



**Avis de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg 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**

(16/10/2024)

* * *

CONSIDERATIONS GENERALES

Le Conseil de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg a pris connaissance du projet de loi n° 8133 déposé par le Ministère de la Justice

Ce projet de loi est pris dans le contexte suivant :

1. Adoption du deuxième Plan d'Action national de mise en œuvre de la convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées signé le 30 mars 2007 et ratifié le 28 juillet 2011
2. Vieillesse démographique de la population impliquant une augmentation des situations de perte d'autonomie et de vulnérabilité cela entraînant un engorgement des tribunaux des tutelles
3. Limite des régimes de protection actuels qui portent quasi exclusivement sur l'aspect financier et administratif de l'accompagnement des majeurs vulnérables
4. Perception négative de la population des régimes de protection actuels

Les axes essentiels de ce projet de loi sont les suivants :

1. La protection extrajudiciaire (contractuelle) devient le principe et la protection judiciaire l'exception
2. Respect du principe de l'autonomie de la volonté en permettant à chacun d'anticiper un régime de protection future
3. Maintien de la capacité juridique des personnes protégées même après la prise d'effet du mandat de protection future
4. Prise d'effet d'une protection uniquement en cas de nécessité (principe de nécessité)
5. Mesures de protection les moins contraignantes possibles (principe de subsidiarité)
6. Mise en place de mesures de protection adaptées au cas par cas (principe de proportionnalité)
7. Possibilité de protection du patrimoine et/ou de la personne
8. Choix d'un formalisme simplifié avec la possibilité de donner le mandat de protection future par un acte sous seing privé (ne portant cependant que sur les actes d'administration courantes)
9. Possibilité de donner ce mandat par acte notarié (ce qui permet de donner plus de pouvoir au futur mandataire)



10. Établissement d'une liste exhaustive des actes strictement personnels au mandant ne pouvant pas faire l'objet d'une représentation
11. Publicité et opposabilité du mandat de protection future via son inscription au répertoire civil
12. Nécessité d'un certificat médical pour inscrire le mandat au répertoire civil (facultatif s'il est notarié)
13. Nécessité d'un second certificat médical pour la prise d'effet du mandat de protection future, ce dernier devant prendre position sur l'évolution prévisible de l'altération des facultés mentales ou corporelles
14. Possibilité pour le mandant de mettre en place un contrôle conventionnel de l'exécution du mandat
15. Possibilité de contrôle judiciaire de l'exécution du mandat via la saisine par toute personne intéressée
16. Possibilité de choisir la loi applicable au mandat et la juridiction compétente
17. Possibilité pour le mandataire de prendre à l'égard du mandant les mesures de protection nécessaires pour mettre fin à un danger imminent dû au propre comportement de ce dernier.
18. Conservation des inventaires et comptes de gestion durant 5 années
19. En cas de saisine de la justice, les stipulations du mandat s'imposent au juge des tutelles
20. Le mandat de protection future peut être homologué afin de lui conférer la même force exécutoire qu'un jugement
21. Le mandat de protection future conclu à l'étranger peut être reconnu au Grand-Duché et exécutoire via son inscription au répertoire civil

AVIS

Le Conseil de l'Ordre accueille favorablement la volonté du législateur de réformer le cadre légal de la protection des majeurs.

Il attire néanmoins l'attention sur le risque découlant d'une refonte du système de protection extra-judiciaire préalable à celle du système judiciaire.

En effet, le projet de loi objet de cet avis fait référence à de nombreuses reprises au droit positif de la protection des majeurs, législation devant faire l'objet d'une refonte totale. Ces renvois à des notions, des normes devant être modifiées à terme, risquent donc de créer des situations d'incohérence et impliquent d'ores et déjà, une future réforme des dispositions sur le mandat de protection future. Le Conseil de l'Ordre est donc d'avis que la refonte du système de protection des majeurs doit être globale.

Par ailleurs, le Conseil de l'Ordre note la volonté du législateur de privilégier le système de protection extra-judiciaire afin de favoriser une représentation organisée préalablement sur base contractuelle et, sans doute aussi, de diminuer la charge actuelle des tribunaux des tutelles.

Le Conseil de l'Ordre estime néanmoins qu'une protection judiciaire - qui s'appuie en partie sur les avocats mandataires de justice - doit rester un pan essentiel de la matière dont les bénéficiaires sont des personnes vulnérables. Il est utile de rappeler ici que les cas d'abus peuvent aussi être le fait de personnes proches jouissant a priori de la confiance du majeur à protéger.

