouvoirs du mandataire varie fortement.

⁷ Article 491-1 du Code civil

Ainsi, dès lors que le mandat est conclu par **acte notarié**, le mandant peut confier les mêmes actes au mandataire que le tuteur est autorisé à accomplir seul ou avec l'autorisation du juge des tutelles, y compris les actes de disposition.

Autrement dit, le mandataire pourra, dans ce cas de figure, être autorisé à représenter le tuteur dans pratiquement tout acte d'administration et de disposition de son patrimoine.

Les auteurs du projet de loi ont, sous ce point, prévu une seule limite, à savoir que tout acte de disposition à titre gratuit ne pourra être accompli qu'avec l'autorisation du juge des tutelles. Cette exclusion a été insérée dans un souci d'éviter des donations abusives ou sous influence, notamment au profit du mandataire.

Lorsque le mandat est conclu par **acte sous seing privé**, il peut seulement porter sur des actes d'administration et des actes conservatoires opérés dans le cadre de la gestion du patrimoine. Le mandat est alors limité aux actes qu'un tuteur peut faire sans autorisation du juge des tutelles.

Cette forme de mandat semble dès lors faire l'objet d'une certaine méfiance de la part des auteurs du projet de loi en ce que le mandataire s'y voit doter de beaucoup moins de pouvoirs que dans le cadre du mandat notarié.

Vu l'absence de tout contrôle *a priori* du contenu du mandat de protection sous seing privé, les soussignés s'interrogent sur les raisons qui ont poussé les auteurs du projet de loi à s'abstenir de suivre le législateur français, qui prévoit que cette forme de mandat devra être établie selon un modèle prédéfini.

L'élaboration d'un tel modèle serait assurément dans l'intérêt des personnes enclines à établir un mandat de protection future sous seing privé, étant donné qu'elles auraient alors à leur disposition un formulaire prédéfini et une notice explicative leur permettant de rédiger un mandat répondant aux exigences de la loi. Faute d'un quelconque contrôle lors de l'élaboration d'un mandat sous seing privé, un tel formulaire serait également de nature à pallier à bien des litiges ultérieurs sur le contenu du mandat.

Les observations qui précèdent mènent au constat que, selon, les auteurs du projet de loi, l'intérêt du mandat de protection future notarié est précisément de permettre au mandataire de conclure tous types d'actes, dont des actes de disposition. Cette faculté, aussi respectueuse de la liberté contractuelle et du droit d'autodétention soit-elle, constitue néanmoins l'un des dangers majeurs de ce mécanisme de protection extrajudiciaire, puisque le mandataire peut, de ce fait, disposer de tous les biens du mandant sans que l'accord de ce dernier ne doive plus être réclamé.

Cette différence de l'étendue des pouvoirs selon la forme du mandat a été transposée du droit français avec une nuance néanmoins, qui est de taille.

En effet, en France, dans le cadre d'un mandat authentique, en contrepartie des pouvoirs élargis pouvant être attribués au mandataire, ce dernier est tenu de rendre compte de sa gestion au notaire ayant établi l'acte. Le mandataire est dès lors tenu de remettre, une fois par an, l'inventaire des biens du mandant ainsi qu'un compte annuel au notaire, qui est obligé de les contrôler. En France, c'est donc le notaire qui effectue un contrôle régulier de la bonne exécution du mandat et auquel incombe l'obligation de dénoncer toute irrégularité éventuelle au juge.

Dès lors que le projet de loi sous avis ne prévoit cependant aucun contrôle par le notaire, se pose la question de la justification de la différence de l'étendue des pouvoirs pouvant être conférés au mandataire selon la forme du mandat choisi, respectivement s'il ne faudrait pas, dans ce cadre, prévoir un contrôle à l'instar du système français.

Ni l'exposé des motifs ni le commentaire des articles du projet de loi sous avis n'expliquent le choix et la motivation des auteurs du projet de loi à la transposition incomplète des dispositions françaises et l'absence d'un quelconque autre contrôle du mandataire.

De l'avis des soussignés, la raison de la différence de l'étendue des pouvoirs du mandataire selon la forme du mandat ni ne s'explique, ni ne se justifie. Des modifications s'imposent donc à cet égard.

Les soussignés donnent d'ailleurs à considérer qu'en France, le Conseil supérieur du notariat a proposé, entre autre, de faire du mandat de protection future un acte exclusivement notarié et de confier au notaire le soin de constater également la prise d'effet du mandat de protection future.⁸

e. *Le rôle du juge des tutelles*

Le mandat de protection future est défini comme mécanisme extrajudiciaire de protection et la place du juge des tutelles est voulue subsidiaire.

Dans cette logique, et étant donné que la philosophie du projet de loi sous avis est de faire préserver au mandant, dont les facultés sont altérées, sa capacité juridique, aucun contrôle *a priori* du contenu du mandat n'est prévu.

Néanmoins, l'analyse des différents articles du projet de loi sous avis montre que les interventions *a posteriori* du juge des tutelles sont nombreuses et variées, en sorte qu'*in fine* le mandat de protection future s'apparente à un dispositif conventionnel sous contrôle judiciaire.

L'entrée en scène du juge des tutelles se fera d'une part dans le cadre d'interventions ponctuelles pour pallier aux limites du mandat et d'autre part dans le cadre d'interventions liées au contrôle de l'exécution du mandat et de la rescision ou de l'annulation d'actes passés par le mandant.

Le rôle du juge est à reconsidérer.

Tel qu'il a déjà été souligné plus haut, il serait, de l'avis des soussignés plus opportun et efficace de prévoir, au moment de la mise en œuvre du mandat de protection future un contrôle judiciaire tant du mandat que de la perte des capacités juridiques du mandant. Un tel mécanisme aurait le mérite d'offrir un contrôle *a priori* au mandant dont l'altération des capacités est établie et de restreindre les interventions *a posteriori* du juge.

f. *La saisine du juge des tutelles : absence de procédure adaptée*

Aux termes du projet de loi sous avis, la saisine du juge des tutelles se fait sur le fondement des articles 1080 et suivants du Nouveau Code de procédure civile.

Les auteurs du projet de loi entendent donc faire application, pour le mandat de protection future, de la procédure prévue lors de l'ouverture d'une mesure de tutelle ou de curatelle, sans autres précisions.

Or, la seule lecture des articles 1080 et suivants du Nouveau Code de procédure civile⁹ montre que ces dispositions ne sont tout simplement pas transposables à l'hypothèse d'une saisine du juge des tutelles dans le cadre du mandat de protection future.

Il est en effet un non-sens de prévoir que toute requête en matière de mandat de protection future devra être accompagnée d'un certificat médical délivré par un médecin spécialiste ou encore que le juge des tutelles devra procéder à l'audition de la personne visée dans la requête.

8 La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 43, 28 Octobre 2022, act. 1002, Mandat de protection future : les notaires proposent de lever les freins à son développement : (...) Pour y remédier, le CSN formule 7 propositions : mettre en place une mesure de publicité du mandat de protection future ; confier au notaire le soin de constater la prise d'effet du mandat de protection future ; faire de ce mandat un acte exclusivement notarié ; faciliter sa circulation hors les frontières ; autoriser conventionnellement les actes de disposition relatifs au logement de la personne protégée ; élargir l'objet du mandat à l'assistance ; contractualiser l'obligation du mandataire d'établir les comptes de sa gestion et mutualiser les opérations de contrôle.

9 Art. 1080 du Nouveau Code de procédure civile : La requête aux fins de tutelle énonce les faits qui paraissent appeler cette protection. Elle est accompagnée d'un certificat délivré par un médecin spécialiste. (...)

Art. 1081 : Le juge des tutelles entend la personne visée dans la requête et lui donne connaissance de la procédure introduite.

(...)

Art. 1084 : Le juge peut, soit d'office, soit à la requête des parties ou du ministère public, décider toute mesure d'information. Il peut notamment faire procéder à une enquête sociale ou à des constatations par telle personne de son choix. (...)

Art. 1086 : Le dossier est transmis au procureur d'Etat un mois avant la date fixée pour l'audience. Quinze jours avant cette date, le procureur d'Etat le renvoie au greffe avec son avis écrit. (...)

Art. 1087 : A l'audience, le conseil du requérant et celui de la personne à protéger, s'il en a été désigné, sont successivement entendus dans leurs observations. Le juge entend, s'il l'estime à propos, le requérant et la personne à protéger. Le procureur d'Etat est présent et est entendu en ses conclusions.

Il faudra dès lors impérativement prévoir une procédure de saisine du juge des tutelles adaptée au mandat de protection future, impliquant notamment le mandant et le mandataire comme parties au procès, fixant les délais de convocation et désignant les personnes ayant accès au dossier et ceux auxquelles les décisions devront être à notifiées.

Les auteurs du projet de loi auraient pu facilement s'inspirer des articles 1259-3 et suivants du Code de procédure civile français¹⁰, mais l'exposé des motifs et le commentaire des articles du projet de loi sous avis restent muets sur les raisons de cette omission.

g. Compétences et pouvoirs du juge des tutelles

Dans un souci de fragiliser les actes qui seraient passés par le mandant, qui, de fait, n'est plus en état de faire des actes¹¹, l'introduction d'une action en rescision pour simple lésion des actes passés et engagements contractés par le mandant, a été prévue par le projet de loi.

