



HAL
open science

Quels aménagements de l'exercice des droits des personnes protégées en ligne ?

Gilles Raoul-Cormeil

► **To cite this version:**

Gilles Raoul-Cormeil. Quels aménagements de l'exercice des droits des personnes protégées en ligne ?. Le renouvellement du droit civil sous l'influence du numérique. Journée caennaise de l'Association Henri Capitant (31 mars 2023), sous la direction scientifique de Thibault Douville, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, p. 3 à 20, 2024, 978-2-247-20845-6. hal-04682349

HAL Id: hal-04682349

<https://hal.science/hal-04682349>

Submitted on 30 Aug 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Quels aménagements de l'exercice des droits des personnes protégées en ligne ?

Par Gilles RAOUL-CORMEIL

*Professeur de droit privé et sciences criminelles, Université de Caen Normandie
Directeur du Master droit civil, Protection des personnes vulnérables*

1. Deux catégories de personnes protégées. – Les mineurs et les majeurs protégés sont les deux catégories de personnes protégées régies par le Code civil. « Personnes protégées » : sont ainsi appelées les personnes physiques bénéficiant d'une incapacité générale d'exercice, édictée dans un but de protection individuelle¹. Par ce dispositif, la loi ou le juge habilite un ou deux protecteurs pour assister, autoriser ou représenter une personne protégée dans la mise en œuvre de ses droits personnels ou patrimoniaux. À l'exception des actes de la vie courante que les mineurs peuvent conclure seuls, au fur et à mesure que se développe leur autonomie, leurs droits sont mis en œuvre par leurs représentants légaux, leurs parents (père[s] ou mère[s]) en tant qu'ils exercent l'autorité parentale quant à leur personne et leurs biens². La protection juridique des majeurs s'en distingue par sa source et la nature du pouvoir de protection. Non pas instituée par la loi, elle se fonde sur un jugement du juge des tutelles³ ou un mandat de protection future qui ne saurait prendre effet sans la constatation de l'altération des facultés personnelles du majeur par un médecin inscrit sur la liste du procureur de la République⁴. La protection des majeurs s'opère ainsi toujours *in concreto* ; elle couvre les biens ou/et la personne en fonction du besoin de protection⁵ ; elle prend la forme d'une assistance ou d'une représentation, parfois couplées à une autorisation⁶. Pour l'essentiel, les majeurs protégés sont soumis aux dispositions des titres XI du Livre premier du Code civil. Générales ou communes aux cinq mesures de protection juridique (sauvegarde de justice avec mandat spécial, curatelle, tutelle, habilitation familiale et mandat de protection future ayant pris effet), ces dispositions doivent être articulées, selon la nature de la décision, avec d'autres dispositions du Code civil ou celles d'un autre Code⁷. Les mesures de protection juridique des majeurs ne sont pas toutes incapacitantes ; elles

¹ Sur la distinction des incapacités de protection et de défiance, analysée au titre d'une esquisse de théorie générale des incapacités, v. F. Terré, D. Fenouillet, *Droit civil, Les personnes (Personnalité – Incapacité – protection)*, 8^e éd. Dalloz, coll. Précis, 2012, n°297. Les incapacités de défiance sont « à deux têtes » (J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. 1, PUF, coll. « Quadrige manuels », 2004, n° 321, spéc. p. 624) : elles interdisent, par exemple, à un professionnel de santé de recevoir un bien à titre gratuit de la part du patient qu'il soigne de la maladie dont il va mourir (C. civ., art. 909), comme elles interdisent au patient de disposer à son égard de ses droits à titre gratuit. Sous l'incapacité de défiance, siège aussi une incapacité de protection, ce qui explique qu'elle soit sanctionnée par la nullité relative (C. civ., art. 1179, al. 2). En ce sens, not. : J. Dugne, *La vulnérabilité de la personne majeure. Essai en droit privé*, Dalloz, coll. NBT, vol. 216, 2022, n°358 : « bien qu'il ne se laisse pas voir au premier abord, le fondement protecteur des incapacités de défiance constitue bien un trait commun à leur édicition ».

² C. civ., art. 388-1-1 (Ord. n°2015-1288 du 15 oct. 2015) : « L'administrateur légal représente le mineur dans tous les actes de la vie civile, sauf les actes dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes ». Cette disposition siège au sein du titre X du Livre premier du Code civil relatif à la minorité, la tutelle et l'émancipation.

³ C. civ., art. 425, al. 1^{er} et art. 431 (sauvegarde de justice, curatelle et tutelle). – C. civ., art. 494-4 (habilitation familiale spéciale ou générale, par assistance ou par représentation).

⁴ C. civ., art. 481, al. 2 (prise d'effet du mandat de protection future). – CPC, art. 1258, 2^o.

⁵ C. civ., art. 425, al. 2.

⁶ C. civ., art. 426 et art. 427.

⁷ Code de procédure civile, Code d'action sociale et des familles, Code de la santé publique, etc. Sur la métamorphose de la protection juridique des majeurs, les facteurs sociologiques de son évolution, les avancées juridiques de l'autonomie, les difficultés pratiques d'ordre contractuel, et des propositions de réforme, v. en dernier lieu : G. Raoul-Cormeil, « Le droit de la protection des majeurs (Chapitre XIV) », in B. Teyssié (dir.), *Métamorphoses du droit des personnes*, LexisNexis, 2023, p. 301 à 329, et réf.

le sont cependant si trois conditions sont réunies. D'abord lorsque la loi le prévoit expressément⁸ ; ensuite lorsqu'elle organise la publicité à l'intention des tiers pour leur permettre de conclure valablement un contrat avec le majeur protégé, régulièrement assisté ou représenté par un organe habilité⁹ ; enfin lorsqu'elle fonde la nullité de l'acte juridique pour sanctionner le défaut d'assistance ou de représentation¹⁰. À ce triple critère de l'incapacité juridique, correspondent trois mesures de protection juridique : la curatelle, la tutelle et les habilitations familiales générales.

2. Traitement implicite des droits des majeurs protégés et promesses du droit du numérique. – Toutes les personnes protégées sont concernées par le traitement des données personnelles, l'intelligence artificielle, les risques cyber et les relations contractuelles avec les plateformes numériques mais à la différence des mineurs, les majeurs protégés n'ont pas retenu l'attention du législateur. « *L'altération de leurs facultés personnelles fait pourtant craindre, comme pour les mineurs, une moindre conscience des 'risques, des conséquences et des garanties concernées et de leurs droits liés au traitement des données à caractère personnel'* »¹¹. Sans doute ne serait-il pas inutile de fixer l'étendue des pouvoirs du protecteur en distinguant les mesures d'assistance et de représentation, le cas échéant en réservant la saisine du juge pour autorisation. Le silence de la loi justifie de limiter la présente étude du droit du numérique aux seuls majeurs protégés, l'exclusion des mineurs se renforçant à la lumière des études qui leur sont exclusivement consacrées¹². Le silence des textes, en matière numérique est de nature à fonder une capacité spéciale. Le droit des majeurs protégés est partagé entre une soumission au droit commun (principe d'inclusion sociale) et une exception à celui-ci (principe de protection individuelle). Faute d'exception expressément posée par le législateur¹³, le principe de la capacité juridique l'emporte¹⁴. Réformée par la loi n°2007-308 du 5 mars 2007, la protection juridique des majeurs connaît toutefois des difficultés pratiques dont les effets sont accentués par le vieillissement de la population et l'éclatement géographique

⁸ C. civ., art. 1145, al. 1^{er} : « Toute personne physique peut contacter, sauf en cas d'incapacité prévue par la loi ».

