

02.3

Assurance vie et mandat de protection future



Matthieu ROBINEAU

Maître de conférences HDR à l'Université d'Orléans
CRJ Pothier EA 1212

L'assurance vie et le mandat de protection future sont deux instruments pertinents de prévoyance, spécialement lorsque le mandat est notarié. Toutefois, leur coexistence peut soulever un certain nombre d'interrogations. Pour y répondre, il paraît opportun d'examiner le sort des contrats d'assurance vie du mandant une fois que le mandat a pris effet, en distinguant selon que ce dernier comporte ou non des clauses dédiées à l'assurance vie.

Lorsqu'il est silencieux, en raison de la combinaison des dispositions du code civil et du code des assurances, le mandataire peut accomplir sans restriction rachat, avance, arbitrage (V. § 4). En revanche, des actes tels que le nantissement du contrat d'assurance en garantie de la dette d'un tiers (V. § 8) et l'acceptation de l'acceptation

(V. § 9) posent de sérieuses difficultés. Quant à la désignation du bénéficiaire (V. § 11) et aux actes qui s'y rattachent (V. § 14), ils exigent l'autorisation préalable du juge des tutelles.

Certaines des solutions retenues étant fragiles ou inopportunes, il est possible de les surmonter par une rédaction idoine du mandat de protection future. En tout état de cause, les stipulations contractuelles ne peuvent qu'encadrer ou réduire les pouvoirs octroyés au mandataire par la loi (V. § 19), encore que l'on puisse appeler de ses vœux l'assouplissement de certaines règles relatives à la désignation du bénéficiaire (V. § 26). La souscription (V. § 27), spécialement la co-souscription (V. § 28), et le règlement des oppositions d'intérêts (V. § 29) peuvent avantageusement être organisés par le mandat.

Introduction

1. Placement préféré des Français selon une formule habituelle que ne démentent pas les données statistiques¹, l'assurance vie est au cœur de nombreuses stratégies patrimoniales. Ses vertus en font un outil au service de chacun, tout au long de l'existence. Dès lors, elle peut avoir à faire avec la vulnérabilité de l'assuré. Cette rencontre n'est pas nouvelle dans la mesure où le droit des assurances se préoccupe depuis longtemps de neutraliser le *votum mortis* et la spéculation sur

la vie des plus faibles². Néanmoins, elle est de plus en plus fréquente car les hypothèses de vulnérabilité se multiplient sous les effets conjugués de l'allongement de la durée de la vie, de maladies incapacitantes et d'accidents divers et variés.

La vulnérabilité peut être appréhendée juridiquement de bien des manières. Dans une approche d'ingénierie du patrimoine, elle est une situation qui suppose anticipation, organisation et suivi. « Choisir plutôt que subir », l'antienne largement partagée doit guider le conseil. Choisir entre la société civile, la fiducie-gestion, les mandats et spécialement le mandat de protection future, voilà qui mérite une réflexion approfondie aux fins de ne pas subir les mesures judiciaires de protection et les lourdeurs qui leur sont associées.

¹ Selon la Fédération française de l'assurance, l'encours des contrats d'assurance-vie s'élevait à 1 779 milliards d'euros fin octobre 2019 (<https://www.ffa-assurance.fr/etudes-et-chiffres-cles/assurance-vie-collecte-nette-positive-en-octobre-2019>, consulté le 4 déc. 2019).

² V. en particulier C. assur., art. L. 132-3 et C. mut., art. L. 223-5 et s.

Dans cette perspective, il est proposé d'apporter un éclairage sur les relations entre assurance vie et mandat de protection future, d'appréhender leur coexistence possible³, puisque les occurrences de rencontre sont amenées à se multiplier à mesure que les mandats de protection future se développent et prennent effet⁴.

2. Attendu de longue date, en particulier par le notariat⁵, le mandat de protection future a été introduit dans notre droit positif par la loi du 5 mars 2007⁶. Il est sobrement défini à l'article 477, alinéa premier, du code civil, qui dispose : « Toute personne majeure ou mineure émancipée ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle ou d'une habilitation familiale peut charger une ou plusieurs personnes, par un même mandat, de la représenter pour le cas où, pour l'une des causes prévues à l'article 425, elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts ». Le troisième alinéa envisage sous certaines conditions la souscription d'un tel mandat au profit d'un enfant mineur ou majeur par son ou ses parents⁷.

Le mandat de protection future participe de la contractualisation du droit des personnes, voire de sa privatisation⁸. L'article 478 prévoit ainsi qu'il est soumis aux dispositions régissant le mandat de droit commun qui ne sont pas incompatibles avec celles qui lui sont dédiées. Il présente toutefois un certain nombre de spécificités par rapport au mandat classique⁹. En particulier, son *instrumentum* détermine les pouvoirs du mandataire.

D'une part, comme l'indique l'article 493 du code civil, le mandat sous seing privé est limité, quant à la gestion du patrimoine, aux actes qu'un tuteur peut faire sans autorisation, ce qui implique, pour tout autre acte, une autorisation préalable du juge des tutelles et la démonstration que l'acte envisagé est nécessaire dans l'intérêt du mandant. D'autre part, le mandat notarié, même conçu en termes généraux, inclut tous les actes patrimoniaux que le tuteur a le pouvoir d'accomplir seul ou avec une autorisation, ce qui dispense de l'épreuve parfois délicate de la qualification. Cette seconde forme présente dès lors une supériorité indéniable par rapport à la première et par rapport au mandat de droit commun. En effet, celui-ci, s'il est conçu en termes généraux, n'investit le mandataire que du pouvoir d'accomplir des actes d'administration, ce qui interdit, par exemple, l'exercice d'un droit aussi important

que le rachat¹⁰. Il n'en demeure pas moins que s'il est bien un contrat, le mandat de protection future est également une mesure de protection juridique, soumise en tant que telle au régime primaire de la protection des majeurs.

3. L'étude des relations entre mandat de protection future et assurance vie apparaît d'autant plus nécessaire que sont en tension des préoccupations contradictoires. Au-delà des enjeux en présence dans toute réflexion sur la gestion de patrimoine des majeurs¹¹, il s'agit en effet de faire profiter le mandant des vertus du contrat d'assurance vie en tant que facteur d'optimisation patrimoniale¹², dans la mesure où il est à la fois instrument de détention et de gestion du patrimoine et vecteur de protection voire de transmission au profit de tiers librement choisis. Pour autant, il convient aussi de prémunir le mandant contre les chausse-trappes de l'assurance vie¹³, sans trop contraindre le mandataire à qui il a donné sa confiance¹⁴ et qui, s'il voyait ses pouvoirs par trop limités, ne serait au fond qu'un tuteur contractuel.

Afin de circonscrire la réflexion, il convient de préciser d'abord qu'au regard de la nature des actes portant sur un contrat d'assurance vie, les propos qui suivent ne s'attacheront qu'au mandat notarié, faute d'intérêt du mandat sous seing privé en la matière¹⁵. Ensuite, ils ne porteront que sur le mandant contractant et non sur le mandant bénéficiaire d'une assurance vie puisque cette seconde hypothèse soulève assez peu d'interrogations, qu'il s'agisse de l'acceptation du bénéfice¹⁶ ou de l'exercice de l'option entre une sortie en numéraire ou en titres. Enfin, l'étude proposée se concentre sur la question des relations entre assurance vie et mandat de protection future et fait volontairement l'économie des rapports éventuellement concurrentiels entre les différents régimes de protection. Il n'apparaît pas en effet que l'existence d'un contrat d'assurance vie altère les principes de nécessité, de subsidiarité, de proportionnalité et les règles qui en découlent¹⁷.