Cette disposition a été reprise du droit français, sauf que les auteurs du projet de loi luxembourgeois entendent donner entière compétence au juge des tutelles en la matière.¹²

De ce fait le juge des tutelles se verra attribuer de nouvelles compétences et ses pouvoirs seront largement étendus.

Le juge des tutelles qui, jusqu'à présent, dans le cadre des mesures de protection judiciaire, était dessaisi du dossier au décès du majeur protégé, pourra désormais, même après le décès du mandant, toujours être saisi de diverses actions par les héritiers du mandant. De plus, ses compétences seront étendues à des matières, dont notamment l'annulation d'actes divers et variés, qui, jusqu'à présent, étaient réservées aux tribunaux civils, siégeant en composition collégiale à trois juges.

De l'avis des soussignés une telle extension des pouvoirs du juge des tutelles n'est aucunement justifiée et encore moins souhaitable.

Cette divergence entre les dispositions du présent projet de loi et le droit français résulte-t-elle d'une mauvaise lecture de l'article 488 du Code civil français par les auteurs du projet sous avis ou s'agit-il d'un choix délibéré ? L'exposé des motifs et le commentaire des articles n'en fournissent pas la réponse.

*

¹⁰ article 1259-3 du Code de procédure civile français : La saisine du juge sur le fondement des articles 479, 480, 484 ou 493 du code civil s'effectue par requête remise ou adressée au greffe. La requête indique les nom, prénom et adresse du mandant ou du bénéficiaire du mandat lorsque celui-ci n'est pas le mandant et du mandataire.

Le juge territorialement compétent est celui de la résidence habituelle du mandant ou du bénéficiaire du mandat lorsque celui-ci n'est pas le mandant.

Dans les quinze jours de la requête, le greffe adresse une convocation à l'audience au mandat ou au bénéficiaire du mandat lorsque celui-ci n'est pas le mandant et au mandataire par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, à laquelle est jointe une copie de la requête.

Toutefois, lorsqu'il résulte de celle-ci que seule la dernière adresse du mandant ou du bénéficiaire du mandat lorsque celui-ci n'est pas le mandant ou du mandataire est connue, le greffe invite le requérant à procéder par voie de signification.

Le greffe avise par tous moyens le requérant des lieu, jour et heure de l'audience.

Les parties se défendent elles-mêmes ; elles ont la faculté de se faire assister ou représenter par un avocat.

La procédure est orale.

Les dispositions des articles 1231 et 1239 sont applicables.

¹¹ exposé des motifs page 19 paragraphe 5 : La personne placée sous le mandat de protection future ne perd pas sa capacité juridique, mêmes de fait, elle n'est plus en état de faire des actes.

¹² Pour comparaison :

L'article 488 du Code civil français dispose : « 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. »

L'article 23 du projet de loi sous avis dispose, « Les actes passés et les engagements contractés par le mandant, pendant la durée de l'exécution du mandai de protection future, peuvent être rescindés pour simple lésion ou réduits en cas d'excès alors même qu'ils pourraient être annulés en venu de l'article 489 du Code civil.

Le juge des tutelles prend notamment en considération l'utilité ou l'inutilité de l'opération, l'importance ou la consistance du patrimoine du mandant et la bonne ou mauvaise foi de ceux avec qui il a contracté. L'action n'appartient qu'il la personne protégée et, après sa mort, à ses héritiers. Elle s'éteint par le délai prévu à l'article 1304 du Code Civil. »

II. OBSERVATIONS QUANT AUX DIFFERENTS ARTICLES DU PROJET DE LOI :

Titre Ier – Dispositions communes relatives au mandat de protection future

Chapitre 1er – Dispositions générales

Ad article 1 : Objet et principes

Le paragraphe 1^{er} de l'article 1 définit la nouvelle mesure qui sera susceptible de s'appliquer à la personne et aux biens de la personne majeure hors d'état de pourvoir seule à ses intérêts et qui aura antérieurement désigné un ou plusieurs mandataires.

Il faut constater que ce champ d'application du mandat de protection extrajudiciaire est bien plus étendu que celui prévu dans le cadre des mesures de protection, judiciaire lequel ne s'applique qu'aux seuls biens de la personne majeure à protéger.

Le défaut d'harmonisation du champ d'application de ces deux sortes de mesures peut amener à une situation où, conformément à l'article 22 du projet de loi, le juge des tutelles substitue une mesure de protection judiciaire au mandat de protection future, sans pour autant que le curateur/tuteur ainsi nommé, ne sera en charge de la gestion de la protection de la personne du majeur hors d'état de pourvoir seul à ses intérêts, mais uniquement de la gestion des biens de ce dernier.

Le second paragraphe de cet article prévoit que le contenu de la loi projetée est d'ordre public sauf dispositions légales contraires.

Par souci de prévisibilité et de sécurité juridique, les soussignés préconisent un renversement de l'approche proposée, en ce sens que la loi devrait indiquer précisément les dispositions auxquelles les juges peuvent conférer le caractère d'ordre public.

Ad article 2 : Objectifs

L'intitulé de l'article 2 n'est ni adapté au contenu de l'article, ni n'a-t-il sa place dans la partie normative d'une loi, alors que, par essence, « l'objectif » de toute règle de droit doit se retrouver à l'exposé des motifs.

Par ailleurs le libellé, qui est inspiré de l'article 425 du Code civil français, devrait, le cas échéant, être revu, dans la mesure où la disposition française s'applique à toutes les mesures de protection, tant judiciaires qu'extrajudiciaires, et non seulement au mandat de protection future.

La première phrase du second alinéa de l'article 2 est une redite du second alinéa du paragraphe 1^{er} de l'article 1^{er}. Il serait dès lors plus lisible d'envisager la suppression du second alinéa de l'article 2, tout en portant ajout de la seconde phrase dudit alinéa au second alinéa du paragraphe 1^{er} de l'article 1^{er}.

Ad article 3 : Mandant

Il se déduit du paragraphe 1^{er} de l'article 3 que le mandant ne devra ni disposer de la nationalité luxembourgeoise, ni résider sur le territoire luxembourgeois. Se pose la question de l'utilité d'une telle ouverture et ce d'autant plus qu'elle risquera de contrecarrer les dispositions contenues à l'article 5 de la Convention de La Haye sur la protection internationale des personnes adultes, lesquelles prévoient que « 1. Les autorités, tant judiciaires qu'administratives, de l'Etat 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 Etat contractant, sont compétentes les autorités de l'Etat de la nouvelle résidence habituelle ».

Se poseront indubitablement des questions de droit international privé et de droit comparé lorsque différentes législations, éventuellement incompatibles entre elles, seront susceptibles de s'appliquer à la protection d'une même personne.

Le deuxième paragraphe qui institue le mandat pour autrui omet de définir la notion de « tiers en charge (...) d'une personne handicapée ».

L'expression de « personne handicapée » est à bannir du présent texte de loi. Il y aurait lieu d'écrire « une personne majeure », la mesure n'étant censée agir que lorsque « l'enfant » ne pourrait plus pourvoir seul à ses intérêts « pour l'une des causes prévues à l'article 2, paragraphe 1^{er}, du présent

[projet] de loi ». En désignant en plus « l'enfant », les auteurs du projet de loi excluent *ipso facto* toute autre personne qui pourrait être à la charge d'un « tiers en charge », ce qui ne paraît pas correspondre au but recherché. Il y aurait dès lors lieu de remplacer « cet enfant » par « cette personne ». La référence faite à l'article 2 devrait être remplacée par la formule : « se trouve 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 ».

Finalement, il y aurait encore lieu de préciser que « la désignation prend effet à compter du jour où le mandant, respectivement le dernier parent survivant, décède ou ne peut plus prendre soin de la personne majeure ».

Il sera exposé plus loin que les soussignés sont d'avis, contrairement à ce qui est proposé à l'article 3 du texte projeté, que l'annulation d'un acte conclu pendant l'exécution du mandat de protection future devra être recherchée devant le tribunal civil et non devant le juge des tutelles.

Il est en effet à souligner que même dans l'hypothèse d'une procédure de protection judiciaire, l'appréciation de la validité des contrats continue à relever de la compétence du juge civil.

Notons à cet égard que le législateur français a expressément maintenu cette compétence ordinaire (devant les tribunaux civils) en cas de demande d'annulation d'un acte conclu pendant l'exécution du mandat de protection future¹³.

Ad article 4 : Forme du mandat de protection future

La rédaction de cet article n'appelle pas de commentaire particulier. Une réponse devra toutefois être fournie au traitement réservé aux tiers de bonne foi, protégés par les dispositions de l'article 2009 du Code civil¹⁴, visé par le paragraphe 2 de l'article 4 projeté. Les soussignés estiment en effet que cette approche (exécution des engagements à l'égard des tiers de bonne foi) se heurte à la possibilité de rescision pour simple lésion ou de réduction en cas d'excès prévue à l'article 23 du projet de loi.

