

« *Priorité du mandat de protection future et réflexion sur sa publicité, son homologation, sa validité et sa révocation* »

David Noguéro professeur à l'Université Paris Descartes Sorbonne Paris Cité (IDS - UMR-INSERM 1145)

Pour le premier arrêt de la Cour de cassation relatif au mandat de protection future, nous avons évoqué la pollution au motif d'un possible usage détourné<sup>1</sup>. Dans la continuité, pour le deuxième, nous envisagions la priorité de la mesure judiciaire avec la fin du mandat face à une anticipation tardive, si l'on accepte cet oxymore<sup>2</sup>. Cette troisième décision publiée au *Bulletin*<sup>3</sup> est l'occasion, pour la Cour de cassation, dans le respect des principes directeurs, d'affirmer fortement la prééminence du mandat de protection future environ une décennie après la réforme des majeurs protégés suivie de diverses retouches et ajouts.

Le 1<sup>er</sup> juillet 2014, le majeur est placé sous curatelle simple pour une durée de soixante mois, conformément à l'article 441 du code civil qui fixe le maximum légal de la durée déterminée de la mesure judiciaire, très souvent retenu en ce domaine. Un mandataire judiciaire à la protection des majeurs, personne physique, est désigné comme curateur extérieur à la famille<sup>4</sup>, solution prévue à défaut de choix ouvert d'anticipation du majeur<sup>5</sup> et de la mise à l'écart de la préférence des proches énumérés à l'article 449 du code civil. Au sortir de l'été, le 3 octobre 2014, un mandat de protection future notarié, pour soi, établi le 8 septembre 2009<sup>6</sup>, soit presque cinq ans avant le besoin authentifié de protection, est visé par le greffe du tribunal d'instance<sup>7</sup>, ce qui conduit à son déclenchement à la date de sa présentation, normalement après des vérifications du greffier<sup>8</sup>. Pour cette mise en œuvre, le mandataire (Georges Y) doit se présenter, accompagné du mandant (André X), par principe<sup>9</sup>, avec les pièces justificatives<sup>10</sup>. Les deux mesures ont coexisté un temps, avant la décharge des fonctions de la curatrice qui n'a pas démérité<sup>11</sup>. Par requête du 27 octobre 2014, le majeur protégé a, en effet, demandé au juge des tutelles de substituer la mesure conventionnelle à la curatelle.

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 12 janv. 2011 : Bull. civ. I, n° 11, n° 09-16.519 ; D. 2011, p. 1204, note D. Noguéro ; D. 2011, AJ, p. 239 et Pan., p. 2501, spéc. 2510, obs. D. Noguéro et spéc. 2516, obs. J.-M. Plazy ; RTD civ. 2011, p. 323, obs. J. Hauser ; JCP N 2011, 168 et 1115, note D. Boulanger ; JCP G 2011, 416, note N. Peterka ; Dr. fam. 2011, n° 42, note I. Maria ; AJ fam. 2011, p. 110, note Th. Verheyde ; LPA 17 févr. 2011, n° 34, p. 10, note L. Gatti ; Defrénois 2011, art. 39224, p. 690, note J. Massip ; RJPF avr. 2011, p. 11, note A. Caron-Déglise (sauvegarde de justice, avec mandataire spécial, suivie de la conclusion du mandat notarié, et de sa révocation, et de l'ouverture de la curatelle renforcée).

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 29 mai 2013 : n° 12-19.851 ; D. 2013, p. 1815, note D. Noguéro ; D. 2013, Pan., p. 2196, spéc. p. 2208, obs. J.-M. Plazy ; AJ fam. 2013, p. 510, obs. Th. Verheyde ; JCP G 2013, 908, note N. Peterka ; Dr. fam. 2013, n° 155, note I. Maria ; RTD civ. 2013, p. 576, obs. J. Hauser (mandat signé après la mise sous sauvegarde de justice pendant la durée de l'instance, avec mandataire spécial, menant à la curatelle renforcée).

<sup>3</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 4 janv. 2017 : Bull. civ. I, n° 15-18.669 ; D. 2017, AJ, p. 61 et p. 191, note D. Noguéro ; JCP G 2017, 9 ; JCP N 2017, 137.

<sup>4</sup> C. civ., art. 450.

<sup>5</sup> C. civ., art. 448 et CPC, art. 1255.

<sup>6</sup> Nul ne plaide une éventuelle antidade.

<sup>7</sup> CPC, art. 1258-3.

<sup>8</sup> CPC, art. 1258-2.

<sup>9</sup> Sur l'information du mandant à défaut de comparution, CPC, art. 1258-4.

<sup>10</sup> CPC, art. 1258.

<sup>11</sup> Selon la cour d'appel, dans le riche moyen annexé, « il doit être souligné que la désignation d'une curatrice extérieure n'a pas permis, malgré les efforts de cette dernière, d'aboutir à un apaisement de la situation, dès lors qu'elle est vivement critiquée par les enfants de M. X pour son manque d'impartialité ; il convient à cet égard de

Le premier juge a écarté l'application du mandat par sa révocation au nom de l'intérêt du majeur. Par arrêt infirmatif du 20 octobre 2015, la cour d'appel de Paris repousse la demande de nullité du mandat, dont la mise en œuvre est acceptée, tout en rejetant la demande de sa révocation, ainsi que celle sollicitant l'ouverture d'une mesure judiciaire. Le pourvoi des trois fils du majeur, qui présentait différentes critiques, est rejeté. Celles repoussées permettent de mieux saisir l'articulation des types de protection et d'afficher la volonté politique de la Cour de cassation afin de conforter la priorité de l'instrument conventionnel, en écho au rapport de septembre 2016 du Défenseur des droits, intitulé « *Protection juridique des majeurs vulnérables* »<sup>12</sup>. A l'occasion de cette importante décision, on examinera successivement la genèse de la coexistence de mesures de protection (I), la consécration de la priorité du mandat de protection future (II), et sa révocation (III).

### ***I. La genèse de la coexistence de mesures de protection.***

Comment peut-on se trouver dans une telle situation où une curatelle est ouverte, ce qui confirme assurément un besoin de protection, alors que, par ailleurs, a été choisi antérieurement un mandat de protection future ? C'est une défaillance quant à l'organisation générale du mandat. Tant vanté lors de sa création en 2007, le mandat de protection future, parce qu'il s'inscrit dans un mouvement plus large de contractualisation du droit des personnes et de la famille, avec une déjudiciarisation partielle voulue - ce qui ne veut pas toujours dire obtenue -, notamment pour des questions budgétaires, n'est pas perçu comme une incapacité<sup>13</sup>. Aussi, à l'origine, il n'a pas été accompagné d'une publicité, par refus d'alignement sur les mesures judiciaires, spécialement celles dites incapacitantes<sup>14</sup>. Depuis, la situation est en cours d'évolution.

#### **A) Le défaut originel de publicité.**

Par parenthèse, relevons qu'à l'époque déjà, dans la sauvegarde de justice, y compris par déclaration médicale<sup>15</sup> - donc hors intervention *a priori* du juge -, le majeur conserve en principe sa capacité juridique<sup>16</sup>, à l'instar du mandant ou du bénéficiaire du mandat, selon les travaux préparatoires et la majorité de la doctrine<sup>17</sup>, et malgré des nuances<sup>18</sup>. Pourtant, même sommaire, une publicité est organisée pour la sauvegarde de justice depuis le dispositif de la loi de 1968 par un répertoire tenu par le procureur de la République<sup>19</sup>. A titre de comparaison, le juge intervient *a priori* pour l'habilitation familiale et, par principe, le majeur demeure capable en droit. Il reste que, pour l'habilitation générale, le législateur a imposé la publicité

---

relever que le curateur n'est ni un médiateur ni un juge, qu'il n'a pas à se montrer nécessairement impartial mais doit au contraire privilégier les intérêts de son protégé ». Assurément !

