



**Commission consultative
des Droits de l'Homme
du Grand-Duché de Luxembourg**

Avis

sur

**le projet de loi n°8133 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 02/2024

L'avis en bref

- Selon le droit international des droits humains, toute personne, y compris les personnes en situation de handicap, a droit au respect de son autonomie individuelle. Toute personne doit ainsi par exemple pouvoir faire ses propres choix et participer librement à la vie en société sur un pied d'égalité avec les autres. Les personnes en situation de handicap doivent notamment toujours disposer de leur capacité juridique, c'est-à-dire la possibilité de prendre des décisions juridiques relatives à leur patrimoine ou à leur situation personnelle. En cas de besoin et si cela est souhaité, elles doivent avoir accès à une assistance pour exercer leur capacité juridique. Or, les systèmes de protection des personnes majeures traditionnels (tutelle et curatelle), privent souvent les personnes de ces droits dans de nombreux domaines de la vie.
- La CCDH salue donc d'une manière générale la volonté du gouvernement de mettre en place un nouvel outil, le mandat de protection future, qui permet à une personne d'organiser sa protection et son assistance à l'avance pour le moment où elle ne sera plus en état de s'en occuper toute seule – en principe sans l'intervention d'un juge et sans privation de la capacité juridique.
- La CCDH regrette néanmoins que les systèmes traditionnels de la tutelle et de la curatelle ne soient pas réformés en même temps. Elle déplore aussi que le projet de loi ne mette pas fin à la privation de la capacité juridique de toutes les personnes en situation de handicap (surtout en cas d'un handicap cognitif ou psychosocial). Il perpétue même cette privation en excluant les personnes jugées comme « incapables » de la possibilité de conclure un mandat de protection future. La situation reste donc incompatible avec le droit international des droits humains.
- Le projet de loi pose le cadre dans lequel un mandat de protection future peut être conclu, mais il laisse une grande marge de manœuvre aux personnes qui peuvent généralement elles-mêmes déterminer l'étendue des missions confiées aux personnes qui vont les représenter ou assister. La CCDH salue la place accordée à la volonté et aux préférences des personnes concernées. Or, afin de garantir l'accès de toute personne à ce nouvel outil, la CCDH recommande au gouvernement de veiller à ce que toute personne puisse y avoir recours, indépendamment de sa situation financière, de ses aptitudes et de ses

connaissances. Une assistance gratuite et adaptée doit être prévue pour élaborer et conclure un tel mandat. Les mandataires et/ou les contrôleurs désignés par les mandants doivent également avoir les ressources (p.ex. financières, formations) requises à leur disposition. Les procédures doivent être rendues accessibles à toute personne.

- La CCDH regrette que le moment du déclenchement du mandat de protection future soit lié exclusivement à une évaluation médicale de l'incapacité du mandant. Cette approche est incompatible avec le droit international : ce moment ne doit pas être fonction d'une évaluation selon laquelle la capacité mentale est déficiente – le choix de la personne concernée devrait être pris en compte et/ou une (ré)évaluation par un groupe pluridisciplinaire devrait être prévue.
- La CCDH salue qu'il sera impossible de se substituer au mandant pour des actes nécessitant un consentement strictement personnel (p.ex. consentement au mariage, exercice des droits politiques). Elle recommande toutefois de prévoir explicitement qu'une assistance doit être possible. Le degré d'assistance requis pour exercer ses droits fondamentaux ne justifie jamais la privation de ceux-ci.
- Le projet de loi fait fréquemment référence au concept d' « intérêt » du mandant pour autoriser le mandataire ou le juge des tutelles à prendre des décisions pour le compte du mandant, même si celles-ci vont à l'encontre de sa volonté. La CCDH déplore cette approche et rappelle que la Convention relative aux droits des personnes handicapées des Nations Unies exige le respect des volontés et préférences de la personne concernée. Ces notions doivent remplacer celle de l'intérêt car cette dernière ne permet pas toujours de respecter la liberté de faire ses propres choix. La CCDH invite le gouvernement et le parlement à revoir les dispositions relatives à l'exécution du mandat afin de le rendre pleinement participatif et centré sur les droits, la volonté et les préférences du mandant. Il en va de même en ce qui concerne la modification ou la fin du mandat de protection future. Sinon le dispositif du mandat de protection future risque de violer la Convention de l'ONU précitée.

Un recueil de toutes les recommandations formulées par la CCDH dans le présent avis figure à la fin du document dans le [chapitre V. Recommandations](#).

Table des matières

I.	Introduction	5
II.	La nécessité d’œuvrer d’un système substitutif vers un système accompagné	8
A.	Les droits et principes découlant du droit international des droits humains	8
B.	L’insuffisance d’une mesure isolée pour remédier à la situation actuelle	11
III.	L’analyse du projet de loi	14
A.	La conclusion d’un mandat de protection future	14
1.	Un mécanisme de protection reposant sur la volonté des personnes concernées	14
2.	Un mécanisme de protection qui exclut les personnes « incapables » et les enfants	21
B.	La mise en œuvre du mandat de protection future	23
1.	Le déclenchement du mandat	23
2.	Le déroulement du mandat	26
3.	La modification ou la fin du contrat de mandat de protection future	29
C.	Le contrôle du mandat de protection future	30
1.	Le contrôle conventionnel	30
2.	Le contrôle juridictionnel	31
IV.	Conclusion	34
V.	Recommandations	35

Il convient de noter que lorsque le présent document fait référence à certains termes ou personnes, il vise à être inclusif et cible tous les sexes, genres et identités de genre.

I. Introduction

Conformément à l'article 2 (1) de la loi du 21 novembre 2008 portant création d'une Commission consultative des Droits de l'Homme (CCDH), la CCDH a été saisie en date du 5 janvier 2023 du 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. La CCDH remercie Info-Handicap, Nëmme Mat Eis ! et Trisomie 21 Lëtzebuerg pour leurs contributions dans le cadre de l'élaboration du présent avis.

Le projet de loi vise à permettre à toute personne « *d'anticiper l'organisation de sa propre protection en désignant un ou plusieurs représentants de son choix pour veiller sur sa personne et sur ses biens à partir du moment où la personne ne sera plus en état de pourvoir seule à ses intérêts* ». ¹ À cette fin, un nouvel instrument juridique sera mis en place, à savoir le mandat de protection future. Il s'agit d'une sorte de procuration générale (« *Vorsorgevollmacht* ») dont le but est de permettre à toute personne d'organiser sa propre protection juridique à l'avance. Selon les auteurs du projet de loi, le mandat de protection future se distingue de la tutelle et de la curatelle par le fait que la capacité juridique n'est pas retirée à la personne concernée et que la mise en place et la mise en œuvre ne nécessitent, en principe, pas l'intervention d'un juge.

La CCDH salue d'une manière générale l'objectif de ce mandat de protection future qui est censé être basé sur le principe de l'autonomie de la volonté et assuré dans le respect des droits humains. Cette mesure peut également clarifier le rôle des proches dans la protection future et faciliter celle des personnes qui vieillissent seules.

Si les auteurs du projet de loi indiquent vouloir entamer, dans le futur, une refonte complète du droit national de la protection des majeurs afin de le mettre en conformité avec les standards internationaux, le mandat de protection future restera pour l'instant complémentaire aux mesures judiciaires existantes. Ces dernières ont pourtant été critiquées depuis des années par le Comité des droits des personnes en situation de

¹ Projet de loi 8133, *Commentaire des articles*, p. 28, disponible sur <https://www.chd.lu/fr/dossier/8133>.

handicap des Nations Unies² et la CCDH³ dans la mesure où elles privent les personnes concernées de leur capacité juridique.

Contrairement à l'accord de coalition 2018-2023 qui prévoyait 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* » ainsi que la ratification de la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes, l'accord de coalition actuel n'aborde pas ces questions. La CCDH salue toutefois que le gouvernement y a affirmé que les efforts visant à mettre en œuvre la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CRDPH) seront intensifiés pour permettre aux personnes en situation de handicap d'exercer effectivement leurs droits.⁴ La CCDH souligne que cet objectif ne peut être atteint que par une réforme complète du système actuel applicable en matière de protection des majeurs. Au vu de la réévaluation imminente du Luxembourg par le Comité des Nations Unies, la CCDH exhorte le gouvernement à réaliser cette réforme, initialement annoncée pour 2020,⁵ dans les meilleurs délais. Elle se demande, à l'instar des autorités judiciaires, si « *la scission entre la réforme annoncée sur les mesures de protection existantes (tutelle, curatelle, sauvegarde de justice) et l'introduction du (...) mandat de protection future, ne risque pas d'engendrer de sérieuses incohérences* ». ⁶

La CCDH rappelle d'ailleurs aussi que le projet de loi sous avis ainsi que la réforme future doivent être accompagnées d'autres mesures visant à rendre la société tout entière plus accessible afin de permettre la participation de toutes les personnes à la vie en société. Pour garantir que l'inclusion soit réelle et non seulement théorique, il faudra se doter d'une stratégie cohérente et l'appliquer de manière généralisée et conséquente.

² Comité des Nations Unies des droits des personnes handicapées, *Observations finales concernant le rapport initial du Luxembourg*, 2018, paragraphes 24 et 25, disponible sur <https://tbinternet.ohchr.org/>.

³ Communiqué commun de la CCDH et du CET sur le nouveau PAN de mise en œuvre de la CRDPH 2019-2024, 12 février 2020, disponible sur <https://ccdh.public.lu/>; Document à l'intention des partis politiques en vue des élections législatives du 14 octobre 2018, disponible sur <https://ccdh.public.lu/>.

⁴ Accord de coalition 2023-2028, p. 77, disponible sur <https://gouvernement.lu/>.

⁵ Plan d'action national de mise en œuvre de la Convention relative aux droits des personnes handicapées 2019-2024, pages 31-44, disponible sur <https://mfsva.gouvernement.lu/>.

⁶ Voir, dans ce sens, l'avis commun des autorités judiciaires sur le projet de loi 8133, disponible sur <https://wdocs-pub.chd.lu/docs/exped/0140/164/281649.pdf>.

En tant que mécanisme indépendant de promotion et de suivi de la CRDPH,⁷ la CCDH rappelle tout d'abord l'envergure des droits reconnus aux personnes en situation de handicap par la CRDPH ainsi que les obligations incombant à l'État luxembourgeois en ce qui concerne l'exercice de la capacité juridique (II). Dans un deuxième temps, elle formule des recommandations par rapport aux dispositions du présent projet de loi afin de l'aligner le plus possible sur les exigences découlant du droit international des droits humains (III).