3 Plutôt que leur concurrence, l'un comme l'autre permettant la gestion d'un patrimoine (E. Delouis, Le mandat de protection future : le point sur la mise en œuvre d'un contrat très attendu : LPA 4 nov. 2010, n° 220, p. 25).

4 Pour des données chiffrées relativement décevantes, mais prévisibles seulement dix ans après l'adoption de la loi du 5 mars 2007, v. N. Petercka, Le mandat de protection future : bilan et perspectives : Defrénois 2017, p. 497.

5 V. 80°, 94° et 102° congrès des notaires de France, cités par L. Leveneur, Intérêts et limites du mandat de protection future in Mélanges G. Champenois, Defrénois 2012, p. 571.

6 L. n° 2007-308, 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs : JO 7 mars 2007, p. 4325, texte n° 12.

7 Les propos qui suivent ont vocation à s'appliquer aussi bien au mandat pour soi-même (qui fera office de situation de référence) qu'au mandat pour autrui.

8 L. Leveneur, Intérêts et limites du mandat de protection future, préc.

9 Choix du mandataire, prise d'effet du mandat et causes et modalités de cessation.

10 Cass. civ. 2°, 5 juin 2008, n° 07-14.077 : Bull. civ. II, n° 127 ; Resp. civ. et assur. 2008, ét. 12 par N. Martial-Braz ; RGDA 2008, p. 1013, note J. Kullmann. – V. Nicolas, Le mandat en droit des assurances vie : en crise ? in N. Dissaux (dir.), Le Mandat. Un contrat en crise ? : Economica, études juridiques, 2011, p. 127.

11 V. D. Noguéro, La gestion dynamique de l'assurance-vie pour les majeurs protégés : RRJ 1/2018, p. 133.

12 M. Leroy, L'assurance sur la vie contractée par le majeur protégé in J.-M. Plazy et G. Raoul-Cormeil (dir.), Le patrimoine de la personne protégée : LexisNexis, 2015, p. 183.

13 V., avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 déc. 2007, J. Hauser, Majeurs protégés : le piège de l'assurance vie, présent et avenir : RTD civ. 2008, p. 276.

14 Le mandat est l'un des plus grands hommages rendus à la confiance (N. Dissaux, Avant-propos in N. Dissaux (dir.), Le Mandat. Un contrat en crise ?, préc., p. IX). Cependant, s'agissant du mandat de protection future, la confiance est très mesurée (L. Leveneur, Intérêts et limites du mandat de protection future, préc., spéc. p. 575).

15 M. Leroy, Assurance vie et gestion du patrimoine : Lextenso, Les intégrales, 2° éd., 2014, n° 88.

16 La renonciation (ou plus exactement la non-acceptation) pourrait toutefois être vue comme un acte interdit au mandataire par renvoi à l'article 509, 1° du code civil.

17 C. civ., art. 428. – Cf. N. Petercka, F. Arbellot et A. Caron-Deglise, Protection de la personne vulnérable : Dalloz Action, éd. 2017-2018, n° 411.41 et s. - N. Petercka, Le mandat de protection future : bilan et perspectives, préc.

Ceci posé, deux situations peuvent se rencontrer.

Ou bien le mandat de protection future est silencieux sur la question de l'assurance vie, quelles qu'en soient les raisons (absence de contrat au moment de sa rédaction, oubli malencontreux, erreur d'analyse conduisant à penser que le mandataire de protection future doit rester étranger à l'assurance vie¹⁸, etc.). Il importe alors, en dépit de ce silence, de définir les pouvoirs du mandataire une fois que le mandat a pris effet : peut-il accomplir des actes sur les contrats existants ? peut-il faire souscrire ou adhérer le mandant à de nouveaux contrats ? le cas échéant, quelle sont les précautions et les limites qui s'imposent à lui ? Que le silence soit total ou que le mandat n'ait pas tout envisagé paraît de prime abord indifférent : dans les deux cas, c'est dans la loi qu'il convient de rechercher la réponse à la question non traitée par les clauses du mandat, encore que celles portant sur certains actes pourraient guider l'interprète.

Ou bien le mandat de protection future envisage avec force détails le sort des contrats d'assurance vie. Il y a lieu alors de s'y reporter, tout en vérifiant la validité des différentes stipulations

En conséquence, il paraît pertinent d'examiner les pouvoirs du mandataire sur les contrats d'assurance vie du mandant d'abord en présence d'un mandat de protection future silencieux sur l'assurance vie, ensuite en présence d'un mandat qui, à l'inverse, prend soin d'envisager les différents actes que peut accomplir le mandataire. Il convient ainsi d'envisager le prêt-à-porter (I) puis le sur-mesure (II).

I. Le prêt-à-porter : les pouvoirs légaux du mandataire de protection future sur les contrats d'assurance vie du mandant

4. En vertu de l'article L. 132-4-1 du code des assurances¹⁹, lorsqu'une tutelle a été mise en place au bénéfice d'une personne, son tuteur est investi du pouvoir de souscrire un contrat d'assurance vie, de procéder à des rachats et de désigner ou modifier le bénéficiaire après autorisation du juge des tutelles ou du conseil de familles s'il a été constitué. L'article L. 132-9, alinéa 2 ajoute que la révocation du bénéficiaire nécessite également l'autorisation du juge. L'article 490, alinéa premier du code civil indiquant que le mandataire de protection future peut accomplir les actes que le tuteur peut faire seul ou sur autorisation, il en résulte que, lorsque le mandat notarié a pris effet, le mandataire peut procéder librement à la souscription de contrats d'assurance vie et à l'exercice du rachat.

Au fond le principe est le pouvoir du mandataire : seuls lui sont fermés les actes que la loi lui interdit d'accomplir.

18 Thèse évidemment à écarter (v. par ex. H. Favre et P. Van Steenlandt, Mandat de protection future et assurance-vie : Droit et patrimoine 2009, n° 185, p. 36).

19 Adde C. mut., art. L. 223-7-1.

Si l'article L. 132-4-1 du code des assurances apporte de la sécurité en visant expressément rachat et souscription²⁰, il est acquis que des actes aussi usuels en gestion de patrimoine que l'avance ou le nantissement sont permis au mandataire de protection future investi d'un mandat notarié²¹. Cette liberté de gestion a un prix : au-delà du jeu des contre-pouvoirs institutionnalisés (notaire et juge) ou aménagés conventionnellement, le mandataire s'expose à la révocation²² et à la responsabilité²³. Aussi convient-il, en l'absence de stipulations dédiées à l'assurance vie dans le mandat de protection future, de cerner les limites des pouvoirs du mandataire en examinant les actes que la loi lui interdit d'accomplir seul, que ce soit au titre du droit commun de la protection des majeurs (A), ou que ce soit en raison du droit spécial du mandat de protection future (B).

A. Les actes interdits en raison du droit commun de la protection de majeurs

5. Le mandataire peut voir ses pouvoirs limités non seulement par les principes directeurs qui gouvernent le droit de la protection des majeurs mais encore par les règles relatives à la tutelle, et spécialement par l'article 509 du code civil.