<sup>12</sup> Encore « La protection juridique des majeurs : une réforme ambitieuse, une mise en œuvre défaillante », Rapport sept. 2016 de la Cour des comptes.

<sup>13</sup> D'où pas de publicité, V. Circulaire du 9 févr. 2009 relative à l'application des dispositions législatives et réglementaires issues de la réforme du droit de la protection juridique des mineurs et des majeurs.

<sup>14</sup> C. civ., art. 444 ; CPC, art. 1059, et accès, CPC, art. 1061.

<sup>15</sup> C. civ., art. 434 ; CSP, art. L. 3211-6.

<sup>16</sup> C. civ., art. 435, al. 1<sup>er</sup>. V. pour l'habilitation familiale, art. 494-8 C. civ.. Pas d'équivalent ou de renvoi pour le mandat de protection future.

<sup>17</sup> Depuis l'ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016, C. civ., art. 1159, al. 2. Pas de dessaisissement du représenté dans la représentation conventionnelle.

<sup>18</sup> Ex. sur la révocation encadrée, C. civ., art. 489, al. 2 ; art. 492, al. 3. Sur l'extension judiciaire des pouvoirs en cours de mandat, C. civ., art. 485, al. 2 ; art. 493, al. 2.

<sup>19</sup> CPC, art. 1251. Répertoire tenu par le procureur de la République, avec un accès contrôlé. V. CPC, art. 1251-1.

par renvoi exprès à celle de la tutelle et de la curatelle<sup>20</sup>. La raison donnée pour le mandat de protection future est donc pour le moins insuffisante. On pourrait craindre qu'elle soit budgétaire derrière la façade des grands principes d'une incapacité de droit à décider par la seule voie judiciaire, à l'exclusion de celle contractuelle<sup>21</sup>. Singulièrement, se priver de publicité d'un dispositif de protection juridique revient à occulter l'importante sécurité juridique des tiers, indissociable de la protection des majeurs, qui exige de parvenir à un équilibre des intérêts en présence. La publicité a pour fonction essentielle de rendre opposable à tous les mesures protectrices. Aussi, la doctrine comme les praticiens, les associations comme le notariat - certains amendant leur approche dans un second temps -, ont souhaité l'instauration de la publicité du mandat de protection future<sup>22</sup>.

En l'espèce, le moyen annexé nous livre le contexte de l'ignorance du mandat par le juge ayant mis en place la curatelle. Le majeur n'a « jamais évoqué ce mandat au cours de la procédure ». La cour d'appel a estimé justement « qu'aucun texte n'impose de donner au mandat de protection future une quelconque publicité à quelque stade que ce soit, avant sa mise en œuvre ». D'en déduire, plus étonnamment, qu'« il s'agit d'un acte profondément intime que chacun doit rester libre de dévoiler ou non, étant précisé qu'en l'espèce, porter à la connaissance de ses fils l'existence de ce mandat n'aurait pu qu'attiser un conflit familial déjà aigu ». On cherche en vain la caractérisation de cette intimité, à l'image de dispositions de dernières volontés, offrant un droit au silence ! Il s'agit plutôt d'un habillage pour excuser le mandant de n'avoir pas exigé, alors, la priorité de l'instrument conventionnel, car il pensait inutile une quelconque mesure, nous explique-t-on : il « considérait qu'il était toujours apte à gérer ses propres affaires et son intention était donc d'obtenir à nouveau un non-lieu à mesure ».

Bien que non reproduite dans l'arrêt commenté, la suite de la motivation des juges du second degré est intéressante. Il est jugé que « porter à la connaissance du juge le mandat n'aurait rien apporté aux débats dès lors qu'à ce stade, il (i.e. le majeur) ne souhaitait pas le mettre en oeuvre et qu'en aucun cas le juge n'aurait pu lui imposer de le faire ». Lorsqu'un juge des tutelles est régulièrement saisi d'une demande de protection, il doit scrupuleusement examiner la situation globale du majeur, notamment au regard des principes de subsidiarité, de nécessité et de proportionnalité, et donc, en cas de besoin avéré de protection ne pouvant être suffisamment couvert en dehors d'une mesure de protection juridique (subsidiarité externe), sélectionner au sein des dispositifs d'incapacité existants (subsidiarité interne). Dans cette perspective, le juge n'a pas à ouvrir une mesure judiciaire dès lors qu'existe un mandat de protection future adapté. Si le juge n'a pas pouvoir pour imposer directement le déclenchement du mandat, il demeure tenu de refuser l'ouverture d'une mesure judiciaire s'il existe un mandat de protection future, ce qui incite, médiatement, à mettre en œuvre celui-ci. Il a donc intérêt à connaître l'existence d'un mandat de protection future, qui ne relève en rien de l'intimité de la vie privée.

---

<sup>20</sup> C. civ., art. 494-6, *in fine*. V. D. Noguéro, « Les conditions de mise en œuvre de l'habilitation familiale », D. 2016, chr., p. 1510 et « Les pouvoirs de la personne habilitée sur les biens du majeur protégé et les sanctions applicables », LPA 25 nov. 2016, n° 236, p. 7. Envisageant l'incidence de la réforme des contrats de 2016.

<sup>21</sup> V. *infra*, les conséquences de l'homologation.

<sup>22</sup> Sur ces différents aspects, D. Noguéro, « La publicité des mesures de protection des majeurs (ouverture, vie et fin) », in Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser, « *Personnes, Famille, Acte juridique* », LexisNexis Dalloz, 2012, p. 467 et « La publicité du mandat de protection future », in *Mobilité et protection des personnes vulnérables en Europe : connaissance et reconnaissance des instruments*, Société de Législation Comparée, coll. « Colloques », vol. 23, 2014, p. 23. V. les références citées.

A défaut d'accès à la publicité inexistante, qui permettrait seule au juge de connaître l'existence du mandat malgré l'abstention des acteurs du mandat, un mandataire qui a pu accepter sa mission pour le futur, alors qu'elle n'était que fort éventuelle - voire évanescence après le oui de principe accordé -, peut être tenté de la fuir plus ou moins discrètement, en trahissant la confiance initiale, lorsque la simple potentialité, qui a motivé une organisation par projection, devient réalité du moment, charge à assumer. Certes, l'hypothèse *a priori* exceptionnelle<sup>23</sup> n'est en rien d'école. On comprend que le choix du mandataire est particulièrement important pour conforter l'œuvre d'anticipation et que la professionnalisation de la fonction est sous-jacente<sup>24</sup>.

Dans l'affaire, le mandataire était une personne physique exerçant sa mission à titre gratuit<sup>25</sup>. La sixième branche du moyen tentait de le discréditer pour décider de la révocation liée du mandat : « en affirmant que le mandat confié à M. Y par M. André X assurait la protection de ses intérêts sans rechercher si le mandataire n'avait pas démontré son incompétence en mettant tardivement en oeuvre le mandat qui lui avait été confié, à une date à laquelle l'état de santé du mandant avait déjà justifié l'ouverture d'une mesure de curatelle, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 483 du code civil ». Médiatement, c'est une façon de suggérer le rôle du mandataire pour faire valoir la priorité du mandat de protection future puisqu'il est la vigie qui doit surveiller le moment opportun de mise en oeuvre de la protection. Mais, visiblement, il n'est pas reproché au mandataire de n'avoir pas informé le juge des tutelles de l'existence du mandat qui lui a été confié avant la procédure en vue de la curatelle.