⁷ Article 2 de la loi du 28 juillet 2011 portant approbation de la Convention relative aux droits des personnes handicapées (...), disponible sur <http://data.legilux.public.lu/>.

II. La nécessité d'œuvrer d'un système substitutif vers un système accompagné

Dans un premier temps, il y a lieu de passer en revue les obligations auxquelles le Luxembourg a souscrit lorsqu'il a ratifié la Convention relative aux droits des personnes handicapées en 2011 (A). Il ressort notamment de l'article 12 de cette dernière qu'une mesure complémentaire telle que le mandat de protection future ne peut pas remédier à la situation actuelle en matière de protection des personnes majeures : pour être conforme à la Convention, les systèmes de tutelle et de curatelle doivent être modifiés ou remplacés par des solutions respectueuses de la volonté et des droits des personnes concernées (B).

A. Les droits et principes découlant du droit international des droits humains

Toute personne, y compris les personnes en situation de handicap, a droit au respect de son autonomie individuelle, dont le droit à la participation et l'intégration pleine et effective à la société, la liberté de faire leurs propres choix⁸ et la reconnaissance de leur personnalité juridique dans des conditions d'égalité.⁹ Ces principes découlent également de la Constitution luxembourgeoise qui prévoit notamment que « *[t]oute personne handicapée a le droit de jouir de façon égale de tous les droits* », interdit les traitements inhumains et dégradants et consacre l'inviolabilité de la dignité humaine.¹⁰

Selon le Comité des Nations Unies en charge de la mise en œuvre de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, « *[t]out au long de l'histoire, la capacité juridique a été refusée de manière préjudiciable à de nombreux groupes, notamment les femmes et les minorités ethniques. Les personnes en situation de handicap demeurent toutefois le groupe auquel la capacité juridique est le plus souvent déniée dans les systèmes juridiques partout dans le monde* ». ¹¹ Dans ce contexte, il est important de souligner que les différents motifs de discrimination (sexe, ethnie, handicap, etc.) créent des formes convergentes de discrimination et ne peuvent donc pas être considérées de manière isolée. L'intersectionnalité est essentielle lorsqu'on aborde la capacité juridique des personnes en situation de handicap afin de tenir

⁸ Article 3 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CRDPH), disponible sur <https://www.ohchr.org/>.

⁹ Article 12 de la CRDPH.

¹⁰ Articles 15, 13 et 12 de la Constitution, disponible sur <http://data.legilux.public.lu/>.

¹¹ Observation générale n°1 (2014), paragraphe 8, disponible sur <https://documents-dds-ny.un.org/>. Voir aussi le *corrigendum*, disponible sur <https://tbinternet.ohchr.org/>.

compte de la diversité de leurs expériences vécues. Ce n'est qu'en adoptant une approche holistique que des politiques qui garantissent réellement l'égalité et l'inclusion de toute personne pourront être mises en œuvre.

Dans le cadre de systèmes de prise de décisions substitutives comme la tutelle et la curatelle, les personnes sont souvent privées de leur droit à la capacité juridique dans de nombreux domaines. Ces systèmes substitutifs sont généralement motivés par une volonté protectrice et font un amalgame entre (in)capacité mentale et (in)capacité juridique : ils visent à protéger les personnes considérées comme vulnérables en raison de leur capacité mentale d'abus potentiels en prenant des décisions à leur place sur base de ce que l'on considère comme étant leur intérêt supérieur objectif.¹²

L'amalgame entre capacité juridique et capacité mentale est incompatible avec la CRDPH qui exige de faire une distinction entre ces deux concepts :

- La capacité juridique est la capacité d'avoir des droits et des obligations (statut juridique) et d'exercer ces droits et d'exécuter ces obligations (capacité d'agir en droit).
- La capacité mentale renvoie à la capacité d'une personne de prendre des décisions, qui varie naturellement d'une personne à l'autre et peut également varier dans le cas d'une même personne en fonction de nombreux facteurs, y compris des facteurs environnementaux et sociaux. La capacité mentale n'est pas un phénomène objectif, scientifique et naturel. Elle dépend de contextes

¹² Le Comité a rappelé dans ce contexte que « (...) lorsque la capacité de décider d'une personne est jugée déficiente, souvent en raison d'un handicap cognitif ou psychosocial, sa capacité juridique de prendre une décision particulière lui est retirée. Cette décision est prise sur la seule base d'un diagnostic de déficience (approche fondée sur le statut), ou lorsqu'une personne prend une décision dont on considère les conséquences comme dommageables (approche fondée sur le résultat), ou encore lorsque la capacité de décider d'une personne est jugée insuffisante (approche fonctionnelle). L'approche fonctionnelle tente d'évaluer la capacité mentale et dénie la capacité juridique en conséquence. Elle consiste souvent à décider si une personne peut comprendre la nature et les conséquences d'une décision et/ou si elle peut utiliser ou apprécier les informations pertinentes. Cette approche doit être écartée pour deux raisons principales: a) elle est appliquée de manière discriminatoire aux personnes handicapées et b) elle présume que l'on peut évaluer avec exactitude le fonctionnement de l'esprit humain et, lorsque la personne concernée « ne passe pas le test », on lui dénie un droit de l'homme fondamental – le droit à la reconnaissance de sa personnalité juridique dans des conditions d'égalité. Dans tous ces cas de figure, le handicap d'une personne et/ou son aptitude à décider sont considérés comme un motif légitime pour la priver de sa capacité juridique et limiter sa personnalité juridique ». Observation générale n°1 (2014), paragraphe 15, disponible sur <https://documents-dds-ny.un.org/>.

sociaux et politiques, tout comme les disciplines, professions et pratiques qui jouent un rôle dominant dans son évaluation.¹³

La prévention d'abus ne peut jamais justifier le recours à des systèmes substitutifs qui privent les personnes concernées de leurs droits fondamentaux. Les États ne doivent en aucun cas enlever la capacité juridique aux personnes dont la capacité mentale est altérée, mais leur donner accès à l'accompagnement nécessaire pour leur permettre de prendre des décisions ayant un effet juridique. Cet accompagnement doit assurer le respect de la volonté et des préférences de la personne en situation de handicap concernée et également être assorti d'une protection contre le risque d'abus d'influence qui peut s'avérer plus important pour ceux qui comptent sur l'accompagnement d'autrui pour prendre leurs décisions.¹⁴ La protection doit à son tour aussi respecter les droits, la volonté et les préférences de la personne concernée, dont le droit de prendre des risques et de commettre des erreurs.

En outre, le Comité des Nations Unies a rappelé que « *lorsque, en dépit d'efforts significatifs à cette fin, il n'est pas possible de déterminer la volonté et les préférences d'un individu, l'interprétation optimale de la volonté et des préférences doit remplacer la notion « d'intérêt supérieur ».* On respecte ainsi les droits, la volonté et les préférences de l'individu, conformément à l'article 12 de la CRDPH ». ¹⁵ Selon le Comité, le concept de « l'intérêt supérieur » n'est pas une « *garantie conforme à l'article 12 s'agissant d'adultes* ». ¹⁶

La CCDH rappelle d'une manière plus générale que des mesures relatives à la conception universelle (« design for all ») et à l'accessibilité sont nécessaires pour faciliter l'exercice de la capacité juridique des personnes en situation de handicap ainsi que l'expression et la compréhension de la volonté des personnes dont les facultés mentales ou corporelles sont altérées. Il peut notamment s'agir d'obliger les acteurs publics et privés à fournir des informations sous une forme compréhensible ou à fournir une interprétation professionnelle, de rendre l'accès à leurs services et à leurs locaux plus accessibles, d'adapter leurs procédures ou de prévoir des aménagements

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Des signes de peur, d'agression, de menace, de tromperie ou de manipulation dans la relation entre le mandataire et le mandant peuvent constituer des indicateurs d'un abus d'influence.

¹⁵ Observation générale n°1 (2014), paragraphe 21, disponible sur <https://documents-dds-ny.un.org/>.

¹⁶ *Ibid.*

raisonnables.¹⁷ L'article 9 de la CRDPH exige dans ce même ordre d'idées des États de « *faire en sorte que toutes les procédures prévues pour l'exercice de la capacité juridique, et toute l'information et les moyens de communication y relatifs, soient pleinement accessibles. Les États parties doivent examiner leurs législations et pratiques pour s'assurer que les droits à la capacité juridique et l'accessibilité sont réalisés.* »¹⁸

B. L'insuffisance d'une mesure isolée pour remédier à la situation actuelle

La CCDH note que le projet de loi sous avis est largement inspiré du système existant en France. D'une part, la CCDH salue que le gouvernement vise à introduire un outil basé sur le maintien de la capacité juridique et qui se veut plus respectueux des droits humains. D'autre part, elle est préoccupée des conséquences de l'introduction en France en 2007 du mandat de protection future où la majorité des mesures prononcées sont restées des mesures privatives de la capacité juridique.¹⁹ Les personnes en situation de handicap sont encore trop souvent considérées comme « *des objets de soins victimes d'une « altération substantielle [...] d'une ou plusieurs fonctions [...] » et non comme des sujets de droits* ». Il faut s'attaquer davantage « *à la destruction des « barrières »²⁰ qui empêchent l'accès effectif aux droits et à leur pleine jouissance.* »²¹ L'adoption d'une mesure complémentaire au système de tutelle et curatelle, qui ne met pas fin aux mesures privatives de la capacité juridique existantes, ne peut donc pas remédier à la négation des droits humains des personnes concernées et la situation restera dès lors contraire aux obligations découlant de la CRDPH.²²

Dans ce même contexte, la CCDH tient à rappeler les recommandations du Comité des droits des personnes handicapées adressées au Luxembourg en 2017 : « (...) *le Comité recommande à l'État partie, en étroite coopération avec les personnes handicapées et par l'intermédiaire des organisations qui les représentent : a) D'abroger*

¹⁷ *Ibid*, paragraphe 17.

¹⁸ *Ibid*, paragraphe 37.

¹⁹ Défenseur des droits de la République française, *Rapport parallèle du défenseur des droits dans le cadre de l'examen du rapport initial de la France sur la mise en œuvre de la convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées*, juillet 2021, p. 12, disponible sur <https://www.defenseurdesdroits.fr/>.

