Numéro 40084 du rôle

A r r ê t T u t e l l e

du seize octobre deux mille treize

rendu sur un recours déposé en date du 28 juin 2013 au greffe du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg contre une ordonnance rendue en date du 23 mai 2013 par le juge des tutelles du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg par

1.) **A**, demeurant à,

2.) **B**, demeurant à,

3.) **C**, demeurant à , comparant en personne et assistés par Maître Karima HAMMOUCHE, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

dans l'affaire de tutelle concernant **D**, demeurant à , comparant en personne,

en présence de :

Maître **Mathias PONCIN**, avocat à la Cour, demeurant à L-1470 Luxembourg, 7-11, route d'Esch, pris en sa qualité de mandataire spécial de D.

LA COUR D'APPEL :

Par ordonnance du 14 août 2012, le juge des tutelles près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a placé D, né le 30 septembre 1922, sous sauvegarde de justice et nommé Maître Mathias PONCIN mandataire spécial de l'intéressé.

Par requête du 21 novembre 2012, A et son époux B, de même que C, ont demandé au juge des tutelles de remplacer Maître Poncin en sa qualité de mandataire spécial de D par la requérante A.

Par ordonnance du 23 mai 2013, le juge des tutelles a déclaré irrecevable pour défaut de qualité le recours des époux A+B pour ne pas faire partie des personnes énumérées à l'article 493 du code civil et recevable le recours introduit au nom de C, frère du majeur protégé.

Il a exposé que D avait désigné A comme son mandataire dans une procuration préparée par le notaire Christine DOERNER en 2008 et l'avait

instituée comme légataire universelle par testament du 7 mars 2008. Il a dit ensuite que le juge des tutelles pouvait, par application de l'article 491-3 du code civil, dans l'intérêt du majeur à protéger, prononcer la révocation du mandat ainsi donné. Il a ainsi retenu qu'en sa qualité de légataire universelle, A serait susceptible de se retrouver dans une situation de conflit d'intérêt avec D si elle était amenée à devoir prendre certaines décisions dans le cadre de la gestion du patrimoine de ce dernier ayant un impact direct sur la succession de celui-ci. Il a encore fait état de ce qu'il ressortait d'un rapport d'enquête sociale que divers montants étaient régulièrement transférés du compte de D vers celui de A et que notamment un montant de 300.248 € avait été viré du compte du majeur protégé sur celui de cette dernière. Il en a conclu que l'usage de la procuration par la personne que C souhaitait voir désigner comme mandataire spécial de son frère n'était conforme ni aux usages, ni dans l'intérêt du majeur protégé. La requête en remplacement a partant été rejetée.

Par mémoire déposé le 28 juin 2013 au greffe du tribunal des tutelles, A, B et C ont interjeté appel contre l'ordonnance du 23 mai 2013. Ils concluent, par réformation de la décision entreprise, à voir annuler l'ordonnance entreprise pour absence de motivation et non-respect du contradictoire et erreur de droit. Ils concluent au fond à voir nommer A en remplacement de Maître Mathias PONCIN comme mandataire spécial de D. Ils demandent à ce que l'Etat soit condamné à leur payer une indemnité de procédure de 1.500 €.

Les moyens de nullité.

Les appelants font grief au juge des tutelles de ne pas avoir motivé sa décision de révoquer le mandat conventionnel donné à A, d'avoir d'office soulevé le défaut de qualité de A et B sans avoir au préalable invité les parties à prendre position et de s'être référé pour leur dénier cette qualité à l'article 493 du code civil au lieu de l'article 491-6 alinéa 3 du même code.

Le représentant du ministère public a conclu à la nullité de l'ordonnance pour violation du principe du contradictoire.

Le juge des tutelles a, eu égard à l'exposé du contenu de l'ordonnance fait ci-dessus, suffisamment motivé sa décision de ne pas faire droit à la demande en remplacement du mandataire spécial de sorte que le moyen de nullité tiré de l'absence de motivation en droit, sinon d'une insuffisance de motivation, est à écarter. Il en est de même du moyen de nullité tiré d'une application erronée de l'article 493 du code civil, dès lors qu'à la supposer établie, elle n'entraînerait pas la nullité de la décision.