⁹ C. civ., art. 444, sur la publicité du jugement prononçant une curatelle ou une tutelle. – C. civ., art. 494-6 *in fine*, sur la publicité du jugement prononçant une habilitation familiale générale.

¹⁰ C. civ., art. 465, 2°, et art. 494-9, al. 2, où la nullité pour défaut d'assistance est subordonnée à la preuve d'un préjudice. – C. civ., art. 465, 3°, et art. 494-9, al. 2, où la nullité pour défaut de représentation est de droit. La charge de la preuve de l'absence de préjudice repose alors sur le cocontractant capable (C. civ., art. 1151 : « Le contractant capable peut faire obstacle à l'action en nullité engagée contre lui en établissant que l'acte était utile à la personne protégée et exempt de lésion ou qu'il a profité à celle-ci »). La nullité, édictée dans un but de protection individuelle, est relative (C. civ., art. 1147 et 1179, al. 2).

¹¹ Th. Douville, « La protection des données à caractère personnel des mineurs et des majeurs protégés », *Rev. Lamy droit civil*, n°162, 1^{er} sept. 2018, p. 42, spéc. n°8, où l'auteur cite le Règl. (UE), n°2016/679, 27 avril 2016, cons. 38, à propos des mineurs.

¹² Sur la capacité spéciale du mineur, v. F. Houari, C. Arène, Ch. David, M. Sery, « Mineurs, contrats et environnement numérique », *Dr. famille*, nov. 2021, étude 20, p. 13 à 17 ; M. Musson, « La capacité numérique du mineur », *Dr. famille*, avr. 2023, étude 11, p. 28 à 30. *Adde*, M. Musson, *Le droit de la personnalité du mineur à l'ère du numérique*, Thèse Univ. Lyon 3, ss dir. H. Fulchiron, 2023. – Sur la régulation des réseaux sociaux, v. P.-X. Chomiak de Sas, « Enfants influenceurs : la protection des mineurs contre l'exploitation abusive des parents », *Dr. famille*, mai 2023, étude 14, p. 24 à 27. – Sur la protection des mineurs face aux dangers de l'internet, v. I. Corpart, « Mieux endiguer les dangers du numérique pour les mineurs », *Journal des accidents et des catastrophes*, déc. 2019, n°192, p. 3 ; S. Lannier, « Plan de lutte contre la prostitution des mineurs : aspects numériques », *AJDP*, janv. 2023, p. 20 à 22.

¹³ C. civ., art. 1145, al. 1^{er} : « Toute personne physique peut contacter, sauf en cas d'incapacité prévue par la loi ».

¹⁴ Cass., 1^{er} civ., avis, 6 déc. 2018, n° 18-10.011, *D.* 2019. 365, note N. Peterka : « En toute hypothèse, dans le silence ou l'ambiguïté des textes, ceux-ci doivent être interprétés dans un sens favorable à la capacité de la personne protégée ».

des familles. En guise de remèdes, deux séries de progrès sont attendues de la révolution digitale.

3. La numérisation de l'opposabilité des mesures incapacitantes de protection. – En premier lieu, la publicité passive des mesures de protection juridique mériterait d'être repensée à la lumière de la technologie numérique. Le dispositif aujourd'hui applicable provient de la réforme législative du 3 janvier 1968. Depuis le 1^{er} novembre suivant, un répertoire civil tenu par les greffiers du tribunal de grande instance – devenus au 1^{er} janvier 2020 des tribunaux judiciaires¹⁵ – a vocation à recevoir les jugements ouvrant les curatelles et les tutelles. À cette fin, le greffier du juge des tutelles¹⁶ doit, à bref délai, communiquer au greffier du tribunal – dans le ressort duquel est né l'intéressé – un extrait du jugement¹⁷. Puis, à bref délai, ce greffier informe l'officier de l'état civil de la commune de naissance de l'intéressé pour qu'il émarge son acte de naissance et inscrive une mention « RC », suivie du numéro du répertoire civil et de la date de l'émargement¹⁸. Deux mois après cette mention en marge, la protection juridique est opposable *erga omnes*¹⁹. Les tiers qui n'ont pas été personnellement informés par le curateur ou le tuteur doivent vérifier la capacité juridique de leur contractant. Et s'ils découvrent la mention « RC », ils peuvent obtenir une copie du répertoire civil²⁰, les informant de la nature et de la durée de la mesure de protection juridique, ainsi que de l'identité du protecteur qui assiste ou représente le majeur protégé. Cette publicité en miroir ou « à double degré » a été pensée par le Doyen Carbonnier et le juge Massip pour concilier la sécurité juridique des tiers et la paix des familles²¹. Fruit d'un équilibre entre ces impératifs contradictoires, le dispositif institué s'est avéré difficile à mettre en œuvre. Dès les premières années d'application, des juges des tutelles ont déploré la lenteur des greffiers²². Au retard de l'opposabilité de la protection juridique, s'ajoute le manque de fiabilité imputable aux erreurs dans les émargements. De surcroît, il faut déplorer l'ignorance des professionnels (assureurs, banquiers, professionnels de santé...) et de la majeure partie des particuliers tenant aux modalités de vérification de la capacité contractuelle, sans compter les cas où les personnes perspicaces se voient opposer des mairies – consultées pour obtenir un extrait d'acte de naissance – un refus tenant à la prévention des usurpations d'identité. La loi du 5 mars 2007 n'a pas réformé le dispositif de publicité

¹⁵ COJ, art. L. 211-1 à L. 218-13, rédac. Loi n°2019-222 du 23 mars 2019.

¹⁶ Instituée par la Loi n°64-1253 du 14 déc. 1964 sur la tutelle et l'émancipation des mineurs, étendue aux majeurs protégés par la Loi n°68-5 du 3 janvier 1968, la fonction de juge des tutelles a été exercée par le juge d'instance jusqu'au 1^{er} janvier 2020. Depuis cette date, elle est exercée par le juge du contentieux de la protection : COJ, art. L. 213-4-2.

¹⁷ CPC, art. 1233.

¹⁸ CPC, art. 1059 : « La publicité des demandes, actes et jugements est réalisée par une mention en marge de l'acte de naissance de l'intéressé. Cette mention est faite à la diligence du greffier du tribunal judiciaire ou, le cas échéant, à celle du service central d'état civil. Elle est constituée par l'indication " RC " suivie de la référence sous laquelle la demande, l'acte ou le jugement a été conservé ».

¹⁹ C. civ., art. 444, sur la publicité du jugement prononçant une curatelle ou une tutelle. – C. civ., art. 494-6 *in fine*, sur la publicité du jugement prononçant une habilitation familiale générale.

²⁰ CPC, art. 1061 : « Des copies des extraits conservés au répertoire civil peuvent être délivrées à tout intéressé ».

²¹ En ce sens : J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. 1, PUF, coll. « Quadrige manuels », 2004, n° 262, spéc. p. 488 : « Pourquoi cette publicité par étapes ? Pour une raison technique, d'abord : la marge des registres de naissance n'aurait pas suffi à des reproductions aussi longues. Pour une raison psychologique, surtout : par ces formalités en zigzag, il fallait ralentir les élans de la curiosité (si les événements en question sont assurément de ceux que les cocontractants ont un intérêt légitime à connaître, les familles préfèrent ne pas les crier sur les toits) ». Sur le décret n°68-856 du 2 oct. 1968, pris en application de la loi n°68-5 du 3 janv. 1968 réformant la protection juridique des majeurs, v. J. Massip, *Les incapacités, Étude théorique et pratique*, Defrénois, 2002, n°775.

