



Note

MAJEURS PROTÉGÉS

350

Droit applicable à l'exécution en France d'un mandat d'inaptitude suisse et modalités de contrôle des pouvoirs du mandataire

Solution. - La procuration établie en Suisse selon le droit local donnée par une femme majeure à l'un de ses fils, pour prendre en charge sa personne et ses biens si elle était privée de discernement, doit, pour prendre effet en cas de mobilité internationale, être soumise à la loi de l'État où elle est exercée selon l'article 15.3 de la Convention de La Haye du 13 janvier 2000.

Soumise à une procédure de visa destinée notamment à vérifier que l'altération des facultés du mandant a été médicalement constatée, la mise en œuvre en France d'un mandat d'inaptitude étranger ne saurait être subordonnée à des conditions propres au droit français, telle la mention des modalités de contrôle de l'activité du mandataire exigée par l'article 1258-2 du Code de procédure civile.

Impact. - Cette articulation des règles applicables à un mandat de protection future dans un contexte international ouvre la voie à une réflexion sur l'adaptation de la mesure pour mieux protéger les intérêts du mandant.

GILLES RAOUL-CORMEIL, professeur à l'université de Brest

ARMELLE GOSSELIN-GORAND, maître de conférences HDR à l'université de Caen Normandie

Cass. 1^{re} civ., 27 janv. 2021, n°19-15.059, P+I : Juris-Data n° 2021-000874

Situation internationale et recherche d'un seuil de protection juridique efficace. - Le droit des incapacités ne se limite plus depuis des décennies à des mesures de défiance prises dans l'intérêt de la famille contre la personne insane. Une philosophie humaniste préside aux réformes de la protection civile des adultes vulnérables dans de nombreuses législations internes : l'intérêt du sujet, défini à partir de sa volonté, est devenu la finalité de toute protection juridique. Au nom de l'autonomie de l'adulte et du respect de ses droits fondamentaux, nombreuses sont les législations internes (*Allemagne, Belgique, Espagne, France, Irlande, Italie et Suisse, V. E. Gallant : Rép. internat. Dalloz, V° majeur protégé, 2015,*

n° 58, et réf.) qui, sur le modèle du droit anglo-américain, autorisent toute personne majeure, capable et saine d'esprit, à organiser elle-même sa propre protection pour le cas où elle viendrait à ne plus pouvoir exprimer une volonté lucide. L'équilibre entre le respect des intérêts du majeur protégé et l'habilitation – judiciaire ou volontaire – d'un protecteur exige toutefois l'exercice d'un contrôle. D'un droit interne à l'autre, cette exigence éthique et sociale prend des formes différentes (consultation d'un médecin, cohabilitation, autorisation judiciaire, contrôle des comptes, recours judiciaire...), parfois laissées à la discrétion des parties au mandat de protection future. Dans un contexte international, l'articulation des règles applicables à la protection juridique volontaire pose la question du seuil de contrôle des pouvoirs du mandataire qu'il convient de retenir. Au-delà de l'illustration offerte par l'arrêt du 27 janvier 2021, la Cour de cassation se prononce pour la première fois sur l'application des articles 1258, 1258-2 et 1258-3 du Code de procédure civile à la mise en œuvre d'un

mandat d'inaptitude étranger, spécialement sur l'exigence de contrôle de l'activité du mandataire à l'aune de la convention de La Haye du 13 janvier 2000.

Activation en France, où réside la mandante, d'un mandat d'inaptitude future suisse. - Le 14 décembre 2012, une femme majeure signait à Pully, en Suisse, une procuration ayant pour objet de prendre des dispositions de protection selon les articles 360 à 369 du Code civil suisse. Elle désignait l'un de ses fils en qualité de mandataire et un ami en tant que suppléant pour gérer ses biens et prendre les mesures de protection de sa personne dans l'hypothèse où elle perdrait ses facultés mentales. Daté et signé de la main de la mandante, l'acte dactylographié n'a pas été dressé sous la forme authentique mais la signature a été authentifiée par notaire. En juin 2017, la mandante quittait le canton de Vaud pour s'installer à Bayonne. Son état de santé s'étant dégradé, son fils a accepté la procuration. Analysé en un mandat d'inaptitude au sens de la convention de La Haye du 13

