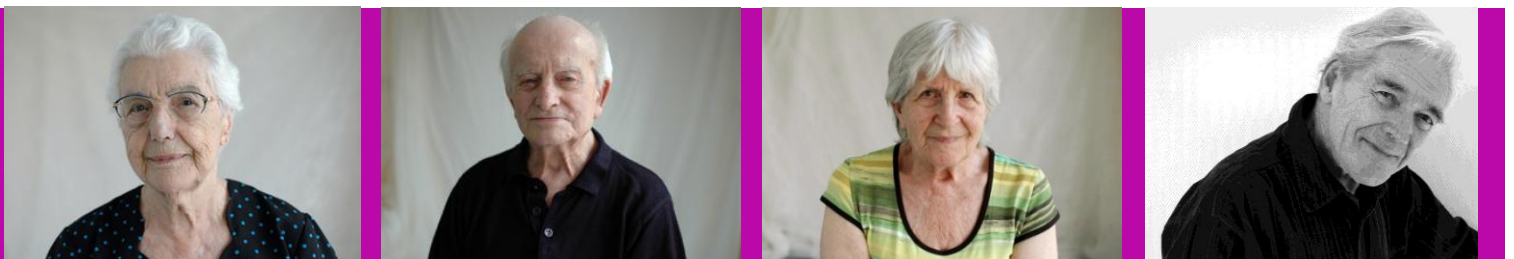


LE NOTAIRE FACE AUX CITOYENS EN SITUATION DE HANDICAP COGNITIF

REPÈRES POUR LA PRATIQUE



Cette brochure s'inscrit dans le cadre des actions de la Fondation Médéric Alzheimer en faveur du respect des droits et de la défense des intérêts des personnes atteintes de la maladie d'Alzheimer ou d'une maladie apparentée.

Elle a été conçue en partenariat avec le Conseil Supérieur du Notariat et rédigée par Fabrice Gzil, responsable du Pôle Etudes et Recherche de la Fondation Médéric Alzheimer.

Elle peut être téléchargée gratuitement sur le site Internet de la Fondation Médéric Alzheimer : www.fondation-mederic-alzheimer.org. Pour toute question, ou pour commander une version papier de cette brochure : fondation@med-alz.org

TABLE DES MATIERES

Introduction	3
I. CADRE LEGAL, ETHIQUE ET CONCEPTUEL	5
Les quatre "devoirs" du notaire	6
La capacité à prendre une disposition de manière éclairée	7
L'influence abusive	8
Le notaire et le professionnel de santé	9
II. EN PRATIQUE : UNE DEMARCHE EN CINQ ETAPES	11
Repérer la présence de troubles cognitifs	12
Déterminer si la disposition est prise de manière éclairée	14
Etablir si la disposition est prise librement	16
Consulter si nécessaire un professionnel de santé	18
Analyser la situation et agir en conséquence	20
Conclusion	22
Bibliographie	23

NB : Les conseils prodigués dans cette brochure correspondent à l'état actuel du droit français. Ils nécessiteraient donc d'être réactualisés si la loi ou la jurisprudence venaient à évoluer. Pour autant, ces conseils n'ont pas de valeur juridique ou contraignante. Ils ne doivent pas non plus être considérés comme des recettes toutes faites, applicables dans toutes les situations. Leur but est d'aider les notaires à approfondir leurs questionnements et à améliorer leur discernement, dans l'intérêt des personnes en situation de handicap cognitif, que celui-ci soit dû à la maladie d'Alzheimer ou à une maladie apparentée.

Illustrations : Remerciements aux membres, aux résidents et aux usagers du Centre Alzheimer Marie-Louise de Pechbonnieu. © Pascale Lord.

Introduction

Du fait du vieillissement de la population et de la présence chez certaines personnes qui avancent en âge de pathologies, comme la maladie d'Alzheimer et les troubles apparentés, qui altèrent les capacités de discernement et de jugement, les notaires sont de plus en plus souvent confrontés à des situations difficiles, comme le montrent les deux exemples suivants, adaptés de situations réelles.

EXEMPLE 1

Un client que je connais depuis de nombreuses années a depuis quelques temps des problèmes d'audition. Mais la dernière fois qu'il est venu à mon office, j'ai eu plus de difficultés que d'habitude à communiquer avec lui. Malgré ses prothèses auditives, il ne m'a pas paru bien comprendre les informations que je lui ai données sur les conséquences concrètes de la donation qu'il souhaite effectuer.

N'aurait-il pas, en plus des troubles auditifs, d'autres difficultés ? Est-il réellement conscient des conséquences de la disposition qu'il souhaite prendre ? Comprend-il vraiment ce que sera sa situation économique après la donation ? En un mot, prend-il sa décision de manière "éclairée" ? Comment faire pour m'en assurer ? À qui puis-je m'adresser pour m'aider à y voir plus clair ? Et comment aborder le sujet avec mon client ?

EXEMPLE 2

Une cliente que je ne connaissais pas est récemment venue à mon office avec son fils, afin de désigner celui-ci comme unique bénéficiaire de son contrat d'assurance-vie. Durant l'entretien, elle ne m'a pas paru très sûre d'elle. C'est surtout son fils qui a pris la parole.

Ma cliente est veuve. Elle a été hospitalisée il y a un an. À son retour, son fils s'est installé chez elle. Depuis, ma cliente semble avoir très peu vu ses deux filles, avec lesquels les liens se sont progressivement distendus. Elle paraît vouloir témoigner sa gratitude à son fils. Mais prend-elle vraiment cette disposition librement ? L'une de ses filles m'a appelé pour me dire que, selon elle, ma cliente est "sous l'emprise" de son fils. Comment débrouiller la situation ? Comment m'assurer que ma cliente ne fait pas l'objet de manipulations ou de pressions ?

De par la loi, tout citoyen adulte qui ne fait pas l'objet d'une mesure de protection juridique est réputé compétent pour prendre les décisions qui le concernent. Mais certaines personnes ont des troubles cognitifs et ne font pas l'objet d'une mesure de protection. Or, ces troubles peuvent les amener à prendre des décisions impulsives ou irréfléchies, et les rendre vulnérables aux manipulations et aux pressions. Par conséquent, lorsqu'une personne se rend chez son notaire – pour acheter ou vendre un bien, effectuer un testament ou une donation, modifier le bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie, ou rédiger un mandat de protection future – il peut arriver que le notaire se pose des questions, ou que des tiers émettent des doutes sur la capacité du client.

Quand les troubles cognitifs sont majeurs, et que le client est manifestement dans l'incapacité de comprendre la nature de l'acte et ses conséquences, la conduite à tenir par le notaire – qui doit refuser de prêter son ministère aux personnes qui ne lui paraissent pas jouir de leur libre arbitre – est relativement claire. Mais dans bien des cas, l'atteinte cognitive est légère, et son impact sur la capacité de la personne difficile à évaluer. Que peut et que doit faire le notaire dans ce cas ? Comment doit-il procéder quand – comme dans le premier exemple – il a des doutes sur la capacité de son client à prendre une décision éclairée, ou quand – comme dans le second exemple – il se demande si un tiers n'abuserait pas de la vulnérabilité de son client pour obtenir des dispositions à son avantage ?

Comme ils n'ont pas de compétence particulière en matière d'appréciation des troubles cognitifs, les notaires pourraient, dans ce genre de situations, être tentés de s'en remettre entièrement aux professionnels de santé. Mais ceux-ci n'ont pas tous été formés à évaluer la capacité d'une personne à effectuer un acte notarié. De plus, les professionnels de santé sont – comme les notaires – soumis à des règles très strictes en matière de confidentialité. Ils pourraient ainsi être tentés d'opposer systématiquement une fin de non-recevoir aux demandes des notaires. Pour que la nécessaire collaboration entre notaires et professionnels de santé soit efficace et respecte les obligations légales et déontologiques des deux professions, il convient donc d'en préciser les modalités, et il importe que les notaires sachent repérer par eux-mêmes les situations potentiellement problématiques.

Objectif

L'objectif de cette brochure est d'aider les notaires à aborder ces questions, qui soulèvent – on le voit – des problèmes juridiques, mais aussi éthiques et déontologiques.

Comment éviter de passer à côté de troubles cognitifs éventuels ? Quels signes devraient éveiller le soupçon ? Comment lever le doute ? Dans quel cas contacter un professionnel de santé ? Quel type de professionnel solliciter ? Comment formuler la demande d'avis médical ? Ces questions n'appellent pas des recettes ou des réponses toutes faites, valables dans toutes les situations. Mais il est des choses à savoir, des pièges à éviter, des questions à se poser, et des signes qui devraient inciter à la vigilance.

Méthode

Conformément aux méthodes en vigueur à la Fondation Médéric Alzheimer, cette brochure a été réalisée à partir d'une analyse des meilleurs travaux français et internationaux sur le sujet (cf. Bibliographie p. 23). Elle reprend notamment beaucoup d'idées développées dans des travaux menés en Belgique ^[9], en Grande-Bretagne ^[4, 5], au Canada ^[3], aux États-Unis ^[2] et en Australie ^[22, 23].

Il a cependant été tenu compte du contexte et des spécificités du droit et du notariat français. Un effort tout particulier a en outre été fait afin que les conseils donnés n'alourdissent pas le travail des notaires, mais s'inscrivent au contraire dans leur pratique courante. Certains de ces conseils sont d'ailleurs des recommandations de bon sens, que les notaires mettent déjà en œuvre avec leurs clients ^[1].

Plan

La première partie de la brochure (« *Cadre légal, éthique et conceptuel* ») pose les grands principes éthiques et légaux, définit les concepts-clés et précise les rôles respectifs du notaire et du professionnel de santé.

La seconde partie (« *En pratique : une démarche en cinq étapes* ») propose une démarche rigoureuse et structurée, permettant au notaire d'aboutir, en cinq étapes, à un jugement bien fondé.

L'ensemble de ces préconisations valent à la fois pour la maladie d'Alzheimer et pour les maladies apparentées, qui occasionnent elles aussi des troubles cognitifs évolutifs.

QU'EST-CE QUE LA MALADIE D'ALZHEIMER ?

La maladie d'Alzheimer est l'une des principales causes de ce que l'on appelait autrefois la "démence sénile". C'est une maladie d'apparition insidieuse et d'évolution progressive qui entraîne des déficiences des fonctions supérieures, notamment cognitives, liées à une atteinte dégénérative du cerveau. La maladie survient généralement après 70 ans, mais peut aussi concerner des personnes de moins de 60 ans.

Sa durée d'évolution est très variable : elle serait de quatre ans et demi en moyenne lorsque la maladie survient après 80 ans mais, notamment lorsqu'elle survient plus tôt, il n'est pas rare aujourd'hui que la maladie évolue pendant 9 à 12 ans.

Aux stades évolués de la maladie, les personnes peuvent se perdre dans des endroits connus, avoir du mal à reconnaître les visages familiers, et avoir oublié le décès d'êtres chers. Elles ont besoin d'aide pour un grand nombre d'actes de la vie quotidienne (préparation des repas, gestion du budget, prise des médicaments). Mais au début de la maladie, les troubles peuvent être difficiles à déceler, et les personnes malades n'ont parfois qu'une conscience très partielle de leurs difficultés.

Les premiers symptômes sont souvent des troubles légers de l'attention et de la concentration, et des troubles mineurs de la mémoire des faits récents.