²² M. Soland, juge des tutelles au TI de Lille, « Quatre ans d'application de la loi du 3 janvier 1968 », Colloque de la Faculté de Droit de Nancy, 1972, cité par Th. Fossier, in *JCP, éd. N*, 26 juin 1987, note 4. *Adde*, l'étude critique de Mme B. Serratrice-Couttenier, « La publicité des mesures de tutelle et de curatelle », *JCP, éd. N*, 1996, p. 65.

passive. En revanche, elle a adossé à l'émargement de l'acte de naissance de l'intéressé le point de départ du délai de deux ans de la période suspecte précédant le prononcé de la mesure²³. En outre, elle a augmenté la fréquence des émargements en sollicitant sa répétition à chaque révision judiciaire²⁴. Cependant, consciente des imperfections tenant à l'organisation de l'état civil, la Chancellerie a choisi de faire partir le délai de deux ans de la période suspecte du jugement prononçant l'habilitation familiale²⁵ ; toutefois, elle a conservé l'émargement de l'acte de naissance, en miroir du répertoire civil, pour rendre opposable aux tiers l'habilitation familiale générale²⁶. L'état civil aurait donc beaucoup à gagner de sa transformation numérique. Et l'on pourrait imaginer un fichier informatique²⁷, tenu par le procureur de la République, et consultable par les seuls magistrats, avocats et notaires qui ont besoin de vérifier la capacité juridique d'une personne majeure, ainsi que les membres de la famille, à l'instar du registre spécifique aux sauvegardes de justice²⁸. Tel est le premier progrès que la révolution digitale pourrait apporter à la protection juridique des majeurs. Le conditionnel est de rigueur ! Certes, la loi du 8 avril 2024 oblige la Chancellerie, à organiser par décret²⁹ le registre dématérialisé des mesures de protection juridique des majeurs mais le décret est attendu pour le 31 décembre 2026.

4. La numérisation du dossier individuel de protection juridique. – En second lieu, les outils numériques permettraient de dématérialiser le dossier de mesure de protection juridique, ce qui faciliterait son partage, son actualisation et son contrôle, entre le greffe du tribunal judiciaire, placé sous l'autorité du juge des tutelles des majeurs, et le mandataire judiciaire à la protection des majeurs voire la famille. Certaines pièces pourraient être en accès restreint, limité au juge qui prononce et dirige la mesure, à l'autorité judiciaire et à l'avocat du majeur protégé³⁰. Les outils numériques permettent déjà aux établissements bancaires de mettre à la disposition de leur clientèle des coffres-forts électroniques pour stocker des contrats contenant des pouvoirs

²³ C. civ., art. 464.

²⁴ C. civ., art. 442. Sur la révision des mesures et leur publicité, v. D. Noguéro, « La publicité des mesures de protection juridique : (ouverture, vie et fin des mesures) », in *Mélanges Jean Hauser*, LexisNexis-Dalloz, 2012, p. 467 à 533, spéc. p. 496.

²⁵ C. civ., art. 494-9, al. 3.

²⁶ C. civ., art. 494-6 *in fine*.

²⁷ Sur le besoin de transformation de la publicité passive des mesures de protection juridique, v. J.-M. Plazy, « Les perspectives de réforme et la sécurité juridique des tiers », in G. Raoul-Cormeil, M. Rebourg, I. Maria (dir.), *Majeurs protégés : bilan et perspectives*, LexisNexis, 2020, p. 397 à 405, spéc. p. 402. Adde, G. Raoul-Cormeil, « État civil et capacité : quelle mention pour la vulnérabilité ? », in A. Gogos-Gintrand et S. Zeidenberg (dir.), *État civil et identité : évolutions contemporaines*, LEH, coll. « À la croisée des regards », 2024, p. 121 à 142.

²⁸ CPC, art. 1251-1.

²⁹ C. civ., art. 427-1 (Loi n°2024-317 du 8 avril 2024) : « Les informations relatives aux mesures de sauvegarde de justice, de curatelle, de tutelle et d'habilitation familiale ainsi que celles relatives aux mandats de protection future ayant pris effet en application de l'article 481 et aux désignations anticipées prévues à l'article 448 sont inscrites dans un registre national dématérialisé dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat. » Selon l'article 18, II, de la loi du 8 avril 2024 portant mesures pour bâtir la société du bien-vieillir et de l'autonomie (*JORF* du 9 avril 2024 ; *rectificatif*, *JORF* du 13 avril 2024), l'article 427-1 du Code civil « entre en vigueur à une date fixée par décret, et au plus tard le 31 décembre 2026. » La Chancellerie semble avoir trouvé le moyen de remettre aux Calendes grecques l'institution des registres des mandats de protection future, dont le principe, décidé par la loi n°2015-1776 du 27 décembre 2015 (C. civ., art. 477-1), n'est toujours pas mis en œuvre, en dépit de l'injonction du Conseil d'État faite au premier ministre de prendre le décret attendu dans les six mois de la notification de sa décision, et ce sous astreinte (CE, 2^e et 7^e ch. réun., 27 sept. 2023, n°471646 ; *Defrénois* 2023, n°DEF217q7, p. 28, obs. J. Combret ; *Dr. famille* 2023, comm. 169, obs. I. Maria ; *JCP N* 2024, 1004, spéc. n°49, p. 62, obs. N. Peterka ; *RJPF* 2024-285/14, p. 19, obs. G. Raoul-Cormeil) ?

³⁰ CPC, art. 1222-1 et 1223.

et des directives patrimoniales³¹. Dans un avenir proche, on peut imaginer l'intérêt de centraliser une banque de données sur la vie de la personne à protéger : des éléments administratifs bien sûr (des titres de propriété, des actes notariés) mais aussi des films et photographies, des directives anticipées de toute sorte révélant la personnalité de l'intéressé et permettant au protecteur, désigné par le juge ou choisi par l'intéressé, lorsqu'à la suite d'un accident vasculaire cérébral, il doit soudainement prendre en charge les intérêts personnels et patrimoniaux du majeur protégé. Les outils numériques sont de nature à aider le protecteur à connaître les préférences déclarées par le majeur protégé, ainsi que nous y engage l'article 12 de la Convention internationale du droit des personnes handicapées³² du 30 mars 2007.

5. La sauvegarde des droits et l'accès aux outils numériques. – En attendant, les outils numériques rendent par leur usage quotidien de nombreux services (accès aux droits sociaux, à la protection de la santé), sans négliger le stockage des données, des souvenirs (photographies, films), et la communication par SMS ou courriel. Beaucoup de majeurs protégés ont profité de ces progrès technologiques ou continuent à en profiter. Certains en sont néanmoins tenus à l'écart, souvent à cause de l'illectronisme³³. En quoi une mesure de protection juridique pourrait-elle être de nature à sauvegarder l'accès aux outils numériques ou à en modifier l'usage ? *De lege lata*, une première réponse peut d'abord être apportée à la lumière des dispositions générales de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs, à partir desquelles la nature juridique de l'accès aux outils numériques peut être discutée puis déterminée (I.). Forte des propositions du 117^e Congrès des notaires³⁴, formulées en 2021, la présente étude envisagera ensuite l'intérêt de recourir, *de lege feranda*, à un mandataire spécialement affecté à l'activité numérique (II.).