A l'heure où il est parfois plaidé pour l'assistance obligatoire de l'avocat dans les procédures de protection, certains se délecteront - pas forcément pour les mêmes raisons ! - de constater qu'il n'est pas un auxiliaire de justice comme un autre. La cour d'appel ajoute, en effet, à propos de l'existence du mandat, qu'il ne saurait être fait grief au conseil du majeur « de ne pas avoir porté cette information à la connaissance du juge des tutelles dès lors qu'il était tenu vis-à-vis de son client au secret professionnel ». Le droit de se taire a donc été généralisé et sacralisé.

En parallèle, a été admis le droit de se prévaloir du mandat quand bon lui semble à celui qui l'a mis en place. En ce sens, le moyen annexé poursuit en indiquant que « ce n'est qu'une fois qu'il a été acquis que l'institution judiciaire considérait qu'il avait besoin d'une protection qu'il a fait enregistrer ce mandat, non pas comme il est soutenu, pour entraver le fonctionnement de la protection judiciaire mais, dans la continuité du choix qu'il avait fait dès 2009, afin d'utiliser l'opportunité qui lui est donnée par la loi de déjudiciariser la mesure de protection devenue incontournable (i.e. inévitable) ». N'eût-il pas été pertinent, *a minima*, de rappeler l'existence de l'instrument conventionnel, lors d'un débat contradictoire sur l'opportunité de la mise en place d'une protection juridique ? Notre question est purement rhétorique, hors même d'une discussion sur le concours à apporter à la justice en ce domaine où elle est déjà débordée et en manque de moyens.

## **B) La publicité instaurée et l'homologation envisagée.**

<sup>23</sup> Qui conduira sûrement à la fin du mandat si le mandataire de secours n'a pas été prévu car l'exécution forcée de la mission paraît peu satisfaisante.

<sup>24</sup> C. civ., art. 480, al. 1<sup>er</sup>. V. pour une prise en considération plus forte de la personne du mandataire, penser à insérer une clause afin de contrecarrer la règle de l'art. 482. Le cas échéant, les stipulations doivent organiser la succession de mandataires dans le temps.

<sup>25</sup> C. civ., art. 419, al. 5. L'exception sera souvent actionnée avec le recours à un gestionnaire de patrimoine.

Le vœu relatif à la publicité a été exaucé, dans le principe seulement, avec l'introduction de l'article 477-1 du code civil par l'article 35 de la loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement<sup>26</sup>. Il est enfin prévu un registre spécial depuis le 30 décembre 2015. Toutefois, pour les modalités et l'accès à ce registre, le législateur renvoie au décret, toujours espéré à ce jour ! La tare congénitale pourrait se transformer en maladie chronique selon le contenu exact de ce décret qui se fait sérieusement attendre<sup>27</sup>. La vigilance du Défenseur des droits, qui était partisan de la publicité depuis un avis de 2014, est annoncée dans son rapport de 2016 « sur les modalités concrètes d'accès ». Comme nous l'avons constamment défendu<sup>28</sup>, la publicité doit concerner tant la mise en œuvre du mandat (étape 2)<sup>29</sup>, que son existence (étape 1), avant sa fin éventuelle (étape 3)<sup>30</sup>. Sinon, pour le juge saisi, comment savoir qu'un mandat existe bien, qui est prioritaire ? En témoigne de manière flagrante la présente affaire, même si, il est vrai, elle conduit à une demande de priorité décalée dans le temps. Pour l'efficacité de la priorité du mandat, devrait être rendue contraignante la consultation du registre spécial par tout juge de la protection<sup>31</sup>.

Pour le détail, nous renvoyons à nos précédentes suggestions sur l'organisation de la publicité du mandat de protection future qui a plusieurs figures. Précisons que le Défenseur des droits, qui marque sa nette préférence pour l'option notariée<sup>32</sup>, a recommandé dernièrement, d'une part, son homologation au stade de sa « mise à exécution (...) pour vérifier le passage du majeur protégé de l'aptitude à l'inaptitude », en se référant au système du Québec, et, d'autre part, sa meilleure promotion, tout en garantissant la sécurité par les contrôles du notaire et du juge<sup>33</sup>. Pour nous, l'homologation ne dispense pas de la publicité et devrait renforcer l'efficacité du mandat. Dans le présent cadre, à réfléchir brièvement sur le terrain de l'homologation, il faut se demander si le juge n'aurait à intervenir utilement qu'à l'étape du déclenchement<sup>34</sup>. En effet, si l'œuvre d'anticipation doit être pleinement confortée, il serait peut-être bon de valider la mise en place du mandat lors de son élaboration, au-delà du devoir d'information et de conseil des professionnels du droit, spécialement du notaire ou de

<sup>26</sup> Après une phase de *statu quo*, V. Rép. min. n° 51358 du 20 oct. 2009, Dr. fam. 2009, n° 162, obs. I. Maria ; « Réforme de la protection des majeurs. Textes. Le mandat de protection future et autres aspects », obs. D. 2010, Pan., p. 2115, spéc. p. 2119, obs. D. Noguéro.

<sup>27</sup> Rép. min. n° 85698 du 6 sept. 2016, JCP N 2016, 1018 ; Dr. fam. 2016, n° 239, obs. I. Maria.

<sup>28</sup> Déjà D. Noguéro, « Interrogations au sujet du mandat de protection future », D. 2006, chr., p. 1133.

<sup>29</sup> Rép. min. n° 85699 du 17 mai 2016, D. 2016, Pan., p. 1525, obs. J.-M. Plazy ; Dr. fam. 2016, n° 161, obs. I. M..

<sup>30</sup> Voir le renouvellement ou la suspension du mandat. Et le changement de mandataire ? *Quid* du renouvellement du mandat ou de son terme puisque la durée de celui-ci n'étant pas spécifiquement réglementée, rien n'interdit, à côté de la durée indéterminée qui nous paraît davantage dans la logique de l'instrument, celle déterminée ?

<sup>31</sup> Rapport 2016 du Défenseur des droits, p. 22 : « Ce registre, dont la tenue devrait être confiée aux notaires, devra être accessible aux juges qui devront le consulter avant toute décision de mesure de protection ».

<sup>32</sup> En invitant à une réflexion sur le coût de cette systématisation, il laisse ouvert, dans cette attente, le mandat sous seing privé afin de ne pas pénaliser financièrement des clients qui ne doivent pas être dissuadés de recourir à la voie conventionnelle. V. sur la supériorité du mandat notarié devant supplanter l'autre forme, D. Noguéro, « Réforme de la protection des majeurs. Textes. Le mandat de protection future et autres aspects », obs. D. 2010, Pan., p. 2115, spéc. p. 2119 - Cl. Brenner et D. Noguéro, « Les mandats », Actes pratiques & stratégie patrimoniale. Droit et fiscalité du patrimoine privé et professionnel, n° 4, oct.-déc. 2010, dossier « Etat de vulnérabilité : cadre légal, anticipation et gestion », Étude 30, p. 43, spéc. 44.

<sup>33</sup> Rapport 2016 du Défenseur des droits, p. 21. Pas de début de déjudiciarisation de la protection juridique, selon lui.