²⁰ Article premier de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées.

²¹ Contribution de la CNCDH pour le Comité des droits des personnes handicapées, Juillet 2021, p. 3, disponible sur tbinternet.ohchr.org/.

²² Voir, dans ce sens, Comité des droits des personnes handicapées, op. cit., paragraphe 28, disponible sur <https://documents-dds-ny.un.org/>.

*et/ou de modifier toutes les dispositions législatives discriminatoires, notamment l'article 490 et le chapitre III du Code civil et la loi sur la tutelle de 1982, en vue d'abolir les régimes de prise de décisions substitutive ; b) De rétablir la pleine capacité juridique de toutes les personnes handicapées et de revoir le régime de tutelle ; c) De mettre en place des mécanismes de prise de décisions assistée qui respectent l'autonomie, la volonté et les préférences des personnes handicapées, comme le mécanisme de « personne de confiance » qui existe actuellement dans le secteur de la santé pour les personnes qui ne sont pas privées de leur capacité juridique ».*²³ Il y a aussi lieu de noter que les droits liés à la capacité juridique découlant de l'article 12 de la CRDPH doivent être réalisés immédiatement – la réalisation progressive prévue à l'article 4 n'étant pas permise. Le Luxembourg doit donc immédiatement procéder à la modification des régimes de tutelle et de curatelle.

En 2021, le Comité a formulé des recommandations et critiques similaires à la France, malgré la mise en place du mandat de protection future en 2007 : la France doit « *revoir sa conception de la protection juridique et [...] adopter un modèle du handicap fondé sur les droits de l'homme afin de garantir la reconnaissance de la personnalité juridique des personnes handicapées dans des conditions d'égalité et [...] abroger les dispositions qui permettent la prise de décisions substitutive* ». ²⁴ Le Comité a également recommandé à la France « *de réorienter les ressources humaines et institutionnelles allouées à la prise de décisions substitutive vers la mise en place de mécanismes de prise de décisions accompagnée qui respectent la dignité, l'autonomie, la volonté et les préférences des personnes handicapées, quel que soit le degré ou le mode d'aide dont elles pourraient avoir besoin* ». ²⁵ Ces recommandations sont transposables au Luxembourg étant donné que les auteurs du projet de loi sous avis se sont largement basés sur le modèle français. La CCDH recommande au gouvernement et au parlement de s'interroger sur l'(in)efficacité du modèle français pour éviter que l'objectif poursuivi par le projet de loi sous avis soit perdu dans sa mise en œuvre.

Sachant que le Luxembourg fera prochainement l'objet d'une nouvelle évaluation par le Comité des Nations Unies, la CCDH exhorte le gouvernement et le parlement à analyser davantage les modèles existants dans d'autres pays et de procéder dans les meilleurs délais à une refonte complète du système de protection juridique des

²³ *Ibid*, paragraphes 24 et 25.

²⁴ *Ibid*, paragraphes 25 et 26.

²⁵ *Ibid*.

majeurs.²⁶ Elle met toutefois en garde contre une approche qui se limite à copier un modèle applicable dans un autre pays sans pour autant tenir compte des préoccupations des acteurs de terrain, des personnes concernées et des recommandations du Comité des Nations Unies.

Enfin, la CCDH se rallie d'une manière générale aux constats de la Commission nationale consultative des droits de l'Homme française selon laquelle il est « *indispensable de mieux éclairer les besoins des personnes présentant, par exemple, des capacités de compréhension atypiques (...) rendant plus complexe l'expression de la volonté par une évaluation médicosociale pluridisciplinaire et multidimensionnelle intégrant la dimension juridique de soutien à la capacité. Ce type d'évaluation, en situation, est de nature à favoriser une appréciation plus fine et plus juste des difficultés rencontrées mais aussi des ressources mobilisables. Elle peut, en outre, permettre, si elle est souhaitée et possible, l'organisation des soutiens à l'exercice des droits, au lieu d'une approche trop souvent stigmatisante, assortie de mesures de protection excessivement contraignantes* ». ²⁷

²⁶ Voir p.ex. Anne Caron Déglise, *Rapport de mission interministérielle sur l'évolution de la protection juridique des personnes*, 2018, disponible sur <http://www.justice.gouv.fr/>.

²⁷ Contribution de la CNCDH pour le Comité des droits des personnes handicapées, Juillet 2021, pp. 12 à 13, disponible sur tbinternet.ohchr.org/.

III. L'analyse du projet de loi

A. La conclusion d'un mandat de protection future

Le projet de loi pose le cadre général dans lequel le mandat de protection future sera situé. Une personne, le mandant, peut désigner à l'avance un ou plusieurs mandataires (personnes physiques) qui acceptent de la représenter dans les actes de la vie civile pour le cas où elle sera un jour hors d'état de pourvoir seul à ses intérêts. En principe, ce contrat de mandat est conclu pour soi-même – sauf en cas de « personne handicapée majeure » prise en charge matériellement et affectivement par les parents ou un tiers.²⁸ Le mandat de protection future est largement basé sur la liberté contractuelle, c'est-à-dire les personnes peuvent décider elles-mêmes l'étendue des missions de leur(s) mandataire(s) dans les limites posées par le projet de loi (1). En même temps, le projet de loi exclut certaines personnes de la possibilité de recourir à un mandat de protection future, les exposant dès lors aux systèmes privatifs de la capacité juridique, à savoir la tutelle, la curatelle et la sauvegarde de justice (2).

1. Un mécanisme de protection reposant sur la volonté des personnes concernées

Les personnes disposent d'une certaine flexibilité au niveau du contenu du mandat de protection future et de l'étendue des pouvoirs du mandataire (a). Ces derniers dépendent aussi de la forme du contrat (b), c'est-à-dire si le contrat a été conclu entre parties (pouvoirs plus limités du mandataire) ou devant un notaire (pouvoirs élargis du mandataire). En tout cas, pour garantir que les personnes puissent opter pour la conclusion d'un mandat de protection future qui correspond réellement à leurs volontés et préférences, il faudra accorder une attention particulière à l'accessibilité des informations ou de la procédure relative à la conclusion du contrat (c).

a. L'objectif et le contenu du mandat

Certains éléments doivent obligatoirement être abordés dans tout mandat : le contrat doit obligatoirement fixer l'objet et l'étendue du mandat, les missions du ou des

²⁸ Dans une telle situation, ces derniers pourront conclure un mandat pour la « personne handicapée majeure ».

mandataires, ainsi que la présence ou non d'un ou de plusieurs contrôleurs. En général, le mandant est toutefois libre de déterminer le contenu du mandat de protection future au moment de la conclusion du contrat. Les éléments suivants peuvent ainsi, si les personnes le souhaitent, figurer dans le contrat :

- les principes à respecter par le ou les mandataires ;
- si le mandat porte sur la protection du patrimoine et/ou de la personne ;
- si le mandat est général ou plus spécifique ;
- s'il y aura un (ou plusieurs) contrôleur(s) et les modalités de contrôle ;
- la rémunération éventuelle du mandataire à payer par le mandant (à défaut, le contrat sera gratuit) ;
- la loi applicable et le juge compétent (à défaut, la loi et les juridictions luxembourgeoises seront applicables respectivement compétentes).

Si la CCDH salue d'une part la flexibilité accordée aux personnes pour la détermination des stipulations du contrat de mandat de protection future, elle s'interroge en même temps sur les risques d'un déséquilibre entre les parties contractantes qui découle de la nature même des relations contractuelles : comment garantir que le mandat contienne les garanties et principes adéquats tout en respectant le libre choix du mandant ? Comment éviter que des personnes offrant de tels services à titre professionnel (p.ex. des prestataires) « imposent » leurs contrats et conditions aux personnes ? Est-ce que le défaut de garanties supplémentaires correspond au droit des personnes concernées d'exprimer leur volonté, de prendre des risques et de commettre des erreurs ou est-ce qu'il faudra prévoir un contrôle ou un soutien par une instance tierce indépendante à ce stade ? La CCDH invite les auteurs à mener des réflexions supplémentaires à cet égard et recommande en tout cas de prévoir une assistance gratuite et adaptée pour l'établissement et la négociation d'un tel contrat et/ou de prévoir des contrats types facilement adaptables.

En ce qui concerne la désignation du ou des mandataires, le projet de loi n'exige pas de compétences particulières et ne précise pas non plus si une personne peut être mandataire de plusieurs mandants. Le mandant peut donc en principe librement choisir la personne à laquelle il voudrait confier cette tâche – sous condition que celle-ci l'accepte et sous réserve de certaines incompatibilités limitativement énumérées à

l'article 6 du projet de loi.²⁹ La CCDH salue que ce choix est réservé aux personnes concernées qui peuvent ainsi choisir elles-mêmes leurs personnes de confiance. Elle estime que s'il y a plusieurs mandataires, ces derniers doivent avoir des échanges réguliers et tous poursuivre les mêmes intérêts, à savoir la volonté et les préférences du mandant. Pour assurer un accompagnement effectif, la CCDH est d'avis que les personnes devraient pouvoir déterminer si elles veulent nommer un mandataire qui accompagne d'autres mandants ou non. En revanche, tout mandataire devrait être libre de refuser une telle exigence, conformément à l'article 6 (4) du projet de loi.

Le projet de loi prévoit la gratuité du contrat sauf stipulation contraire. Dans ce dernier cas, le mandataire et/ou le contrôleur doit être rémunéré par le mandant. La CCDH rappelle toutefois que « *les États (...) doivent faire le nécessaire pour que (...) l'accompagnement soit proposé aux personnes handicapées à un prix symbolique ou gratuitement, et pour que le manque de ressources financières ne constitue pas un obstacle à l'accès à l'accompagnement dans l'exercice de la capacité juridique* ». ³⁰ Elle exhorte par conséquent le gouvernement et le parlement à veiller à ce que le mandat soit accessible à toute personne, indépendamment de ses ressources financières. Cela vaut aussi pour les frais relatifs à l'établissement du mandat de protection future (p.ex. frais de notaire ou d'enregistrement éventuels).

À titre d'exemple, afin de garantir que le mandant puisse réellement désigner la ou les personnes de son choix, l'État doit faire en sorte que les mandants ainsi que leurs mandataires aient les moyens nécessaires à leur disposition. Il peut par exemple s'agir de prévoir un soutien financier pour les personnes de confiance (p.ex. les proches ou membres de famille) qui n'ont pas les moyens pour exécuter le mandat à leurs propres frais. Il peut aussi s'agir d'aider une personne à trouver une personne de confiance et/ou à rédiger le contrat. La CCDH estime aussi qu'une offre de formations gratuites et accessibles à tous les mandataires est indispensable.