Puis, les personnes peuvent avoir des difficultés pour trouver le mot juste, faire des erreurs de calcul, avoir du mal à comprendre les notions abstraites et rencontrer des problèmes de raisonnement. Elles ont des difficultés croissantes pour mémoriser les nouvelles informations et former de nouveaux souvenirs, pour contrôler et planifier des tâches complexes et pour définir une stratégie adaptée à un contexte. Elles peuvent également avoir du mal à reconnaître les visages qui ne leur sont pas familiers, ou se perdre dans les environnements qui leur sont inconnus.

D'autres maladies (démence vasculaire, maladie à corps de Lewy, maladie de Pick...) peuvent occasionner des difficultés analogues. La maladie d'Alzheimer et ces maladies apparentées concerneraient environ 1% des personnes à 65 ans et 6% à 75 ans. 13% des hommes et 20% des femmes seraient concernées à 85 ans ; 22% des hommes et 31% des femmes le seraient après 90 ans.

I.

Cadre légal, éthique et conceptuel



© Pascale Lord

Les quatre "devoirs" du notaire

Vérifier que la disposition est prise de manière éclairée

Quel que soit l'âge de son client, avant de recevoir un acte, le notaire doit s'assurer de la capacité des parties. Il doit vérifier que son client est "sain d'esprit", qu'il est apte à exprimer valablement sa volonté, que sa faculté de discernement n'est pas altérée, que l'acte est effectué avec la lucidité nécessaire (C. Civ. art. 404-1 et 901). En d'autres termes, le notaire doit s'assurer que son client a les capacités légalement requises pour prendre la disposition de manière "éclairée", consciente, en comprenant la nature de l'acte et ses conséquences (CA Bordeaux, 23 mars 2010). Cela est important, notamment, pour protéger le client contre des décisions irréfléchies et pour protéger l'acte contre une action en nullité.

S'assurer que l'acte exprime la volonté propre du client

Outre l'insanité d'esprit, le dol et la violence peuvent eux aussi vicier le consentement (C. Civ. art. 1109). Par conséquent, avant de recevoir un acte, le notaire ne doit pas seulement s'assurer que la disposition est prise de manière éclairée. Il doit également vérifier que l'acte est effectué librement ; que les dispositions prises expriment bien la volonté propre de son client ; que celui-ci ne fait pas l'objet d'une maltraitance financière ; qu'il n'est pas conduit à prendre ses dispositions du fait d'une "influence abusive" ; qu'il n'est pas sous l'emprise d'un ou de plusieurs tiers, qui manipulent la perception qu'il a de sa situation ou de son entourage, ou exercent sur lui un chantage ou des pressions.

Cette précaution est nécessaire y compris lorsque le client paraît "sain d'esprit", car **une personne peut être capable de prendre une décision en connaissance de cause, mais ne pas s'apercevoir que des tiers sont en train de la manipuler, ou ne pas être capable de résister aux pressions que ceux-ci exercent sur elle.**

Se méfier des stéréotypes sur l'avancée en âge

Contrairement à une idée très répandue, **l'avancée en âge n'implique pas nécessairement une diminution des facultés intellectuelles.** Si certaines personnes développent en vieillissant des déficiences cognitives, la plupart des personnes âgées conservent leurs capacités intellectuelles jusqu'à la fin de leur vie. Elles peuvent se fatiguer plus rapidement, traiter moins vite certaines informations. Mais ces difficultés, normales avec l'âge, ne signifient pas qu'elles souffrent d'une altération de leurs facultés.

Comme tous les citoyens, les personnes qui avancent en âge doivent donc être présumées compétentes jusqu'à preuve du contraire. Mettre en doute la capacité d'une personne au seul motif qu'elle est âgée ou très âgée – par exemple en lui demandant de produire un certificat médical pour prouver qu'elle est en possession de toutes ses facultés – constituerait une rupture d'égalité et une discrimination, car cela reviendrait à la traiter différemment, du seul fait de son âge.

Traiter les personnes en situation de handicap cognitif avec la même considération que les autres citoyens

Une autre erreur consisterait à postuler que les personnes qui ont des troubles cognitifs sont nécessairement incapables d'effectuer un acte notarié.

D'une part, la maladie d'Alzheimer peut aujourd'hui être diagnostiquée à un stade où les troubles, encore légers, n'empêchent pas la personne de prendre certaines dispositions en connaissance de cause.

D'autre part, comme les handicaps physiques, les difficultés cognitives peuvent parfois être compensées, ou leur impact minimisé, en adoptant une attitude appropriée.

Par conséquent – et comme y invite la loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées – avant de juger qu'une personne est incompétente, il convient de tout mettre en œuvre pour lui porter assistance, afin de voir si, avec une aide appropriée, elle pourrait être capable de réaliser l'acte qu'elle souhaite effectuer.

La capacité à prendre une disposition de manière éclairée

Une capacité à évaluer au cas par cas

Pour déterminer si une personne est capable d'effectuer un acte de manière éclairée, il faut se demander non pas si elle est "capable" ou "saine d'esprit" en général, mais si elle est capable d'effectuer l'acte précis qui est envisagé. De plus, il n'est pas requis que la personne démontre cette capacité en permanence : il faut et il suffit qu'elle l'ait au moment où elle effectue l'acte en question.

■ **Un client peut être capable d'effectuer certains actes et pas d'autres.** Une personne peut avoir perdu la faculté de gérer son budget et rester capable de dire comment elle souhaite que ses biens soient répartis après sa mort. Ces activités et ces décisions mettent en jeu des processus cognitifs différents. On peut donc ne plus être capable dans un domaine et le rester dans un autre (Cass. Civ. 1^{ère}, 18 janv 2012).

■ **La capacité est fonction de la complexité de la décision qui est à prendre.** Plus une décision est complexe, et plus elle requiert des capacités cognitives importantes. Ainsi, une personne peut ne plus être capable d'effectuer un acte impliquant des dispositions compliquées (répartir ses biens entre plusieurs bénéficiaires), mais rester capable de prendre une disposition simple (léguer tous ses biens à son époux). De même, une personne peut ne plus être capable de prendre certaines décisions, mais rester capable de désigner quelqu'un (personne de confiance, mandataire de protection future) qui le fera pour elle, ou qui s'exprimera en son nom.

En d'autres termes, la capacité ne devrait jamais être évaluée dans l'absolu. Il faudrait toujours l'évaluer à l'aune de la nature et de la complexité de la disposition précise qui est envisagée.

■ **Par le passé, on a pu considérer qu'un âge avancé, ou un diagnostic de démence, étaient synonymes d'incapacité.** À l'heure actuelle, la capacité est évaluée en examinant certaines aptitudes fonctionnelles bien déterminées.

Critères

Pour être reconnue capable de prendre une disposition, on considère généralement qu'une personne doit pouvoir (le cas échéant avec une aide) :

- **apprécier à grands traits sa situation** personnelle et financière ;
- **comprendre qu'elle est face à un choix**, (il existe plusieurs options, y compris celle de ne pas effectuer l'acte) ;
- **comprendre en quoi consiste la disposition envisagée et quelles sont ses conséquences prévisibles** pour elle-même et pour autrui ;
- **indiquer clairement et avec constance quelles sont ses volontés.**

Dans certains cas, on attendra aussi que la personne puisse expliquer les raisons qui l'ont conduite à vouloir prendre cette disposition.

Troubles cognitifs et capacité

■ **La présence de troubles cognitifs peut altérer ou abolir la capacité à effectuer un acte notarié.** Une personne qui a des difficultés pour mémoriser les informations nouvelles risque de répondre "oui" à la dernière proposition qu'on lui a faite seulement parce que c'est la seule dont elle se souvient. De même, une personne désorientée dans le temps peut avoir oublié que des naissances et des divorces sont intervenus dans sa famille, ou se croire à une autre époque de sa vie, et prendre de ce fait des dispositions inadéquates. C'est pourquoi les tribunaux ont parfois annulé des dispositions qui avaient été prises par des personnes atteintes de troubles cognitifs, alors même que celles-ci n'étaient pas sous tutelle (Cass civ 1^{ère}, 6 janv 2010).

■ **Mais la présence de troubles cognitifs ne permet pas de conclure à l'incapacité.** Quand ces troubles sont légers, comme au début de la maladie d'Alzheimer, ils n'empêchent pas forcément de prendre des dispositions en connaissance de cause. En outre, une personne peut avoir des troubles cognitifs importants (désorientation, hallucinations) qui sont sans rapport avec la disposition envisagée. C'est pourquoi les tribunaux ont parfois confirmé des dispositions prises par des personnes qui avaient des troubles cognitifs (TGI Paris 1^{ère}, 16 mars 1994) ou qui avaient reçu un diagnostic de maladie d'Alzheimer (Cass civ 2^{ème}, 21 janv 2010), considérant qu'en l'espèce, les troubles n'avaient pas altéré la capacité de la personne à disposer de ses biens.

L'influence abusive

Définition

■ L'influence abusive est une forme de maltraitance qui consiste en une subversion de la volonté du disposant : la disposition n'est pas prise librement, elle n'exprime pas la volonté de la personne, mais celle d'un ou de plusieurs tiers qui exercent sur elle une forme d'emprise, de contrainte ou de coercition.

■ L'influence abusive peut prendre des formes évidentes, comme la violence, le chantage ou la menace, ou des formes plus insidieuses, comme le dol, la tromperie ou la manipulation.

■ Quand une personne dispose de toutes ses facultés, il faut qu'une pression forte soit exercée sur elle pour qu'on puisse parler d'influence abusive. En revanche, quand la personne est dans une situation de faiblesse ou de vulnérabilité, même une influence très légère peut être considérée comme abusive.

■ De nombreux facteurs peuvent augmenter le risque, pour une personne donnée, d'être influençable ou manipulable : son caractère, la structuration de sa personnalité, mais aussi la présence de troubles de l'humeur (dépression, anxiété), un isolement social, des problèmes de santé, ou un handicap moteur ou sensoriel (s'il réduit les possibilités pour la personne d'avoir des contacts avec l'extérieur).

Troubles cognitifs et influence abusive

Parce qu'ils occasionnent parfois une certaine rigidité d'esprit, voire une méfiance systématique à l'égard des tiers, les troubles cognitifs peuvent dans certains cas constituer un facteur de protection contre l'influence abusive. Mais la plupart du temps, ces troubles entraînent une vulnérabilité accrue aux pressions et aux manipulations.

■ D'une part, ils perturbent le jugement et modifient la perception de la réalité. La personne peut devenir influençable par les tiers avec lesquels elle est le plus souvent en contact. Elle peut ne pas avoir conscience des manipulations dont elle fait l'objet, ou avoir du mal à dire "non" aux sollicitations et aux propositions qu'on lui fait.

■ D'autre part, le fait d'avoir besoin d'aide pour un nombre importants d'actes de la vie quotidienne peut conduire la personne à se conformer à la volonté des individus qui l'entourent, dans l'espoir de ne pas être livrée à elle-même, de continuer à recevoir des visites, ou de ne pas aller en maison de retraite.

Profils des auteurs

Les auteurs de l'influence abusive sont très divers. Plusieurs profils semblent toutefois se dégager^[3, 20] :

■ **L'aidant familial qui profite de la situation** : un membre de la famille qui s'occupe de la personne au quotidien se prévaut de l'aide qu'il apporte pour lui demander des faveurs qu'elle n'a pas la force ou le courage de lui refuser.

■ **L'aidant professionnel envahissant** : un intervenant accomplit progressivement des tâches qui vont bien au-delà de ses missions, décourage les visites, intercepte les coups de téléphone, et parvient à isoler la personne.