Ad article 5 : Contenu du mandat de protection future

Le paragraphe 1^{er} de cet article est superflu et devrait être supprimé, tout comme le second alinéa de son deuxième paragraphe, qui est redondant par rapport à l'alinéa 1^{er} du même paragraphe, tout en relativisant l'obligation de prévoir les modalités de contrôle de l'exécution du mandat, en la déclassant en simple faculté.

Le paragraphe 3 porte sur le principe de la gratuité de l'exécution du mandat de protection future, tout en prévoyant la possibilité de fixer une indemnité. Au 2^{ème} alinéa, la possibilité d'une « indemnité en complément » est prévue. Il faut tout d'abord constater que cette « indemnité en complément » n'est pas envisagée lorsque le mandat doit s'exercer gratuitement. Les auteurs du projet de loi devraient expliquer leur choix d'exclure une telle indemnité exceptionnelle dans le cadre d'un mandat gratuit pour des actes « impliquant des diligences particulièrement longues ou complexes ». Ensuite, il y a lieu de constater qu'en offrant la possibilité au mandataire de toucher dans certaines circonstances une « indemnité en complément » il est porté entorse au principe de l'autonomie de la volonté contractuelle des parties. Si une telle adaptation ultérieure au niveau de la rémunération peut encore se justifier à condition qu'elle ait été envisagée lors de la signature du mandat, il faut néanmoins se poser la question si l'ingérence du juge des tutelles s'impose, alors que le mandat de protection future devrait être avant tout une mesure extrajudiciaire qui s'exécute sans l'intervention du juge. En tout état de cause faudrait-il que le texte de loi indique clairement qui peut trancher cette question, soit le juge des tutelles, soit le contrôleur, et encore suivant quelle procédure.

Le paragraphe 5 dispose de la juridiction compétente. Les soussignés donnent à considérer que la juridiction du lieu de la résidence du majeur à protéger est la mieux outillée pour statuer sur les éventuelles questions qui se posent dans l'exécution du mandat de protection future. Il est renvoyé à ce sujet aux développements sous l'article 3 du projet de loi, ainsi qu'à l'article 5 de la Convention de

¹³ article 488 du Code civil français : *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.*

¹⁴ article 2009 du Code civil : Dans les cas ci-dessus, les engagements du mandataire sont exécutés à l'égard des tiers qui sont de bonne foi.

La Haye sur la protection internationale des personnes adultes. Des difficultés considérables peuvent en effet se présenter si la juridiction saisie d'une question d'exécution du mandat de protection future ne se trouve pas dans le même Etat que celui où le mandat de protection future est inscrit au répertoire civil (comment le juge étranger pourrait avoir accès à ce répertoire ?) ou encore dans celui où la personne à protéger réside (comment s'assurer de la présence de cette personne vulnérable devant la juridiction, de son audition par le juge étranger ou encore de son examen par un médecin ?).

Ad article 6 : Mandataire

Les soussignés se demandent si le fait que « *les personnes à l'égard desquelles a été prise une mesure de protection extrajudiciaire* » ne figurent pas à l'énumération opérée sous le paragraphe (3), qui vise les personnes ne pouvant être désignées sous peine de nullité comme mandataire, est dû à un oubli des auteurs du présent projet de loi ou s'il s'agit, au contraire, d'une omission délibérée. Dans ce dernier cas il serait utile que ce choix soit expliqué dans le cadre du commentaire des articles.

Concernant le point 4°, on pourrait, le cas échéant, envisager de ne soumettre à l'interdiction prévue à l'article 6 (3) 4° que les professionnels rémunérés ayant été chargés de l'élaboration et de la rédaction du mandat de protection future. Si au contraire la volonté des auteurs du projet est d'interdire la nomination en qualité de mandataire un enfant ou un proche, qui a conseillé et aidé le mandant à rédiger le mandat, il faudrait le préciser clairement.

Eu égard à l'interdiction énoncée au point 6 de l'article 6 (3), ne conviendrait-il pas de prévoir une procédure de consultation du casier judiciaire des personnes désignées en tant que mandataires ? En outre, la liste des infractions mettant en échec la désignation en qualité de mandataire ne devrait pas être limitative, ou inclure pour le moins les violences faites aux personnes. Il peut paraître, à titre d'exemple, totalement inadapté de désigner une personne qui s'est rendue coupable de coups et blessures sur la personne du mandant.

Par ailleurs, il y a lieu de relever que chaque faillite frauduleuse est par définition constitutive de l'infraction de banqueroute.

Ad article 7 : Contrôleur

Concernant l'article 7 (2) 3° et 4°, les soussignés renvoient à leurs remarques formulées sous l'article 6 (3) aux points 5 et 6.

Ne faudrait-il pas, à l'instar de ce qui est prévu à l'article 6, mentionner également le « mineur non émancipé » ?

Le paragraphe 3 exige que le contrôleur dispose d'une autorisation d'établissement, sans aucune autre précision notamment quant à l'activité poursuivie par l'entreprise. Le commentaire des articles ne fournit pas non plus de précisions à ce sujet.

Chapitre 2 – Inscription et prise d'effet du mandat de protection future

Ad article 8 : Inscription du mandat de protection future au répertoire civil

Les auteurs du projet érigent l'inscription du mandat de protection future au répertoire civil en condition de validité. Il s'agira d'une condition parmi d'autres, vu les exigences de validité inscrites sous le chapitre I.

L'inscription étant censée être faite au répertoire civil tenu par le Parquet général, se pose la question du rôle du préposé du répertoire civil au moment de l'inscription du mandat de protection future et des diligences à fournir par lui.

Actuellement le Titre XVI du Nouveau Code de procédure civile traite du répertoire civil sous les articles 1126 à 1130, introduits par règlement grand-ducal du 31 décembre 1982¹⁵.

Sous maintien des observations ci-avant formulées aux considérations générales sous le point 3.b., ainsi que celles émises ci-après sous l'article 9 (prise d'effet du mandat de protection future) et l'article 10 (certificats médicaux), le préposé pourra tout au plus procéder à l'inscription du mandat de protection future et du certificat médical, ainsi qu'à leur conservation subséquente, le tout sans s'adonner à d'autres examens. En tout cas, les articles 1126 à 1130 du Nouveau Code de procédure civile ne lui confèrent pas de pouvoir allant au-delà.

Ou devra-il pouvoir procéder à des vérifications sommaires ? Lesquelles ? La vérification si le mandat de protection future porte date et signatures ? La vérification si le certificat médical est dressé endéans les deux mois à partir de la date du mandat de protection future ? Quid si le mandat de protection future est daté et signé mais que le certificat médical n'est pas daté ou porte une date dépassant le délai de deux mois ?

Les soussignés sont d'avis que la publicité du mandat de protection future au répertoire civil ne fait de sens que si un contrôle de validité du mandat de protection future est prévu. Ce contrôle devrait se faire par le juge des tutelles, ne serait-ce que de manière sommaire.

Des clarifications législatives y relatives s'imposent dès lors.

Finale­ment, les soussignés renvoient au commentaire des articles sous l'article 8, les auteurs du projet disant que par exception à l'article 1129 du Nouveau Code de procédure civile (disposant que des copies des extraits conservés au répertoire peuvent être délivrés à tout requérant) et à l'article 9 du présent projet (disposant que des attestations de prise d'effet du mandat de protection future peuvent être délivrées à toute personne justifiant d'un intérêt légitime), le notaire, les signataires du mandat de protection future et le juge des tutelles peuvent consulter le répertoire civil.

Les auteurs du projet ont toutefois omis d'intégrer la consultation du répertoire civil réservée au notaire, aux signataires du mandat de protection future et au juge des tutelles dans l'énoncé même de l'article 8.

Aussi, s'impose la remarque qu'aucune explication n'est fournie, ni à l'exposé des motifs, ni au commentaire des articles, pourquoi une attestation d'inscription du mandat de protection future ne devrait pas pouvoir être délivrée à toute personne justifiant d'un intérêt légitime.

Ad article 9 : Prise d'effet du mandat de protection future

Les auteurs du projet proposent qu'aux fins de prise d'effet du mandat de protection future, « *le mandataire produit au répertoire civil auprès du Parquet général copie du mandat de protection future et un certificat médical circonstancié prévu à l'article 10, paragraphe 2, ne datant pas de plus de deux mois.* »

Une première observation s'impose dans la mesure où les auteurs du projet de loi restent en défaut d'expliquer l'utilité du dépôt d'une copie du mandat de protection future, alors qu'il fut déjà déposé

¹⁵ Art. 1126 : Les extraits des actes et jugements qui doivent être conservés au répertoire civil sont classés au parquet général.

Le préposé indique sur un registre, jour par jour et par ordre numérique, les documents qui lui ont été transmis par application de l'alinéa précédent.

Art. 1127 : La publicité des actes et jugements conservés au répertoire civil est assurée par une inscription dans un fichier, mécanique ou informatique, au nom de la personne protégée. Cette inscription indique le numéro sous lequel l'acte ou le jugement a été inscrit dans le registre prévu à l'alinéa 2 de l'article précédent.

