

VULNÉRABILITÉ ET APTITUDE

Réponses faites par David Noguéro, professeur, Faculté de droit, Université Paris Descartes Sorbonne Paris Cité (laboratoire Institut Droit et santé IDS - UMR-INSERM 1145)

Mail : davidnoguero@orange.fr ; site www.davidnoguero.com (les références de mes travaux)

Les questions qui ont été transmises sont soulignées en gras. *Avril 2018.*

Dans ce thème, l'étude des vulnérabilités est abordée principalement¹ sous l'angle de la protection patrimoniale et non sous l'angle de la protection de la personne.

DN (pour David Noguéro, ci-après) En droit français, la doctrine évoque les **actes mixtes** pour ceux qui sont à cheval sur la protection du patrimoine et de la personne. Il en va ainsi pour la protection de la résidence et du cadre de vie (art. **426** C. civ.) ou celles des comptes bancaires au sens large (art. **427** C. civ.). Les actes sont alors encadrés pour l'administration du patrimoine d'autrui, soumis à autorisation préalable.

Même si des discussions peuvent parfois agiter certains, il ne fait aucun doute que cette protection s'applique indifféremment à toutes les mesures de protection juridique des majeurs (pour l'habilitation familiale, la nuance textuelle de l'art. **494-7** C. civ., dérogation pour le jeu de l'art. **427**). Le 113^e Congrès des Notaires de France à Lille, en septembre 2017, a même proposé une suppression d'une telle autorisation pour la résidence du majeur, s'agissant du mandat de protection future notarié, par une modification du texte (art. **426**).

DN **précision** de sigle : si rien d'autre n'est indiqué, le renvoi à un article concerne le Code civil. Par ailleurs, le droit des majeurs protégés est aussi règlementé, en complément, par le Code de procédure civile (CPC). Encore, notamment, CASF : code de l'action sociale et des familles ; CSP : code de la santé publique ; C. com. : code de commerce. Les décisions de justice sont indiquées par le numéro de pourvoi et l'éventuelle publication au bulletin est signalée (les initiales DN indiquent un commentaire de ma part dans des revues Cf site internet pour les références. Au-delà, celle d'articles sur ces thématiques).

¹ Certaines problématiques ne peuvent être complètement dissociées l'une de l'autre. Ex : bien-être moral et matériel du majeur, protection du milieu de vie de l'inapte.

MAJEUR INAPTE

1- Les divers régimes de protection

Décrivez brièvement les divers régimes de protection du majeur notamment sous l'angle de l'administration de ses biens².

DN La matière qui avait été refondue par la loi n° 68-5 du **3 janvier 1968** *portant réforme du droit des incapables majeurs* (inspirée par Jean Carbonnier) a été révisée par la loi n° 2007-308 du **5 mars 2007** *portant réforme de la protection juridique des majeurs*, en vigueur au 1er janvier 2009. Cette réforme a été suivie d'autres textes depuis mais elle demeure la matrice.

Par parenthèse, des réflexions sont menées à la suite de l'interférence de la convention internationale des personnes handicapées de l'ONU (**CIDPH**), ratifiée par la France (dont l'interprétation est amplifiée par le Comité en charge), à côté de celle dédiée spécifiquement aux adultes de la Haye, entrée en vigueur en France le 1er janvier 2009, avec la réforme de 2007.

Certains peuvent proposer une mesure unique, en lien avec l'idée d'accompagnement, contre des mesures dites substitutives. Au nom des droits de l'homme, de l'égalité et de la non-discrimination, le Défenseur des droits (DDD, ci-après) est partisan de cette optique (rapport 2016, *Protection juridique des majeurs vulnérables*) avec des nuances. D'autres y sont fermement opposés, préférant conserver la catégorisation des différentes mesures usant des techniques d'assistance ou de représentation. Observons déjà, simplement, que sauf vision déformante, toute personne handicapée n'est pas un majeur protégé pour le seul motif de son handicap et que tous les majeurs protégés ne sont pas des personnes handicapées, les causes de l'altération des facultés personnelles étant multiples.

L'angle de la gestion des biens est exclusivement envisagé. Une précision doit néanmoins être donnée. Le droit français appréhende différemment la protection des biens de celle de la personne. Pour cette dernière, malgré la mesure prononcée, doit être vérifié l'état du consentement de la personne protégée, autrement dit son aptitude de fait ou capacité naturelle. Elle est à privilégier, parfois de façon absolue (actes strictement personnels ; art. **458** à la liste non exhaustive), parfois de façon graduelle (à défaut l'assistance, voire la représentation).

La double protection (personne/biens) est de principe pour la curatelle et la tutelle (art. **425**). Elle est facultative pour la sauvegarde de justice (art. **438**), le mandat de protection future (art. **479**) ou l'habilitation familiale (art. **494-6**). Si elle est décidée, il est renvoyé, partiellement ou totalement, aux règles prévues pour la curatelle et la tutelle, d'ordre public.

² **ATTENTION AU VOCABULAIRE.** Pour la bonne compréhension de tous, veuillez préciser le degré d'inaptitude en regard du terme employé. Ex : Au Québec, la curatelle = inaptitude totale et permanente ; tutelle = inaptitude partielle ou temporaire. (À la différence d'autres droits où les mêmes mots ont un sens différent ou opposé. Ex : France, Belgique)

DN Le droit français connaît plusieurs mesures dites de protection juridique du majeur, avec différents organes protecteurs.

D'abord les **mesures judiciaires** (loi du 3 janvier 1968 et loi du 5 mars 2007) : sauvegarde de justice (art. **433** s.) ; curatelle ; tutelle. Pour ces deux dernières mesures, qui représentent autour de 95% des mesures prononcées (dont une majorité de tutelles, et une portion importantes pour les curatelles de celles renforcées), selon les Rapports en 2016 de la Cour des comptes (CDC, ci-après) et du Défenseur des droits (DDD, ci-après), les dispositions sont regroupées (art. **440** s.).

La **sauvegarde de justice** (SDJ, ci-après) est d'une durée limitée à un an renouvelable une seule fois (2 ans au maximum). L'idée est celle d'une protection juridique temporaire voire d'une représentation pour l'accomplissement de certains actes déterminés (art. **433**). Pour cette dernière possibilité, sous-utilisée en pratique, la doctrine évoque parfois la « sauvegarde de justice **autonome** ».

Le majeur y conserve l'exercice de ses droits, tout en ayant une capacité fragilisée, car disposant des actions dites spéciales en réduction pour excès ou rescision pour simple lésion (art. **435**), outre une éventuelle action pour insanité (absence de consentement pour trouble mental). C'est ce qui fait dire à certains que la mesure n'est pas « incapacitante ». L'appréciation, selon nous, est à fortement nuancée.

Un mandataire investi par un mandat de droit commun (art. **1984** s.), avant la sauvegarde de justice (art. **436**), peut demeurer en place pendant la mesure si le juge des tutelles ne le révoque pas ou ne le suspend pas.

A défaut de mandat, le droit commun de la gestion d'affaires (art. **1301** s.) a vocation à s'appliquer (art. **436**). Certaines personnes sont tenues, même, de réaliser des actes conservatoires en certaines circonstances (art. **436**).

Surtout, et c'est fréquent en pratique, le juge des tutelles peut décider de désigner un mandataire spécial (art. **437**). Celui-ci a donc un pouvoir de représentation (au nom et pour le compte du majeur protégé). En ce cas, dans la sphère de pouvoirs accordés, l'organe protecteur a priorité sur l'action du majeur dont l'acte pourrait être attaqué pour rechercher sa nullité (art. **435**). En ce cas, la mesure est bien « incapacitante », selon nous.

Le mandataire spécial n'a pas un pouvoir général d'administration du patrimoine. Il est désigné pour accomplir un ou plusieurs actes déterminés. Le juge doit donc fixer précisément sa mission. Il s'agit d'acte d'administration ou de disposition, classification habituelle (V. définitions, art. **496** ; à combiner avec le décret n° 2008-1484 du **22 déc. 2008**, art. 1 et art. 2, et 2 annexes classifiant des actes. Elles contiennent des listes d'actes comprenant des qualifications fixes, annexe 1, ou variables selon les circonstances d'espèce, annexe 2, à apprécier selon certains critères fournis aux art. 1 et 2 du décret). Comme tout organe protecteur, il peut également accomplir un acte conservatoire (remarque à transposer pour les autres régimes de protection).

Il faut que les actes soient rendus nécessaires par la gestion du patrimoine de la personne protégée.

Attention. A l'inverse du **Québec**, la curatelle est une mesure moins contraignante que la tutelle, forme supérieure de la protection (art. **440**). C'est pourquoi la tutelle est dite mesure « incapacitante » par excellence (placée dans les décisions dites substitutives).

En **curatelle** (C, ci-après), la technique privilégiée est celle de l'assistance, non la représentation (art. **469**). Le curateur complète ainsi la capacité juridique du majeur, curatelaire, qui demeure à l'initiative. A côté, son consentement demeure indispensable (**Civ. 1^{re}, 20 oct. 2010**, n° 09-13.635, Bull. civ. I, DN). Des cas sont prévus dans lesquels le majeur doit être assisté (art. **467** ; art. **468** ; art. **470**, al. 2, donation). Ils recouvrent le plus souvent les actes de disposition car, pour ceux d'administration, le curatelaire peut normalement agir seul (art. **467**).

L'**assistance** prend la forme de la contresignature de l'acte par le curateur (art. **467**), qui joue son rôle de contrôle et de conseil. Dernièrement, la Cour de cassation a peut-être laissé la place à une modalité plus souple, c'est-à-dire une assistance sans présence physique, dès lors qu'elle n'est pas un blanc-seing mais une autorisation d'agir pour un acte avec des conditions bien précisées (**Civ. 2^e, 8 juin 2017**, n° 15-12.544, Bull. civ. II, DN : en assurance-vie, clause de désignation bénéficiaire). Si le curateur refuse son assistance, le curatelaire peut solliciter l'autorisation supplétive du juge des tutelles (art. **469**). Inversement, face à l'inertie du curatelaire, si cela compromet gravement ses intérêts, le curateur peut se faire judiciairement autorisé à représenter exceptionnellement le majeur pour un acte déterminé (art. **469**), donc pas de façon générale. La mesure peut encore être transformée en tutelle.

Le tout ne préjuge pas de l'existence d'une éventuelle opposition d'intérêts entre l'organe protecteur et le majeur protégé. Comme dans d'autres régimes, cette opposition est parfois indiquée par les textes (ex. donation, curateur bénéficiaire, art. **470** ; clause bénéficiaire en assurance-vie, art. **L. 132-4-1**, curatelle et tutelle). En dehors d'un texte, une telle opposition peut très bien être caractérisée, à démontrer par celui qui la dénonce. Elle doit conduire à solliciter le curateur (ou tuteur) subrogé s'il est en place (art. **454**), ce qui est facultatif, voire, à défaut, un organe *ad hoc* (art. **455**).

Le non-respect de la procédure différente à suivre pour accomplir l'acte entraîne la responsabilité civile de l'organe en cas de préjudice, voire sa décharge de la mission. Surtout, pour le sort de l'acte, la jurisprudence prévoit la **nullité relative de droit**, sans pouvoir d'appréciation du juge si l'opposition est constituée (arrêt initiateur, **Civ. 3^e, 5 oct. 2017**, n° 16-21.973, DN).

Il demeure que le juge peut **moduler** la capacité à tout moment (art. **471**). Dès lors, l'assistance peut être imposée pour un acte juridique qui, normalement, ne l'exigerait pas. Inversement, on peut s'en dispenser alors qu'elle aurait habituellement vocation à jouer. Alors le curatelaire agit seul. La curatelle aménagée peut être allégée ou aggravée/renforcée.

Illustration très fréquente en pratique, la curatelle dite **renforcée** donne au curateur un pouvoir de représentation pour percevoir seul les revenus du curatelaire et assurer le règlement des dépenses auprès des tiers (art. **472**). Pour décider d'une telle forme supérieure de curatelle, outre l'altération des facultés personnelles, le juge doit constater que le majeur est inapte à percevoir les revenus et à faire une utilisation normale de ces fonds (motivation à fournir,

contrôlée par la Cour de cassation ; une jurisprudence fournie). Pour le reste, l'assistance est maintenue.

En **tutelle** (T, ci-après), le tuteur représente le tuteur, personne protégée, de manière continue, pour les actes nécessaires à la gestion du patrimoine (art. **440** ; art. **473** ; art. **496**). Le tuteur agit au nom et pour le compte du tuteur, seul engagé à l'égard des tiers en sa qualité de représenté (**Com. 30 oct. 1989**, n° 88-14.530, Bull. civ. IV, n° 266). Il doit effectuer sa gestion en apportant des soins prudents, diligents et avisés, dans le seul intérêt du tuteur (art. **496**).

Pour certains actes, le tuteur le fait sans autorisation du juge, ceux d'administration, ou conservatoire (art. **504**) ; pour d'autres, ceux de disposition, il doit recueillir l'autorisation préalable du juge des tutelles ou du conseil de famille (art. **505**) ; d'autres actes peuvent être spécifiquement règlementés (art. **506** s.), notamment en raison de leur gravité. Des conditions peuvent également être posées ou des tempéraments apportés (ex. vente, art. **505**).

Pour les **actions en justice**, si elles portent sur des droits extrapatrimoniaux, le tuteur représentant doit obtenir une autorisation (art. **475**) ; sur les droits patrimoniaux, il peut agir seul (art. **504**). Par comparaison, il faut relever que pour la curatelle, pour agir ou défendre en justice, cette distinction n'a plus lieu pour le curatelaire depuis la réforme de 2007, qui doit toujours être assisté par le curateur (art. **468**), à qui doit aussi être adressée toute signification (art. **467**).

Pour l'autorité délivrant l'**autorisation**, il ne s'agit pas d'une option mais d'une précision tenant compte des modalités d'organisation de la tutelle, celle-ci pouvant être « complète » c'est-à-dire avec conseil de famille (art. **456** ; art. **457**). En ce cas, celui-ci exerce *grosso modo* les prérogatives du juge pour la gestion. Il est à relever, en pratique, que la tutelle avec conseil de famille est rarissime (pourcentage inférieur à 1% et même 0, quelque chose...). On comprend donc que c'est le juge des tutelles qui autorise habituellement (art. **502**).

Il faut encore signaler que des actes sont **interdits** au tuteur, serait-ce avec l'autorisation, qui figurent dans une liste exhaustive (art. **509**). Rien n'indique si cette interdiction doit être transposées aux autres mesures de protection juridique. La doctrine en débat avec des opinions divergentes. Pour la curatelle, l'initiative étant celle du curatelaire en principe non représenté, la question ne se pose que pour les actes pour lesquels il est effectivement représenté. Pour la sauvegarde de justice, le mandat de protection future ou l'habilitation familiale, le débat existe avec des partisans de l'extension et ceux de la mise à l'écart. Notons que certains actes semblent naturellement être toujours interdits (ex. exercer une profession libérale au nom du majeur).

Comme en curatelle, à tout moment, le juge des tutelles peut procéder à la **modulation** de capacité juridique du tuteur (art. **473**). Plutôt que la représentation qui est normalement la technique mise en oeuvre, sera privilégiée l'assistance voire même la possibilité pour le tuteur d'agir seul. Cela suppose un intervalle lucide d'une durée raisonnable.

Les mesures judiciaires sont des espèces de prototypes à l'intérieur desquels des aménagements demeurent possibles, même s'ils sont sous-exploités en pratique (avant comme après la réforme de 2007).

Ensuite, **création** de la réforme de 2007 (en vigueur au 1er janvier 2009), des mesures **conventionnelles** à savoir les différentes formes du **mandat de protection future** (art. **477** s.) (MPF, ci-après), pour soi (notarié ou sous seing privé, ce dernier se dédoublant : avec contresignature d’avocat ou sur modèle règlementaire), pour autrui (toujours notarié, obligatoirement). Ce dernier cas correspond à l’hypothèse du choix des parents ayant la charge de leur enfant, spécialement celui handicapé.

L’idée est de faire davantage de place à la volonté pour éviter le recours au juge. Il faut peut-être préciser que pour le **choix de l’organe** protecteur, la volonté d’anticipation existe aussi pour les mesures judiciaires (art. **448** ; renvoi pour le mandataire spécial, art. **437**). Il faut encore ajouter que le rôle du juge n’est pas totalement exclu dans le fonctionnement du mandat (art. **484** ; art. **485**), qui peut, de surcroît, en droit positif, être cumulé avec une mesure de protection judiciaire en certaines circonstances.

Des dispositions communes régissent tous les mandats qui ne sont pas, pour l’heure, soumis à une quelconque **homologation** d’une autorité (différence avec le **Québec**) mais sont visés par le greffe pour leur déclenchement ou mise en œuvre, sur présentation de différentes pièces dont un certificat médical. Le principe de la **publicité** a été introduit par une loi n° 2015-1776 du **28 décembre 2015 relative à l’adaptation de la société au vieillissement** (art. **477-1**), à l’objet plus large. Mais, à ce jour, le décret d’application n’est toujours pas paru pour connaître les modalités de la publicité des différents mandats ! Ceux-ci se distinguent par l’étendue des pouvoirs conférés au mandataire de protection future.

Malgré l’absence de texte dédié à la mesure sur ce sujet (comp. la théorie générale de la représentation introduite en 2016 dans le code, art. **1159**, al. 2), la doctrine majoritaire précise que le mandant (mandat pour soi) ou le bénéficiaire du mandat (mandat pour autrui) conserve l’exercice de ses droits. Comme en sauvegarde de justice, sa capacité est néanmoins fragilisée, d’où la même ouverture des actions spéciales (art. **488**). Le trouble mental peut conduire à la critique de l’acte sur le terrain de l’absence de consentement. Ajoutons qu’une fois le mandat déclenché, la personne protégée ne peut plus révoquer le mandataire. C’est alors le juge qui décide. Rien ne vient régler, à l’inverse de la sauvegarde de justice ou de l’habilitation familiale, l’éventuelle contradiction des actes entre le mandataire et le majeur protégé. Pareillement, les oppositions d’intérêts ne sont pas règlementés par la loi (V. *infra*, sur ces différents points).

Notons que pour tout mandat, la sphère d’action du mandataire a pu être délimitée par la liberté contractuelle. Le mandat de protection future déroge au droit commun du mandat qui ne s’applique que dans la mesure de sa compatibilité (art. **478**). Selon sa nature, il ne permet pas d’aller au-delà de ce qui va être maintenant indiqué ci-dessous.

En mandat de protection future sous seing privé (art. **492** s.), le mandataire n’a que pouvoir de réaliser des actes d’administration (art. **493**). Les actes conservatoires doivent être également compris. Si jamais un autre acte est nécessaire, de disposition, ou pour un acte non couvert par le mandat, l’autorisation préalable du juge des tutelles s’impose (art. **485**). C’est ce qui explique le peu de succès statistique, à croire les chiffres néanmoins imprécis en ce domaine (Rapports 2016, Cour des comptes et Défenseur des droits). En effet, autour de 85% des quelques milliers de mandats conclus seraient notariés.

En mandat de protection future notarié (art. **489** s.), les pouvoirs sont plus larges. Le mandataire peut réaliser tant des actes d'administration que de disposition (art. **490**), sans autorisation préalable du juge, d'où sa souplesse vantée. Une limite existe : le mandataire ne peut accomplir un acte de disposition à titre gratuit sans autorisation préalable du juge des tutelles.

Même si ce n'est pas précisé par les textes, le caractère intime du testament, acte strictement personnel (jugé en tutelle, **Civ. 1^{re}, 8 mars 2017**, n° 16-10.340, Bull. civ. I, DN), ne permet aucunement la représentation ou l'assistance. La remarque est à généraliser, selon nous.

L'instrument du mandat de protection future (MPF) reste peu utilisé malgré les encouragements des pouvoirs publics et du notariat, par exemple. Les habitudes et la culture françaises y sont probablement pour quelque chose, au-delà du caractère perfectible de l'instrument !

Enfin, en vigueur depuis le 1er janvier 2016 (après l'ordonnance n° 2015-1288 du **15 oct. 2015** ; ratification, loi n° 2016-1547 du **21 nov. 2016**), l'**habilitation familiale** (HF) a été introduite afin de déjudiciariser la protection (au moins partiellement), et éviter les mesures judiciaires (juger lourdes), en favorisant la préférence familiale (art. **494-1** s.). C'est du moins l'objectif poursuivi selon le rapport remis au Président de la république en 2015.

En droit positif, elle est un système de représentation exclusivement, même si des débats existent pour son ouverture à la technique, aussi, de l'assistance.

Prospective. Sur ce dernier point, le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice du **20 avril 2018** (art. 16) prévoit de modifier l'article **494-1** afin d'ouvrir l'alternative : une personne habilitée pour la représenter, à l'assister dans les conditions de l'article 467 (ce qui est un renvoi exprès à la technique utilisée en curatelle). Si le texte était adopté (et le toilettage d'autres dispositions, dont celui sur la sanction pour le défaut d'assistance), ce serait un changement de nature du régime. Ce ne serait pas l'introduction de la mesure unique mais une mesure encouragée avec la double technique assistance/représentation.

Quant à sa **nature**, la mesure est qualifiée d'hybride, ni pleinement judiciaire (jugé, par l'arrêt initiateur, **Civ. 1^{re}, 20 déc. 2017**, n° 16-27.507, Bull. civ. I, DN), malgré des emprunts, ni conventionnelle, assurément, malgré des ressemblances (pouvoirs du MPF notarié). Il s'agit d'un mandat judiciaire familial, qui n'exclut pas un certain rôle du juge des tutelles. Pour les règles compatibles, il est renvoyé au droit commun du mandat (art. **494-1**, al. 1), comme c'est le cas pour le MPF (art. **478**). L'harmonie familiale s'impose pour recourir à une telle mesure. Il ne s'agit pas vraiment d'une mesure d'anticipation, dans notre analyse.

Celle-ci nécessite une concorde familiale et se divise en deux branches : habilitation familiale **simple** ou **spéciale** (HFS), appellations doctrinales à défaut de précision du législateur ; habilitation familiale **générale** (HFG), appellation légale.

Les pouvoirs doivent être précisés pour la gestion patrimoniale car renvoi est fait pour les actes relatifs à la personne si cette protection là est prévue (art. **494-6**). La première forme (spéciale) concerne un ou plusieurs actes d'administration et/ou de disposition. Seule soumise à la même publicité (art. **494-6**) que les mesures judiciaires, la seconde (générale), plus large, porte sur l'ensemble des actes (administration et/ou disposition). Pour toutes les habilitations familiales,

comme en mandat de protection future notarié, la personne habilitée (unique ou plusieurs), organe protecteur, ne peut accomplir un acte de disposition à titre gratuit qu'avec l'autorisation préalable du juge des tutelles.

Pour l'**opposition d'intérêts**, en l'absence d'organe subrogé ou *ad hoc*, une procédure spécifique existe. En HFS, le juge, en amont, y veillera et ne la délivrera vraisemblablement pas en cas d'opposition vérifiée. En HFG, la personne habilitée pourra néanmoins passer l'acte à condition d'obtenir l'autorisation préalable du juge des tutelles, à titre exceptionnel, si l'intérêt du majeur protégé l'impose (art. **494-6**).

Le majeur sous habilitation conserve en principe sa capacité juridique, même s'il ne peut conclure un mandat de protection future (art. **494-8** ; et art. **477**). En revanche, en vertu de la loi, il perd sa capacité au profit de son représentant dans la sphère de pouvoir accordé à celui-ci (art. **494-8**), comme pour le mandataire spécial en sauvegarde de justice (V. les sanctions art. **494-9**). Sous cet aspect, l'AF est également « incapacitante ». *Prospective*. Si l'assistance était ajoutée (V. *supra*), à l'avenir, l'initiative appartiendrait au majeur protégé.

A noter, que le mandat de protection future a priorité sur les autres mesures et que l'habilitation familiale devrait être privilégiée avant de passer aux mesures judiciaires (cf les principes directeurs, notamment de celui de subsidiarité).

Quelles sont les valeurs qui sous-tendent les mécanismes juridiques de protection des majeurs inaptes ? Mesures de protection dans le respect de la personne ? Respect de l'autonomie résiduaire ? Droit à l'autodétermination ?

DN Principe général de la protection juridique, toute mesure de protection a pour finalité l'intérêt de la personne protégée et favorise, dans la mesure du possible, son autonomie (art. **415**). De plus, il s'agit d'une charge des familles et de la collectivité devant protéger les personnes faibles. Encore, la protection est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne (V. *infra*).

Le respect de la personne doit effectivement être assuré. Evidemment, si les principes existent, encore faut-il qu'ils se réalisent concrètement, ce qui suppose des moyens matériels, à différents niveaux, jusqu'aux juridictions (V. Rapport de la Cour des comptes, 2016).