janvier 2000, l'acte a été présenté au greffe du tribunal d'instance de Bayonne qui y a apposé son visa le 30 juin 2017. Le juge des tutelles de ce tribunal a été saisi par un autre fils de la mandante qui contestait le mandat et réclamait notamment la désignation d'un mandataire judiciaire à la protection des majeurs. Le juge des tutelles, par ordonnance du 12 janvier 2018, s'est déclaré incompétent pour connaître de l'action en nullité du mandat d'incapacité et, eu égard au décès de la mandante survenu le 29 novembre 2017, a rejeté les autres demandes formulées. En appel, les juges du fond ont, à l'inverse, annulé le visa apposé par le greffier sur le mandat, au motif que cet acte ne prévoyait pas formellement les modalités de contrôle du mandataire (*CA Pau, 12 déc. 2018*). Pourtant, sur pourvois formés par le subrogé mandataire et le mandataire, la Cour de cassation a, par arrêt du 27 janvier 2021, cassé l'arrêt palois pour violation des articles 15 et 16 de la convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes et les articles 1258, 1258-2 et 1258-3 du Code de procédure civile. Elle a jugé que « la mise en œuvre d'un mandat d'incapacité suisse ne pouvait être

subordonnée à une condition de validité [telle l'existence de modalités de contrôle de l'activité du mandataire] que n'imposait pas la loi suisse ». La cassation est assortie d'un renvoi devant la cour d'appel de Bordeaux. Survenu le 29 novembre 2017, le décès de la mandante a mis fin au mandat d'incapacité mais le contentieux de sa prise d'effet – qui se poursuit entre les héritiers – peut remettre en cause la validité des actes passés par le mandataire.

Articulation des droits internes et de la convention de La Haye du 13 janvier 2000. - L'espèce présentait un élément d'extranéité. La protection juridique anticipée a été organisée par un acte unilatéral signé en Suisse et soumis à la loi suisse. Puis la bénéficiaire de la protection volontaire s'est installée en France où l'altération de ses facultés personnelles a été constatée. L'offre de mandat a été acceptée par le mandataire non pas devant l'autorité suisse de protection de l'adulte (*C. civ. suisse, art. 363, al. 3*) mais devant le greffier du tribunal judiciaire français auquel il a demandé de viser le mandat. En l'absence de convention bilatérale entre la France et la Suisse, les règles de conflit de lois déterminant la

loi applicable aux pouvoirs de protection juridique ainsi qu'à la mise en œuvre de la procuration sont celles établies par la convention de La Haye sur la protection internationale des adultes, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009 en Suisse aussi bien qu'en France (*L. n° 2008-737, 28 juill. 2008 : JO 30 juill., p. 12202. – D. n° 2008-1547, 30 déc. 2008*). L'un des intérêts de cet arrêt commenté est de traiter de l'articulation des différentes règles de conflit de lois applicables au mandat de protection future dans un contexte international. S'agissant des modalités de contrôle des pouvoirs du mandataire, la Cour de cassation décide que cette exigence ne relève pas des modalités d'exercice du mandat mais qu'elles constituent une condition de validité relevant de la loi applicable à l'étendue des pouvoirs. Elle évoque une procédure de visa qui ne saurait être subordonnée à des conditions propres au droit français, telle l'inscription dans le mandat de modalités de contrôle de l'activité du mandataire (*CPC., art. 1258-2, 2°*). S'il considère ainsi le traitement international du mandat de protection future (1), cet arrêt important ouvre la voie à une réflexion sur le rôle de la loi de l'État de la réalisation du mandat (2).

LA COUR (...)

Faits et procédure

- 1. Selon l'arrêt attaqué (*CA Pau, 12 déc. 2018*), le 14 décembre 2012, Y X a signé à Pully (Suisse), où elle résidait habituellement, un mandat d'incapacité, visant la loi suisse, qui désignait en qualité de mandataire son fils, M. X P et comme suppléant, M. F. Sa mère ayant fixé en France sa résidence habituelle, M. X a mis en œuvre le mandat en le faisant viser par le greffier du tribunal d'instance de Bayonne le 30 juin 2017.
- 2. M. I X, autre fils de la mandante, a saisi le juge des tutelles de Bayonne d'une contestation de la mise en œuvre du mandat de protection future.
- 3. Y de la E X est décédée le 29 novembre 2017.