Au niveau du contenu du mandat, le projet de loi opère une distinction importante entre la protection de la personne et la protection du patrimoine :

²⁹ Selon l'article 6 du projet de loi, sont p.ex. exclus les mineurs non émancipés, les majeurs sous protection judiciaire, la personne qui a élaboré le mandat et le contrôleur, les personnes avec les quels le mandant a un lien de subordination professionnelle, un foyer/institution, le médecin traitant.

³⁰ Voir, dans ce sens, Comité des droits des personnes handicapées, op. cit., paragraphe 29 point e), disponible sur <https://documents-dds-ny.un.org/>.

- Protection de la personne : dans les deux types de mandat de protection future (notarié ou entre parties), les dispositions relatives à la protection de la personne sont strictement encadrées.
 - La personne protégée prend seule les décisions personnelles la concernant si son état le permet ;³¹
 - La personne protégée choisit sa résidence et fixe librement ses relations personnelles ;³²
 - Enumération d'une liste non-exhaustive des actes strictement personnels qui ne pourront pas faire l'objet d'une représentation par le mandataire (p.ex. : consentement au mariage, exercice des droits politiques, une demande en divorce).³³
- Protection du patrimoine : l'étendue de la protection dépend de la forme du mandat.
 - Mandat notarié : la gestion peut être très étendue et comprendre des actes de vente.³⁴
 - Mandat sous seing privé : le mandat peut seulement porter sur la gestion simple du patrimoine.³⁵

La CCDH salue que le mandat de protection future prévoit que certains actes ne peuvent pas faire l'objet d'une représentation voire d'une substitution car ils nécessitent en effet un consentement strictement personnel (p.ex. consentement au mariage, la

³¹ Article 12(3) du projet de loi.

³² Article 12(5) du projet de loi.

³³ Article 12(1) du projet de loi : 1° le consentement au mariage ; 2° l'introduction d'une action en annulation de mariage ; 3° la fixation de la résidence conjugale ; 4° le consentement à disposer du logement familial ; 5° l'introduction d'une demande en divorce ; 6° l'introduction d'une demande de séparation de corps ; 7° l'introduction d'une demande en divorce par consentement mutuel ; 8° la reconnaissance d'un enfant ; 9° l'opposition à une action en recherche de maternité ou de paternité ; 10° l'introduction d'une action relative à la filiation ; 11° le consentement à son adoption ; 12° l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant mineur ; 13° le fait de faire une déclaration de partenariat enregistré ; 14° le consentement à une stérilisation ; 15° la déclaration d'avoir la conviction constante et irréversible d'appartenir au sexe opposé à celui qui est indiqué dans l'acte de naissance ; 16° la demande d'euthanasie ; 17° la demande de pratiquer une interruption de grossesse ; 18° le consentement à des actes qui touchent l'intégrité physique ou la vie intime de la personne protégée, sans préjudice des dispositions dérogatoires reprises dans des lois particulières ; 19° le consentement à un prélèvement de sang et de dérivés du sang ; 20° l'établissement ou la révocation d'une disposition testamentaire ; 21° l'exercice des droits politiques ; 22° l'introduction d'une demande en changement de nom, prénoms ou de sexe ; 23° le consentement à un changement de nom, prénoms ou de sexe.

³⁴ Article 16 du projet de loi.

³⁵ Article 19 du projet de loi.

reconnaissance d'un enfant, l'exercice des droits politiques). Elle exhorte le gouvernement et le parlement à étendre ce principe aux autres formes de protection judiciaire dans les meilleurs délais (curatelle, tutelle, sauvegarde de justice).

En même temps, la CCDH estime qu'une assistance devrait être possible pour ces actes : il faudra éviter à tout prix que les personnes seront *de facto* privées de la possibilité d'accomplir les actes énumérés dans le projet de loi faute d'assistance adéquate. Elle regrette que ce dernier aspect ne ressorte pas suffisamment du projet de loi qui est avant tout axé sur les aspects patrimoniaux. La CCDH rappelle que le besoin d'une assistance ne justifie pas la limitation d'autres droits fondamentaux tels que le droit de vote, le droit de se marier ou d'établir un partenariat civil ou de fonder une famille, les droits en matière de procréation, les droits parentaux, le droit à la liberté, ainsi que le droit de consentir aux relations intimes et aux traitements médicaux. La CCDH souligne dans ce contexte aussi l'importance d'autres mesures relatives à l'inclusion telles que l'assistance personnelle,³⁶ l'assistance à l'inclusion,³⁷ les personnes de confiance et les directives anticipées.³⁸ Elle exhorte le gouvernement et le parlement à introduire ces mesures respectivement à veiller à leur mise en œuvre adéquate dans les meilleurs délais. Ce n'est qu'en adoptant une approche holistique et cohérente que les droits des personnes en situation de handicap pourront être respectés adéquatement en pratique.

Enfin, la CCDH souhaite rappeler la recommandation adressée par le Comité des Nations Unies au Luxembourg au sujet de la sensibilisation et la formation : « *En collaboration avec les personnes handicapées, en particulier les personnes présentant un handicap psychosocial et/ou intellectuel, et par l'intermédiaire des organisations qui les représentent, de mettre en place une formation sur la reconnaissance de la capacité juridique des personnes handicapées et sur la prise de décisions assistée, qui sera dispensée à tous les acteurs concernés aux niveaux national et local, y compris aux fonctionnaires, aux juges, aux travailleurs sociaux, aux professionnels de la santé et des services sociaux et à la communauté dans son ensemble* ».³⁹

³⁶ Voir notamment l'article 19 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées et le Chapitre 3 du Plan d'action national 2019-2024 (p. 52).

³⁷ Voir p.ex. <https://mfsva.gouvernement.lu/>.

³⁸ Voir p.ex. <https://sante.public.lu/fr/>.

³⁹ Comité des droits des personnes handicapées, op. cit., paragraphe 25 f), disponible sur <https://documents-dds-ny.un.org/>.

b. La forme du mandat

Comme déjà mentionné ci-dessus, la portée du mandat de protection future dépend aussi de la forme sous laquelle le contrat a été conclu. Les personnes peuvent choisir entre deux types de mandats :

D'une part, le mandat peut être conclu devant un notaire (un certificat médical attestant la capacité de conclure un mandat est alors facultatif). Dans ce cas, les pouvoirs du mandataire sont plus étendus. Ce dernier peut conclure tous les actes sans l'autorisation d'un juge, même des actes de disposition (p.ex. ventes). Seuls les actes de disposition à titre gratuit (donations) nécessitent une autorisation préalable du juge des tutelles. Si le mandat est conclu pour autrui (un enfant majeur en situation de handicap), il doit être obligatoirement conclu devant un notaire. Comme déjà mentionné ci-dessus, la CCDH recommande au gouvernement de veiller à ce que les frais de notaire pourront être pris en charge par l'État en cas de besoin pour éviter le risque d'exclusion de personnes en fonction de leur situation socio-économique.

D'autre part, le mandat peut être conclu sous seing privé/entre parties (un certificat médical est alors obligatoire). Les pouvoirs du mandataire sont plus restreints dans ce cas de figure : ils sont limités aux actes conservatoires (actes destinés à protéger le patrimoine et n'ayant pas d'impact à long terme, p.ex. paiement de charges, entretien des biens, réparations urgentes) et aux actes d'administration (actes d'exploitation ou de mise en valeur, p.ex. conclusion d'un bail d'habitation, travaux d'entretien des biens, location coffre-fort) que le tuteur peut actuellement faire sans autorisation du juge des tutelles.

La CCDH estime que l'exigence d'un certificat médical attestant la capacité du mandant de conclure un mandat de protection future, établi par un médecin traitant ou un médecin généraliste établi au Luxembourg, n'est pas conforme aux principes découlant du droit international des droits humains. Le Comité des Nations Unies a rappelé que « *toutes les personnes handicapées ont le droit de planifier à l'avance et doivent se voir accorder la possibilité de le faire sur la base de l'égalité avec les autres* »⁴⁰ et que la prise de décisions assistée doit être accessible à tous⁴¹ – le cas échéant un accompagnement devrait leur être fourni. La CCDH renvoie dans ce contexte à ses réflexions formulées ci-dessous relatives au risque d'exclusion discriminatoire de

⁴⁰ *Ibid*, paragraphe 17.

⁴¹ *Ibid*, paragraphe 29, point a).

certaines personnes de la possibilité de conclure un contrat de mandat de protection future (Chapitre 2).

La CCDH ne comprend d'ailleurs pas le choix des auteurs du projet de loi d'exiger un certificat médical lorsque le contrat est conclu sous seing privé, tandis qu'un tel certificat n'est pas requis devant un notaire alors que les pouvoirs du mandataire seront plus importants dans ce dernier cas de figure. Enfin, elle se demande encore si l'obligation de recourir à un médecin établi au Luxembourg est conforme au droit européen (p.ex. principe de reconnaissance mutuelle) et ne risque pas de créer des obstacles injustifiés.

La CCDH exhorte par conséquent le gouvernement et le parlement à revoir ces dispositions.

c. L'accessibilité du mandat de protection future

La CCDH souligne aussi qu'il faudra veiller à ce que les informations sur les droits et obligations des mandataires, contrôleurs et mandants ainsi que sur la procédure et la mise en œuvre pratique du mandat de protection future soient rendues accessibles à toute personne, en tenant dûment compte des besoins spécifiques des personnes en situation de handicap. Des campagnes de sensibilisation s'avèrent indispensables pour que le recours au mandat de protection future puisse réellement devenir prioritaire par rapport à la tutelle ou la curatelle. La CCDH note favorablement que la fiche financière annexée au projet de loi prévoit l'organisation d'une telle campagne et recommande de prévoir une sensibilisation continue au-delà de cette campagne initiale. Il est dans ce contexte indispensable d'adopter une approche multilinguistique, dont entre autres le facile à lire et à comprendre (FALC),⁴² la langue des signes et le braille, et de veiller à l'accessibilité et la diversité des différents supports.