L'autonomie « résiduaire » est permise grâce à la **modulation** de capacité (art. **471** ; art. **473**. V. *supra*), déjà signalée, en curatelle et tutelle pour la modulation de capacité. Surtout, dans le domaine des actes personnels, elle est la logique encouragée. Encore faut-il une réelle autonomie, qui ne peut se manifester qu'avec un minimum de lucidité.

Dans le domaine patrimonial, même si les techniques de représentation et d'assistance existent, dans leur mise en oeuvre, il est conseillé de se reporter aux **vœux ou directives** éventuellement émis par le majeur. Sa capacité résiduelle peut encore être en action si une **individualisation** de la mesure intervient, qui permet la modulation de sa capacité. En outre, pour les contrats, la loi admet qu'une personne incapable de contracter peut néanmoins accomplir seule les **actes courants** autorisés par la loi ou par l'usage, dès lors qu'ils sont conclus à des conditions normales (art. **1148**), soit non désavantageuses pour la personne en question (V. *infra*). On devine la marge d'initiative qui existe toujours.

Comme indiqué plus haut, les majeurs peuvent choisir, par **anticipation**, sous réserve de bon sens que cela soit conforme à leur intérêt le moment venu, la personne qui sera leur organe protecteur, tant pour les mesures judiciaires (art. **448** ; art. **1255** CPC, sur la forme) que pour les mandats de protection future, choix qui s'impose par principe au juge ou au conseil de famille. Pour l'habilitation familiale qui n'est pas une mesure d'anticipation, le vœu du majeur sera souvent suivi dans cette mesure qui suppose l'entente familiale, lorsque celui-ci s'exprimera lors de son audition. En toute hypothèse, le juge doit vérifier que les intérêts du majeur (patrimoniaux et personnels) sont respectés tant pour le choix de la personne habilitée que pour l'étendue de l'habilitation (art. **494-5**). Il doit y avoir une adhésion ou une absence d'opposition légitime des proches (art. **494-4**).

Pour garantir les libertés et ne pas offrir une protection qui ne se mérite pas, le droit positif français accorde des **garanties procédurales** importantes (ex. accès au dossier, copie ; notification ; audition...). La jurisprudence veille au respect de telles exigences, toujours à améliorer sur le terrain.

S'agissant des **principes directeurs**, il s'énonce en trilogie : subsidiarité ; nécessité et proportionnalité (art. **428** ; art. **440**). *Prospective*. Le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice du **20 avril 2018** (art. 16), s'il était adopté, prévoit de modifier la rédaction pour bien faire ressortir la priorité du MPF (déjà acquise) et, aussi, à la lettre (acquis en esprit), celle de l'HF sur les mesures judiciaires.

En bref, pour la **subsidiarité**, il faut d'emblée vérifier qu'une technique autre que les mesures de protection juridique suffisent à assurer une protection équivalente (ex. une procuration ; les régimes primaire et matrimonial pour un majeur marié). Les illustrations données ne sont pas exhaustives. Cette subsidiarité externe oblige à ne recourir qu'en second lieu à une mesure protectrice dès lors que la protection peut être assumée autrement, même différemment. Ensuite, espèce de subsidiarité interne, si une mesure de protection juridique s'impose vraiment, il faut essayer de sélectionner celle qui est la moins contraignante au sens où elle a le moins d'impact sur la capacité juridique (la moins « incapacitante »).

Le principe de **nécessité** pose l'impérieuse vérification du besoin de protection, dans son existence et dans le temps. Ainsi, le certificat médical est une exigence qui rend sinon la demande irrecevable. Y compris pour le mandat de protection future, il s'impose pour mettre en œuvre la protection. Il faut également doser dans le temps la mesure de protection.

Par ailleurs, la sauvegarde de justice, dans l'optique d'une mesure provisoire, est à durée déterminée (un an ; renouvelable une fois ; art. **439**. V. *supra*). A tout moment, le juge peut mettre fin à la protection ne se justifiant plus. Le but à généraliser est de coller du mieux possible au besoin réel de protection.

Il en va ainsi, depuis la réforme de 2007, pour les mesures judiciaires (art. **441** ; durée de 5 ans au maximum en principe, sauf la tutelle qui, à des conditions restrictives, lorsque l'état du majeur ne va pas connaître d'amélioration, peut être portée à 10 ans pour sa durée initiale). Avec le terme, qui oblige à une révision périodique, le renouvellement est prévu, toujours à durée déterminée, pour une même durée maximum, en principe, sauf cas non susceptible d'amélioration permettant une durée plus longue ne pouvant toutefois excéder 20 ans (art.

442). De plus, à tout moment, le juge saisi peut mettre fin à la protection ne se justifiant plus par sa mainlevée, comme sous la loi de 1968 (où curatelle et tutelle était à durée indéterminée, donc sans terme, ni obligation de révision périodique).

Pour l'habilitation familiale, si elle est spéciale, sa durée est calquée sur le temps nécessaire pour accomplir l'acte ou les actes (art. **494-11**). Si elle est générale, une durée initiale de 10 ans est prévue (art. **494-6**), terme de la protection à défaut de renouvellement (art. **494-11**), qui a lieu en principe pour la même durée maximum, sauf si la situation n'est pas susceptible d'amélioration, ce qui conduit à une durée plus longue ne pouvant excéder 20 ans. Là encore, à tout moment, le juge peut parfaitement décider de mettre fin à la protection devenue sans objet.

Aucune durée n'est indiquée pour le mandat de protection future. La liberté contractuelle règne mais la logique de l'instrument semble faire préférer une durée indéterminée.

Enfin, brièvement, la **proportionnalité** conduit à une personnalisation de la mesure, par la recherche d'individualisation. On peut retrouver la modulation de capacité pour offrir une marge d'initiative.

Les trois principes directeurs s'interpénètrent quelque peu, car l'objectif est de ne recourir à une mesure de protection que si elle est nécessaire, qu'il n'y a pas d'autre option, et, à l'intérieur de la palette des régimes, de sélectionner celui le moins contraignant possible, en l'aménageant au mieux, en fonction des aptitudes résiduelles de l'intéressé et de sa situation globale (patrimoniaire, familiale...). Ces principes irriguent nombre de règles et inspirent l'interprétation du dispositif.

Les régimes de protection visent-ils à protéger autant sinon plus la personne que ses biens ou mettent-ils l'emphase sur la protection du patrimoine de l'incapable au détriment de sa personne?

DN La critique était faite à la loi de 1968, qui règlementait néanmoins certains actes (ex. mariage), d'avoir pour objectif essentiel les biens. Toutefois, sous l'empire de l'ancien dispositif, la jurisprudence (dès les années 1970-80) avait montré toute la préoccupation pour la protection de la personne du majeur.

La réforme de 2007 consacre littéralement l'objectif de protection de la personne en même temps que celui des biens, sans hiérarchie de l'une ou de l'autre. Dans le vocabulaire, les termes d'incapable ou d'incapacité, jugés péjoratifs, ont reculé au profit de personnes protégées (ou majeur) et mesure de protection. Les mots n'effacent toutefois pas les maux !

C'est le principe de la double protection pour la curatelle et la tutelle (art. **425**), sauf si le juge en dispose autrement, en ce concentrant sur l'une ou sur l'autre. La protection de la personne est, légalement, facultative pour le mandataire spécial en sauvegarde de justice (art. **438**), le mandataire de protection future (art. **479**) ou la personne habilitée (art. **494-6**).

Dans les dispositions communes aux différentes mesures, il est énoncé que la protection est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne (art. **415**. V. *supra*).

Le législateur a consacré une sous-section aux effets de la curatelle et de la tutelle quant à la **protection de la personne** (art. **457-1** à **463**). Les textes d'ordre public ont vocation à s'appliquer par renvoi (parfois partiel), pour les autres mesures de protection juridique.

D'autres codes, notamment celui de la santé publique (CSP), peuvent avoir priorité sur le Code civil (art. **459-1**). Il est toutefois discuté, en doctrine, et en pratique, à propos de l'articulation des corpus de règles, notamment au regard de la question de l'autonomie. Une réflexion existe sur ce point (notamment, Groupe de travail interministériel présidé par Mme le magistrat Anne **Caron-Déglise**, mars-juill. 2018).

On renvoie aux observations ci-dessus s'agissant de la philosophie de la protection de la personne dans laquelle est favorisée, dans la mesure du possible, l'**autonomie** de la personne (art. **415**), donc le jeu de sa volonté, par un consentement existant, libre et éclairé, malgré son régime protecteur. La capacité naturelle est à privilégier, si elle existe, malgré la mesure de protection en place.

En toute hypothèse, l'organe protecteur doit une information adaptée au majeur protégé (art. **457-1**). Pour les seules mesures judiciaires, l'organe protecteur doit rendre compte des diligences accomplies (art. **463** ; renvoi en SDJ, art. **438**).

Pour les actes **strictement personnels**, seul le majeur lucide est susceptible de les passer, sans assistance ni représentation. La liste en est donnée (art. **458**, s'y reporter) qui n'est pas limitative, ni à l'abri de la critique. On est souvent dans le domaine d'actes intimes. Certains auteurs peuvent regretter le blocage auquel on peut parvenir à défaut d'intervalle lucide du majeur. D'autres soulignent la nature particulière de tels actes et la nécessaire acceptation de la fatalité si jamais le majeur devient totalement inapte à consentir.

La loi prévoit elle-même que certains de ces actes peuvent être soumis à un régime spécifique (ex. mariage, art. **460**. Disposition jugée constitutionnelle, après une QPC, question prioritaire de constitutionnalité).

Parfois, la jurisprudence réserve l'initiative au seul majeur quitte à l'autoriser personnellement au préalable, par une autorisation judiciaire qui se borne à examiner l'état de sa volonté (ex. mariage ; pacte civil de solidarité, art. **461** et art. **462** ; testament). Un mouvement dans la jurisprudence se dessine pour montrer que l'autonomie du majeur doit exister tant du point de vue procédural (former la demande devant le juge) que substantiel.

Il existe les actes **simplement personnels** (art. **459**). Pour eux, le principe est de s'intéresser en priorité à la capacité naturelle du majeur protégé, c'est-à-dire qu'il prend seul la décision si son état le permet, soit un consentement qui existe, libre. S'il ne peut prendre seul une décision personnelle éclairée, le juge ou le conseil de famille peut prévoir son assistance pour l'ensemble des actes relatifs à la personne ou certains énumérés. Subsidièrement encore, si l'assistance apparaît insuffisante, il faut se résoudre à la représentation. Mais le texte prévoit alors l'ouverture d'une tutelle. La doctrine évoque souvent la gradation de la protection dans ce domaine personnel. Est regrettée la nécessité de l'ouverture d'une tutelle, en cas de représentation nécessaire, surtout depuis que l'habilitation familiale a été instituée en 2016.

Pour la représentation, des particularités sont à signaler. Hormis en cas d'urgence (exception classique), l'organe protecteur ne peut prendre sans autorisation une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée ou à l'intimité de sa vie privée.

En outre, l'organe protecteur peut prendre à l'égard de la personne protégée, les mesures de protection strictement nécessaires pour mettre fin au danger que son propre comportement lui ferait courir, en informant immédiatement le juge ou le conseil de famille.

Par soucis du respect de la dignité de la personne, votre droit protège-t-il certains biens du patrimoine de l'incapable qui ont un caractère personnel et qui ont une signification «sentimentale» pour lui³?

DN Réponse affirmative. Cf *supra* les observations faites au sujet des art. **426** (résidence et souvenirs ; cadre de vie) et art. **427** (comptes bancaires, principe de conservation ; HF, nuance, par le principe et son tempérament, art. **494-7**) sur les actes dits **mixtes**. L'idée est de préserver les repères de vie du majeur.

En sus de la représentation ou de l'assistance, l'organe protecteur ne saurait agir sans obtenir une autorisation du juge ou du conseil de famille, qui va se prononcer sur l'opportunité de l'acte projeté.

L'ouverture d'un régime de protection passe-t-il obligatoirement par la voie judiciaire ou peut-il être mise en place autrement ?

DN Innovation de la réforme de 2007, le juge des tutelles ne peut **s'auto-saisir** pour les mesures judiciaires (la saisine dite d'office pour l'ouverture de la protection). En revanche, au-delà de la liste des personnes ayant qualité, le procureur de la République peut se saisir d'office (art. **430**, liste). Il n'a pas cette faculté en habilitation familiale, car il faut obligatoirement la demande d'un des tiers ayant qualité pour saisir le juge, directement ou par son intermédiaire (art. **494-1** et art. **494-3**, liste).

Prospective. Par parenthèse, le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice du **20 avril 2018** (art. 16) prévoit qu'en dehors des proches listés, le majeur à protéger lui-même pourrait saisir le juge (modification de l'art. **494-3**, al. 1). Il pourrait également le faire en cas de difficulté en cours de mesure (modification de l'art. **494-11**). Pour l'heure, ces précisions ne sont pas littéralement données (la jurisprudence, notamment celle de la CEDH, pourrait y inciter).

Pour les mesures judiciaires, la voie judiciaire s'impose suivie d'une publicité (art. **444** et CPC, not. art. **1233**, pour le Répertoire civil, mention en marge, état civil). Assurément pour la curatelle et la tutelle, fréquemment pour la sauvegarde de justice. Cependant, pour cette dernière, son ouverture peut résulter, en outre, d'une simple déclaration médicale ou sociale ou socio-médicale (art. **434** et C. santé publique), avec une publicité (art. **1251** CPC, répertoire du procureur de la République ; accès limité de certaines personnes, professionnels du droit, art. **1251-1** CPC).

³ Ex : protection du milieu de vie (logement, meuble), souvenirs, objets personnels

Pour le mandat de protection future, il n'y a pas de recours au juge pour l'ouverture ou le déclenchement, ni **homologation** par une autorité quelconque, même suggérée par le Défenseur des droits ou certains auteurs en doctrine. Le certificat médical, le mandat et d'autres pièces justificatives sont présentés au greffe du tribunal d'instance (art. **481** et art. **1258** CPC s.) qui appose son **visa** si les conditions du déclenchement sont réunies (en restituant les pièces et le mandat).

Des recours sont ouverts à certaines conditions. A noter que pour la SDJ, le recours n'est pas ouvert s'il s'agit seulement de critiquer le principe de la mesure (le placement), à la différence de la nomination du mandataire spécial (art. **1249** CPC) car, seul en ce dernier cas, il y a une répercussion sur la capacité juridique du majeur protégé.

2- Les inaptitudes partielles

Quelle place laisse votre droit à la capacité résiduelle? De quelle façon les inaptitudes partielles sont-elles traitées dans votre droit?

DN Cette question a déjà fait l'objet d'une réponse ci-dessus à partir des autres interrogations soulevées, si bien que l'on y renvoie (V. *supra*). Pour mémoire, la **modulation** de capacité est possible pour les mesures judiciaires (art. **471** ; art. **473**) pouvant restituer en matière patrimoniale une marge d'initiative tant en curatelle qu'en tutelle, outre les actes courants autorisés par la loi ou l'usage (art. **1148**). On peut ajouter la possibilité de faire des actes **conservatoires**, si jamais le majeur a l'idée de leur initiative. En curatelle, le curatelaire agit en principe seul pour les actes d'administration.

Le principe de la **conservation** de l'exercice des droits (avec les limites précédemment indiquées pour éviter la contradiction des actes avec l'organe protecteur désigné) est la règle pour la sauvegarde de justice, y compris avec mandataire spécial, en habilitation familiale, ou en mandat de protection future.

En outre, dans le **domaine personnel**, le principe est celui de la priorité du consentement du majeur quel que soit son régime protecteur.

Votre droit permet-il de moduler la teneur des régimes et de créer un régime de protection sur mesure?

DN La réponse a été donnée lorsqu'ont été évoquées la **modulation** de capacité (art. **471** ; art. **473**) comme le principe directeur de proportionnalité (art. **428**) conduisant à l'individualisation de la protection, et en présentant les mesures comme des prototypes aménageables.

Le prêt-à-porter reste, en pratique, souvent préféré. La haute couture suppose du temps pour bien examiner la situation.

De façon générale, les règles et les principes doivent être mis en œuvre dans un certain contexte, qui peut faire naître des résistances ou des difficultés, selon les lieux ou époques.

Une personne partiellement inapte peut-elle faire une libéralité (testament, donation) ? Dans votre droit, laisse-t-on une certaine capacité juridique aux personnes inaptées ?

DN S'agissant des **libéralités** désignées, aujourd'hui le principe est que la personne sous curatelle fait seule son testament, sans autorisation préalable, sous réserve de ne pas être frappée d'insanité (art. **470**). En revanche, pour la donation qui est un contrat, l'assistance du curateur s'impose. Etant donné que l'opposition d'intérêts est posée si le curateur est le bénéficiaire de la donation, il faudra recourir à un curateur subrogé ou, à défaut, *ad hoc*, pour une telle assistance (V. *supra* les oppositions d'intérêts).

En tutelle, le mouvement de libéralisation encadrée se confirme. Le tuteur ne peut ni être assisté, ni représenté afin d'élaborer l'acte unilatéral qu'est le testament, fort intime. Mais, il doit préalablement recueillir l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille (art. **476**). La jurisprudence s'est prononcée sur les contours de cette autorisation. Il ne s'agit pas de vérifier le contenu du testament (**Civ. 1^{re}, 8 mars 2017**, n° 16-10.340, Bull. civ. I, DN). Il suffit de vérifier que le majeur a la volonté de faire un testament et qu'il se trouve dans un intervalle lucide lui permettant de réaliser cet acte. Sa capacité naturelle suffit, sous réserve de son éventuelle insanité donc. Pour **révoquer** le testament, aucune autorisation n'est nécessaire ; le tuteur peut y procéder seul.

Pour la donation, la solution diffère. Le tuteur ne peut agir qu'avec son tuteur. Mais, originalité, le tuteur ne représente que si son assistance n'est pas suffisante. Dès lors, est privilégiée l'initiative du majeur, tout en tenant compte de son absence d'intervalle lucide qui ne doit pas paralyser la possibilité de donner, sans distinction suivant le bénéficiaire (V. *infra*, cependant des incapacités dites de défiance, qui ne sont pas propres aux majeurs protégés, sur le choix parfois limité).

Pour les autres mesures, le principe étant celui de la conservation de capacité, outre le caractère intime du testament, acte strictement personnel, même si les textes ne sont pas explicites sur le sujet, il est convenu que seul le majeur peut le réaliser, à l'exclusion de l'organe protecteur. Pour cela, il faudra qu'il agisse dans un intervalle lucide sinon le risque d'insanité existe.

Il doit en aller de même pour la donation (SDJ ; MPF ; HF S et G). Il reste néanmoins à s'interroger sur l'éventuel pouvoir de représentation de l'organe protecteur. Pour la donation, le mandataire spécial en sauvegarde de justice ne semble pas connaître une limite, pouvant effectuer un acte de disposition, ce qu'est assurément la donation. Le juge qui délimitera sa mission sera toutefois bien inspiré de peser l'opportunité de lui donner un tel pouvoir.

Pour le mandat de protection future sous seing privé, seul l'acte d'administration est possible, sauf autorisation du juge pour aller au-delà. Outre la rédaction de tout mandat (liberté contractuelle), qui a pu exclure, limiter ou encadrer le pouvoir du mandataire, pour ce genre d'acte, on voit que le juge pourra être hésitant pour accorder une telle prérogative. En mandat de protection future notarié, la donation entre dans la catégorie des actes de disposition à titre gratuit qui impose forcément l'autorisation préalable du juge des tutelles (art. **490**). C'est exactement la même solution pour les habilitations familiales s'agissant de représentation (art. **494-6**).

Sur la marge d'initiative, il a été répondu à plusieurs reprises ci-dessus (V. *supra*).

3- Régimes de protection : intervention publique ou privée

Dans votre droit, le législateur favorise-t-il la prise en charge de l'inapte par la famille (un régime de protection privé) ou par l'état ? Si votre droit favorise l'ouverture d'un régime de protection privé, quelles mesures prend-t-il pour encourager les proches à s'investir auprès d'une personne inapte⁴ ? Ces mesures suffisent-elles à inciter les proches à prendre en charge l'inapte ?

DN La question n'est pas forcément pleinement adaptée au système français qui s'inscrit dans un système étatique qui peut reconnaître une place à la famille ! Je vais tenter d'y répondre en mettant en avant les principaux axes.

La protection des majeurs est un **devoir** des familles et de la collectivité publique (art. **415**), comme déjà évoqué. Le Défenseur des droits et la Cour des comptes, dans leurs rapports de 2016, ont souligné que le vœu du législateur devait être davantage effectif afin d'impliquer davantage et d'informer mieux les familles (à l'ouverture et en cours de protection). Le mouvement de **déjudiciarisation** tend à renforcer une telle optique, qui conduit à faire confiance aux proches. De façon générale, pour toutes les mesures, procureur de la République et juge des tutelles exercent une surveillance avec des prérogatives (art. **416** et **417**).

Avec le principe de **subsidiarité**, avant de recourir à une mesure de protection juridique, il faut déjà voir si le mandat (procuration qui est souvent donnée à un proche, notamment en matière bancaire), ou les règles des régimes primaire et matrimoniaux des époux, ne suffisent pas à assurer une protection équivalente (mesures judiciaires, art. **428** ; HF, art. **494-2**). La stupidité législative est d'en faire non un motif de réelle subsidiarité, pour le recours ultérieur au mandat de protection future, mais une possible cause de sa fin une fois celui-ci déclenché (art. **483**) ! En bref, la famille conjugale est donc privilégiée. Evidemment, les circonstances de fait peuvent déjouer cette préférence (majeur célibataire ou veuf ; pas de communauté de vie ; incompétence...).

On mettra de côté le **mandat de protection future**, même si un membre de la famille, personne physique, peut être choisi (art. **480**), par anticipation, afin de remplir la mission de mandataire. Le mandat s'exerce à titre **gratuit**, sauf stipulation contraire (art. **419**), comme pour le mandat de droit commun (art. **1986**). C'est probablement un motif qui peut faire choisir la famille, même si rien n'impose la gratuité ici, d'où une rémunération possible, même en dehors d'un organe MJPM.

La **responsabilité** du mandataire est calquée sur les conditions du droit commun du mandat (art. **424**). La gratuité conduit à apprécier moins rigoureusement les fautes (art. **1992**). Pour le contrôle, il doit être organisé par le mandat quelle que soit son objet (art. **479** ; art. **1258-2** CPC), et le notaire a un rôle important pour le mandat notarié (art. **491**). Le mandat sous seing privé connaît aussi des contraintes à ce sujet (art. **494**), dont certaines sont communes aux différents mandats (art. **486** et **487**), et sont proches des mesures judiciaires (inventaire ; contrôle annuel des comptes de gestion...).

⁴ Ex : abolition de l'exigence d'une sûreté, assouplissement des règles de la responsabilité civile en regard des gestes posés par l'inapte, possibilité de rémunération etc...

Dans les **mesures judiciaires**, le principe est celui dit de la **préférence familiale**. C'est dire qu'à défaut de choix anticipé par le majeur (art. **448** ; par renvoi pour le mandataire spécial en SDJ, art. **437**), subsidiairement le juge doit prioritairement trouver, en fonction de critères à respecter (art. **447** et art. **449**), dont l'intérêt du majeur, un proche parmi ceux énumérés (art. **449**). L'appréciation souveraine doit être motivée, ce que contrôle la Cour de cassation. Place est notamment faite aux sentiments du majeur, sous réserve de la conformité à ses intérêts. La première audition est l'occasion de peser les compétences familiales qui pourraient être mobilisées.

Il y a plusieurs rangs. Ceux du cercle supérieur ont priorité sur les suivants. Par exemple, le conjoint ou le pacsé ou le concubin, ayant une vie commune avec le majeur, passe avant les parents ou alliés ou la personne qui réside avec le majeur ou celle qui entretient avec lui des liens étroits et stables (un ami). La pratique évoque les « **tuteurs familiaux** » pour caractériser la catégorie des organes qui ne sont pas professionnels. Leur information est prévue par des textes réglementaires, comme leur soutien. Toutefois la critique est souvent faite de la nécessaire amélioration et de l'octroi de davantage de moyens, notamment financiers.

Dans les rapports de 2016 du Défenseur des droits (DDD) comme de la Cour des comptes (CDC), même si les statistiques ne sont pas parfaitement fiables, il est indiqué approximativement que les mesures sont exercées pour moins de la moitié par les familles ou proches (environ 46-47%). Il semble que le mouvement va vers une professionnalisation (+ de 50%). C'est ce qui motive l'encouragement par les pouvoirs publics du rôle de la famille. Les raisons budgétaires ne sont pas absentes.

Le régime de la faute qui engage la **responsabilité** de l'organe protecteur ne distingue pas selon le type d'organe, familial ou professionnel (art. **421**). L'Etat reste un répondant pour les services et les professionnels (art. **422**). Pour la curatelle et la tutelle, comme pour le mandataire spécial en SDJ (art. **437**, renvoi exprès), un contrôle est prévu (art. **510** à **515** ; renvoi en curatelle renforcée, art. **472**), après l'inventaire à l'ouverture (art. **503** ; renvoi en curatelle renforcée, art. **472**).

