

**Ouverture d'une mesure de protection judiciaire concernant un majeur ayant conclu un mandat de protection future non encore mis à exécution**

**Cour d'appel de Douai**

**07-06-2013**  
n° 13/00491

**Sommaire :**

Marie-Pierre P. avait saisi le 9 mai 2012 le juge des tutelles d'une demande d'ouverture d'une mesure de protection pour sa tante Marie-Thérèse H. veuve L., très âgée, dont les facultés mentales étaient altérées. Un certificat médical établi par un médecin habilité figurant sur la liste du procureur de la République était joint à la requête. Cette requête précisait que Marie-Thérèse H. avait signé, le 11 juin 2009, un mandat de protection future désignant comme mandataires sa nièce Marie-Pierre P. et sa fille Irène B. ainsi qu'une autre nièce de la personne à protéger. Le mandat de protection future n'avait pas été mis à exécution. Par jugement du 17 déc. 2012 le juge des tutelles a placé Marie-Thérèse H. sous le régime de la tutelle et a désigné Marie-Pierre P. en qualité de tutrice, deux autres personnes étant désignées comme subrogées tutrices. Georgette B. à qui, en sa qualité de subrogée tutrice, cette décision a été notifiée en a fait appel en demandant que Marie-Thérèse H. soit placée en curatelle renforcée. De son côté, Marie-Pierre P. a demandé à la cour d'appel de dire que le mandat de protection future du 11 mai 2009 produirait pleinement ses effets. Dans son arrêt du 7 juin 2013, la Cour d'appel de Douai a considéré que :

**Texte intégral :**

Cour d'appel de Douai 07-06-2013 N° 13/00491

« La cour n'a pas le pouvoir de faire produire effet à ce mandat de protection future, s'agissant d'une compétence exclusive du greffier du tribunal d'instance en application des art. 481-1, al. 2, c. civ. et 1528 et s. c. pr. civ. [...] Cette prise d'effet n'est possible, en application de l'art. 1528-1 c. pr. civ., que sur présentation au greffier d'un certificat médical émanant d'un médecin inscrit sur la liste mentionnée à l'art. 431 c. civ. datant de moins de deux mois [...]. Mme Marie-Thérèse H. et Mme Marie-Pierre P. invoquent par ailleurs la subsidiarité d'une mesure de protection judiciaire par rapport au mandat de protection future en application de l'art. 428 c. civ. Cependant, cette subsidiarité ne peut jouer que pour autant que le mandat de protection future a pris effet et non pas au seul motif que ce mandat a été conclu ; à défaut, il existerait un risque certain que la personne se retrouve sans aucune protection alors qu'il n'est pas contesté qu'elle en a besoin [...]. Le principe de subsidiarité ne pourra être utilement invoqué qu'une fois que le mandat de protection future aura pris effet dans le cadre d'une demande de mainlevée de la mesure de protection judiciaire ».

*En conséquence, la cour d'appel a décidé de placer Marie-Thérèse H. sous curatelle renforcée. Cette dernière ainsi que Marie-Pierre P. demandaient à titre subsidiaire que cet exercice soit confié aux mandataires désignés dans le contrat de protection future.*

*La cour leur a donné satisfaction au motif que :*

« Dans un écrit daté du 6 mars 2003, Mme Marie-Thérèse H. veuve L. avait indiqué : "Je souhaite que ce soient les trois personnes que moi j'ai choisies, à savoir Marie-Pierre, et A.R. ainsi que I.B. en l'absence des deux précédentes". [...] ;

Il résulte des art. 447 à 450 c. civ. que, pour le choix du protecteur, le juge doit en priorité tenir compte de la volonté du majeur protégé et privilégier la désignation d'un protecteur choisi dans sa famille ou parmi ses proches ».

**Effet du mandat de protection future** - On ne peut qu'approuver la cour d'appel en ce qu'elle a estimé qu'il ne lui appartenait pas de faire produire effet au mandat de protection future. Les dispositions de l'art. 481, al. 2, c. civ., et des art. 1258 et s. c. pr. civ. sont parfaitement claires : il est incontestable que le mandat ne peut prendre effet que si le mandataire désigné se présente au greffe du tribunal d'instance en produisant un certificat médical émanant d'un médecin figurant sur la liste dressée par le procureur de la République prévue par l'art. 431 c. civ. (V., à ce sujet, J. Massip, Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs, Defrénois mai 2009, n° 542 à 551).

**Principe de subsidiarité** - La décision de la cour d'appel est beaucoup plus discutable en ce qu'elle décide que le principe de subsidiarité énoncé à l'art. 428 c. civ., selon lequel une mesure de protection judiciaire ne peut être ordonnée que « lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne [...] par le mandat de protection future conclu par l'intéressé », ne peut jouer que si le mandat a pris effet et qu'il ne pourra être utilement invoqué qu'après cette date, dans le cadre d'une demande de mainlevée de la mesure de protection.

La solution retenue par la Cour de Douai s'oppose en cela à celle adoptée quelques mois auparavant par la Cour de Paris (Paris, 14 janv. 2013, n° 12/03648, AJ fam. 2013. 509, obs. J. Massip ; D. 2013. 2196, obs. J.-J. Lemouland, D. Noguéro et J.-M. Plazy ; RTD civ. 2013. 576, obs. J. Hauser). Ce dernier arrêt a décidé qu'il n'y avait pas lieu d'organiser une tutelle en raison du principe de subsidiarité et de l'existence d'un mandat de protection future. Il a renvoyé le mandataire désigné à mettre à exécution ledit mandat par application des dispositions des art. 481 c. civ. et 1258 c. pr. civ.