La procédure elle-même doit aussi être accessible⁴³ et un accompagnement doit être prévu en cas de besoin. Ceci est particulièrement important pour la procédure devant le notaire qui permettra de conférer des pouvoirs plus importants aux mandataires. Selon les informations à la disposition de la CCDH, les procédures et formalités actuelles relatives à certains actes notariés ne sont pas adaptées aux besoins des personnes

⁴² Voir, à titre d'exemple, la brochure allemande sur le « *Betreuungsrecht* » : <https://www.bmj.de/>.

⁴³ À titre d'exemple, l'article 18 du projet de loi prévoit que le contrat sous seing privé est daté et signé de la main du mandant. Il faudra prévoir des alternatives inclusives pour les personnes qui ne peuvent p.ex. pas signer de manière manuscrite.

malvoyantes ou malentendantes.⁴⁴ Il faudra donc analyser et le cas échéant éliminer tous les obstacles potentiels tout en prévoyant la possibilité de recourir à des aménagements raisonnables en fonction des besoins spécifiques des personnes. Ceci peut nécessiter une réforme plus générale de la loi sur le notariat (p.ex. moyens alternatifs de signature, abandon de l'obligation de la présence de témoins pour certaines personnes, ...) et du Code civil.

2. Un mécanisme de protection qui exclut les personnes « incapables » et les enfants

En vertu des articles 2 et 3 du projet de loi, les enfants et les personnes majeures considérées comme étant « incapables » ne peuvent pas conclure un mandat de protection future. Ceci soulève, entre autres, la question du risque de discrimination basée sur le handicap, l'état de santé et l'âge.

a. Une discrimination des personnes majeures « incapables » au sens des articles 1123 et 1124 du Code civil

Comme déjà mentionné ci-dessus, l'article 10 point 1° du projet de loi exige un certificat médical récent attestant la « *capacité du mandant de conclure un mandat de protection future* » pour pouvoir conclure un mandat sous seing privé. Lorsque le mandat est conclu devant un notaire, l'obligation de fournir une telle attestation est facultative. La personne ne doit pas non plus faire l'objet d'une mesure de protection judiciaire (tutelle, curatelle ou sauvegarde de justice). Le projet de loi maintient ainsi le concept de l'incapacité juridique et exclut de ce fait certaines personnes majeures⁴⁵ en situation de handicap de la possibilité de conclure un tel contrat.

La CCDH estime que cette exigence est incompatible avec la CRDPH et incohérente avec les principes sur lesquels le mandat de protection future est basé. D'une part, les auteurs du projet de loi affirment l'importance du principe de la non-privation de la capacité juridique des personnes majeures – un principe qui s'impose d'ailleurs notamment en vertu de la CRDPH et de la Constitution luxembourgeoise. D'autre part,

⁴⁴ Voir par exemple les articles 25 b), 32, 33 et 36 de la loi relative à l'organisation du notariat.

⁴⁵ Voir les articles, 1123, 1124 et 488 du Code civil. Il s'agit d'une personne « *qu'une altération de ses facultés personnelles met dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts. Peut pareillement être protégé le majeur qui, par sa prodigalité, son intempérance ou son oisiveté, s'expose à tomber dans le besoin ou compromet l'exécution de ses obligations familiales* ».

le projet de loi prive certaines personnes de la possibilité de conclure un tel mandat parce que les auteurs les considèrent comme étant « incapables », c'est-à-dire privées de leur capacité juridique notamment à cause d'une situation de handicap (p.ex. une altération de leur capacité mentale ou corporelle).

La CCDH souhaite rappeler qu'il découle de l'article 12 de la CRDPH qu'une incapacité mentale réelle ou supposée ne saurait en aucun cas justifier le déni de la capacité juridique. Selon le Comité des Nations Unies, « *on constate un amalgame entre les notions de capacité mentale et de capacité juridique, de sorte que, lorsque la capacité de décider d'une personne est jugée déficiente, souvent en raison d'un handicap cognitif ou psychosocial, sa capacité juridique de prendre une décision particulière lui est retirée (...). L'article 12 n'autorise pas ce déni discriminatoire de la capacité juridique ; il exige qu'un accompagnement dans l'exercice de la capacité juridique soit fourni.* »⁴⁶

Similairement, le projet de loi prévoit que les parents ou un tiers qui assument la charge « matérielle et affective » d'une personne majeure en situation de handicap peuvent désigner un ou plusieurs mandataires pour leur enfant si ce dernier ne peut plus pourvoir seul à ses intérêts. La CCDH s'interroge sur la conformité de cette démarche avec les droits de la personne concernée et la procédure à suivre en cas de désaccord entre les parents et/ou l'enfant majeur. Qui devra d'ailleurs payer le mandataire lorsque le mandat est payant – la personne concernée ou les parents ? Elle réitère l'importance du respect de la volonté et des préférences de la personne majeure en situation de handicap.

La CCDH exhorte par conséquent les auteurs du projet de loi à revoir ces dispositions. Elle note d'ailleurs qu'en France, système duquel le Luxembourg s'est inspiré, une personne sous curatelle peut conclure un mandat de protection future avec l'assistance de son curateur. La CCDH rappelle que la prise de décisions assistée doit être accessible à tous : le niveau d'accompagnement (élevé ou non) dont une personne a besoin ne doit pas être un obstacle à l'obtention d'un accompagnement dans la prise de décisions.

⁴⁶ Comité des droits des personnes handicapées, op. cit., paragraphe 15, disponible sur <https://documents-dds-ny.un.org/>.

b. Discrimination des adolescents

L'article 3 du projet de loi permet uniquement aux personnes majeures de conclure un mandat de protection future. L'exclusion complète de tous les mineurs, sans aucune exception, paraît difficilement conciliable avec le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant consacré par la Constitution luxembourgeoise,⁴⁷ la convention relative aux droits de l'enfant⁴⁸ et la convention relative aux droits des personnes handicapées.⁴⁹

À noter qu'en France, une personne mineure émancipée peut établir un mandat de protection future et les parents peuvent y recourir pour leur enfant à charge.⁵⁰

La seule explication fournie par les auteurs pour justifier l'exclusion de cette possibilité au Luxembourg a trait au conflit de juridictions.⁵¹ La CCDH invite dès lors les auteurs à revoir le régime prévu pour les enfants.

B. La mise en œuvre du mandat de protection future

Contrairement à l'élaboration du mandat qui est caractérisée par une certaine flexibilité, le projet de loi détermine avec précision le moment de prise d'effet du mandat (1). Une fois déclenché, le mandat doit être exécuté par le mandataire conformément aux stipulations du contrat et les règles prévues par le projet de loi – le principe primordial étant celui du maintien de la capacité juridique du mandant (2).

1. Le déclenchement du mandat

L'article 9 du projet de loi prévoit que le mandat prend effet lorsque le mandant est dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts. Selon l'article 10, lu ensemble avec l'article 2, cette impossibilité doit résulter d'une altération des facultés mentales ou d'une altération corporelle qui empêche l'expression de sa volonté. Le projet de loi ne fournit pas d'explications quant aux causes possibles d'altération des facultés mentales. Le commentaire des articles précise que l'absence d'une telle spécification serait justifiée par la volonté de permettre la prise en compte d'autres causes d'altération qui

⁴⁷ Article 15 de la Constitution luxembourgeoise.

⁴⁸ Articles 3 et 23 de la Convention relative aux droits de l'enfant, disponible sur <https://www.ohchr.org/>.

⁴⁹ Article 8 de la CRDPH, disponible sur <https://www.ohchr.org/>.

⁵⁰ Voir notamment www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/.

⁵¹ Projet de loi n°8133, Commentaire des articles, p. 29.

peuvent également changer suite aux progrès médicaux.⁵² Dans le commentaire des articles, les auteurs expliquent que le stress post traumatique ou la dépression sont ainsi par exemple aussi considérés comme des causes d'altération possibles.

L'altération doit dans tous les cas être médicalement constatée (certificat médical circonstancié ne datant pas de plus de 2 mois) par un des médecins limitativement énumérés à l'article 10,⁵³ indépendamment du fait s'il s'agit d'un contrat sous seing privé ou conclu par acte notarié. Le mandataire doit ensuite communiquer ce certificat ensemble avec une copie du mandat au répertoire civil auprès du Parquet général.

D'une part, la CCDH note que l'exigence d'un certificat médical pour le déclenchement du mandat peut éventuellement constituer une garantie, voire un mécanisme de contrôle externe, qui pourrait être justifié pour éviter des abus. D'autre part, elle se demande si une approche purement médicale est adéquate et s'il ne faudrait pas plutôt mener des réflexions sur la prise en compte du choix de la personne concernée et/ou la mise en place d'une (ré)évaluation par un comité qui n'est pas exclusivement médical (p.ex. groupe pluridisciplinaire).

La CCDH s'interroge ainsi sur la portée de l'article 9 qui paraît exiger une impossibilité totale de pouvoir pourvoir seul à tous ses intérêts, voire une impossibilité d'exprimer sa volonté, pour que le mandat puisse produire ses effets. À titre d'exemple, le mandat ne semble pas pouvoir être déclenché par la personne elle-même si elle a seulement besoin d'une assistance partielle pour certaines activités. Qu'en est-il notamment des personnes avec des déficiences auditives ou avec des troubles psychiques, des personnes trisomiques, des personnes toxicomanes – voire des personnes qui seraient capables d'exprimer leur volonté mais qui ont seulement besoin d'une assistance ? La CCDH estime qu'une personne devrait pouvoir elle-même décider qu'elle a besoin d'une aide et exhorte les auteurs à intégrer cette possibilité explicitement dans le projet de loi. Elle renvoie dans ce contexte à la législation belge où il est possible de choisir la date à laquelle le mandat prend cours, donc y compris lorsqu'on est encore en mesure d'accomplir certains actes.⁵⁴ Comme déjà mentionné ci-dessus, le niveau

⁵² Projet de loi n°8133, Commentaire des articles, p. 28

⁵³ Il s'agit du médecin traitant, généraliste ou un spécialiste en neurologie, neuropsychiatrie, psychiatre, gériatrie ou médecine interne, établi au Luxembourg.

⁵⁴ Site internet du Service Public Fédéral, *Quand débute la protection extrajudiciaire ?*, disponible sur <https://justice.belgium.be/fr/>. Voir aussi www.notaire.be/.

d'accompagnement dont une personne a besoin ne devrait pas être un obstacle à l'obtention d'un accompagnement dans la prise de décisions.