An. 1128 : Lorsque le jugement à publier est un jugement mettant fin à tout régime de protection d'un majeur, un jugement rejetant une demande de séparation de biens ou de retrait de pouvoirs entre conjoints, un jugement restituant à un conjoint les pouvoirs qui lui avaient été retirés ou un jugement rejetant une demande de liquidation anticipée de la créance de participation aux acquêts, l'inscription au fichier est complétée d'office par l'indication qu'elle emporte radiation des inscriptions antérieures.

L'indication de la radiation peut également être portée à la suite des inscriptions prévues lorsque la partie intéressée rapporte la preuve soit d'un désistement, soit d'une extinction d'action, soit d'une péremption d'instance.

Art. 1129 : Des copies des extraits conservés au répertoire civil peuvent être délivrées à tout requérant. Lorsqu'une indication de radiation a été portée sur le fichier, les copies des extraits conservés au répertoire civil ne peuvent être délivrées que sur autorisation du procureur général d'Etat.

Art. 1130 : Lorsque l'inscription concerne une personne née à l'étranger ou un ressortissant étranger, le préposé en avise le Ministère des Affaires Etrangères.

en original au moment de son inscription. Ils ne s'expriment pas non plus sur le sort à réserver par le préposé du répertoire civil à ladite copie.

Pour le surplus, il est primordial de souligner que la prise d'effet du mandat de protection future est le moment charnière du mécanisme de protection proposé. La question de la prise d'effet est donc cruciale.

Le critère déterminant et déclencheur à la fois est exclusivement lié au constat que la personne à protéger ne peut plus pourvoir seule à ses besoins. L'incapacité de pourvoir seul à ses besoins devra être médicalement constatée. Les observations des soussignés en relation avec le certificat médical sont formulées sous l'article 10 des présentes.

Or, se pose nécessairement la question de la nature des besoins à laquelle la personne ne peut plus pourvoir, tout comme celle de l'étendue du mandat. A titre d'exemple et pour une meilleure compréhension : si le mandat est limité à la représentation pour le seul cas de figure de la cécité future du mandant et si le certificat médical constate la seule incapacité du mandat de se déplacer physiquement, le mandat de protection future devra-t-il prendre effet ? On dirait que non. Or, qui l'appréciera ?

Si le seul dépôt d'un certificat médical, attestant sommairement d'une incapacité cognitive et/ou corporelle, ensemble le dépôt du mandat de protection future, peuvent entraîner la prise d'effet du mandat de protection future, la porte pour tout pensable abus sera grandement ouverte et le contentieux judiciaire qui s'en suivra sera d'envergure.

Sinon, qui vérifiera quoi et comment ?

En tout cas, la mission du préposé du répertoire civil ne saurait comporter d'autres diligences que celles du constat du dépôt du certificat médical et, le cas échéant, du dépôt d'une copie du mandat de protection future. Il n'a pas les compétences pour vérifier le contenu ni du certificat médical, ni du mandat de protection future, et d'en discuter leurs contenus respectifs.

Il tombe sous le sens que l'on ne saura faire endosser au préposé du répertoire civil la charge d'apprécier si les incapacités médicalement constatées mettent la personne sous protection effectivement dans l'impossibilité de pourvoir elle-même aux diligences qu'elle a entendu déléguer à son représentant, et si elles exigent la prise d'effet du mandat.

Les soussignés, sous peine de se répéter, soulignent que tout dépend de l'étendue du mandat et de la mission confiée au mandataire, ensemble la nature de l'incapacité médicalement constatée.

Il importe de mentionner qu'actuellement le préposé du répertoire civil procède uniquement à l'inscription d'actes et de documents qui ont au préalable fait l'objet d'un contrôle par des personnes habilitées à ce faire, tels les contrats de mariage dressés par le ministère d'un notaire, les décisions en matière de tutelles, curatelles et sauvegarde de justice, nécessairement rendues par un juge des tutelles, et les déclarations de partenariat transmises par les communes pour lesquelles l'officier d'état civil a examiné la réunion des conditions légales préalablement à la signature.

Renvoyant aux observations générales énoncées ci-avant, les soussignés soulignent que c'est à ce moment crucial de la prise d'effet du mandat de protection future qu'une intervention d'un juge, aussi sommaire soit-elle, serait de mise. Elle éviterait des malentendus, situations malencontreuses, tout comme un contentieux judiciaire de taille.

Ainsi, après avoir sommairement inspecté le contenu tant du mandat de protection future, que celui du certificat médical, ce serait le juge des tutelles qui donnerait le feu vert au préposé quant à l'attestation de prise d'effet du mandat de protection future.

A défaut, le préposé du répertoire civil ne devrait être habilité à dater une prise d'effet du mandat de protection future, voire à attester une pareille prise d'effet.

Finalement, s'imposent des remarques en relation avec l'alinéa 5, prévoyant qu'une attestation de prise d'effet du mandat de protection future pourra être délivrée à toute personne justifiant d'un intérêt légitime.

De prime abord, aucune explication n'est fournie, ni à l'exposé des motifs, ni au commentaire des articles, sur les raisons de procéder par voie d'exception par rapport à l'article 1129 du Nouveau Code de procédure civile, prévoyant la délivrance d'un extrait des documents inscrits à tout requérant.

De surcroît, qui appréciera le caractère légitime de l'intérêt invoqué, une telle appréciation n'entrant pas non plus dans les compétences du préposé du répertoire civil ? Le préposé du répertoire civil devra-t-il renvoyer le requérant au Parquet général sous l'autorité duquel il œuvre ? Ou le requérant devra-t-il soumettre sa demande au juge de tutelles, plus outillé en la matière ?

Finalement, si à l'article 8 figure la précision que le répertoire civil peut être consulté par le notaire, les signataires du mandat de protection future et le juge des tutelles au moment de l'inscription du mandat de protection future, pareille précision ne devrait-elle pas être prévue par le projet de loi sous examen au moment même de la prise d'effet du mandat de protection future, voire après ?

Ad article 10 : Certificats médicaux

Le terme de « médecin traitant » prévu sub 1° et 2° de l'article 10 paraît inadapté, parce que susceptible d'induire en erreur.

Il s'agit en effet d'un terme trop général qui désigne, dans le langage courant, le médecin qui soigne habituellement un malade et qui peut être de formation, soit généraliste, soit spécialiste dans un domaine médical déterminé. Or, à titre d'exemple, semble-t-il difficilement concevable, qu'un médecin traitant, tel par exemple un radiologue ou un gynécologue, puisse attester des capacités cognitives de ses patients.

Il serait dès lors préférable de faire abstraction du terme de « médecin traitant » et de préciser sub 1° les médecins spécialistes pouvant attester de la capacité du mandant, à l'instar de l'article 10 sub 2°.

Sous ce point il est encore à déplorer qu'à l'article 10 sub 1° aucun certificat médical n'est exigé lors de la conclusion d'un mandat de protection par acte notarié, alors même que c'est précisément le mandat établi par acte authentique, qui est de nature à conférer les pouvoirs les plus larges au mandataire.

Ce point sera analysé plus en détail ci-après sous les articles 16 et 19.

Les soussignés insistent, tel que déjà relevé dans leurs considérations générales sous le point 3.c., qu'il serait, d'une manière générale (tant pour les mesures judiciaires qu'extrajudiciaires), largement préférable de prévoir, à l'instar du système français, une liste de médecins inscrits auprès du Procureur d'Etat, habilités à délivrer des certificats relatifs à la constatation de l'altération des facultés mentales ou corporelles des personnes majeures susceptibles de faire l'objet d'une mesure de protection, devant être consultés pour l'établissement des certificats prévus sub 1° et 2°.

Un tel cadre permettrait de prévoir, entre autres, que les médecins admis sur cette liste soient tenus de suivre une formation ou encore qu'ils soient invités à se transporter au domicile des personnes devenues incapables de se déplacer.

Chapitre 3 – Obligations des parties au mandat de protection future

Ad article 11 : Obligations générales du mandataire

De dire sous l'alinéa (2) que le mandataire exécute le mandat de bonne foi et dans l'intérêt du mandant, voire qu'il respecte les principes indiqués dans le mandat de protection future, constituent des considérations qui tombent sous le sens. Etant de l'essence même du mécanisme du mandat de protection future, elles sont, de ce fait, superflues et à supprimer.

Il est prévu sous les alinéas (2) et (3) d'obliger le mandataire à associer le mandant à sa mission et de se concerter au moins deux fois par an avec le mandant lui-même.

Or, se pose la question de l'utilité pratique d'une telle obligation. En effet, dans l'hypothèse où les facultés cognitives ou corporelles du mandant sont altérées à un point tel qu'il n'est pas à même de comprendre ou de communiquer d'une quelconque manière, cette obligation est sans utilité. Dans l'hypothèse où l'altération des facultés cognitives ou corporelles est moindre, le mandant est lui-même encore en mesure de revendiquer un droit de regard sur la gestion de ses affaires, le tout en considération du principe qu'il garde sa capacité juridique.

On pourrait donc imaginer une reformulation de l'alinéa (3) en ce sens qu'une concertation régulière et au moins deux fois par an soit imposée au mandataire, dès lors que le mandant en exprime activement le souhait.