Examen des moyens

Sur le premier moyen du pourvoi principal et le premier moyen du pourvoi incident, rédigés en termes identiques, réunis

Enoncé du moyen

- 4. M. F. et M. X font grief à l'arrêt de prononcer la nullité de l'ordonnance rendue le 12 janvier 2018 par le juge des tutelles du tribunal d'instance de Bayonne (...)

Réponse de la Cour

- 5. Saisie de l'entier litige par l'effet dévolutif de l'appel, en application de l'article 562, alinéa 2, du code de procédure civile, la cour d'appel était tenue de statuer sur le fond de la contestation, quelle qu'ait été sa décision sur l'exception.
- 6. Le moyen, qui reproche à l'arrêt d'annuler le jugement, est donc inopérant.

Mais sur le second moyen du pourvoi principal et le second moyen du pourvoi incident, rédigés en termes identiques, réunis

Enoncé du moyen

- 7. M. F et M. X font grief à l'arrêt de dire que la procuration établie par Y X le 14 décembre 2012 n'aurait pas dû recevoir le visa du greffier du tribunal d'instance de Bayonne en vertu de l'article 1258-3 du code de procédure civile, et de prononcer en conséquence l'annulation de ce visa, (...)

Réponse de la Cour

Vu les articles 15 et 16 de la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes et les articles 1258, 1258-2 et 1258-3 du code de procédure civile :

- 8. Le premier de ces textes dispose : « 1. L'existence, l'étendue, la modification et l'extinction des pouvoirs de représentation conférés par un adulte, soit par un accord soit par un acte unilatéral, pour être exercés lorsque cet adulte sera hors d'état de pourvoir à ses intérêts, sont régies par la loi de l'Etat de la résidence habituelle de l'adulte au moment de l'accord ou de l'acte unilatéral, à moins qu'une des lois mentionnées au paragraphe 2 ait été désignée expressément par écrit. (...) 3. Les modalités d'exercice de ces pouvoirs de représentation sont régies par la loi de l'Etat où ils sont exercés. »
- 9. Le deuxième dispose : « Les pouvoirs de représentation prévus à l'article 15, lorsqu'ils ne sont pas exercés de manière à assurer suffisamment la protection de la personne ou des biens de l'adulte, peuvent être retirés ou modifiés par des mesures prises par une autorité ayant compétence selon la Convention. Pour retirer ou modifier ces pouvoirs de représentation, la loi déterminée à l'article 15 doit être prise en considération dans la mesure du possible. »
- 10. Aux termes du troisième, pour la mise en œuvre du mandat de protection future établi en application du premier alinéa de l'article 477 du code civil, le mandataire se présente en personne au greffe du tribunal d'instance dans le ressort duquel réside le mandant. Il

1. TRAITEMENT INTERNATIONAL DU MANDAT DE PROTECTION FUTURE

Conflit de lois. - Le recul du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes a favorisé la consécration du mandat de protection future dans plusieurs législations européennes et dans la convention de La Haye du 13 janvier 2000. Cette figure originale de protection explique les variations dans le jeu de l'autonomie de la volonté laissée aux parties par les législations internes. S'y ajoute la difficulté de résoudre les conflits de lois. La cassation du 27 janvier 2021 illustre les enjeux internationaux du mandat de protection future (A) et de la mobilité transfrontière du majeur protégé appréhendée par la Convention (B).