Le Comité des droits des personnes handicapées a dans ce contexte souligné que « *le moment auquel les instructions de la personne handicapée en la matière prennent effet (et cessent leur effet) devrait être décidé par la personne concernée et indiqué dans le texte de ces instructions ; il ne devrait pas être fonction d'une évaluation selon laquelle la capacité mentale de cette personne est déficiente* ». ⁵⁵ Dans ce même ordre d'idées, il a retenu que « *de nouveaux indicateurs, non discriminatoires, du besoin d'accompagnement sont nécessaires aux fins de la fourniture d'un accompagnement dans l'exercice de la capacité juridique* ». ⁵⁶

La CCDH constate encore que le projet de loi ne précise pas ce qui se passe entre le moment de la signature du mandat de protection future et le déclenchement de celui-ci, à savoir le constat par le mandataire d'une impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts dans le chef du mandant. Est-ce qu'il appartient au mandant de prévoir ces modalités dans le contrat ou est-ce que le mandataire doit faire un suivi régulier pour qu'il puisse apprécier l'état de santé du mandant ? Selon quels critères le mandataire pourra-t-il faire cette appréciation ? De plus, est-ce que les juges statuant sur une éventuelle mesure de placement sous curatelle ou tutelle auront accès à l'information de l'existence d'un mandat de protection future (déclenché ou non) ? La CCDH recommande d'analyser la jurisprudence française relative à ces questions et d'adapter le projet de loi le cas échéant. ⁵⁷

Enfin, la CCDH note encore que pour garantir la validité du mandat, le projet de loi exige une inscription au répertoire civil tenu par le Parquet général endéans un délai de deux mois. Il doit ensuite être visé et daté par le préposé du répertoire civil, puis restitué au mandataire ensemble avec une attestation endéans le délai de deux mois. La CCDH se demande ce qui se passe pendant cette période, p.ex. si le mandant a déjà besoin d'un accompagnement à ce moment et devrait recourir à l'assistance du mandataire.

⁵⁵ Comité des droits des personnes handicapées, op. cit., paragraphe 17, disponible sur <https://documents-dds-ny.un.org/>.

⁵⁶ *Ibid*, paragraphe 29, point i.

⁵⁷ Annick Batteur, *De quelques difficultés pratiques du mandat de protection future*, 8 septembre 2017, Actu-Juridique, disponible sur <https://www.actu-juridique.fr/>.

2. Le déroulement du mandat

a. Le principe du maintien de la capacité juridique

Selon l'article 3 paragraphe 3 du projet de loi, le mandant ne perd pas sa capacité juridique au moment de la mise en œuvre du mandat, mais confère au mandataire le droit d'agir en son nom et pour son compte. Selon les auteurs, le mandant peut donc continuer à agir lui-même, seul ou avec l'assistance du mandataire. Sa capacité juridique est maintenue tout au long de l'exécution du mandat de protection future.⁵⁸

La CCDH salue ce principe qui répond aux exigences de la CRDPH. Elle note toutefois que des questions pratiques et juridiques peuvent se poser, soulevées notamment par les autorités judiciaires dans leur avis commun.⁵⁹ Il y a en effet, en droit civil luxembourgeois, des dispositions problématiques liées à la capacité juridique et la validité des actes conclus par une personne qui n'est pas « *saine d'esprit* »⁶⁰ (vices de consentement, nullité des contrats). Il y a aussi par exemple l'article 2003 du Code civil qui prévoit que l'altération des facultés du mandant constitue une cause d'extinction du mandat de droit commun. En revanche, la présente loi prévoit que l'altération des facultés déclenche le mandat de protection future. La CCDH est d'avis que ces incohérences montrent la nécessité de procéder à une refonte plus générale du droit civil luxembourgeois, y compris les règles relatives à la capacité juridique, afin de le rendre conforme à la CRDPH.

⁵⁸ Projet de loi 8133, *Exposé des motifs*, p. 19.

⁵⁹ Avis commun des autorités judiciaires sur le projet de loi 8133, disponible sur <https://wdocs-pub.chd.lu/docs/exped/0140/164/281649.pdf>.

⁶⁰ Article 489 du Code civil : « *Pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit. Mais c'est à ceux qui agissent en nullité pour cette cause de prouver l'existence d'un trouble mental au moment de l'acte. (...)* »

Article 488 : « *La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis; à cet âge, on est capable de tous les actes de la vie civile. Est néanmoins protégé par la loi, soit à l'occasion d'un acte particulier, soit d'une manière continue, le majeur qu'une altération de ses facultés personnelles met dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts. Peut pareillement être protégé le majeur qui, par sa prodigalité, son intempérance ou son oisiveté, s'expose à tomber dans le besoin ou compromet l'exécution de ses obligations familiales.* »

Article 490 : « *Lorsque les facultés mentales sont altérées par une maladie, une infirmité ou un affaiblissement dû à l'âge, il est pourvu aux intérêts de la personne par l'un des régimes de protection prévus aux chapitres suivants. Les mêmes régimes de protection sont applicables à l'altération des facultés corporelles, si elle empêche l'expression de la volonté.* »

b. Un système qui se veut participatif, mais risque de rester ou devenir substitutif

La CCDH se félicite de l'objectif participatif du mandat qui d'une part exige du mandataire de respecter les principes définis au préalable par le mandant et d'autre part impose des principes légaux auxquels on ne peut pas déroger :

- Le contrat doit être exécuté de bonne foi dans l'intérêt du mandant. Ce dernier doit être associé à l'exécution du mandat et des rapports doivent être dressés par le mandataire sur l'exécution de sa mission et des actes accomplis. Le mandataire doit aussi séparer les fonds et les biens du mandant des siens.
- Il est impossible de prévoir une représentation pour les actes relatifs à la protection de la personne « *dont la nature implique un consentement strictement personnel* ». Le projet de loi prévoit une liste non-exhaustive de ces actes (p.ex. consentement au mariage).
- Le mandant garde le droit de choisir sa résidence et ses relations personnelles.

Si la CCDH salue l'inclusion de ces principes dans le projet de loi, elle n'est pas convaincue que ces éléments soient suffisants pour garantir le caractère participatif du mandat de protection future.

Le fait que le projet de loi se limite à exiger l'association du mandant à l'exécution du mandat « *dans toute la mesure du possible compte tenu de son degré de compréhension* » et la concertation « *à intervalles réguliers et au moins deux fois par an* » pose un faible niveau de protection et d'implication pour le mandant.⁶¹ La CCDH rappelle que les personnes en situation de handicap ont le droit à un accompagnement qui doit leur permettre de prendre des décisions ayant un effet juridique.

Il faudra remplacer également le paradigme de « *l'intérêt supérieur* » par le paradigme de « *la volonté et des préférences* » pour que les personnes en situation de handicap puissent jouir de leur droit à la capacité juridique à l'égalité avec les autres. Pour rappel : lorsque, en dépit d'efforts significatifs à cette fin, il n'est pas possible de déterminer la volonté et les préférences d'un individu, l'« *interprétation optimale de la volonté et des préférences* » doit remplacer la notion d'« *intérêt supérieur* ». De plus,

⁶¹ Les autres garanties prévues par le projet de loi concernent l'obligation d'informer les autres personnes désignées par le mandant de l'exécution des missions et des actes accomplis et de consigner le tout dans un rapport et la séparation des fonds et des biens du mandant et du mandataire.

*« le mode de communication d'une personne ne doit pas être un obstacle à l'obtention d'une aide à la prise de décisions, même lorsque ce mode de communication n'est pas conventionnel ou est compris d'un très petit nombre de personnes ».*⁶²

Comme déjà mentionné ci-dessus, le projet de loi prévoit en outre que le mandant « prend seul les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet ». Se pose donc la question de savoir ce qui se passe si son « état » ne lui permet pas de prendre seul une « décision personnelle éclairée ». Le projet de loi ne précise pas par qui et sur quelle base ce constat sera fait. Si une personne ne peut pas prendre une telle « décision personnelle éclairée », le texte permet au juge des tutelles de prévoir l'assistance du mandataire pour les actes relatifs à la personne du mandant qui ne sont pas prévus par le mandat. Si l'assistance est insuffisante, il peut autoriser une représentation. En cas de désaccord entre le mandant et le mandataire et sauf urgence, il autorise l'un ou l'autre à prendre la décision. Théoriquement, le mandataire peut donc se substituer au mandant. Cela ne semble toutefois pas s'appliquer aux actes réputés strictement personnels.

Le mandataire peut d'ailleurs prendre à l'égard du mandant des mesures de protection strictement nécessaires pour mettre fin au danger imminent que son propre comportement ferait courir au mandant. Dans un tel cas, le mandataire doit informer le juge des tutelles et les autres personnes désignées dans le mandat. Le texte ne précise ni quel type de danger est visé par cet article, ni les mesures de protection que le mandataire peut prendre. La CCDH part du principe qu'il ne peut s'agir que d'un danger pour le mandant. La CCDH comprend que le droit à l'autonomie individuelle n'est pas absolu et qu'il doit être possible de prévoir une protection voire assistance accrue en cas de nécessité. Elle s'interroge dans ce contexte plus particulièrement sur la question de la responsabilité des mandataires lorsqu'ils ne font que respecter la volonté et les préférences des mandants. Comment distinguer entre une telle situation et p.ex. une situation de non-assistance de personnes en danger ou une situation abusive ?

Enfin, la CCDH se demande pourquoi les articles 479, 457-1 et 459 (alinéa 3) du Code civil français qui prévoient des garanties supplémentaires pour les droits des mandants n'ont pas été repris alors que toutes les autres dispositions précitées ont été reprises du droit français. Ceux-ci précisent notamment que « [l]a personne protégée reçoit de la

⁶² Comité des droits des personnes handicapées, op. cit., paragraphe 29 point c), disponible sur <https://documents-dds-ny.un.org/>.

personne chargée de sa protection, selon des modalités adaptées à son état et sans préjudice des informations que les tiers sont tenus de lui dispenser en vertu de la loi, toutes informations sur sa situation personnelle, les actes concernés, leur utilité, leur degré d'urgence, leurs effets et les conséquences d'un refus de sa part ».

La CCDH exhorte le gouvernement et le parlement à revoir les dispositions relatives à la participation du mandant à l'exécution du mandat et de fournir des précisions et garanties supplémentaires. Dans toutes les situations décrites ci-dessus, il est essentiel que le mandataire tienne compte de la volonté et des préférences du mandant au lieu de se baser sur l'intérêt supérieur.