■ **Le partenaire de vie tardif et opportuniste** : un tiers extérieur à la famille, généralement plus jeune, noue une relation amicale ou amoureuse avec la personne, et parvient progressivement à gagner sa confiance et son affection.

■ **Le délinquant professionnel ou occasionnel** : un individu indélicat repère la vulnérabilité de la personne et profite du fait qu'elle soit isolée ou peu méfiante pour abuser de la situation.

Stratégies utilisées

Les stratégies utilisées sont souvent les mêmes :

■ **Exploitation d'une situation de faiblesse** : les auteurs profitent du fait que la personne ait besoin d'aide, ait des doutes sur ses capacités, ou se sente fragile ou déprimée, pour se rendre nécessaires auprès d'elle et induire un sentiment de dépendance.

■ **Isolement** : ils isolent progressivement la personne, font en sorte qu'elle ait peu de contacts, tiennent ses proches à l'écart ou sont systématiquement présents lors des visites.

■ **Manipulation émotionnelle** : ils dénigrent ou calomnient ceux en qui la personne avait confiance, instillent dans son esprit l'idée qu'ils sont égoïstes ou malveillants à son égard.

■ **Disqualification et harcèlement** : ils induisent un sentiment de honte et de crainte, humilient la personne, exercent une pression permanente, font planer des menaces, tout en donnant occasionnellement des preuves d'affection ou de dévouement.

Le notaire et le professionnel de santé

À chacun son rôle

Il n'appartient pas aux notaires de poser des diagnostics ou de procéder à des évaluations formelles des capacités de leurs clients. Faire passer des tests cognitifs, même simples, requiert des compétences spécifiques ; c'est pourquoi seuls les professionnels de santé y sont habilités. Lorsqu'il a des doutes sur la capacité de son client, le notaire aura donc parfois intérêt à recueillir l'avis d'un professionnel de santé. Et de fait, il n'est pas rare, quand ils reçoivent un client dont les capacités ont été ou pourraient être mises en doute, que les notaires demandent à celui-ci de produire un certificat – parfois improprement appelé "certificat de non démence" – attestant qu'il est apte à effectuer l'acte envisagé. Cette solution présente plusieurs avantages : le certificat médical constitue une preuve concomitante à l'acte ; et la responsabilité du notaire ne peut être retenue quand il a pris l'avis d'un médecin (Cass civ 1^{ère} 18 déc 1984).

Inconvénients lies au certificat médical

Le recours au certificat médical n'est cependant pas sans poser des difficultés.

- Un client à qui son notaire demanderait de produire un certificat du seul fait de son âge pourrait à bon droit considérer qu'il s'agit là d'une attitude discriminatoire à son égard.
- Le médecin peut faire valoir que le certificat demandé par le notaire ne fait pas partie des certificats obligatoires et que, les informations demandées étant couvertes par le secret médical (CSP art. 4121-4), il ne lui appartient pas de les révéler, même si son patient y consent.
- Un avis médical ne constitue nullement une garantie contre une annulation de l'acte. Le certificat médical peut même être utilisé comme un élément indiquant que le notaire avait des doutes sur la capacité de son client.
- L'examen médical demandé par le notaire peut conduire à déceler des troubles cognitifs qui n'avaient pas été diagnostiqués jusque là, ce qui peut avoir des avantages, mais aussi des inconvénients majeurs pour le client.

Autres difficultés

- Si le certificat est établi par un spécialiste des fonctions cognitives du sujet âgé (gériatre, neurologue, psychiatre), celui-ci n'aura pas nécessairement connaissance de l'histoire et du contexte de vie du client. À l'inverse, si le certificat est établi par un médecin généraliste, celui-ci n'aura peut-être pas l'habitude de l'évaluation des fonctions cognitives. Dans les deux cas, il peut s'agir d'un médecin choisi par la famille du client, qui ne connaît pas particulièrement bien celui-ci.
- Si le médecin se borne à constater la présence ou l'absence de troubles cognitifs, son certificat n'aidera pas à répondre aux questions que se pose le notaire (ou que pourrait être amené à se poser un juge chargé d'examiner une action en nullité), à savoir : le client dispose-t-il, malgré la présence éventuelle de troubles cognitifs, de la capacité à effectuer l'acte envisagé de manière libre et éclairée ?
- C'est une chose de déterminer si une personne est capable de réaliser un acte notarié. Ç'en est une autre de déterminer si elle réalise effectivement l'acte donné de manière libre et éclairée. En d'autres termes, les professionnels de santé peuvent apporter des éléments qui éclairent le jugement du notaire mais en définitive, c'est au notaire qu'il revient d'apprécier la capacité de son client.

Comment procéder ?

Pour toutes ces raisons, il semble préférable de procéder de la manière suivante :

- Ne pas exiger systématiquement un avis médical, mais y recourir de manière sélective, quand la nécessité s'en fait sentir, ce qui suppose d'avoir préalablement débrouillé la situation et procédé à une première évaluation informelle des capacités du client.
- Si une évaluation formelle des capacités paraît nécessaire, déterminer en fonction de la situation s'il est préférable d'obtenir l'avis d'un médecin qui connaît bien le client, ou de faire appel à un spécialiste des fonctions cognitives.
- Expliquer clairement au professionnel de santé que ce qui intéresse le notaire, ce n'est pas l'état de santé de la personne, mais l'impact de ses problèmes de santé éventuels sur sa capacité à effectuer un acte donné.
- Interroger le médecin non seulement sur les difficultés de la personne, mais aussi sur les moyens qui pourraient l'aider à les surmonter, afin qu'il comprenne que l'évaluation a avant tout pour but de protéger les intérêts du client.

En résumé

■ Avant de recevoir un acte, le notaire doit s'assurer que celui-ci est effectué de manière libre et éclairée. Il doit vérifier que son client comprend la nature et les conséquences de l'acte, et qu'il n'est pas sous l'emprise d'un tiers qui lui impose sa volonté.

■ Le notaire doit aussi être vigilant à ne pas discriminer les personnes âgées et à ne pas stigmatiser les personnes ayant des troubles cognitifs. La présomption de compétence doit bénéficier à tous les citoyens adultes, quel que soit leur âge. Et il faut tout faire pour que les personnes en situation de handicap cognitif puissent – quand c'est possible – continuer de disposer librement de leurs biens.

■ Par le passé, on considérait qu'un âge avancé ou un diagnostic de démence étaient synonymes d'incapacité. À l'heure actuelle, on considère que la capacité à effectuer un acte notarié est situationnelle et spécifique : elle dépend de la nature de l'acte envisagé et de la complexité de la situation financière et familiale du client.

■ Les personnes en situation de handicap cognitif sont particulièrement vulnérables à l'influence abusive : parce qu'elles risquent de ne pas percevoir qu'on cherche à les tromper ou les manipuler ; et parce que, ayant besoin de l'aide de tiers dans de nombreux aspects de leur vie, elles peuvent avoir du mal à résister aux sollicitations et aux pressions.

■ Les notaires n'ont pas vocation à évaluer les capacités cognitives de leurs clients. Ils ont intérêt, quand le besoin s'en fait sentir, à recourir aux compétences de professionnels. Mais demander un avis médical ne résout pas toutes les difficultés et n'est pas sans risques.

■ Pour déterminer dans quel cas demander un avis médical, quel professionnel solliciter et quelles questions lui poser, le notaire doit réaliser une première évaluation informelle des capacités. Cela implique d'être attentif à certains signes pouvant révéler des troubles cognitifs ; de se poser certaines questions pour évaluer la capacité du client ; et d'être vigilant face aux signaux d'alerte pouvant révéler que le client est victime d'une influence abusive. La seconde partie de cette brochure vise à y aider.

QUESTIONS / REPONSES

Quel est le rapport entre la maladie d'Alzheimer et la démence sénile ?

La maladie d'Alzheimer et les maladies apparentées sont à l'origine des déficiences des fonctions cognitives qu'on appelait autrefois "démence sénile".

L'avancée en âge entraîne-t-elle toujours d'une diminution des capacités cognitives ?

NON. La majorité des personnes âgées et très âgées conservent des facultés cognitives intactes.

Y a-t-il des situations dans lesquelles le notaire devrait être particulièrement vigilant ?

La prévalence de la maladie d'Alzheimer et des maladies apparentées augmente avec l'âge. Par ailleurs, après 80 ans, les déficiences cognitives évolutives seraient plus fréquentes chez les femmes que chez les hommes : 13% des hommes et 20% des femmes seraient concernés entre 85 et 89 ans ; 22% des hommes et 31% des femmes le seraient après 90 ans. Cependant, la maladie d'Alzheimer et les maladies apparentées peuvent parfois toucher des personnes de moins de 60 ans.

La maladie d'Alzheimer implique-t-elle nécessairement une incapacité à effectuer un acte notarié ?

NON. La présence de troubles cognitifs doit inciter à la vigilance. Mais avec une aide appropriée, certaines personnes ayant des troubles cognitifs restent capables de prendre des dispositions de manière éclairée.

Les outils d'évaluation des fonctions cognitives permettent-ils de déterminer si un client est capable d'effectuer un acte notarié ?

NON. Ces outils peuvent donner des indications, mais ils n'ont pas été conçus pour évaluer la capacité à effectuer un acte notarié. Il n'existe pas à ce jour de test simple pour évaluer cette capacité.

Le fait qu'un client ne soit plus capable de gérer son budget, de conduire sa voiture, ou de vivre seul chez lui, signifie-t-il qu'il n'est plus capable d'effectuer un acte notarié ?

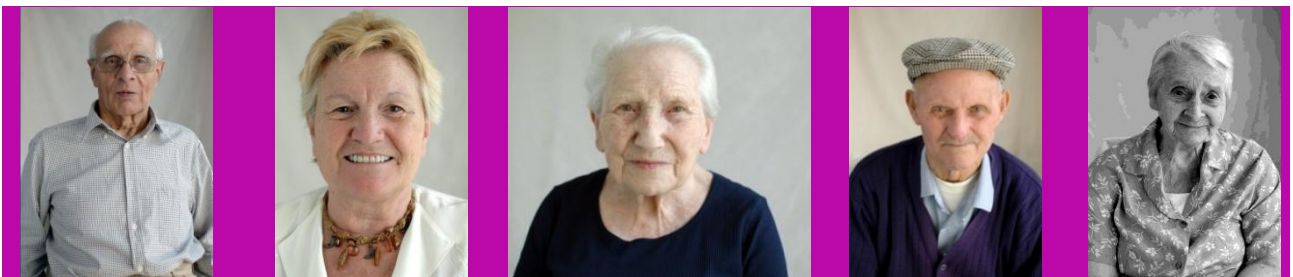
NON. Même si ces difficultés doivent attirer l'attention, ces activités reposent sur des mécanismes cognitifs différents.

Le fait qu'un client soit capable de comprendre la nature et les conséquences de l'acte qu'il souhaite effectuer signifie-t-il qu'il n'est pas victime d'une influence abusive ?

NON. Être "sain d'esprit" n'immunise pas contre l'influence abusive. On peut être victime d'une situation d'emprise alors même qu'on est en possession de toutes ses facultés intellectuelles.

II.

En pratique : une démarche en cinq étapes



© Pascale Lord

Repérer la présence de troubles cognitifs

La première étape consiste à être vigilant durant l'entretien, afin de repérer les troubles cognitifs lorsqu'ils sont présents. Pour cela, le notaire sera sensible à certains signes qui devront éveiller son attention. Mais il prendra garde à ne pas tirer de conclusion hâtive de ses observations.

Pourquoi est-ce difficile ?