A. - Enjeux internationaux du mandat de protection future

Du silence de la loi française à la convention de La Haye. - Le mandat de protection future n'est plus une « institution inconnue » du droit français depuis la loi du 5 mars 2007 (*sur cette difficulté, V. D. Bureau et H. Muir Watt, Droit international privé,*

t. 1, Partie générale : PUF, coll. Thémis, 4^e éd., 2017, n° 385). Analysé comme « l'innovation la plus spectaculaire et sans doute la plus riche de potentialités » (*H. Fulchiron, Le notaire et l'exécution du mandat de protection future : Defrénois 2009, p. 178*), le mandat de protection future bénéficie en France de la primauté par rapport aux mesures judiciaires de protection (*C. civ., art. 428*). Pour autant, la loi française a ignoré les situations internationales. Aucune règle de conflit n'est posée, exposant à des difficultés certaines l'adulte dont le mandat d'incapacité valablement conclu à l'étranger réside en France le jour où ses facultés mentales s'altèrent. Le développement du mandat d'incapacité dans les législations étrangères a néanmoins conduit la doctrine à proposer des solutions d'adaptation jusqu'à l'entrée en vigueur de la convention de La Haye pour que des mandats valablement conclus avant puissent produire « effet en France » (*M. Revillard, Le mandat de protection future en droit international privé : Defrénois 2008, p. 1533, spéc. n° 13*).

Utilité et domaine de la convention de La Haye. - Entrée en vigueur en France et en Suisse le 1^{er} janvier 2009, la convention

de La Haye du 13 janvier 2000 contient des règles essentielles pour statuer sur l'organisation de la protection volontaire dans un contexte international. Cités par l'arrêt de cassation et reproduits dans ses motifs (§ 8 et 9), « les articles 15 et 16 [de cette convention] constituent un petit manuel de cette institution » (*P. Lagarde, La convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes : Rev. crit. DIP 2000, p. 159, spéc. n° 16*). Le mandat de protection future est un acte d'anticipation. Il est conclu au jour où le mandant est sain d'esprit. Mais la prise d'effet du contrat et des pouvoirs de représentation est retardée jusqu'au moment où le mandant subit une altération de ses facultés. La considération du temps long (formation, période de latence, prise d'effet, période d'exécution) crée les conditions d'une mobilité internationale. L'intérêt de la convention de La Haye est de prévoir la coordination des législations qui ont vocation à intervenir. Selon son article 15.2, le mandant peut choisir de manière limitée la loi applicable au mandat (loi nationale, loi de la résidence habituelle et loi de situation de ses biens). À défaut, il faut appliquer la loi de sa résidence habituelle au moment de l'établissement de

remet au greffier l'original du mandat ou sa copie authentique, signé du mandant et du mandataire, leurs pièces d'identité, ainsi qu'un certificat médical et un justificatif de la résidence habituelle du mandant.

- 11. Selon le quatrième, le greffier vérifie, notamment, au vu des pièces produites, que les modalités du contrôle de l'activité du mandataire sont formellement prévues.
- 12. Aux termes du cinquième, si l'ensemble des conditions requises est rempli, le greffier, après avoir paraphé chaque page du mandat, mentionne que celui-ci prend effet à compter de la date de sa présentation au greffe, et y appose son visa.
- 13. En premier lieu, il résulte de l'article 15 de la Convention précitée que si la mise en œuvre en France d'un mandat qui désigne une loi étrangère, ou qui a été fait dans un Etat étranger où le mandant avait précédemment sa résidence habituelle, peut être soumise, au titre des modalités d'exercice des pouvoirs de représentation mentionnées au paragraphe 3, à une procédure de visa destinée à vérifier que l'altération des facultés du mandant a été médicalement constatée et à fixer la date de prise d'effet du mandat, elle ne saurait être subordonnée à des conditions propres au droit français, telles que l'exigence d'une prévision expresse, dans le mandat, de modalités de contrôle du mandataire que n'impose pas la loi applicable à cet acte.
- 14. En second lieu, il se déduit de l'article 16 de la Convention que, si le mandat n'est pas exercé conformément aux intérêts du mandant, les autorités de l'Etat de la résidence habituelle du majeur protégé peuvent le suspendre, le révoquer et le remplacer par une autre mesure de protection, cette action, selon les articles 483 et 484 du code civil, étant ouverte à tout intéressé.
- 15. Pour dire que la procuration établie le 14 décembre 2012 en Suisse par Y X n'aurait pas dû recevoir le visa du greffier du tribunal

d'instance et prononcer l'annulation de ce visa, l'arrêt retient qu'il appartient à celui-ci de vérifier si l'acte qui lui est présenté répond à toutes les conditions énumérées aux articles 1258 et 1258-2 du code de procédure civile, parmi lesquelles la mention dans la procuration des modalités de contrôle du mandataire.