<sup>34</sup> Grâce à cette intervention judiciaire, cela permettrait de prévoir par une disposition spéciale que le mandant ou le bénéficiaire du mandat ne saurait intervenir dans la sphère de pouvoir du mandataire, à l'instar des autres mesures de protection.

l'avocat. La vulnérabilité doit parfois conduire à des précautions, y compris sur le terrain de l'aptitude de fait. Ainsi, il serait vérifié qu'il s'agit d'une véritable œuvre d'anticipation et non d'un abus d'influence au dernier moment, d'une utilisation dévoyée, dans le simple but de contourner des mesures judiciaires, en ayant les manettes de la protection par une désignation en qualité de mandataire. Le recours au juge, en amont, permet de davantage sauvegarder la vraie œuvre d'anticipation en aval. Toutefois, techniquement à approuver, il a un impact économique à court terme à peser, notamment en comparaison des difficultés à moyen terme, elles-mêmes génératrices d'un recours judiciaire. A défaut d'une structure dédiée, une espèce de service national des mesures de protection des majeurs, comme l'*Office of the Public Guardian* au Royaume-Uni, ou le Curateur public, au Québec<sup>35</sup>, la tâche incomberait au juge, d'où la nécessité de développer des moyens. Pour une option de base, l'homologation du déclenchement du mandat nous paraît assez indispensable pour que le mandat ne reste pas lettre morte.

Une procédure pour l'officialiser, dans le respect de la sécurité juridique, ne peut que favoriser son accueil dans le public et sa plus grande diffusion jusqu'à présent symbolique en comparaison de la population des majeurs placés sous mesures judiciaires<sup>36</sup>. A ce jour, les statistiques imprécises<sup>37</sup> ne montrent pas une recrudescence du nombre de mandats souscrits ou mis en œuvre, puisque le chiffrage approximatif est en quelques milliers. En attendant peut-être une familiarisation avec cet instrument, pour qu'il pénètre plus largement notre culture française, le mandat semble plutôt concerner une niche de destinataires, à la tête d'un patrimoine plutôt confortable, et habitués à la gestion externalisée<sup>38</sup>.

### C) La validité du mandat.

La voie de l'homologation pourrait permettre, sinon d'éviter complètement un contentieux sur la validité du mandat, du moins, pour ceux qui s'y engageraient encore, d'en connaître quasiment l'issue, partant de les dissuader.

Pour l'heure, en l'état des textes, une jurisprudence des juges du fond a clairement décidé que la remise en cause de la validité du mandat relève de la compétence du juge du contrat, non de celle du juge des tutelles<sup>39</sup>. Est respectée la lettre de l'article 484 du code civil qui permet à tout intéressé de saisir le juge des tutelles dans un cadre défini. Par exemple, si le plaideur défend l'insanité du mandant lors de la mise en place du mandat, rigoureusement, il ne peut transiter par le filtre de la révocation décidée par le juge des tutelles selon les cas énumérés. Cependant, une fois les principes affichés, nul ne saurait occulter qu'en pratique tel ou tel

<sup>35</sup> Rapport 2016 de la Cour des comptes, p. 87 : « L'incarnation de la protection des majeurs à l'étranger ».

<sup>36</sup> Rép. min. n°s 812 et 815, JOAN 9 oct. 2012 ; Mandat de protection future : statistiques, D. 2012, AJ, p. 2602 ; D. 2013, Pan., p. 2196, spéc. p. 2207, obs. J.-M. Plazy ; « Présent et avenir du mandat de protection future », RTD civ. 2013, p. 87, obs. J. Hauser. V. « Mandat de protection future : répartition géographique (rép. min. n° 813, JOAN Q 20 nov. 2012, p. 6792) » ; « Mandat de protection future : l'âge du mandant (rép. min. n° 814, JOAN Q 20 nov. 2012, p. 6792) » ; « Mandat de protection future : des données chiffrées (rép. min. n° 815, JOAN Q 9 oct. 2012, p. 5585) », Dr. fam. janv. 2013, Alertes. Et « ONFMP, observatoire des UDAF », RTD civ. 2015, p. 586, obs. J. Hauser ; « Les derniers chiffres de la protection juridique », Dr. fam. 2015, n° 82, obs. I. M. - Rapport 2016 de la Cour des comptes, p. 39 not..

<sup>37</sup> A regret, D. Noguéro, « Réforme de la protection des majeurs. Textes. Le mandat de protection future et autres aspects », obs. D. 2010, Pan., p. 2115, spéc. p. 2119.

<sup>38</sup> Déjà D. Noguéro, « Réforme de la protection des majeurs. Textes. Le mandat de protection future et autres aspects », obs. D. 2010, Pan., p. 2115, spéc. p. 2119.

<sup>39</sup> Douai, 1<sup>er</sup> juill. 2013 : n° 13/00670 ; D. 2013, Pan., p. 2196, spéc. p. 2207, obs. J.-M. Plazy ; Dr. fam. 2013, n° 125, note I. Maria ; AJ fam. 2013, p. 583, obs. J. Massip - Douai, 31 mars 2016 : n° 15/02307 ; AJ fam. 2016, p. 268, obs. G. Raoul-Cormeil ; Dr. fam. 2016, n° 164, obs. I. M..

juge pourrait considérer dans son for intérieur que le mandat n'a pas été mis en place en pleine capacité de fait, si bien qu'il prendrait appui sur l'intérêt du majeur pour prononcer une révocation immédiate, qui serait, en définitive, une nullité déguisée, sans la rétroactivité. Si rien ne paraît interdire au majeur capable en droit, serait-il en cours de procédure en vue d'une mesure de protection<sup>40</sup>, de conclure un mandat de protection future, on peut souligner que la tardiveté, guère compatible avec l'anticipation, peut parfois être le signe d'un consentement altéré.

Dans la continuité, nous trouvons inadaptée à la logique de l'instrument d'anticipation qu'est le mandat de protection future, la faculté ouverte en curatelle d'y recourir pour soi seulement, et heureusement, certes avec l'assistance du curateur<sup>41</sup>, contrairement à la large interdiction en tutelle ou sous l'habilitation familiale<sup>42</sup>, selon l'article 477 du code civil. Mais, en l'état, elle existe bien, indépendamment du fait qu'un régime tel que la tutelle ou la curatelle met, par ailleurs, fin au mandat sauf décision contraire du juge.

La doctrine a disserté sur cette conciliation des normes qui se télescopent. Dans le prolongement, suggérons l'hypothèse à souhaiter marginale d'une fin de mandat de protection future, judiciairement décidée, suivie d'un placement sous curatelle, le curatelaire sollicitant alors son curateur pour conclure avec son assistance un nouveau mandat de protection future ! Si le majeur trouve déjà un curateur complaisant, le jeu de la rebiffade qui peut tourner à la manie aurait certainement ses limites dans le sens de l'aggravation de la mesure judiciaire. On imposera probablement au majeur de se tenir tranquille, sous curatelle modulée (avec interdiction de conclure un mandat de protection future) ou sous tutelle.