La position de la Cour de Paris nous paraît préférable car elle est conforme à la lettre même du texte de l'art. 428 qui se réfère seulement à un mandat « conclu ». En exigeant que le mandat ait été mis à exécution, l'arrêt de la Cour de Douai ajoute à la loi une condition qu'elle ne comporte pas. On observera en outre que la solution parisienne est plus simple et plus favorable au principe de subsidiarité auquel, on le sait, le législateur a attaché une grande importance. Il

est clair que, dans l'affaire jugée à Paris, la mandataire désignée fera le nécessaire pour que le mandat prenne effet et il aurait d'ailleurs été possible de lui impartir un délai à ce sujet. On peut au demeurant penser que le juge des tutelles ne manquera pas de s'informer à cet égard. En revanche, dans la solution retenue par la Cour de Douai, il faudra que le mandataire, après avoir fait les diligences prévues par les textes du code civil et du code de procédure civile, saisisse le juge pour demander une mainlevée qu'il n'est pas assuré d'obtenir. Dès lors qu'il a été désigné comme curateur, il ne sera guère enclin à le faire. Peut-être aurait-il été plus opportun pour le juge d'inviter le mandataire à mettre à exécution, le mandat ce qui pouvait être fait pendant toute la durée de la procédure plutôt que d'ouvrir tout de suite la curatelle.

D'autant que la Cour de cassation dans un arrêt tout récent (Civ. 1re, 29 mai 2013, n° 12-19.851, non publié au Bulletin, D. 2013. 1815, note D. Noguéro ; *ibid.* 2196, obs. J.-J. Lemouland, D. Noguéro et J.-M. Plazy ; AJ fam. 2013. 510, obs. T. Verheyde ; RTD civ. 2013. 576, obs. J. Hauser) vient de réaffirmer comme elle l'avait déjà fait en 2011 (Civ. 1re, 12 janv. 2011, n° 09-16.519, Bull. civ. I, n° 11 ; D. 2011. 1204, note D. Noguéro ; *ibid.* 2501, obs. J.-J. Lemouland, D. Noguéro et J.-M. Plazy ; AJ fam. 2011. 110, obs. T. Verheyde ; RTD civ. 2011. 323, obs. J. Hauser ; Defrénois 2001. 690, note J. Massip ; JCP 2011. 691, obs. N. Peterka ; Dr. fam. 2011, n° 42, obs. I. Maria ; JCP N 2011. 1115, note Boulanger) que le mandat de protection future mis à exécution au cours de l'instance aux fins d'une mesure de protection prend fin, en application de l'art. 483, 2°, c. civ. par le placement en curatelle de la personne protégée, sauf décision contraire du juge qui ouvre la mesure. Cette solution nous paraît critiquable car elle est en contradiction avec la règle posée par l'art. 477, al. 2, c. civ. qui permet au majeur en curatelle de souscrire un mandat de protection future avec l'assistance du curateur (V. not. en ce sens notre note ss Civ. 1re, 12 janv. 2011, préc.) et avec le principe de subsidiarité de l'art. 428 c. civ. Il est vrai que cette critique n'avait pas été formulée devant la Haute Cour qui est tenue de statuer dans les limites du moyen dont elle est saisie (V. à ce sujet la note préc. de Th. Verheyde). Il nous paraît quant à nous conforme au droit que la Cour de cassation oblige les juges du fond, avant d'ouvrir une tutelle ou une curatelle, à rechercher si le mandat de protection future précédemment conclu n'est pas de nature à préserver suffisamment les intérêts de la personne à protéger, condition de fond de l'ouverture d'une mesure de protection judiciaire. À défaut, nous semble-t-il, l'arrêt d'appel devrait être cassé pour manque de base légale.

On peut cependant se demander si la controverse entre la Cour de Douai et celle de Paris n'est pas un peu artificielle : comme on l'a déjà dit, il est possible pour le mandataire de protection future - et c'est aussi son intérêt - de faire prendre effet au mandat dont il bénéficie dès le début de la procédure. Les praticiens, notaires et avocats doivent, bien évidemment, les y inciter.

**Choix du curateur** - L'art. 448, al. 1er, c. civ. dispose que la désignation par une personne de son futur tuteur ou curateur « s'impose au juge », sauf si « l'intérêt de la personne à protéger commande de l'écarter », rédaction quelque peu contradictoire. Mais selon l'art. 1255 c. pr. civ., la désignation prévue par l'art. 448 ne peut être faite que par acte notarié ou par un acte revêtant les formes prévues pour un testament olographe, ce qui nous paraît exagérément restrictif. Il n'en reste pas moins que le juge doit tenir le plus grand compte des sentiments exprimés par la personne à protéger dans un écrit quelconque ou même verbalement (V., sur tous ces points, J. Massip, *op. cit.*, n° 409). C'est ce que n'a pas hésité à faire, en l'espèce, la Cour d'appel de Douai qui se réfère à une simple lettre écrite par Marie-Thérèse H. au cours de la procédure et énonce avec raison que, pour le choix du protecteur, le juge doit en priorité tenir compte de la volonté du majeur protégé. La cour ajoute qu'il convient de privilégier la désignation d'un protecteur choisi dans la famille ou parmi les proches, ce qui est parfaitement conforme aux textes et à l'esprit de la loi et doit être pleinement approuvé.

Jacques Massip

#### En résumé

Le présent arrêt considère, contrairement à ce qui a été précédemment jugé par la Cour d'appel de Paris, que la subsidiarité d'une mesure de protection judiciaire par rapport à un mandat de protection future précédemment conclu, résultant de l'art. 428 c. civ., ne peut jouer que si le mandat a été mis à exécution.

#### Textes cités :

Code civil, 428, 448, 481.

#### Décision attaquée :

**Texte(s) appliqué(s) :** Code civil, 428, 448, 481.