Pour le notaire, repérer chez un client des troubles cognitifs n'est pas chose facile.

- Certaines personnes ont reçu un diagnostic de maladie d'Alzheimer, mais ne s'en souviennent pas, ou ne le disent pas spontanément à leur notaire. D'autres ont des troubles cognitifs mais n'ont pas été diagnostiquées.

- Dans certains cas, les troubles cognitifs sautent aux yeux. Mais lorsqu'ils sont mineurs, ils peuvent être difficiles à déceler. Même les membres de la famille peuvent passer à côté des premières difficultés, surtout s'ils ne sont pas quotidiennement en contact avec la personne (par exemple s'ils ont seulement des contacts téléphoniques occasionnels avec elle).

- C'est souvent le fait que la personne ne soit plus capable de réaliser avec la même facilité des tâches qu'elle effectuait aisément par le passé qui révèle la présence de troubles cognitifs. Le notaire n'a pas forcément le recul nécessaire pour observer ce type de changements.

Pièges à éviter

- Le fait qu'un client puisse soutenir une conversation courante ne signifie pas qu'il n'a pas de troubles cognitifs. Comme les routines verbales résistent bien, une personne peut avoir des troubles importants mais rester capable de discuter de choses générales (famille, santé...) et donner l'impression fautive que tout va bien.

- Comme la maladie d'Alzheimer laisse longtemps intacte la mémoire des souvenirs anciens, une personne peut donner l'impression d'avoir une excellente mémoire, alors qu'elle ne se souviendra pas de l'entretien quelques minutes plus tard, parce qu'elle a de grandes difficultés à mémoriser les événements récents.

- Il n'est pas rare que les personnes ayant des troubles cognitifs minimisent leurs difficultés ou essaient de les dissimuler. Elles parviennent alors à masquer le fait qu'elles ne savent plus ce qu'elles voulaient dire, ou qu'elles ne comprennent pas le sens d'une question. Comme certains hommes politiques qui éludent les questions embarrassantes, elles détournent la conversation, répondent de manière évasive ou s'en remettent aux autres (« *C'est ma femme qui s'occupe de ces choses-là, vous devriez lui demander.* »).

Questions à se poser

Durant l'entretien, le notaire aura intérêt à être attentif à la manière dont son client se comporte, communique ses idées, ou effectue des tâches familières ^[9]. Certains signes devraient lui mettre la puce à l'oreille et l'alerter qu'il y a potentiellement un problème.

- C'est le cas, en particulier, si le client paraît avoir :

- une apparence physique ou vestimentaire inhabituelle (porte des vêtements mal boutonnés ou inappropriés pour la saison) ;
- des problèmes de mémoire (pose à plusieurs reprises la même question ; paraît avoir oublié des informations données pendant l'entretien) ;
- des difficultés de compréhension ou de raisonnement (a du mal à comprendre les concepts abstraits, à comparer les alternatives ; répond plusieurs fois "à côté de la question") ;
- des troubles de l'humeur (paraît anxieux, stressé, abattu ou déprimé ; assiste passivement à l'entretien, comme s'il n'était pas concerné) ;
- un comportement ou des propos surprenants (paraît agité, impulsif ou excessivement méfiant ; s'exprime de manière inhabituellement familière ; exprime des idées de préjudice ou de persécution).

- C'est aussi le cas si le client paraît avoir des difficultés pour :

- utiliser les objets de la vie courante (prend le stylo dans le mauvais sens, oublie d'enlever le capuchon, confond les documents) ;
- communiquer ses idées (emploie plusieurs fois un mot pour un autre ; a beaucoup recours à des périphrases ou à des termes vagues ; s'arrête au milieu des phrases parce qu'il ne trouve plus ses mots) ;
- se repérer dans le temps ou dans l'espace (commet des erreurs importantes sur les dates ; évoque des personnes décédées comme si elles étaient encore en vie ; donne le sentiment de se sentir perdu, de ne pas savoir où il se trouve) ;

■ **rester concentré sur la conversation** (a une attention fluctuante, montre rapidement des signes de fatigue ; passe sans transition d'une idée à une autre) ;

■ **identifier ou reconnaître les personnes** (ne paraît pas reconnaître le notaire ou comprendre sa fonction ; ne semble pas bien savoir qui est la personne qui l'accompagne ; a du mal à identifier les personnes nommées dans l'acte ; commet des erreurs sur les noms ou les liens de parenté).

Se méfier des apparences et des conclusions hâtives

■ Il nous est tous arrivé de nous tromper sur une date, de ne pas retrouver un nom propre, d'avoir un mot sur le bout de la langue. En d'autres termes, **aucun des signes précédents, considéré isolément, ne permet de conclure à une diminution des capacités intellectuelles.** Ce n'est que lorsque plusieurs de ces signes sont présents, et *a fortiori* s'ils paraissent d'apparition récente, qu'ils peuvent être l'indice de capacités cognitives réduites.

■ **Beaucoup de personnes qui avancent en âge ont des problèmes visuels et auditifs qui peuvent, à tort, donner l'impression qu'elles ont des troubles cognitifs.** Si le client porte des prothèses visuelles ou auditives, il faut s'assurer qu'il les porte le jour de l'entretien et qu'elles fonctionnent correctement.

■ Plusieurs facteurs peuvent temporairement réduire les capacités cognitives (fatigue, stress, dépression, maladie somatique, dénutrition, prise de médicaments). Il est préférable de reporter l'entretien si la personne ne semble pas être au mieux de ses capacités, ou paraît confuse ou désorientée car elle n'est pas dans son environnement de vie habituel (parce qu'elle est hospitalisée ou parce qu'elle vient d'entrer en maison de retraite).

■ Le fait qu'un client ait du mal à comprendre certaines informations, à se remémorer certains faits ou à exprimer sa pensée ne signifie pas nécessairement qu'il est inapte à effectuer l'acte envisagé. Avant de conclure qu'un client est incapable de prendre une disposition, le notaire devrait toujours se demander comment il peut aider celui-ci à surmonter les difficultés qu'il rencontre. Cela peut passer par le fait de réaliser l'entretien dans un lieu qui est familier au client, ou de lui permettre d'être accompagné, pendant une partie de l'entretien, par un proche dont la présence le rassure. Cela implique surtout d'adapter les modalités de l'entretien (cf. encadré ci-contre).

COMMENT MENER L'ENTRETIEN ?

(inspiré de [2] et [9])

■ Avant l'entretien :

- Comme les capacités sont fluctuantes, essayer de fixer le rendez-vous au moment le plus favorable pour la personne (souvent en milieu de matinée) ;
- Privilégier un environnement calme, à l'abri des bruits, du va-et-vient et des interruptions ;
- Etre préparé à ce que les choses aillent lentement et à ce que la personne se fatigue vite (prévoir des pauses et, si nécessaire, plusieurs rendez-vous).

■ Dans les premières minutes:

- S'assurer que la personne est bien installée, se positionner près d'elle, et de manière à ne pas avoir le visage à contre-jour ;
- Mettre la personne à l'aise, prendre le temps de "briser la glace" en parlant de choses générales ;
- Se présenter et rappeler la finalité de l'entretien ;
- Expliquer les différents points qui seront abordés (si besoin avec un support écrit) et insister sur le fait que les propos tenus resteront confidentiels.

■ Favoriser une bonne compréhension :

- Parler lentement et distinctement, sans sur-articuler ni crier, en regardant la personne ;
- Présenter une seule information à la fois, avec des mots simples, en laissant à la personne le temps d'intégrer chaque nouvel élément ;
- Ne pas transmettre d'informations quand la personne a l'attention occupée à autre chose ;
- Ne pas hésiter à exprimer de plusieurs manières différentes la même idée ;
- Récapituler plusieurs fois les points-clés et dire clairement quand on passe d'un sujet à un autre ;
- Nommer les personnes (« *Pierre, votre oncle* »), plutôt que de mentionner seulement le lien de parenté (« *votre oncle* ») ou un pronom (« *il* ») ;
- S'assurer régulièrement que la personne a bien compris ce qui lui a été dit, en lui demandant de reformuler les choses avec ses propres mots.

■ Favoriser l'expression

- Vérifier, tout au long de l'entretien, que la personne est bien présente et impliquée (le cas échéant, recentrer l'attention sur la conversation par un contact de la main) ;
- Laisser la personne s'exprimer à son rythme ;
- Prendre le temps de lui expliquer les conséquences concrètes de la disposition qu'elle envisage ;
- Proposer quand c'est possible des réponses à choix multiples et reformuler les réponses en demandant à la personne si c'est bien ce qu'elle a voulu dire ;
- Ne pas hésiter à reposer plusieurs fois la même question, pour s'assurer que le choix de la personne est stable dans le temps.

Nota Bene : Permettre à un tiers d'être présent durant l'entretien peut rassurer le client, l'aider à comprendre le notaire et l'aider à se faire comprendre de lui. Mais la présence de tiers peut aussi entraver la communication avec le client, compliquer l'évaluation des capacités par le notaire, et favoriser l'influence abusive (cf. p. 18).

Déterminer si la disposition est prise de manière éclairée

Repérer la présence de troubles cognitifs n'est qu'une première étape quand on veut déterminer si un client est apte à effectuer un acte notarié. L'étape suivante est plus décisive. Elle consiste à s'interroger sur les conséquences des difficultés cognitives éventuelles : ont-elles pour effet d'altérer ou d'abolir la capacité du client à effectuer l'acte de manière éclairée ?

Pourquoi est-ce difficile ?

■ Il n'existe pas actuellement de test simple permettant de déterminer si une personne est apte à prendre une disposition de manière éclairée. La présence ou l'absence de troubles cognitifs, ou d'un diagnostic de maladie d'Alzheimer, ne permet pas de conclure à la capacité ou à l'incapacité. On ne peut pas non plus se fonder sur la capacité du client à effectuer d'autres actes ou à prendre d'autres types de décisions. L'aptitude à signer un document, en particulier, n'est pas un bon critère, car la signature est un comportement très automatisé, qui résiste longtemps aux atteintes cérébrales et cognitives.

■ Le MMS (*Mini Mental Status*) est un test permettant une détection rapide des déficits cognitifs (cf. lexique p. 19). Il peut, dans certains cas, donner des indications sur la capacité du client. Ainsi, selon certaines études, les personnes ayant un score au MMS supérieur à 20/30 seraient généralement capables de tester et les personnes avec un score au MMS supérieur à 18/30 seraient généralement capables de désigner un mandataire.

■ Cependant, le MMS n'a pas été conçu pour évaluer la capacité à effectuer un acte notarié. Il ne permet donc pas d'évaluer finement et avec certitude cette capacité. Par exemple, une personne peut avoir un score au MMS de 26/30 et s'avérer incapable d'effectuer un acte donné, parce qu'elle présente des troubles du jugement et du raisonnement, liés à une altération du lobe frontal, qui ne sont pas évalués par le MMS.

Pièges à éviter

■ Il faut prendre garde à ne pas conclure qu'une personne est inapte à prendre une disposition pour des raisons superficielles, à cause de son apparence ou de la façon dont elle se comporte et s'exprime durant l'entretien.

■ De plus, ce qu'il convient d'évaluer, c'est la capacité à prendre une disposition, et non la disposition en elle-même. En d'autres termes, même si certaines décisions peuvent lui paraître imprudentes ou saugrenues, le notaire s'abstiendra de porter un jugement sur les choix de son client. Il s'efforcera de tolérer les décisions surprenantes et se bornera à apprécier la cohérence d'ensemble du raisonnement qui y a conduit, en se souvenant qu'il est rare que nos décisions soient parfaitement rationnelles, et qu'il y entre souvent une part d'affectivité.