La Cour des comptes (CDC), en 2016 (*La protection juridique des majeurs : une réforme ambitieuse, une mise en œuvre défailante*), a dénoncé les gros problèmes de l'**effectivité** du contrôle. Les acteurs du contrôle sont surchargés de travail (malgré le transfert aux greffiers de certaines prérogatives ; dès le milieu des années 1990). En moyenne variable sur le territoire, un juge devrait gérer 2500-3000 dossiers annuels ; en fait, c'est beaucoup plus si bien que le temps du contrôle ne peut que se compter en minutes, au mieux.

A dire vrai, c'est déjà un constat ancien, en 1968 comme juste avant la réforme de 2007, avec différents rapports, et après. Il s'agit moins d'une critique des techniques de contrôle connues et disponibles depuis longtemps que de leur mise en œuvre efficace, qui suppose des moyens en temps et en compétences. On connaît les acteurs de la surveillance et du contrôle, dont le juge des tutelles et le Parquet (procureur de la République), outre des organes subrogés et *ad hoc*, sans négliger des **signalements** émanant de tiers (dont les services sociaux, par exemple).

Dans les chantiers actuels (mars 2018) de la justice, une réflexion est menée pour l'amélioration du contrôle (not. Groupe de travail interministériel présidé par Mme le magistrat Anne **Caron-**

Déglise, mars-juill. 2018). Le but doit toujours être de protéger mais sans paralyser la gestion. En parallèle, d'autres types de contrôle, plutôt sociaux, peuvent exister afin de vérifier, par exemple, le risque de maltraitance, qui est une autre question.

La réflexion est en cours et des propositions sont faites, diversement appréciées. Le défenseur des droits a proposé que les services du Trésor (ministère Bercy) soient en charge, ce qu'ils ont déjà décliné par le passé. La CDC a proposé, par exemple, d'externaliser le contrôle auprès de professionnels ayant des compétences comme ceux du chiffre (un expert-comptable). Des nuances peuvent exister, pour réserver ce type de contrôle à des patrimoines complexes ou/et importants. Car tout contrôle a un coût, ce qui peut expliquer certaines suggestions de déjudiciarisation au profit du budget de l'Etat.

La **généralisation** d'un mode unique de contrôle pour tous ne se justifie pas forcément étant donné que la majorité écrasante des majeurs protégés a plutôt des difficultés économiques qu'une aisance matérielle. Selon certaines enquêtes, la moitié des majeurs serait sous le seuil de pauvreté ; les trois quarts n'auraient aucun bien immobilier ; pour le quart restant, le seul bien serait celui où il loge. Il faut donc **relativiser** sinon la nécessité d'un contrôle strict, du moins ses modalités. Sortir un arsenal lourd pour tous, dont des patrimoines de faible importance, voire inexistant lorsque l'aide sociale constitue l'essentiel, n'est peut-être pas la solution la plus adaptée et efficiente. Le contrôle doit exister mais ne doit pas être surdimensionné. Par exemple, être trop rigoureux, à l'excès, pourrait décourager les tuteurs familiaux d'exercer la protection, ce qui heurterait l'objectif affiché de prévalence familiale ou des proches. Tout semble question d'équilibre.

Il peut être proposé d'imposer de faire réaliser l'inventaire aux frais du protecteur si celui-ci n'y procède pas dans le délai de trois mois de l'ouverture de la mesure comme cela devrait être le cas (art. **503**). L'inventaire qui obéit à des conditions est le point de départ de la protection et une des techniques permettant d'effectuer le contrôle. Doit être élaboré aussi un budget prévisionnel de la tutelle (art. **500**), comme des comptes annuels de gestion pour approbation (art. **510** et **511**), avant la reddition des comptes au final (art. **514** ; prescription, art. **515**), sans parler des autorisations à obtenir en cours de protection (art. **502**) et les sanctions éventuelles, sur le terrain de la responsabilité. Dans le respect de la procédure, l'organe en place peut être dessaisi de sa mission par le juge des tutelles estimant qu'il existe un manquement caractérisé (art. **417**). C'est une chaîne. L'auto-contrôle par la pluralité d'organes (principaux, en cumul ; ou subrogé) est une voie à ne pas occulter. En outre, rappel doit être fait que la protection des majeurs est un devoir des familles et de la collectivité publique (art. **415**).

Il existe d'ores et déjà des **instruments à disposition**, si l'on veut bien se donner la peine d'user des dispositions en vigueur. Il convient d'adapter la protection voulue par le contrôle aux situations et aux actes. La modicité des revenus ou ressources et du patrimoine de la personne protégée peuvent conduire, hors les professionnels que sont les MJPM (mandataire judiciaire à la protection des majeurs), à dispenser le tuteur d'établir le compte de gestion et de le soumettre au contrôle (art. **512** ; et dispense, art. **514**). Le juge apprécie souverainement cette dispense, qui peut donc concerner un membre de la famille. Certains suggèrent de l'étendre à l'organe professionnel, mais d'autres s'y opposent fermement, estimant notamment qu'un tel contrôle doit garantir le crédit de ces professionnels devant y être soumis.

A l'inverse, en fonction des ressources du majeur, comme de l'importance ou de la composition de son patrimoine, et au regard de ses intérêts, il peut être décidé d'une mission de vérification et d'approbation du compte de gestion par un technicien à rémunérer (art. 513). On constate que la loi offre déjà des possibilités qu'il serait bon de ne pas négliger avant d'entreprendre une révolution des textes. Il faut le répéter : comme souvent, la difficulté est moins celle des techniques à disposition (et des textes donc) que la question de leur mise en œuvre concrète et effective.

Le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice du **20 avril 2018** prévoit de modifier les modalités de vérification et d'approbation des comptes de gestion, pour améliorer le contrôle et son effectivité (art. 17).

En synthèse, serait d'abord privilégié (modification de l'art. 512), par principe, le contrôle interne (exemple : organe subrogé ; co-organe ; conseil de famille). Cela suppose la désignation d'une pluralité d'organes. A défaut, on passerait à un contrôle par des techniciens, professionnels du chiffre ou du droit, afin de décharger les directeurs des services de greffe judiciaire et les juges des tutelles. Une possibilité de dispense de vérification des comptes serait élargie aux mesures confiées à des professionnels en cas de patrimoine impécunieux ou d'affectation de la totalité des liquidités aux frais d'hébergement. L'obligation de maintenir des comptes annuels serait cependant maintenue, favorisant la surveillance du juge. En outre, en cas de refus de remise de l'inventaire du patrimoine et du budget, à la bonne date (garanties pour la protection future), s'ajouterait à l'amende civile que le juge peut prononcer après son injonction restée sans effet, la possibilité de désigner un tiers technicien afin de réaliser l'inventaire, aux frais du tuteur.

Il peut exister des conflits avec la famille ou le majeur peut être isolé si bien que, subsidiairement, il peut être fait appel aux professionnels de la protection, personnes physiques ou morales, classés dans la catégorie des mandataires judiciaires à la protection des majeurs (**MJPM**), soumis à une réglementation foisonnante (CASF), mais toujours sans déontologie ou ordre professionnel, ou diplôme d'Etat (points de revendication). La jurisprudence rappelle souvent qu'il faut d'abord se pencher sur la préférence familiale avant cette solution seconde, subsidiaire (art. 450 et 451).

La curatelle ou la **tutelle d'Etat** ont disparu avec la réforme de 2007, en cas de **vacance** du côté de la famille, qui était à constater sérieusement. Il existe désormais les MJPM. Le principe est celui du **financement** de la mesure par le majeur protégé, comme des barèmes ou indicateurs pour les prestations des MJPM (art. 419 et textes du CASF). La réforme a voulu remettre de l'ordre en ce domaine. La rationalisation est relevée par le rapport 2016 de la CDC mais l'effort demeure à parfaire.

La réflexion existe encore sur le mode de rémunération. Exceptionnellement, selon des conditions strictes, la gestion peut justifier une **indemnité** en complément. Le MJPM concerné doit prendre la précaution, dans la mesure du possible, d'anticiper, afin d'en discuter avec le juge en lui apportant sa justification/explication. Il faut veiller au poids du financement. En fonction des ressources du majeur, il existe d'autres sources de financement, dont des aides publiques (art. 420). A défaut de ressources, la collectivité publique prend le relais. C'est une raison prosaïque qui peut faire préférer aux pouvoirs publics le recours à la famille !

Le tuteur familial a l'avantage de la gratuité de principe (art. **419**). Par comparaison, pour le mineur, l'obligation légale d'assumer la tutelle conduit au caractère gratuit de la charge (davantage temporaire, par hypothèse), même si des frais de gestion peuvent être remboursés, des indemnités allouées, non une rémunération (art. **401**).

Certes, il est possible de prévoir le versement d'une indemnité à la charge du majeur, au montant fixé par le juge ou le conseil de famille lorsque l'importance des biens gérés le justifie ou la difficulté d'exercer la mesure est avérée. Mais, en pratique, les juges des tutelles font observer que les familles y pensent peu. C'est souvent des frais de déplacement qui peuvent être mis en avant dans le budget de la protection. Il s'agit alors d'un défrayement plus que d'une rémunération pour la mission.

Cela correspond à la mentalité française (et aux économies pour l'Etat !) et pourra paraître lourd si la durée de la mission, à distinguer de celle de la mesure, s'éternise. Au-delà de 5 ans, seules certaines personnes, qui peuvent toutefois être déchargées en cours de protection, sont tenues d'exercer la mission : conjoint ou pacsé ou concubin, les enfants du majeur et les professionnels MJPM (art. **453**). La famille (conception étroite) peut donc assumer une charge conséquente. Une réglementation sociale sur les « aidants » tend à leur accorder de maigres droits sociaux (dont un congé, plus symbolique qu'autre chose).

Depuis 2016, l'habilitation familiale est nécessairement confiée à des proches de la famille (même si on peut regretter l'oubli des neveux et nièces pour les collatéraux), avec les différentes formes de conjugalité (mariage, conjoint ajouté par la loi de ratification ; PACS ; concubinage). La liste limitative est donnée par la loi (art. **494-1**).

La famille étant en charge, l'HF est obligatoirement exercée à titre **gratuit**, sans dérogation possible (art. **494-1**). Aucune indemnité n'est règlementée comme c'est le cas pour les mesures judiciaires.

Comme pour le mandat de protection future, il est renvoyé au droit commun du mandat (art. **424**) afin d'apprécier la **responsabilité** du mandataire. On y renvoie quant à l'appréciation plus souple du manquement éventuel.

La critique d'une partie de la doctrine est celle de l'absence d'inventaire et de contrôle annuel devant le juge, même si le droit commun du mandat (art. **1993**) conduit à rendre compte au final, et que la responsabilité est une ombre encourageant *a priori* la discipline. Cet allègement participe de l'idée de **simplification** du législateur, pour encourager les familles à choisir cette voie, et éviter le formalisme des mesures judiciaires, voie voulue plus souple qui, insistons, suppose une concorde de tous, sinon elle est à éviter.

Il n'empêche que de vives critiques peuvent exister, certains allant jusqu'à remettre en cause un désengagement de l'Etat et l'abus de faiblesse favorisé par le dispositif (*sic* !). Ces critiques ne s'interrogent jamais sur ce qui se passe en dehors d'un régime protecteur, notamment quand une procuration est arrachée à une personne vulnérable censée être capable en droit... Il faut être moins pessimiste car les juges raisonnables n'ouvriront pas une telle mesure si la famille n'est pas en harmonie pour le respect des intérêts du majeur.

Pour passer d'une mesure judiciaire à l'habilitation familiale, il a pu être regretté par la doctrine l'absence de **passerelle** confirmée par la jurisprudence (initiateur, **Civ. 1^{re}, 20 déc. 2017**, n° 16-27.507, Bull. civ. I, DN). Des réflexions sont menées pour y remédier. Dans l'intervalle, il faut faire une double requête dont l'une est subsidiaire (conseil de la pratique et des auteurs). On voit que l'idée est de favoriser le recours à cette nouvelle mesure. En septembre 2017, lors du 113^e Congrès des Notaires de France, à Lille, et novembre 2017, à Paris, lors des Assises nationales de la protection des majeurs, la Ministre de la Justice Garde des Sceaux a signalé que plus de 5000 HF avaient été ouvertes la première année d'exercice. A l'avenir, il est beaucoup attendu de cette mesure afin de faire baisser le nombre de tutelles et curatelles. La famille doit prendre là toute sa place. L'Etat en espère probablement des économies.

Prospective. Le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice du **20 avril 2018** prévoit d'instaurer une passerelle entre les mesures de protection juridique (art. 16), en modifiant les actuels articles 494-3 (ajout d'alinéa) et 494-5. L'idée est de permettre l'ouverture de l'habilitation familiale, si c'est possible, plutôt qu'une mesure judiciaire, sans nouvelle requête.

Quels sont les mécanismes qui visent à assurer la protection du patrimoine de l'inapte ? Le tuteur ou le curateur a-t-il des sûretés à fournir ou a-t-il d'autres obligations à remplir afin de s'assurer qu'il accomplira sa tâche loyalement et que le patrimoine de l'inapte sera protégé ? Jugez-vous que ces obligations sont trop contraignantes ou au contraire insuffisantes pour protéger adéquatement le patrimoine de l'inapte ? Font-elles obstacle à l'implication des curateurs ou tuteurs privés ? Incitent-elles les familles à se désintéresser de prendre en charge un parent inapte ?

DN La question prolonge celle précédemment posée si bien qu'il est renvoyé à la teneur de la réponse faite ci-dessus. Le tuteur familial ès qualités n'a pas de telles contraintes. Ce n'est donc pas un motif pour chercher à fuir la charge de la protection.

Toutefois, de façon générale, la loi prévoit une **hypothèque légale** pour les droits et créances « des mineurs ou majeurs en tutelle, sur les biens du tuteur ou de l'administrateur légal » (art. **2400**, 2°). Il n'y a rien d'automatique en tutelle des mineurs ou majeurs, afin d'inscrire la garantie (art. **2409**). La possibilité légale ne signifie pas la généralité de la mise en œuvre concrète (modalités, art. **2410** ; art. **2411**). La valeur des immeubles inscrits peut être réduite pour la garantie de la gestion du tuteur à ce qui est utile, outre, en parallèle, la radiation (art. **2447**). C'est à mettre en lien avec l'éventuelle responsabilité de l'organe protecteur dans sa gestion.

En revanche, le MJPM doit apporter diverses garanties pour sa pratique professionnelle. Déjà, en amont, il y a la question de la sélection de l'organe (accès et exercice de la profession), avec un certificat national de compétence (**CNC**), qui n'est pas un diplôme d'Etat auquel aspire la profession. La CDC, dans son rapport 2016, a insisté sur la nécessité de renforcer la formation des professionnels. L'assurance de responsabilité civile est une garantie offerte pour le majeur.

4- Mandat de protection

Dans votre droit y a-t-il des mécanismes conventionnels qui permettent d'éviter l'ouverture d'un régime de protection lorsqu'une personne devient inapte⁵ ? Une personne apte peut-elle prévoir les modalités de la gestion de ses biens si elle devient inapte ? Si tel est le cas, décrivez brièvement ces mécanismes. Comment sont-ils mis-en-œuvre ? Comment prennent-ils fin ? L'intervention du tribunal est-elle nécessaire ?

DN On renvoie au principe directeur de subsidiarité qui conduit le juge éventuellement saisi à s'interroger sur le jeu d'un autre instrument qu'une mesure de protection juridique afin d'offrir une protection efficace. L'**anticipation** est possible, en droit, pour choisir son organe protecteur (hors HF), comme on l'a exposé. La protection conventionnelle existe depuis la réforme de 2007, entrée en vigueur le 1er janvier 2009. Autre chose est son utilisation, en fait.

En droit français, le mandat d'inaptitude est qualifié de mandat de protection future (art. **477** s.; art. **419** ; art. **424** ; art. **428** ; art. **494-2** ; art. **494-8**) qui a plusieurs formes ou figures, ci-dessus exposées (renvoi, notamment pour les pouvoirs), pour soi ou pour autrui, sous seing privé ou notarié. Comme précédemment exposé, il n'y a pas, au sens strict, d'**homologation** par une autorité (que ce soit lors de sa mise en place et/ou lors de son déclenchement). La **publicité** a été introduite dans le principe mais ses modalités demeurent inconnues dans l'attente (longue à ce jour) d'un décret d'application depuis décembre 2015 (V. *supra*). Le 113^e Congrès des notaires de France, en septembre 2017, a fait des propositions à ce sujet.

Pour conclure un tel mandat, la personne est normalement capable. C'est obligatoire pour le MPF pour autrui où le « mandant » est le ou les parents de l'enfant à charge (mineur ou majeur), ce dernier étant le bénéficiaire du mandat forcément notarié (art. **477**). Si les textes sont rédigés en pensant au mandat pour soi, le plus souvent, il faut parfois les lire comme visant mandant (soi) et bénéficiaire du mandat (autrui).

Le mandat pour soi (sous seing privé ou notarié) doit être conclu par un majeur capable ou un mineur émancipé. C'est la logique de l'anticipation. Il est expressément interdit à un tuteur (art. **477**). Si certains essaient de faire des distinctions, en considérant que le majeur sous habilitation familiale spéciale pourrait conclure un MPF, on fera observer que les textes combinés montrent que la personne sous une quelconque HF ne saurait conclure un tel acte (art. **477** ; art. **494-8**). En outre, le MPF, s'il existe, a priorité sur l'HF (art. **494-2**), comme sur les mesures judiciaires (art. **428**). *Prospective*. Le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice du **20 avril 2018** (art. 16), qui prévoit une nouvelle rédaction de l'article 428, confirme la priorité du MPF sur les autres mesures.

Cependant, le législateur permet au curatelaire de conclure un mandat pour soi s'il est assisté par son curateur pour cet acte de disposition (art. **477**). Certains sont partisans de cette possibilité, tandis que d'autres la critiquent car elle heurte la logique d'anticipation par une personne capable. En outre, elle est source de complication lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la fin du mandat ou son maintien car le juge qui ouvre une mesure judiciaire met fin au MPF sauf décision contraire (art. **483**). Le législateur n'interdit pas le cumul de la mesure

⁵ Ex : mandat de protection (droit québécois), mandat pour cause d'inaptitude (droit suisse), mandat de protection future (droit français)

conventionnelle et de celle judiciaire (art. **485**). C'est le droit positif même si on peut le regretter. Pour l'HF, la frontière est étanche : pas de mesure judiciaire en cumul (art. **494-11**).

Depuis plusieurs années, les pouvoirs publics constatent et regrettent le peu d'utilisation de cet instrument conventionnel par le public. La culture française n'est peut-être pas favorable à une généralisation de ce mode de protection qui peut intéresser un niche de personnes, pour l'heure. Il faudra surveiller l'évolution à l'avenir.

Une fois souscrit, le mandat de protection future peut être déclenché ou mis en œuvre, et la technique de la représentation par le ou les mandataires à l'œuvre. En fournissant un certificat médical de moins de deux mois, établi par un professionnel figurant sur une liste dressée par le procureur de la République, attestant de l'altération des facultés personnelles (art. **481**) comme pour les mesures judiciaires (art. **425**) (pour lesquelles le certificat est dit circonstancié et n'a pas de durée précisée, néanmoins), le mandataire va **comparaître**, en principe avec le majeur à protéger, devant le greffe du tribunal d'instance de résidence du majeur (art. **1258** s. CPC). A défaut de comparution du majeur (pour raison de santé), il est informé de la prise d'effet par le mandataire par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (art. **1258-4** CPC).

Prospective. Un devoir de **vigilance** est discuté en doctrine pour que le mandataire, qui n'est pas toujours un proche, présent au quotidien, soit avisé de l'évolution de la situation du majeur et puisse diligenter la protection conventionnelle en temps voulu.

Pour le mandat pour autrui, le ou les parents mandants doivent être décédés, ou ne peuvent plus prendre soin de l'enfant majeur (s'il est mineur, ce statut s'applique jusqu'à 18 ans), ce qui est aussi à attester, outre l'altération des facultés personnelles du bénéficiaire.

Si les pièces sont réunies, le greffier appose son **visa** après avoir paraphé chaque page du mandat, avec la mention de la prise d'effet en fin d'acte, à compter de la présentation au greffe, avec restitution des pièces (art. **1258-3**). Sinon, il refuse de délivrer le visa et le MPF n'est pas actionné, sauf à exercer un recours devant le juge. On n'insistera pas trop sur les subtilités et détails de procédure. L'intervention du tribunal n'est pas nécessaire pour cette mise en œuvre du mandat de protection future.

Si jamais le titulaire de l'action en **nullité** pour insanité voulait critiquer la validité du mandat, pour défaut de consentement (un mandat tardif, dit souvent « défensif », avec déjà une altération des facultés), il faudrait s'adresser au juge du contrat, non celui des tutelles. Ce dernier ne peut être saisi que pour contester la mise en œuvre du MPF ou pour statuer sur les conditions et modalités de son exécution par « tout intéressé » (art. **484**). On constate que le juge n'est pas complètement absent, le cas échéant, la déjudiciarisation ne pouvant être que relative.

La loi ne se prononce pas sur la **durée** du MPF. La liberté contractuelle permet celle à durée déterminée ou indéterminée, cette dernière paraissant plus adaptée à l'instrument, selon nous. Le terme, qui existe s'il est prévu, n'est pas listé dans les causes énumérées de **fin** du MPF (art. **483**). Evidemment, le rétablissement des facultés, à faire médicalement constater, permet de lever le mandat en retournant devant le greffe pour comparaître (art. **1259** CPC). A défaut, le comparant informe les autres par la forme de la lettre recommandée avec demande d'avis de

réception (art. **1259-1** CPC). Le décès arrête la mesure, comme la mission, comme pour toutes les autres mesures de protection juridique (art. **418**). En principe, il en va de même de l'ouverture d'une tutelle ou d'une curatelle, sauf décision contraire du juge, comme déjà évoqué. Pour que la mesure judiciaire ait un tel effet, encore faut-il que le mandat de protection future soit déjà déclenché, car celui simplement souscrit mais non mis en œuvre ne saurait être ainsi révoqué (clairement, **Civ. 1^{re}, 4 janv. 2017**, n° 15-18.669, Bull. civ. I, DN). La décision est notifiée lettre recommandée avec demande d'avis de réception aux protagonistes du mandat (art. **1259-4** CPC). Pareillement, on a évoqué la stupidité de l'arrêt par le jeu suffisant d'un mandat de droit commun ou des pouvoirs des époux (V. *supra*, subsidiarité). Surtout, la fin du MPF est prononcée, par le juge alors, lorsque l'exécution du mandat est de nature à porter atteinte aux intérêts du mandant (ajoutons du bénéficiaire du mandat).

En outre, le temps d'une sauvegarde de justice, les effets du mandat peuvent être suspendus, visiblement le temps que le juge se prononce sur son sort (sur la procédure, art. **1259-2** CPC).

Incapacité ou inaptitude. La mis-en-œuvre d'un tel mécanisme entraîne-t-elle une incapacité juridique ou simplement une inaptitude *de facto* ? La procuration (mandat ordinaire) donnée antérieurement à l'inaptitude continue-t-elle de produire des effets juridiques ?

DN Sur l'incapacité, le débat existe en doctrine pour le MPF car les textes sont silencieux au contraire de la SDJ (art. **435**) ou de l'habilitation familiale (art. **494-8**). L'opinion majoritaire de la doctrine comme les travaux préparatoires insistent sur l'aspect conventionnel pour défendre la conservation de l'exercice des droits. Le MPF n'est pas une mesure « incapacitante ». La réforme des contrats de 2016 (ordonnance n° 2016-131 du **10 février 2016 portant réforme des contrats, du régime général et de la preuve des obligations**. Ratification par la loi n° 2018-287 du **20 avril 2018**, en vigueur au 1er octobre 2018), qui a introduit une théorie générale de la représentation, indique que le mandant conventionnel n'est pas dessaisi (art. **1159**), ce qui peut être un fondement d'appui pour des auteurs. La jurisprudence n'a pas eu à se prononcer explicitement.

Toutefois, il s'agit d'une capacité fragilisée, avec les actions spéciales ouvertes, rescision pour simple lésion et réduction pour excès (art. **488**), outre le risque de nullité pour trouble mental (insanité ; absence de consentement). En outre, le mandant perd le droit de modifier ou de révoquer le mandat une fois celui-ci déclenché (art. **489** notarié ; art. **492** sous seing privé). Il s'agit donc d'un « capable » assez particulier ! Il ne pourrait y avoir de révocation expresse, mais également tacite, nous semble-t-il.