1° Le jeu des principes directeurs de la protection de majeurs

6. Le mandat de protection future a naturellement vocation, en raison de son caractère hybride – contrat et mesure de protection –, à se voir appliquer les dispositions, communes à toutes les mesures de protection, énoncées aux articles 415 et 416 du code civil. Il est vrai toutefois que les principes de nécessité, de subsidiarité et de proportionnalité ainsi que le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne ont de prime abord peu à voir avec l'assurance vie²⁴. De la même manière, l'article 427 du code civil qui organise la protection des actifs financiers détenus par la personne protégée et qui pourrait avoir vocation à s'appliquer est en réalité hors de cause : si le contrat d'assurance vie peut, d'un point de vue exclusivement financier, ressembler à un compte ou à un livret, il en est juridiquement très différent²⁵.

2° Le jeu des interdictions de l'article 509 du code civil

7. L'article 490 du code civil prévoyant dans son premier alinéa que le mandat inclut tous les actes patrimoniaux que le

20 Sur la co-souscription, V. § 28.

21 N'entrant pas dans la catégorie des actes à titre gratuit, ces actes de disposition (D. n° 2008-1484, 22 déc. 2008) peuvent être accomplis par le mandataire sans autorisation du juge des tutelles. Sur la désignation du bénéficiaire, V. § 11.

22 C. civ., art. 483, 4°.

23 Not. C. civ., art. 1992 par renvoi opéré par l'art. 424.

24 Sous réserve d'une concurrence entre mesures de protection, non traitée dans cette étude.

25 V. not. J. Kullmann, note sous Cass. civ. 2^e, 5 juin 2008, n° 07-14.077, préc.

tuteur a le pouvoir d'accomplir seul ou avec une autorisation, une interprétation *a contrario* conduit à penser que les actes interdits au tuteur par l'article 509 du code civil sont pareillement fermés au mandataire de protection future. Cette analyse, par essence fragile voire contestable comme toute lecture *a contrario*, trouve un soutien dans les rapports parlementaires publiés à l'occasion des débats sur la loi du 5 mars 2007²⁶.

Dès lors, si l'on considère que les interdictions attachées à la tutelle sont transposables au mandat de protection future, deux prohibitions sont susceptibles de concerner le contrat d'assurance vie²⁷.

8. La première prohibition vise la constitution gratuite d'une sûreté pour garantir la dette d'un tiers. Il en résulte que le mandataire ne peut, une fois que le mandat a pris effet, affecter le contrat d'assurance vie du mandant à la garantie de la dette d'un tiers, y compris la société dans laquelle le mandant est associé ou celle de son mandataire²⁸. Le nantissement du contrat tel qu'organisé par l'article L. 132-10 du code des assurances est ainsi impossible²⁹.

9. La seconde prohibition vise les actes qui emportent une aliénation gratuite des biens ou des droits de la personne protégée. Parmi eux, il semble qu'il faille compter, non pas la désignation du bénéficiaire³⁰, mais ce qu'il est convenu d'appeler « l'acceptation de l'acceptation³¹ ». Depuis la loi du 17 décembre 2007, l'acceptation par le bénéficiaire de la stipulation faite à son profit a changé de nature. Initialement acte unilatéral accompli sans aucune formalité, elle est devenue un acte bilatéral voire trilatéral et solennel puisqu'un écrit est nécessaire à sa validité. Pour les contrats régis par cette loi, l'acceptation prive le souscripteur, non seulement du droit de révoquer ou modifier le bénéficiaire, mais encore du droit de rachat³². C'est la raison pour laquelle le contractant doit consentir à l'acceptation par le bénéficiaire, parce qu'elle le dépouille de l'épargne en compte sur son contrat d'assurance vie. Par suite, si le bénéficiaire a été désigné à titre gratuit, il semble que le mandataire ne puisse consentir pour le compte

du mandant à l'acceptation du bénéficiaire de la garantie³³. La prohibition n'est toutefois pas gênante dans la mesure où, hormis l'hypothèse d'une stipulation au profit d'un créancier³⁴, l'on ne voit guère pourquoi le mandataire de protection future envisagerait de faire accepter les bénéficiaires des contrats de son mandant, privant ce dernier de la disponibilité de l'épargne accumulée sur ses contrats rachetables³⁵. À cela s'ajoute que l'acceptation d'un bénéficiaire désigné à titre gratuit accroît singulièrement le risque que le contrat d'assurance vie soit requalifié en donation³⁶, si l'intention libérale est établie, ce qui devrait achever de dissuader le mandataire d'y procéder.

Il reste que l'application de l'article 509, 1^o du code civil n'est pas certaine. D'une part, en raison de sa nature, le texte doit s'interpréter strictement ; d'autre part, il est des situations où l'acceptation peut être un outil patrimonial pertinent, quitte à la lever ensuite³⁷. Néanmoins, si elle n'était finalement pas frappée d'interdiction, elle réaliserait en tout état de cause un acte de disposition à titre gratuit³⁸, soumis à autorisation préalable du juge des tutelles, en application de l'article 490, alinéa 2 du même code. L'acceptation apparaît en effet comme un acte qui engage le patrimoine du souscripteur protégé pour le présent ou l'avenir, par une altération durable de ses prérogatives, donc comme un acte de disposition au sens du décret du 22 décembre 2008³⁹. Ce second alinéa de l'article 490 mérite qu'on s'y attarde car il est au centre des débats s'agissant de la rédaction de la clause bénéficiaire.

B. Les actes interdits en raison de leur qualification d'acte de disposition à titre gratuit

10. La rédaction de la clause bénéficiaire est un enjeu majeur. Il importe avant toute chose de déterminer si le mandataire peut y procéder seul. Le cadre général de réflexion sera dressé en examinant la désignation du bénéficiaire. S'y ajouteront des remarques particulières.

26 AN, Rapp. n° 3557, 10 janv. 2007, E. Blessig, spéc. p. 199. – Sénat, Rapp. n° 212, 7 févr. 2007, H. de Richemont, p. 194 et s.

27 On en écartera une troisième, portée par le 5^o du texte, qui vise le transfert dans un patrimoine fiduciaire des biens ou droits d'un majeur protégé. Certes, de nombreux éléments permettent de rapprocher l'assurance vie d'un patrimoine d'affectation et d'une gestion fiduciaire (M. Robineau, Le contrat d'assurance vie, enveloppe patrimoniale de gestion des biens : RJ com. 2015, n° 2, p. 197) ; toutefois, les interdictions étant d'application étroite, seul paraît concerné le transfert vers une fiducie au sens des articles 2011 et suivants du code civil.

28 La prohibition règle la question du conflit d'intérêts.

29 Par extension prudente, on peut sans doute considérer qu'il en va de même de la délégation de l'assureur.

30 V. § 11.

31 C. Grimaldi, L'acceptation de l'acceptation d'un contrat d'assurance-vie : Defrénois 2008, p. 1648.

32 Sauf autorisation du bénéficiaire, donnée au cas par cas ou délivrée dans l'acte d'acceptation qui, dans ce cas, sanctuarise la désignation du bénéficiaire au titre du contrat concerné mais aucunement le *quantum* des ses droits.

33 En ce sens, M. Leroy, L'assurance sur la vie contractée par le majeur protégé, préc., spéc. p. 199.

34 Rapp. J. Aulagnier, Questions à propos des pouvoirs du mandat notarié sur le contrat d'assurance vie : APSP 2019, n° 1, p. 26.

35 Si le contrat est de pure prévoyance ou relève d'un produit retraite, il n'est pas assorti de droit de rachat (C. assur., art. L. 132-23). Dans ce cas, l'acceptation de l'acceptation ne peut plus s'analyser en un acte de disposition ; elle n'est alors plus contestable.