- 16. L'arrêt ajoute que l'existence de ces modalités de contrôle doit être formellement prévue dans l'acte présenté, et qu'il apparaît à la lecture de la procuration litigieuse qu'elle n'en comporte aucune, la seule référence de l'acte aux dispositions des articles 360 et suivants du code civil suisse ne pouvant pallier cette lacune.
- 17. En statuant ainsi, alors que la mise en œuvre en France d'un mandat d'incapacité suisse ne pouvait être subordonnée à une condition de validité que n'imposait pas la loi suisse, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

Par ces motifs, (...) :

- Casse et annule, mais seulement en ce qu'il dit que la procuration établie par Y X le 14 décembre 2012 n'aurait pas dû recevoir le visa du greffier du tribunal d'instance de Bayonne en vertu de l'article 1258-3 du code de procédure civile, et prononce en conséquence l'annulation de ce visa, l'arrêt rendu le 12 décembre 2018, entre les parties, par la cour d'appel de Pau ;
- (...) renvoie devant la cour d'appel de Bordeaux ; (...)

Mme Batut, prés., Mme Guihal, cons.-rapp., Mme Auroy, cons. doyen, MM. Hascher, Vigneau, Mme Bozzi, M. Acquaviva, Mme Poinseaux, cons., Mmes Mouty-Tardieu, Le Cotty, Gargoullaud, Azar, M. Buat-Ménard, Mme Feydeau-Thieffry, cons.-réf., Mme Caron-Dégliose, av. gén., Mme Marilly, av. gén. réf. ; SCP Alain Bénabent, SCP Spinosi et Sureau, av.

l'acte. Selon l'article 14, lorsqu'une mesure, prise dans un État contractant, est mise en œuvre dans un autre, les conditions de son application sont régies par la loi de cet autre État. Enfin, selon l'article 15.3, les modalités d'exercice des pouvoirs conférés sont soumises à la loi de l'État où ils sont exercés. En l'espèce, faute de choix effectué par la mandante sur la loi applicable à sa procuration, la convention retient le lieu de sa résidence habituelle – au jour de la formation de l'acte. Un tel critère de rattachement permet d'appréhender la mobilité du mandant entre le jour où il souscrit le mandat et le jour où la protection volontaire doit prendre effet. Si la mandante avait résidé en Suisse le jour où s'est déclarée l'altération de ses facultés mentales, son fils mandataire aurait dû se soumettre à la loi suisse pour donner effet au mandat (*C. civ. suisse, art. 363*). Mais dès lors que l'intéressée résidait à Bayonne lorsque la cause du mandat d'incapacité s'est réalisée, s'est posée la question de l'effet du mandat suisse en France. Il revenait à la loi française, loi de la nouvelle résidence habituelle du majeur à protéger, de régir la mise en œuvre de la procuration suisse. Toutefois, l'enjeu de la qualification est réapparu au regard des modalités de contrôle des pouvoirs du mandataire.

B. - Enjeux internationaux du contrôle de l'activité du mandataire

Vérification des formes légales du mandat. - Acceptant la procuration de sa mère venue s'installer en France, le fils devait, pour donner effet à cet acte, obtenir le visa du greffier du tribunal d'instance du lieu de résidence de la mandante, avec indication de la date de prise d'effet « en fin d'acte » (*CPC, art. 1258-3, al. 1^{er}*) et paraphage de chaque page du mandat. Le formalisme de la loi française a été conçu au nom de la sécurité juridique. À cette fin, la mission confiée au greffier est de vérifier si le mandat a été conclu dans les formes légales. Le greffier n'outrepasse pas sa mission de « vérification formelle » (*J. Massip, Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs ; Defrénois 2009, n° 548, spéc. p. 460*) lorsqu'il recherche si, dans un mandat français, « les modalités de contrôle de l'activité du mandataire sont formellement prévues » (*CPC, art. 1258-2, 2°*. – *Sur l'étendue du contrôle de régularité formelle, V. TJ Cherbourg, ord. JCP, 31 août 2020, n° 19/A/00049 ; AJ fam. 2021, p. 58, obs. G. Raoul-Cormeil*).