Surtout, la loi n'apporte pas directement une solution si l'on constate une **contradiction** des actes entre le majeur protégé et son mandataire, ce qui pourrait poser problème à l'occasion. Des opinions peuvent être émises pour se demander si le législateur n'a pas osé franchir le pas de l'organisation d'une incapacité par cette voie contractuelle. Le débat sur l'homologation pourrait peut-être relancer la réflexion.

En pratique, des tiers peuvent hésiter à traiter directement avec le majeur, plutôt qu'un représentant, pour des raisons de sécurité juridique. Car l'inaptitude peut exister et le risque de nullité sur le terrain du consentement avec. Donc, pour répondre, on voit que l'inaptitude *de facto* semble favoriser plutôt la représentation par le mandataire.

DN Quant à l'effet poursuivi d'un **mandat de droit commun antérieur**, la loi n'est pas explicite. Le MPF peut prévoir une clause qui anéantit cette organisation passée. La sécurité est ainsi garantie si l'on souhaite cette situation. Les notaires ne manquent pas d'ajouter la stipulation dans leurs formules, ce qui évite une concurrence de mandataires. Le modèle règlementaire du MPF prévoit que la procuration antérieure disparaît avec le déclenchement du MPF, sur les éléments visés dans l'acte qui accorde des pouvoirs. La logique de l'instrument devrait conduire à cet effet de suppression de l'instrument concurrent, spécialement pour le mandat notarié, en raison de l'étendue des pouvoirs conférés. La prudence invite à le stipuler expressément. La question ne s'est pas encore posée devant le juge.

Mesures de contrôle. Si de tels mécanismes existent dans votre droit, quelles sont les mesures mises en place pour assurer une protection du patrimoine ? Sûreté ? Inventaire ? Reddition de compte ? Surveillance par un organisme externe (ex. Curateur public ?) Ces mécanismes sont-ils suffisants pour assurer la bonne exécution du mandat et la protection des intérêts de l'incapable ? Le tribunal peut-il réviser le mandat de protection ? Peut-il en modifier le contenu pour assujettir le mandataire à d'autres obligations ? Dans quelles circonstances, le mandataire (ou autre représentant selon votre droit) peut-il être destitué ? Y a-t-il d'autres sanctions si le mandataire (ou le représentant) n'exécute pas correctement ses fonctions ?

DN On a déjà évoqué de telles questions plus haut (mesures judiciaires, art. 510 et s. ; renvoi, pour la curatelle renforcée, art. 472), outre celle de la responsabilité, qui doit avoir un effet dissuasif normalement. On se bornera à rappeler ici que pour les mesures judiciaires, l'inventaire est bien prévu (art. 503), comme pour le mandat de protection future (art. 486 et art. 487), à l'ouverture (selon des modalités posées, notamment de délai) et avec des actualisations, mais non pour l'habilitation familiale. On rappelle également le projet législatif de 2018 sur l'évolution du contrôle (V. *supra*).

Il n'y a pas de sûreté imposée par la loi ; le MPF pourrait les contractualiser (il faut alors trouver un mandataire qui accepte la mission !). La reddition des comptes est également prévue, ainsi que leur présentation annuelle. Même le mandataire spécial de la SDJ rend compte (art. 437). Pour le MPF, les modalités de contrôle doivent être prévues (art. 479 ; art. 1258-2), ce qui peut conduire à désigner un organe contrôleur.

Pour le MPF notarié, *a minima*, le notaire a une fonction de contrôle, de vigilance et de signalement au juge (art. 491). C'est l'organisme externe évoqué, en plus du contrôleur, différent du mandataire. Il doit saisir le juge des tutelles de tout mouvement de fonds et de tout acte non justifiés ou n'apparaissant pas conformes aux stipulations du mandat. Pour les mesures judiciaires, ce signalement peut être fait par des tiers, notamment les banques (art. 499). Le procureur de la République comme le juge des tutelles ont une fonction de surveillance générale de toutes les mesures de protection juridique (art. 416), dont le MPF.

En 2016, la Cour des comptes a pointé du doigt la défaillance du contrôle malgré l'existence des textes le prévoyant (*La protection juridique des majeurs : une réforme ambitieuse, une mise en œuvre défailante*. V. *supra*). Elle visait surtout les mesures judiciaires car le peu d'application des MPF (moins de quelques milliers) ne permet pas d'avoir une vision pertinente sur la question (exemple de refus de révocation pour conflit d'intérêts avec le mandataire, et connivence affirmée avec le contrôleur, **Civ. 1^{re}, 4 janv. 2017**, n° 15-18.669, Bull. civ. I, DN).

Le contrôle fonctionne-t-il bien pour le MPF ? Le contentieux est inexistant pour cette mesure assez neuve (moins de 10 ans) et très peu répandue en pratique. Désolé pour cette réponse dictée par les faits ! Il n'y a pas un équivalent du curateur public du **Québec** (M. **François Dupin** est venu, en France, présenté cette tâche dans différents colloques).

Prospective. La CDC a notamment proposé d'externaliser celui-ci auprès de professions du chiffre. L'idée est de trouver des compétences techniques pour un tel contrôle. Différentes solutions sont discutées. Le débat anime les acteurs. Le chantier de la justice ouvert début 2018 réfléchit à des formes nouvelles de contrôle. Le mandat de protection future occupe moins l'attention que les mesures judiciaires ou l'HF. Le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice du **20 avril 2018** prévoit de modifier les modalités de vérification et d'approbation des comptes de gestion, pour améliorer le contrôle et son effectivité (art. 17), spécialement pour les mesures judiciaires.

L'**opposition d'intérêts** n'est pas spécifiquement règlementée dans le MPF. C'est un point souligné par la doctrine. Certains cherchent à prendre appui sur le principe de bonne foi ou l'article **1161** du code civil, prévu dans la théorie de la représentation introduite par l'ordonnance de 2016 réformant le droit des contrats (ratification par la loi n° 2018-287 du **20 avr. 2018**, avec une rédaction modifiée). Les **stipulations** du mandat peuvent y remédier. De façon générale, le contrôle est contractuellement organisé, sous réserve des obligations légales incombant au notaire, officier public et ministériel. Du coup, cette forme de MPF, la plus répandue en pratique, présente un avantage, outre les pouvoirs plus étendue du mandataire (jusqu'aux actes de disposition. V. *supra*).

DN Strictement, le tribunal n'a pas pouvoir pour **réviser** le mandat. Mais si la mise en œuvre du MPF ne permet pas, en raison de son champ d'application, de protéger suffisamment les intérêts personnels ou patrimoniaux de la personne, le juge des tutelles a des possibilités (art. **485**).

Il peut ouvrir une protection juridique complémentaire (V. *supra* le cumul des mesures). Par exemple, imaginons un MPF entièrement consacré à la gestion patrimoniale (ce qui est le principe, la protection de la personne, possible, étant facultative, art. **479**), si la protection de la personne se fait sentir, une mesure judiciaire complémentaire pourrait la permettre. Le mandataire de protection future pourra recevoir l'investiture pour cette mesure (il agit à deux titres différents), ou un organe tiers. Les organes sont indépendants, non responsables l'un de l'autre, devant simplement s'informer pour faire vivre la protection.

Autre hypothèse, le juge peut autoriser le mandataire de protection future ou un mandataire *ad hoc* à accomplir un ou plusieurs actes déterminés non couverts par le mandat. On voit que la prévision du cadre des pouvoirs, par l'anticipation, pourrait être amendée par l'intervention judiciaire. Ce sera, par exemple, le cas pour autoriser un acte de disposition en MPF sous seing privé qui ne permet normalement que des actes d'administration. Toutefois, la répétition de ce genre de demande peut laisser penser que l'instrument en place s'avère finalement insuffisamment protecteur.

DN Le juge ne saurait toutefois ajouter des obligations au mandataire, comme évoqué. En ce cas, confronté à des difficultés, il préférera probablement mettre fin à la mesure

conventionnelle et passer à une autre forme de protection. Solution radicale certes! C'est pourquoi le notariat conseille de bien rédiger le MPF qui doit contenir toutes les ressources pour son fonctionnement en évitant de se présenter devant le juge. La qualité des clauses doit permettre d'éviter le recours au juge.

DN Si le mandataire est fautif, il engage sa **responsabilité** sur le modèle du mandat de droit commun auquel il est explicitement renvoyé (art. **424**), comme on l'a explicité plus haut (V. *supra*). Si jamais il s'est substitué un tiers à titre spécial (art. **482**), il en répond vis-à-vis du majeur. Des sanctions pénales pourraient être appliquées si une infraction pouvait être relevée.

DN La « **destitution** » évoquée revient, en partie, aux causes de **fin** du mandat. Les stipulations contractuelles pourraient aménager cela (ex. âge limite, succession/remplacement de mandataire organisés...). Dans la loi, le décès du mandataire comme son placement sous une quelconque mesure de protection, ou sa déconfiture (pour une association, espèce de faillite), met fin au mandat qui a été mis à exécution (art. **483**). Le mandataire doit, pendant toute l'exécution du mandat, jouir de la capacité civile et remplir les conditions pour les charges tutélaires (art. **480**), par renvoi à celles-ci. *Prospective*. L'avant-projet de l'Association Capitant de réforme du droit des contrats spéciaux (2017) prévoit que « Le mandat prend encore fin par le décès ou l'incapacité du mandant ou du mandataire » (art. 155).

Le mandataire ne peut spontanément renoncer, unilatéralement ou avec l'accord du majeur, à sa mission lorsque le MPF est déclenché. Seul le juge des tutelles peut l'autoriser à être déchargé de ses fonctions (art. **480**). En fait, si le mandataire refuse de s'exécuter, on voit mal une décision le contraindre à agir ! Ce serait contreproductif et certainement contre l'intérêt du majeur protégé. Selon les circonstances, le mandataire défaillant pourrait néanmoins engager sa responsabilité civile en cas de préjudice causé au majeur. Vraisemblablement, sauf remplacement de mandataire prévu, la cessation du mandat serait envisageable.

Si la transition n'a pas été prévue par les stipulations, on se dirige vraisemblablement vers la cessation du MPF. La protection des intérêts du majeur (art. **483**), que ferait valoir tout intéressé (art. **484**), sera *a priori* la cause de cette décharge, qui peut également être justifiée pour des raisons personnelles du mandataire (durée de la mission). Le recours à une personne morale, alors obligatoirement sur la liste des MJPM (art. **480**), peut être une suggestion, selon les espèces, afin d'éviter la solution de continuité. Celle-ci peut toujours désigner une personne physique pour accomplir la mission confiée.

Pour l'heure, l'absence de contentieux réel ne permet pas de tirer des enseignements autres que ceux de la lecture des textes. Un exemple. Un MPF notarié confié à un ami, avec pour contrôleur un avocat, en relation intime avec le notaire ayant établi l'acte, et devant contrôler l'exécution du mandat, n'a pas été mis à néant pour les motifs d'opposition d'intérêts, ou de défaut de protection de l'intérêt du majeur (**Civ. 1^{re}, 4 janv. 2017**, n° 15-18.669, Bull. civ. I, DN).

Inaptitude partielle. Dans la mise-en œuvre de ces mécanismes fait-on prévaloir l'autonomie de la volonté ou la capacité résiduelle ? Le mandat de protection a-t-il préséance sur l'ouverture d'un régime de protection ? Si le mandant a accordé « pleins pouvoirs » à son mandataire, fait-on prévaloir l'autonomie de la volonté du mandant lors de la rédaction du mandat ou écartera-t-on le mandat au profit de l'ouverture d'un régime de protection qui

laisse une place à la capacité résiduelle de l'incapable⁶ ? Le tribunal peut-il restreindre la portée du mandat de protection et les pouvoirs du mandataire? Peut-il en moduler l'application ?

DN *A priori*, comme exposé ci-dessus, le mandant ou bénéficiaire du mandat est censé conserver l'exercice de ses droits, la mesure n'étant pas « incapacitante » (V. cependant les limites évoquées). Il demeure que l'incapacité de fait peut sérieusement freiner, en pratique, cette autonomie.

DN Oui, le MPF a priorité, comme exposé au titre de la subsidiarité. Il est prioritaire sur l'habilitation familiale qui n'est pas une anticipation (art. **494-2**), comme sur les mesures judiciaires (art. **428**). En outre, les pouvoirs publics souhaitent l'encourager, comme le DDD (*Protection juridique des majeurs vulnérables*, Rapport 2016), par exemple.

DN On renvoie (V. *supra*) aux causes de **fin** du MPF pour l'articulation avec les mesures judiciaires qui peuvent y mettre fin (art. **483**), mais aussi se cumuler (art. **485**).

DN Les deux dernières interrogations ont trouvées leurs réponses, déjà, plus haut (V. *supra*), lorsqu'a été présenté le rôle du juge (art. **485**).

5- Les actes posés par l'incapable ou l'incapable

Quelles sont les sanctions des actes posés par l'incapable ou le majeur protégé ? Nullité relative ou nullité absolue ? L'acte peut-il être maintenu et les obligations réduites ? L'incapacité est-elle suffisante à elle seul pour remettre en cause un contrat ou doit-on dans certains cas également prouver la lésion ? Cette lésion est-elle objective (disproportion importante des prestations) ou subjective (obligation estimée excessive eu égard à la situation patrimoniale de la personne, aux avantages qu'elle retire du contrat et à l'ensemble des circonstances) ? Si l'acte est attaqué pour lésion, l'incapable doit-il en plus prouver préjudice ?

DN Vaste problématique si tous les régimes sont à envisager ! Essayons d'être synthétique pour les grandes lignes. Les nullités sont relatives sauf pour l'absence de consentement en mariage où la nullité est absolue (art. **146** ; art. **184**). Le particularisme de l'acte/institution explique la solution, comme le délai trentenaire pour la prescription (art. **184**).

Du côté du **consentement**.

Mesure de protection juridique en place ou non, le droit commun du **consentement** (absence ; vices) est ouvert, spécialement les actions en insanité ou trouble mental (art. **466**). Au moment de l'acte, le trouble mental doit exister, preuve à la charge du demandeur en nullité (preuve libre, notamment par présomption). Ces actions sont régies différemment selon que l'auteur de l'acte est vivant ou décédé (actions des héritiers, légaux et légataires universels), hormis pour les libéralités (art. **901**), obéissant elles au régime des actes à titre onéreux du vivant du majeur (art. **414-1** ; ancien art. 489), non aux cas d'ouverture restrictifs d'après sa mort (art. **414-2** ; ancien art. 489-1). La nullité **de droit** (sans pouvoir d'appréciation du juge à la différence de celle facultative) est **relative**, enfermée dans une **prescription quinquennale**. La confirmation reste possible comme pour les autres sanctions. Sur le terrain de l'insanité, il n'y a pas à prouver la lésion. La réduction n'est pas la sanction.

⁶ Ex : Au Québec, ouverture d'une tutelle (incapacité partielle)

Hormis pour le mandat de protection future et la sauvegarde de justice qui ne la prévoient pas, la **période suspecte** permet, à certaines conditions (notoriété de l'altération des facultés) de revenir sur des actes passés avant la demande de tutelle (exclusivement sous la loi de 1968) ou de curatelle (art. **464** ; ancien art. 503) - mesure aussi comprise depuis le 1er janvier 2009 -, ou d'habilitation familiale (art. **494-9**, renvoi exprès), depuis le 1er janvier 2016. Appréciée souverainement, la notoriété s'entend de la connaissance de l'altération des facultés de l'individu par un certain nombre de personnes (ex. voisinage, commerçants...) à l'époque de l'acte (pas forcément au moment précis de son accomplissement comme pour l'insanité). A défaut de celle-ci, la jurisprudence entérinée par la loi y a assimilé la connaissance personnelle du cocontractant, du partenaire, ou du bénéficiaire de l'acte. Malgré la maladresse de rédaction, la période suspecte vise tous types d'acte, dont ceux unilatéraux, comme la promesse de vente ou le testament. Sur ce point, certains notaires peuvent le contester mais la solution antérieurement consacrée nous paraît reconductible après la réforme. On le constate, avec la période suspecte à côté de l'insanité, c'est une autre façon de montrer un consentement défaillant. Plusieurs fondements peuvent être expressément invoqués devant le juge pour attaquer l'acte (procédure).

Pour la période suspecte, depuis la réforme de 2007, les sanctions sont la réduction des obligations résultant des actes accomplis, ou, si un préjudice est démontré par le demandeur, la nullité relative, facultative (sous l'empire de l'anc. art. 503, c'était la sanction unique de la nullité relative et facultative, sans la condition du préjudice). Le législateur n'a pas défini ce qu'était le préjudice devant être subi par le majeur (non ses héritiers). La doctrine donne des interprétations variées. Il faudra attendre le contentieux pour se prononcer de façon plus éclairée. Pour l'heure, la jurisprudence fournit des illustrations sur le fondement de l'ancien article 503, qui a vocation à s'appliquer si l'acte a été accompli avant l'entrée en vigueur de la réforme en 2009 (**Civ. 1^{re}, 12 juin 2013**, n° 12-15.688, Bull. civ. I, n° 125, DN).

La prescription n'est plus suspendue automatiquement comme c'était le cas lorsque cette sanction était exclusivement réservée à la tutelle (ancien art. 2252 ; désormais, après une réforme de 2008, art. **2235**). Maladroitement rédigé, le texte évoque en ce sens une dérogation à l'ancien article 2252 (art. **464**, al. 3). Il pourrait néanmoins être démontrée une impossibilité d'agir (art. **2234**). Le délai quinquennal de prescription court à compter du jugement de protection, comme l'avait retenu la jurisprudence sous la loi de 1968. De son vivant, l'auteur de l'acte est le titulaire de l'action (sous réserve de l'incidence de la réglementation des actions en justice s'il se trouve alors sous un régime de protection). Après la mort de l'auteur de l'acte, ses héritiers peuvent agir.

A distinguer, il existe un butoir pour revenir en arrière dans la zone sombre des actes litigieux. Il s'agit des obligations résultant des actes accomplis par la personne protégée moins de deux ans avant la publicité du jugement de protection. Pour l'habilitation familiale, seule celle générale étant soumise à publicité, non l'HF spéciale, pour l'heure, le législateur a retenu la date du jugement délivrant l'habilitation (art. **494-9**). Auparavant, la seule borne était la notoriété établie. Voulu pour garantir la sécurité juridique, sur la demande du Notariat, la solution incite à faire une espèce d'« audit » des actes qui ont pu être passés, à l'entrée dans la mesure de protection. Ce butoir pourrait, à l'occasion, en fait, contrarier le principe directeur de

subsidiarité. Contrairement au **Québec**, en effet, le MPF ne bénéficie pas de ladite période suspecte...

Du côté des **actions dites spéciales**.

Si le majeur est sous sauvegarde de justice (art. **435**) ou MPF (art. **488**), il dispose des actions spéciales en réduction pour excès ou rescision pour simple lésion, soit sans quotité légale. Elles existent aussi pour la curatelle et la tutelle (art. **465**), sauf si l'acte a été expressément autorisé par le juge des tutelles ou le conseil de famille (V. *supra* modulation de capacité), ce qui est une nuance de régime juridique.

L'excès suppose une proportion à rétablir tout en maintenant l'acte. Selon la nature de l'acte (divisible ou non, par exemple), le rapprochement avec la lésion sera probable. Parmi les pistes non limitatives ni cumulatives que donne la loi, il est précisé que les tribunaux prennent notamment en considération l'utilité ou l'inutilité de l'opération, l'importance ou la consistance du patrimoine de la personne protégée et la bonne ou mauvaise foi de ceux avec qui elle a contracté. On devine qu'il est possible de glisser jusqu'à une lésion subjective, même si celle objective peut aussi être sélectionnée. C'est donc assez souple. Le contentieux vraiment exceptionnel sur ce terrain (ex. **Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013**, n° 12-28.656 et n° 13-10.533, DN), au contraire de l'insanité par exemple.

La prescription est toujours quinquennale pour les deux actions spéciales. L'action est ouverte à la personne protégée (même réserve pour l'action en justice, si le majeur se trouve sous protection juridique ; mission à confier au mandataire spécial, SDJ art. **437**) et, après sa mort, à ses héritiers.

Du côté du **MPF**.

En mandat de protection future, rien ne vient réglementer les sanctions au titre d'une incapacité qui n'existe pas. Il faut s'inspirer du droit commun du mandat du côté du mandataire (dépassement ou absence de pouvoirs), ou du consentement pour le mandant ou bénéficiaire du mandat. La question de la contradiction des actes du majeur et de son mandataire n'est pas spécifiquement règlementée (V. *supra*).

Du côté des **mesures judiciaires** (T et C).

En tutelle, tous les actes du tuteur, qui aurait dû être représenté, postérieur à la tutelle publiée sont nuls de droit, sans avoir à démontrer un préjudice (art. **465** ; ancien art. 502). La nullité est relative dans la prescription quinquennale (généralisée).

En curatelle, si le curatelaire a agi seul alors qu'il aurait dû être assisté, l'acte n'est pas nul de droit comme en tutelle. On évoque parfois son annulabilité. L'acte est frappé de nullité relative, facultative, si le préjudice est démontré (art. **465**), condition ajoutée par la réforme de 2007 (ancien art. 510-1). La nullité qui était facultative selon la jurisprudence (marge d'appréciation du juge selon les « circonstances d'espèce », sans véritable critère établi) avant la réforme de 2007, le reste, semble-t-il, mais la condition du préjudice subi par le majeur, non défini (sans autre précision légale comme pour la période suspecte ; moral ?) est introduite (ce qui peut rendre vain, en pratique, la question de la nature de la nullité, de droit ou facultative). Pour

l'heure, la jurisprudence n'a pas eu l'occasion de donner toutes les réponses au regard du nouveau dispositif. Avec la réforme de 2007, a été supprimé la possibilité d'approbation de l'acte par le curateur, *a posteriori*, qui fermait tant l'action propre alors réservée au curateur, que celle du curatelaire (ancien article 510-1). Il reste néanmoins la voie de la confirmation de l'acte puisque la nullité est relative.

Du côté de l'**habilitation familiale**.

Il n'y a pas les actions spéciales ci-dessus décrites, ni dans un texte spécifique, ni par renvoi.

En habilitation familiale, si le majeur passe un acte pour lequel a été missionnée la personne habilitée, la nullité relative est de droit, sans avoir à démontrer un préjudice, comme en tutelle (art. **494-9**).

Du côté de l'interférence du **droit commun des contrats**.

Depuis le 1er octobre 2016, date d'entrée en vigueur de la réforme des contrats, il convient de peser son incidence pour les majeurs protégés. Bien sûr, pour l'heure, on ne dispose d'aucune jurisprudence. Si des auteurs se réjouissent de cette interférence, d'autres, surtout actifs dans le domaine des majeurs protégés, regrettent vivement ces nouvelles règles susceptibles d'affaiblir la protection due aux personnes faibles au nom de la sécurité juridique des tiers.

Il s'agit des articles **1145** et suivants du code civil dans un paragraphe consacré à la capacité juridique pour le contrat. Une personne peut être incapable de contracter selon la loi (art **1145** ; ancien art. 1123), dont les mineurs et les majeurs protégés (art. **1146** ; ancien art. 1124).

La loi vient confirmer que cette incapacité est une cause de nullité relative (art. **1147**), en conformité avec le corpus des règles spécifiques aux majeurs protégés.

Utilement, la loi précise que « Toute personne incapable de contracter peut néanmoins accomplir seule les actes courants autorisés par la loi ou l'usage, pourvu qu'ils soient conclus à des conditions normales » (art. **1148**) (V. *supra*, sur la capacité résiduelle). Restera au juge à indiquer ce que sont de telles conditions « normales »... Certains pourraient y voir une absence de lésion, *a priori* au sens objectif, peut-être mâtiné de subjectif.

La loi se prononce aussi sur le point de départ de la prescription (art. **1252** ; ancien art. 1304).

Venons-en au texte important : « Les actes accomplis par les majeurs protégés sont régis par les articles 435, 465 et 494-9 sans préjudice des articles 1148, 1151 et 1352-4 » (art. **1150**).

On constate que les sanctions qui ont été ci-dessus énumérées pour les majeurs protégés (hors insanité ou période suspecte) sont suspendues, pour leur efficacité, à l'impact des règles du droit des contrats. On relèvera que le mandat de protection future (art. **488**) n'est pas concerné au contraire de la SDJ (art. **435**) qui a pourtant les mêmes sanctions s'agissant des actions spéciales ! La nature conventionnelle de la protection justifierait-elle cette différence de traitement, ou est-ce un oubli involontaire du législateur ?

Le premier texte renvoie aux actes courants (art. **1148**). Il n'y a pas de difficulté. Il en va de même pour le troisième (art. **1352-4**) qui concerne les restitutions, même s'il est maladroitement rédigé, ce que la doctrine a relevé pour indiquer que les solutions habituelles

s'appliqueront (comp. ancien art. 1312). La ratification de l'ordonnance de 2016 sur la réforme des contrats, par la loi n° 2018-2987 du **20 avril 2018**, interprétative sur ce point, corrige désormais le défaut initial.