36 Rapp. H. Favre et P. Van Steenlandt, Mandat de protection future et assurance-vie, préc.

37 Souscription par un donataire à l'aide de deniers reçus d'une donation d'un contrat d'assurance vie. Il a prévu à titre de charge dans la donation, outre l'emploi des fonds, que le donateur sera bénéficiaire et qu'il sera procédé à une acceptation, l'acte d'acceptation prévoyant des rachats plafonnés, de sorte d'empêcher la consommation rapide des fonds.

38 Si l'acceptation est faite au profit d'un créancier ou si elle est mue par autre chose qu'une intention libérale (disposition rémunératoire par exemple : H. Favre et P. Van Steenlandt, Mandat de protection future et assurance-vie, préc.), le mandataire pourra procéder seul à l'acceptation, sans autorisation.

39 En ce sens, mais avec quelques menues réserves, N. Petercka, L'assurance-vie à l'épreuve de la protection juridique des majeurs in Mélanges G. Champenois : Defrénois, 2012, p. 641, spéc. p. 653.

1^o Questions générales sur la désignation du bénéficiaire

11. La désignation du ou des bénéficiaires de la garantie décès lorsqu'elle est effectuée à titre gratuit soulève naturellement la question de savoir si elle doit être qualifiée d'acte de disposition à titre gratuit et si, par suite, elle doit être soumise à autorisation préalable du juge⁴⁰. Si une réponse affirmative paraît s'imposer, il n'est pas interdit de la discuter. En arrière-plan, c'est la conception du contrat d'assurance vie qui est en cause. Celui-ci est indubitablement un contrat à titre onéreux lorsque l'accent est mis sur la relation synallagmatique entre assureur et contractant. En revanche, lorsque l'éclairage porte davantage sur la stipulation pour autrui, le contrat apparaît comme l'instrument d'une transmission à titre gratuit, sauf désignation d'un créancier⁴¹. Dès lors, **deux thèses peuvent être soutenues.**

12. En premier lieu, on peut considérer que **le contrat d'assurance vie et la stipulation pour autrui forment un tout indissociable.** Au soutien d'une telle approche, il est souvent affirmé que la stipulation pour autrui est de l'essence de l'assurance vie et la pratique révèle que les assureurs exigent la désignation d'un bénéficiaire⁴². Dans cette perspective, la qualification de l'opération unique que constituent la souscription et la désignation bénéficiaire est celle d'acte à titre onéreux : on acquiert une garantie pour soi (constitution d'un complément de retraite, d'une épargne de précaution, d'un instrument de crédit) et, subsidiairement, pour ses proches. Cette analyse rend effective la faculté offerte au mandataire de souscrire un contrat d'assurance vie pour le compte du mandant sans autorisation judiciaire⁴³. Tel ne serait pas le cas si la désignation était vue comme un acte de disposition à titre gratuit puisque, comme on l'a dit, les assureurs refusent généralement la conclusion de contrats sans bénéficiaires.

13. En second lieu, on peut considérer que **le contrat d'assurance vie et la stipulation pour autrui qu'il héberge forment un ensemble contractuel dont chaque élément peut être isolé.** Une telle approche peut se recommander de l'article L. 132-11 du code des assurances, qui envisage l'hypothèse

40 Une autre difficulté pourrait trouver sa source dans l'article 458 qui prévoit que « sous réserve des dispositions particulières prévues par la loi, l'accomplissement des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée ». Toutefois, pour des raisons de sécurité juridique (D. Noguéro, L'assurance-vie et les majeurs sous protection juridique : APSP 2018, n° 4, p. 23), la dimension personnelle de la désignation du bénéficiaire a été effacée par les lois des 5 mars et 17 décembre 2007. Ainsi, le tuteur peut désigner le bénéficiaire sur autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille s'il a été constitué. De surcroît, si le consentement du majeur protégé était nécessaire, un certain nombre de contrats d'assurance se trouveraient sans clause bénéficiaire (et, de fait, ne pourraient être souscrits puisque les assureurs exigent souvent que soit désigné un bénéficiaire dès la souscription, à plus forte raison depuis la loi Eckert).

41 Pour une approche différente, N. Petercka, L'assurance-vie à l'épreuve de la protection juridique des majeurs, préc., spéc. p. 647.

42 À tout le moins, l'expérience montre que le processus de souscription ou d'adhésion est rendu plus difficile en l'absence de bénéficiaire.

43 Sans préjudice d'une éventuelle requalification en donation indirecte.

qu'un contrat d'assurance vie ne comporte pas de clause bénéficiaire (ou, ce qui revient au même, n'en comporte pas de valable ou d'applicable ou n'en comporte plus). C'est donc que le contrat peut exister sans clause bénéficiaire. De la même manière, on pourrait envisager une clause bénéficiaire sans contrat d'assurance, telle celle hébergée dans un testament indiquant que le testateur entend désigner pour bénéficiaire de tous ses contrats d'assurance vie, ceux déjà souscrits comme ceux qu'il pourrait souscrire à l'avenir, telle personne nommément désignée. Du reste, le seul fait que la substitution de bénéficiaire soit envisagée par l'article L. 132-4-1 établit que les actes relatifs à la clause bénéficiaire présentent une certaine autonomie par rapport à la souscription. L'approche dualiste du contrat conduit alors à admettre de qualifier différemment la souscription et la désignation du bénéficiaire et de les soumettre à des régimes juridiques distincts. Dans cette approche, la souscription (et le versement des primes qui l'accompagne) est un acte à titre onéreux (par détermination de la loi), tandis que le choix du bénéficiaire est un acte à titre gratuit, sauf lorsque le stipulant désigne un créancier. **Subsiste alors une question : la désignation constitue-t-elle un acte de disposition ?**

Une approche très majoritaire retient une réponse positive, fondée sur une double considération (hors hypothèse de requalification du contrat d'assurance vie en donation indirecte, hypothèse pour laquelle la qualification d'acte de disposition est acquise). D'abord, puisque la désignation fait obstacle à l'article L. 132-11 du code des assurances qui attribue la garantie décès au patrimoine du contractant ou à sa succession en l'absence de désignation bénéficiaire⁴⁴, elle relève de l'acte de disposition⁴⁵. De ce point de vue en effet, elle engage le patrimoine du souscripteur pour l'avenir. Ensuite, l'assurance vie qui se dénoue par le décès de l'assuré réalise une libéralité (qui n'est ni un legs, ni une donation)⁴⁶.

Cela dit, la qualification d'acte de disposition ne va intellectuellement pas de soi, motifs pris de la possibilité de modifier le bénéficiaire tant que la stipulation n'a pas été acceptée et de l'existence dans un certain nombre de contrats d'assurance vie d'un droit de rachat. En d'autres termes, désigner le bénéficiaire n'est pas à proprement parler disposer puisque, d'une part, c'est le bénéficiaire en dernier lieu désigné qui recevra la prestation de l'assureur et que, d'autre part, dans l'hypothèse des contrats dotés d'un droit de rachat, il ne recevra que ce qui reste sur le contrat si, et seulement si, subsiste de l'épargne en compte au jour du décès de l'assuré.