Si obligation de concertation/d'information il doit y avoir, quid des conséquences et éventuelles sanctions si le mandataire n'y obtempère pas ? Le cas échéant, le projet de loi devrait fournir des réponses y relativement.

La considération sous l'alinéa (4) quant à la séparation des patrimoines respectifs du mandant et du mandataire doit figurer sous les dispositions relatives à la gestion du patrimoine de la personne à protéger, soit les articles 17 et 20 du présent projet de loi.

Ad article 12 : Obligations du mandataire dans le cadre de la gestion de la protection de la personne

De manière générale, les alinéas (1) à (5) sont libellés de façon complexe et les divers cas de figure y visés sont difficiles à différencier.

Pour des raisons de compréhension et de clarté, il y a lieu de les simplifier et de les raccourcir par reformulation.

Ad paragraphe (1)

L'énoncé est chargé et partiellement répétitif.

Il semble en substance poser le principe de la non-représentation, ou, autrement-dit, de l'exclusion de représentation s'il va de l'accomplissement d'actes de nature à impliquer un consentement strictement personnel.

Ad paragraphe (2)

Le paragraphe sous examen constitue la liste des actes non susceptibles de représentation, même s'ils ont fait l'objet du mandat de protection future.

Copié de façon inopportune de la législation belge, l'énoncé de cet alinéa n'échappe pas à diverses observations critiques en ce que ledit listing, bien qu'autrement exhaustif, n'est, par l'emploi du vocable « *notamment* », pas limitatif.

D'où, quel est l'intérêt de l'énumération, ce d'autant plus

- qu'elle incorpore en partie des actes ne concernant pas la personne, mais le patrimoine de la personne représentée ; à titre d'exemple il s'agit de la fixation de la résidence conjugale, du consentement à disposer du logement familial, des introductions d'une demande en divorce, en séparation de corps ou en divorce par consentement mutuel, etc. ; Pareilles actions/demandes n'ont manifestement pas leur place dans l'énumération proposée ; Si une telle énumération est souhaitée, le législateur devra porter un soin particulier à ce qu'elle n'inclut que des actions de nature à impliquer un consentement exclusivement personnel ;
- qu'il faut se poser la question s'il est effectivement de l'intérêt de la personne à protéger d'exclure du pouvoir de représentation du mandataire des actions/demandes tendant p.ex. à sa filiation, à son adoption, à un prélèvement de sang ou de dérivés de sang sur sa personne, etc., même si de par leur nature elles impliquent un consentement strictement personnel.

Quid si un acte non répertorié sur le listing mais étant en réalité de nature à impliquer le consentement strictement personnel est posé nonobstant interdiction ? Qui décidera si un acte ne figurant pas sur la liste est « réputé strictement personnel » ?

Le listing tel que proposé en l'état est source de plus d'incertitudes que de réponses claires d'un point de vue pratique.

Ad paragraphe (3)

Le paragraphe sous examen semble constituer en son alinéa (1) une exception à l'interdiction prévue à l'alinéa (2) et vise les droits du patient tel que prévus par la législation en la matière¹⁶.

Les soussignés ont du mal à comprendre la nécessité de la rajoute de l'alinéa 2, libellé dans le sens que « *le mandant prend seul les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet* » et correspondant à l'article 14 de la loi du 24 juillet 2014 sur les droits et obligations du patient.

Ad paragraphe (4)

Quand une décision personnelle dans le chef du mandant est-elle éclairée ? Qui appréciera le caractère éclairé, et, selon quels critères ?

La possibilité pour le juge des tutelles de permettre au représentant dans le cadre du mandat de protection future d'assister, voire de représenter le mandant « *pour les actes relatifs à sa personne qui ne sont pas expressément prévus par le mandat de protection future* » est-elle compatible avec l'essence même du mandat de protection future, où l'accent est mis, soulignons-le, sur la volonté individuelle et le respect de cette volonté ? Le mandataire peut-il se voir confier des tâches allant au-delà de cette

¹⁶ la loi du 24 juillet 2014 dite sur les droits et obligations du patient

volonté exprimée aux termes du mandat de protection future par le mandant ? *In fine*, ce dernier se verrait alors contraint de subir des mesures ou décisions non voulues.

Pour le surplus, les soussignés ont du mal à souscrire au principe de voir conférer au mandataire le pouvoir de prendre dans l'urgence de quelconques mesures de protection.

De prime abord, se pose la question quand il y a urgence ?

Par ailleurs, dans la mesure où d'autres dispositions de droit commun permettent à l'heure actuelle de prendre des mesures urgentes dans l'intérêt d'une personne en situation de crise ou autres, les soussignés sont d'avis que ni le mandataire, ni le juge des tutelles ne devaient être appelés à intervenir dans l'urgence.

Ceci-dit, ensemble la considération qu'en invoquant l'urgence des abus sont susceptibles d'être commis par le mandataire, en ce que, par ce biais, il pourra s'arroger des droits et poser des actes non prévus dans la mission lui confiée aux termes du mandat de protection future, les auteurs du projet de loi sont restés en défaut d'expliquer la nécessité de conférer au mandataire un tel pouvoir exorbitant.

Toute la problématique pourrait être cantonnée si tout mandat de protection future prévoyait obligatoirement quelle est la procédure à appliquer en cas d'urgence. Ainsi, dans l'hypothèse du mandat de protection futur sous seing privé, l'on pourrait envisager de procéder par l'utilisation de modèles, tandis que dans l'hypothèse du mandat de protection futur par acte notarié, il incomberait au notaire instrumentaire de soumettre aux parties la question de l'urgence.

Ad paragraphe (5) :

L'énoncé de cet alinéa est

- à reformuler pour être en partie erroné, alors qu'au Luxembourg il n'existe pas de Code de la Santé proprement dit, et
- à supprimer en partie pour être superflu, telles les considérations que le mandant choisit sa résidence tout comme ses contacts sociaux : dans la mesure où il garde sa capacité juridique tous les choix lui appartiennent.

Ad paragraphe (6) :

L'application des articles 1080 et suivants du Nouveau Code de procédure civile est inadaptée pour la procédure devant le juge des tutelles en cette matière et les soussignés renvoient à leurs considérations générales sous le point 3. f.

Ad article 13 : Obligations du mandataire dans le cadre de la gestion du patrimoine

Il est renvoyé aux commentaires des soussignés sous l'article 17, visant l'exécution et le contrôle du mandat de protection future notarié, et l'article 20, visant le mandat de protection future sous seing privé.

Ad article 14 : Obligations du contrôleur

Les soussignés ont du mal à cerner la raison de la différence notable instaurée quant aux obligations du mandataire, relatives à l'établissement d'un inventaire et des comptes de gestion, selon que le contrôleur est une personne morale ou une personne physique. Aucune explication y relative n'est fournie, ce ni à l'exposé des motifs, ni au commentaire des articles.

Chapitre 4 – Mandat de protection future notarié

Ad article 15 : Forme du mandat de protection future notarié

L'article 15 alinéa 1 dispose, d'une part, que le mandant doit être personnellement présent chez le notaire avec le mandataire et, le cas échéant, le contrôleur, lors de la signature de l'acte authentique du mandat de protection future, et, d'autre part, que l'acceptation du mandataire et, le cas échéant, du contrôleur, doivent être faites dans les mêmes formes, c'est-à-dire par acte authentique. Selon l'alinéa 2, le mandat de protection future acquiert date certaine à la signature en dernier lieu par le notaire, après la signature des parties au mandat de protection future. Vu que toutes les parties concernées doivent être personnellement présentes lors de signature de l'acte authentique chez le notaire par le mandant, le mandat de protection future ne sera-t-il pas toujours signé et accepté par tous ce jour-là,

auquel cas le mandat de protection future aura date certaine à cette date, ou est-il prévu que, bien que présents chez le notaire au moment de la signature du mandat de protection future par le mandant, le mandataire et/ou le contrôleur, pourront donner leur accord plus tard, sachant qu'ils devront alors retourner chez le notaire pour respecter les formes ?

Les soussignés notent que les parties ne peuvent pas se faire représenter.

L'article 15 alinéa 3 prévoit qu'avant la prise d'effet du mandat de protection future, le mandant peut le modifier dans les mêmes formes, c'est-à-dire devant le notaire en présence des autres parties, qu'il peut le révoquer par acte authentique, hors la présence des autres parties, et que le mandataire et le contrôleur peuvent également y renoncer par acte authentique hors la présence des autres parties. Le mandataire et, le cas échéant, le contrôleur devant être présents chez le notaire lors de la modification du mandat de protection future, le notaire ne devra notifier aux autres parties que la révocation ou la renonciation. Par contre, il devra notifier la modification du mandat de protection future au préposé du répertoire civil. Il convient dès lors de remplacer la phrase « *En cas de modification, de révocation ou de renonciation, le notaire devra notifier cette révocation ou renonciation aux parties non représentées et au préposé du répertoire civil* » par « *En cas de modification, de révocation ou de renonciation, le notaire devra notifier cette modification, révocation ou renonciation aux parties non représentées et au préposé du répertoire civil* ».

De l'avis des soussignés, il n'est pas nécessaire de prévoir les modes de notification à utiliser par le notaire, ce d'autant plus qu'au cas où le destinataire est introuvable, les modes prévus sont sans effets. Le notaire utilisera les modes de notification usuels.