Reste le deuxième : « Le contractant capable peut faire obstacle à l'action en nullité engagée contre lui en établissant que l'acte était utile à la personne protégée et exempt de lésion ou qu'il a profité à celle-ci.

Il peut aussi opposer à l'action en nullité la confirmation de l'acte par son cocontractant devenu ou redevenu capable » (art. **1151**).

L'alinéa 2 ne pose pas de difficulté, rappelant le droit commun de la confirmation après mainlevée, retour à la pleine capacité.

L'alinéa 1er est plus sérieux. Alors que la nullité est relative, donc de protection partant simplement ouverte à celui que l'on souhaite défendre (ancien art. 1125), il est permis au cocontractant d'y faire obstacle. Pour cela, il doit démontrer que, cumulativement, l'acte est utile au majeur et exempt de lésion. Lésion objective ou subjective ? Ou qu'il a profité au majeur. Qu'est-ce à dire ? Utile et profitable. Ou seulement profitable ? Donc sans lésion ? Laquelle ?

On voit que le texte ne manquera pas de soulever des interrogations pour son application. Donner un tel pouvoir au cocontractant est peut-être un encouragement à ne pas respecter les procédures instituées afin de protéger les majeurs vulnérables. C'est ce qui est critiquable.

En effet, le cocontractant peut tenter le coup. Si jamais il subit une action en justice, il fera systématiquement valoir que l'acte n'a pas causé de préjudice au majeur. Que deviennent les nullités de droit qui n'exigent pas une telle démonstration ? Car même si le fardeau de la preuve repose sur le cocontractant, qui ne voit que dans le débat judiciaire, le majeur va devoir expliciter qu'il subit un tel préjudice ? Il faudra voir comment les juges appliqueront ces dispositions lorsqu'ils en seront saisis. Le contentieux est pour l'heure inexistant.

Le mandant dont le mandat de protection a été mis-en-œuvre est-il un « majeur protégé » ? Peut-il invoquer lésion ?

DN Le mandant ou le bénéficiaire du mandat de protection future déclenché est assurément un majeur protégé car le MPF fait partie des mesures de protection juridique, caractérisant celles conventionnelles (Section V Du MPF in Chapitre II Des mesures de protection juridique des majeurs, art. **425**).

DN Il peut invoquer la rescision pour simple lésion (art. **488**). On renvoie à ce propos aux actions spéciales.

6 - Autres vulnérabilités

Y a-t-il des mécanismes ou des règles juridiques qui visent à protéger les personnes vulnérables⁷ contre certaines formes d'exploitation ou d'abus hors du cadre des régimes de

⁷ Personnes vulnérables qui ne sont pas inaptes et qui ne sont pas soumises à un régime de protection.

protection légaux ou conventionnels ? Ex : protection des personnes âgées ou handicapées contre l'exploitation⁸, protection contre l'éviction des personnes âgées de 70 ans et plus (bail résidentiel), incapacité de recevoir par legs ou donations⁹ etc...? Quels sont les sanctions ou recours ?

DN La réponse est positive à la première question. Il en va ainsi en **droit pénal** avec le délit d'**abus** frauduleux de l'état de faiblesse ou d'ignorance, puni d'emprisonnement et d'amende (art. **223-15-2** C. pénal). Différentes personnes sont visées : « soit d'un mineur, soit d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur, soit d'une personne en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer son jugement, pour conduire ce mineur ou cette personne à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables ».

La personne faible ou vulnérable n'est pas forcément sous un régime de protection. Le contentieux relatif à l'**insanité** peut entretenir des rapports avec le délit de l'article **223-15-2** du Code pénal. La vulnérabilité visée par le texte pénal ne correspond pas obligatoirement à l'insanité des dispositions civiles, et inversement. Il demeure qu'il peut y avoir, dans telle espèce, une superposition vulnérabilité/insanité.

La question est donc de savoir quelle est l'incidence de la décision pénale définitive au civil. L'**autorité de la chose jugée** au pénal sur le civil s'attache à ce qui a été définitivement, nécessairement et certainement décidé par le juge pénal sur l'existence du fait qui forme la base commune de l'action civile et de l'action pénale, sur sa qualification ainsi que sur la culpabilité de celui à qui le fait est imputé. L'autorité de chose jugée au pénal sur le civil ne s'attache qu'aux motifs qui sont le soutien nécessaire de la décision définitive. Il n'y a donc aucun automatisme, dans un sens ou dans l'autre, quant au sort de l'acte, qu'il y ait relaxe ou condamnation.

DN Pour les illustrations, la réponse est également positive s'agissant de la protection du **logement** pour une personne ayant atteint un certain seuil d'âge. La loi n° 89-462 du **6 juillet 1989** tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 contient un article 15, modifié par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015.

En bref, le bailleur ne peut s'opposer au renouvellement du **bail d'habitation** en donnant congé lorsque le locataire est âgé de plus de 65 ans et ne dépasse pas un certain montant de ressources (plafond social). Sinon, il faut lui offrir un logement correspondant à ses besoins et ses possibilités dans certaines limites géographiques. Il en va de même si le locataire a, à sa charge, une telle personne de plus de 65 ans vivant habituellement sur place. Le dispositif connaît une limite lorsque le bailleur lui-même est âgé de plus de 65 ans, avec certaines ressources. En outre, des sanctions pénales assortissent un congé qui ne serait pas régulier.

⁸ art. 48 Charte des droits et libertés de la personne (Québec)

⁹ Ex : art. 761 ou 1817 C.c.Q. Ex : La donation en faveur d'un propriétaire, administrateur ou salarié d'un établissement de santé est nulle si elle a été faite au moment où le donateur y recevait des services.

DN Par extension, on signalera que certaines victimes d'**accident de la circulation** ont une situation privilégiée pour leur indemnisation depuis la loi n° 85-677 du **5 juillet 1985** *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*, dite loi *Badinter* (V. *infra* les questions sur la responsabilité civile, RC).

Pour les dommages résultant des atteintes à la personne, hormis pour les conducteurs de véhicule, ne peut « leur être opposée leur propre faute à l'exception de leur faute inexcusable si elle a été la cause exclusive de l'accident » (art. 3 de la loi). Une telle faute est entendue de façon particulièrement stricte par la jurisprudence dans le but évident de protéger les victimes, dans ce système d'assurance obligatoire. La limite est d'avoir recherché volontairement le dommage subi, ce qui recoupe, en pratique, les hypothèses de faute de la victime voulant se suicider sciemment (l'absence de discernement au moment de cet acte empêche de caractériser une telle faute).

Certaines victimes sont davantage protégées encore. Sont concernées des personnes dans l'énumération légale : « Les victimes désignées à l'alinéa précédent, lorsqu'elles sont âgées de moins de seize ans ou de plus de soixante-dix ans, ou lorsque, quel que soit leur âge, elles sont titulaires, au moment de l'accident, d'un titre leur reconnaissant un taux d'incapacité permanente ou d'invalidité au moins égal à 80 p. 100, sont, dans tous les cas, indemnisées des dommages résultant des atteintes à leur personne qu'elles ont subis » (sauf la faute volontaire). Là encore, il ne s'agit pas forcément de personnes soumises à un régime de protection juridique.

Prospective. Le projet du **13 mars 2017** de réforme de la responsabilité civile (envisagé plus bas, V. *infra*), qui codifierait dans le code civil certains régimes spéciaux, dont celui du fait des véhicules terrestres à moteur, conserve une telle architecture (article 1285 et s.). Le dommage volontairement recherché serait toujours exclu de l'indemnisation (art. 1286). En cas de dommage corporel, la faute de la victime serait sans incidence sur le droit à réparation, sauf en présence d'une faute inexcusable, cause exclusive de l'accident. Le sort du conducteur serait même légèrement amélioré. Demeurerait l'exception des trois catégories de victimes super-protégées, en raison de leur âge ou de leur handicap (art. 1287, rédaction identique au droit positif actuellement en vigueur).

En ce domaine des accidents de la circulation, sur la faute inexcusable et l'absence de discernement, la Cour de cassation a pris position. La passagère qui descend du véhicule en route et se blesse, alors qu'elle était « dans un état de confusion mentale ou, à tout le moins, d'absence momentanée de discernement au moment de l'accident » ne commet pas de faute inexcusable (**Civ. 2^e, 2 mars 2017**, n° 16-11.986, Bull. civ. II, DN).

DN Signalons certaines interdictions propres à la **vente**. Certaines personnes ne peuvent se rendre adjudicataires, directement ou par personnes interposées, sauf à ce que l'acte encoure la sanction de la nullité relative (art. 1596 C. civ.). La jurisprudence applique le texte à toutes les ventes, au-delà de la vente aux enchères. On devine une espèce d'opposition d'intérêts contre laquelle il s'agit de se prémunir (comp. art. 509, 2°).

Dans la perspective de la protection des personnes vulnérables, il en va notamment ainsi pour : les tuteurs, pour les biens de ceux dont ils ont la tutelle ; les mandataires, pour les biens qu'ils

sont chargés de vendre (ce qui peut comprendre le mandataire spécial en sauvegarde de justice ou le mandataire de protection future) ; les fiduciaires, pour les biens ou droits composant le patrimoine fiduciaire.

La personne habilitée étant en charge des intérêts d'autrui, avec l'administration de ses biens, ce qui est proche de la représentation en tutelle, et renvoi étant expressément fait au mandat de droit commun (art. **494-1**), on peut se demander si elle n'entre pas dans la catégorie des incapables visés, même si ce genre de disposition exorbitante du droit commun est d'interprétation stricte. Le curateur qui ne fait qu'assister semble en revanche y échapper.

DN Il existe des **incapacités** dites de **défiance** dans la mesure où l'incapable n'est pas celui que l'on souhaite protéger mais celui dont on se défie.

Pour les **libéralités**, la matrice est ancienne (art. **909** C. civ.), même si sa rédaction a été modifiée par la loi du 5 mars 2007, notamment pour tenir compte des MJPM, professionnels de la protection des majeurs (V. *supra*). Il s'agit d'une incapacité de recevoir des libéralités (entre vifs ou testamentaires).

Ne peuvent recevoir les professions médicales et de la pharmacie et les auxiliaires médicaux qui ont prodigué des soins (avant le texte évoquait le traitement, qui avait donné lieu à des interprétations jurisprudentielles) à une personne pendant la maladie dont elle meurt (moment à relever). Il faut que la libéralité ait été faite en la faveur de l'incapable pendant le cours de la maladie. Tout ceci est souverainement apprécié. Le cercle des incapables relevant des professionnels de santé a été agrandi.

La même règle a vocation à s'appliquer à ceux qui ne soignent pas le corps mais l'âme, à savoir les ministres du culte, quel que soit le culte, à l'égard de leur fidèles.

Il est évident que la personne malade ne sera pas forcément sous un régime protecteur, même si cela peut advenir.

A partir du 1er janvier 2009, sont également concernés les mandataires judiciaires à la protection des majeurs (**MJPM**) quelle que soit la modalité d'exercice. Sont aussi bien visés les MJPM, personnes physiques qui exercent à titre individuel, que les MJPM personnes morales au nom desquelles est exercée la fonction. L'incapacité s'applique pour les personnes dont ils assurent la protection quelle que soit la date de la libéralité faite en leur faveur, c'est-à-dire avant, pendant ou après leur mission (différence de régime avec les autres incapables cités). Elle ne s'applique que pour les majeurs protégés dont ils ont la charge officielle.

La doctrine évoque souvent la « **présomption de captation** » pour cette règle de fond qui interdit de rapporter la preuve que la personne malade aurait valablement consenti sans subir une quelconque pression ou influence.

Des **exceptions** existent. On peut regretter qu'un système d'autorisation préalable ne soit pas instauré afin d'éviter de douter de la validité de la libéralité jusqu'à sa contestation et le sort de la procédure. En effet, les exceptions prévues seront souvent discutées en cas de contestation, en raison de leur nature.

Hors incapacité, figurent les **dispositions rémunératoires** dès lors qu'elles ne sont pas faites qu'à titre particulier, non universelles. Il est tenu compte des facultés du disposant malade et des services rendus. Le caractère excessif d'une libéralité par rapport au service rendu ne lui fait pas perdre son caractère rémunérateur. On devine cependant les discussions possibles devant le juge.

L'autre catégorie d'exception vise les **dispositions universelles** en lien avec le degré de parenté. Jusqu'au quatrième degré inclusivement, si le majeur décédé n'a pas d'héritiers en ligne directe (tempérament à vérifier), l'incapacité est levée. Autre exception à l'exception, si le bénéficiaire est lui-même un tel héritier en ligne directe, la libéralité est possible.

En outre, il existe une présomption d'**interposition** de certaines personnes physiques ou morales désignées par la loi (art. **911**). En dehors de la liste légale, rien n'interdit de démontrer, par tous moyens, l'existence d'une telle interposition. Grâce au texte, certaines personnes sont présumées interposées. Hier, la présomption était irréfragable (véritable règle de fond). Depuis la loi n° 2006-728 du **23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités** (entrée en vigueur le 1er janvier 2007), la présomption est simple, partant susceptible de preuve contraire. Il en va ainsi pour les père et mère, les enfants et descendants ainsi que l'époux (rien, curieusement, sur le pacsé ou le concubin) de la personne incapable.

De plus, la disposition précise que la libéralité est nulle si elle est **déguisée** sous la forme d'un contrat onéreux, ce qui est souverainement apprécié.

D'autres textes existaient depuis de nombreuses années hors du Code civil, qui ont fait l'objet d'un toilettage et de modifications (après la loi n° 2015-1776 du **28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement** ; et ordonnance n° 2016-131 du **10 février 2016 portant réforme des contrats, du régime général et de la preuve des obligations**. Ratification par la loi n° 2018-287 du **20 avril 2018**, en vigueur au 1er octobre 2018, avec des dispositions parfois interprétatives). La sanction est la nullité de l'acte entrepris au mépris de l'incapacité (nullité de protection).

Désormais, il faut se reporter à l'article **L. 116-4** du code de l'action sociale et des familles (CASF). Il s'agit toujours d'une incapacité de recevoir à titre gratuit. La liste des incapables est autre afin de tenir compte de divers modes d'accueil ou d'hébergement de personnes vulnérables par l'âge ou autre.

La critique parfois faite est qu'à force d'élargir le cercle de ceux qui ne peuvent traiter avec la personne vulnérable, celle-ci subit, par contrecoup, une incapacité de donner ou de tester car, se trouvant isolée ou en conflit avec ses proches, elle a pour contact et relation, voire affection, les seules personnes qu'elle rencontre dans le cadre où l'interdiction est dressée ! Il s'agit donc d'un délicat équilibre à établir pour prémunir les individus d'influences critiquables, et pour leur permettre de « récompenser » ou gratifier des personnes qui assument leur charge.

Le texte (art. **L. 116-4, I CASF**) fait entrer dans le cercle des incapables de recevoir une libéralité, les personnes physiques propriétaires, gestionnaires, administrateurs ou employés d'un établissement ou service soumis à autorisation ou à déclaration en vertu de dispositions légales, ou un service soumis à agrément ou à déclaration en application d'autres dispositions. Sont

également dans le cercle, les bénévoles ou les volontaires, qui agissent au sein de ces services ou qui exercent une responsabilité.

Pour cela, les libéralités doivent intervenir pendant la durée de la prise en charge, à suivre la lettre du texte. Il est expressément renvoyé aux exceptions de l'article 909 comme à la réserve (interposition et acte onéreux déguisé) de l'article 911 (V. ci-dessus).

D'autres personnes sont comprises dans le cercle d'incapacité. Il s'agit du couple ou de l'accueillant familial soumis à agrément, ainsi que de son conjoint, pacsé ou concubin, ses ascendants ou descendants en ligne directe. Sont encore compris des salariés qui accomplissent certains services (à domicile). La libéralité intervient pendant la durée de l'accueil ou de l'accompagnement.

S'il n'est pas renvoyé à l'article 911, c'est compréhensible en raison du cercle déjà large autour de l'accueillant. Il n'est pas davantage renvoyé, pour des motifs proches, aux exceptions de l'article 909, autour de la famille. En outre, pour des services par hypothèse payants, la disposition rémunératoire paraît inappropriée.

DN Depuis la réforme des contrats en 2016, le texte a été augmenté (art. **L. 116-4, II CASF**), en reprenant une interdiction qui figurait auparavant dans le Code civil depuis la loi de 1968 (ancien art. 1125-1 C. civ. ; comp. art. **509, 2° C. civ.**).

Le régime juridique dérogatoire est prévu mais il faut alors obtenir une **autorisation** de justice préalable. A défaut, on retrouve la sanction de la nullité. Est repris la liste des incapables ci-dessus dressée. On quitte le domaine des actes à titre gratuit. L'incapable ne peut, là, se rendre acquéreur d'un bien ou cessionnaire d'un droit appartenant à une personne prise en charge, accueillie ou accompagnée, ou de prendre à bail le logement occupé par cette personne avant sa prise en charge ou son accueil. On retrouve encore une protection du cadre de vie.

Une présomption d'interposition de personnes est prévue pour le conjoint, le pacsé, le concubin, les ascendants et descendants des incapables frappés par ces interdictions.

La disposition a son équivalent à l'article **L. 3211-5-1** du code de la santé publique (CSP) lorsque la personne est soignée en établissement psychiatrique. L'incapable est quiconque exerce une fonction ou occupe un emploi dans un établissement dispensant des soins psychiatriques. Les mêmes personnes interposées sont prévues.

Existe-t-il dans votre droit un mécanisme juridique qui permet de détenir des biens au bénéfice d'un inapte ou d'un incapable dans un cadre juridique autre que les règles des régimes de protection ? Ex : fiducie dont l'inapte est bénéficiaire. Quels sont les avantages et les inconvénients de ces mécanismes ?

DN A l'exclusion d'ordre public de la fiducie-libéralité (art. **2013**), la **fiducie** a été admise en droit français après de nombreuses années de réflexion et d'hésitation par la loi n° 2007-211 du **19 février 2007 instituant la fiducie** (art. **2011 s.**). Elle a été modifiée par la suite, notamment par la loi n° 2008-776 du **4 août 2008 de modernisation de l'économie**. Cela a permis de prévoir que le constituant pouvait être une personne physique (not. art. **2017**).

La liste des personnes pouvant être fiduciaires est fournie par la loi (art. **2015**). Le constituant ou le fiduciaire peut être le bénéficiaire ou figurer parmi plusieurs bénéficiaires du contrat de fiducie (art. **2016**). Un tiers désigné par le constituant peut s'assurer de la préservation des intérêts de ce dernier (art. **2017**). On ne saurait ici entrer dans le détail du fonctionnement de la fiducie auquel il est renvoyé.

S'il est techniquement et légalement possible d'y recourir pour une **fiducie-gestion** au profit de personnes protégées, il demeure que l'instrument n'est pas envisagé en pratique. Peut-être que l'avenir réservera une évolution, ou, du moins, intéressera des personnes voyageant et croisant le trust.

C'est pourquoi il paraît difficile de se prononcer sur les avantages et inconvénients d'un instrument non usité en fait, bien qu'offert en droit. Cela pourrait favoriser une gestion dynamique du patrimoine, surtout si celui-ci est important ou/et complexe. Mais une immense majorité des majeurs protégés, en France, sont plutôt très pauvres ou modestes. Du coup, une minorité de cette population est concernée, qui pourrait préférer le mandat de protection future.

Si certains peuvent estimer que la fiducie est étrangère à l'impératif d'anticipation, d'autres pensent plus justement, peut-on défendre, que la fiducie en vue de protéger les majeurs est nécessairement une anticipation par un mécanisme ayant vocation à remplacer une mesure (principe de subsidiarité). Dans cette dernière optique, l'avantage serait d'éviter une mesure de protection juridique avec les contraintes du cadre légal du contrat de fiducie.

Il faut clairement préciser la mission confiée (art. **2018**). Un enregistrement est prévu (art. **2019**) ainsi qu'une publicité sur un registre national des fiducies (art. **2020**).

Des règles existent pour les rapports fiducie/majeurs protégés.

Déjà, est dressé une **incompatibilité** pour le cumul des qualités d'organe protecteur et de fiduciaire (mesures judiciaires, art. **445** ; renvois, pour le MPF, art. **480**, et pour le mandataire spécial de la SDJ, art. **437**).

Acte de disposition, la fiducie suppose l'assistance du curateur (art. **468**, al. 2). En revanche, même avec une autorisation, la fiducie est interdite une fois la tutelle ouverte (art. **509**). En effet, en vertu de la loi, le tuteur ne peut transférer dans un patrimoine fiduciaire les biens ou droits d'un majeur protégé. La même interdiction est faite à l'administrateur légal du patrimoine du mineur (art. **387-2**), comme à son tuteur (art. **408-1**. V. *infra*).

Certains auteurs peuvent plaider pour une levée de toute interdiction pour les majeurs protégés. Il semble toutefois que si la logique d'anticipation n'a pas été à l'œuvre, songer à la fiducie une fois la mesure protectrice en place est plutôt inadapté.

En revanche, lorsque le contrat de fiducie, qui prévoit que le fiduciaire doit **rendre compte** de sa mission au constituant, a été conclu avant la tutelle, le fiduciaire doit rendre compte au tuteur, au moins annuellement en vertu de la loi (art. **2022**). Cette fréquence minimale n'empêche pas le jeu des clauses pour un compte-rendu plus rapproché. En curatelle, le fiduciaire va rendre

compte au constituant (le curatelaire) et au curateur. Le fiduciaire est responsable de ses fautes (art. **2026**).

DN Par ailleurs, certains peuvent proposer de recourir au **contrat de société** pour essayer de gagner de la souplesse ou du dynamisme pour la gestion patrimoniale grâce à l'interposition de la personne morale. Il peut y avoir d'autres avantages et inconvénients, outre la question du fonctionnement d'une société avec un majeur protégé, bien délicat.

Dans votre pays, les règles du droit matrimonial ou autres permettent-elles de contourner l'obligation d'ouvrir un régime de protection ? Le conjoint (marié ou partenaire) peut-il gérer les biens de son conjoint si ce dernier devient inapte sans recourir à l'ouverture d'un régime de protection ?

DN Oui. Cf la subsidiarité pour le conjoint (art. **428** ; art. **494-2**, HF, modification après la loi de ratification de 2016. V. *supra*) et la remarque pour le mandat de protection future (art. **483**).

Selon les textes, le conjoint peut se faire autoriser ou habilitier à agir, y compris sur les propres du conjoint majeur (art **217** ; art. **219** ; art. **1426** ; art. **1429**)

Le partenaire d'un PACS ou le concubin n'ont pas cette priorité à défaut d'une organisation similaire à celle des époux pour la gestion. Ils peuvent néanmoins appartenir au premier cercle de celui choisi pour devenir organe protecteur (art. **449**). V. *supra*.

MINORITÉ

Quel est l'âge de la majorité ?

DN **18 ans** accomplis, quel que soit le sexe de l'individu (art. **414** ; art. **388**), depuis 1974 (avant 21 ans), comme pour la majorité électorale et celle pénale.

La capacité juridique s'acquière-elle progressivement, graduellement?¹⁰ Cette acquisition graduellement réfère-t-elle à des critères objectifs (ex : 14 ans, 16 ans ou un événement précis tel le mariage) ou à des critères subjectifs (qui dépendent du degré de discernement) ?

DN La réponse à la première question est plutôt négative mais à nuancer. Celle à la seconde ne saurait être radicale, étant éminemment variable.

En dessous du seuil de **18 ans**, la personne n'est pas capable d'exercer les droits dont elle a la jouissance. L'incapacité d'exercice du mineur, de principe, est générale (décision sur sa personne et sur ses biens) qui est une protection tenant compte de son inaptitude naturelle, liée à son immaturité, pour décider seul raisonnablement. Certains peuvent y voir une espèce de privation de liberté. Il nous semble que l'aspect de la protection ne saurait être négligé, sauf à nier la spécificité du mineur qui monte à la capacité par un apprentissage et un épanouissement progressif.

Le principe est celui d'une acquisition de la capacité juridique une fois franchi le seuil de la majorité, jusqu'à la mort, sauf à bénéficier d'un régime de protection des majeurs modifiant cette situation dans l'intervalle.

Avant la majorité, c'est le principe inverse, qui n'est pas absolu, susceptible d'exceptions, avec une tendance à leur multiplication. Le but est la reconnaissance de l'**autonomie**, en lien avec la maturité qui progresse différemment chez chacun et par certains paliers d'âge pour tous. La conception des rapports avec les parents, comme le rôle ou la fonction de ceux-ci, et la progression de la prise en compte des droits fondamentaux, font évoluer la perception de la place du mineur.

Le **principe**. Sont incapables de contracter, par exemple, les mineurs non émancipés (art. **1146**, 1°; comp. libéralités, art. **902**), incapacité cause de nullité relative (art. **1147**), de protection (V. *infra* les sanctions).