L'article 65 du nouveau code de procédure civile dispose que le juge doit en toutes circonstances faire observer et observer lui-même le principe du contradictoire, ne retenir dans sa décision les moyens, explications et documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement et ne pas fonder sa décision sur des moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations.

Cette disposition s'applique à toute décision juridictionnelle, partant également à l'ordonnance déférée qui a statué sur la demande des requérants. La Cour relève à cet égard que le juge des tutelles se réfère à l'entretien du 18 mars

2013 qu'il a eu avec les parties requérantes, entretien au cours duquel ces dernières ont partant pu faire valoir leurs observations.

Il ne ressort certes pas de la décision dont appel que la question de la qualité pour agir des requérants A+B ait été contradictoirement débattue le 18 mars 2013 devant le juge des tutelles.

Il ressort cependant des courriers échangés entre l'avocat des actuels appelants et le juge des tutelles que l'avocat, s'étant adressée par courrier du 4 septembre 2012 au nom de Madame A au juge des tutelles, ce dernier lui a signalé dans sa réponse du 25 septembre 2012 que « juridiquement parlant, votre cliente est un tiers par rapport à D de sorte qu'elle ne saurait prétendre remplacer Maître PONCIN » et que dans son courrier de réponse du 10 octobre 2012, l'avocat a dit « ne pas partager votre point de vue sur le fait que Madame A serait à considérer juridiquement comme une personne tierce par rapport à Monsieur D », l'avocat faisant à cet égard état des mêmes arguments que ceux développés actuellement dans l'exploit d'appel pour voir conférer qualité à agir notamment à A.

Il en découle que le juge des tutelles, loin d'avoir violé le principe du contradictoire, a dès le début de la procédure qui devait mener tant à l'entretien du 18 mars 2013 qu'à l'ordonnance litigieuse du 23 mai 2013, soulevé la question de la qualité à agir du mandataire conventionnel institué par D et que l'avocat de ce dernier a extensivement pris position quant à ce point spécifique par courrier du 10 octobre 2012 de sorte que le moyen de nullité tiré de la violation de l'article 65 du nouveau code de procédure civile n'est pas fondé.

<u>La qualité pour agir des époux A+B</u>

Les époux A+B font valoir que le juge des tutelles leur aurait à tort dénié la qualité pour agir en se référant à l'article 493 du code civil qui ne serait cependant applicable qu'en matière de tutelle, alors que leur qualité pour agir résulterait de l'article 491-6 alinéa 3 du code civil, applicable en matière de sauvegarde de justice, aux termes duquel « le recours prévu par les articles 1049 et 1050 du nouveau code de procédure civile est ouvert à tout intéressé contre la décision du juge des tutelles ».

Cette dernière disposition n'est cependant pas applicable en l'espèce, étant donné qu'elle permet à tout intéressé de relever appel de la décision du juge des tutelles devant la Cour d'appel, étant cependant précisé que l'article 1003 du nouveau code de procédure civile dispose que la décision par laquelle le juge place provisoirement , au cours de l'instance, la personne à protéger sous la sauvegarde de la justice ne peut faire l'objet d'aucun recours, sauf la disposition par laquelle le juge désigne un mandataire dans les conditions de l'article 491-5 du code civil. Il s'y ajoute que selon l'article 1048 du NCPC, il appartient au juge des tutelles de notifier ses décisions dans les trois jours notamment à « tous ceux dont elles modifient les droits ou les charges », précisément afin que ces derniers puissent exercer un recours devant la Cour d'appel.