Concernant l'alinéa 5, étant donné que le mandat de protection future a vocation à constituer une protection extrajudiciaire et que le mandant garde sa capacité juridique pendant l'exécution du mandat, les soussignés se posent la question pourquoi les auteurs du projet entendent judiciaire la protection après la prise d'effet dudit mandat. Ne serait-il pas plus cohérent, au vu de ce qui précède, que le mandant, comme d'ailleurs le mandataire et le contrôleur, gardent la possibilité de modifier, de révoquer ou de renoncer au mandat selon les formes retenues aux alinéas précédents, et ce, sans devoir saisir le juge des tutelles ? S'il est un fait que cette entorse à l'autodétermination de toute personne capable s'explique par l'incapacité de fait du mandant, toujours est-il qu'une telle approche n'est pas cohérente. N'y aurait-il dès lors pas lieu privilégier plutôt l'instauration d'un contrôle judiciaire préalable, tel que préconisé dans le cadre des considérations générales sous le point 3.e. du présent avis, afin de pouvoir limiter toute ingérence *a posteriori* du juge des tutelles au strict minimum nécessaire ?

En cas de saisine du juge des tutelles, tel que cela est prévu dans le projet de loi, quels sont ses pouvoirs ? Doit-il respecter la volonté des parties ou peut-il refuser une modification, renonciation, ou révocation ? Le cas échéant, dans quelles conditions et sous quels critères ? Sa décision sera-t-elle prise sous forme d'un jugement appellable, ou est-ce qu'un nouveau mandat de protection future sera rédigé avec son accord ?

Pour ce qui est de la procédure en cas de saisine du juge des tutelles, les soussignés renvoient à leurs considérations générales sous le point 3.f.

Concernant l'alinéa 6, et sous réserve de ce qui précède, il est suggéré de préciser que la transmission de la décision doit être faite dans les quinze jours « *qui suivent l'expiration des délais de recours* », conformément aux dispositions de l'article 1094 du Nouveau Code de procédure civile¹⁷.

Ad article 16 : Effets du mandat de protection future notarié

L'article 16 traite des effets du mandat de protection future.

Cet article renvoie, pour les pouvoirs accordés au mandataire, aux « *actes patrimoniaux que le tuteur a le pouvoir d'accomplir seul ou avec une autorisation (...)* ». Si, afin de faire certains actes,

¹⁷ article 1094 du Nouveau Code de procédure civile : Un extrait sommaire de toute décision portant ouverture, modification ou mainlevée d'une tutelle est transmis au parquet général à fin de conservation au répertoire civil et d'inscription dans un fichier.

Lorsque la décision a été rendue par le juge des tutelles, la transmission est faite par le greffier dans les quinze jours qui suivent l'expiration des délais de recours.

Lorsque la décision a été rendue par le Cour d'appel, la transmission est faite par le greffier de la Cour d'appel dans les quinze jours de l'arrêt.

l'administrateur légal¹⁸ et le gérant de la tutelle¹⁹ nécessitent l'accord du juge des tutelles, le tuteur, par contre dans le cadre d'une tutelle complète, a besoin de l'autorisation du conseil de famille²⁰. Il est dès lors proposé de changer dans la première phrase les mots « *une autorisation du juge des tutelles* » par « *une autorisation du conseil de famille* », sinon de se référer au « *gérant de la tutelle* ».

De même, il convient de rajouter « *sauf stipulations contraires plus limitatives* », les parties étant libres de limiter le mandat de protection future à la réalisation de quelques missions ou actes précis, sans permettre au mandataire d'effectuer tous les actes patrimoniaux que le « tuteur » (tel que relevé ci-avant le terme « tuteur » est utilisé de manière généralisée, alors que, d'un point de vue juridique, il faudrait employer dans ce cas précis le terme de « gérant de la tutelle ») a le pouvoir d'accomplir seul ou avec l'autorisation du juge des tutelles.

Les soussignés renvoient aux considérations générales sous le point 3.d. et soulignent que l'étendue des pouvoirs du mandataire varie fortement en fonction de la forme du mandat, le mandant pouvant en cas de mandat notarié confier au mandataire les actes que le « tuteur » est autorisé à accomplir seul ou avec l'autorisation du juge des tutelles, y compris les actes de disposition. Seuls les actes de disposition à titre gratuit nécessiteront une autorisation du juge des tutelles. Le mandat sous seing privé, quant à lui, est limité aux actes qu'un tuteur peut faire sans autorisation du juge des tutelles, c'est-à-dire aux actes d'administration et actes conservatoires opérés dans le cadre de la gestion du patrimoine.

A cet endroit, les soussignés s'interrogent pour quelle raison l'exclusion relative au consentement à la disposition du logement principal ne figure pas plutôt à l'article 16, puisqu'un acte de disposition est, par définition, une décision d'ordre patrimonial.

La reformulation du présent article serait alors à prévoir, étant donné que dans le cadre d'une mesure de tutelle, le « tuteur » peut, avec l'accord du juge des tutelles, vendre le logement principal de la personne protégée.

Quoi qu'il en soit, il y a lieu de retenir qu'actuellement il est prévu à l'article 12 (2) 4° que le consentement à disposer du logement familial ne pourra faire l'objet d'une représentation par le mandataire, pour être un acte qualifié de strictement personnel.

Le mandant devra donc prendre lui-même la décision de vendre son logement principal, sinon, lorsqu'il ne sera plus en mesure de prendre cette décision de manière éclairée, l'ouverture d'une mesure de protection judiciaire sera de mise.

Il est à craindre, dans la pratique, que les mandants, même s'ils sont hors d'état de prendre une décision personnelle éclairée, soient incités par les mandataires à consentir à la vente de leur résidence habituelle par simple procuration sous seing privée. Au mieux pour des raisons de pure convenance (lorsque les mandataires sont de bonne foi mais veulent éviter de devoir passer par la procédure plus lourde de la saisine du juge des tutelles) et, au pire, pour échapper à tout contrôle judiciaire (lorsque les mandataires sont malhonnêtes et enclins à profiter d'un régime qui permet d'éviter tout contrôle judiciaire).

Les dispositions précitées devraient dès lors nécessairement être passées en revue.

L'intérêt, selon les auteurs du projet de loi, du mandat de protection future notarié par rapport au mandat de protection future sous seing privé est dès lors clairement de permettre au mandataire de conclure tous types d'actes, dont des actes de disposition. Tel que précisé dans leurs considérations générales sous le point 3.d., les soussignés attirent l'attention sur les dangers de ce mécanisme qui permet au mandataire, en l'absence de désignation d'un contrôleur ou en cas de complicité ou de négligence du contrôleur, de disposer de tous les biens du mandant sans son accord, ou selon les cas, sans son accord éclairé.

Eu égard aux pouvoirs importants conférés au mandataire, et ce parfois en l'absence de tout contrôle, la désignation d'un contrôleur étant facultative, il nous semble tout à fait inapproprié de ne pas

18 article 389-6 du Code civil (auquel renvoie l'article 497) : Dans l'administration légale sous contrôle judiciaire, l'administrateur doit se pourvoir d'une autorisation du tribunal pour accomplir les actes qu'un tuteur ne pourrait faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille.

19 article 500 du Code civil : Le gérant de la tutelle perçoit les revenus de la personne protégée et les applique à l'entretien et au traitement de celle-ci (...).

Si d'autres actes deviennent nécessaires, il saisit le juge, qui pourra, soit l'autoriser à les faire, soit décider de constituer la tutelle complètement.

20 article 457 du Code civil (applicable à la tutelle des majeurs aux termes de l'article 495) : Le tuteur ne peut, sans y être autorisé par le conseil de famille, faire des actes de disposition au nom du mineur.

contraindre le mandant à produire un certificat médical lors de la conclusion du mandat de protection future notarié. Un notaire n'a pas les compétences pour déceler, pendant le court moment où il est en sa présence, si le mandant a les capacités requises pour apprécier la portée de son acte. Il convient de rappeler, à cet égard, que si en France les pouvoirs conférés au mandataire dans le cadre d'un mandat notarié sont similaires à ceux prévus au projet sous avis, le mandataire y est tenu de rendre compte de sa gestion au notaire ayant établi l'acte. En effet, en France, le mandataire est tenu de remettre une fois par an l'inventaire des biens du mandant et un compte annuel au notaire, qui est tenu de les contrôler et, le cas échéant, de dénoncer toute irrégularité au juge. En France, c'est donc le notaire qui effectue un contrôle régulier de la bonne exécution du mandat.

Selon le projet sous avis, une fois le mandat de protection future signé, le mandataire aura, dès obtention du certificat médical établissant que le mandant n'a plus les capacités requises pour gérer ses affaires, toute latitude pour abuser du mandant, et même pour procéder à des actes de disposition, aucun contrôle n'étant effectué en cas de non désignation d'un contrôleur ou de complicité de la part de ce dernier.