Par anticipation, il peut y avoir **émancipation** du mineur (art. **413-1** s.), qui consacre alors la capacité de principe, définitivement, avant même le relais de la majorité. Le mineur émancipé peut agir seul grâce à son émancipation effective.

En l'état actuel du droit qui a connu des évolutions dans le temps, celle-ci peut intervenir de plein droit par le mariage dont l'âge est normalement fixé à **18 ans**, quel que soit le sexe (art. **144**), sous réserve d'une dispense d'âge pour des motifs graves accordée par le procureur de la République (art. **145**), permettant alors un mariage du mineur. En dehors du mariage,

¹⁰ Ex. en regard des actes relatifs à son emploi art. 156 C.c.Q.; pouvoir de contracter seul pour des besoins ordinaires et usuels art. 157 C.c.Q.

l'émancipation peut intervenir pour un mineur de plus de **16 ans** (âge de fin de l'obligation scolaire), s'il existe de justes motifs, à la demande des père et mère, par principe (art. **413-2**), sur décision de justice. Le mineur émancipé est capable, comme un majeur, de tous les actes de la vie civile (art. **413-6**). Par exception, il en va néanmoins autrement pour certains actes tels que le mariage (V. la répercussion pour le contrat de **mariage**, ou les donations qu'il comprend, art. **1398**) ou pour se donner en **adoption**.

L'émancipation est plutôt rare, sinon marginale, en pratique, surtout depuis que le seuil de majorité civile a été abaissé à 18 ans et que l'âge du mariage a été bilatéralisé pour les filles à 18 ans (art. **144**, depuis la loi n° 2006-399 du **4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs**. L'idée sous-jacente est de lutter contre des mariages forcés. Avant, pour les filles, l'âge de 15 ans). L'institution de l'émancipation demeure néanmoins.

Le mineur émancipé peut être commerçant sur autorisation du juge des tutelles (lors de la décision d'émancipation) ou du président du tribunal de grande instance (après son émancipation) (art. **413-8** ; et C. com., art. **L. 121-2**), contrairement à l'ancienne règle lui interdisant d'être commerçant (ancien art. 487). La souplesse conduit à une autonomie en matière commerciale, champ où elle pouvait être revendiquée.

On retrouve la loi n° 2010-658 du **15 juin 2010** relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée pour le mineur non émancipé (Cf anciens art. 389-8, 401, 408 ; Code de commerce aussi). Le mineur âgé de **16 ans** révolus est visé.

Sous l'administration légale, il peut être autorisé par le ou les administrateurs à accomplir seul les actes d'administration nécessaires à la création et à la gestion d'une entreprise individuelle à responsabilité limitée ou d'une société unipersonnelle (art. **388-1-2**). Cette autorisation prend la forme d'un acte sous seing privé (sous signature privée) ou d'un acte notarié, qui comporte la liste des actes pouvant être accomplis par le mineur (art. **388-1-2** ; en tutelle, *idem*, art. **401**), énumération qui évite le doute sur la possibilité d'agir seul. Pour les actes de disposition, le pouvoir revient à l'administrateur représentant.

Selon une formule comparable, en tutelle, le mineur peut être autorisé par le conseil de famille à accomplir seul les actes d'administration nécessaires pour les besoins de la création et de la gestion d'une entreprise individuelle à responsabilité limitée ou d'une société unipersonnelle (art. **401**). En revanche, pour les actes de disposition, c'est le tuteur qui agit sur autorisation du conseil de famille, lorsqu'ils sont nécessaires pour les besoins de la création et de la gestion (art. **408**).

On constate que le domaine de l'entreprise est un secteur dans lequel le mineur pourra trouver une certaine marge d'initiative. Par comparaison, un mineur de **16 ans** révolus peut aussi librement constituer une **association** (art. **45** de la loi n° 2011-893 du **28 juillet 2011 pour le développement de l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels**, créant l'art. **2 bis** de la loi du 1er juill. **1901** sur les associations). « Sous réserve d'un accord écrit préalable de leur représentant légal, ils peuvent accomplir tous les actes utiles à son administration, à l'exception des actes de disposition ». Le fonctionnement est encadré.

On évoque déjà le tempérament au principe de l'incapacité, pour examiner l'**autonomie** du mineur en matière patrimoniale.

Par **exception**, la possibilité d'action du mineur est prévue, qui correspond à une acquisition graduelle de la capacité. Un acte peut être accompli *par* le mineur ou *avec lui* qui participe, étant à l'occasion *associé* à certaines décisions le concernant, tant dans le domaine personnel que dans le domaine patrimonial.

Il faut se reporter à plusieurs textes (Titre IX *De l'autorité parentale*, Chapitre II *De l'autorité parentale relativement aux biens de l'enfant*, art. **382** à **387-6** ; Titre X *De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation*, Chapitre 1 *De la minorité*, art. **388** à **388-2** ; Chapitre II *De la tutelle*, art. **390** à **413** ; outre Titre XII *De la gestion du patrimoine des mineur et majeurs en tutelle*, art. **496** s.), parfois hors du code civil.

La doctrine regrette souvent l'éclatement des solutions. C'est effectivement une réalité, déjà par les **sources** de l'autonomie ponctuelle du mineur : une origine jurisprudentielle, coutumière ou législative, voire déontologique (en matière médicale, pratique ensuite relayée par la loi). L'autonomie se développe **sectoriellement**, non pas dans une vision cohérente d'ensemble.

De façon générale, comme pour un majeur protégé, un mineur non émancipé, incapable de contracter, peut néanmoins accomplir seul les **actes courants** autorisés par la loi ou l'usage, pourvu qu'ils soient conclus à des conditions normales (depuis 2016, art. **1148**. V. encore *infra*, prochaine réponse, art. **388-1-1** ; ancien art. 389-3 ; art. **408**). On se rapproche des besoins usuels et ordinaires indiqués pour le **Québec**, semble-t-il. La solution législative française, depuis des décennies, est la reprise de la solution prétorienne.

La philosophie sous-jacente réside dans le fait que le mineur ne peut se nuire, ni préjudicier vraiment à des tiers (sécurité juridique), par l'accomplissement de tels actes, d'où la liberté d'agir admise. Un tel acte est souverainement apprécié. Par exemple, acheter des fournitures scolaires ou un titre de transport pour un déplacement, paraît nécessaire, sans avoir à recourir à une représentation. D'autres actes seront souvent utiles, sans être graves. L'utilisation de l'argent de poche est le signe de cette marge d'action (comp. l'argent de vie pour le curatelaire, l'excédent en curatelle renforcée, art. **472**). Le mineur peut donc agir seul pour ce genre d'acte.

En fonction de l'âge du mineur, notamment lorsqu'il s'approche ou vit son adolescence, l'usage peut permettre davantage d'autonomie que pour l'enfant en bas âge ou le jeune enfant.

Il est également précisé que les actes courants accomplis par le mineur peuvent être annulés pour **simple lésion** (art. **1149**), sans quotité fixée. La limite est que la nullité n'est pas encourue lorsque la lésion résulte d'un événement imprévisible.

En s'appuyant ou en s'inspirant de ces nouveaux textes, comme des actions spéciales ouvertes aux majeurs protégés dans leur sphère d'action (art. **465, 1°**), on peut penser fermement que l'acte lésionnaire ou déséquilibré (conditions anormales), ne pourrait pas être subi par le mineur. Auparavant, il était souvent défendu que l'acte usuel semblait logiquement devoir ne pas être préjudiciable. Sous cette garantie, la nature d'un tel acte pourrait être d'administration ou de disposition.

Il est ajouté que la simple **déclaration de majorité** faite par le mineur ne fait pas obstacle à l'annulation (art. **1149** ; ancien art. 1307), donc aux éventuelles **restitutions** à la seule hauteur du profit qu'il aurait retiré de l'acte annulé (art. **1352-4**). A défaut, la clause de déclaration de majorité deviendrait de style et paralyserait la protection du mineur (pour la prescription des actions, point de départ à la majorité ou à l'émancipation, art. **1352, 1°**). Réserve est faite de manœuvres frauduleuses du mineur, fautif, pour dissimuler sciemment sa minorité lors de la conclusion d'un acte. Il serait alors doué de discernement et avec une intention à relever.

En revanche, le mineur ne peut se soustraire aux engagements qu'il a pris dans l'exercice de sa **profession** (art. **1149** ; ancien art. 1308).

Par le jeu des sanctions (V. *infra*), dont la mise en œuvre d'aboutit pas automatiquement à l'anéantissement d'un acte, on devine que le mineur peut conserver, indirectement, une espèce de marge d'action.

Dans le même esprit d'un acte sans grand danger pour le mineur, on peut estimer qu'il est susceptible de passer valablement un **acte conservatoire**. Etant donné qu'il s'agit d'éviter une perte patrimoniale, dans un contexte d'urgence, souvent, se devine l'utilité de l'acte dont le mineur aurait eu l'idée de l'initiative personnelle.

Il est des domaines où une **règlementation spéciale** existe. Sans pouvoir entrer dans le détail, on se bornera à quelques indications sur des cas de **pré-majorité** ou de **pré-capacité**, dans lesquels le mineur est susceptible d'agir seul, ou d'autres hypothèses où son rôle est reconnu dans un certain cadre, notamment avec le concours d'autres personnes. On se rapproche d'une capacité anticipée par rapport au temps qu'il reste à courir jusqu'à 18 ans.

Il existe différentes manifestations, avec parfois des **seuils** d'âge, qui peuvent varier (exemples, non limitatifs : 13, 15 ou 16 ans). C'est fréquemment le cas dans le domaine personnel (ex. changement de nom, exigeant le consentement personnel du mineur de plus de 13 ans, art. **61-3**), ou celui de la santé (art. **L. 1111-5** CSP), mais point exclusivement. Par exemple, pour le mariage, le mineur donne son consentement, mais il faut également celui de ses père et mère (art. **148**).

Une remarque générale : lorsque la faculté d'agir est admise, le mineur doit être doué de discernement afin de comprendre la portée de son acte. Il montre ainsi son aptitude de fait malgré sa minorité.

On renvoie à ce qui va être indiqué pour les libéralités (V. *infra*, questions suivantes). Il sera simplement observé qu'il s'agit là d'un acte présentant un **caractère personnel**, comme pour les majeurs protégés. Dès lors, il paraît logique de réserver une marge d'action au mineur, serait-ce en l'encadrant.

La loi permet au mineur de se faire ouvrir un livret A (placement) sans intervention du représentant légal (art. **L. 221-3** C. monétaire et financier, CMF). Toutefois, ils ne peuvent retirer les sommes y figurant avant **16 ans**, sans le représentant légal. Après 16 ans, sauf opposition du représentant légal, le retrait du mineur est ouvert. Le marché permet de réserver un livret jeune (ouverture, dépôt, retrait) pour des personnes physiques de **12 à 25 ans**, donc aussi des mineurs (art. **L. 221-24** CMF). A moins de 16 ans, les opérations de retrait nécessitent cependant

l'autorisation du représentant légal. Sauf droit d'opposition de ce dernier, le retrait est permis entre 16 et 18 ans.

Par parenthèse, l'ouverture d'un compte bancaire (avec remise de carnet de chèques et carte bleue) ne semble pas devoir être considéré comme un acte courant, permettant de se dispenser de l'autorisation du représentant légal du mineur (**Civ. 1^{re}, 12 nov. 1998**, n° 97-13.248 : visa des anciens art. 389-3, 1307 et 1312 C. civ.).

Il existe une réglementation spéciale pour le **travail** du mineur (jeune travailleur ou apprentissage) dans le code dédié, sous respect notamment de l'obligation scolaire, de certaines règles pour le travail de nuit ou dans des lieux de débit de boissons. On n'entrera absolument pas dans le lourd détail. Le principe est qu'il est interdit d'employer un mineur de moins de **16 ans**, sauf dérogations comme, par exemple, celle du contrat d'apprentissage dès **15 ans** (art. **L. 4153-1** C. trav.). Des mineurs de plus de **14 ans** peuvent accomplir des tâches adaptées pendant leurs vacances scolaires (art. **L. 4153-2** C. trav.). Le spectacle, les professions ambulantes, la mode ou la publicité ont également des règles favorables au travail du mineur plus jeune (art. **L. 7124-2** C. trav.).

Un particularisme existe pour la **procédure** lorsque le mineur est capable de discernement, indépendamment de dispositions prévoyant son intervention ou son consentement. L'idée est d'entendre sa **parole** en justice par sa participation lors de la procédure. La consécration légale de l'extension de ce principe, qui connaissait des applications particulières, fait suite à des engagements internationaux sur les droits de l'enfant et la reconnaissance, dans certaines limites, de son autonomie (Conv. EDH ; Convention de New York du **26 janv. 1990**, reconnue d'applicabilité directe en France, par la Cour de cassation).

S'agissant de la procédure civile, le droit d'être entendu existe pour celle relative à la personne de l'enfant comme celle concernant la gestion de ses biens. Plus largement (au-delà de la seule procédure), cette participation ou association du mineur est aussi présente, souvent, dans le champ du domaine personnel, hors patrimonial. Par exemple, à propos de l'autorité parentale, il est indiqué que « Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité » (art. **371-1**, al. **3**).

Le mineur peut être entendu par le juge dans une procédure le concernant, ou par une personne désignée par le juge, en fonction de son intérêt (art. **388-1**). L'**audition** est de droit sur demande du mineur (non partie à la procédure), sauf en l'absence de discernement (à vérifier ; question de fait, souverainement appréciée) ou procédure ne concernant pas l'intéressé. En dehors de ces cas limitatifs, le juge ne peut rejeter la demande du mineur.

Il est entendu seul ou avec un avocat ou personne de son choix, dès lors qu'il est conforme à son intérêt. Une information est délivrée au mineur (par ceux qui ont sa charge) sur son droit à être entendu et à être assisté par un avocat. Si jamais le mineur exprime un refus d'être entendu, le juge apprécie le bien-fondé de celui-ci. La liberté de ne pas être entendu pourrait ainsi, à la lettre, apparaître relative. Mais, on voit mal un juge, en fait, contraindre le mineur récalcitrant. Par ailleurs, les principes sont une chose, leur mise en œuvre pour leur effectivité, une autre.

Dans la procédure, si les intérêts du mineur sont en opposition avec ceux de son (ou ses) administrateur légal, un administrateur *ad hoc* est désigné (art. **388-2**), en suivant les règles habituelles en ce cas (renvoi. V. *infra*).

Par parenthèse, l'action en justice comme la défense nécessite la représentation. Ainsi, en tutelle, il est précisé que le tuteur représente le mineur en justice (art. **408**). Pour les demandes ou défenses portant sur des droits extrapatrimoniaux, le tuteur doit d'abord recueillir l'autorisation du conseil de famille qui peut aussi lui adresser des injonctions en ce sens. Pour les droits patrimoniaux, le classement dans la catégorie des actes d'administration dispense de cette autorisation. C'est comparable à la tutelle du majeur (V. *supra*).

Quelle est l'emprise du mineur sur son patrimoine ? Le mineur peut-il dans certaines circonstances gérer son patrimoine ? L'aliéner ? Le donner ? Tester ?

DN On mettra de côté les **actes courants** déjà signalés (art. **1148**), ou les **actes conservatoires**, qui peuvent permettre une relative autonomie du mineur (V. *supra*).

L'**aliénation** entendue comme un **acte de disposition** ne saurait être permise au mineur. La doctrine peut être davantage nuancée pour un acte d'administration accompli par le seul mineur, du moins s'il n'est pas lésionnaire. En réalité, il n'y a pas capacité mais, au regard de la mise en œuvre des sanctions, on peut déduire que le mineur pourrait effectuer un acte d'administration si jamais il ne lui nuit pas, ce qui pourrait s'exprimer par la non manifestation d'une lésion.

On retrouve la technique de la **représentation** (représentant légal).

Les actes accomplis par le tuteur en représentation de l'incapable sont réputés accomplis par celui-ci. Celui qui représente le mineur agit en son nom et pour son compte. La solution est identique pour la représentation des majeurs protégés.

Par comparaison, en l'état actuel du droit, le mineur peut être le représentant d'autrui par le mandat de droit commun (art. **1990**). C'est la représentation par le mineur. La possibilité en droit ne signifie pas fréquence en fait. La règle existe. Pour autant, cela ne signifie pas une dérogation à l'incapacité de principe du mineur, puisque celui-ci n'est que le **porte-parole** du représenté, du mandant, qui est seul engagé juridiquement, grâce à la technique de la représentation. Pour apprécier une éventuelle défaillance du mineur, il faudrait se reporter aux règles de la minorité.

Avec la réforme des contrats de 2016, et la théorie générale de la représentation qu'elle contient, le législateur a préféré aller plus loin : « Les pouvoirs du représentant cessent s'il est atteint d'une incapacité ou frappé d'une interdiction » (art. **1160**).

A notre sens, dans l'esprit du législateur en ce domaine, il faut comprendre largement l'expression « **incapacité** » comme comprenant les différents régimes de protection du majeur, serait-il estimé incapacitant ou non. Par analogie, le statut de la minorité pourrait être compris dans cette logique. Pour l'heure, il existe néanmoins l'article **1990** propre au mandat.

Dans la continuité, l'avant-projet de l'Association Capitant de réforme du droit des contrats spéciaux (2017) prévoit que « Le mandat prend encore fin par le décès ou l'incapacité du mandant ou du mandataire » (art. 155).

Revenons à la représentation du mineur.

Sous **administration légale**, le mineur est représenté par le ou les administrateurs légaux (art. **388-1-1**). En **tutelle**, le mineur est représenté par son ou ses tuteurs (art. **408**). L'organe protecteur gère donc les biens, et agissant au nom et pour le compte du représenté, en sa qualité de représentant il n'est pas engagé à l'égard des tiers.

En cas de pluralité de tuteurs exerçant en commun la mesure, chacun est réputé, à l'égard des tiers, avoir reçu de l'autre le pouvoir de faire les actes d'administration (art. **405**). Toutefois, dans les deux formes de protection, le mineur peut agir lui-même dans les cas où la loi ou l'usage l'autorise.

On renvoie également à l'article **1148** du code civil, vu pour le contrat (V. *supra*). Pour le reste, rappelons le principe d'incapacité (V. *supra*).

DN En règle, toutes personnes peuvent disposer et recevoir, par donations entre vifs ou par testament, hormis celles déclarées incapables par la loi (art. **902**). Il est précisé que « Le mineur âgé de moins de **seize ans** ne pourra aucunement disposer, sauf ce qui est réglé » par la loi (art. **903**).

Il s'agit d'un renvoi visant *Des dispositions entre époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage* (Chapitre IX). On rappelle que le mariage est susceptible d'émanciper le mineur (V. *supra*). La **donation** étant par principe irrévocable, elle est autorisée dans le mariage avec un cadre précis à suivre.

Il est prévu que « Le mineur ne pourra, par contrat de mariage, donner à l'autre époux, soit par donation simple, soit par donation réciproque, qu'avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité de son mariage ; et, avec ce consentement, il pourra donner tout ce que la loi permet à l'époux majeur de donner à l'autre conjoint » (art. **1095**). Il s'agit d'un système permettant de compléter la capacité juridique du mineur qui entre dans les liens du mariage, du côté des conventions organisant des transferts patrimoniaux.

Pour le **régime matrimonial**, le mineur capable de contracter mariage l'est, avec assistance des mêmes personnes pour le mariage, de consentir aux conventions accompagnant le mariage, dont les donations (art. **1398**). Le choix personnel du mineur est préservé grâce à la technique de l'**assistance** plutôt que celle de la représentation.

Le seuil de **16 ans** est indiqué comme point de repère par le législateur.

Ainsi, même non émancipé, le mineur parvenu à l'âge de **16 ans** peut disposer par **testament** mais seulement, par principe, jusqu'à concurrence de la **moitié** des biens dont la loi permet au majeur de disposer (art. **904**). Dans ce champ éminemment personnel, la loi a consacré une autonomie encadrée (comp. le majeur sous tutelle, art. **476**).

Rappel de l'**opposition d'intérêts**, le mineur, même de 16 ans, ne saurait disposer au profit de son tuteur (principe) par testament (art. **907**), sauf si le tuteur est aussi un ascendant du mineur (exception). La nullité relative encourue ne frappe que le legs consenti à la personne incapable, sans s'étendre aux autres dispositions contenues dans le testament.

Même devenu majeur ou émancipé, le mineur ne peut disposer par donation ou testament au profit de celui ayant exercé sa tutelle (sauf un ascendant), tant que le compte définitif de la tutelle n'a été préalablement rendu et apuré. Par cette reddition des comptes, cela permet de vérifier la responsabilité éventuelle du tuteur avant de disposer, le cas échéant, en sa faveur.

Comment protège-t-on les intérêts patrimoniaux du mineur ? La tutelle au mineur est-elle légale ou dative ?

Il faut distinguer l'autorité parentale accompagnée de l'administration légale, situation statistiquement dominante, de la tutelle, ouverte dans des circonstances exceptionnelles.

D'abord les parents du mineur sont ceux qui disposent de l'**autorité parentale** et de l'**administration légale** du patrimoine. A défaut, dans le cas de parents décédés ou privés de l'exercice de l'autorité parentale, comme pour un enfant dont la filiation ne serait pas établie (possible, plus tard, avec retour à l'administration légale, art. **392**), on glisse vers la **tutelle** (art. **390**). En cas d'administration légale, une cause grave peut conduire le juge, selon conditions et procédure à suivre, à ouvrir la tutelle (art. **391**). La tutelle prend fin par le décès du mineur, ou, de son vivant, par son émancipation ou sa majorité, ou par un jugement de mainlevée passée en force de chose jugée (art. **393**). Eu égard à la durée de la minorité, la tutelle est par essence provisoire.

Comme pour la protection des majeurs (art. **415**. V. *supra*), la tutelle des mineurs, protection due à l'enfant, est une charge publique, un devoir des familles et de la collectivité publique (art. **394**). Pour certaines raisons, dont la minorité, par principe, certaines personnes ne peuvent exercer les charges tutélaires (art. **395**). L'exercice de la charge est susceptible d'être retiré pour différents motifs (art. **396**). Il est statué sur les cas qui ne permettent pas d'exercer la tutelle (art. **397**).

Contrairement aux majeurs, la tutelle des mineurs est, par principe, organisée avec un conseil de famille (art. **398**). Certes, il peut y avoir vacance, ce qui fait obstacle pour la raison factuelle du défaut de famille (art. **411**). La loi prévoit la désignation des membres et le fonctionnement du conseil de famille (art. **399** à art. **402**), notamment le vote des délibérations, sur lesquels on ne s'étend pas ici. On précisera simplement que le conseil de famille donne au tuteur les **autorisations** nécessaires pour la gestion des biens du mineur (art. **401**).

La tutelle comporte également un **subrogé** tuteur dont la charge cesse avec celle du tuteur (art. **409**). Sa mission essentielle est de surveiller le tuteur (art. **410**), organe principal, comme cela a été vu avec les majeurs protégés (art. **454**) (où il est facultatif), auquel on renvoie.

Si la famille manque, la tutelle devient **vacante**. Généralement contrôlée par l'Etat, elle devient spécifiquement dévolue à l'Etat. Alors, le juge des tutelles la défère à la collectivité publique ; c'est l'aide sociale à l'enfance, où le mineur est **pupille** de l'Etat (CASF), voire de la nation (cas de

pension militaire pour les orphelins). En ce cas, la tutelle n'a ni conseil de famille, par hypothèse, ni subrogé tuteur (art. **411**), le seul organe étant le tuteur.

On s'en tiendra ici aux questions de gestion du patrimoine, selon la ligne directrice, la protection de la personne relevant de l'autorité parentale pour l'essentiel.

Pour l'**administration légale**, qui appartient aux parents (art. **382**), est intervenue l'ordonnance n° 2015-1288 du **15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille**, en vigueur au 1er janvier 2016 (la même qui a introduit l'habilitation familiale pour les majeurs, *V. supra*).

En bref, l'idée est que toutes les familles soient également traitées, spécialement celle monoparentales, d'où des dispenses d'autorisation du juge pour le parent seul. Le résultat est une situation parfois moins favorable pour une famille composée des deux parents... En effet, à côté de l'administration conjointement assumée par les deux parents (dite *pure et simple*), a été supprimée l'administration légale *sous contrôle judiciaire* du parent seul (ancien art. 383). La doctrine est généralement assez critique sur cette évolution et sa justification.

Dès lors, « Si l'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents, chacun d'entre eux est administrateur légal. Dans les autres cas, l'administration légale appartient à celui des parents qui exerce l'autorité parentale » (art. **382**).