Pour autant, force est de constater que le régime protecteur qu'induit l'acte de disposition conduit à privilégier cette qualification plutôt que celle d'acte d'administration⁴⁷. C'est le sens que l'on peut donner à l'article L. 132-4-1 du code des

44 En ce sens, M. Leroy, L'assurance sur la vie contractée par le majeur protégé, préc., spéc. p. 196.

45 Rapp. D. n° 2008-1484, 22 déc. 2008, art. 2.

46 Rapp. J. Aulagnier, Questions à propos des pouvoirs du mandat notarié sur le contrat d'assurance vie, préc.

47 Rapp. N. Petercka, L'assurance-vie à l'épreuve de la protection juridique des majeurs, préc., spéc. note 44, qui relève que certaines opérations sont irréductibles à la classification des actes d'administration et des actes de disposition et qu'il convient de les apprécier à l'aune d'un critère de gravité.

assurances qui, s'il ne dit pas expressément que la désignation du bénéficiaire est un acte de disposition, prévoit que le régime de celui-ci doit être appliqué en cas de tutelle ou de curatelle. Il y a là ou bien une reconnaissance implicite de la qualification en acte de disposition, ou bien un emprunt de régime opportuniste mais justifié. Quoi qu'il en soit, le décret du 22 décembre 2008, pour sa part, prend expressément parti et fait de la désignation un acte de disposition⁴⁸, ce qui règle la question.

2° Remarques particulières sur la désignation du bénéficiaire

14. Trois remarques particulières peuvent compléter la réflexion menée sur la désignation du bénéficiaire.

15. En premier lieu, **la substitution du bénéficiaire, à laquelle il convient d'ajouter toute modification de la nature (propriété, nue-propriété, quasi-usufruit ou usufruit) ou du quantum des droits, pourrait être envisagée quelque peu différemment.** En effet, sous un angle strictement économique ou patrimonial, cette substitution ou modification n'a aucune incidence sur la situation du majeur protégé ; ses droits et prérogatives ne sont nullement altérés. Pour autant, l'acte n'est pas neutre sur le plan personnel, ce qui justifie le contrôle préalable du juge⁴⁹.

16. En deuxième lieu, **un sort particulier pourrait également être réservé à la révocation du bénéficiaire** si l'on considère que celle-ci revient à réintégrer le capital dans le patrimoine et dans la succession du souscripteur en application de l'article L. 132-11 du code des assurances⁵⁰ et qu'elle n'engage donc pas le patrimoine de la personne protégée⁵¹. Ce traitement singulier trouverait une justification dans la dualité des textes puisque la révocation est traitée dans non pas à l'article L. 132-4-1 mais à l'article L. 132-9 et que, pareillement, elle est dissociée de la désignation et de la substitution du bénéficiaire dans le décret du 22 décembre 2008. Il en résulterait que le mandataire de protection future pourrait révoquer le bénéficiaire sans autorisation du juge⁵².

Cette analyse n'est pas celle du droit positif puisque le décret fait de la révocation un acte de disposition⁵³ et celui-ci ne peut être considéré, sans forcer les notions, comme un acte à titre onéreux. Au demeurant, en l'absence de désignation bénéficiaire, le capital intègrera la succession du souscripteur

assuré et profitera ainsi à ses héritiers qui en seront donc les bénéficiaires, mais des bénéficiaires hors cadre de l'assurance vie. Il convient donc de retenir que la révocation du bénéficiaire par le mandataire de protection future est un acte soumis à autorisation judiciaire. La solution s'impose aussi en raison du respect dû à la volonté du mandant, spécialement lorsqu'il a désigné le bénéficiaire en toute lucidité, avant prise d'effet du mandat. En ce sens, l'article L. 132-9 commence par rappeler que tant que l'acceptation n'a pas eu lieu, le droit de révoquer cette stipulation n'appartient qu'au stipulant et ne peut être exercé de son vivant ni par ses créanciers ni par ses représentants légaux. Il est vrai cependant que la même observation pourrait être faite à propos de la désignation et de la substitution du bénéficiaire⁵⁴, d'autant que cette dernière est à la fois révocation et désignation.

17. En troisième lieu, **il convient d'envisager la question du conflit d'intérêts.** Celui-ci, dans son expression la plus caractéristique, est réglé dans les termes les plus nets⁵⁵ par l'article L. 132-4-1 du code des assurances en matière de tutelle et de curatelle. Ce texte présume que lorsque le bénéficiaire du contrat d'assurance sur la vie est le curateur ou le tuteur, ce dernier est en opposition d'intérêts avec la personne protégée. Il en résulte par exemple que la désignation du tuteur ne peut être accomplie que par le subrogé tuteur après autorisation du juge des tutelles ou par un tuteur *ad hoc*. Il n'existe pas de texte similaire en matière de mandat de protection future et il ne paraît pas possible de se fonder sur les dispositions du droit commun pour régler la situation, encore que l'exigence de bonne foi puisse fonder la responsabilité du mandataire indélicat⁵⁶.

En particulier, à la lettre, le nouvel article 1161 du code civil ne semble pas offrir un fondement solide à une éventuelle sanction dans la mesure où il ne vise que le double mandat et le contrat conclu au profit du mandataire⁵⁷. En conséquence, la seule sanction qui puisse être envisagée en présence d'un mandat n'ayant pas réglé par anticipation la difficulté est la révocation judiciaire du mandataire sur le fondement de l'article 483, 4° du code civil⁵⁸. Cela suppose que le juge ait été

48 D. n° 2008-1484, 22 déc. 2008, annexe I, IX.

49 Rapp. Cass. civ. 1^{re}, 8 juill. 2009, n° 07-18.522 : Bull. civ. I, n° 161 ; Dr. famille 2009, comm. 114, 2^e esp., note I. Maria ; RGDA 2009, p. 1216, 1^{ère} esp., note L. Mayaux ; RTD civ. 2009, p. 698, obs. J. Hauser, jugeant que la substitution du bénéficiaire ne peut être décidée par le curateur autorisé par un juge des tutelles qui n'aurait pas entendu le curatelaire.

50 M. Leroy, L'assurance sur la vie contractée par le majeur protégé, art. préc.

51 En ce sens, M. Leroy, L'assurance sur la vie contractée par le majeur protégé, préc., spéc. p. 200.

52 H. Favre et P. Van Steenlandt, Mandat de protection future et assurance-vie, préc.

53 D. n° 2008-1484, 22 déc. 2008, annexe I, col. 2, IX.

54 H. Fulchiron et B. Kan-Balivet, 2013-2014 : entre stabilisation et transition : Droit et patrimoine 2014, n° 242, p. 83.

55 Encore que l'on puisse débattre de la nullité qui sanctionne la violation de la règle. En matière de curatelle, la jurisprudence paraît retenir une nullité facultative (en ce sens, mais sous l'empire du droit antérieur, Cass. civ. 1^{re}, 17 mars 2010, n° 08-15.658 : Bull. civ. I, n° 66), avec l'appui de la doctrine, spéc. G. Raoul-Cormeil, L'opposition d'intérêts, obstacle à la magistrature tutélaire (Étude à partir du contrat d'assurance sur la vie) : RGDA 2011, p. 397. La nullité est en revanche de droit en cas de tutelle, mais l'hypothèse est d'école en raison de l'autorisation du juge (rapp. N. Petercka, L'assurance-vie à l'épreuve de la protection juridique des majeurs, préc., spéc. p. 649).

56 Sur l'importance de la bonne foi dans l'appréhension du conflit d'intérêts, G. Raoul-Cormeil, L'opposition d'intérêts : une notion à définir, in J.-M. Plazy et G. Raoul-Cormeil (dir.), Le patrimoine de la personne protégée : LexisNexis, 2015, p. 57, spéc. p. 72 et s.