Dès lors qu'aucun contrôle par le notaire n'est prévu, se pose la question de la justification de la différence de l'étendue des pouvoirs pouvant être conférés au mandataire selon la forme du mandat choisi, respectivement s'il ne faudrait pas, dans ce cadre, prévoir un contrôle à l'instar de celui existant en droit français.

Ad article 17 : Contrôle et exécution du mandat de protection future notarié

Cet article prévoit qu'en cas de désignation d'une personne morale en tant que contrôleur, le mandataire doit établir un inventaire qu'il doit remettre endéans les trois mois de la prise d'effet du mandat de protection future au contrôleur, inventaire qui devra être réactualisé au minimum tous les deux ans.

A l'alinéa 2, il y a lieu de remplacer « *procédé* » par « *procède* » et à l'alinéa 3 « *établi* » par « *établit* ».

En ce qui concerne l'alinéa 3, il y a lieu de souligner que l'article 470 du Code civil dispose que « *Dès avant la fin de la tutelle, le tuteur est tenu de remettre chaque année au subrogé tuteur un compte de gestion. Ce compte sera rédigé et remis, sans frais, sur papier non timbré. Le subrogé tuteur transmet le compte, avec ses observations au juge aux affaires familiales, lequel s'il y échet, convoque le conseil de famille. Si le mineur a atteint l'âge de seize ans révolus, le juge aux affaires familiales peut décider que le compte lui sera communiqué* ».

Cet article, qui vise les comptes de gestion en matière de tutelle « *complète* », n'est pas transposable au mandat de protection future, lequel ne connaît ni de subrogé tuteur, ni de conseil de famille. Il y a donc lieu de définir une procédure adaptée au mandat de protection future au cas où le législateur estime utile d'instaurer un pouvoir général du juge des tutelles lui permettant de vérifier « *en tout état de cause* » les comptes de gestion établis par le mandataire dans le cadre de l'article 17 du projet de loi.

Les alinéas 4 et 5 créent une obligation de conservation des mêmes documents à charge du mandataire et du contrôleur. Faut-il comprendre que l'obligation de conservation à charge du mandataire ne commence qu'une fois que le mandat de protection future a pris fin et que celle du contrôleur s'achève à ce moment ? Ou, est-ce que tant le mandataire que le contrôleur doivent garder l'inventaire, les actualisations, les comptes de gestions et les pièces justificatives ? Il est suggéré de préciser ces deux alinéas afin d'en faciliter leur lecture et leur interprétation.

En tout état de cause, et dans la mesure où le contrôleur est tenu d'assurer l'inspection et la conservation des comptes ainsi que des pièces justificatives, il est suggéré de prévoir à l'alinéa 5 un délai endéans lequel le mandataire est tenu de lui remettre ces documents, et de préciser la durée pendant laquelle le contrôleur doit conserver toutes ces pièces.

Selon l'alinéa 6, en cas de désignation d'une personne physique comme contrôleur, l'établissement et l'actualisation de l'inventaire et du compte de gestion par le mandataire, ainsi que la vérification par le contrôleur sont facultatifs. Rien n'est précisé concernant la conservation des inventaires, comptes de gestions ou pièces justificatives. Si aucun contrôleur sérieux, personne physique, n'a été désigné, le mandataire peut gérer librement les biens du mandant, et, le cas échéant, le dépouiller d'une partie ou même de tous ses biens, seuls les actes à titre gratuits étant soumis au contrôle du juge des tutelles. En l'absence de tout inventaire, compte de gestion, ou pièces justificatives, aucun contrôle ne sera plus

possible par la suite, tel par exemple en cas de contestation dans le cadre de la succession du mandant.

Chapitre 5 – Mandat de protection future sous seing privé

Ad article 18 : Forme du mandat de protection future sous seing privé

Concernant le paragraphe 2 alinéa 4, il y a lieu de se poser la question pourquoi les auteurs du projet sous avis ont retenu l'obligation de notifier toute modification, révocation ou renonciation endéans le délai d'un mois. Au vu du caractère d'ordre public des dispositions du projet de 10 quel sera le sort réservé au mandant de protection future suite au non-respect dudit délai ?

Concernant le paragraphe 2 alinéa 5, les soussignés renvoient aux observations formulées dans le cadre de l'article 15, et notamment à leurs doutes relatifs à l'opportunité de judiciaireiser la protection après la prise d'effet du mandat, aux précisions à apporter concernant les pouvoirs du juge des tutelles et aux dispositions de l'article 1094 du Nouveau Code de procédure civile. En outre, ils renvoient à leurs considérations générales sous les points 3.e. et 3.f quant à la nécessité d'instaurer un contrôle préalable du mandat de protection future par le juge des tutelles et la mise en place d'une procédure adaptée pour la saisine du juge des tutelles.

Ad article 19 : Effets du mandat de protection future sous seing privé

Le mandat de protection future pouvant être limité à certains actes ou missions, il convient de rajouter « *Sauf stipulations contraaires plus limitatives* » en début de phrase.

Les soussignés renvoient aux considérations générales sous le point 3.f. concernant une procédure à prévoir pour la saisine du juge des tutelles.

Ad article 20 : Contrôle et exécution du mandat de protection future sous seing privé

Un contrôle de la gestion du mandataire ne sera effectué qu'en cas de désignation d'un contrôleur en la forme d'une personne morale.

Si aucun contrôleur n'a été désigné ou s'il s'agit d'une personne physique, le mandataire ne sera pas obligé d'établir un inventaire ou un compte de gestion, ni de conserver quoi que ce soit. Il sera dans ce cas très difficile, en cas de contestations par un tiers intéressé, de vérifier la gestion du mandataire.

Les soussignés donnent à considérer, à cet égard, que le projet prévoit que le mandant peut nommer plusieurs mandataires et qu'il dispose encore lui-même de la capacité à effectuer des opérations sur ses comptes et ses biens. Tel que précisé ci-avant, il sera dès lors extrêmement difficile, en cas de conflit, par exemple dans le cadre de la succession du mandant, de déterminer qui a effectué quelle opération et de vérifier la reddition des comptes par le ou les mandataires.

Chapitre 6 – Rôle et pouvoirs du juge des tutelles

Ad article 21 : Saisine du juge des tutelles

Le paragraphe 1^{er} permet à « tout intéressé » de saisir le juge des tutelles et ce afin de contester la mise en œuvre du mandat de protection future ou de voir statuer sur les conditions et modalités de son exécution.

Cette formulation semble permettre à chaque personne, même à un voisin curieux, de saisir le juge des tutelles et de devenir ainsi partie à l'instance devant cette juridiction. En effet, il n'est ni question d'un simple signalement fait par « tout intéressé », ni la faculté d'une saisine d'office du juge des tutelles sur base d'un renseignement inquiétant reçu.

Le paragraphe 2 quant à lui donne le pouvoir au juge des tutelles de mettre fin au mandat de protection future, ou à uniquement une partie du mandat de protection future, si la manière d'exercer du mandataire est de nature à mettre en péril les intérêts du mandant.

En cas de fin partielle du mandat de protection future par le juge des tutelles, le mandataire litigieux reste donc à son poste et exécute le restant de la mission.

Est-ce que cette situation est dans l'intérêt du mandant ? Qui contrôle le mandataire en cas d'absence de désignation d'un contrôleur ?

Le paragraphe 3 prévoyant les cas de figure dans lesquels le juge des tutelles peut être saisi par le contrôleur et le mandataire, l'hypothèse du rétablissement du mandant de ses facultés mentales et/ou physiques déficitaires n'y figure pas. Pareille hypothèse, certes rare mais pas exclue, ne devrait-elle pas être mentionnée ?

Le paragraphe 3 impose au contrôleur de saisir le juge des tutelles de « *tout mouvement de fonds et de toute actes non justifiés ou n'apparaissant pas conformes aux stipulations du mandat de protection future (...)* ».

En gardant à l'esprit que l'un des objectifs majeurs du projet de loi est que la capacité juridique du mandant soit maintenue tout au long de l'exécution du mandat de protection future et qu'il garde ainsi le droit d'agir lui-même comme bon lui semble, le mandant conserve par conséquent un accès intégral à ses comptes bancaires et peut réaliser seul les dépenses et les actes qu'il entend faire.

En pratique, il sera difficile de retracer qui du mandataire ou du mandant a exécuté tel ou tel mouvement de fonds (p.ex. retrait en espèce, virement bancaire en ligne, etc.), de sorte que le juge des tutelles sera rarement à même de prendre les mesures qui s'imposent vraiment.

En ce qui concerne la procédure retenue en cas de saisine du juge des tutelles et prévue au paragraphe 4, il y a lieu de renvoyer aux considérations générales sous le point 3.f. y relatives.

Ad article 22 : Pouvoirs du juge des tutelles

Les soussignés renvoient aux considérations générales sous le point 3.g. relatives aux compétences et pouvoirs du juge des tutelles.

L'article 22 donne au juge des tutelles des pouvoirs très étendus qui ne sont de l'avis des soussignés pas compatibles avec l'esprit du présent projet de loi. Les pouvoirs donnés au juge vont avoir pour conséquence de dénaturer la volonté du mandant. Plutôt qu'un contrôle *a posteriori*, le juge des tutelles devrait se voir conférer un contrôle *a priori*, tel que déjà relevé dans les considérations générales sous le point 3.e.