Par ailleurs, le ou les parents ont la **jouissance légale** sur les biens du mineur, qui est attachée à l'administration légale (art. **386-1**). Hors fin de l'autorité parentale ou de l'administration légale, ce droit (comp. usufruit) s'arrête, en règle, à l'âge de **16 ans** accomplis du mineur (art. **386-2**). En bref, l'idée est d'employer les sommes dans l'intérêt de l'enfant, notamment de son entretien et son éducation. Y échappent les biens que l'enfant peut acquérir par son travail (ses gains et salaires, pour l'excédent, une fois l'entretien et l'éducation assurés), ceux donnés ou légués sous la condition expresse que les parents n'en jouiront pas (*V. infra*), et ceux qu'il reçoit au titre de l'indemnisation d'un préjudice extrapatrimonial en qualité de victime (art. **386-4**).

L'administration légale cesse elle lorsque le mineur devient majeur. Avant cela, il convient de déterminer les **pouvoirs** des administrateurs.

Pour l'administration légale **en commun**, chaque parent est réputé, à l'égard des tiers, avoir reçu de l'autre le pouvoir de faire seul les **actes d'administration** portant sur les biens du mineur (art. **382-1**), selon les qualifications retenues par l'article **496** du code civil renvoyant au décret n° 2008-1484 du **22 décembre 2008**, avec ses définitions et deux annexes (avec des listes d'actes comprenant des qualifications fixes, annexe 1, ou variables selon les circonstances d'espèce, annexe 2, à apprécier selon certains critères fournis aux art. 1 et 2 du décret), dispositif commun aux majeurs protégés (ci-dessus envisagé). Il est généralement observé par la doctrine que ce dispositif commun est parfois moins adapté s'agissant des mineurs.

En présence de deux administrateurs légaux, il pourrait y avoir des **désaccords** entre eux, si bien que l'intervention du juge des tutelles est prévue afin de délivrer l'**autorisation** pour conclure un acte (art. **387** ; ancien art. 389-5).

Auparavant, pour les actes de disposition, y compris dans l'administration légale pure et simple où les parents agissaient ensemble, il fallait l'autorisation préalable du juge des tutelles (anciens art. 389-5 et 389-6). Désormais (depuis le 1er janvier 2016), il faut se reporter à l'article **387-1** du code civil afin de savoir quand doit être autorisé l'administrateur légal par le juge des tutelles. Une telle autorisation doit déterminer les conditions de l'acte et, s'il y a lieu, le prix ou la mise à prix pour lequel l'acte est passé.

Il s'agit souvent d'actes de disposition ou/et graves, voire des hypothèses où peut être crainte une opposition d'intérêts : vendre de gré à gré un immeuble ou un fonds de commerce appartenant au mineur ; apporter en société un immeuble ou un fonds de commerce appartenant au mineur ; contracter un emprunt au nom du mineur ; renoncer pour le mineur à un droit, transiger ou compromettre en son nom ; accepter purement et simplement une succession revenant au mineur (comp. pour le majeur en tutelle, art. **507-1**) ; acheter les biens du mineur, les prendre à bail (pour la conclusion de l'acte, l'administrateur légal est réputé en opposition d'intérêts avec le mineur) ; constituer gratuitement une sûreté au nom du mineur pour garantir la dette d'un tiers ; procéder à la réalisation d'un acte portant sur des valeurs mobilières ou instruments financiers, si celui-ci engage le patrimoine du mineur pour le présent ou une altération durable des prérogatives du mineur.

En dehors de cette liste, il est possible au juge d'**imposer** son autorisation préalable à certaines conditions, à l'occasion de son contrôle (art. **387-3**). Cela permet d'élargir le contrôle des actes de disposition. Le juge doit estimer que c'est indispensable à la sauvegarde des intérêts du mineur, en considération de la composition ou de la valeur du patrimoine, de l'âge du mineur ou de sa situation familiale.

Plusieurs personnes énumérées, dont les parents, ont qualité pour saisir le juge (art. **387-3**). Il en va ainsi lorsqu'il y a connaissance d'actes ou omissions qui compromettent manifestement et substantiellement les intérêts patrimoniaux du mineur ou d'une situation de nature à porter un préjudice grave à ceux-ci. L'interprétation de ces adverbess par la jurisprudence indiquera qu'elle est la plus ou moins grande sévérité pour assurer effectivement la protection. Un signalement peut être effectué par des tiers (art. **387-3** ; comp. pour les mesures judiciaires des majeurs, art. **499** ; le rôle du notaire en MPF notarié, art. **491**, al. 2. V. *supra*).

Dans l'optique de contrôle, autre faculté, le juge peut solliciter un **inventaire** du patrimoine du mineur de la part de l'administrateur légal et un inventaire actualisé annuellement, dont copie sera transmise au mineur de **16 ans** (art. **387-4**).

Encore une faculté, le juge peut exiger de l'administrateur qu'il communique au directeur des services de greffe un **compte de gestion annuel**, avec pièces justificatives (art. **387-5**). Le contrôle est ainsi organisé pour les vérifications jusqu'à la **reddition**. Le mineur de **16 ans** en aura transmission. Plus largement, le juge des tutelles et le procureur de la République assument la surveillance (art. **387-6**). Il en va de même en tutelle (art. **411-1** ; comp. pour les majeurs, art. **416** et **417**. V. *supra*).

Des actes sont **interdits** à l'administrateur légal, même avec une autorisation du juge (comp. pour le tuteur majeur, art. **509**). Ces actes sont limitativement énoncés par la loi (art. **387-2** ; ancien art. 389-5). Il n'est ainsi pas possible : d'aliéner gratuitement les biens et les droits du

mineur ; d'acquiescer un droit ou une créance contre le mineur (comp. opposition d'intérêts) ; d'exercer le commerce ou une profession libérale au nom du mineur ; de transférer dans un patrimoine fiduciaire les biens ou les droits du mineur.

Quant à la qualité de la gestion, à l'instar du tuteur majeur (art. 496), l'administrateur légal est tenu d'apporter dans la gestion des biens du mineur des soins prudents, diligents et avisés, dans le seul intérêt du mineur (art. 385). La gestion en feu le bon père de famille ne doit pas être synonyme de conservatisme selon le cas concerné. Il demeure que la **responsabilité** de l'administrateur est engagée pour une faute quelconque de gestion (art. 386 ; ancien art. 389-5).

L'**opposition d'intérêts** de l'enfant avec l'administrateur légal, unique ou les deux, est envisagée (art. 383 ; ancien art. 389-3) ; elle est souverainement appréciée. Il faut alors désigner un administrateur *ad hoc* (renvoi pour une telle opposition dans une procédure, art. 388-2 ; le cas des libéralités, art. 907. V. *supra*). Si le(s) administrateur(s) concerné(s) n'a pas pris l'initiative de saisir le juge des tutelles en ce sens, celui-ci peut y procéder d'office ou à la demande du ministère public ou du mineur lui-même. A supposer qu'un seul des deux administrateurs soit en opposition d'intérêts, le juge pourrait décider de confier à l'autre le soin de représenter l'enfant pour un ou plusieurs actes déterminés.

Passons à la **tutelle**. Le tuteur est désigné pour la durée de la tutelle (art. 406), comme les membres du conseil de famille (art. 399). Charge personnelle, la tutelle ne se transmet pas aux héritiers du tuteur (art. 407). Le tuteur peut être unique ou plusieurs personnes sont susceptibles d'être désignées tutrices, soit pour un exercice en commun, soit pour un exercice divisé, comme pour la protection de la personne et la gestion des biens (art. 405). On retrouve une solution comparable à celle des majeurs (art. 447). La gestion des biens peut parfois justifier la désignation d'un tuteur adjoint. Les organes s'informent tout en étant indépendants les uns des autres. Il en va semblablement pour les majeurs.

DN Il est possible de désigner un tuteur par **voie testamentaire** (implic. art. 398). En effet, le législateur considère que « Le **droit individuel** de choisir un tuteur, qu'il soit ou non parent du mineur, n'appartient qu'au dernier vivant des père et mère s'il a conservé, au jour de son décès, l'exercice de l'autorité parentale » (art. 403).

La **forme** pour choisir le tuteur comprend le testament (régulier) ou une déclaration spéciale devant notaire. Par tradition, même si le choix du tuteur n'est pas obligatoirement réalisé par testament, il est d'usage d'évoquer la « tutelle testamentaire » par opposition à celle dative, pour exprimer la place prioritaire accordée à la volonté. Avant ou après la naissance de l'enfant, et même jusqu'à la veille de sa propre mort, le parent élira la personne de son choix, dans la parenté ou au-delà.

Dans le respect du formalisme imposé par la loi, le choix a force obligatoire dans le sens où elle **s'impose** au conseil de famille. Il en va autrement si l'intérêt de l'enfant commande de l'écarter. On retrouve les observations faites pour le choix anticipé d'un organe protecteur pour le majeur protégé (V. *supra*). Par parenthèse, si le choix effectué n'est pas valable, notamment pour une raison de forme, il peut être examiné, en fait, pour savoir si l'option suggérée mérite d'être consacrée sur le terrain de la tutelle dative. Par ailleurs, rien ne peut toutefois être imposé au tuteur qui n'est pas tenu d'accepter la tutelle, conservant sa liberté de **refus**. Comme il s'agit

toujours d'attirer l'attention du parent, la **révocation** de la désignation doit obéir au même formalisme.

A défaut de sélection dans le cadre fixé, ou si le tuteur testamentaire désigné vient à cesser ses fonctions, c'est le conseil de famille qui, **subsidiativement** donc, va désigner un tuteur au mineur (art. **404**). La **tutelle dative** (donnée par le conseil de famille) conduit au tuteur légal, non plus testamentaire (la loi de 2007 a supprimé la tutelle des ascendants, qui était prioritaire). La tutelle est donc d'abord laissée au libre choix avant, le cas échéant, de devenir dative, selon l'organisation légale en place, au pouvoir souverain du conseil de famille.

Par parenthèse, bien qu'il détienne les pouvoirs de la loi, en ce domaine, le conseil de famille tiendra compte, en fait, de l'influence des parents, dans une certaine mesure (notamment le respect de l'intérêt du mineur), comme c'est le cas pour la protection du mineur en matière personnelle où il trace les **directives** appliquées par le tuteur : « Le conseil de famille règle les conditions générales de l'entretien et de l'éducation du mineur en ayant égard à la volonté que les père et mère avaient pu exprimer » (art. **401**, al. 1).

Précisons que l'ouverture de la tutelle doit résulter du **décès** afin de permettre la tutelle testamentaire, émanant du seul parent survivant (ayant conservé l'autorité parentale, bien sûr). En pratique, même s'il s'agit, à la lettre, d'un droit individuel, si un choix antérieur a été fait par les deux parents, il est respecté dès lors que le survivant ne modifie rien. Aussi, les autres causes d'ouverture de la tutelle n'autorisent pas cette tutelle testamentaire. En effet, le choix est écarté notamment lorsque l'autorité parentale aura été retirée aux parents.

Lorsqu'il doit recueillir une **autorisation** pour gérer les biens du mineur, le tuteur s'adresse au conseil de famille (art. **401**). Selon certaines modalités, les délibérations du conseil peuvent être critiquées ou remises en cause (art. **402**). L'acte accompli en vertu d'une délibération annulée est lui-même annulable.

C'est donc le tuteur, représentant, qui gère les biens du mineur et **rend compte** de sa gestion (art. **408**). Tous les organes de la tutelle engagent leur **responsabilité** pour une faute quelconque dans l'exercice des fonctions (art. **412**). En certaines hypothèses, la responsabilité de l'**Etat** est à rechercher, sous réserve de son action récursoire contre l'auteur direct (art. **412** ; ancien art. 473. Comp. pour les majeurs protégés, art. **421** et **422**). La prescription quinquennale de l'action court à compter de la majorité ou à la fin antérieure de la mesure (art. **413** ; ancien art. 475. Comp. pour les majeurs protégés, art. **515**).

En cas d'**opposition d'intérêts**, le **subrogé** tuteur remplace le tuteur qui doit l'informer de tout acte important qu'il projette d'accomplir (art. **410**). Responsable à l'égard du mineur, le subrogé tuteur informe le juge des tutelles des fautes observées dans l'exercice de la mission tutélaire.

Les clauses testamentaires d'administration prolongée peuvent-elles permettre d'éviter l'intervention du tuteur au mineur pour gérer ses biens ? D'autres mécanismes permettent-ils d'arriver aux mêmes fins ? Ex. fiducie. Dans de tels cas, les intérêts patrimoniaux du mineur sont-ils adéquatement protégés ?

DN Il a déjà été indiqué, à propos du droit de jouissance légale (V. *supra*), que celui-ci ne portait pas sur les biens donnés ou légués sous la condition expresse que les parents n'en jouiront pas

(art. **386-4**). Plus spécifiquement, avec la réforme de 2015, il est prévu explicitement à l'article **384** du code civil que : « Ne sont pas soumis à l'administration légale les biens donnés ou légués au mineur sous la condition qu'ils soient administrés par un tiers » (alinéa 1er) (comp ancien art. 389-3).

Il faut clairement prévoir une telle organisation, comme l'impose la loi. Il s'agit d'une **clause** d'exclusion de l'administration légale dont la validité est admise. En règle, « Le tiers administrateur a les pouvoirs qui lui sont conférés par la donation, le testament ou, à défaut, ceux d'un administrateur légal » (alinéa 2). Il faut donc veiller à bien les définir. Avant la réforme de 2015, la loi a été sujette à des interprétations. Rien n'interdit, *a priori*, d'insérer le contrôle souhaité accompagnant la décision de gestion par le tiers plutôt que par l'administrateur légal. Il n'y a pas un texte équivalent en tutelle. On comprend que la réalité des familles recomposées et des divorces a conduit à consacrer une telle possibilité ouverte au parent qui ne souhaite pas voir l'autre s'immiscer dans la gestion du patrimoine transmis.

Si le tiers administrateur refuse la fonction ou se trouve dans la situation où il ne peut exercer les charges tutélaires, il sera remplacé par un administrateur *ad hoc* désigné par le juge des tutelles (alinéa 3).

DN Pour la **fiducie**, les textes cantonnent strictement les pouvoirs des différents représentants du mineur (V. *supra* les solutions pour les majeurs protégés). Pour l'administrateur légal, même avec une autorisation, il est **interdit** de transférer dans un patrimoine fiduciaire les biens ou les droits du mineur (art. **387-2**). En tutelle, la même interdiction de transfert dans un patrimoine fiduciaire est dressée (art. **408-1**). Il n'y a donc pas à s'interroger sur une protection adéquate puisque l'interdiction tue le débat dans l'œuf.

Quelles sont les sanctions lorsqu'un acte est posé par un mineur qui n'a pas la capacité d'exercice ? Le mineur doit-il prouver lésion pour obtenir l'annulation de l'acte ? En est-il de même du mineur privé de discernement ? Le mineur peut-il invoquer lésion si le tuteur a contracté en respectant les formalités ?

DN La sanction de l'incapacité du mineur pour un acte **irrégulier** au regard de l'incapacité d'exercice est la nullité relative, de protection (art. **1147**), comme pour les majeurs protégés, qui permet l'éventuelle ratification ou confirmation. Par parenthèse, si le mineur n'est pas même doué de discernement, une des autres conditions de validité de l'acte juridique ferait défaut, soit le consentement. Le seul constat de la minorité dispense de s'interroger sur le consentement en matière patrimoniale (sauf dérogation admise à l'incapacité de principe).

Par exemple, si le mineur a conclu un acte de disposition seul, qu'il soit lésionnaire ou non, et quel que soit le comportement du cocontractant (sa bonne ou mauvaise foi), par exemple, la nullité est **de droit**. Il suffit de constater que le mineur non émancipé a agi là où il ne le pouvait. Son représentant légal exercera l'action, ou le mineur, une fois qu'il aura acquis la capacité d'agir en justice (émancipé ou devenu majeur). On retrouve le **délai quinquennal** de la prescription (point de départ, art. **1152, 1°**), comme pour les majeurs protégés.

La réforme des contrats de 2016 a changé la **numérotation** des textes sans revenir sur la substance des règles (C. civ., art. **1128**, 2°; art. **1145** ; art. **1146**, 1° ; art. **1152**, 1° ; art. **2224** ; anciens art. 1108, 1124, 1125, 1304).

En droit positif, il en va de même pour les actes d'administration, la loi ne distinguant pas.

Rappelons, comme pour les majeurs protégés, que toute personne incapable de contracter peut néanmoins accomplir les **actes courants** autorisés par la loi ou l'usage, pourvu qu'ils soient conclus à des conditions normales (art. **1148**. V. *supra*).

DN S'agissant de la **lésion**, il faut encore rappeler que les actes courants sont susceptibles d'être annulés pour **simple lésion** (art. **1149** ; comp. anciens art. 1305, 1306, 1311). On renvoie également à ce qui a été précisé pour la simple **déclaration de majorité** (ancien art. 1307. V. *supra*). Sur cette dernière, en l'absence de manœuvres frauduleuses du mineur afin de dissimuler sciemment sa minorité (alors doué de discernement et animé d'une intention), qui engage sa responsabilité (faute), il n'y a aucune répercussion.

DN Il est supposé que la troisième question vise plutôt un mineur disposant de la capacité d'exercice subissant une lésion. L'hypothèse est difficile à articuler avec les positions de principe du droit français qui retient l'incapacité. Pour la gestion des biens, l'exigence de la capacité juridique domine si bien que celle du mineur privé de discernement n'a pas un impact direct sur la sanction de l'acte. Si jamais, par exception, capacité est reconnue au mineur, son consentement est susceptible de faire défaut s'il est privé de discernement. Mais ce ne sera alors pas pour son âge, mais pour une altération de ses facultés personnelles, comme pour un majeur protégé. En effet, s'il a été reconnu capable en droit, donc apte par principe à émettre un consentement, c'est qu'il a atteint une maturité suffisante pour cela. Donc son oscillation de discernement a une cause morbide. Si la possibilité d'agir seul est reconnue au mineur en fonction de l'examen de son seul discernement, selon l'état de celui-ci au moment où il faut agir, son exigence supposera une sanction en cas d'absence. Il faut supposer une activité qui n'aurait pas au préalable vérifié l'état du discernement.

DN Si le tuteur a contracté en respectant les formalités de la représentation, la lésion ne peut être invoquée autrement que dans les cas très restrictif du droit commun applicable à tous sujets de droit. La lésion propre au mineur ne peut être étendue à l'action régulière de son tuteur.

Maxime infans conceptus¹¹. Existe-t-il une protection des intérêts patrimoniaux de l'enfant conçu avant sa naissance¹²? Quel est l'impact des méthodes de procréation assistée ? L'implantation post mortem est-elle permise ? L'embryon conçu mais non implanté a-t-il des droits successoraux s'il naît vivant et viable ?

DN Commençons par la **maxime**. Pour être capable recevoir le bénéfice d'une **libéralité**, il suffit d'être conçu au moment de la donation, ou à l'époque du décès du testateur (art. **906**). La

¹¹ « L'enfant conçu est considéré comme né chaque fois qu'il s'agit de ses intérêts »

¹² Ex : l'enfant conçu pour autant qu'il naisse vivant et viable peut hériter art. 617 C.c.Q. Cette question est posée que sous l'angle des droits patrimoniaux. Il ne s'agit pas de discuter si le fœtus a la personnalité juridique, ce qui est un tout autre débat. DN Entendu sur ce délicat débat.

donation ou le testament n'a d'effet qu'autant que l'enfant sera né viable. Pour **succéder**, l'enfant peut être simplement conçu, s'il naît viable (art. **725**).

En droit français, on voit l'application de la maxime *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus habetur*. Principe général du droit, d'équité, l'enfant simplement conçu, s'il né vivant et viable, est considéré comme né chaque fois qu'il y va de son intérêt. Le principe n'a vocation à jouer qu'à l'avantage de l'enfant conçu en lui attribuant d'une certaine façon la personnalité juridique de façon anticipée ou, du moins, de façon rétroactive. La fiction sert l'enfant grâce à la rétroactivité.

Dernièrement, la Cour de cassation a élargi le champ d'application de la maxime par une décision analysée comme un revirement de jurisprudence, pour la réparation désormais accordée du **préjudice moral** de l'enfant né après le décès de la victime directe d'un accident du travail, en admettant le lien de causalité (**Civ. 2^e, 14 déc. 2017**, n° 16-26.687, Bull. civ. II).

DN Pour la **PMA**, depuis quelques mois, la France est en train de réfléchir à la révision des **lois bioéthiques**, en 2018, pour une évolution *a priori* en fin d'année, confrontée comme d'autres pays au tourisme procréatif et à la concurrence des règles internationales outre la pression des droits fondamentaux, parfois au mépris de l'ordre public national en place. Il est donc délicat de donner une position ferme et définitive.

Pour l'heure, l'insémination *post mortem*, après le décès du père, n'est pas autorisée, selon l'ordre public national (jurisprudence; art. **16-9** ; et CSP sur l'assistance médicale à la procréation, art. **L. 2141-1** s.. Il faut un couple hétérosexuel vivant, art. **L. 2141-2**). Cela rend sans objet la question à l'hypothèse de l'embryon conçu et non implanté, avant le décès. Il ne peut pas naître, vivant et viable, si l'interdiction est respectée. En cas de violation de l'interdiction et de naissance, il n'y a pas de jurisprudence connue.

RESPONSABILITÉ¹³ civile (et non pénale) :

Précision sur la responsabilité. Malgré l'existence de dispositions légales, le droit français est essentiellement jurisprudentiel, même si des lois multiplient les régimes spéciaux de responsabilité depuis quelques années. Après de nombreux projets doctrinaux, un premier avant-projet a été présenté par les pouvoirs publics en avril 2016. Après consultation publique, il a été amendé par un autre projet en date du **13 mars 2017** présenté par le Ministre de la Justice Garde des Sceaux. Des parlementaires sont actuellement en phase de consultation (jusqu'en mai 2018). Dès lors, le droit positif actuel pourrait encore évoluer après l'ordonnance n° 2016-131 du **10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations**, entrée en vigueur au 1er octobre 2016, et ratifiée par la loi n° 2018-287 du **20 avril 2018**.

Dans votre droit, les personnes privées de discernement en raison de l'âge ou de leurs facultés mentales peuvent-elles être tenues responsables de leurs actes et des dommages causés à autrui ? Quelle est la place de la faute dans votre système de responsabilité civile ?

DN La réponse est affirmative, pour les **majeurs**, depuis la loi n° 68-5 du **3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs**, qui a créé l'ancien article **489-2** du code civil, devenu, avec la loi n° 2007-308 du **5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs**, article **414-3** en vigueur depuis le 1er janvier 2009 : « Celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental n'en est pas moins obligé à réparation ». Seule la numérotation est changée, non la substance. Ce n'est pas un simple pouvoir modérateur du juge, qui avait pu être suggéré un temps, mais une responsabilité.

Dès avant, la jurisprudence avait parfois tempéré le principe de l'**imputabilité**, par différents **expédients** : ne retenir qu'une inconscience totale (notion de trouble mental) ; estimer que la preuve de l'altération au moment précis du fait dommageable n'est pas rapportée (son existence) ; étirer la causalité en retenant une faute antérieure à l'état d'inconscience, interdisant de se prévaloir de celle-ci lors de l'action ; retenir la faute de surveillance d'un tiers... D'où l'on constate qu'en partant de règles opposées, il est parfois possible de rapprocher les solutions, en pratique, ici en faveur de l'indemnisation des victimes, objectif essentiel du droit de la responsabilité civile depuis longtemps.

Puis les juges ont accepté, par exemple, la responsabilité d'un gardien d'une chose (ancien art. 1384, al. 1), pouvant exercer les pouvoirs de la garde (usage, contrôle et direction), sans discernement dès les années 1960, avant même la loi sur les accidents de la circulation de **1985** (V. *supra*). La loi conforte la solution de droit positif depuis des décennies.

Un majeur protégé comme non protégé est concerné car, ce qui compte est l'état de ses facultés personnelles au moment du fait dommageable.

¹³ Je tiens à remercier la professeure Mariève Lacroix pour son apport à la réflexion qui a mené à cette section du questionnaire.

Si la doctrine a pu disserter sur la règle à adopter ou la portée de celle consacrée, la jurisprudence a décidé, dans des affaires relatives à l'**assurance RC**, que le nouveau texte ne créait pas un nouveau cas de responsabilité (arrêts des années 1970-1980), si bien que les polices visant les textes habituels de la responsabilité pour sa couverture (champ de la garantie) comprenaient aussi l'ancien article **489-2** même non mentionné. Le texte s'appliquait ainsi à toutes les responsabilités prévues aux anciens articles 1382 et suivants du code civil (faute ; garde de la chose ; responsabilité du fait d'autrui, notamment commettant/préposé ou parent/enfant). L'assuré privé de discernement était donc couvert par l'assurance, en même temps qu'il devenait responsable (solution protectrice).