I. Nature de l'accès aux outils numériques

6. Qualification du droit d'accès aux outils numériques. – L'accès aux outils numériques est une liberté publique, promue par le droit des télécommunications³⁵. C'est à ce titre que le 117^e Congrès des notaires, réuni à Nice en 2021, a proposé d'introduire la règle suivante : « *L'accès aux outils numériques permettant d'utiliser le réseau internet par la personne protégée est conservé à la disposition de celle-ci aussi longtemps qu'il est possible* »³⁶. Le libellé de la règle proposée incline à reconnaître un nouveau droit personnel, alors que la place indiquée dans le Code civil conduit à soutenir l'existence d'un droit mixte, embrassant les droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux. La qualification de l'accès aux outils numériques doit néanmoins faire

³¹ Ph. Goubet et G. Raoul-Cormeil, « Les directives anticipées patrimoniales pour sécuriser le lien de confiance avec son banquier », in Dossier expert : anticipation, vulnérabilité et patrimoine, *Solution Notaire Hebdo*, n°13 du 15 avril 2021, p. 12 à 24.

³² 117^e Congrès des Notaires de France (Nice), *Le numérique : accompagner et sécuriser. L'Homme, la révolution digitale et le droit*, Rapport 2021, 964 p. – Sur les orientations, v. O. Boudeville, Entretien, *Defrénois*, n° hors-série, Sept. 2021, étude DEF201t9, p. 23 à 24. – Sur les propositions, v. *Defrénois*, n°38, 16 sept. 2021, DEF203c4, p. 5 à 14. – Et le Compte-rendu de Mme L. Ricco, *Defrénois*, n°40, 30 sept. 2021, DEF203o0, p. 5 à 14.

³³ V. *supra* Th. Douville, « Quelle protection contre l'illectronisme ? », étude et réf.

³⁴ Sur la CIDPH, v. A. Boujeka, « La convention des nations-Unies relative aux droits des personnes handicapées et son protocole facultatif », *RDSS* 2007, p. 799 à 809 ; M. Bacache, *RTD civ.* 2010, p. 162 ; E. Pecqueur, A. Caron-Déglise, Th. Verheyde, « Capacité juridique et protection juridique à la lumière de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées. La loi n°2007-308 du 5 mars 2007 est-elle compatible avec l'article 12 de cette convention ? », *D.* 2016, Chron., p. 958 ; A. Boujeka, « Le handicap entre confluence, confluence et confrontation des normes », in *Droit, protection, proximité, Mélanges Hervé Rihal*, Bruylant, 2021, p. 53 à 70.

³⁵ C. postes et comm. élec., art. L. 32-1, I, 2°.

³⁶ « 'Le numérique, l'Homme et le droit' : les propositions du 117^e congrès sont présentées ! », *Defrénois*, n°38, 16 sept. 2021, DEF203c4, spéc. p. 6. – « 117^e congrès : toutes les propositions adoptées pour que 'Le numérique, l'Homme et le droit' soit au cœur des réalités », *Defrénois*, n°40, 30 sept. 2021, DEF203o0, spéc. p. 9.

face au cas où le majeur protégé ne peut exercer lui-même ses droits. La nature personnelle de l'accès aux outils numériques (A.) doit prendre en compte des limites conjoncturelles (B.).

A. La nature personnelle de l'accès aux outils numériques

7. Un droit protégé au titre des libertés individuelles. – L'accès aux outils numériques entre assurément dans le domaine de la protection de la personne, sauvegardé au titre des droits fondamentaux, des libertés individuelles et de la dignité humaine³⁷. Analysé comme une liberté publique ou un droit fondamental « *en voie d'élaboration* »³⁸, l'accès aux outils numériques peut être envisagé comme un moyen de sauvegarder l'autonomie de la personne³⁹. Quinze ans après la promulgation de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs, il n'est pas étonnant de découvrir de nouveaux droits fondamentaux⁴⁰. C'était plutôt les restrictions⁴¹ à ces droits fondamentaux qui pouvaient paraître difficiles à maintenir devant cette proclamation si générale mais elles ont été levées par la loi du 23 mars 2019, après les propositions du groupe interministériel sur l'évolution du droit des personnes les plus vulnérables⁴². La protection des outils numériques est un moyen au service de la règle posée à l'article 459, alinéa 1^{er} du Code civil. La personne prend seule, autant que son état le lui permet, les décisions relatives à sa personne. Instrument de son autonomie, l'accès aux outils numériques permet au majeur en curatelle renforcée⁴³ ou en tutelle⁴⁴ de gérer le compte bancaire qui est laissé à sa disposition ; il lui permet de gérer, à partir de son smartphone, des services financiers ou personnels, tels que des entretiens médicaux.

8. Un droit mixte ? – Le coût des outils numériques (téléphone, ordinateur et abonnement aux services numériques) ne doit pas être négligé mais, s'agissant d'une dépense de consommation, le coût de l'installation et celui de son maintien ne sont pas de nature à engager le patrimoine de la personne protégée au point d'en diminuer le montant de manière sensible. Les outils numériques sont, du point de vue de l'économie domestique, sans rapport avec le logement. Lorsqu'ils existent, ils doivent être conservés au profit du majeur protégé au même titre que

³⁷ C. civ., art. 415, al. 2.

³⁸ V. not. R. Fassi-Fihri, *Les droits et libertés du numérique : les droits fondamentaux en voie d'élaboration. Étude comparée des droits français et américain*, Thèse Bordeaux, LGDJ, coll. Bibl. dr. constit. & sc. pol., t. 165, 2022. – Adde, Th. Douville, *Droit des données à caractère personnel*, LGDJ, coll. Domat, 2023, n°52, où les finalités de la protection des données sont analysées au sein d'une présentation critique des sources.

³⁹ C. civ., art. 415, al. 3.

⁴⁰ Th. Fossier, « Le statut civil de la personne vulnérable gouverné par des principes fondamentaux (Colloque Caen, 20-21 mars 2008) », *JCP N.* 2008, 1276. V. déjà, du même auteur, « L'objectif de la réforme du droit des incapacités : protéger sans jamais diminuer », *Deffrénois*, 2005, art. 38076, p. 3 à 34.

⁴¹ Sur C. élec., art. L. 5, permettant au juge des tutelles de retirer le droit de vote des majeurs en tutelle, une disposition abrogée par la Loi n°2019-222 du 23 mars 2019, v. D. Noguéro, *Élection, droit de vote, droits fondamentaux et majeurs protégés. Hommage à un juge des tutelles humaniste*, in G. Raoul-Cormeil et A. Caron-Dégliise (dir.), *La vie privée de la personne protégée. In memoriam Th. Verheyde*, éd. Mare & Martin, 2019, p. 75 à 104. – Sur C. civ., art. 460, 249 et 462, subordonnant le mariage, le divorce et la conclusion du pacte civil de solidarité du majeur en tutelle à une autorisation du juge, réécrits par la Loi n°2019-222 du 23 mars 2019, v. L. Mauger-Vielpeau, « Union et désunion du majeur protégé (mariage, pacs, divorce) », in *Majeurs protégés : bilan et perspectives*, préc. (note 27), p. 385 à 395.

⁴² V. not. N. Peterka, « La déjudiciarisation du droit des personnes protégées par la loi du 23 mars 2019. Progrès ou recul de la protection ? », *JCP G*, 2019, 437. – J. Combret, D. Noguéro, « Personnes vulnérables [...] et statut personnel : réforme de la justice et prospective », *Deffrénois* 4 avr. 2019, n°14, p. 28.

⁴³ C. civ., art. 472, al. 1er.