57 « En matière de représentation des personnes physiques, un représentant ne peut agir pour le compte de plusieurs parties au contrat en opposition d'intérêts ni contracter pour son propre compte avec le représenté. En ces cas, l'acte accompli est nul à moins que la loi ne l'autorise ou que le représenté ne l'ait autorisé ou ratifié ».

58 Cass. civ. 1^{re}, 4 janv. 2017, n° 15-28.669, P+B : D. 2017, p. 191, note D. Noguéro ; Dr. famille. 2017, comm. 49, note I. Maria ; JCPG 2017, 200, note N. Peterka ; RTD civ. 2017, p. 100, obs. J. Hauser.

saisi⁵⁹. À cela s'ajoute qu'il faudra procéder à une modification de la clause selon les nouvelles modalités de protection.

Il est vrai que la portée de ces questions doit être relativisée dans la mesure où, comme cela a été montré plus haut, tout acte relatif aux clauses bénéficiaires des contrats d'assurance vie du mandant doit être soumis à autorisation préalable du juge. Or on peut légitimement penser que celui-ci ne rendra son ordonnance qu'en l'absence d'opposition d'intérêts, des intérêts entendus de manière plus humaine que patrimoniale, spécialement lorsque le mandataire est un proche du mandant et que sa désignation en tant que bénéficiaire paraît relever de l'ordre des choses, de l'évidence⁶⁰.

18. Ce tour d'horizon des relations entre l'assurance vie et le mandat de protection future tel qu'il est organisé par les dispositions du code civil laisse entrevoir un certain nombre de failles ou de faiblesses. Une rédaction soignée et appropriée du mandat est certainement à même d'en prévenir ou d'en supprimer certaines.

II. Le sur-mesure : les pouvoirs conventionnels du mandataire de protection future sur les contrats d'assurance vie du mandant

19. Contrat relevant des mesures de protection juridique, le mandat de protection future présente un caractère hybride. L'ampleur des possibilités de l'aménager et de faire du sur-mesure est ainsi le fruit d'une tension entre les déploiements de la liberté contractuelle et les contraintes de la protection des personnes vulnérables. En la matière, il faut assurément se réjouir de la place certaine de la liberté, tout au moins en matière patrimoniale⁶¹, à condition de conserver à l'esprit que le mandant (et le notaire qui tient la plume) ne peut à coup sûr qu'encadrer ou réduire les pouvoirs du mandataire⁶². En d'autres termes, le mandataire peut accomplir tous les actes de disposition, sous la double réserve des règles légales examinées précédemment et des restrictions que le mandat est susceptible de comporter (A). Ce dernier peut également abriter des stipulations destinées à prévenir ou régler les éventuelles oppositions d'intérêts (B).

59 A. Bateau, De quelques difficultés pratiques du mandat de protection future : LPA 8 sept. 2017, p. 65.

60 Voire d'un alignement sur la clause standard : « *Le conjoint de l'assuré, non divorcé non séparé de corps, à défaut ses enfants vivants ou représentés, à défaut ses héritiers* ». Mais cette clause n'a pas que des vertus, loin s'en faut.

61 La liberté est davantage enserrée s'agissant de la protection de la personne (C. civ., art. 479).

62 Comp. T. Semere, obs. sous N. Petercka, Le mandat de protection future : bilan et perspectives, préc, qui estime que le mandat de protection future notarié laisse relativement peu de place à la volonté des parties.

A. L'encadrement conventionnel des prérogatives du mandataire

20. Quelques principes généraux méritent d'être exposés avant d'envisager la question spécifique de la souscription de contrats d'assurance vie après la prise d'effet du mandat de protection future.

1° Les mesures générales portant sur le contrat d'assurance vie

21. Le mandat étant un contrat susceptible de prendre effet de longues années après sa rédaction et à un moment où son auteur n'est plus, par hypothèse, en mesure d'exprimer sa volonté, il est recommandé de **guider ceux qui devront l'exécuter ou en contrôler l'exécution en explicitant dans une sorte de préambule les intentions et les objectifs du mandant**. Cet exposé des motifs peut porter sur le choix des mandataires⁶³ comme sur l'étendue de leurs prérogatives⁶⁴.

22. Il est parfois conseillé également de **ne pas imposer l'intervention du juge des tutelles en dehors de sa sphère de compétence**, pour au moins deux raisons. D'abord, les délais pour obtenir une décision peuvent être extrêmement longs en raison de l'encombrement de la juridiction tutélaire. Ensuite, il n'est pas certain que le juge accepte de se prononcer. Des auteurs doutent en effet de la validité d'une clause qui soumettrait l'accomplissement d'un acte qui, légalement, ne la requiert pas, à l'autorisation du juge des tutelles, au motif qu'une telle clause revient à modifier conventionnellement sa compétence matérielle⁶⁵.

23. S'agissant des **contrats en cours lors de la prise d'effet du mandat de protection future**, ce dernier pourra prévoir avec force détails les prérogatives du mandataire : encadrement des rachats, organisation du recours à l'avance sur police, limitation des arbitrages entre les supports du contrat, instauration d'une obligation de rendre compte auprès d'un tiers désigné⁶⁶, etc.

24. Dans cette perspective, rien n'interdit que le mandat précise les **modalités de souscription des contrats d'assurance vie**⁶⁷, qu'il impose des profils de gestion (en termes d'exposition

63 Sur l'éviction du conjoint, v. not. N. Petercka, Le mandat de protection future : bilan et perspectives, préc.

64 E. Delouis, préc.

65 N. Petercka, Le mandat de protection future : bilan et perspectives, préc. – Comp. D. Noguéro, La technique de l'assurance vie au service de la gestion dynamique du patrimoine des majeurs protégés : Droit et patrimoine 2018, n° 283, p. 32, qui, à propos de la clause bénéficiaire, écrit : « *Cependant, dans le doute, et par sécurité, même si cela freine un peu le dynamisme, il sera conseillé de recueillir l'autorisation du juge des tutelles* ». Adde, du même auteur, La gestion dynamique de l'assurance-vie pour les majeurs protégés : RRJ 1/2018, p. 133, spéc. p. 181.

66 C. Cheval et W. Hannecart-Weyth, Mandat de protection future : c'est maintenant ! : Droit et patrimoine 2014, n° 238, p. 32.

67 J. Aulagnier, Questions à propos des pouvoirs du mandat notarié sur le contrat d'assurance vie, préc.

au risque ou au regard d'une gestion thématique – label ISR par exemple), qu'il exige une gestion sous mandat par un professionnel identifiable, qu'il prescrive la consultation préalable d'un conseiller en gestion de patrimoine déterminé ou présentant certaines qualités pré-requises (certifications, immatriculations, adhésion à telle association professionnelle, etc.).

25. Au besoin, la **marge de liberté de gestion laissée au mandataire peut être extrêmement réduite voire supprimée**. En particulier, s'agissant de la stipulation pour autrui, il est par exemple envisageable qu'une clause du mandat impose que la garantie profite aux héritiers du mandant⁶⁸.

26. De manière plus générale, comme cela a été remarqué, le mandat de protection future est un moyen de faire survivre les désirs du majeur protégé par-delà l'altération de ses facultés mentales⁶⁹. Ceci conduit à **se demander si, au nom du respect de la volonté du mandant, il est possible d'accroître les pouvoirs du mandataire de protection future, spécialement de le dispenser de l'autorisation du juge lorsque celle-ci est requise**⁷⁰. Par exemple, si dans le silence du mandat, l'autorisation préalable du juge est nécessaire pour désigner le bénéficiaire de la garantie, est-il certain que la même solution s'impose lorsque le mandant a pris soin d'indiquer dans le mandat lui-même qu'il entend que ses contrats d'assurance vie, en cours ou à souscrire, aient pour bénéficiaire telle personne nommément désignée ou porteuse de telle qualité ? Formellement, l'article 490, alinéa 2 s'y oppose. L'esprit de la règle également, qui commande que le juge vérifie que la rédaction de la clause bénéficiaire telle qu'elle a été prévue et ordonnée par le mandant est conforme à ses intérêts au jour où cet acte doit être accompli.