Si le mécanisme du mandat de protection future ne permet pas de garantir l'exécution du mandat par le mandataire dans l'intérêt du mandant, il y a plutôt lieu de mettre un terme au mandat de protection future et le cas échéant d'ouvrir une mesure de protection de type curatelle/tutelle, au lieu de vouloir « forcer » l'exécution dudit mandat en attribuant au juge des tutelles un large panel de pouvoirs, ce qui enlève le caractère extrajudiciaire au mandat de protection future.

Or, les auteurs du projet de loi veulent faire coexister, dans certains cas, deux mesures, à savoir le mandat de protection future et une mesure de protection judiciaire, sans qu'il n'y ait eu une quelconque harmonisation entre ces mesures. Tel que déjà relevé sous l'article 1, le champ d'application du mandat de protection future couvre la protection de la personne du majeur vulnérable et de son patrimoine, alors que celui des mesures de protection judiciaire couvre uniquement la protection des biens de la personne du majeur vulnérable. Dans quelle mesure, si l'intérêt personnel du mandant n'est pas protégé suffisamment, une « mesure de protection judiciaire complémentaire » pourrait-elle y remédier ?

Selon l'avis des soussignés, l'application simultanée d'une mesure de protection extra judiciaire et d'une mesure de protection judiciaire semble plus que problématique, d'autant plus que le Code civil ne prévoit pas une application partielle d'une mesure de protection judiciaire de type curatelle/tutelle. Sur base de quels critères, voire de quelles pièces, le juge des tutelles sera à même d'apprécier la(les) disposition(s) du mandat de protection future qui doit(doivent) être maintenue(s), sinon qui doit(doivent) être complétée(s) ou remplacée(s) par une mesure de protection judiciaire ?

Concernant le cas d'une éventuelle ou actuelle situation de conflits d'intérêts ou incompatibilités et la possibilité pour le juge des tutelles d'annuler un acte, tel que prévu à l'alinéa 5 de l'article 22, se pose la question si le juge pourra annuler cet acte en raison de « *l'existence d'un conflit d'intérêts ou d'une incompatibilité quelconque* » ou si le juge devra en outre appliquer les règles usuelles relatives à l'annulation d'un acte ?

Ad article 23 : Rescision et annulation d'actes en cours d'exécution du mandat de protection future

Les soussignés renvoient aux considérations générales sous le point 3.g. relatives aux compétences et pouvoirs du juge des tutelles.

Les soussignés soulignent que « *l'action de réduction en cas d'excès* » n'existe pas en droit luxembourgeois. Il semblerait que cette notion provienne du droit français. Si une telle action devait être

introduite spécifiquement pour le mandat de protection future, il faudrait encore en prévoir le contenu et la procédure.

Finalement, en application du dernier paragraphe, le juge des tutelles demeure compétent même après le décès du mandant. Il pourra être saisi par les héritiers de celui-ci afin d'annuler des actes passés pendant l'exécution du mandat de protection future.

Quid de la sécurité juridique de tous les actes passés pendant le mandat de protection future ? Si par exemple, concernant une vente d'un immeuble à un tiers de bonne foi, le juge des tutelles est saisi après le décès du majeur à protéger par les héritiers, qui sont d'avis que cette vente était injustifiée et que le juge décide de leur donner gain de cause et d'annuler la vente, quid des acheteurs de bonne foi qui habitent l'immeuble et l'ont déjà rénové en engageant des frais ?

Une telle extension des pouvoirs du juge des tutelles n'est pas justifiée, l'annulation d'un acte relevant de la compétence du juge civil, et elle nom semble contraire à l'esprit du présent projet de loi qui souhaite faire primer la protection extrajudiciaire.

Ad article 24 : Homologation du mandat de protection future conclu au Luxembourg

Le juge des tutelles saisi d'une requête en homologation d'un mandat de protection future refuse l'homologation pour tout ou partie si des éléments du mandat de protection future sont contraires à l'ordre public ou si des éléments du mandat de protection future sont contraires à l'intérêt du mandant.

Comment le juge des tutelles apprécie-t-il les intérêts du mandant ? Sur base de quelles pièces ou mesures d'instruction ?

Si l'esprit du présent projet de loi est de laisser au mandant sa capacité juridique, pourquoi le juge des tutelles doit-il vérifier l'intérêt du mandant, qui demeure capable, et ce uniquement en cas de demande d'homologation du mandat de protection future ? Un tel contrôle préalable du juge des tutelles ne se justifierait-il pas pour tout mandat de protection future, même en dehors d'une demande d'homologation ?

Chapitre 7 – Mandat de protection future conclu à l'étranger

Ad article 25 : Reconnaissance et inscription du mandat de protection future conclu à l'étranger

La disposition projetée est problématique à plusieurs égards.

Tout d'abord, il faut garder à l'esprit que toutes les législations ne connaissent pas le mandat de protection future sous la même forme que celle prévue par le présent projet de loi, ni forcément sous la même dénomination.

Se poseront dès lors des problèmes de reconnaissance des mécanismes mis en place à l'étranger.

Il peut paraître téméraire de confier le soin d'analyser le contenu de documents publics au préposé du répertoire civil, voire à un autre fonctionnaire de l'Administration judiciaire.

Les textes des documents étrangers ne sont pas forcément intelligibles lorsqu'ils sont rédigés dans une langue étrangère. Il y aurait toutefois lieu de prévoir, du moins dans le cadre d'un règlement grand ducal, l'obligation de déposer en même temps que l'instrument en soi, une traduction dans l'une des langues administratives du pays et les détails de la procédure à suivre.

En même temps faudrait-il imposer la preuve du caractère exécutoire ou de la prise d'effet du mandat étranger.

Il est rendu attentif à la formulation du paragraphe (1) *in fine* : il y aurait probablement lieu de lire « (...) sans qu'il ne soit nécessaire de recourir à une procédure d'exequatur », la reconnaissance n'étant pas une procédure mais un mécanisme automatique.

Il appartiendra au législateur d'apprécier l'opportunité de faire incomber le contrôle d'un mandat de protection future étranger à un fonctionnaire de l'Administration judiciaire, qui n'est pas juriste.

Chapitre 8 – Fin du mandat de protection future

Ad article 26 : Fin du mandat de protection future

Qui demande la fin du mandat de protection future ? En dehors du cas du décès du mandant, ne faudrait-il pas prévoir la publication obligatoire au répertoire civil ?

Il y a lieu de corriger l'article 26 1° « *aux formes prévus par l'article 10* » et non l'article 9. Les soussignés se permettent pour le surplus de renvoyer aux considérations générales sous le point 3.c. intitulé « *Les certificats médicaux exigés lors de la conclusion, de la modification et de la prise d'effet du mandat de protection future : une garantie essentielle qui doit être implantée dans un cadre sécurisé* ».

Le point 2° n'appelle pas d'observations particulières.

Au point 3°, pourquoi limiter les cas à la faillite ou banqueroute du mandataire ? Qu'en est-il si le mandataire est dirigeant d'une société en faillite ?

De l'avis des soussignés, il y a lieu de (la) remplacer le point 4° par les cas suivants :

- *rétablissement des facultés mentales du mandant,*
- *mandataire devenu indigne de continuer son mandat.*

De l'avis des soussignés, il y a encore lieu de rajouter un point 5° : *fin conventionnelle du mandat* (p.ex. délai prévu dans le mandat).

Titre II – Dispositions modificatives

Ad article 27 : Modification du Nouveau Code de procédure civile

Cet article n'appelle pas d'observations particulières.

Ad article 28 : Modification de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire

Si la compétence du juge des tutelles devait être maintenue concernant tout problème relatif à l'exécution du mandat de protection future, y compris les éventuelles demandes en rescision et annulation, il faudrait prendre en considération le nombre et également la complexité des affaires dont le juge des tutelles aura à connaître à l'avenir et augmenter l'effectif des magistrats des tribunaux des tutelles.

Titre III– Disposition transitoire

Ad article 29 : Mandats de protection future conclus avant l'entrée en vigueur de la présente loi

Les auteurs du projet de loi veulent permettre à des mandats de protection future conclus avant l'entrée en vigueur de la loi d'être reconnus comme valables et de sortir leurs effets. Un tel effet rétroactif, honnis la question s'il peut se justifier, risque de créer plus de problèmes, notamment au niveau du contrôle des conditions à remplir.

Titre IV – Disposition finale

Ad article 30 : Entrée en vigueur

Cet article n'appelle pas d'observations particulières.

Jeanne GUILLAUME
*Président de chambre
à la Cour d'appel*

Monique SCHMITZ
1^{er} Avocat général

Anita LECUIT
Avocat général

Dominique PETERS
*Substitut Principal près le tribunal
d'arrondissement de Luxembourg*

Ernest NILLES
*Procureur d'Etat près le tribunal
d'arrondissement de Diekirch*

Marie-Anne MEYERS
*Juge-directeur du tribunal de la jeunesse
et des tutelles près le tribunal
d'arrondissement de Luxembourg*

Patricia FONSECA
*Juge des tutelles près le tribunal
d'arrondissement de Diekirch*