⁴⁴ C. civ., art. 473, al. 2.

son cadre de vie, ses souvenirs et les « objets à caractère personnel »⁴⁵. En revanche, au même titre que le choix de la résidence⁴⁶ qui est un droit personnel de la personne protégée, l'accès aux outils numériques aurait naturellement sa place dans la sous-section IV du chapitre II du Titre XI du Livre premier du Code civil, au titre des conséquences de la curatelle, de la tutelle⁴⁷ (de la sauvegarde de justice⁴⁸, du mandat de protection future⁴⁹ et de l'habilitation familiale⁵⁰) sur la protection de la personne. L'accès et le maintien des outils numériques présentent sans doute un coût mais pas assez considérable pour modifier la nature personnelle de ce droit et le faire entrer dans les droits mixtes. Aussi serait-il préférable d'insérer le texte proposé par le 117^e congrès des notaires après le 3^e alinéa de l'article 459-2 du Code civil, plutôt que dans un article 426-1 du même code. La protection de l'accès aux outils numériques ne doit pas exclure l'intervention du protecteur, ni celle du juge des tutelles.

B. Les limites conjoncturelles à l'accès aux outils numériques

9. La restriction à l'accès aux outils numériques. – Le 117^e Congrès des Notaires de France a également proposé la disposition suivante : « *S'il devient nécessaire ou s'il est de l'intérêt de la personne protégée qu'il soit restreint, la restriction, partielle ou totale, est déterminée par le juge ou par le conseil de famille s'il a été constitué, sans préjudice du droit à la correspondance privée et aux relations personnelles* »⁵¹. En plus clair, le juge des tutelles peut toujours statuer sur des difficultés⁵² et décider d'aménager ce droit. Toute restriction peut évidemment être décidée unilatéralement mais provisoirement au titre d'un éventuel danger par la personne en charge de la protection⁵³. Le juge prend en considération la situation et l'environnement de la personne protégée. En raisonnant à partir de la jurisprudence rendue sur le droit de visite et d'hébergement du majeur protégé⁵⁴, le juge pourrait interdire à une personne, un proche ou un membre de la famille de lui écrire un mail ou de lui adresser un SMS. Le majeur protégé dispose d'un droit d'appel⁵⁵ sur la décision prise par le juge des tutelles, y compris lorsqu'il restreint l'attribution de sa résidence⁵⁶ ou les visites de son entourage.

10. L'impossibilité d'accéder à un outil numérique. – Les limites les plus fréquentes à la liberté individuelle du majeur protégé ne sont pas d'ordre juridique mais factuelles. L'altération des facultés corporelles peut être si considérable qu'elle peut empêcher la personne d'exprimer

⁴⁵ C. civ., art. 426, al. 3. Sur ce texte, analysé au titre de la "protection des repères fondamentaux de la personne protégée", v. N. Peterka et A. Caron-Déglise, *Protection de la personne vulnérable*, 7^e éd., Dalloz action, 2023, chapitre 212, p. 328 à 340, spéc. n°212-14.

⁴⁶ C. civ., art. 459-2, al. 1er.

⁴⁷ C. civ., art. 457-1 à 463.

⁴⁸ C. civ., art. 438 qui renvoie aux art. 457-1 à 463.

⁴⁹ C. civ., art. 479, al. 1er, qui renvoie aux art. 457-1 à 459-2.

⁵⁰ C. civ., art. 494-6, al. 1er *in fine*, qui renvoie aux art. 457-1 à 459-2.

⁵¹ « 'Le numérique, l'Homme et le droit' : les propositions du 117^e congrès sont présentées ! », *Deffrénois*, n°38, 16 sept. 2021, spéc. p. 6. – « 117^e congrès : toutes les propositions adoptées pour que 'Le numérique, l'Homme et le droit' soit au cœur des réalités », *Deffrénois*, n°40, 30 sept. 2021, spéc. p. 9.

⁵² C. civ., art. 459-2, al. 3.

⁵³ C. civ., art. 459, al. 4.

⁵⁴ Cass., 1^e civ., 24 juin 2020, n°19-15.781 ; *Dr. famille* 2020, Comm. 167, note L. Mauger-Vielpeau. *Adde*, Th. Verheyde, « Le juge des tutelles, nouveau juge aux affaires familiales ? », *D.* 2010, chron., p. 2460 à 2464 ; *Dr. famille*, fév. 2011, étude 4, p. 17 à 21.

⁵⁵ CPC, art. 1239.

⁵⁶ V. spéc. Cass., 1^e civ., 13 juill. 2022, n° 21-10.030, *D.* 2023, Panor., p. 1191, spéc. 1193, obs. J.-J. Lemouland : « Il résulte de la combinaison des articles 1239 du code de procédure civile, 430 et 459-2, alinéa 1er, du code civil que la personne sous tutelle peut exercer seule le droit de former appel des décisions du juge des tutelles statuant sur sa résidence ».

sa volonté ; l'altération de ses facultés mentales peut empêcher la personne protégée de retenir ses codes d'accès ou lui faire perdre la maîtrise de l'outil numérique. Le cas échéant, il faut considérer que la personne en charge de la mesure de protection doit pouvoir intervenir à sa place, si un accompagnement matériel ne peut pas suffire. Face à ce risque ou à cet empêchement avéré, le juge des tutelles a la possibilité d'attribuer au curateur ou au tuteur à la personne un pouvoir d'assistance – au sens de codécision – pour tous les actes personnels ou seulement ceux qu'il aura énoncés dans le jugement⁵⁷. Si cette assistance ne saurait suffire, le juge peut, en visant le certificat médical circonstancié, attribuer au tuteur un pouvoir de représentation. Le juge dispose de la même faculté lorsqu'il prononce une habilitation familiale générale par représentation. Pour harmoniser le Code de l'action sociale et des familles et le Code de la santé publique avec la protection graduée de l'article 459, alinéa 1^{er} et 2 du Code civil, en cas d'autonomie dégradée, l'ordonnance du 11 mars 2020, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2020, a introduit les notions de « mesure de protection juridique avec assistance relative à la personne » ou « avec représentation relative à la personne »⁵⁸. Passablement obscures⁵⁹, ces expressions juridiques ne désignent pas de nouvelles mesures de protection mais de simples modalités ; elles caractérisent la désarticulation de la mesure de protection avec la nature du pouvoir de protection en matière personnelle⁶⁰. Un tuteur ne représente pas systématiquement le tuteur ; un curateur n'assiste pas systématiquement le curatelaire. Précisément, le juge peut instituer un tuteur aux biens et à la personne sans lui attribuer de pouvoir d'assistance ou de représentation au sens de l'article 459, alinéa 2, du Code civil. Cela ne signifie pas que le tuteur n'a aucune obligation, ni pouvoir en matière personnelle. Il dispose des seules prérogatives que lui donnent des textes spéciaux⁶¹. En revanche, de manière générale, il doit informer le majeur protégé de ses droits et des conséquences de son inaction ou de son refus⁶². De surcroît, le tuteur

⁵⁷ C. civ., art. 459, al. 2 : « Lorsque l'état de la personne protégée ne lui permet pas de prendre seule une décision personnelle éclairée, le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué peut prévoir qu'elle bénéficiera, pour l'ensemble des actes relatifs à sa personne ou ceux d'entre eux qu'il énumère, de l'assistance de la personne chargée de sa protection. Au cas où cette assistance ne suffirait pas, il peut, le cas échéant après le prononcé d'une habilitation familiale ou l'ouverture d'une mesure de tutelle, autoriser la personne chargée de cette habilitation ou de cette mesure à représenter l'intéressé, y compris pour les actes ayant pour effet de porter gravement atteinte à son intégrité corporelle. Sauf urgence, en cas de désaccord entre le majeur protégé et la personne chargée de sa protection, le juge autorise l'un ou l'autre à prendre la décision, à leur demande ou d'office ». – La modification introduite par la loi n°2019-222 du 23 mars 2019 a pour effet de replacer dans le giron du droit commun les actes médicaux ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle du majeur protégé, telle l'amputation d'un membre ou l'ablation d'un organe.