Pour autant, selon les circonstances, on pourrait, *de lege ferenda*, admettre une dispense d'autorisation du juge. Par exemple, la souscription d'un contrat d'assurance envisagé dans tous ses détails, avec clause bénéficiaire au profit des héritiers du mandant, serait susceptible de ne pas donner lieu à autorisation, en raison de l'utilité intrinsèque du contrat d'assurance vie pour le contractant⁷¹ et de l'absence de danger lié au choix des héritiers en tant que bénéficiaires. *De lege lata*, tel n'est pas le cas : la souscription avec indication du bénéficiaire dès la formation du contrat d'assurance exige l'autorisation du juge, en raison de la qualification de la désignation du bénéficiaire comme acte de disposition à titre gratuit⁷².

68 Ce qui évite l'opposition d'intérêts et bénéficie d'une présomption de conformité à l'intérêt du mandant (pour les mêmes raisons, auxquelles s'ajoutent un surcroît d'aléa quant à la situation familiale au jour du décès de l'assuré, la désignation des héritiers est d'usage s'agissant des contrats d'assurance vie souscrits pour le compte de mineurs).

69 L.-F. Pignarre, Le notaire confronté à la vulnérabilité : RJPF 2018, n° 5, p. 7.

70 Il n'est en revanche pas question que le mandat autorise des actes interdits au tuteur.

71 Tout au moins pour les contrats dotés d'un droit de rachat (v. C. assur., art. L. 132-23).

72 Étant rappelé que la souscription en tant que telle ne nécessite pas l'autorisation du juge (V. § 4).

2° Les mesures relatives à la souscription de nouveaux contrats d'assurance

27. En tout état de cause, **il ne paraît guère opportun d'interdire au mandataire de conclure de nouveaux contrats pour le compte du mandant**⁷³. Un tel empêchement serait d'autant plus malvenu qu'il existe des contrats qui peuvent être particulièrement adaptés aux personnes pour lesquelles un mandat de protection future a pris effet. On songe ici au contrat épargne handicap réservé aux personnes atteintes, lors de la souscription, d'une infirmité les empêchant de se livrer à une activité professionnelle dans des conditions normales de rentabilité. Ce contrat, qui prévoit le service d'une rente viagère avec jouissance effectivement différée d'au moins six ans à compter de la souscription, bénéficie d'un régime fiscal et social avantageux. Ainsi, l'article 199 septies du code général des impôts accorde une réduction d'impôt de 25 % du montant annuel des primes versées, plafonné à 1525 €, majoré de 300 € par enfant à charge. Il convient de préciser que cet avantage fiscal n'est pas pris en compte dans le dispositif de plafonnement des avantages fiscaux organisé par l'article 200-0 A du même code. À cela s'ajoute que le dénouement par décès ne donne pas lieu à perception des prélèvements sociaux. Enfin, en cas de sortie en rente, il n'est pas tenu compte de celle-ci pour le calcul des revenus qui détermine le droit à l'allocation adulte handicapé⁷⁴.

28. Il n'en demeure pas moins que la souscription peut poser question lorsque la situation familiale et patrimoniale du mandant oriente vers une **co-souscription**, dont les vertus sont certaines⁷⁵. Le choix de recourir à cette figure contractuelle relève sans nul doute de la catégorie des actes de disposition, avec une difficulté particulière si le mandataire est le conjoint du mandant. Au-delà de la question de la désignation du bénéficiaire qui est généralement le conjoint survivant lorsque le contrat se dénoue au premier décès⁷⁶, il est possible de déceler un conflit d'intérêts en amont, au stade même de la co-adhésion, lorsqu'il s'agit de choisir entre un dénouement au premier décès et un dénouement au second décès.

Certes, les intérêts du conjoint prémourant ne sont malmenés dans aucune des deux modalités. Il est en effet parfaitement identique pour celui-là que le contrat se dénoue à son décès ou se poursuive. En revanche, les situations des héritiers des époux sont différentes. Aussi, en présence d'une famille recomposée, l'opération de co-souscription peut-elle être biaisée par un conflit d'intérêts.

Ainsi, en cas de dénouement au premier décès, les héritiers de l'époux prédécédé pourront s'estimer lésés, en raison de l'application de l'article L. 132-16 du code des assurances, qui fait du capital reçu par le conjoint bénéficiaire un propre pour

73 *Contra*, T. Semere, obs. sous N. Petercka, Le mandat de protection future : bilan et perspectives, préc.

74 CSS, art. R. 821-4.

75 V. M. Robineau, note ss Cass. civ. 2^e, 26 juin 2019, n° 18-21.383 : RGDA 2019, n° 08-09, p. 34.

76 V. les développements sur la désignation du bénéficiaire et l'opposition d'intérêts (V. § 17).

celui-ci, sans récompense⁷⁷. Les héritiers du survivant verront en revanche avec satisfaction le patrimoine de leur auteur se gonfler du capital reçu. Comparativement, dans l'hypothèse d'un dénouement au second décès, les héritiers du prémourant verront leurs droits préservés, la valeur du contrat figurant à l'actif de la communauté, en application de la jurisprudence *Praslicka*⁷⁸, sous réserve d'un aménagement de cette solution dans la convention matrimoniale, tandis que les héritiers du conjoint survivant resteront dans l'expectative.

Il est donc permis de considérer que la co-souscription peut être à l'origine d'un conflit d'intérêts, étant entendu, d'une part, que les intérêts en cause sont indirects et, d'autre part, qu'ils sont empreints d'aléa, dans la mesure où l'ordre des décès n'est jamais sûr (même si, le cas échéant, la maladie qui aura déclenché la prise d'effet du mandat de protection future peut naturellement réduire l'aléa).

Il semble néanmoins possible de lever tout doute dans le mandat et de permettre au mandataire de co-souscrire. Il pourrait être également autorisé à faire adhérer le mandant à ses propres contrats, l'opération ne s'analysant pas en une novation⁷⁹. L'inverse pourrait en revanche être interdit.

B. La gestion conventionnelle des oppositions d'intérêts

29. Des situations de conflit d'intérêts assez variées peuvent se rencontrer une fois que le mandat de protection future a pris effet. Il est possible de les prévenir et d'en organiser le règlement dans le mandat lui-même, de sorte que la gestion des contrats d'assurance vie du mandant ne soit pas paralysée. Cela est vrai aussi bien s'agissant des divergences de vue entre mandant et mandataire que s'agissant de la concurrence entre mandataires.

