

## INCAPABLE MAJEUR

### > L'avocat choisi dans le cadre d'une curatelle ou d'une tutelle

par Florence Fresnel, *Docteur en droit, Avocat au barreau de Paris*

L'avocat, ses honoraires, sa déontologie font l'objet d'un contentieux important. Un point est rarement évoqué, mais fait actuellement l'objet de litiges rudes dans un cadre particulier : le choix de l'avocat près du majeur protégé pour le défendre (Dr fam. 2013. Comm. 168, obs. I. Maria, ss Civ. 1<sup>re</sup>, 23 oct. 2013, n° 11-28.113).

Cette question délicate est parfaitement illustrée par un arrêt de la cour d'appel qui remonte au début de l'année 2012 (Paris, pôle 3, ch. 7, 3 janv. 2012, n° XXX).

Dans cette affaire, le tuteur aux biens était un mandataire judiciaire à la protection des majeurs, un professionnel donc ; et le tuteur à la personne était la mère du tuteur, sans connaissance juridique particulière. Le tuteur, père de deux enfants, âgé de 27 ans, avait été victime d'un accident de la circulation. Très gravement blessé, il avait subi un traumatisme crânien tel que le juge, devant l'altération majeure de ses facultés mentales, lui retira son droit de vote.

Au début, en 2008, la mère avait exercé la totalité de la mesure. Elle avait choisi un avocat dans le cadre des actions patrimoniales que sont les demandes d'indemnisation. Le professionnel nommé a sollicité le juge pour la nomination d'un autre conseil, ce qu'il a obtenu.

La mère a fait appel. Qui devait choisir l'avocat du majeur protégé ?

La problématique existe depuis une dizaine d'années (V. Gaz. Pal. 14-16 avr. 2002, p. 3, spéc. p. 8, obs. T. Fossier et F. Fresnel, ss Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juill. 2001, n° 98-16.854 ; RTD civ. 2002. 73, obs. J. Hauser). Il ne s'agit pas ici d'un problème déontologique dans le cadre d'un conflit d'intérêts, mais de l'exercice d'un droit hautement extrapatrimonial, le

choix de son défenseur. En d'autres termes : qui représente le mieux le tuteur s'il ne peut le faire lui-même hors les actes strictement personnels (J. Moret-Bailly, Définir les conflits d'intérêts, D. 2011. 1100) ?

L'arrêt de la cour, s'appuyant sur le fait que le premier avocat avait omis de rédiger une convention d'honoraires en 2008 (il résulte implicitement du Décr. n° 2008-1484, 22 déc. 2008 que la convention déterminant des honoraires forfaités ou forfaitaires est un acte d'administration), mais s'était déplacé au chevet du tuteur et avait rempli avec succès les missions confiées, infirme la décision du tribunal d'instance, mais enjoint aux deux tuteurs de choisir un unique conseil. A défaut d'accord, le juge des tutelles se trouvera de nouveau compétent.

Il convient de rappeler que le choix d'un avocat induit nécessairement (sauf en cas d'aide juridictionnelle) le paiement de ses honoraires (V. AJ fam. 2012. 544, obs. F. Fresnel, et 271, obs. F. Fresnel et C. Lacour). Cet acte extrapatrimonial a, bien entendu, une conséquence patrimoniale certaine. Mais l'arrêt souligne que « le choix d'un avocat ne peut être réduit à cette seule dimension (patrimoniale), comme, en la cause, la procédure concernée est une procédure d'indemnisation de préjudices de nature à la fois matérielle, patrimoniale et personnelle ; (...) que le choix du conseil (...) est donc un acte mixte, patrimonial et personnel ». Cette qualification d'acte mixte, apparue ici pour la première fois, a cheminé depuis.

Cet arrêt novateur (dans l'air du temps : V. Civ. 1<sup>re</sup>, 23 févr. 2011, n° 09-13.867, D. 2011. 747, obs. I. Gallmeister, 1265, note R. Loir, et 2501, obs. D. Noguéro ; AJ fam. 2011. 215, obs. T. Verheyde ; RTD civ. 2011. 324, obs. J. Hauser, qualifiant, dans le cadre d'une curatelle, d'acte extrapatrimonial une action en diffamation) souligne donc la double qualification patrimoniale (1) et extrapatrimoniale (2) du choix de l'avo-

cat par le majeur protégé, qui se traduit par la signature de la convention d'honoraires.