Les seules personnes qui ont qualité pour agir sont, à défaut de dispositions contraires, et, par analogie à l'article 493 du code civil, celles énumérées audit article. Ces dernières sont d'ailleurs les seules à pouvoir, au vœu de l'article 491-3, alinéa 3, du code civil demander la révocation d'un mandat

conventionnel, de sorte qu'elles ont également seules qualité pour demander au juge des tutelles le remplacement du mandataire spécial.

B est le fils de la compagne de D tandis que Aest l'épouse de B. Ils ne font pas partie des personnes énumérées à l'article 493 du code civil.

Il en découle que les appelants A+B n'avaient pas qualité pour demander le remplacement du mandataire spécial nommé par l'ordonnance du juge des tutelles du 14 août 2012, de sorte que l'ordonnance du 23 mai 2013 est à confirmer de ce chef.

Le fond

Le juge des tutelles a par ordonnance du 14 août 2012 prononcé la mise sous sauvegarde de justice de D et, en application de l'article 491-3 du code civil, prononcé la révocation de toute procuration donnée par ce dernier sur un de ses comptes. Il a nommé Maître Mathias PONCIN mandataire spécial à l'effet d'assurer la gestion courante du patrimoine mobilier et immobilier de D.

Ce dernier conclut à la confirmation de l'ordonnance déférée.

L'ordonnance du 23 mai 2013 rejette la requête en remplacement du mandataire spécial pour les motifs exposés ci-dessus.

C'est tout d'abord à bon droit que le juge des tutelles a retenu qu'il restait libre, même pour le cas où le majeur à protéger a institué un mandataire conventionnel, de révoquer ledit mandat et de désigner un mandataire spécial en ayant en vue le seul intérêt de la personne à protéger.

Le risque de conflit d'intérêt de la légataire universelle A, invoqué entre autres par le juge des tutelles pour ne pas la nommer mandataire spécial, ne constitue pas à lui seul un motif suffisant, dès lors que, s'il est certes théoriquement imaginable que A qui, aux termes de la procuration du 19 mars 2008 a notamment pour mission de gérer les comptes bancaires de D, soit amenée à devoir en tant que mandataire de ce dernier prendre des décisions qui pourraient avoir un impact sur le patrimoine de celui-ci et partant un impact direct sur sa succession, ce risque n'existe cependant pas en l'espèce.

Il ressort, en effet, tant des déclarations de C, frère du majeur protégé, et de D faites à l'audience de la Cour d'appel, que de l'attestation du témoin E du 22 septembre 2012, que A s'occupe, depuis 2000, de la personne de D, qui n'a pas d'enfants et dont l'épouse est décédée. D la considère comme sa propre fille. C, le frère de l'appelant, et qui hériterait si son frère devait avant lui décéder ab intestat, a relaté à l'audience que son frère s'est montré étonné qu'il se soit vu nommer un mandataire spécial, étant donné qu'il avait mandaté A de s'occuper de sa personne et de ses biens, les deux frères ayant expressément demandé à la Cour que la volonté de D soit respectée. Cette position était déjà celle de D en 2008, partant à une époque où il a signé la procuration en faveur de A et l'a instituée comme légataire universelle. Elle ressort de l'attestation testimoniale du notaire Christine DOERNER. (farde I de 15 pièces, numéro 1)

Le témoin relate s'être rendue le 7 mars 2008 au domicile de D qui lui a fait part de sa volonté de ce que A, qui s'occupe de lui depuis 2000, recueille toute sa fortune et soit son unique héritière. Il a énuméré au notaire toutes les

tâches quotidiennes que A effectuait pour lui à sa plus grande satisfaction, le notaire ayant pu constater « qu'il avait toute sa confiance en A et il en parlait comme de sa propre fille. Il pensait même de l'adopter ». D a rédigé un testament le même jour en faveur de A. Il a, à cette occasion, fait part de son inquiétude de ce que A devrait payer « beaucoup de droits de succession », raison pour laquelle il « annonçait déjà son intention de faire un don manuel de ses comptes bancaires de son vivant à A ». Le témoin atteste que D a insisté pour que A recueille toute sa fortune à l'exclusion de toute autre personne, notamment les personnes proches de l'entourage de son épouse décédée. Le notaire d'ajouter qu'il a envoyé le 18 mars 2008 un projet de procuration en faveur de A que D a signé par la suite.