Qualification des modalités de contrôle des pouvoirs du mandataire.

- Les conditions posées par la loi française sont appliquées au titre de la loi de la nouvelle résidence du mandant régissant la mise en œuvre et les modalités d'exercice des pouvoirs (*Conv. La Haye, art. 14 et 15*). Tirant argument des exigences françaises relatives aux modalités de contrôle de l'activité du mandataire (*CPC, art. 1258-2, 2°*), le second fils a refusé l'application de la procuration en France et demandé au juge français d'annuler sa prise d'effet. Mais cette prétention a été, à juste titre, écartée par la Cour de cassation. Le contrôle des pouvoirs du mandataire est une condition de validité du mandat de protection future (*C. civ., art. 486*). La Cour de cassation a retranché du Code de procédure civile français et, par tant, de la procédure de visa du mandat de protection future, une condition de validité propre au droit français. La cassation de l'arrêt palois au visa de l'article 15 de la convention de La Haye est justifiée parce que la condition tenant aux « modalités de contrôle de l'activité du mandataire » est liée à l'étendue des pouvoirs de ce dernier qui, en vertu de l'article 15.1 de la convention, obéit ici à la loi suisse. La mise en œuvre en France d'un mandat étranger est soumise à une procédure de visa. Cette procédure est notamment destinée à vérifier que l'altération des facultés du mandant a été médicalement constatée ; elle ne saurait contenir l'exigence d'une prévision – expresse dans le mandat – des modalités de contrôle prévues à l'article 1258-2, 2° du CPC. Cette solution ferme la voie à la qualification de loi de police de ces dispositions.

2. MANDAT DE PROTECTION FUTURE ET LOI DE LA NOUVELLE RÉSIDENCE HABITUELLE

Articulation des lois applicables au mandat de protection future.

- On retiendra de la cassation du 27 janvier 2021 qu'un mandat d'incapacité suisse peut prendre effet en France, même s'il ne prévoit pas de modalités de contrôle de l'activité du mandataire, parce qu'il a été valablement conclu selon la loi suisse régissant la définition et l'étendue des pouvoirs. L'intérêt de l'arrêt est aussi de montrer que la Cour de cassation délimite le rôle de la loi de l'État de la réalisation de la mesure s'agissant des modalités de contrôle de l'activité du mandataire (A) et invite à s'interroger sur la portée de ce rôle au regard de questions spécifiques que soulève le mandat de protection future (B).

A. - Loi de la nouvelle résidence et pouvoirs du mandataire

Loi de police. - La convention de La Haye prévoit l'application de la loi de la nouvelle résidence à des conditions de fond de la procuration. En son article 20, elle réserve le jeu des lois de police (*Sur cette notion, V. not. D. Bureau et H. Muir Watt, Droit international privé, t. 1, préc., n° 552 et s.*) puisque la convention « ne porte pas atteinte aux dispositions de la loi de l'Etat dans lequel la protection de l'adulte doit être assurée, dont l'application s'impose quelle que soit la loi qui serait autrement applicable ». Cependant, la réserve des lois de police ou des lois d'application immédiate a été envisagée de manière restrictive par les auteurs de la convention dès lors qu'elle « a été introduite en songeant particulièrement au domaine médical » (*P. Lagarde, Rapp. explicatif..., HCCH 2017, n° 113*). Il est heureux que le majeur protégé puisse bénéficier de la législation la plus protectrice de sa personne. Ainsi, la loi française qui obligeait la personne en charge de la mesure de protection à requérir une autorisation du juge en cas de décision médicale portant gravement atteinte à l'intégrité corporelle du majeur protégé (*C. civ., art. 459, al. 3 et 479, al. 1^{er}*) était applicable à un ressortissant suisse résidant en France même si l'étendue des pouvoirs du mandataire était fixée par la loi suisse laquelle ne prévoit pas un tel contrôle préventif du juge (*Ph. Guntz, Le droit de la protection de l'adulte en droit suisse, Mél. Th. Verheyde : Mare & Martin, 2019, p. 114 à 123*). Quant aux dispositions de l'article 1258-2, 2° du Code de procédure civile qui subordonnent la prise d'effet du mandat de protection future à des modalités de contrôle de l'activité du mandataire, n'auraient-elles pas pu être qualifiées de loi de police et ainsi s'imposer ? Dès lors que les lois de police sont des dispositions nationales dont l'observation est jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'État au point que leur respect s'impose à toute personne se trouvant sur le territoire ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci, les dispositions relatives aux modalités de contrôle des pouvoirs du mandataire auraient pu être qualifiées de loi de police. Dans son arrêt du 27 janvier 2021, la Cour de cassation ne le fait pas, sans doute parce que la règle française est étrangère à la sphère médicale et que la convention comporte d'autres règles de conflit de lois que l'article 20 pour rééquilibrer les pouvoirs du mandataire.

