

De nouveaux acteurs : l'exemple du notaire

Christophe VERNIÈRES

Professeur à l'université Paris I Panthéon-Sorbonne

1. La loi du 3 janvier 1968 a adopté un système dirigiste sous contrôle judiciaire étroit dont l'objet était de protéger le majeur, traité quasiment comme spectateur de sa protection.

Par suite de l'accroissement des libertés individuelles, le droit des incapacités est devenu un droit plus humaniste, un droit tourné vers la personne et ses droits fondamentaux. Il n'est plus question de parler de personnes incapables, mais de personnes protégées.

On a assisté petit à petit à un double mouvement.

D'une part, un mouvement de contractualisation dans lequel la personne à protéger et sa famille sont mises au centre du dispositif et pour lequel les techniques contractuelles et le pouvoir de la volonté sont mis en avant.

D'autre part, un mouvement de déjudiciarisation qui est consubstantiel au mouvement de contractualisation : le juge n'est plus le cœur du dispositif, il est en retrait, tel une vigie, dont la mission est de veiller à ce que les mesures de protection soient correctement exécutées. C'est ainsi que le législateur entend procéder au « *recentrage de la justice sur ses missions premières : trancher les conflits et protéger les droits et libertés des citoyens* » (Rapp. annexé à la loi du 23 mars 2019). Naguère, on reconnaissait à la justice trois fonctions : contentieuse, gracieuse, tutélaire. L'État veut aujourd'hui la recentrer sur la première et, à cet égard, le changement de nom du juge des *tutelles*, pour celui de juge des *contentieux* de la protection, est très révélateur. La protection est donc diversifiée et, à certains égards, déjudiciarisée.

Mais il faut reconnaître aussi que ce mouvement de déjudiciarisation se justifie aussi pour des raisons purement économiques : le coût.

2. Qu'en est-il du notaire ? Le notaire a toujours été une figure incontournable du droit des personnes protégées. Sans doute, pour deux raisons : d'abord, parce que le notaire est le juriste de la famille, celui dans l'Étude duquel l'intimité des clients se dévoile. Les actes du droit de famille sont toujours de la compétence privilégiée du notaire. Ensuite, le notaire, en sa qualité d'officier ministériel, est tenu à des obligations garantes de la sécurité des droits de la personne protégée : obligation d'impartialité, obligation de conseil, obligation de conservation des actes.

Comme une évidence, la place du notaire s'est trouvée renforcée sous l'impulsion de ce double mouvement de contractualisation et de déjudiciarisation de notre matière : le notaire a vu ses missions s'accroître dans l'ensemble des mesures de protection.

3. Nous sommes donc dans une période transitoire dans laquelle les mesures traditionnelles telles que la tutelle et la curatelle perdurent et forment le socle de la protection des personnes (I), alors que de nouvelles formes de protection émergent (II).

I. Le notaire et les figures traditionnelles de la protection juridique

4. Une observation liminaire avant d'aborder les figures traditionnelles de la protection juridique.

Il n'est pas rare que le notaire soit confronté à des situations de « zone grise » : le client n'est pas l'objet d'une mesure de protection, mais il est affaibli, ses facultés cognitives sont diminuées. Pour autant, ce client entend accomplir

un acte juridique grave : vendre un immeuble, consentir une donation, rédiger un testament, modifier le bénéficiaire d'une assurance-vie.

Le notaire n'étant pas un médecin, il ne lui appartient pas d'évaluer les capacités cognitives de ses clients. Mais cette « zone grise » constitue un risque d'insécurité non négligeable, tant pour le client (la personne en état de faiblesse) que pour les tiers. Confronté à un doute sur les facultés cognitives de son client, le notaire doit prendre certaines précautions afin d'assurer la sécurité et la validité de son acte, mais aussi, par ricochet, éviter de voir sa responsabilité professionnelle engagée par la suite.

Raison pour laquelle le 116^e congrès des notaires de France avait proposé d'ajouter un alinéa 2 à l'article 414-1 du Code civil, comme suit :

« Pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit. C'est à ceux qui agissent en nullité pour cette cause de prouver l'existence d'un trouble mental au moment de l'acte ;

En cas de doute sérieux sur la santé d'esprit de l'une des parties à l'acte, en raison notamment de son grand âge, ou d'un état de santé précaire, le rédacteur de l'acte prendra le soin de solliciter la production d'un certificat rédigé par un médecin choisi sur une liste établie par le Procureur de la République avant, le cas échéant, de rédiger son acte. »

5. Sous le bénéfice de cette observation liminaire, abordons les mesures de protection traditionnelles. En la matière, la déjudiciarisation opérée par les lois successives, en dernier lieu la loi du 23 mars 2019 de réforme pour la justice, a eu une double incidence sur le notariat : lorsque le notaire se trouve confronté à une mesure de protection (A), mais aussi dans l'exécution mêmes des mesures de protection (B).