Questions à se poser

Puisque la capacité dépend de la disposition envisagée et de son contexte, les questions à se poser dépendent elles aussi, pour partie, de l'acte envisagé.

Le client est-il capable (éventuellement avec une aide) :

■ d'apprécier globalement sa situation ?

- de décrire à grands traits la nature et l'étendue de ses biens ;
- de se souvenir de ses relations avec ses enfants, son conjoint, ses parents (fait-il la différence entre ses neveux et ses enfants ?)

■ de comprendre la nature et les conséquences de la disposition envisagée ?

[TESTAMENT]

- qu'il s'agit de prendre une décision à propos de ses biens et que ses dispositions prendront effet après sa mort ;
- comment ses biens auraient été répartis sans testament ; qui reçoit plus et qui reçoit moins du fait du testament ;

[DONATION]

- que la disposition interviendra de son vivant et qu'elle est en principe irrévocable ;
- ce que sera sa situation matérielle et financière une fois la donation effectuée ;

[MANDAT DE PROTECTION FUTURE]

- qu'il peut choisir la portée du mandat (protection des biens et/ou de la personne) ;
- que le mandat entrera en vigueur quand il ne sera plus en capacité de décider ;
- quel type de décisions le(s) mandataire(s) pourra (pourront) prendre ;

■ d'indiquer clairement et avec constance ses volontés ?

Est-il cohérent dans ses réponses ?

Ne change-t-il pas d'avis sans raison ?

Est-il capable de dire avec clarté :

[TESTAMENT OU DONATION]

- à qui il souhaite léguer des biens et qui il souhaite exclure de la donation ou du testament ;

[MANDAT DE PROTECTION FUTURE]

- quelle(s) personne(s) il souhaite désigner comme mandataire(s), pour quels domaines, et, le cas échéant, avec quelles obligations.

Attention aux conclusions hâtives

En droit français, la capacité requise est plus importante pour les actes à titre gratuit que pour les actes à titre onéreux. Elle dépend également du contexte.

■ Si la disposition est cohérente avec les souhaits antérieurement exprimés par le client et si l'acte a des conséquences peu importantes (le client ne risque pas de se trouver sans ressources), on n'exigera pas nécessairement que celui-ci connaisse la valeur exacte de ses biens au centime près ; et s'il a des difficultés pour comprendre ou se remémorer certaines choses, on pourra éventuellement l'y aider.

■ En revanche, si les dispositions sont surprenantes par rapport aux souhaits antérieurs, si les montants en jeu sont très importants, ou si le contexte familial est complexe, on pourra éventuellement attendre du client qu'il soit capable d'apprécier clairement les conséquences de l'acte envisagé, de dire sans aide comment il souhaite que ses biens soient répartis, voire d'expliquer les raisons qui l'ont conduit à vouloir prendre cette disposition.

■ Si le client a des troubles cognitifs, avant de conclure à la capacité ou l'incapacité du client, on s'assurera que celui-ci n'a pas employé un mot pour un autre, qu'il ne fait pas de confusions (entre les francs et les euros ; entre ses neveux et ses enfants), qu'il dispose bien de toutes les informations pertinentes et qu'il ne néglige pas de prendre en compte des éléments qui pourraient modifier sa décision.

■ Si le client ne paraît pas capable de prendre la disposition envisagée, on se demandera si, avec une aide appropriée, la capacité exigée ne pourrait pas être rencontrée.

COMMENT ABORDER AVEC LE CLIENT LE FAIT QU'UN AVIS MEDICAL POURRAIT ETRE UTILE ET QUE FAIRE EN CAS DE REFUS ?

(inspiré de [2] et [9])

Dans bien des cas, le notaire peut parvenir à apprécier seul la capacité de son client. Mais dans certaines situations (cf. p. 18), interroger un professionnel de santé peut être souhaitable. C'est le cas, notamment, si l'examen informel de la capacité opéré par le notaire ne permet pas de lever tous les doutes, ou si le notaire a des raisons légitimes de craindre que l'acte de son client ne soit contesté. Comment expliquer au client qu'un avis médical serait nécessaire ou souhaitable ?

Quand le client est conscient de ses difficultés, il peut souhaiter lui-même qu'un spécialiste procède à un examen formel de ses capacités afin de lever les doutes. Mais dans bien des cas, suggérer à un client de prendre un avis médical peut s'avérer difficile voire embarrassant pour le notaire. Le client, qui a placé sa confiance en lui, risque d'être choqué par cette demande et de l'interpréter comme une remise en cause de ses capacités. C'est le cas, notamment, lorsque le client est peu conscient de ses troubles, anxieux à l'idée qu'on évalue ses capacités, ou réticent à consulter un professionnel de santé. Il convient alors de faire preuve de tact et de délicatesse. Mais le notaire peut expliquer les choses de manière franche et directe :

« Madame X, je me soucie de vos intérêts et je suis un peu inquiet concernant votre mémoire. En tant que notaire, je dois faire tout mon possible pour que votre disposition ne puisse être contestée.

Une disposition peut être remise en cause si la personne qui l'a prise avait des problèmes de mémoire. Le meilleur moyen d'éviter cela est de procéder à une évaluation de la mémoire, le jour où la disposition est prise chez le notaire.

Pour nous assurer que nous pouvons modifier votre testament, et pour être sûrs qu'il ne soit pas contesté, je souhaiterais que vous voyiez un médecin afin d'examiner le fonctionnement de votre mémoire.

Cette évaluation nous montrera, je l'espère, que tout va bien. Dans le cas contraire, elle nous aidera peut-être à trouver un moyen pour agir conformément à vos souhaits.

Verriez-vous un inconvénient à prendre rendez-vous avec un médecin pour faire les tests ? » [2]

Si le client refuse de consulter un professionnel de santé, cela pourra parfois conduire le notaire à refuser de recevoir l'acte. Cependant, si l'avis médical paraît seulement souhaitable (par exemple pour réduire les risques d'annulation de l'acte), le notaire pourra, dans certains cas, recevoir l'acte malgré tout, après avoir informé son client des conséquences possibles de sa décision.

Établir si la disposition est prise librement

Être capable de prendre une disposition de manière éclairée n'immunise pas contre l'influence abusive. Une personne peut avoir les capacités requises pour prendre une disposition, mais être sous l'emprise d'un tiers qui la manipule ou lui impose sa volonté. La troisième étape consiste donc à déterminer si la disposition est prise librement, si elle reflète bien la volonté propre du client, ou si celui-ci est victime d'une subversion de sa volonté.

Pourquoi est-ce difficile ?

- Les auteurs d'une influence abusive font souvent preuve de beaucoup de prudence : ils n'agissent pas au grand jour, opèrent en l'absence de témoins et font en sorte que les pressions et les manipulations qu'ils exercent soient discrètes et difficiles à prouver.
- Les victimes d'une influence abusive s'en plaignent rarement, soit parce qu'elles n'ont pas conscience d'être manipulées, soit parce qu'elles craignent des représailles, soit encore parce que – comme beaucoup de victimes de maltraitance – elles ont honte de la situation.
- Il est parfois délicat de distinguer l'influence abusive d'autres phénomènes : favoritisme à l'égard de certains enfants ; volonté de témoigner de l'affection à un tiers qui est devenu pour la personne un substitut de famille ; souhait de récompenser pour son dévouement un membre de la famille qui est plus présent que d'autres ; obéissance à un tiers qui représente pour la personne une figure d'autorité.

Signaux d'alerte

Le notaire pourra être attentif à certains signaux d'alerte :

- Le client n'est pas connu du notaire ;
- Le bénéficiaire de la disposition a activement participé aux démarches pour voir le notaire ; ce n'est pas le client qui a pris rendez-vous ;
- Un tiers a accompagné le client à l'office, il veut absolument assister à l'entretien, prend la parole en premier ou donne l'impression de surveiller ce que dit le client ;
- Le client manifeste peu d'intérêt pour l'entretien, ne prend pas vraiment part à la

discussion ; il semble craindre de s'exprimer, paraît anxieux, hésitant, peu sûr de lui, ou au contraire semble pressé d'en finir, et veut tout régler rapidement, sans discuter ;

- Le client modifie substantiellement ses dispositions, sans raison apparente, ou prend des dispositions qui paraissent étonnantes au regard de ses valeurs et préférences passées ;
- Des bénéficiaires inattendus apparaissent ou des bénéficiaires "naturels" reçoivent beaucoup moins que l'on ne pourrait attendre.

Facteurs de vulnérabilité

Le notaire pourra redoubler de vigilance si des éléments sont susceptibles de créer une vulnérabilité accrue à l'influence abusive :

- Le client a déjà été victime d'actes de maltraitance (physique, psychologique, financière) ou de négligence ;
- Il a besoin d'aide pour de nombreux actes de sa vie quotidienne (faire ses courses, se nourrir, s'habiller) ou pour continuer de vivre à son domicile ;
- Il reçoit peu de visites, ou a peu de contacts avec les personnes qui pourraient le conseiller parce qu'il a des difficultés pour se déplacer, ou parce que ses proches habitent loin ou sont décédés ;
- Il a récemment rompu ses liens avec ceux qui avaient autrefois sa confiance ou place une grande confiance dans une personne rencontrée depuis peu ;
- Il est fatigué, déprimé, ou paraît confus et désorienté parce qu'il n'est pas dans son environnement de vie habituel ou parce qu'il a des problèmes de santé importants ;
- Des changements significatifs sont intervenus dans sa vie (décès d'un proche qui jouait un grand rôle auprès de lui) ou des tensions sont apparues dans sa famille (compétition entre ses enfants pour savoir qui est le plus aidant ou le plus aimant).

Attention aux conclusions hâtives

Aucun de ces éléments pris isolément ne permet de conclure que le client est victime d'une influence abusive. En revanche, si plusieurs de ces éléments sont présents, le notaire aura intérêt à s'assurer que son client comprend ce qui se passe, qu'il a la maîtrise des décisions prises, et qu'il n'a pas modifié l'appréciation qu'il avait de ses proches du fait d'influences externes.

Comment procéder ?

■ La règle d'or, pour minimiser les risques d'influence abusive, consiste pour le notaire à recevoir son client seul, au moins pendant un moment, même si celui-ci vient accompagné à l'office (cf. encadré ci-contre). Lorsque les souhaits du client ont été initialement relayés par un tiers, ceux-ci devraient ainsi toujours être confirmés par le client lui-même, au cours d'un entretien en privé. Ce n'est qu'en s'entretenant seul à seul avec son client que le notaire pourra apprécier au plus juste ses capacités et vérifier qu'il ne fait pas l'objet de pressions ou d'une manipulation.

■ Une autre précaution utile consiste à ne pas se contenter d'un entretien unique, mais à revoir le client quelques jours ou semaines plus tard, pour confirmer sa volonté de prendre la disposition envisagée. Le notaire aura alors parfois intérêt à se rendre au domicile du client, pour le voir dans son environnement de vie, se faire une idée plus précise de la situation et "sentir" comment les choses se passent au quotidien.