Insuffisance de la protection du majeur. -

La Cour de cassation rend sa décision au visa des articles 15 et 16 de la convention de La Haye. Or, l'article 16 offre la possibilité de donner compétence à la loi de la nouvelle résidence en cas d'insuffisance de protection du majeur par la loi applicable aux pouvoirs. Si les pouvoirs de représentation prévus à l'article 15 ne sont pas exercés de manière à assurer suffisamment la protection de la personne ou des biens de l'adulte, ils peuvent être retirés ou modifiés par des mesures prises par une autorité compétente selon la convention. Précisément, la loi française permet au juge des contentieux de la protection exerçant les fonctions de juge des tutelles des majeurs (COJ, art. L. 213-4-2) de mettre fin au mandat de protection future à la demande de tout intéressé lorsque son exécution est de nature à porter atteinte au mandant (C. civ., art. 483). La convention permet ainsi d'éviter les conséquences néfastes de l'application de la loi insuffisamment protectrice. L'absence de contrôle des pouvoirs du mandataire pourrait donc, à l'usage, justifier la mobilisation de l'article 16 dans la mesure où, selon ce texte, la modification des pouvoirs de représentation doit prendre en considération la loi déterminée par l'article 15. Or, à cet égard, il est intéressant de relever que selon le droit suisse, « en cas de conflit d'intérêts, les pouvoirs du mandataire prennent fin de plein droit » (C. civ. suisse, art. 365, al. 3). En dépit de cette articulation, la portée de la limitation du jeu de la loi de la nouvelle résidence du mandant véhiculée par cette décision demeure incertaine.

B. – Loi de la nouvelle résidence et exécution du mandat

Inaptitude du mandant. - Il ne sera pas nécessaire de qualifier de loi de police l'exigence d'un certificat médical circonstancié datant de moins de 2 mois pour l'appliquer à la prise d'effet d'un mandat étranger dès lors que cette règle de procédure (CPC, art. 1258, 2°) est applicable en vertu de l'article 15.3 de la convention de La Haye. Selon l'arrêt du 27 janvier 2021 (§ 13), la prise d'effet du mandat de protection future qui relève d'une loi étrangère pour « l'existence, l'étendue, la modification et l'extinction des pouvoirs de représentation » du mandataire (Conv. La Haye, 13 janv. 2000, art. 15.1) n'en est pas moins soumise, « au titre des modalités d'exercice des pouvoirs