Au surplus, le Conseil de l'Ordre fait part de ses commentaires sur certains articles :

Concernant l'article 3 (3) :

Le maintien de la capacité juridique du majeur protégé après la prise d'effet du mandat de protection future soulève des questions de cohérence et, surtout, pourrait entraîner une certaine insécurité juridique.

Ce mandat a pour objet de permettre à toute personne majeure de désigner un représentant « ... *pour le cas où elle sera hors d'état de pourvoir seule à ses intérêts* ... » (article 1^{er} (1) second alinéa). A suivre la logique du projet de loi, une personne dont il aura été médicalement constaté que l'altération de ses facultés nécessite une représentation dans les actes de la vie civile, restera juridiquement capable d'accomplir de tels actes, ce qui est incohérent.

Le Conseil de l'Ordre estime au surplus que le maintien de cette capacité implique des risques pour la sécurité juridique. En effet, le majeur dont l'altération des facultés serait modérée pourrait ainsi poser des actes juridiques, ce, sans avoir le discernement suffisant pour protéger ses intérêts. Ce risque serait d'autant plus marqué si ce majeur – dont la vulnérabilité est avérée - est confronté à des personnes malintentionnées. A la lumière de l'expérience des avocats actifs dans le domaine, le Conseil de l'Ordre relève que ce risque est marqué.

Cette capacité maintenue après la prise d'effet du mandat peut également entraîner une certaine insécurité pour les tiers ayant contracté de bonne foi avec le majeur.

Les voies de remise en cause des actes passés par le mandant pendant l'exécution du mandat, donc a posteriori – voire trop tardivement – ne sont pas de nature à éviter cet écueil.

Cet article devrait donc être modifié en ce sens.

Concernant l'article 4 :

Si la forme notariée du mandat de protection future garantirait la sécurité juridique du mandat quant à son contenu, il n'en est pas de même pour le mandat donné sous seing privé.

Le Conseil de l'Ordre devine que cette possibilité de donner un mandat de façon moins formelle a pour but de rendre le recours à ce régime de représentation future plus simple et moins onéreux.

Le Conseil de l'Ordre estime néanmoins, que, pour une plus grande sécurité juridique, seule la forme notariée devrait être maintenue.

Si le projet de loi ne devait pas être modifié en ce sens, le Conseil de l'Ordre est d'avis que la loi devrait prévoir le recours obligatoire à un modèle de mandat.

Concernant l'article 5 (3) second alinéa :

Le Conseil de l'Ordre relève que, dans l'hypothèse (la plus fréquente) d'un mandat exercé à titre gratuit, la formulation de l'article ne permet pas au juge des tutelles d'allouer au mandataire une indemnité pour les diligences longues et complexes qu'il aura accomplies.

Cet article devrait être adapté pour permettre cette rétribution exceptionnelle.

Concernant l'article 9 :

Tel qu'est rédigé cet article, la prise d'effet du mandat de protection future interviendrait sans aucun contrôle du contenu du mandat et du certificat.

Le Conseil de l'Ordre estime qu'il n'appartient pas au préposé du répertoire civil de procéder à des vérifications autres que formelles, aussi, en l'absence totale de contrôle tant du mandat que du certificat, le mandant pourrait être exposé aux agissements d'un mandataire malveillant.

Le Conseil de l'Ordre est d'avis, qu'au plus tard lors de la demande de prise d'effet du mandat de protection future, le juge des tutelles devrait procéder à un examen tant du contenu du mandat que du certificat médical constatant la nécessité de la représentation.

Cet article devrait être complété en ce sens.

Concernant l'article 10, 1°, alinéa 3 :

Le caractère facultatif du recours à un certificat médical pour accompagner l'établissement d'un mandat sous forme notariée n'est pas opportun, ce, d'autant plus que cette forme permet au mandant de donner des pouvoirs étendus au mandataire.

A contrario, il faut souligner que les notaires reçoivent - sous leur responsabilité et sans certificat - tous les autres actes pour lesquels leur ministère est exigé. Donc, si la loi exigeait l'établissement d'un certificat médical même pour les mandats de protection future sous forme notariée, cela créerait une incohérence par rapport aux mandats de droit commun et autres actes notariés.