■ Si des doutes subsistent, le notaire pourra être amené à poser au client des questions sur sa vie et sur les raisons ou les circonstances qui l'ont conduit à prendre cette disposition. Le notaire devra faire preuve ici de beaucoup de tact et de prudence, car son client pourra avoir le sentiment qu'il outrepassa son rôle et se mêle indument de sa vie privée. Cependant, certaines questions doivent parfois être posées pour s'assurer que la disposition envisagée est bien l'expression de la volonté du client. (Le notaire peut d'ailleurs s'en expliquer ouvertement : « *Pardonnez-moi de vous poser ces questions, mais j'aurais besoin de vous connaître un peu mieux, et de comprendre ce qui vous conduit à prendre cette décision* »):

« *Vivez-vous seul ? Y a-t-il quelqu'un qui vous aide dans la vie de tous les jours ?* »

« *Comment cela se passe-t-il pour l'argent ?* »

« *Pouvez-vous aller où vous le voulez quand vous le voulez, et avoir des conversations privées avec qui vous voulez ?* »

« *Quelqu'un vous a-t-il suggéré de prendre rendez-vous avec moi ?* »

« *Quelqu'un vous a-t-il dit que vous devriez le récompenser pour ce qu'il a fait pour vous ?* »

« *Vous ne paraissez pas tout à fait sûr de vous. Comment êtes-vous parvenu à cette décision ?* »

« *Vous m'avez dit n'être pas croyant, or vous voulez léguer une somme importante à une organisation religieuse. Pourriez-vous m'en dire un peu plus ?* » ^[3]

ABORDER LE FAIT QU'IL EST IMPORTANT DE RECEVOIR LE CLIENT SEUL

(inspiré de [3])

Dans certains cas, il peut être utile qu'un tiers accompagne le client pendant tout ou partie de l'entretien, pour expliquer au notaire la situation financière et personnelle du client, ou pour aider celui-ci à se faire comprendre.

Dans l'idéal, ce tiers devrait être extérieur à la disposition envisagée. De plus, pour éviter les conflits de loyauté, il ne devrait pas s'agir d'un proche ou d'un membre de la famille. Si le client a des difficultés pour exprimer sa pensée ou pour comprendre le notaire, il est parfois possible de demander à un orthophoniste ou à un psychologue de l'assister durant l'entretien.

Quand un tiers a accompagné le client à l'office, le notaire devrait expliquer pourquoi il souhaite s'entretenir seul pendant un moment avec son client. Ces explications devraient tenir compte de l'anxiété que cette demande risque de susciter chez le client, qui peut se sentir rassuré par la présence d'un proche, et de la surprise qu'elle risque d'occasionner chez la personne qui l'accompagne (« *Mais maman ne va pas comprendre, elle n'osera pas demander des explications, elle risque de ne pas bien retenir les choses importantes...* »).

Le notaire peut expliquer au client et à son accompagnant qu'ils ne doivent pas s'inquiéter ou se sentir offensés par cette demande, qui est dans leur intérêt, surtout si l'accompagnant est l'un des bénéficiaires de la disposition, ou s'il est très impliqué auprès du client.

« *En tant que notaire, je dois me conformer à certaines règles déontologiques. Je dois vérifier le degré de compréhension de mes clients, ce qui est difficile si un proche répond à toutes les questions. Je dois aussi garantir la confidentialité des informations, car les dispositions de mes clients ne peuvent être communiquées à des tiers qu'avec leur approbation.*

En outre, pour éviter les contestations ultérieures, il faut éviter tout ce qui peut donner l'apparence d'un conflit d'intérêts. Il doit être clair que j'agis uniquement dans l'intérêt de mes clients. Il est d'ailleurs dans l'intérêt de l'accompagnant de ne pas être présent durant l'entretien, afin de ne pas donner l'impression qu'il a influencé le client, surtout s'il est très proche de lui. » ^[3]

Nota Bene : Il est intéressant d'observer la réaction de l'accompagnant à cette demande, car une réticence forte de sa part à laisser le client seul avec le notaire peut indiquer qu'on est potentiellement en présence d'une influence abusive.

Consulter si nécessaire un professionnel de santé

Au terme des trois étapes précédentes, il peut arriver que des doutes persistent et que le notaire ressente le besoin d'étayer son jugement en faisant appel à un professionnel compétent. Selon ce que le notaire cherche à établir, plusieurs types d'avis médicaux peuvent être sollicités.

Dans quel cas solliciter l'avis d'un professionnel de santé ?

■ **Demander au client de rencontrer un professionnel de santé n'est pas nécessaire ni souhaitable dans tous les cas.** Étant donné les inconvénients potentiels liés au fait de procéder à une évaluation formelle des capacités du client, il convient de s'assurer au préalable que la situation requiert une telle évaluation. D'autres solutions sont parfois envisageables, comme le fait de demander à un autre notaire d'être présent au moment de l'acte, afin de s'assurer avec lui de la capacité du client.

En d'autres termes, il n'est pas recommandé de rechercher l'avis d'un professionnel de santé chaque fois qu'on est en présence d'un client âgé, ni même chaque fois que le client paraît avoir des troubles cognitifs. Au contraire, le notaire aura intérêt à recourir à un avis médical de manière sélective, au cas par cas, et avec prudence.

■ Une bonne manière de déterminer si une évaluation formelle des capacités serait nécessaire ou souhaitable consiste à **discuter anonymement de la situation du client avec un spécialiste des fonctions cognitives ou du sujet âgé.** Il peut s'agir d'un médecin (neurologue, gériatre, psychiatre), d'un psychologue clinicien ou d'un neuropsychologue (spécialiste des fonctions cognitives).

Ces professionnels pourront éventuellement poser des questions auxquelles le notaire n'avait pas pensé, lui suggérer des stratégies pour renforcer les capacités du client, ou lui dire si une évaluation formelle des capacités leur paraît souhaitable. Ils pourront également, le cas échéant, indiquer au notaire sur quels

aspects l'évaluation formelle des capacités du client devrait se concentrer, et quel type de professionnel est susceptible de les éclairer.

Il n'est pas nécessaire d'obtenir le consentement du client pour recourir à ce type d'avis, puisque le cas est discuté de manière anonyme. Cependant, les frais éventuels seront à la charge du notaire.

Quel type de professionnel solliciter ?

Si le notaire estime nécessaire ou souhaitable que son client rencontre un médecin, deux types d'avis peuvent être sollicités. Chacun d'eux présente des avantages et des inconvénients potentiels. Le choix dépendra de ce que, dans le cas d'espèce, le notaire cherche à déterminer. Dans les deux cas, les frais seront à la charge du client.

■ La première solution consiste à demander au client de prendre rendez-vous avec un médecin connu de lui. Il peut s'agir de son médecin généraliste, du spécialiste (neurologue, gériatre, psychiatre) de la consultation mémoire où il est suivi, ou du médecin coordonateur de la maison de retraite dans laquelle il réside.

En général, ces professionnels connaissent non seulement l'état de santé général du client, mais aussi son environnement social et son contexte de vie. Ils pourront peut-être alerter le notaire si des éléments médicaux (maladie somatique, troubles psychiques, traitements médicamenteux) ou un événement récent (deuil, hospitalisation, changement de lieu de vie) sont susceptibles de réduire momentanément les capacités du client, ou de créer chez lui une vulnérabilité particulière à l'influence abusive.

■ Une deuxième solution peut être envisagée dans certains cas. Elle consiste à demander au client de prendre rendez-vous avec un médecin habilité à établir des certificats médicaux circonstanciés dans le cadre des demandes de tutelle ou de curatelle (liste établie par le Procureur de la République, disponible au greffe du tribunal d'instance). Ces médecins sont davantage habitués à effectuer des expertises médico-légales. Ils ont normalement une certaine expérience du vocabulaire juridique. Et si le médecin choisi se trouve être neurologue, gériatre ou psychiatre, il pourra peut-être indiquer au notaire si des troubles cognitifs sont présents et s'ils sont susceptibles d'avoir un impact sur l'aptitude du client à prendre la disposition qu'il envisage.

Comment procéder ?

■ Quel que soit le médecin sollicité, celui-ci devra obtenir le consentement exprès de la personne avant d'évaluer ses capacités et de communiquer ses constatations au notaire. **Cela suppose que le médecin, mais aussi le notaire, informent préalablement la personne, en des termes appropriés à ses facultés de compréhension, des avantages mais aussi des inconvénients potentiels de cette démarche.**

■ Pour que le professionnel de santé comprenne bien la finalité de l'évaluation demandée, il est important que le notaire lui indique clairement les questions qu'il se pose et les informations dont il a besoin. La raison d'être de l'évaluation devrait donc être explicitée par écrit. Le soin avec lequel le notaire formulera ses questions déterminera l'utilité de l'évaluation. Le notaire devra cependant prendre garde à ne transmettre au médecin que les éléments strictement nécessaires à l'évaluation et devra obtenir le consentement exprès de son client pour communiquer ces éléments au médecin.

■ Lorsque la situation est complexe, il peut également être souhaitable que le notaire s'entretienne oralement avec le médecin, avant que celui-ci ne mette ses constatations par écrit.

Communiquer avec le professionnel de santé

Pour que le rapport rédigé par le médecin soit utile au notaire, il importe qu'il soit précis, compréhensible pour le profane, et surtout qu'il apporte des éléments de réponse aux questions que se pose le notaire.

Cela suppose que, de son côté, le notaire indique au médecin, en évitant le jargon juridique, quels sont actuellement les critères légaux de la capacité à effectuer un acte notarié. De cette façon, le médecin comprendra que la capacité qu'il lui est demandé d'évaluer diffère de celles qui consistent à gérer seul ses affaires ou à prendre d'autres types de décisions.

Il doit être clair dans l'esprit du médecin que ce qui intéresse le notaire, ce n'est pas de connaître le diagnostic de son client, ou l'état de ses fonctions cognitives en tant que telles, mais de savoir si ses problèmes de santé éventuels peuvent avoir un impact sur sa capacité à effectuer l'acte envisagé de manière éclairée, ou créer chez lui une vulnérabilité particulière à l'influence abusive.

ELEMENTS A COMMUNIQUER AU MEDECIN (SOUS RESERVE DU CONSENTEMENT DU CLIENT)

Contexte de la demande

- Quel acte le client souhaite-t-il réaliser ?
- Est-ce un ancien ou un nouveau client ?
- Pourquoi un avis médical est-il sollicité ?

Questions qui se posent -

Le client est-il capable :

- d'apprécier sa situation financière et familiale (par ex. de différencier ses enfants et ses neveux) ?
- de comprendre la nature et les conséquences de l'acte qu'il souhaite effectuer (par ex. de retenir les informations utiles le temps de prendre sa décision) ?
- Y a-t-il des facteurs (médicaux, psychologiques ou sociaux) qui réduisent temporairement ses facultés ou qui le rendent particulièrement vulnérable à la manipulation ou aux pressions ?
- Comment l'aider à prendre la disposition souhaitée ? Comment soutenir l'expression de sa volonté ?

COMPRENDRE LES DONNÉES MÉDICALES

Agnosie : difficulté à reconnaître les choses ou les personnes (prosopagnosie).

Anosognosie : la personne n'a pas, ou n'a que partiellement conscience de ses difficultés.

Clinical Dementia Rating (CDR) : échelle de cotation clinique de la sévérité de la démence. 0,5: très légère, 1: légère, 2: modérée, 3: sévère.

Fonctions exécutives : capacité à penser de façon abstraite, à planifier, initier, organiser dans le temps et contrôler un comportement complexe.

Mattis (Échelle de) : évalue l'attention, l'initiation verbale et motrice, les praxies, les capacités de conceptualisation et de mémoire. Score global sur 144 ; seuil pathologique: 129.

Mémoire épisodique : mémoire des événements personnels vécus dans un contexte précis.

Mémoire sémantique : connaissances générales (ex : Rome est la capitale de l'Italie).