Le texte a une incidence sur la conception du **fait générateur** de responsabilité (et, au-delà, selon nous, sur l'exonération éventuelle de RC). Par exemple, pour la faute désormais objective, il faut caractériser le **fait objectivement illicite**, même si l'imputabilité (faute subjective) est gommée, car la personne n'est pas responsable par le seul effet de l'altération de ses facultés. Au-delà de la RC **extracontractuelle**, la Cour de cassation a également pu marquer son indifférence au discernement en matière de responsabilité contractuelle.

Au contentieux de la responsabilité civile, on ne voit d'ailleurs guère de décisions visant l'article **489-2** ou **414-3**, depuis de nombreuses années. En doctrine, il a pu exister des débats sur la nature du trouble mental (souvent pour essayer de cantonner le principe nouveau). Certains peuvent discuter le fait même qu'il s'agirait d'une responsabilité, pourtant assurable (V. *supra*). Il nous semble que le débat est sérieusement dépassé, et assurément, depuis que toutes les personnes privées de conscience, quelle que soit la source, pathologique ou autre, peuvent engager leur responsabilité, avec la disparition de la condition d'imputabilité. La faute civile (simple, du moins) est envisagée *in abstracto*, par référence à un modèle abstrait de comportement, détachée des considérations morales et pénales, partant d'un rattachement subjectif.

L'évolution va être achevée, après quelques années, pour le **mineur infans**, en bas âge.

C'est ce qui explique que dans les années 1970, la responsabilité d'un mineur a pu être engagée dans une affaire alors qu'il était atteint d'un trouble mental sur le fondement de l'ancien article 489-2. La Cour de cassation avait étendu le texte à ce cas particulier. Certains auteurs peuvent encore défendre que tel pourrait être la solution aujourd'hui. En réalité, le détour par l'article 414-3 est devenu inutile depuis que la non-imputabilité a été étendue au mineur, en 1984, par la jurisprudence.

Pour les **mineurs**, après l'introduction de l'ancien article 489-2, la question s'est posée de savoir si la condition d'imputabilité pouvait être maintenue. L'ancien article 1310 du code civil (en vigueur jusqu'au 1er octobre 2016) énonçait : « Il (i.e. le mineur) n'est point restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit ». Prenant appui sur cette disposition, dans la conception subjective de la responsabilité et de la faute, certains en déduisaient que le mineur, au moins celui pourvu de discernement, était susceptible d'engager sa responsabilité personnelle. L'adolescent est compris dans cette formule à l'inverse du nourrisson ou du très jeune enfant (*l'infans*), avant le fameux « âge de raison » ou seuil de discernement. Le discernement doit permettre de distinguer le bien du mal. Dans la catégorie générale des

mineurs, on comprend que des distinctions méritent d'être opérées, et que la difficulté se pose pour les mineurs assez jeunes, en bas âge, ceux *infans*.

Le législateur s'est courageusement abstenu mais pas la **jurisprudence** de la Cour de cassation a été confrontée à la difficulté. Il y a eu une évolution jurisprudentielle, consacrée en 1984 (série de décisions du **9 mai 1984**, par l'assemblée plénière, dont les arrêts dits *Gabillet* et *Lemaire*). Pour cette autre catégorie de personnes privées de discernement, a été consacré l'abandon de l'examen du discernement. La responsabilité existe indépendamment de celui-ci, donc désormais pour toute personne **dépourvue de discernement** soit par une maturité insuffisante, soit par une altération de ses facultés personnelles (trouble mental). Il en va ainsi pour la faute comme pour la garde d'une chose (l'arrêt de principe a retenu comme gardien un enfant de 3 ans).

La minorité de l'auteur direct du dommage n'exclut pas sa **responsabilité personnelle** sur le fondement de la faute. Il est jugé ainsi : « la minorité de l'auteur du dommage n'exclut pas sa responsabilité et ne fait pas obstacle à sa condamnation personnelle sur le fondement de l'article 1382, devenu **1240**, du code civil » (**Civ. 2^e, 20 oct. 2016**, n° 15-25.465, Bull. civ. II). Malgré la condamnation de ses parents, un mineur est susceptible d'être lui-même condamné.

Le revers de la médaille (conséquence de la construction d'un droit prétorien) est que la solution s'applique tant à la personne privée de discernement (majeure ou mineure) **auteur** du dommage (objectif recherché), que celle **victime** du dommage (conséquence induite), qui pourrait commettre une faute simple, souvent d'imprudence. On peut rejoindre un débat plus large sur les conditions de l'indemnisation de toute victime. Soulignons déjà, ici, qu'une **faute qualifiée**, au moins celle comprenant dans sa définition un élément intentionnel, ne peut être reprochée à quelqu'un privé de discernement lors du fait dommageable. Si l'imputabilité s'efface, il reste à caractériser une intention qui suppose le terreau de la conscience.

Pour le mineur, des décisions sont venues rappeler le principe de la possibilité de retenir la faute de la **victime** sans avoir à vérifier qu'elle était capable de discerner les conséquences de ses actes, y compris en dessous de 7-8 ans. Certains auteurs ont pu critiquer cet effet regretté et émettre des propositions de changement. Il ne faut pas négliger le fait que, psychologiquement, des juges réticents à la conséquence, peuvent, à l'occasion, neutraliser le principe (non-imputabilité) en niant la faute sur le terrain du fait illicite. C'est une façon médiante (officieuse même) de prendre en compte l'âge pour apprécier la faute dans ses contours. Mais, le principe demeure aujourd'hui.

Prospective. Différents projets ont proposé la réforme de la responsabilité civile. Le dernier en date, qui amende une première version d'avril 2016, est le projet de réforme du **13 mars 2017**, ci-dessus signalé, qui pourrait entraîner des modifications de la réforme de 2016, problème lié au fait de légiférer sans cohérence d'ensemble.

Il propose de distinguer entre l'auteur et la victime. Pour cette dernière, figurant dans un chapitre sur les causes d'exonération ou d'exclusion de responsabilité, l'article 1255 énonce : « Sauf si elle revêt les caractères de la force majeure, la faute de la victime privée de discernement n'a pas d'effet exonératoire ». Le premier membre de phrase a été ajouté depuis la version de 2016. Si une telle disposition était adoptée, il faudrait dissocier le traitement de

l'auteur et celui de la victime privée de discernement. Dans le respect de la condition évoquée, pour envisager l'exonération de l'auteur du dommage, pourrait être pris en considération l'état de la victime du point de vue de son discernement.

DN Passons à la question sur la **faute** déjà évoquée, avec l'explication de la consécration de la faute objective en responsabilité civile. La faute est l'un des faits générateurs de responsabilité civile (art. **1240** et art. **1241** ; depuis 2016, anciens art. 1382 et art. 1383). Compte tenu des observations ci-dessus, il s'agit d'une conception objective, débarrassée de la condition d'imputabilité.

Prospective. Pour la responsabilité extracontractuelle ici en vue, le projet du **13 mars 2017** maintient le fait générateur de la faute, en son article 1241 : « On est responsable du dommage causé par sa faute ». Il en donne une définition, plutôt classique et large, à l'article 1242 : « Constitue une faute la violation d'une prescription légale ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence ».

Dans le chapitre qui traite notamment des causes d'exclusion de la responsabilité, figure l'article 1257 : « Le fait dommageable ne donne pas lieu à responsabilité lorsque l'auteur se trouve dans l'une des situations prévues aux articles 122-4 à 122-7 du code pénal » (dont la légitime défense). N'est donc pas compris l'article **122-1** qui s'intéresse à la personne « atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes », ou à celle « qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes ».

On ne revient pas sur la dispense de discernement. Il en va pareillement pour la définition de la garde de la chose, à l'article 1243, *in fine* : « Le gardien est celui qui a l'usage, le contrôle et la direction de la chose au moment du fait dommageable. Le propriétaire est présumé gardien ». Pas davantage une spécificité quant au discernement est fournie pour la responsabilité du fait d'autrui, à l'article 1245, alinéa 2 : « Cette responsabilité suppose la preuve d'un fait de nature à engager la responsabilité de l'auteur direct du dommage ».

A quel âge considère-t-on qu'un enfant est « doué de raison » ?

DN Il n'y a pas un **seuil** d'âge légal qui est fixé. L'appréciation souveraine est faite *in concreto*, selon les espèces, ce qui peut varier, en fait, autour de 7-8 ans en général.

Une personne privée de discernement qui ne peut être tenue responsable, peut-elle néanmoins être tenue à réparation pour le dommage causé ? Si tel est le cas, quel est le fondement de cette règle?¹⁴

DN Pour le droit français, on renvoie à ce qui a été indiqué ci-dessus à propos des articles 489-2 (ancien) et **414-3**, ainsi qu'à la jurisprudence relative à *l'infans*. Le discernement n'étant pas une condition de la responsabilité, on devine que la présente interrogation est sans objet.

Si la personne privée de discernement ne peut être tenue responsable, les personnes qui en ont la garde peuvent-elles être tenues responsable du fait d'autrui?

¹⁴ Ex : Suisse (art.54 Code des obligations), Belgique art. 1386 C.c.

DN La négation dans la question tend à réserver le jeu de la responsabilité du fait d'autrui si l'auteur direct n'est en rien responsable. Aussi, elle n'a pas d'objet pour le majeur atteint de trouble mental ou le mineur, en France. La responsabilité personnelle peut se **cumuler** avec celle du fait d'autrui, le cas échéant (si les conditions sont remplies. V. *infra*, question suivante). Par exemple, la condamnation des père et mère du fait de leur enfant dont ils sont responsables, ne fait pas obstacle à une condamnation personnelle du mineur sur le fondement de sa responsabilité personnelle (**Civ. 2^e, 11 sept. 2014**, n° 13-16.897, Bull. civ. II, n° 185). Sa responsabilité pourrait également être retenue comme gardien de la chose, puisque là encore le discernement n'est plus exigé.

Il faut simplement signaler qu'en l'état actuel de la jurisprudence, pour la responsabilité de plein droit des parents du fait de leur enfant mineur, la jurisprudence rendue sous l'empire de l'ancien article 1384, alinéa 4, du code civil (devenu, en 2016, art. **1242**) décide qu'il suffit que le mineur ait commis un acte qui soit la **cause directe** du dommage invoqué par la victime (déjà, la jurisprudence dite *Fullenwarth*, **Ass. plén., 9 mai 1984**, surtout confirmée ultérieurement. **Civ. 2^e, 10 mai 2001**, n° 99-11.287, Bull. civ. II, n° 96 : responsabilité non subordonnée à une faute de l'enfant ; **Ass. plén., 13 déc. 2002**, 2 décisions. V. *infra*). Autrement dit, il importe peu, sur ce terrain, que le mineur soit non fautif, qu'il n'engage pas sa responsabilité personnelle (dès les années 1960-70, sur ce terrain, la jurisprudence avait retenu un acte objectivement illicite du mineur, pour ne pas bloquer la RC des parents), voire qu'il soit gardien d'une chose (possible depuis les années 1960). Le simple fait causal suffit. Selon plusieurs décisions, le mineur doit avoir commis un acte qui est la cause directe du dommage invoqué par la victime.

Prospective. Pour un alignement avec les autres cas de responsabilité du fait d'autrui, le projet du **13 mars 2017** prévoit, pour l'imputation du dommage causé à autrui, en son article 1245, alinéa 2 : « Cette responsabilité suppose la preuve d'un fait de nature à engager la responsabilité de l'auteur direct du dommage ». Ce serait la fin du fait causal pour le mineur (responsabilité de ses parents).

Qui est responsable pour le mineur ? Le parent qui en a la garde ? Les deux parents quel que soit la situation ? Le parent déchu de l'autorité parentale peut-il être tenu responsable ? Le parent peut-il s'exonérer de sa responsabilité s'il prouve absence de faute dans la garde, l'éducation et la surveillance de l'enfant mineur ? Y a-t-il d'autres causes d'exonération possibles pour le parent ?

DN Le mineur **émancipé** cesse d'être sous l'autorité de des père et mère, si bien que ceux-ci ne sont pas responsables de plein droit, en leur qualité de parents, du dommage que leur enfant pourra causer à autrui postérieurement à son émancipation (art. **413-7** ; ancien art. 482).

En dehors de ce cas, la loi prévoit un **cas spécial** de responsabilité du fait d'autrui, celui des parents du fait de leur enfant mineur non émancipé, texte interprété par la jurisprudence (ancien art. 1384, alinéa 4, devenu en 2016, art. **1242**, alinéa 4, rédaction inchangée) : « Le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale (expression remplaçant celle de droit de garde avec une loi n° 2002-305 du **4 mars 2002 relative à l'autorité parentale**), sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux ».

Sont seuls visés les parents, **père et mère**.

Pour d'autres personnes, comme les grands-parents, ils n'encourent pas une telle responsabilité présumée, même s'ils exercent une surveillance ou une garde. En revanche, sur le terrain non du fait d'autrui mais de leur propre fait, leur responsabilité alors personnelle, une faute pourrait leur être reprochée (ex. de surveillance), si elle est démontrée en lien de cause à effet avec les dommages subis par la victime. Une telle jurisprudence a été maintenue même après l'apparition de la responsabilité générale du fait d'autrui, en 1991, qui existe désormais en parallèle.

Remplissant, par substitution, la fonction des parents, souvent aussi en matière éducative, et probablement par rapprochement avec sa situation de responsable du fait d'autrui (sans parler de considérations d'opportunité, telles la couverture assurantielle ou la qualité de beau-père), le **tuteur du mineur** a été jugé, de façon prétorienne, responsable sur le terrain de la responsabilité du fait d'autrui, à l'**inverse** de la solution retenue pour l'organe protecteur du majeur (V. *infra*).

Mais, dans l'affaire, on peut hésiter sur une responsabilité directement liée à la qualité de tuteur, du fait de la motivation. Elle semble néanmoins admise par la majorité de la doctrine. Il est vrai que dans d'autres affaires (plus anciennes ; antérieures au principe général de responsabilité du fait d'autrui), le tuteur n'avait pas été jugé responsable par cette seule qualité, par assimilation aux père et mère.

Ainsi, il a été jugé, pour un mineur âgé de 14 ans, qui a blessé mortellement un camarade en jouant avec une carabine, alors qu'il habitait avec son beau-père, tuteur désigné par le conseil de famille : « pour déclarer (le tuteur, beau-père), assuré auprès de la (compagnie d'assurance), civilement responsable de Y... sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil, la cour d'appel relève qu'il avait accepté, en qualité de tuteur, la garde du mineur et la charge d'organiser et de contrôler à titre permanent son mode de vie » (**Crim. 28 mars 2000**, n° 99-84.075, Bull. crim, n° 140).

Les critères de la responsabilité du fait d'autrui sont ainsi mis en avant, semble-t-il, non pas seulement la stricte qualité de tuteur, même si sous-jacente, elle a certainement pu jouer un rôle. A moins d'estimer qu'un tuteur pourrait être chargé des seuls biens du mineur et que pour le juger responsable du fait d'autrui, il faudrait qu'il soit aussi en charge de la personne de celui-ci, ce qui paraît l'analyse la plus vraisemblable. Il faut comprendre aujourd'hui que le tuteur du mineur qui assume sa pleine protection en est responsable du fait d'autrui.

Prospective. Il y a une continuité (et même une espèce d'approbation/extension de la solution de 2000) avec le projet du **13 mars 2017**, en son article 1246 : « Sont responsables de plein droit du fait du mineur :

- ses parents, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale ;
- son ou ses tuteurs, en tant qu'ils sont chargés de la personne du mineur ;
- la personne physique ou morale chargée par décision judiciaire ou administrative, d'organiser et contrôler à titre permanent le mode de vie du mineur. Dans cette hypothèse, la responsabilité des parents de ce mineur ne peut être engagée ».

Revenons au droit positif de la RC des père et mère. Ils sont **solidairement responsables** du dommage causés par leurs enfants mineurs en tant qu'ils exercent l'autorité parentale. Le principe est qu'ils exercent en commun ladite autorité (art. **372**). En fait, l'enfant habitera également avec ses parents. Cette situation peut ne pas exister, l'enfant pouvant même parfois, dans son intérêt, être confié à un tiers.

DN Le texte vise la condition de **cohabitation**. Elle se distingue, strictement, de la « garde » évoquée dans la question. On va tenter de répondre au questionnement en présentant succinctement les solutions de la jurisprudence.

La cessation de la cohabitation conduit à écarter la responsabilité de plein droit.

En droit positif, il est jugé que « l'exercice d'un **droit de visite et d'hébergement** ne fait pas cesser la cohabitation du mineur avec celui des parents qui exerce sur lui le droit de garde » (**Civ. 2^e, 19 févr. 1997**, n° 93-14.646, Bull. civ. II, n° 55). En l'occurrence, pour les juges du fond censurés, « le jour des faits, l'enfant était en résidence chez son père et qu'il ne cohabitait pas avec sa mère », père divorcé qui n'était pas le « gardien ».

Il a pu être jugé qu'en cas de divorce, la responsabilité de plein droit incombe au seul parent chez lequel la résidence habituelle de l'enfant a été fixée, quand bien même l'autre parent, bénéficiaire d'un droit de visite et d'hébergement, exercerait conjointement l'autorité parentale.

Le fait que l'enfant réside quelques jours ou en vacances (séjour temporaire) chez un membre de la famille, comme un grand-parent, ne fait pas cesser leur cohabitation avec leur père ou mère chez qui il réside habituellement. Il a été jugé ainsi pour un enfant soumis au régime de l'internat, modalité d'exercice de la scolarité, ne faisant pas cesser la cohabitation. La durée du séjour chez un tiers peut être longue, qui n'altère pourtant pas la cohabitation telle qu'entendue par la jurisprudence. Celle-ci semble plutôt évacuée, si on en fait une exigence concrète et non abstraite. Ceux qui critiquent une telle conception de la cohabitation considèrent que cette condition textuelle est neutralisée par l'approche prétorienne.

Déchu de l'autorité parentale, le parent n'accueillera certainement pas non plus le mineur pour sa résidence. La responsabilité du mineur s'évanouit.

On perçoit, dans cette logique, que la cohabitation est plus une notion juridique, du moins une **notion abstraite**, que, concrètement, un pouvoir de fait de surveillance effective et constante. L'idée est surtout de garantir les tiers victimes en offrant un répondant, les père et/ou mère, ayant un intérêt évident à s'assurer pour couvrir leur responsabilité (l'assurance n'étant toutefois pas obligatoire, à ce jour). Sous un certain aspect, cette position revenant sur la jurisprudence antérieure à 1997, a une vertu simplificatrice afin de désigner le responsable du fait d'autrui, souvent par faveur pour les victimes. Pour le parent non visé par la responsabilité du fait d'autrui, le cas échéant, il reste celle du fait personnel, fondée sur la faute.

DN Ensuite, est demandé une précision sur les **causes d'exonérations** des père et mère en raison de cette responsabilité, en France, de **plein droit**. L'alinéa 7 du texte se borne à énoncer : « La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère et les artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité ». La jurisprudence dite de l'arrêt *Bertrand* a fixé le cadre actuel de l'exonération, en 1997, maintenu depuis ce revirement.

Est rejeté la thèse du pourvoi de la responsabilité présumée, jusque-là en vigueur, défendant : « la présomption de responsabilité des parents d'un enfant mineur prévue à l'article 1384, alinéa 4, du Code civil, peut être écartée non seulement en cas de force majeure ou de faute de la victime mais encore lorsque les parents rapportent la preuve de n'avoir pas commis de faute dans la surveillance ou l'éducation de l'enfant ». En effet, la preuve de l'absence de faute des parents est inopérante. Il est ainsi jugé, par ce **revirement** (postérieur à la naissance de la RC générale du fait d'autrui en 1991, de plein droit) : « seule la force majeure ou la faute de la victime pouvait exonérer (le père, ici) de la responsabilité de plein droit encourue du fait des dommages causés par son fils mineur habitant avec lui » (**Civ. 2^e, 19 févr. 1997**, n° 94-21.111, Bull. civ. II, n° 56). Le défaut de surveillance n'est donc pas à rechercher.

La responsabilité de plein droit n'est pas fondée sur une présomption de faute, de surveillance ou d'éducation, qui supporterait la preuve contraire (l'absence de faute, perdant ainsi son pouvoir d'exonération). La solution a été fermement répétée par l'assemblée plénière de la Cour de cassation.

Au visa de « l'article 1384, alinéas 1er, 4 et 7, du Code civil » : « Attendu que, pour que la responsabilité de plein droit des père et mère exerçant l'autorité parentale sur un mineur habitant avec eux puisse être recherchée, il suffit que le dommage invoqué par la victime ait été directement causé par le fait, même non fautif, du mineur ; que seule la cause étrangère ou la faute de la victime peut exonérer les père et mère de cette responsabilité » (**Ass. plén., 13 déc. 2002**, n° 00-13.787, Bull. AP, n° 3, p. 35). Une même solution a été adoptée le même jour (**Ass. plén., 13 déc. 2002**, n° 00-14.007, Bull. AP, n° 3, p. 35).

On devine que l'exonération **totale** par la force majeure, interprétée restrictivement, est plutôt difficile sinon introuvable, en fait. Il sera plus aisé de retenir, parfois, une faute de la victime, qui a un pouvoir d'exonération **partielle** (sauf à revêtir les caractères de la force majeure). Le parent ne peut donc s'exonérer de sa responsabilité s'il prouve l'absence de faute dans la garde, l'éducation et la surveillance de l'enfant mineur.

Le représentant d'un majeur peut-il être tenu responsable des actes du majeur protégé ? Si oui, quelles sont les limites de sa responsabilité ?

DN En dehors d'un manquement avéré sur le terrain de la responsabilité du fait personnel (réserve), autrement dit une faute de l'organe protecteur, il n'y a pas de responsabilité du fait d'autrui, **ès qualités** d'organe protecteur (on insiste sur cet aspect).

En ce sens, et contrairement à la solution adoptée pour le mineur en 2000 (différence qui se comprend compte tenu des rôles respectifs différents), la Cour de cassation a retenu sous l'empire du droit de la réforme de 1968 : « s'il résulte de l'article 490 (ancien donc) du Code civil que la mesure édictée en faveur d'un majeur, dont les facultés mentales sont altérées, concerne non seulement la gestion de ses biens mais aussi la protection de sa personne, il ne s'ensuit pas que son tuteur ou l'administrateur légal sous contrôle judiciaire du juge des tutelles est responsable des agissements de la personne protégée sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1er, du même Code » (**Civ. 2^e, 25 févr. 1998**, n° 95-20.419, Bull. civ. II, n° 62). En l'espèce, « l'arrêt qui a écarté l'existence d'une faute de (l'organe protecteur), retient, à bon droit, que la responsabilité de ce dernier ne saurait être engagée du seul fait de sa qualité d'administrateur

légal ». Rendue sous l'empire du droit de la loi de 1968, la solution est **transposable** après la réforme des majeurs de 2007.

Dans la même affaire impliquant ce majeur handicapé, élève d'un établissement d'enseignement spécialisé pour les handicapés mentaux, ayant provoqué un incendie, lors de son trajet de retour au domicile de ses parents, la Cour a ajouté « qu'après être descendu du car (le majeur protégé) ne se trouvait plus sous l'autorité de l'association, laquelle n'avait plus, à partir de ce moment, la surveillance et l'organisation des conditions de vie de l'handicapé ». Autrement dit, les critères habituels pour satisfaire au principe général de la responsabilité du fait d'autrui dégagés par la jurisprudence à partir de 1991, n'étaient pas satisfaits en l'occurrence, selon les juges.

Il reste que si les conditions en étaient remplies, une personne assumant la protection pourrait également, en parallèle, engager sa responsabilité du fait d'autrui, selon les règles générales dégagées par la jurisprudence sur ce fondement. Il n'y a aucune illustration connue en jurisprudence d'un tel cas.

Prospective. Le dispositif ci-dessus présenté est le sens du projet du **13 mars 2017**, en son article 1247 : « Est responsable de plein droit du fait du majeur placé sous sa surveillance la personne physique ou morale chargée, par décision judiciaire ou administrative, d'organiser et contrôler à titre permanent son mode de vie ». Rien n'est spécifié explicitement pour l'organe protecteur ès qualités. La solution inverse pourrait faire fuir de la protection ceux susceptibles de l'assumer, surtout du côté de la préférence familiale ci-dessus exposée (*V. supra*) !

Comment votre droit traite-t-il la situation du majeur non doué de raison mais qui n'est pas sous un régime de protection? Peut-il être tenu responsable de ses actes ? Qu'en est-il de la responsabilité du mandataire ?

DN Pour cette question, nous renvoyons à l'article **414-3**, ci-dessus envisagé, qui ne distingue pas selon que le majeur est ou non sous un régime de protection, mais qui s'intéresse simplement au trouble mental lors du fait dommageable. Pour le mandataire, nous renvoyons à l'explication donnée pour le tuteur qui n'est pas responsable, ès qualités, du fait d'autrui, ici du majeur protégé ou non.

Au plaisir de vous lire,