A. Le notaire confronté à une mesure de protection

Examinons tour à tour trois situations fréquentes : la conclusion du contrat de mariage ou d'un PACS ; l'acceptation pure et simple d'une succession ; le partage d'une indivision.

1. Le contrat de mariage et la conclusion d'un PACS

6. Depuis la loi du 23 mars 2019 de réforme pour la justice, le majeur en tutelle ou en curatelle peut se marier sans avoir à solliciter une autorisation judiciaire. Si le juge est évincé, il n'en demeure pas moins que le majeur protégé a l'obligation d'informer préalablement son tuteur ou son curateur afin que celui-ci puisse le cas échéant former opposition.

S'agissant du contrat de mariage, la loi prévoit que le majeur doit être assisté par son tuteur ou curateur (art. 1399). Toutefois, le tuteur ou le curateur peut, par dérogation à la règle de l'assistance, saisir le juge pour être autorisé à conclure seul le contrat de mariage « en vue de préserver les intérêts de la personne protégée » (art. 1399, al. 3). Ce système de conclusion forcée du contrat de mariage est critiquable : il est à redouter que le conjoint refuse de signer le contrat de mariage ; le système est illusoire en raison du laps de temps s'écoulant entre son information et la célébration du mariage (le tuteur ou le curateur aura-t-il le temps de saisir le juge et être autorisé à représenter le majeur au contrat de mariage ?).

Quant au PACS, le majeur en tutelle ou curatelle n'a pas à solliciter l'aval du juge et doit simplement être assisté de son tuteur ou curateur lors de la signature de la convention de PACS.

2. L'acceptation pure et simple d'une succession

7. Classiquement, l'acceptation pure et simple d'une succession étant un acte grave, elle supposait l'autorisation du conseil de famille ou du juge.

La loi 23 mars 2019 déjudiciarise cet acte : le tuteur peut seul accepter purement et simplement au nom du majeur protégé, dès lors qu'il a recueilli au préalable une attestation du notaire chargé du règlement de la succession que l'actif dépasse manifestement le passif (art. 507-1). C'est donc le notaire qui se trouve substitué au juge pour délivrer, sous sa responsabilité, le sésame au tuteur.

3. Le partage

8. Le décret du 22 décembre 2008, relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, classe le partage parmi les actes de disposition, de sorte que le partage amiable à l'égard du majeur en tutelle devait être autorisé par le conseil de famille ou le juge des tutelles qui désignait, si besoin, un notaire pour y procéder.

Désormais, le partage peut être conclu par le tuteur, sans autorisation judiciaire. Mais la mise à l'écart du juge est doublement cantonnée : aucune opposition d'intérêt entre le majeur et son tuteur ; l'état liquidatif demeure subordonné à l'approbation du juge. Or, il est fréquent que le notaire dresse un projet de « liquidation-partage », de sorte que le juge se prononce aussi sur le partage.

**

9. De tout cela, il se dégage l'impression d'un certain désordre, la déjudiciarisation rendant de plus en plus floues les frontières entre tutelle et curatelle. En effet, le tuteur peut « assister » (contrat de mariage ou PACS), alors qu'il est censé représenter le majeur en tutelle ; le curateur peut « représenter » (contrat de mariage), là où il est censé n'avoir qu'un pouvoir d'assistance. Et la qualification de certains actes de disposition ne correspond plus au régime qui, par principe, est censé être le leur : le tuteur pouvant les accomplir sans autorisation judiciaire et le curatétaire pouvant agir seul.

Ainsi que le propose le rapport de mission interministérielle du groupe de travail dirigé par Madame Caron-Déglise (2018), il serait sans doute souhaitable de créer une « mesure judiciaire unique, gérée par un juge des tutelles rénové, recentré sur sa mission de garante des libertés individuelles et des droits fondamentaux et d'arbitre en cas de conflit en cours de mesure ».

En attendant cette évolution, la déjudiciarisation risque d'entraîner une rejudiciarisation sur le terrain de la contestation des actes et de la responsabilité des acteurs de la protection, notamment le notaire dont le devoir de vigilance se trouve naturellement renforcé avec la mise en retrait du juge.

B. Le notaire au sein de la mesure de protection (dans l'exécution)

10. La mise en place de mesures de protection judiciaires, notamment la curatelle renforcée et la tutelle, justifie l'existence d'outils de contrôle destinés à éviter des dérives de la part de l'organe de protection et à permettre au juge d'assurer la surveillance de la mesure de protection.

D'où l'obligation faite au mandataire de procéder à un inventaire des biens de la personne protégée puis, tout au long de la mesure, d'établir des comptes de gestion. À la suite d'un rapport de la Cour de comptes, rendu en 2016, qui constatait plusieurs défaillances, la loi du 23 mars 2019 a entendu améliorer le dispositif. Comment ? Dans la voie de la déjudiciarisation. On ne s'étonne guère de constater que le notaire s'est vu attribuer un rôle accru dans l'exécution de la mesure de protection.