Mémoire de travail : maintien en mémoire d'une information pendant la réalisation d'une activité cognitive.

MMSE (Mini Mental Status) : évalue de façon globale et standardisée les fonctions cognitives. Score global sur 30. Seuil pathologique entre 21 et 26 (selon l'âge et le niveau d'éducation). 25-20: troubles légers ; 19-16: modérés ; 15-10 : modérément sévères ; 9-3 : sévères ; <3 : très sévères.

Test de l'horloge : évalue les habiletés visuo-spatiales (capacité à agencer des éléments dans l'espace), les fonctions exécutives (stratégies de planification), l'attention et les praxies.

Test des cinq mots: évalue les capacités de mémoire épisodique (encodage et récupération). Score total sur 20. Seuil pathologique < 10.

Trail Making Test : évalue les capacités de flexibilité mentale, les capacités visuo-motrices, l'attention et les fonctions exécutives.

Analyser la situation et agir en conséquence

Au terme de cette démarche, le notaire dispose d'éléments qui lui permettent d'affiner son jugement et de déterminer la conduite à tenir.

L'importance du jugement du notaire

Il est important de souligner qu'en définitive, c'est au notaire qu'il revient de déterminer si son client est capable de prendre la disposition envisagée. Même si les éléments transmis par le médecin ou par d'autres informateurs peuvent éclairer le jugement du notaire, ce n'est pas aux professionnels de santé qu'il revient d'apprécier la capacité du client. Ceux-ci peuvent donner au notaire des éléments très précieux pour lui permettre de se faire une idée plus précise de la situation. Mais au bout du compte, c'est au notaire qu'il revient – en confrontant les données médicales, les critères légaux et les éléments liés au contexte – de déterminer si son client est capable d'effectuer l'acte de manière éclairée, et s'il prend la disposition librement.

Si le client paraît disposer de la capacité requise

Si le client lui paraît disposer de la capacité requise, le notaire pourra procéder à l'acte, en prenant le cas échéant les précautions nécessaires. Des précautions particulières sont recommandées dans deux situations :

- Si des troubles cognitifs sont présents (ou si un diagnostic de maladie d'Alzheimer a été posé), et si le notaire estime que ces troubles n'ont pas pour effet d'empêcher son client de prendre la disposition de manière libre et éclairée, le principal enjeu est d'essayer de minimiser les risques d'une annulation ultérieure de l'acte. Dans ce cas, il peut être utile de demander à un témoin d'être présent au moment de l'acte. Il peut également être utile, si cela n'a pas déjà été fait, d'obtenir l'avis d'un médecin habitué à évaluer les fonctions cognitives des sujets âgés. Il est surtout important de consigner par écrit l'ensemble des éléments qui ont conduit le

notaire à estimer que son client avait, en dépit de ses difficultés, la capacité requise.

- Une autre situation problématique peut survenir si le notaire pense que son client est capable d'effectuer l'acte (par exemple la vente d'un bien immobilier), mais a des raisons légitimes de penser que celui-ci sera dépassé par les implications concrètes de l'acte (gérer l'argent tiré de la vente). Dans ce cas, même s'il estime que la décision de son client est libre et éclairée, le notaire pourra dans certains cas être amené à entreprendre des démarches pour assurer la protection de son client.

Si le client ne paraît pas disposer de la capacité requise

Si, malgré l'aide qu'on aura pu lui apporter pour être au mieux de ses capacités, le client ne paraît pas en situation d'effectuer l'acte de manière libre et éclairée, le notaire – qui ne doit prêter son ministère qu'aux personnes qui lui paraissent jouir de leur libre arbitre – refusera de recevoir l'acte. Dans certains cas se pose cependant la question de savoir si le notaire a le droit, voire le devoir, de signaler ce qu'il a constaté. La question est difficile, car le secret dû par le notaire à son client est "général et absolu" [7].

Deux situations peuvent être distinguées.

- En premier lieu, si le notaire constate qu'un client qui ne fait pas l'objet d'une mesure de protection juridique a des troubles cognitifs qui le rendent vulnérable aux pressions ou aux manipulations, ou qui le conduisent à prendre des décisions contraires à son intérêt, voire à ne plus être capable de gérer seul ses biens, il peut être de sa responsabilité – en particulier si la personne est socialement isolée et si elle refuse de consulter un médecin – d'alerter le Procureur de la République afin que celui-ci apprécie l'opportunité de demander l'ouverture d'une mesure de protection.

- En second lieu, bien qu'il soit tenu au secret professionnel, si le notaire constate ou a des raisons légitimes de penser que son client fait l'objet d'une maltraitance ou d'une négligence, et que celle-ci entraîne une privation ou des sévices, il est de son devoir de saisir une autorité administrative ou le Procureur de la République (C. Pén., art. 226-14). L'accord du client faisant l'objet d'une maltraitance ou d'une négligence n'est pas requis dès lors que celui-ci n'est pas en mesure de se protéger lui-même, en raison d'une incapacité physique ou psychique.

EN RÉSUMÉ

1. – REPÉRER LA PRÉSENCE DE TROUBLES COGNITIFS ÉVENTUELS

- Se souvenir :
 - que les capacités cognitives sont fluctuantes ;
 - que les troubles cognitifs débutants ne sont pas faciles à déceler ; qu'ils sont parfois surestimés, ou au contraire sous-estimés, par l'entourage de la personne ;
 - que la personne peut ne pas être consciente de ses difficultés ou chercher à les dissimuler.
- Si des difficultés semblent présentes :
 - s'assurer qu'elles ne sont pas liées à des troubles visuels ou auditifs, à une maladie somatique, à un traitement médicamenteux ou à un contexte de crise (hospitalisation, dépression, deuil, entrée en institution...) ;
 - tenir compte de ces difficultés dans la façon de mener l'entretien et de communiquer avec la personne.

2. – DÉTERMINER SI LA DISPOSITION EST PRISE DE MANIÈRE ÉCLAIRÉE

- Se souvenir :
 - que ce qu'il convient d'apprécier, c'est la capacité du client à prendre une disposition, et non la disposition en elle-même, qui dépend des valeurs et des préférences personnelles du client ;
 - qu'il est rare que nos décisions soient parfaitement rationnelles et qu'il y entre souvent une part d'affectif.
- S'assurer préalablement :
 - que le client dispose et se souvient de toutes les informations pertinentes et qu'il ne néglige pas de prendre en compte des éléments importants qui pourraient modifier sa décision ;
 - que le client n'emploie pas un mot pour un autre et ne répond pas « oui » à la dernière proposition qu'on lui a faite seulement parce que c'est la seule dont il se souvient.
- Demander à la personne de redire avec ses propres mots ce qu'elle a compris de la signification de l'acte ; s'assurer qu'elle en a bien compris chacune des implications concrètes (par ex. dans le cas d'une donation : « *le bien ne sera plus à vous dès maintenant ; il ne sera plus jamais à vous...* »).

3. – ÉTABLIR SI LA DISPOSITION EST PRISE LIBREMENT

- Se souvenir :
 - que les individus qui exercent une influence abusive savent souvent rester discrets, et que les personnes qui en sont victimes n'en ont pas nécessairement conscience et ne le reconnaissent pas facilement ;
 - que la règle d'or, pour minimiser les risques d'influence abusive, consiste à recevoir le client seul, au moins pendant une partie de l'entretien ;
 - qu'il est parfois judicieux de demander à revoir le client quelques jours ou semaines après le premier entretien pour s'assurer que ses souhaits sont stables, et que réaliser l'entretien au domicile du client ou dans la maison de retraite où il réside permet souvent de se faire une idée plus précise de la situation.

4. – CONSULTER SI NÉCESSAIRE UN PROFESSIONNEL DE SANTÉ

- Se souvenir :
 - que le certificat médical ne constitue pas une garantie contre une action en nullité ; qu'il peut avoir été établi par un professionnel qui n'a pas l'habitude d'évaluer les fonctions cognitives, ou qui a été choisi par la famille ;
 - que le consentement du client à l'évaluation de ses capacités est requis, ce qui implique de lui expliquer très clairement la finalité, mais aussi les risques et les inconvénients potentiels de cette évaluation ;
 - qu'il importe que le médecin se prononce non pas sur la présence ou l'absence de troubles cognitifs, mais sur leur impact éventuel sur la capacité du client à prendre la disposition envisagée de manière libre et éclairée.
- Se demander préalablement :
 - si les bénéfices attendus de l'avis médical sont supérieurs aux risques et aux inconvénients potentiels liés au fait de demander au client de se soumettre à une évaluation formelle de ses capacités.

5. – ANALYSER LA SITUATION ET AGIR EN CONSÉQUENCE

- Se souvenir :
 - que si le professionnel de santé peut apporter des éléments permettant au notaire d'étayer son jugement, c'est en définitive au notaire – qui, seul, dispose de l'ensemble des éléments pertinents – de juger de la capacité ou de l'incapacité de son client ;
 - Trois situations méritent une vigilance particulière :
 - quand des troubles cognitifs sont présents mais que le client paraît disposer de la capacité requise ;
 - quand le client paraît capable d'effectuer l'acte, mais risque d'être dépassé par ses implications concrètes ;
 - quand le client fait l'objet d'une maltraitance et n'est pas en mesure de se protéger lui-même.

Conclusion

Pouvoir disposer librement de ses biens et pouvoir organiser soi-même les modalités de sa protection future sont des prérogatives importantes des individus. Comme les autres citoyens, les personnes qui avancent en âge et les personnes en situation de handicap cognitif doivent pouvoir exercer ces droits dès lors qu'elles ont les capacités légalement requises. Cela suppose parfois de créer les conditions pour qu'elles puissent effectivement le faire, de favoriser et d'assister l'expression de leur volonté, afin que ces droits ne restent pas pour elles des prérogatives purement abstraites.

Prendre en compte la situation des citoyens qui connaissent une altération de leurs fonctions cognitives implique également une certaine vigilance. Car ceux-ci peuvent, du fait de ces troubles, être amenés à prendre des décisions préjudiciables pour eux-mêmes, ou être conduits par des tiers à prendre des dispositions qui n'expriment pas leur volonté propre.

Les notaires ont ainsi un rôle très important à jouer pour, d'une part, permettre aux personnes qui en ont les capacités de continuer à exercer leurs droits, et pour, d'autre part, protéger les personnes en situation de handicap cognitif, notamment contre les risques de captation d'héritage et d'abus de faiblesse dont elles sont encore trop souvent les victimes.

Pour jouer ce double rôle, les notaires peuvent, dans certains cas, s'appuyer sur la compétence de professionnels de santé. Mais, comme on l'a vu, obtenir un avis médical ne dispense pas le notaire de se faire son propre jugement. Et pour faire appel de manière judicieuse à ces professionnels, il faut que le notaire sache discerner les situations potentiellement problématiques.

Du fait du vieillissement de la population et de la prévalence des troubles cognitifs chez les personnes qui avancent en âge, ces situations risquent à l'avenir de devenir encore plus fréquentes. Le rôle des notaires dans la défense des droits et dans la protection des intérêts des citoyens en situation de handicap cognitif n'en sera que plus important.

REMERCIEMENTS

Cette brochure a bénéficié des compétences de plusieurs membres de la Fondation Médéric Alzheimer :

- Dr Jean-Pierre Aquino, gériatre, président du Comité Avancée en âge, conseiller technique
- Dr Alain Bérard, médecin de santé publique, directeur adjoint
- M Kevin Charras, docteur en psychologie, responsable du Pôle Interventions psychosociales
- Mme Michèle Frémontier, directeur
- M Harold Kaszprak, juriste, chargé d'études au Pôle Etudes et recherche
- Mme Laëtitia Ngatcha-Ribert, sociologue, chargée d'études sénior au Pôle Etudes et recherche.