3. La modification ou la fin du contrat de mandat de protection future

La CCDH note que la procédure pour modifier le contrat de mandat de protection future par le mandant après son déclenchement implique l'intervention du juge des tutelles. La CCDH souligne que cette procédure doit être facilement accessible et adaptée aux besoins des personnes concernées. Une assistance doit être disponible pour faciliter au maximum la modification du mandat (p.ex. les principes à respecter par les mandataires, la révocation/remplacement d'un mandataire, le contenu ou l'étendue des missions du mandataire) par le mandant.

En ce qui concerne la fin du mandat, le texte du projet de loi indique que le mandant (ou le mandataire) peut la demander au juge des tutelles moyennant « *un certificat médical circonstancié établissant le rétablissement des facultés* ». ⁶³ La CCDH renvoie à ses questionnements ci-dessus relatifs à l'adéquation d'une approche exclusivement médicale. Une approche purement médicale n'est pas conforme à la CRDPH. La CCDH estime qu'un rétablissement des facultés n'est pas un critère adéquat pour mettre fin au mandat. Il se peut aussi que la société soit devenue plus accessible ou que la personne se soit adaptée à la situation sans qu'elle se soit rétablie d'un point de vue médical. Une personne doit avoir le droit de mettre fin à la relation d'accompagnement ou de la modifier à tout moment. ⁶⁴

En tout cas, la CCDH renvoie aussi aux observations du Comité des Nations Unies selon lesquelles les « *États parties sont tenus de dispenser une formation aux*

⁶³ Autres situations qui mettent fin au mandat : décès du mandant ; ouverture d'une tutelle/curatelle/sauvegarde de justice.

⁶⁴ *Ibid*, paragraphe 29 point g.

*personnes bénéficiant d'un accompagnement, afin qu'elles puissent décider le moment venu qu'elles n'ont plus autant, voire plus du tout, besoin d'un tel accompagnement dans l'exercice de leur capacité juridique ».*⁶⁵

C. Le contrôle du mandat de protection future

L'article 12 de la CRDPH exige que les mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique soient soumises à un contrôle périodique effectué par un organe indépendant et impartial ou une instance judiciaire. Le Comité de l'ONU souligne qu'il faut mettre en place « *un mécanisme permettant à des tiers de vérifier l'identité des personnes de confiance, ainsi qu'un mécanisme permettant à des tiers de contester les actes accomplis par ces personnes s'ils pensent qu'elles n'agissent pas conformément à la volonté et aux préférences de la personne concernée* ». ⁶⁶

Le projet de loi quant à lui prévoit deux types de contrôle, un contrôle conventionnel qui est purement facultatif (1) et un contrôle juridictionnel par le juge des tutelles (2).

1. Le contrôle conventionnel

Au moment de la conclusion du contrat, le mandant nomme une ou plusieurs personnes physiques ou morales chargée(s) de contrôler la bonne exécution du mandat de protection future par le mandataire – soit à titre gratuit, soit moyennant une indemnité à charge du mandant. La nomination d'un contrôleur demeure toutefois strictement facultative. Selon le commentaire des articles, un contrôle obligatoire n'est pas proposé afin d'éviter de rendre l'exécution du mandat de protection future trop complexe.⁶⁷ Si le mandant ne désigne donc pas de contrôleur, le seul moyen de faire contrôler les activités du mandataire est de saisir le juge des tutelles (voir le point 2 ci-dessous).

Si la CCDH comprend le souci de ne pas « *sur-réglementer* » la vie des personnes en situation de handicap,⁶⁸ elle s'interroge sur l'impact du caractère facultatif du contrôle et de ses modalités, notamment en ce qui concerne la prévention d'abus et du non-respect de la volonté et des préférences du mandant. La CCDH invite le gouvernement

⁶⁵ Comité des droits des personnes handicapées, op. cit., paragraphe 24, disponible sur <https://documents-dds-ny.un.org/>.

⁶⁶ *Ibid*, paragraphe 29 point d).

⁶⁷ Projet de loi n°8133, *Commentaire des articles*, p.33.

⁶⁸ Comité des droits des personnes handicapées, op. cit., paragraphe 29, disponible sur <https://documents-dds-ny.un.org/>.

et le parlement à mener des réflexions supplémentaires y relatives en impliquant des personnes concernées et les acteurs de terrain dans l'élaboration de ces dispositions. Conformément aux recommandations du Comité des Nations Unies, il peut p.ex. s'avérer opportun de prévoir un contrôle périodique par un organe indépendant.

L'accès à un contrôle effectif ne doit en tout cas pas dépendre de la situation socioéconomique des mandants : le recours à un contrôleur doit être gratuit ou offert à un prix symbolique pour les mandants n'ayant pas les ressources financières requises.

En principe, le ou les contrôleurs doivent exécuter leurs missions selon les modalités de contrôle établies par le mandant dans le contrat de mandat de protection future.⁶⁹ Le projet de loi se limite à énumérer certaines obligations relatives au patrimoine en cas de désignation d'une personne morale comme contrôleur, qui sont facultatives en cas de désignation d'une personne physique.⁷⁰ L'étendue des obligations et des pouvoirs d'un contrôleur n'est pas autrement précisée. Le projet de loi ne précise pas non plus s'il faudra disposer de compétences ou connaissances particulières pour être désigné comme contrôleur : le commentaire des articles indique uniquement qu'il est « également possible de désigner un professionnel, tel qu'une fiduciaire, un comptable, un avocat, etc ». Le mandant peut donc librement choisir la personne à laquelle il voudrait confier cette tâche.⁷¹ Il faudra toutefois veiller à ce que la personne physique désignée reçoive les ressources nécessaires pour exercer cette mission, le cas échéant pris en charge par l'État. Des formations doivent également être prévues.

2. Le contrôle juridictionnel

Alors que le mandat de protection future est avant tout axé sur la protection extrajudiciaire, la CCDH constate que le projet de loi accorde aussi un rôle important au juge des tutelles. D'une part, cette approche peut permettre d'éviter et de remédier aux abus éventuels, conformément aux exigences de l'article 12 de la CRDPH. D'autre part,

⁶⁹ Article 5 paragraphe 2 du projet de loi.

⁷⁰ Articles 14, 17 et 20 du projet de loi.

⁷¹ Sous réserve des incompatibilités prévues à l'article 7 : le mandataire, les personnes faisant l'objet d'une mesure de protection judiciaire ou extrajudiciaire, toute personne ayant été chargée de l'élaboration et la rédaction du mandat, toute personne ayant un lien de subordination professionnelle par rapport au mandant ou exerçant professionnellement l'accueil en institution etc., toute personne frappée par une faillite frauduleuse ou certaines autres infractions.

elle peut risquer d'affaiblir la déjudiciarisation et le caractère participatif de l'assistance des personnes en situation de handicap.

Selon le projet de loi, toute personne intéressée peut saisir le juge (p.ex. mandant, mandataire, contrôleur, voisin, ami, connaissance) afin de contester la mise œuvre du mandat de protection future ou de voir statuer sur les conditions et modalités de son exécution. Selon le commentaire des articles, il semble s'agir de protéger « l'intérêt » de la personne concernée d'un dysfonctionnement quelconque. La CCDH souligne dans ce contexte qu'il faudra veiller à respecter avant tout la volonté et les préférences du mandant au lieu de se focaliser uniquement sur son intérêt. De surcroît, pour que l'accès au juge soit effectif, il doit être rendu accessible à toute personne, en tenant dûment compte de leurs besoins spécifiques et le cas échéant en prévoyant des aménagements raisonnables. La CCDH regrette dans ce contexte que le projet de loi se limite à faire un renvoi à la procédure prévue à l'article 1080 du Nouveau Code de procédure civile applicable en matière de tutelle qui n'est pas adaptée à la situation des mandants. La CCDH invite le gouvernement et le parlement à revoir l'accès au juge.

Dans certains cas de figure, le projet de loi rend d'ailleurs le recours au juge obligatoire pour le mandataire ou le contrôleur.⁷² Tel est le cas notamment lorsque le mandataire veut accomplir un acte qui n'est pas prévu par le mandat mais qui « *s'avère nécessaire dans l'intérêt du mandant* » ou s'il s'agit d'un acte à soumettre à l'autorisation du juge. Le contrôleur quant à lui devra saisir le juge de tout mouvement de fonds et de tout acte non justifiés ou pas conformes aux stipulations du mandat ou lorsqu'il constate que le mandataire a failli à sa mission.

En ce qui concerne les pouvoirs du juge des tutelles, le projet de loi lui permet de mettre fin à tout ou à une partie seulement du mandat de protection si l'exécution met en « *péril les intérêts patrimoniaux ou personnels* » du mandant. Le juge peut aussi ouvrir une curatelle ou une tutelle, suspendre les effets du mandat pendant le placement sous curatelle ou tutelle, prononcer des injonctions contre le mandataire, désigner un autre mandataire ou contrôleur en cas de conflit d'intérêts et/ou il peut annuler des actes. La CCDH note favorablement que l'article 22, paragraphe 6, instaure une hiérarchie entre les différentes mesures : la protection extrajudiciaire est le principe et s'impose au juge qui ne peut prendre des mesures judiciaires que « *si l'intérêt de la personne à protéger l'exige* ». La CCDH rappelle par ailleurs encore une fois que la

⁷² Article 21 paragraphe 3 du projet de loi.

CRDPH exige des États parties de se concentrer sur l'analyse de la « *volonté et des préférences* » des personnes au lieu de « l'intérêt », étant donné que cette dernière notion « *n'est pas une garantie conforme à l'article 12 [de la CRDPH] s'agissant d'adultes* ». ⁷³

Enfin, étant donné que les juges seront amenés à prendre des décisions importantes relatives à la situation (tant au niveau du patrimoine qu'au niveau de la personne) des mandants, la CCDH souligne l'importance de prévoir une offre de formations obligatoires et continues pour les juges. Cette offre doit viser à leur permettre d'apprécier les droits, la volonté, les préférences et/ou l'intérêt des personnes en situation de handicap conformément à la CRDPH.

⁷³ Comité des droits des personnes handicapées, op. cit., paragraphe 21, disponible sur <https://documents-dds-ny.un.org/>.