Le Conseil de l'Ordre estime néanmoins que l'importance des pouvoirs donnés au mandataire dans cette forme notariée du mandat de protection future justifie le recours obligatoire à un certificat médical.

Cet article devrait être modifié en ce sens.

Concernant l'article 11:

Point (3) : Le Conseil de l'Ordre relève une certaine imprécision dans la formulation de cette disposition lorsqu'il est évoqué « *les personnes désignées par le mandat* » et « *les autres personnes désignées par le mandant* »

De qui s'agit-il ? Du contrôleur ? D'autres personnes ?

N'y a-t-il pas une trop grande multiplicité des intervenants donc une dilution potentielle des responsabilités ou du moins, un manque d'efficacité ?

Cet article devrait être modifié dans le sens d'une clarification.

Point (4) : La formulation de la seconde phrase de cette disposition ne prévoit pas l'hypothèse dans laquelle le mandant a des revenus ou avoirs communs avec une autre personne (conjoint, partenaire, associé, indivisaire), situation rendant impossible ou difficile l'inscription des avoirs au seul nom du majeur.

Cet article devrait être complété en ce sens.

Concernant l'article 12 :

Point (1) : Le Conseil de l'Ordre relève que les obligations d'information du mandataire sont étendues, peut-être inutiles si le mandant n'est plus en mesure de les comprendre mais surtout dépourvues de tout contrôle ou sanction en cas de carence.

Cet alinéa devrait être complété en ce sens.

Point (4) : second alinéa : Le Conseil de l'Ordre relève que la possibilité pour le mandataire de prendre les mesures de protection strictement nécessaires pour mettre fin au danger imminent auquel le mandant s'exposerait par son propre comportement, est inutile et non encadrée.

En effet, la loi du 10 décembre 2009 sur le placement des personnes souffrant de troubles mentaux permet déjà d'assurer cette protection, moyennant il est vrai, un formalisme très lourd. De plus, cette possibilité est dépourvue de tout cadre, de tout contrôle, ce qui la rend potentiellement dangereuse.

Le Conseil de l'Ordre suggère de supprimer cet alinéa.

Concernant l'article 14 :

Le Conseil de l'Ordre renvoie à son commentaire infra sur l'article 20.

Concernant l'article 20 :

Dans le cadre du mandat de protection future établi par acte sous seing privé, l'établissement d'un inventaire et surtout des comptes de gestion est facultatif ou triennal, si le contrôleur est une personne morale.

Cette absence d'obligation ou cette obligation devant être remplie tous les trois ans pourrait engendrer des négligences, dérives ou abus.

Le Conseil de l'Ordre estime que – quelle que soit la forme du mandat de protection future – il est impératif qu'un contrôle de son exécution soit assuré et, pour ce faire, qu'un compte de gestion soit établi annuellement.

L'alinéa 4 qui évoque la conservation des inventaires par le mandataire ne fixe pas de durée de cette conservation.

Il y aurait lieu de compléter cet article par un renvoi au délai quinquennal prévu par l'article 17, alinéa 4 du projet de loi.



Concernant l'article 21 :

Le Conseil de l'Ordre suggère que la liste non exhaustive des personnes pouvant saisir le juge des tutelles soit complétée par le Parquet.

Concernant l'article 23 :

Cet article introduit la possibilité d'une action en rescision ou en réduction des actes passés par le mandant pendant la durée du mandat de protection future, crée, en son alinéa 2 une nouvelle compétence pour le juge des tutelles.

Contrairement au droit commun, ce serait au juge des tutelles de connaître des actions du majeur protégé ou, après sa mort, de ses héritiers.

Le Conseil de l'Ordre est d'avis que la compétence des tribunaux civils pour connaître de ces actions doit être conservée.

Concernant l'article 25 :

Cette disposition prévoit que les mandats de protection future conclus à l'étranger sont reconnus automatiquement et peuvent être rendus exécutoires.

Le Conseil de l'Ordre relève cependant que la reconnaissance de ces mandats serait acquise sans aucun contrôle de leur conformité à l'ordre public luxembourgeois. De même, le caractère exécutoire serait donné à ces mandats sans autre formalité que l'inscription, donc sans réel contrôle.

Cette disposition devrait être modifiée dans le sens d'un contrôle judiciaire de la conformité à l'ordre public.

Luxembourg, le 16 octobre 2024

Le Bâtonnier,
Albert MORO