1° Les divergences entre mandant et mandataire

30. Il est admis que le mandant conserve sa capacité d'exercice en dépit de la prise d'effet du mandat⁸⁰. Il est donc susceptible d'agir seul et d'accomplir en autonomie des actes sur ses contrats d'assurance vie. Sans doute ceux-ci sont-ils fragiles et encourent-ils la rescision pour lésion ou la réduction en cas d'excès conformément à l'article 488 du code civil. Néanmoins, ils peuvent malgré tout exister. Dès lors, surgit inévitablement la question de savoir comment l'assureur doit appréhender la contrariété des ordres reçus du mandant et du

mandataire. Le critère de l'utilité de l'opération qui guide le juge lorsqu'il doit se prononcer sur la rescision ou la réduction risque de n'être d'aucun secours puisque certaines décisions ne sont gouvernées que par des considérations d'opportunité et peuvent sembler tout aussi utiles que d'autres. Par exemple, si mandataire et mandant passent ordre à l'assureur de supprimer une ligne de supports du contrat, que l'un prévoit le réinvestissement sur une unité de compte A et l'autre sur une unité de compte B de même nature, il est difficile de trancher.

La question pourrait également se poser s'agissant d'une substitution de bénéficiaire de la garantie décès, en des termes un peu différents puisque celle réalisée par le mandataire est préalablement autorisée par le juge des tutelles⁸¹. De prime abord, l'assureur doit faire primer la dernière clause en date mais, d'une part, il n'est pas exigé que la clause bénéficiaire ait date certaine⁸² et, d'autre part, en cas de date identique, le problème reste entier. En tout état de cause, le paiement fait de bonne foi est libératoire pour l'assureur⁸³. Cela ne règle toutefois pas le conflit de clauses bénéficiaires.

31. Ce type de situation peut certainement être avantageusement réglé par le mandat de protection future.

Une clause pourrait par exemple prévoir qu'une fois que le mandat a pris effet, le mandant ne peut plus intervenir dans la sphère de compétence du mandataire. Une telle stipulation supprimerait les risques de contrariété et de décisions malencontreuses du majeur protégé⁸⁴. On conviendra que l'opposabilité de la clause pourrait poser question, en dépit de la publicité désormais accordée au mandat de protection future⁸⁵ et que sa validité, au regard du principe de proportionnalité qui gouverne le droit de la protection des majeurs, pourrait être discutée. Une solution sans doute plus souple consisterait à instituer dans le mandat un organe de contrôle en élargissant ses prérogatives au règlement des oppositions d'intérêts⁸⁶, celles-ci étant définies de manière à englober la contrariété de décisions. Il s'agirait ainsi de désigner dans le mandat un ou plusieurs subrogés mandataires, investis d'une mission de surveillance, de contrôle et d'arbitrage des conflits⁸⁷.

Il reste que ces voies ne sont sans doute que des pis-aller. Il pourrait être plus judicieux de prévoir que dès la prise d'effet du mandat, le mandataire devra prendre attache avec la compagnie d'assurance de sorte qu'il soit formalisé par voie d'avenant que lui seul est réputé avoir le pouvoir de gérer le contrat d'assurance dans toutes ses dimensions, enveloppe de détention et moyen de protection et de transmission.

77 Cass. civ. 1^{re}, 25 mai 2016, n° 15-14.737 : RGDA 2016, p. 432, note M. Robineau.

78 Cass. civ. 1^{re}, 31 mars 1992, n° 90-16.343 : Bull. civ. I, n° 95 ; JCPN 1992, II, p. 376, note P. Simler ; JCPN 1994, II, p. 69, note B. Abry ; Defrénois 1992, art. 33340, obs. G. Champenois.

79 Cass. civ. 1^{re}, 19 mars 2015, n° 13-28.776 : Bull. civ. I, n° 64 ; JCPG 2015, 616, note M. Robineau ; Defrénois 2015, 750, note F. Douet ; Gaz. Pal. 2015, n° 158-160, p. 31, note M. Leroy ; Resp. civ. et assur. 2015, comm. 188, obs. M.-O. Huchet ; RGDA 2015, p. 267, note F. Douet. – *Addé*, RM Malhuret, n° 00260 : JO Sénat 30 mai 2019, p. 2859 : IP 2-2019, n° 2, § 47.

80 N. Petercka, F. Arbellot et A. Caron-Deglise, Protection de la personne vulnérable, préc., n° 412.51 et s.

81 V. § 15.

82 Cass. civ. 2^e, 26 mars 2015, n° 14-11.206 : Bull. civ. II, n° 83 ; RGDA 2015, p. 260, note S. Lambert ; www.actuassurance.com mai-juin 2015, n° 41, analyses M. Robineau.

83 C. assur., art. L. 132-25.

84 Sur ce double risque, L. Leveneur, Intérêts et limites du mandat de protection future, préc., spéc. p. 576.

85 C. civ., art. 477-1.

86 Sur cette piste, D. Noguéro, note ss Cass. civ. 1^{re}, 4 janv. 2017, n° 15-28.669, préc.

87 Rapp. N. Petercka, F. Arbellot et A. Caron-Deglise, Protection de la personne vulnérable, préc., n° 411.52.

2° La concurrence entre mandataires

32. Un autre conflit peut surgir qui résulte de la coexistence de plusieurs mandats. L'article 477 du code civil autorise en effet le mandant à désigner plusieurs mandataires. Il est devenu usuel par exemple que le chef d'entreprise désigne un mandataire pour gérer son activité professionnelle et un autre pour ce qui concerne son patrimoine privé. Dans l'hypothèse de fonds qui passeraient d'une sphère patrimoniale à l'autre (cession de parts ou actions ou, à l'inverse, augmentation d'une participation), des conflits de vues pourraient survenir en raison des difficultés de rattacher entièrement ces décisions à la sphère privée ou à la sphère professionnelle. De même, lorsqu'un mandataire est chargé des questions patrimoniales et un autre de la protection de la personne du mandant, des désaccords sont susceptibles de survenir lorsque les actes patrimoniaux ont un caractère personnel marqué, à l'instar de la désignation du bénéficiaire de la garantie. Or on sait la distinction délicate⁸⁸. Dans toutes ces hypothèses, il apparaît fondamental que le mandat délimite clairement la sphère de compétence et les pouvoirs de chacun, de manière à éviter des contrariétés de décisions ou des situations de blocage. Les moyens sont divers (principe hiérarchique, collégialité, etc.)

88 Rapp. J. HauserHauser, La distinction des actions personnelles et des actions patrimoniales à l'épreuve du droit des personnes protégées, in Mélanges G. Champenois : Defrénois, 2012, p. 441.

Dans le même esprit, il convient également de prendre position dès la rédaction du mandat sur son articulation avec les autres mandats susceptibles de venir le concurrencer, et que le mandant entend voir maintenus après la prise d'effet du mandat, tel celui de la société de gestion dans l'hypothèse d'un contrat d'assurance vie en unités de comptes géré sous mandat ou encore tel celui accordé au conjoint dans l'hypothèse d'un contrat d'assurance vie co-souscrit par les époux avec des mandats réciproques, incluant expressément la possibilité d'exercer le droit de rachat⁸⁹. Dans cette dernière hypothèse, la prise d'effet d'un mandat de protection future confié à une autre personne que le conjoint pourra soulever, si elle n'a pas été anticipée, de nouvelles difficultés⁹⁰.

33. C'est donc tout l'art du notaire qui prête sa plume que de rédiger un mandat de protection future adapté, sur-mesure, au plus près de la situation patrimoniale et familiale de son client, susceptible de surmonter les écueils du mandat laconique, oublieux de l'assurance vie.

M. ROBINEAU ■

89 Sur cette exigence, v. § 2 et réf. note n° 10.

90 Sauf à considérer que le mandat de droit commun prend fin de plein droit en raison de la prise d'effet du mandat de protection future. La question est à relier au principe de subsidiarité des mesures de protection (*adde*, C. civ., art. 483, 4° dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019).