De plus, la loi n'interdit pas le cumul des mesures conventionnelle et judiciaire. Le champ d'application réduit de tout mandat de protection future mis en œuvre autorise le juge à le compléter par une mesure judiciaire, en vertu de l'alinéa 2 de l'article 485 du code civil. Le complément peut se justifier lorsque le mandat ne vise, par exemple, que la sphère patrimoniale et que la protection de la personne<sup>43</sup> mérite une extension de protection alors judiciaire. En revanche, lorsque les protections vivent dans un même champ, le risque des frontières imprécises, avec la superposition de pouvoirs, de la contradiction des actions des uns et des autres, de la mésentente pour décider<sup>44</sup>, devrait plutôt conduire à éviter de créer cette combinaison. Surtout, pragmatiquement, sans même parler du coût de la protection à la hausse, on voit mal le juge s'embarrasser d'une association de mesures à articuler. Par comparaison, la loi a préféré l'étanchéité pour l'habilitation familiale qui prend fin par le placement sous sauvegarde de justice, curatelle ou tutelle<sup>45</sup>, et au cours de laquelle un mandat

---

<sup>40</sup> Regrettable défaut de réponse sur le mandat tardif car jugée inutile sur la seconde question posée pour avis, V. Cass. avis, 20 juin 2011 : Bull. avis, n° 7, n° 11-00.004 ; RTD civ. 2011, p. 512 et p. 747, obs. J. Hauser ; D. 2011, Pan., p. 2501, spéc. 2503, obs. J.-M. Plazy ; AJ fam. 2011, p. 377, obs. Th. Verheyde ; Dr. fam. 2011, n° 134, note I. Maria ; « Privatisation procédurale de la protection des majeurs sans bémol. (A propos d'un simple avis du 20 juin 2011) », LPA 22 juill. 2011, n° 145, p. 10, par D. Noguéro.

<sup>41</sup> Egalement ouverte au majeur en sauvegarde de justice, dès lors que le mandataire spécial désigné n'a pas reçu pouvoir d'y procéder, hypothèse fort peu probable. V. implic. Civ. 1<sup>re</sup>, 29 mai 2013, préc..

<sup>42</sup> Encore, C. civ., art. 494-8, al. 2.

<sup>43</sup> Facultative, mais soumise si décidée dans le mandat aux dispositions d'ordre public des mesures judiciaires, par renvoi partiel, V. C. civ., art. 479, al. 1<sup>er</sup>. Il faudrait aussi prévoir le contrôle en ce domaine. Il n'y a pas de renvoi à l'art. 463 C. civ., qui oblige l'organe protecteur à rendre compte de sa mission.

<sup>44</sup> C. civ., art. 485, al. 3. Une simple information qui risque de ne pas être suffisante.

<sup>45</sup> C. civ., art. 494-11, 1°.

de protection future ne saurait être conclu<sup>46</sup>. Au passage, soulignons que même une organisation planifiée de la protection doit pouvoir s'adapter aux réalités rencontrées, notamment pour les options de gestion du patrimoine qui ne sauraient demeurer figées. Le législateur n'a pas été dupe lorsqu'il a envisagé la saisine du juge pour un acte non prévu par le mandat sous seing privé, pourtant nécessaire dans l'intérêt du mandant, à l'article 493, alinéa 2, du code civil<sup>47</sup>. Serait-ce aussi la reconnaissance cachée d'une insuffisance des pouvoirs de ce mandataire par rapport à son cousin notarié, d'où son utilité toute relative, et sa diffusion encore moindre que celle déjà pauvre du premier ?

La deuxième branche du moyen invitait à se prononcer sur l'exigence d'une assistance pour déclencher le mandat d'un curatelaire/mandant : « le majeur sous curatelle ne peut conclure et mettre à exécution un mandat de protection future qu'avec l'assistance de son curateur ; qu'en faisant droit à la demande de mise en oeuvre du mandat enregistré au greffe le 3 octobre 2014 sans l'assistance ni l'accord de Mme Marie-Christine Z, curatrice de M. André X depuis le jugement exécutoire du 1<sup>er</sup> juillet 2014, la cour d'appel a violé les articles 477 du code civil et 1258-2 du code de procédure civile ». La réponse de la Cour de cassation, dans son troisième temps, peut laisser perplexe, selon nous : les fils du majeur « n'ayant pas soutenu, devant la cour d'appel, que la personne en curatelle devait être assistée de son curateur lors de l'enregistrement au greffe du mandat, le moyen, nouveau et mélangé de fait, est irrecevable en sa deuxième branche ». Pour ce motif strictement procédural, la critique est refoulée. Cela doit-il laisser entendre, sur le fond, que l'assistance du curateur serait imposée afin de déclencher le mandat de protection future ? L'hésitation est permise avec l'attendu, mais elle devrait être balayée dans le sens de la négative dans notre opinion<sup>48</sup>.

Incontestablement, l'assistance est imposée pour la conclusion du mandat, selon l'alinéa 2 de l'article 477 du code civil. La vérification est faite par le greffier que « le curateur a contresigné le mandat, si le mandant a indiqué dans celui-ci être placé sous curatelle », en application du 4<sup>o</sup> de l'article 1258-2 du code de procédure civile. Le cas du silence du curatelaire sur la mesure en place ne paraît pas envisagé qui, pourtant, ne devrait pas être négligé. Le greffe vérifiera-t-il systématiquement la publicité d'une curatelle du mandant se présentant à lui, qui conditionne sa validité ? A-t-il les moyens de s'enquérir de l'existence d'une telle mesure lors de la conclusion du mandat pour soi ? On devine l'apport d'une homologation sur ce point. Ou y aura-t-il une mise en oeuvre du mandat, malgré le défaut originel d'assistance, probablement suivie d'une contestation ultérieure ?

Ici, le mandat était largement antérieur à la curatelle si bien que le mandant était juridiquement capable de le mettre en place sans la moindre assistance. Le moyen annexé indique en outre que le consentement du majeur lors de la conclusion du mandat, dans son existence comme son intégrité, ne permettait pas de douter du bien-fondé de son autonomie réelle pour le choix de cette anticipation. Pour nous, la disposition ne peut concerner que la validité du mandat, non son déclenchement pour lequel l'assistance du curateur (complément de la capacité) ne saurait être exigée, au contraire de la présence du mandataire qui comparait. Partant, pour la mise en oeuvre, en l'occurrence, la vérification du greffe devait se borner à vérifier l'état de la capacité lors de la conclusion du mandat, donc exclusivement une assistance à ce moment, point ultérieurement. Il pouvait parfaitement délivrer son visa dans le respect des articles 481 du code civil et 1258-3, alinéa 1<sup>er</sup>, du code de procédure civile.

<sup>46</sup> C. civ., art. 477 et art. 494-8, al. 2.

<sup>47</sup> Les recours sur les art. 485 et 493, et les titulaires, CPC, art. 1259-5.

<sup>48</sup> Comp. pour le PACS en curatelle, C. civ., art. 461.

Néanmoins, il faudra voir ce que décidera clairement la jurisprudence saisie frontalement de l'interrogation.

## ***II. La consécration de la priorité du mandat de protection future.***

Dans la palette des dispositifs de protection offerts par la loi, le mandat de protection future est premier s'il existe, ce qui est l'apport limpide de la solution retenue.

### **A) La primauté du mandat de protection future.**

Dans les textes, la mesure d'anticipation qu'est le mandat de protection future a priorité sur tout autre type de mesure, que ce soit celles judiciaires, si l'on s'inspire de l'article 428, alinéa 1<sup>er</sup>, du code civil<sup>49</sup> et, surtout, de l'esprit de la réforme de 2007<sup>50</sup>, ou celle d'habilitation familiale, créée en 2016, littéralement, selon l'article 494-2 du même code<sup>51</sup>.