1. L'inventaire

11. En principe, il appartient au mandataire de procéder à l'inventaire des biens de la personne protégée. On perçoit les inconvénients d'un tel système, qui repose sur la bonne volonté du seul organe de protection et qui peut soulever des problèmes d'intégrité.

D'où la mesure prise par la loi du 23 mars 2019 qui prévoit que s'il « l'estime nécessaire, le juge peut désigner dès l'ouverture de la mesure un commissaire-priseur judiciaire, un huissier de justice ou un notaire pour procéder aux frais de la personne protégée, à l'inventaire des biens meubles corporels » (art. 503).

2. Le contrôle des comptes de gestion

12. De façon classique, la vérification du compte annuel de gestion du mandataire était opérée par le greffier en chef du tribunal. Si le greffier en chef refusait de donner son approbation, il dressait un rapport de difficultés qu'il transmettait au juge.

La Cour des comptes a pu constater que cette procédure était souvent inopérante : aucun texte ne définissait la méthode d'évaluation ; peu de tribunaux communiquaient

leur décision aux mandataires. À cela s'ajoutait le fait que les greffiers estimaient que la procédure était très chronophage.

13. D'où la loi du 23 mars 2019, qui a modifié en profondeur l'organisation du contrôle des comptes de gestion en procédant à une nouvelle déjudiciarisation. Désormais, il existe deux niveaux de contrôle.

D'une part, un contrôle interne : en présence de plusieurs personnes désignées (subrogé tuteur, plusieurs tuteurs), s'opère nécessairement un contrôle mutuel.

D'autre part, un contrôle externe opéré par des professionnels qualifiés, parmi lesquels figure le notaire (décret du 2 juillet 2024). Le notaire étant souvent un relais privilégié du juge, il est sans doute amené à être désigné par le juge. En la forme, le notaire doit assurer la conservation des comptes et pièces justificatives. Quant au fond, il doit vérifier que la gestion du mandataire est conforme aux intérêts du majeur protégé : il n'a pas à porter de jugement sur le choix des options budgétaires prises par le mandataire, il lui appartient de détecter les éventuelles anomalies de gestion, notamment des dépenses manifestement disproportionnées. En cas d'anomalies, le notaire peut refuser d'approuver les comptes. Il dresse alors un rapport de difficultés qu'il transmet au juge, lequel statuera sur la conformité des comptes.

Le notaire et les figures nouvelles de la protection juridique

Le notaire assure une fonction centrale dans le mandat de protection future et l'habilitation familiale.

A. Le mandat de protection future

14. Le mandat de protection future, issu de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, n'a pas eu le succès escompté par ses promoteurs. Selon une enquête menée par le Conseil Supérieur du Notariat en 2021, environ 15 000 mandats seraient conclus par an.

Ces chiffres sont relativement faibles lorsqu'on les compare avec ceux des pays étrangers. Au Québec, le rapport annuel

2020-2021 du Curateur public québécois révèle ainsi que 44 % des personnes adultes ont établi un mandat de protection. L'engouement est similaire en Belgique : selon le baromètre de la famille de la Fédération du Notariat (Fednot), le nombre de mandats de protection extrajudiciaire – mécanisme qui existe depuis 2013 – a augmenté de 15,8 % entre 2020 et 2021. Il y a eu ainsi en 2021 plus de 60 000 mandats conclus en Belgique.

15. Plusieurs raisons peuvent expliquer le faible succès en France du mandat de protection future.

D'une part, la création de l'habilitation familiale, issue de l'ordonnance du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille, serait un sérieux concurrent au mandat de protection future, en ce qu'elle permet à la fois de décharger les tribunaux et de satisfaire les familles confrontées à l'absence d'autonomie d'un proche.

Néanmoins, le mandat de protection future présente une supériorité incontestable sur l'habilitation familiale. Ce n'est qu'avec le mandat de protection future que le majeur devant être protégé a pu lui-même organiser en détail sa propre protection : profitant de ce qu'il dispose encore de toutes ses facultés, il peut choisir celui qui pourra le représenter et lui donner une feuille de route.

D'autre part, plusieurs raisons d'ordre technique sont avancées.

Primo, pendant de nombreuses années, le mandat de protection future était dépourvu d'une mesure de publicité. Cette lacune a pu rendre aléatoire la nécessaire prise en compte d'un acte qui a pu être signé chez un notaire bien des années avant que le mandant perde ses facultés. Par une décision du 27 septembre 2023 (n° 471646), le Conseil d'Etat a enjoint le gouvernement de prendre un décret en Conseil d'État dans un délai de six mois et prononce à l'encontre de l'État une astreinte de 200 euros par jour de retard.