⁵⁸ V. not. CSP, art. L. 1111-2, III : « L'information [...] est délivrée aux personnes majeures protégées au titre des dispositions du chapitre II du titre XI du livre Ier du code civil d'une manière adaptée à leur capacité de compréhension » ; « Cette information est également délivrée à la personne chargée d'une *mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne*. Elle peut être délivrée à la personne chargée d'une *mesure de protection juridique avec assistance à la personne* si le majeur protégé y consent expressément ».

⁵⁹ V. not. A. Bateur et *alii*, « Régime des décisions médico-sociales relatives aux personnes protégées : une ordonnance affligeante ! », *D.* 2020, Point de vue, p. 993 ; L. Mauger-Vielpeau, « La protection de la personne du majeur protégé mal ordonnée », *Dr. famille* 2020, comm. 107. En toute rigueur, il aurait fallu écrire désigner la mesure de protection avec assistance ou représentation de la personne, au sens de l'article 459, alinéa 2 du Code civil. Sans un renvoi exprès au Code civil, l'harmonisation du Code de la santé publique et du Code de l'action sociale et des familles avec les principes posés par la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 n'est pas claire.

⁶⁰ M. Rebourg, « La distinction de la mesure et des pouvoirs de la personne en charge de la protection : réflexions sur la protection de la personne », in *Mélanges Annick Bateur*, LGDJ, 2021, p. 501 à 523.

⁶¹ Au titre des textes spéciaux, il faut réserver le mariage (C. civ., art. 460 et 174), le pacte civil de solidarité (C. civ., art. 461 et 462), l'acte médical de stérilisation à visée contraceptive (CSP, art. L. 2123-2), l'acte médical de recherche impliquant la personne humaine (CSP, art. L. 1122-2, III), etc. Sur ces actes, v. I. Maria, « Impact de la loi bioéthique sur les personnes protégées », *Dr. famille* 2021, comm. 161 ; G. Raoul-Cormeil, « La loi bioéthique du 2 août 2021 : un bouclier ou un filet ? », *RGDM* 2021, n°81, p. 59 à 75.

⁶² C. civ., art. 457-1.

doit rendre compte au juge des difficultés rencontrées par la personne protégée et du besoin de réviser la mesure⁶³. Ainsi, en matière de traitement des données personnelles, le tuteur doit informer le majeur en tutelle de son droit d'opposition⁶⁴, de son droit à l'effacement des données⁶⁵ et de son droit au déréférencement⁶⁶. En revanche, il ne doit l'assister dans la mise en œuvre de ses droits ou le représenter que si le juge a attribué au tuteur un pouvoir d'assistance ou de représentation. En pratique, les juges des tutelles attribuent assez facilement ce pouvoir de représentation au tuteur à la personne. Les jugements rendus depuis le 1^{er} octobre 2020 visent volontiers l'article 459, alinéa 2 du Code civil⁶⁷. Il ne faut pas blâmer les juges des tutelles de donner, en matière personnelle, un pouvoir plus large au tuteur que celui qu'il est amené à exercer au quotidien. En clair, le tuteur n'a pas à représenter le majeur en tutelle lorsque le besoin de représentation n'existe pas et que l'intéressé est apte à prendre seul la décision ou à exercer ses droits avec l'assistance du tuteur⁶⁸. C'est ici tout l'avantage des droits simplement personnels par opposition aux droits strictement personnels, définis comme ceux qui ne peuvent être mis en œuvre que par le majeur protégé, sans assistance ni représentation⁶⁹. Est-ce à dire que le droit des majeurs protégés suffit et qu'il n'est pas nécessaire de légiférer pour introduire des dispositions spéciales ? Rien n'est moins sûr. L'introduction d'un mandataire spécial à l'activité numérique permettrait à toutes les personnes vulnérables, ne bénéficiant pas encore d'une mesure de protection juridique, de bénéficier d'un instrument adapté aux risques de l'activité numérique.

II. L'introduction d'un mandataire à l'activité numérique

11. *Specialia generalibus derogant.* – La protection de l'autonomie numérique peut être réalisée, en cas de besoin, par la formation d'un mandat spécial à l'activité numérique. L'outil est prévu par le rapport du 117^e Congrès des notaires de France⁷⁰. Un tel mandat spécial présente des avantages (**A.**) ; son articulation avec la mesure de protection juridique pose question (**B.**).

A. Les atouts du mandat spécial numérique

12. Un précédent de protection. – L'existence d'un mandataire spécial à l'activité numérique est la marque d'une anticipation à l'égard d'un besoin de dépendance. Conclu *intuitu*

⁶³ C. civ., art. 463.

⁶⁴ Sur le droit discrétionnaire d'opposition à un traitement de données, v. Th. Douville, *Droit des données à caractère personnel*, LGDJ, coll. Domat, 2023, n°691.

⁶⁵ Sur les conditions du droit à l'effacement, v. Th. Douville, *op. cit.*, n°720 et s.

⁶⁶ Sur les conditions du droit au déréférencement, v. Th. Douville, *op. cit.*, n°728 et s.

⁶⁷ TJ Valence, 17 oct. 2022, RG n°22A00298 : « Dit qu'en application de l'article 459 du Code civil, et hors les cas prévus à l'article 458 de ce même code, le tuteur devra représenter la personne protégée pour l'ensemble des actes relatifs à sa personne, lorsque son état ne lui permet pas de prendre seule une décision personnelle éclairée, y compris pour les actes ayant pour effet de porter gravement atteinte à son intégrité corporelle ». – TJ Caen, 3 juin 2021, n° 20/A/00133 : « Donne en application de l'article 459 alinéa 2 du Code civil mission à X, tuteur à la personne de représenter Y pour l'ensemble des actes relatifs à la personne ».

⁶⁸ Sur la spécificité de la distinction de l'assistance et de la représentation en matière personnelle par rapport à la matière patrimoniale, G. Raoul-Cormeil, « Assistance et représentation dans la protection juridique des personnes », *Dr. famille* 2021, dossier 17.

⁶⁹ C. civ., art. 458. Adde, N. Noguéro, « L'humanisme juridique et les actes simplement et strictement personnels des majeurs protégés. Incursion dans la protection de la personne et l'autonomie », in *Regards humanistes sur le droit, Mélanges Annick Batteur*, Lextenso 2021, p. 421 à 450.

⁷⁰ 117^e Congrès des Notaires de France (Nice), *Le numérique : accompagner et sécuriser. L'Homme, la révolution digitale et le droit*, Rapport 2021, n°1338, p. 148, parmi les développements sur la « capacité numérique ».

*personae*⁷¹, le mandat est un contrat de très grande bonne foi⁷², *uberrimae fidei*, par lequel une personne, appelée mandant, donne à une autre, le mandataire, le pouvoir de la représenter pour accomplir en son nom et pour son compte, un acte juridique. Toutes les fois où un mandat tacite ou oral ne suffit pas, le mandat prend la forme d'une procuration écrite dont le mandataire a besoin pour établir l'existence, le contenu ou les limites de son pouvoir de représentation⁷³. Le mandat est un contrat *intuitu personae* ; un contrat de très grande bonne foi ; un acte de pleine confiance par lequel le mandant donne au mandataire la main sur ses affaires ou sur une partie d'entre elles. À s'en tenir aux circonstances dans lesquelles le mandat est conclu, il constitue le moyen de faire face à un empêchement mais aussi de dater et de tracer la conscience, chez le mandant, d'un besoin passager ou persistant d'être remplacé en cas d'impossibilité ou d'insanité... Il peut aussi être l'aveu d'une dépendance complète à l'égard d'un tiers sachant, par un mandant qui ne maîtrise pas les outils numériques, et partant un moyen de caractériser, en tant que besoin, l'altération des facultés personnelles⁷⁴.