Dans la pratique, on pouvait douter de l'effectivité de l'ordre légal pour plusieurs motifs. D'abord, les habitudes de certains pouvaient les conduire, serait-ce inconsciemment, à privilégier une organisation dont ils auraient eu d'emblée la maîtrise. La psychologie et la culture ont leur importance pour la protection des majeurs, y compris du côté des magistrats. Le législateur invite lui-même à se prononcer sur l'adéquation de la mesure conventionnelle lorsqu'il prévoit que « le juge peut également suspendre les effets du mandat pour le temps d'une mesure de sauvegarde de justice »<sup>52</sup>. Il lui est laissé un temps d'analyse pour savoir quelle option retenir : « lorsque la mesure de sauvegarde de justice prend fin, le mandat de protection future reprend effet de plein droit à moins que le juge révoque celui-ci ou ouvre une mesure de protection juridique »<sup>53</sup>. Ensuite, confrontés à un mandat de protection future tardif, au sens où il était mis en place en période de vulnérabilité consommée, les juges pouvaient se montrer plus qu'hésitants à lui donner effet en cas de contestation, et privilégier la mesure judiciaire. Encore, ignorant de bonne foi l'existence du mandat et sa mise en œuvre, non publiées, le juge des tutelles saisi pouvait décider d'une mesure judiciaire sans réserver le sort du mandat dès lors anéanti. Les textes reconnaissent implicitement cette ignorance légitime pour la suspension du mandat : « le juge peut suspendre les effets du mandat de protection future dans la décision d'ouverture d'une mesure de sauvegarde de justice ou, si l'existence du mandat est portée à sa connaissance postérieurement à cette ouverture, par une décision prise en cours de déroulement de la mesure »<sup>54</sup>. Sans être exhaustif, on peut comprendre que la priorité voulue pouvait ne pas être celle vécue.

### **B) L'interférence de la curatelle ou de la tutelle.**

Dans sa première branche, le moyen défendait que « la décision d'ouverture d'une mesure de protection judiciaire met fin au mandat de protection future en cours et fait obstacle à ce qu'un tel mandat soit ultérieurement mis en œuvre ». Le but est de faire valoir que la demande de mise en œuvre du mandat était paralysée par l'existence du placement régulier en curatelle : « en faisant droit à la demande de mise en œuvre du mandat de protection future conclu par M. André X bien que la requête tendant à l'exécution de ce mandat ait été formée

<sup>49</sup> V. la motivation de la cour d'appel dans le moyen annexé.

<sup>50</sup> Aussi, Comité des ministres du Conseil de l'Europe, *Recomm. CM/Rec (2009) 11*, 9 déc. 2009 sur les principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité, principe 1.

<sup>51</sup> Encore C. civ., art. 477 et art. 494-8, al. 2.

<sup>52</sup> C. civ., art. 483, al. 2.

<sup>53</sup> CPC, art. 1259-2, al. 3, *in limine*.

<sup>54</sup> CPC, art. 1259-2, al. 1<sup>er</sup>.

après son placement sous curatelle par jugement exécutoire du 1<sup>er</sup> juillet 2014, la cour d'appel a violé les articles 477 et 483 du code civil ». Pour l'obstacle à la mise en œuvre ultérieure du mandat, les articles 415, 425, 428, 440 du code civil auraient pu être invoqués en appui afin d'établir l'insuffisance du mandat par rapport à la curatelle devant s'imposer.

L'article 483, alinéa 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup> du code civil énonce que « le mandat mis à exécution prend fin par (...) le décès de la personne protégée ou son placement en curatelle ou en tutelle, sauf décision contraire du juge qui ouvre la mesure ». La Cour de cassation a eu l'occasion de reproduire la lettre de ce texte dans de précédentes affaires. La réserve de la disposition en cause (« sauf ») est ici occultée par le moyen ci-dessus reproduit. Est ainsi envisagée par la loi une mesure judiciaire décidée postérieurement au déclenchement du mandat de protection future. Rappel doit être fait que le mandat ne saurait être conclu par un mandant sous tutelle ou bénéficiant de l'habilitation familiale, voire en curatelle, sans distinction entre celle simple ou renforcée, sous la réserve de l'exception d'un mandat pour soi permis au curatélaire assisté, comme expliqué et apprécié plus haut.

La solution de la Cour de cassation est particulièrement instructive. La première chambre civile considère « en premier lieu, qu'il résulte de la combinaison des articles 483, 2<sup>o</sup>, et 477, alinéa 2, du code civil que seul le mandat de protection future mis à exécution prend fin par le placement en curatelle de la personne protégée, sauf décision contraire du juge qui ouvre la mesure ». Aussi, logiquement, « la cour d'appel, qui a constaté que le mandat de protection future n'avait pas été mis à exécution lors de l'ouverture de la curatelle, en a déduit à bon droit que cette mesure n'avait pas eu pour effet d'y mettre fin ».

La chronologie a son importance dans cette affirmation prétorienne forte qui délivre un message à l'adresse des juges du fond pour discipliner les pratiques. Il en va d'autant plus ainsi que, dans de précédentes affaires, les juges n'ont pas toujours pris la peine de s'attarder sur le déclenchement ou non du mandat pour prononcer sa révocation<sup>55</sup>. On pouvait y voir une lecture extensive de l'article 483. Sans s'embarrasser de la priorité du mandat, était anéantie la protection conventionnelle au profit de celle judiciaire. Si les raisons de fond pouvaient être bonnes, le cas échéant, pour justifier le résultat concret, encore faut-il, fermement après cette décision de 2017, respecter la procédure idoine sans dévier<sup>56</sup>.

Désormais, clairement, s'il existe un mandat de protection future, mais qu'il n'a pas encore été mis à exécution, quel que soit le motif, semble-t-il - si l'on s'en tient aux excuses examinées relatives aux comportements des uns et des autres -, il est possible au juge d'ouvrir une mesure judiciaire sans que sa décision n'entraîne la fin du mandat en sommeil. Ne doit pas être supprimé l'espoir d'y recourir dans l'avenir. C'est ce qu'exprimait nettement la cour d'appel, à lire l'annexe : « si par application des dispositions de l'article 483-2<sup>o</sup> du code civil, le mandat mis à exécution prend fin par le placement sous curatelle, ce ne peut être le cas du mandat non encore exécuté ; que l'article 477 alinéa 2 prévoit expressément que le majeur sous curatelle peut conclure un mandat de protection future ; qu'il s'en déduit que ledit mandat peut nécessairement être mis en œuvre postérieurement à une mesure de curatelle ». Négativement, la révocation du mandat de protection future pour cause de mesure judiciaire ne peut intervenir que si celui-ci a bien été déclenché, non par mégarde. Il s'agit d'une décision initiatrice dans des circonstances de fait très symptomatiques, car la négligence quant

<sup>55</sup> Ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 12 janv. 2011, préc. ; Civ. 1<sup>re</sup>, 29 mai 2013, préc..

<sup>56</sup> Ex. Douai, 7 juin 2013 : n° 13/00491 ; Dr. fam. 2013, n° 125, note I. Maria ; AJ fam. 2013, p. 641, obs. J. Massip ; D. 2013, Pan., p. 2196, spéc. p. 2208, obs. J.-M. Plazy.

à l'information sur l'existence du mandat et l'abstention pour sa mise en oeuvre étaient assurément imputables à ses acteurs. Par contre-coup, se devine la nécessité, pour le juge, de soigner la motivation de sa décision lorsqu'il décide de mettre fin au mandat<sup>57</sup>, et non de le maintenir, malgré l'ouverture d'une tutelle ou d'une curatelle<sup>58</sup>. C'est l'occasion de relever que le rôle du juge n'est en rien négligeable dans cette mesure conventionnelle. Il ne suffit pas de brandir l'étendard de cette appellation pour garantir la déjudiciarisation.