Elle a également bénéficié de la relecture de plusieurs experts :

- Mme Anne Caron-Déglise, magistrate, conseiller à la Cour d'appel de Paris
- Me Jacques Combret notaire, Président du 102^{ème} Congrès des Notaires de France
- Dr Cécile Hanon, psychiatre, praticien hospitalier, EPS Erasme, Antony
- Me Lionel Galliez, notaire, membre de l'Institut Notarial du Patrimoine et de la Famille
- Dr Laurence Hugonot-Diener, psychogériatre, CMRR Ile de France Sud, Hôpital Broca
- Mme Marie-Eve Joël, professeur en sciences économiques à l'Université Paris Dauphine
- Mme Karine Lefevre, docteur en droit, professeur de l'Ecole des Hautes Etudes en Santé Publique
- Me Jean-Michel Mathieu, notaire, président de l'Institut Notarial du Patrimoine et de la Famille
- Mme Marie Mercat-Bruns, maître de conférences en droit privé, CNAM, Sciences Po
- M Federico Palermi, juriste, Association monégasque pour la recherche sur la maladie d'Alzheimer
- Mme Emilie Pecqueur, juge d'instance, présidente de l'Association nationale des juges d'instance
- Me Benjamin Pitcho, avocat à la Cour, maître de conférences en droit à l'Université Paris 8
- Me Florence Pouzenc, notaire, membre de l'Institut Notarial du Patrimoine et de la Famille
- Dr Véronique Lefebvre des Noettes, psychiatre et gériatre, Hôpital Emile Roux, médecin expert
- Mme Valérie Sebag-Depadt, maître de conférences à la Faculté de droit de l'Université Paris 13

La Fondation Médéric Alzheimer remercie l'ensemble de ces experts pour leur aide précieuse. Ceux-ci ne sauraient toutefois être tenus pour responsables des idées développées dans cette brochure.

Vous souhaitez vous aussi nous faire bénéficier de vos remarques ? Merci de nous écrire à l'adresse suivante : fondation@med-alz.org

Bibliographie

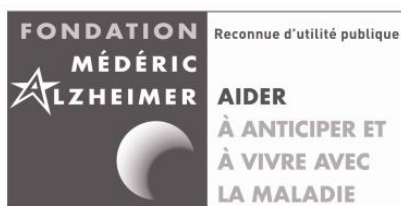
- [1] *Les personnes vulnérables. 102ème Congrès des Notaires de France* (2006)
- [2] American Bar Association & American Psychological Association (2005). *Assessment of older adults with diminished capacity. A handbook for lawyers*
- [3] British Columbia Law Institute (2011). *Recommended practice for wills practitioners relating to potential undue influence: A guide*
- [4] British Geriatrics Society (2006). *Guidelines on capacity and testamentary capacity. Best practice guide*
- [5] British Medical Association and Law Society. *Assessment of mental capacity. A practical guide for doctors and lawyers*. 2009 (3^{ème} éd)
- [6] Champine P (2006). Expertise and instinct in the assessment of testamentary capacity. *Villanova Law Rev* 51: 25-94
- [7] Conseil Supérieur du Notariat, *Règlement national/Règlement Inter-cours, approuvé par arrêté de M le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice et des libertés en date du 21 juillet 2011*
- [8] Duyver C & Evrard A (2012). *Personnes âgées et gestion de biens : Entre rapacité et libre disposition ?* Louvain-la-Neuve, Presses Universitaires de Louvain
- [9] Fondation Roi Baudouin (2011). *Praticiens du droit et personnes âgées en difficulté cognitive. Pour des interactions réussies*
- [10] Frolik LA (2001). The strange interplay of testamentary capacity and the doctrine of undue influence: are we protecting older testators or overriding individual preferences? *Int J Law Psychiatry* 24: 253-266
- [11] Galvin JS (2011). The Andersen twist in trust contests: Testamentary capacity standard sometimes applies when document resembles a will, *California trust and estates quarterly* 17(2): 18-24
- [12] Gorman WF (1996). Testamentary capacity in Alzheimer's disease, *Elder Law Journal* 4: 225-246
- [13] Gregory R et al. (2007). Is the degree of cognitive impairment in patients with Alzheimer's disease related to their capacity to appoint an enduring power of attorney? *Age & Ageing* 36: 527-531
- [14] Gutheil TG (2007). Common pitfalls in the evaluation of testamentary capacity, *J Am Acad Psychiatry Law* 35: 514-517
- [15] Hall R et al. (2009). Testamentary capacity: History, physicians' role, requirements, and why wills are challenged *Clinical Geriatrics* 17(6): 18-24
- [16] Jacoby R & Steer P (2007). How to assess capacity to make a will, *BMJ* 335(7611): 155-157
- [17] Kennedy KM (2012). Testamentary capacity: a practical guide to assessment of ability to make a valid will, *J Forensic Leg Med* 19(4): 191-195
- [18] Kapp MB. Legal issues arising in the process of determining decisional capacity in older persons. *Care Management Journals* 11(2): 101-107
- [19] Klein J & Gemignani F (2006). Le notaire face à l'insanité d'esprit, *La semaine juridique, notariale et immobilière* 13: 1142
- [20] Koskas A, Desjardins V, Médioni J-P (2011). *Rapport de la mission sur la maltraitance financière à l'égard des personnes âgées dans les établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux*, La Documentation française
- [21] Lacour C (2007). *Vieillesse et vulnérabilité*. Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille
- [22] Law Society of New South Wales (2003). *Guidelines for solicitors preparing an enduring power of attorney*
- [23] Law Society of New South Wales (2009). *When a client's capacity is in doubt. A practical guide for solicitors*
- [24] Marson DC, Hebert K, Solomon AC (2011). Assessing civil competencies in older adults with dementia. In: Larrabee GJ (dir.), *Forensic Neuropsychology*, Oxford University Press: 401-437
- [25] Marson DC, Huthwaite J, Hebert K (2004). Testamentary capacity and undue influence in the elderly: A jurisprudential therapy, *Law and Psychology Review* 28: 71-97
- [26] Moye J, Sabatino C, Weintraub Brendel R (2013). Evaluation of the capacity to appoint a healthcare proxy. *Am J Geriatr Psychiatry* 21(4): 326-336
- [27] Nicod M (2011), *Testament*, Rép. civ. Dalloz
- [28] Noffsinger S (2008). Evaluating capacity to make a will: Psychological autopsy and assessment of testamentary capacity, *Psychiatric Times* 25 (14)
- [29] Peisah C, Finkel S, Shulman K, et al. (2008). The wills of older people: risk factors for undue influence, *Int Psychogeriatr* 21 (1) : 7-15
- [30] Peisah C (2005), Reflections on changes in defining testamentary capacity. *Int Psychogeriatr* 17: 709-712
- [31] Redmond FC (1987). Testamentary capacity, *Bull Am Acad Psychiatry Law* 15 (3): 247-256
- [32] Regan W & Gordon S (1997). Assessing testamentary capacity in elderly people. *South Med J* 90: 13-15
- [33] Roked F & Patel A (2008). Which aspects of cognitive function are best associated with testamentary capacity in patients with Alzheimers disease? *Int J Geriatr Psychiatry* 23: 552-553
- [34] Saint-Affrique JB de (2010), *J.-Cl. Droit civil, art. 901, Fasc. unique : Donations et testaments*.
- [35] Shulman K et al. (2007). Assessment of testamentary capacity and vulnerability to undue influence. *Am J Psychiatry* 164: 722-727
- [36] Shulman K et al. (2009) Contemporaneous assessment of testamentary capacity. *Int Psychogeriatr* 21(3): 433-439
- [37] Spar J & Garb A (1992). Assessing competency to make a will, *Am J Psychiatry* 149: 169-174
- [38] Sprehe DJ & Kerr AL (1996). Use of legal terms in will contests: implications for psychiatrists. *Bull Am Acad Psychiatry Law* 24: 255-265
- [39] Stein EM (2011). Does your client have testamentary capacity? Mental health and memory issues that can affect estate planning, *California trust and estates quarterly* 17(2): 25-33
- [40] Stoppe G, European Dementia Consensus Network (2008) *Competence assessment in dementia*, Vienne, Springer.
- [41] Streisand AF & Spar JE (2008). A lawyer's guide to diminishing capacity and effective use of medical experts in contemporaneous and retrospective evaluations, *ACTEC Journal* 33 (2): 180-194

Certaines personnes développent en vieillissant des troubles cognitifs qui altèrent leurs capacités de jugement et de discernement. Ces troubles peuvent les conduire à prendre de mauvaises décisions, ou les rendre vulnérables à la pression ou aux manipulations des tiers. L'objectif de cette brochure est d'aider les notaires à affronter ces situations.

Comment repérer qu'un client a des troubles cognitifs ? Comment déterminer si un acte (un achat, une vente, un testament, une donation, la désignation d'un mandataire de protection future, la modification de la clause bénéficiaire d'un contrat d'assurance vie...) est effectué de manière libre et éclairée ? À qui demander conseil en cas de doute ? Et comment utiliser les informations fournies par les professionnels de santé pour se faire une opinion ?

Parce qu'elles mêlent le droit, l'éthique et la déontologie, ces questions n'appellent pas des recettes ou des réponses toutes faites, valables dans toutes les situations. Il est toutefois des choses à savoir, des pièges à éviter, des questions à se poser, et des signes qui devraient inciter à la vigilance. Il existe également des techniques pour favoriser l'expression par les personnes en situation de handicap cognitif de leurs souhaits et de leur volonté.

En s'appuyant d'une part sur ce qui est déjà la pratique d'un certain nombre de notaires en France, et d'autre part sur les meilleurs travaux menés dans la littérature nationale et internationale, cette brochure propose des repères conceptuels, une démarche structurée et des conseils pratiques, afin d'aider les notaires à communiquer avec les personnes en situation de handicap cognitif, à reconnaître les situations à risque, et à déterminer – de la manière la plus rigoureuse possible – si un client est apte à exprimer valablement sa volonté.



La Fondation Médéric Alzheimer, reconnue d'utilité publique, s'est donné pour mission de promouvoir toute action ou recherche sociale ou médico-sociale visant à améliorer la qualité de vie des personnes atteintes d'une maladie d'Alzheimer ou d'une maladie apparentée et à soutenir leurs aidants, familiaux, bénévoles et professionnels.

Centre de ressources et d'expertise, lieu privilégié d'observation des connaissances et des pratiques en France et à l'étranger, la Fondation Médéric Alzheimer a soutenu depuis sa création en 1999 plus de 400 initiatives locales portés par des acteurs de terrain et plus de 120 projets de recherche, dont 36 bourses doctorales, en sciences humaines et sociales et en santé publique, afin de promouvoir l'intégration des personnes malades dans la cité et une meilleure prise en compte de leurs besoins, de leurs souhaits et de leurs droits.

Pour en savoir plus : www.fondation-mederic-alzheimer.org

La Fondation Médéric Alzheimer est habilitée à recevoir des dons et des legs.

Fondation Médéric Alzheimer

30 rue de Prony 75017 Paris Tél: +33 (0)1 56 791 791 Courriel: fondation@med-alz.org

Déclaration d'activité de formation professionnelle enregistrée
sous le numéro 11 75 48157 75 auprès du Préfet de la région d'Ile de France.