13. La protection par l'enregistrement. – Les codes d'accès sont personnels ; leur communication est interdite par le contractant (banque, assureur, fournisseur de téléphonie ou d'internet) qui les a générés. Tous les processus en usage tendant à vérifier l'authenticité de l'accès aux comptes bancaires par une voie numérique créent un effet pervers ; ils découragent les personnes vulnérables et les incitent à communiquer leurs codes d'accès à des personnes de confiance. Or, celle-ci, lorsqu'elle a lieu, ne doit pas rester informelle ; elle doit être tracée, pour qu'en cas d'abus, une présomption simple de détournement de pouvoir permette au mandataire de répondre de son fait. Un mandat numérique peut être rédigé et spécialisé à la lumière du droit commun du mandat, ainsi que le précise le rapport précité du 117^e Congrès des notaires, mais le droit commun du mandat ne suffit pas ; seul le législateur peut créer une présomption d'abus du mandataire en cas de détournement des codes d'accès numériques. Le droit québécois nous montre la voie. En juin 2020, le Code civil du Québec a accueilli une nouvelle mesure de protection juridique : « l'assistant au majeur »⁷⁵. L'originalité de cette jeune institution, entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2022, ne réside pas dans la nature et la durée de ses pouvoirs mais dans la sécurité juridique qui est attachée à sa mise en place. L'assistant au majeur doit être reconnu par le Curateur public du Québec. En clair, toute personne majeure qui est en situation de vulnérabilité⁷⁶ doit informer le Curateur public de sa situation et déclarer

⁷¹ Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Droit civil, Les contrats spéciaux*, LGDJ, 12^e éd., 2022, n°551.

⁷² Sur la loyauté dans le mandat, v. Ph. Pétel, *Les obligations du mandataire*, Thèse Montpellier, 1987, Litec, 1988, préf. M. Cabrillac, n°300 ; F. Collart-Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, coll. Précis, 11^e éd., 2019, n°646 : « La loyauté est une obligation que l'on peut considérer comme essentielle dans le mandat ordinaire comme dans le mandat d'intérêt commun ».

⁷³ L'écrit est une exigence pratique, d'ordre probatoire, en raison de la prudence du tiers qui, parce qu'il contracte avec le mandataire, doit vérifier son pouvoir de représentation. Sur la distinction du mandat tacite et exprès, consensuel et solennel, v. M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. XI : *Contrats civils*, 2^e éd. par R. Savatier et al., LGDJ, 1954, n°1449 ; A. Bénabent, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, coll. Domat droit privé, 15^e éd., 2023, n°638.

⁷⁴ C. civ., art. 425.

⁷⁵ C.c.Q., art. 297.10 à 297.27. – Sur l'assistant au majeur, v. D. Marsolais, « Présentation de la réforme du droit québécois des personnes protégées », in *Majeurs protégés : bilan et perspectives*, préc. (note 27), p. 294 à 298. – N. Filion, « Pleins feux sur les mesures phares introduites dans le cadre de la nouvelle réforme de la protection juridique des majeurs », *Rev. Barreau du Québec*, vol. 488, 2021, p. 163 à 196, p. 171. – J. Baillargeon-Lavergne, « Une loi inclusive pour mieux protéger ceux qui en ont besoin », *Inclusion sociale*, Oct. 2022, p. 8 à 10. – F. Dupin, « Réflexions sur certains éléments 'innovateurs' de la réforme des régimes de protection des majeurs », Institut canadien d'information juridique, 2022 CanLIIDocs 3401, <https://canlii.ca/t/8w07c>. Adde, D. Goubau, *Le droit des personnes physiques*, Y. Blais, 7^e éd., 2023, p. 855 à 862.

⁷⁶ « Un majeur qui, en raison d'une difficulté, souhaite être assisté pour prendre soin de lui-même, administrer son patrimoine et, en général, exercer ses droits civils peut demander au curateur public de reconnaître une personne

l'identité de la personne qui lui prête assistance pour prendre des actes juridiques, et ce même si l'assistant au majeur ne prend pas part à l'acte. L'assistant au majeur n'a pas vocation à cosigner l'acte⁷⁷. Cela dit, « l'assistant [...] s'engage par l'acceptation de sa charge à faire valoir les volontés et préférences du majeur auprès des tiers »⁷⁸. Le Code civil québécois dispose que « la reconnaissance de l'assistant est inscrite sur un registre public »⁷⁹. À l'heure où les banques constatent que des personnes âgées très vulnérables sont victimes de maltraitements financiers imputables à des proches auxquels elles ont communiqué imprudemment leurs codes d'accès⁸⁰, la législation québécoise offre une solution. La possibilité d'enregistrer la communication des codes d'accès aux outils numériques à un mandataire spécial à l'activité numérique est le moyen garantissant la protection : en cas de détournement, une présomption simple de détournement de pouvoir obligera le mandataire à s'expliquer sur les désordres financiers. Avec ou sans enregistrement, l'existence de ce mandat spécial ne résoudra pas tout ; il doit parfois être articulé avec une mesure de protection juridique⁸¹.

B. La coexistence du mandat spécial numérique et de la mesure de protection juridique

14. Sort du mandat spécial en cas d'ouverture de la mesure de protection juridique. –

L'existence d'un mandat spécial numérique rédigé et entré en application avant la mesure de protection juridique peut ne pas coexister avec une mesure de protection juridique. *De lege lata*, l'article 2003 du Code civil prévoit que l'ouverture de la tutelle met fin au mandat conclu antérieurement. Cette règle joue cependant pour les mandats généraux afin d'éviter la gestion concurrente entre le mandataire et le tuteur. Toutefois, si le mandat est spécial, ce mandat peut présenter une utilité, y compris pour le tuteur. Le droit des majeurs protégés se montre assez souple sur la coexistence du mandat volontaire et de la mesure judiciaire de protection. Ainsi, l'article 436 du Code civil permet au juge, en cas de sauvegarde de justice, de suspendre ou de mettre fin aux procurations. En revanche, rien n'est prévu en curatelle, ni en habilitation familiale. Quant au mandat de protection future, le législateur laisse libres les contractants⁸². Les difficultés peuvent être résolues sans qu'il soit besoin de recourir au juge. Le majeur en curatelle peut maintenir le mandat spécial ; *idem* pour le mandataire à la protection future ou la personne habilitée. À l'inverse, le représentant judiciaire peut révoquer seul le mandataire ; en

acceptant de lui prêter assistance, notamment dans sa prise de décisions » (C.c.Q., art. 297.10, al. 1er). « Le majeur assisté conserve sa pleine capacité à exercer ses droits civils » (C.c.Q., art. 297.13, al. 1er).

⁷⁷ « L'assistant ne peut signer au nom du majeur et il n'intervient pas aux actes pour lesquels il assiste celui-ci » (C.c.Q., art. 297.13, al. 2).

⁷⁸ C.c.Q., art. 297.11, al. 1^{er}.

⁷⁹ C.c.Q., art. 297.10, al. 2.