Encore faut-il apprécier la portée de la tendance qui se dessine. En l'occurrence, il s'agit d'un mandat pour soi et notarié. Mais l'attendu ne distingue pas suivant la nature du mandat, ou son bénéficiaire, pour soi ou autrui. Il n'y a pas à le faire. Toutefois, non dans le principe mais en opportunité, on peut se demander si la rigueur sera toujours de mise lorsque le juge sera en présence d'un mandat sous seing privé qui n'accorde que des pouvoirs relatifs à des actes d'administration. On en revient peut-être à la discussion sur l'opportunité d'un modèle unique de mandat pour soi ou pour autrui (le triomphe de celui notarié par sa généralisation), ou l'autre voie d'un élargissement des pouvoirs du mandataire sous signature privée avec un contrôle équivalent à celui du notaire, avec en arrière-plan la concurrence des métiers du droit. On rappellera encore l'incidence sur la publicité. Il demeure que la Cour de cassation a affiché son intention de veiller à la priorité du mandat de protection future sur les mesures judiciaires.

### ***III. La révocation du mandat de protection future.***

Le mandat de protection future peut prendre fin pour plusieurs raisons. La Cour donne une illustration de la motivation à fournir pour le cas de la révocation.

#### **A) Les causes de fin du mandat.**

Dans plusieurs branches<sup>59</sup>, le moyen défendait la nécessité de révoquer le mandat en soulignant le juste principe selon lequel « le mandat de protection future doit être révoqué s'il est de nature à porter atteinte aux intérêts du mandant ».

En effet, l'article 483, alinéa 1<sup>er</sup>, du code civil énumère les causes de fin du mandat dans lesquelles ne figure pas le terme sauf renouvellement<sup>60</sup>. La loi ne se prononce pas explicitement sur la durée déterminée ou indéterminée du mandat, permises, cette dernière nous paraissant toutefois davantage dans la logique de l'instrument devant couvrir une vulnérabilité non chiffrable en temps, ce qui freine la prédiction. La liste paraît donc énonciative, au moins sous cet aspect. Elle est également stupide sous un autre aspect. La révocation (alinéa 1<sup>er</sup>, 4<sup>o</sup>) est susceptible d'être prononcée lorsque les règles du droit commun de la représentation (comprendre un mandat conventionnel) ou celles des régimes primaire et matrimoniaux des époux « apparaissent suffisantes pour qu'il soit pourvu aux intérêts de la personne par son conjoint avec qui la communauté de vie n'a pas cessé ». Sur le premier point, pourquoi faire tomber un mandat de protection future, qui traduit l'effort ciselé d'anticipation, par un mandat lambda aux pouvoirs différents, et qui n'est pas aussi profilé que celui spécialement forgé pour le cas de vulnérabilité ? Sur le second point, si le mandant n'a pas choisi son conjoint pour assumer la protection, n'y a-t-il pas à subodorer une raison

<sup>57</sup> Ex. Rennes, 29 oct. 2013 : n° 13/00748 ; Dr. fam. 2013, n° 172, obs. I. Maria (mandat mis en oeuvre) - Aix-en-Provence, 5 mars 2014 : n° 13/02393 ; Dr. fam. 2014, n° 123, obs. I. Maria.

<sup>58</sup> Encore, sur la faculté d'ouverture d'une mesure judiciaire, après la fin du mandat, C. civ., art. 485, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>59</sup> Troisième, quatrième et sixième, à la lettre.

<sup>60</sup> A prévoir une durée déterminée, le mandat devrait également organiser le principe et les modalités du renouvellement dans le silence légal. Sans recourir au juge, il paraît difficile de garantir les droits du majeur protégé... Le juge des tutelles serait-il compétent ou celui du contrat ? Et la publicité ?

sérieuse<sup>61</sup>, et sa volonté, en toute hypothèse, n'est-elle pas de confier à un organe autre la mission de protection, qui peut s'étendre à celle de sa personne, choix délibéré possiblement évincé par la faculté ouverte au juge ? Gageons que les juges se montreront circonspects pour ces deux cas de révocation après la présente décision.

En réalité, par un effet de copier-coller de l'article 428, alinéa 1<sup>er</sup>, du code civil, a été reproduite une formule qui ne sied pas au mandat de protection future. Si c'est la subsidiarité que l'on voulait préserver, il fallait le prévoir avant le déclenchement du mandat, pas en cours ! C'est ce qui a été fait pour l'habilitation familiale, en deux temps, avec l'article 494-2 modifié du code civil. En outre, l'article 494-11 du même code énonce les causes de fin de cette mesure, dont une exécution de la mesure de nature à porter atteinte aux intérêts de la personne protégée (2<sup>o</sup>), qui est similaire à celle du mandat de protection future qui prend fin « lorsque l'exécution du mandat est de nature à porter atteinte aux intérêts du mandant » ou du bénéficiaire du mandat<sup>62</sup>.

### **B) La motivation de la révocation du mandat.**

Sans que soit explicité très longuement un conflit familial<sup>63</sup>, la demande de révocation émanant des fils du mandant est rejetée. Sans cela, la priorité du mandat n'aurait duré qu'un instant de raison. La Cour de cassation rappelle « en deuxième lieu, que la révocation du mandat de protection future peut être prononcée par le juge des tutelles, en application de l'article 483, 4<sup>o</sup>, du même code, lorsque son exécution est de nature à porter atteinte aux intérêts du mandant » (ou du bénéficiaire du mandat, pouvons-nous compléter). Le pourvoi n'est cependant pas accueilli car « en ses troisième, quatrième, cinquième et sixième branches, le moyen ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine de la cour d'appel qui, procédant aux recherches prétendument omises, a estimé que le mandat n'était pas contraire aux intérêts de M. André X, de sorte que la demande de révocation devait être rejetée ». Ce cas de révocation relève, à l'évidence, de l'appréciation souveraine des juges du fond. Dans notre analyse, il reste que la décision qui se prononce sur la question, dans un sens ou dans l'autre, doit être motivée avec soin.

Sur la sixième branche, nous renvoyons au comportement du mandataire décrit, qui s'est abstenu de procéder à la mise en œuvre du mandat avant d'y recourir pour écarter la curatelle. On précisera simplement que l'article 480, alinéa 2, du code civil énonce les exigences à remplir pendant le cours de la mesure par le mandataire, notamment le respect des charges tutélaires. La cour d'appel a estimé que pour le mandataire entendu par le juge des tutelles « aucun élément du dossier n'amène à douter ni de sa probité ni de ses compétences ».

Les autres branches sont relatives à l'opposition d'intérêts entre le mandant et son avocat chargé du contrôle du mandat (troisième et quatrième), et à l'absence d'indépendance de ce contrôleur et du notaire ayant établi le mandat (cinquième). La cour d'appel approuvée n'a retenu ni un manquement du mandataire, ni une quelconque opposition d'intérêts ou autre situation allant à l'encontre des intérêts du mandant et pouvant justifier une révocation. Par parenthèse, la loi n'a pas spécifiquement réglementé l'opposition d'intérêts entre le majeur

<sup>61</sup> Compétence limitée pour la gestion, âge avancé, enfants d'un premier lit...