IV. Conclusion

Le projet de loi sous avis prévoit de nombreuses améliorations par rapport aux régimes traditionnels de protection des personnes majeures : une importance accrue accordée à la volonté et l'autonomie des personnes, le maintien de la capacité juridique ou encore la hiérarchisation de cette nouvelle mesure par rapport à la tutelle et la curatelle. La CCDH salue donc d'une manière générale cette nouvelle approche qui est plus en phase avec les droits humains internationalement reconnus.

Néanmoins, la CCDH n'est pas convaincue que le mandat de protection future puisse remédier à la situation d'inconformité du modèle luxembourgeois à la Convention relative aux droits des personnes handicapées, constatée par le Comité des droits des personnes handicapées des Nations Unies en 2017.⁷⁴ Ceci est notamment dû au fait que le mandat de protection future reste, pour l'instant, complémentaire aux mesures de tutelle et curatelle qui continueront donc de priver les personnes concernées de leur capacité juridique dans de nombreux domaines. Cette approche perpétue la violation des droits humains des personnes ciblées par une telle mesure et risque de créer des incohérences pratiques et juridiques. De plus, certains aspects du mandat de protection future ne sont pas suffisamment axés sur les droits, la volonté et les préférences des personnes. Le projet de loi utilise trop souvent des concepts traditionnels tels que la prise de décision pour le compte du mandant même contre la volonté de ce dernier lorsque son « intérêt l'exige », un manque d'implication du mandant ou l'exigence de certificats médicaux liés à la capacité mentale ou physique.

Les résultats mitigés suite à l'introduction du mandat de protection future en France, modèle duquel les auteurs du projet de loi sous avis se sont fortement inspirés, tendent à confirmer les doutes de la CCDH. Au vu de la réévaluation imminente du Luxembourg par le Comité des Nations Unies, la CCDH exhorte le gouvernement et le parlement à redoubler d'efforts et à revoir les dispositions du projet de loi à la lumière de la Convention relative aux droits des personnes handicapées et des recommandations qui lui ont été adressées par le Comité. En tout cas, la refonte générale du régime de protection des majeurs annoncée par les auteurs du projet de loi doit être entamée dans les meilleurs délais.

⁷⁴ Comité des droits des personnes handicapées, op. cit., paragraphes 28 et suivants, disponible sur <https://documents-dds-ny.un.org/>.

V. Recommandations

Recommandations générales

- Une mesure complémentaire au système de tutelle et de curatelle, qui ne met pas fin aux mesures privatives de la capacité juridique existantes, ne peut pas remédier à la négation des droits humains des personnes concernées et la situation restera dès lors contraire aux obligations découlant de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées (CRDPH). Le Luxembourg ne doit en aucun cas enlever la capacité juridique aux personnes dont la capacité mentale est altérée, mais leur donner accès à un accompagnement et une protection selon une approche basée sur les droits humains, la volonté et les préférences des personnes concernées.
- La notion « *d'intérêt* » utilisée pour prendre des décisions pour le compte d'une personne qui ne peut pas exprimer sa volonté doit être remplacée par « *l'interprétation optimale de la volonté et des préférences* ».
- La société tout entière doit être rendue plus inclusive, accessible et basée sur la conception universelle (« design for all »). Cela inclut les procédures prévues pour l'exercice de la capacité juridique et toute l'information et les moyens de communication y relatifs.
- La CCDH recommande d'analyser davantage les modèles existants dans d'autres pays et de procéder dans les meilleurs délais à une refonte complète du système de protection juridique des majeurs. Elle invite les auteurs du projet de loi à éviter de copier un modèle applicable dans un autre pays (dans le présent cas entre autres la France) sans pour autant tenir compte des préoccupations des acteurs de terrain, des personnes concernées et des recommandations du Comité des Nations Unies.

Recommandations relatives à l'élaboration d'un mandat de protection future

- La CCDH estime que l'exigence d'un certificat médical attestant la capacité d'une personne majeure pour conclure un mandat de protection future est incompatible avec la CRDPH et avec les principes sur lesquels le mandat est basé. Elle exhorte les auteurs à revoir ces dispositions. Au lieu d'exclure certaines personnes en situation de handicap, une prise de décisions assistée devrait être accessible à tous – indépendamment du degré d'assistance requis.
- Similairement, la CCDH recommande de revoir les dispositions qui excluent d'une manière générale tous les enfants, y compris les mineurs émancipés.

- La CCDH recommande de mener des réflexions supplémentaires sur les difficultés éventuelles qui peuvent découler de la nature contractuelle du mandat de protection future. Elle recommande en tout cas de prévoir une assistance gratuite et adaptée pour l'établissement et la négociation d'un tel contrat pour les personnes qui en auraient besoin.
- La CCDH souligne aussi la nécessité de rendre la procédure pour élaborer et conclure un mandat accessible à toute personne. À cette fin, il convient d'éliminer tous les obstacles potentiels tout en prévoyant la possibilité de recourir à des aménagements raisonnables en fonction des besoins spécifiques des personnes. Ceci peut d'ailleurs nécessiter une réforme plus générale de la loi sur le notariat (p.ex. moyens alternatifs de signature, abandon de l'obligation de la présence de témoins pour certaines personnes, ...) et du Code civil.
- La CCDH exhorte le gouvernement et le parlement à faire en sorte que toute personne puisse recourir au mandat de protection future indépendamment de ses ressources financières. Les moyens financiers et le degré d'assistance requis ne peuvent pas justifier l'exclusion d'une personne.
- La CCDH souligne le besoin de sensibilisation et de formations sur la reconnaissance de la capacité juridique des personnes en situation de handicap et sur la prise de décisions assistée, dispensées à tous les acteurs concernés à tous les niveaux, y compris aux fonctionnaires, aux juges, aux travailleurs sociaux, aux professionnels de la santé et des services sociaux.
- La CCDH salue que certains actes liés à un consentement strictement personnel ne peuvent pas faire l'objet d'une substitution. Une assistance devrait toutefois être possible pour ces actes, sinon les personnes seront *de facto* privées d'accomplir ces actes ce qui constituerait une violation de leurs droits humains internationalement reconnus.
- La CCDH souligne aussi l'importance d'autres mesures relatives à l'inclusion telles que l'assistance personnelle, l'assistance à l'inclusion, les personnes de confiance et les directives anticipées. Elle exhorte le gouvernement et le parlement à introduire ces mesures, respectivement à veiller à leur mise en œuvre adéquate dans les meilleurs délais.
- La CCDH note que les parents ou un tiers peuvent conclure un mandat de protection future pour une personne majeure en situation de handicap dont ils assument la charge matérielle et affective. Elle souligne que la volonté et les préférences de la personne concernée doivent être respectées dans ce contexte.

Recommandations relatives au déclenchement et à la mise en œuvre du mandat

- La CCDH souligne que le déclenchement du mandat de protection future ne doit pas être lié à des considérations purement médicales. Elle estime qu'une personne devrait aussi pouvoir décider elle-même qu'elle a besoin d'une aide et exhorte le gouvernement et le parlement à intégrer cette possibilité explicitement dans le projet de loi.
- La CCDH salue le principe du maintien de la capacité juridique lors de la mise en œuvre du mandat de protection future. Elle estime toutefois que le maintien de dispositions problématiques liées à la limitation de la capacité juridique et à la (in)validité des actes juridiques peut poser des problèmes d'incohérence et de sécurité juridique. Elle exhorte le gouvernement et le parlement à faire une refonte plus générale du droit civil luxembourgeois afin de le rendre conforme à la CRDPH.
- Si la CCDH constate plusieurs garanties en faveur du mandant, elle estime que celles-ci sont insuffisantes pour garantir le caractère participatif et le respect des droits, de la volonté et des préférences du mandant. Elle exhorte le gouvernement et le parlement à revoir les dispositions relatives à la place accordée aux mandants et à fournir des précisions et garanties supplémentaires.
- La CCDH note que le droit à l'autonomie individuelle n'est pas absolu et qu'il doit être possible de prévoir une protection voire assistance accrue en cas de nécessité. Elle invite toutefois les auteurs du projet de loi à s'interroger sur la question de la responsabilité des mandataires lorsqu'ils ne font que respecter la volonté et les préférences des mandats. Une distinction devrait être faite entre une telle situation et p.ex. une situation de non-assistance de personnes en danger ou une situation abusive.
- La CCDH recommande de veiller à l'accessibilité de la procédure judiciaire pour modifier le contrat après son déclenchement. À tout le moins, une assistance devrait être prévue.
- La CCDH regrette que le mandant ne puisse pas mettre fin au mandat sauf lorsqu'il produit un certificat médical établissant le rétablissement des facultés. Elle exhorte le gouvernement à revoir ce mécanisme en tenant dûment compte des droits humains : une personne doit avoir le droit de mettre fin à la relation d'accompagnement ou de la modifier à tout moment. Des formations et/ou une assistance adaptée devraient être offertes.

Recommandations relatives au contrôle du mandat

- La CCDH invite le gouvernement et le parlement à mener des réflexions supplémentaires relatives au mécanisme de contrôle du mandat de protection future, en impliquant des personnes concernées et les acteurs de terrain dans l'élaboration de ces dispositions. Conformément aux recommandations du Comité des Nations Unies, il peut p.ex. s'avérer opportun de prévoir un contrôle périodique par un organe indépendant.
- L'accès à un contrôle effectif ne doit en tout cas pas dépendre de la situation socioéconomique des mandants : le recours à un contrôleur doit être gratuit ou offert à un prix symbolique pour les mandants n'ayant pas les ressources financières requises. La personne désignée doit aussi avoir accès aux ressources nécessaires (p.ex. financières, formations) pour exercer cette mission.
- La CCDH invite le gouvernement et le parlement à revoir le contrôle judiciaire par le juge des tutelles qui n'est pas suffisamment axé sur les droits, volontés et préférences des personnes concernées. La procédure pour accéder au juge doit être rendue accessible à toute personne, en tenant dûment compte de leurs besoins spécifiques et le cas échéant en prévoyant des aménagements raisonnables. Un simple renvoi à la procédure prévue à l'article 1080 du Nouveau Code de procédure civile applicable en matière de tutelle n'est pas adapté.
- Étant donné que les juges seront amenés à prendre des décisions importantes relatives à la situation des mandants, la CCDH souligne l'importance de prévoir une offre de formations obligatoires et continues. Il s'agit de leur permettre d'apprécier les droits, la volonté, les préférences et/ou l'intérêt des personnes en situation de handicap conformément à la CRDPH.

Adopté lors de l'assemblée plénière du 13 novembre 2024.