⁸⁰ A. Caron-Déglise, *États généraux des maltraitements. Penser les protections juridique et sociale à partir des droits des personnes les plus vulnérables à être entendues et soutenues dans une société solidaire*, Min. Solidarités, Autonomie et Personnes handicapées, Rapp. de mission interministérielle, 24 juill. 2023, spéc. p. 37 et 38. Le rapport préconise (proposition n°15, p. 41) d'« encadrer plus rigoureusement les procurations », notamment en prévoyant « l'obligation de mise en place d'une gestion déléguée de compte avec codes d'accès personnels dédiés permettant un suivi des opérations ».

⁸¹ Sur l'articulation d'un mandat volontaire et d'une mesure de protection juridique, v. D. Noguéro, « Le mandat de droit commun du mandant vulnérable », in Dossier : la gestion du patrimoine du majeur protégé, *Actes pratiques*, 2023, n°1, Dossier 2, p. 8 à 17. – G. Raoul-Cormeil, « Procuration, mandat et incapacité des personnes physiques » : Questions-Réponses Pratique : *Defrénois*, n° 47 du 29 nov. 2018, étude 142h6, p. 17 à 21 ; « Contrat de mandat et incapacités des personnes physiques (à la lumière de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux) » : *Petites affiches*, n° 101-102 du 21-22 mai 2018, étude 135w0, p. 7 à 17.

⁸² Le mandat de protection future, dans sa version officielle (CERFA n°13592*04), issue du décret n°2007-1702 du 30 novembre 2007 relatif au modèle de mandat de protection future sous seing privé, prévoit en page 17 : « Le présent mandat annule tout mandat de protection future fait antérieurement. Une fois mis en œuvre, il mettra fin à toute procuration consentie à autrui, portant sur les éléments du patrimoine du mandant visés dans le présent mandat ».

revanche, l'assistant judiciaire ne peut pas le faire sans y avoir été autorisé par le juge, en cas de désaccord avec le majeur protégé⁸³. *De lege feranda*, la réforme du droit des contrats spéciaux prévoit que « l'ouverture d'une mesure de protection juridique »⁸⁴ met fin nécessairement aux procurations données avant. La règle est plus globale et, partant excessive. Elle devrait être limitée aux mesures de protection juridique générale par représentation. Sans distinguer la source judiciaire (tutelle, habilitation familiale par représentation) ou conventionnelle de la protection (mandat de protection future), la loi nouvelle devrait maintenir les procurations en cas de mesure d'assistance (curatelle, habilitation familiale par assistance) et, dans tous les cas, réserver les pouvoirs spéciaux de représentation⁸⁵.

15. Capacité spéciale du majeur protégé à conclure un mandat spécial numérique. – La formation du mandat spécial numérique doit aussi être envisagée après le prononcé de la mesure de protection juridique. Si la personne protégée jouit d'un accès aux outils numériques, alors elle peut elle-même donner une procuration à qui elle souhaite. La transmission de ses codes d'accès doit être organisée ; elle doit aussi être tracée par un mandat spécial numérique. Ainsi, en cas de préjudice subi du fait d'une transaction numérique, le mandataire spécial à l'activité numérique devrait se justifier ; l'existence du préjudice devrait également conduire la personne en charge de la mesure de protection juridique à intervenir, soit immédiatement pour prévenir un danger⁸⁶, soit sur autorisation du juge dans les autres cas.

16. Conclusion. – À ces premières réflexions que suscite l'accès aux outils numériques par un majeur protégé, il conviendrait sans doute d'apporter une protection particulière aux majeurs protégés, comme il en existe une pour les mineurs. « *Un droit à l'effacement des données pour les données collectées à l'occasion d'une offre directe de service de la société de l'information devrait être consacré* »⁸⁷. La proposition doctrinale rejoint celle du 117^e Congrès des notaires de France, approuvée à Nice en 2021⁸⁸. Faut-il aller plus loin et recommander aux sites de

⁸³ Arg. C. civ., art. 469, al. 2.

⁸⁴ C. civ., futur art. 2015. Adde, Ph. Stoffel-Munck (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux*, Rapport rédigé sous l'égide de l'association Henri Capitant (version commentée), 2022, p. 169 et 170.

⁸⁵ V. en ce sens : N. Peterka et A. Caron-Dégliose, *Protection de la personne vulnérable*, 7^e éd., Dalloz action, 2023, chapitre 332, p. 599 à 618, spéc. n°332.23, spéc. p. 605, où l'extrait est rédigé de manière générale pour la curatelle avec, en conclusion, la précision que « le raisonnement est pareillement applicable à la tutelle ... en ce qui concerne le mandat spécial », au soutien de l'article 1988 du Code civil.

⁸⁶ C. civ., art. 459, al. 4. Adde, Th. Douville, *Droit des données à caractère personnel*, préc., n°274.

⁸⁷ Th. Douville, *Droit des données à caractère personnel*, préc., n°275.

⁸⁸ Le 117^e congrès a proposé d'aligner le droit à l'effacement des données des majeurs protégés sur les règles protégeant les mineurs, en procédant à une modification de l'article 51 de la loi Informatique et Libertés :

« I. Le droit à l'effacement s'exerce dans les conditions prévues à l'article 17 du règlement (UE) n° 2016-679 du 27 avril 2016.

II. Données collectées durant la minorité

En particulier, sur demande de la personne concernée, le responsable du traitement est tenu d'effacer dans les meilleurs délais les données à caractère personnel qui ont été collectées dans le cadre de l'offre de services de la société de l'information lorsque la personne concernée était mineure au moment de la collecte. Lorsqu'il a transmis les données en cause à un tiers lui-même responsable de traitement, il prend des mesures raisonnables, y compris d'ordre technique, compte tenu des technologies disponibles et des coûts de mise en œuvre, pour informer le tiers qui traite ces données que la personne concernée a demandé l'effacement de tout lien vers celles-ci, ou de toute copie ou de toute reproduction de celles-ci.

III. Données collectées durant une mesure de protection

Sur sa demande ou celle de la personne en charge de sa protection, les dispositions du II du présent article s'appliquent lorsque des données à caractère personnel ont été collectées alors que la personne concernée bénéficiait de l'une des mesures prévues au chapitre II du titre XI du livre Ier.

prendre en compte le cas particulier des majeurs protégés comme ils doivent le faire pour les mineurs ? L'affirmative se justifie aisément pour les majeurs protégés par une mesure de représentation conventionnelle (mandat de protection future) ou judiciaire (tutelle, habilitation familiale par représentation) mais elle serait disproportionnée si elle ne réservait pas l'autonomie des majeurs protégés par une mesure d'assistance (curatelle, habilitation familiale par assistance). Non seulement l'assistance du protecteur est limitée à leur égard aux actes patrimoniaux de disposition⁸⁹ mais elle est rarement exigée en matière personnelle⁹⁰, si bien que la prise en compte par les sites de tous les majeurs protégés pourrait constituer une surprotection discriminante. Une fois de plus le mieux est susceptible de se dresser en ennemi du bien.

IV. En cas de non-exécution de l'effacement des données à caractère personnel ou en cas d'absence de réponse du responsable du traitement dans un délai d'un mois à compter de la demande, la personne concernée peut saisir la Commission nationale de l'informatique et des libertés, qui se prononce sur cette demande dans un délai de trois semaines à compter de la date de réception de la réclamation ».

⁸⁹ C. civ., art. 467 (curatelle) et 494-1, al. 1^{er} (habilitation familiale générale par assistance).

⁹⁰ C. civ., art. 459, al. 2.