<sup>62</sup> Notion cardinale de l'intérêt. *Adde* D. Noguéro, « La nécessité d'une anticipation de la fin de vie. Ajouts sur l'intérêt des personnes protégées », in *Ethique et conditions de la fin de vie*, dir. A. Bateau et G. Raoul-Cormeil, éditions Mare & Martin, coll. Sciences & Droit, 2016, p. 357. V. les données chiffrées sur les mandats.

<sup>63</sup> Comp. le relativisme sur ce point pour le choix de l'organe, avec la tutelle du conjoint dans l'affaire *Lambert*, Civ. 1<sup>re</sup>, 8 déc. 2016 : Bull. civ. I, n° 16-20.298 ; D. 2016, AJ, p. 2569 ; AJ fam. 2017, p. 68, obs. G. Raoul-Cormeil ; JCP G 2017, 79, note J. Hauser.

protégé et les organes de sa protection conventionnelle, à la différence des mesures judiciaires, par des textes spéciaux<sup>64</sup> ou la mission des organes subrogés<sup>65</sup> ou *ad hoc*<sup>66</sup>, par exemple, ou de la solution spécifique de l'habilitation familiale<sup>67</sup>.

L'appréciation générale de la cour d'appel paraît décisive dans le cas présent : « le fait que (le mandant) ait souhaité confier le contrôle de la mesure aux professionnels qui suivent ses affaires depuis des décennies et qui par conséquent le représentent dans le cadre de procédures de droit commun en cours n'est pas constitutif d'une opposition d'intérêt ; il serait au contraire suspect de voir intervenir de nouveaux conseils au stade de la mise sous protection, venant se substituer à ceux auxquels le majeur protégé accorde sa confiance depuis très longtemps et qu'il a historiquement chargés du suivi de ses affaires, à une époque où son discernement, son intelligence et sa capacité à faire des choix personnels et professionnels ne pouvaient être mis en cause ».

La reproduction du moyen qui attaque l'arrêt d'appel permet de mieux appréhender le contexte de l'espèce. Dans sa décision, la Cour ne manque pas d'y renvoyer, s'appuyant dès lors sur le constat de la cour d'appel retenant que « le mandat notarié met en place par ailleurs un dispositif complet de contrôle, prévoyant que Me B, avocat, contrôle l'exécution du mandat et que Me A, notaire, vérifie les comptes, l'intervention du juge des tutelles étant nécessaires dans le cadre de la protection du logement »<sup>68</sup>. D'une part, les fils du mandant avançaient l'existence d'une « opposition d'intérêts entre M. André X, majeur à protéger, et M. Oger, avocat chargé de contrôler la gestion de son patrimoine faite par le mandataire »<sup>69</sup>. La cour d'appel aurait dû procéder à la révocation « après avoir relevé qu'il (i.e. l'avocat) le représentait dans le cadre de procédures judiciaires en cours, ce dont il résultait que le mandat, dont l'exécution était contrôlée par une personne trouvant un intérêt personnel aux actes et aux dépenses qu'il avait la charge de contrôler, n'assurait pas la protection des intérêts de M. André X ». Un tel intérêt personnel, à le supposer constaté, ne signifie pas obligatoirement que le mandat ne présente pas un intérêt, également, pour le mandant, ou que l'intérêt de ce dernier est en opposition avec son représentant ou le contrôleur du mandat. D'autre part, sur le terrain des obligations professionnelles, voire de la déontologie, les fils confortaient leur position en ajoutant que la cour aurait dû « rechercher, comme elle y était invitée, si M. Oger n'avait pas pris fait et cause pour son client de manière excessive en prenant l'initiative de procédures judiciaires vaines alors que M. André X n'était plus à même d'apprécier leur opportunité, ou à tout le moins, en maintenant ces procédures et en s'abstenant de l'inciter à s'en désister, manquant ainsi à ses obligations professionnelles de modération et de conseil ». La cour d'appel avait souligné qu'il n'avait « pas (été) émis de critique sur la manière dont (le contrôleur) suit les affaires judiciaires » du mandant. Dont acte.

<sup>64</sup> Ex. C. civ., art. 461, al. 5 ; art. 462, al. 8 ; art. 470, al. 3 ; art. 508, al. 2.

<sup>65</sup> C. civ., art. 454, al. 5.

<sup>66</sup> C. civ., art. 455, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>67</sup> C. civ., art. 494-6, al. 4, pour l'habilitation générale. Implic. art. 494-4, al. 2 ; art. 494-5.

<sup>68</sup> Pour ceux qui auraient encore un doute sur l'application de l'art. 426 C. civ., comme de l'art. 427.

<sup>69</sup> Tout mandat doit contenir les modalités du contrôle de son exécution (volet patrimoine ; le cas échéant, volet personne), selon l'art. 479, al. 3 C. civ.. Encore, l'inventaire, d'emblée et actualisé, le compte de gestion annuel, C. civ., art. 486, et le bilan quinquennal à l'expiration du mandat, C. civ., art. 487. Pour le mandat notarié, la fonction de contrôle du notaire, C. civ., art. 491. Et l'alinéa 2 pour le devoir de vigilance source possible de responsabilité. Comp. mandat sous seing privé, C. civ., art. 494.

De dernière part, les fils soutenaient que « les personnes chargées de contrôler l'exécution d'un mandat de protection future doivent être indépendantes ». La qualité de contrôleur suppose effectivement l'indépendance, sans que l'exigence de bon sens nécessite une expression dans les textes pour la formaliser. Les fils défendaient conséquemment la violation des articles 479, alinéa 3, 486, alinéa 2, et 491 du code civil par la cour d'appel « affirmant qu'il importait peu que le notaire chargé de contrôler les comptes du mandataire et l'avocat chargé de contrôler les actes soient mariés ». Présentée de la sorte, la critique pourrait paraître justifiée. Il convient toutefois de se reporter au moyen annexé afin de comprendre les nuances de la situation. La cour d'appel a jugé que « le fait que (le contrôleur) soit l'époux (du notaire) ne présente pas de difficulté particulière dès lors qu'ils ne sont pas supposés se contrôler mutuellement mais qu'ils exercent des missions de contrôle complémentaires sur la gestion opérée par (le mandataire) ; il convient de relever que l'un et l'autre sont des professionnels du droit qui n'ignorent pas qu'ils engageraient leur responsabilité vis-à-vis de la succession dans l'hypothèse de manquements avérés à leurs obligations ». La justification, qui contient aussi l'avertissement, peut emporter la conviction, surtout rapprochée de l'appréciation d'ensemble des données disponibles.

Grâce à cette affaire, la Cour de cassation donne une impulsion pour assurer la priorité du mandat de protection future, technique de représentation, à un moment où sont préférées les décisions dites accompagnées sur les décisions dites substitutives, elles critiquées<sup>70</sup>. Si l'instrument conventionnel s'améliore et qu'y recourir est encouragé, reste encore à séduire les clients potentiels de cet outil dans la population croissante des majeurs vulnérables qui l'a plutôt délaissé jusqu'à présent...

---

<sup>70</sup> D. Noguéro, « Pour la protection à la française des majeurs protégés malgré la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées », RDSS 2016-5, p. 964. Comp., beaucoup plus (trop) accueillant, Rapport 2016 du Défenseur des droits, not. p. 11 s.. Pour un dispositif français jugé compatible avec la convention, Rapport 2016 de la Cour des comptes, pp. 39-40. *Adde* sur les tensions entre les acceptions conceptuelles de la capacité, V. B. Eyraud, in La lettre de la Fondation Médéric Alzheimer, déc. 2016, n° 45, p. 3.