Le juge des tutelles a encore relevé à l'appui de sa décision de ne pas faire droit à la demande en remplacement comme « élément troublant » le fait pour A d'avoir transféré du compte bancaire de D la somme de 300.248 € sur son compte personnel. Ce transfert a été effectué le 17 juin 2010.

La Cour se doit de constater que cette opération a été effectuée en exécution de la volonté exprimée de D de gratifier A pour les services qu'elle lui a rendus et continue de lui rendre et de la faire profiter seule de sa fortune. L'appelante a par ailleurs déclaré ne pas avoir touché audit montant qui se trouverait encore toujours dans son intégralité sur un compte bancaire ouvert à son nom, mais avec procuration établie au profit de D. Interrogé au sujet du virement de 300.248 € qu'il a effectué en faveur de A, D a répondu lors de l'audience de la Cour « ech hun jo soss keen ».

Le deuxième élément troublant relevé par le juge des tutelles concerne des virements réguliers faits en faveur de l'appelante à partir du compte bancaire de D.

Il convient à ce sujet de constater que par décision du 22 février 2010, la CNS a décidé que D a droit aux prestations en espèces de l'assurance dépendance de sorte qu'il se voit allouer mensuellement un montant qu'il continue à A qui lui prodigue les soins à domicile en sa qualité d' « aidant informel » et qui est déclarée depuis le 18 juin 2010 auprès du CCSS comme étant au service de D.

Il ne ressort partant pas des éléments soumis à examen que A soit à l'origine de décisions quelconques préjudiciables au patrimoine de D.

La Cour ne voit dans ces conditions pas la nécessité de faire exception à l'article 491-3 alinéa premier du code civil qui prévoit que le mandat donné par le majeur avant qu'il n'ait été placé sous sauvegarde de justice à une personne à l'effet d'administrer ses biens reçoit exécution, de sorte qu'il convient, par réformation de la décision entreprise, de dire que la procuration signée par D le 19 mars 2008 et donnant notamment mandat à A d'administrer ses biens reçoit exécution.

Les appelants demandent à voir condamner l'Etat à leur payer une indemnité de procédure. Les époux A+B n'y ont pas droit étant donné que l'ordonnance du juge des tutelles a été confirmée par la Cour en ce que ce dernier leur a dénié la qualité de le saisir d'une demande en remplacement du mandataire spécial. Quant à C, il n'établit pas l'iniquité dont question à l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière d'appel contre les décisions du juge des tutelles, statuant contradictoirement après instruction en chambre du conseil, la représentante du ministère public entendue,

reçoit l'appel,

rejette les moyens de nullité,

dit l'appel fondé,

réformant :

dit fondée la demande de C tendant au remplacement du mandataire spécial de D nommé par ordonnance du juge des tutelles du 14 août 2012 à l'effet d'assurer la gestion du patrimoine mobilier et immobilier et notamment le règlement des factures de ce dernier,

dit que la procuration donnée le 19 mars 2008 par D, placé sous sauvegarde de justice par ordonnance du juge des tutelles du 14 août 2012, à A, épouse B, à l'effet de le représenter dans l'administration de ses biens mobiliers, reçoit exécution,

rejette les demandes des parties appelantes en allocation d'une indemnité de procédure,

laisse les frais de la procédure d'appel à charge de l'Etat,

Ainsi prononcé en audience publique, après instruction de la cause en chambre du conseil où étaient présents :

Jean-Claude WIWINIUS, président de chambre,
Roger LINDEN, premier conseiller,
Christiane RECKINGER, premier conseiller,
Marie-Jeanne KAPPWEILER, avocat général,
Pascale BIRDEN, greffier.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Jean-Claude WIWINIUS, président de chambre, en présence de Simone ANGEL, greffier assumé.