**1 - L'aspect patrimonial.** Hors l'avocat rémunéré dans le cadre de l'aide juridictionnelle, le choix d'un avocat a un coût. Il semble donc logique que ce soit le payeur qui soit le signataire de la convention d'honoraires, et non celui qui l'a choisi. Le tribunal d'instance avait fait valoir ce point pour rendre sa décision.

Or le décret précité du 22 décembre 2008 est clair sur la qualification de l'acte de disposition. Les conséquences en sont simples.

Si la convention est forfaitaire ou forfaitée, l'acte est un acte d'administration.

Aussi, dans une curatelle, le curatelaire, quelle que soit la qualification de cette dernière (simple, allégée ou renforcée), signe seul la convention, et l'honore. Dans le cadre d'une curatelle renforcée, le curateur est le payeur. S'il estime que son montant est trop élevé, il doit se faire, dans un premier temps, autoriser par le juge des tutelles pour la contester (art. 469 c. civ.) par une ordonnance, puis, dès lors que celle-ci est définitive, se présenter avec ce titre devant le bâtonnier (art. 10 L. n° 90-1259, 31 déc. 1990, et art. 175 mod. Décr. n° 91-1197, 27 nov. 1991). L'affaire oppose alors le curateur au curatelaire et à son avocat.

Dans le cadre d'une tutelle, le tuteur ne peut engager son patrimoine, en sorte que la signature du contrat lui semble interdite. Il ne pourrait donc, en l'état, choisir son conseil. Seul le tuteur le pourrait.

Si la convention est aussi assortie d'un résultat (dit parfois *quota litis*), l'acte est de disposition. Pour sa signature, dans le cadre d'une curatelle, il faut l'accord du curatelaire et du curateur. Dans le cadre d'une tutelle, il faut la signature du tuteur autorisé par le juge ou le conseil de famille. Là encore, le tuteur semble exclu.

Mais il est essentiel de respecter la finalité de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, l'intérêt de la personne protégée et notamment le respect de sa dignité (art. 415 c. civ.). Aussi, le législa-

teur a-t-il consacré ses droits extrapatrimoniaux (art. 457-1 à 463 c. civ.).

**2 - Le droit extrapatrimonial.** Le pouvoir de choisir son notaire, son expert-comptable, son référent religieux, son ou ses médecins, et son conseil, qui découle de l'article 458 du code civil, atteste que le majeur protégé reste un homme dans la communauté humaine, qu'il garde un espace de liberté (V. N. Peterka, A. Caron Deglise et F. Arbellot, Droit des tutelles, Dalloz référence, 2013-2014, note 5, p 504 ss 87.13) dont il peut jouir, sans que quiconque ne puisse (sauf le magistrat) le contraindre à renoncer ou à modérer ce droit.

Cette affirmation a donc des conséquences.

Ainsi, dans le cadre d'une curatelle, si la convention est un acte d'administration, le curatelaire la signe seul, puis, en cas curatelle renforcée, il l'envoie au curateur pour paiement. Dans le cadre d'une tutelle, comme c'est le tuteur qui choisit son avocat, il signe la convention, de même que le tuteur. On applique ici une règle déjà connue s'appliquant au libre choix du lieu de vie de la personne (art. 459-2 c. civ.). Dès lors, quand celle-ci entre dans un établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (Ehpad, autrement dit, une maison de retraite), qu'elle soit capable ou qu'il s'agisse d'un majeur protégé, elle doit donner son consentement à ce choix et signer le contrat d'hébergement.

Si la convention est un acte de disposition, le choix du protecteur doit-il être entériné par les deux membres du couple de la protection, tutelle ou curatelle ? En cas de conflit, quelle hiérarchie appliquer ?

L'arrêt du 3 janvier 2012, en infirmant le jugement du tribunal d'instance, affirme que c'est toujours le choix de la personne protégée qui prévaut sur celui du protecteur. En l'espèce, le tuteur ne pouvait plus consentir, c'est donc son représentant comme tuteur à la personne qui devait exercer ce droit.

Cette extension de la mission du tuteur à la personne, en filigrane dans la loi, trouve ici une concrétisation, grâce à la jurisprudence.