de représentation » (Conv. La Haye, 13 janv. 2000, art. 15.3), à une procédure de visa. La Cour de cassation précise que celle-ci « est destinée à vérifier que l'altération des facultés du mandant a été médicalement constatée ». La cause de l'exécution du mandat d'inaptitude est définie par l'article 363 du Code civil suisse comme une incapacité de discernement alors que l'article 425 du Code civil français définit plus largement l'altération des facultés personnelles, soit comme une altération des facultés mentales, soit comme une altération des facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de la volonté. De surcroît, l'altération ou l'insuffisance des facultés personnelles ne requiert de protection juridique que si l'intéressé n'est plus en état de pourvoir à ses intérêts. L'article 1^{er} de la convention est donc plus proche de l'article 425 du Code civil français que de l'article 363 du Code civil suisse. En revanche, alors que ni la loi suisse ni la convention n'exigent de constatation médicale de l'altération des facultés personnelles du mandant, la loi française subordonne la prise d'effet du mandat de protection future à « un certificat médical émanant d'un médecin choisi sur la liste [établie par le procureur de la République] » (C. civ., art. 481 et 431) et « datant de deux mois au plus » (CPC, art. 1258, 2°). En France, en l'absence d'un certificat médical régulier, le greffier du tribunal judiciaire pourrait à juste titre refuser de viser le mandat de protection future français. Or, l'arrêt du 27 janvier 2021 s'en tient à la seule constatation médicale de l'altération des facultés mentales du mandant sans préciser jusqu'à quel point il convient d'assouplir la procédure de visa face à une situation internationale. On hésitera à dispenser le greffier d'exiger un certificat médical circonstancié datant de moins de 2 mois. Rien ne permet de douter en revanche qu'avant d'autoriser la prise d'effet du mandat d'inaptitude, il doit vérifier l'identité du mandant, celle du mandataire (CPC, art. 1258, 4°) et la résidence habituelle du mandant (CPC, art. 1258, 4°) puisqu'elle détermine la compétence territoriale du greffier et la loi applicable au mandat étranger.

Nature et qualité du mandataire. - Dans son arrêt du 27 janvier 2021, la Cour de cassation limite l'objet de la procédure de visa à la constatation médicale de l'altération des facultés mentales ainsi qu'à la fixation de la date de prise d'effet du mandat de protection future. Cette délimitation de la

procédure de visa semble bien minimaliste, alors que la confrontation des législations internes à la lumière de la convention de La Haye soulève le problème de la nature et de la qualité du mandataire. La loi française exige que le mandataire dispose de sa pleine capacité juridique et prévoit la fin du mandat de protection future mis à exécution en cas de placement du mandataire en curatelle ou en tutelle (C. civ., art. 483, 2°). De même, l'autorité suisse de protection de l'adulte chargée d'examiner si le mandat a été valablement constitué doit vérifier « si le mandataire est apte à le remplir » (C. civ. suisse, art. 363, al. 3). Ce consensus doit être relevé. En revanche, la question de savoir si le mandat de protection future peut être exécuté par une personne morale ne reçoit pas la même réponse dans les deux législations. Alors qu'un établissement de crédit, une société d'assurance, un hôpital ou toute autre personne morale peut, en droit suisse, fournir une assistance personnelle, gérer le patrimoine du mandant ou le représenter dans les rapports avec les tiers (C. civ. suisse, art. 360, al. 1^{er}), la loi française la limite aux personnes physiques et aux seules personnes morales inscrites sur la liste préfectorale des mandataires judiciaires à la protection des majeurs. On peut se demander, dès lors que la question des modalités de contrôle des pouvoirs du mandataire n'a pas été envisagée sous l'angle des lois de police, ce qu'il en serait des exigences du droit français relatives à la qualité du mandataire. Comment l'autorité de la nouvelle résidence habituelle du mandant analyserait-elle la désignation opérée si elle lui est interdite dans la loi du for ? On voit mal comment qualifier de loi de police ces dispositions au regard de cette décision et ce d'autant que l'article 16 donne les moyens de considérer une insuffisance de la protection... Il reviendra donc à la jurisprudence de continuer à préciser le rôle de la loi de l'État où est exécutée la mesure.

Textes : CPC, art. 1258, 1258-2 et 1258-3

Encyclopédies : Civil, Art. 477 à 494, Fasc. Unique, par Sabine Mazeaud-Leveneur. – V. aussi B. Teysié etc. : B. Teysié, Droit des personnes : LexisNexis, coll. Manuel, 21^e éd., 2020, n° 926

Autres publications LexisNexis : Fiche pratique n° 1748 : Rédiger un mandat de protection future, par Éric Mallet ; Fiche pratique n° 389 : Mettre en œuvre un mandat de protection future, par Mailys Dubois