Par décret n° 2024-1032 du 16 novembre 2024 a été instauré le registre national des mandats de protection future. Reste que ce registre est affecté de deux vices : il n'est pas opérationnel, faute d'un arrêté pris par le garde des Sceaux, ministre de la Justice ; les notaires, comme d'ailleurs les avocats

sont curieusement absents, aussi bien pour l'enregistrement que pour sa consultation.

Secundo, la prise d'effet du mandat de protection future pose des difficultés. Dans le dispositif actuel, si la personne qui a établi un mandat de protection future se trouve dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté, le mandataire qu'elle a désigné doit, pour que le mandat soit mis en œuvre, se présenter en personne au greffe du tribunal judiciaire dans le ressort duquel réside le mandant accompagné de ce dernier (sauf si sa présence au tribunal est incompatible avec son état de santé). Il présente alors au greffier un certificat médical attestant l'altération des facultés du mandant et la copie du mandat pour que le greffier opère certaines vérifications formelles. Il pourrait être de bonne pratique que de permettre aux notaires d'être investis de la mission de constater la prise d'effet du mandat.

Tertio, les actes de disposition sur le logement de la famille. Le mandant ne peut, même par un mandat de protection future notarié, autoriser son mandataire à vendre sa résidence principale, ni même sa résidence secondaire. Une fois le mandat devenu effectif, si la nécessité de la vente de l'un de ces biens se fait sentir, le mandataire doit, à l'image d'un tuteur mais aussi d'un habilité familial, obtenir du juge une autorisation. Or, la majorité des patrimoines comprend un seul bien immobilier : la résidence principale. Dès lors, l'intérêt d'un mandat de protection future perd de son évidence.

Quartus, contrairement à l'habilitation familiale, mais, comme en matière de tutelle, le mandataire a annuellement des comptes à rendre au notaire s'agissant du mandat notarié ; et ce, malgré la confiance que peut placer en lui le mandant.

Quintus, il n'y a pas de mandat de protection future à l'assistance, qui aurait pour objet d'organiser la période qui s'écoule entre la lucidité et l'inaptitude. Durant cette période, plusieurs mesures sont évidemment possibles : une mesure judiciaire, telle que la curatelle, le droit commun des contrats, notamment la conclusion d'un mandat ordinaire général ou le recours à des procurations ponctuelles. Ces mesures ne sont pas pleinement satisfaisantes. D'où l'idée de permettre la conclusion d'un mandat d'assistance dont

les règles de la curatelle constituerait un modèle, puis un mandat de représentation dont les règles de la tutelle constituerait le modèle.

B. *L'habilitation familiale*

16. Le notaire est confronté à l'habilitation familiale à deux moments distincts.

Le premier se situe lors de la mise en place de l'habilitation familiale, lorsque le majeur ne fait pas encore l'objet d'une mesure de protection judiciaire. Le notaire est face à un client qui est dans la « zone grise ». Il pourra ici encourager les proches à entreprendre les démarches pour obtenir une habilitation familiale dont l'étendue peut varier : ce peut être une habilitation « représentation » ou une habilitation « assistance », ce peut être une habilitation spéciale (circonscrite à certains actes) ou générale (le plus souvent).

Le second moment se situe lors l'exercice de l'habilitation familiale. La difficulté est ici la connaissance de l'existence de l'habilitation familiale. Car toutes les habilitations familiales ne donnent pas lieu à publicité. Seule est soumise à cette formalité, l'habilitation générale (art. 494-6, al. 8). En revanche, lorsqu'elle est spéciale, l'habilitation familiale ne fait l'objet d'aucune publicité. Le notaire, en cas de doute, doit interroger le greffe du tribunal d'instance pour savoir si le juge n'a pas ordonné une habilitation familiale en vue de passer l'acte concerné.

**

17. Des développements qui précèdent, il résulte que le notaire est un pivot de la protection de majeurs protégés, comme il l'est au demeurant dans la protection des mineurs. Les mouvements de déjudiciarisation et de contractualisation de la matière l'expliquent.

Un sentiment d'inachevé demeure, néanmoins. Les mesures de publicité sont en effet insatisfaisantes. À l'instar du rapport de mission interministériel du groupe de travail dirigé par Madame Caron-Déglise, il conviendrait de créer un répertoire civil unique, national et dématérialisé assurant la publicité de toutes les mesures de protection judiciaires et

des dispositions anticipées, accessibles aux juridictions, aux notaires et aux avocats.

Au-delà, les mesures de protection des majeurs pourraient être rationalisées. L’instauration d’une mesure judiciaire unique, gérée par un juge des tutelles rénové, pourrait être une voie à privilégier. Quant aux mesures conventionnelles, la rénovation de la fiducie pourrait apporter la souplesse souhaitée par les praticiens.