

« *Libéralités et majeurs protégés* »

David Noguéro, professeur à l'Université de Paris Descartes Sorbonne Paris Cité (IDS - UMR-INSERM 1145)

Conférence au Barreau de Paris, Commission famille, Sous-Commission des Majeurs vulnérables, avec Maîtres Florence Fresnel et Herveine Rideau de Longchamp, jeudi 17 mai 2018 (Maison du Barreau, 2-4, rue de Harlay 75001 Paris, salle Gaston Monnerville) 18h30-20h30

Le présent document (*juin 2018*) est le texte assez fidèle de la conférence qui conserve donc son style et demeure plutôt allégué en références, notamment jurisprudentielles¹. L'objectif a surtout été de présenter les règles de droit positif pour éclairer des praticiens.

PLAN

Introduction, n° 1 s.

I. La liberté encadrée, n° 6

A) Le majeur protégé bénéficiaire de la libéralité, n° 7 s.

B) Le majeur protégé auteur de la libéralité, n° 15

1) La donation, n° 16 s.

a) Par le majeur protégé, n° 18

1° La capacité juridique conservée, n° 19

2° La modulation de capacité juridique en curatelle et tutelle, n° 20 s.

b) Avec l'organe protecteur, n° 22

1° Les mesures judiciaires, n° 23 s.

2° La sauvegarde de justice, n° 29 s.

3° Les mandats de protection future, n° 31 s.

4° L'habilitation familiale, n° 36 s.

2) Le testament, n° 39 s.

a) La réglementation en curatelle et en tutelle, n° 41

1° Le testament du curatelaire, n° 42 s.

2° Le testament du tuteur, n° 46 s.

b) Le silence sur le testament pour les autres mesures de protection, n° 62 s.

II. Les risques courus, n° 65

A) Les interdictions variées, n° 66

1) Les oppositions d'intérêts, n° 67 s.

a) Le sort de l'acte passé en opposition d'intérêts, n° 70 s.

¹ La littérature juridique est riche. Notamment (outre les manuels auxquels on peut se reporter, d'autres articles seront indiqués au fur et à mesure de certains développements) : D. Vigneau, *Libéralités et succession de l'incapable majeur*, JCP N 1999, p. 850 - Fl. de Saint Pol, *L'incapable, la transmission de son patrimoine et l'acte personnel*, LPA 11 mai 2006, n° 94, p. 59 - N. Peterka, *Les libéralités du majeur protégé dans la loi du 5 mars 2007*, Dr. fam. mai 2007, chr. 20 - G. Raoul-Cormeil, *L'incapable du nouveau droit des libéralités et des successions*, JCP N 2007, I, 1202 et *Les libéralités consenties à une personne vulnérable ou par elle*, JCP N 2008, 1272 - I. Omarjee, *Actes de disposition à titre gratuit et droit des incapacités : aspects pratiques*, RLDC janv. 2009, n° 3272, p. 47 - D. Boulanger, *Majeurs protégés et actes à titre gratuit*, JCP N 2009, 1240 - M.-Ch. Monsallier-Saint-Mleux, *Une contractualisation certaine mais contrôlée du droit des incapacités, des successions et des libéralités*, JCP N 2010, 1062 - A. Karm, *Les libéralités au nom de la personne vulnérable, Actes pratiques & stratégie patrimoniale. Droit et fiscalité du patrimoine privé et professionnel*, oct.-déc. 2010, Etude 32 - N. Couzigou-Suhas, *Le majeur vulnérable et la transmission du patrimoine*, Dr. fam. nov. 2014, Etude 25 - Ch. Robbe, *Majeur protégé et succession : le regard de l'avocat*, Dr. fam. nov. 2014, Etude 26 - N. Peterka, *Les actes de bienfaisance du majeur protégé*, in *Le patrimoine de la personne protégée*, LexisNexis, févr. 2015, p. 317 - F. Sauvage, *Principales incidences de la réforme des contrats sur le droit des libéralités*, AJ fam. oct. 2016, p. 475 - E. Naudin, *Appréciation de la classification des actes en droit patrimonial de la famille, in dossier Gestion de patrimoine et personnes vulnérables. Apports et lacunes du décret de 2008*, Droit & patrimoine, nov. 2016, n° 263, p. 66 - F. Vancleemput, L. Fabre et E. Grimond, *La transmission patrimoniale par la personne vieillissante*, Dr. & patr. juill. 2017, n° 271, p. 22.

- b) La donation, n° 74 s.
 - 1° Tutelle et donation, n° 76 s.
 - 2° Curatelle et donation, n° 79 s.
 - 3° Sauvegarde de justice et donation, n° 82
 - 4° Mandat de protection future et donation, n° 83 s.
 - 5° Habilitation familiale et donation, n° 91 s.
- c) Le testament, n° 96 s.
 - 2) Les incapacités de défiance, n° 98
 - a) Le Code civil, n° 99
 - 1° Les contours de l'interdiction, n° 100 s.
 - 2° Les exceptions, n° 111 s.
 - b) Hors du Code civil, n° 115
 - 1° Les interdictions, n° 116 s.
 - 2° Les exceptions, n° 120 s.
 - B) Les sanctions possibles, n° 124
 - 1) L'insanité, n° 125 s.
 - 2) La période suspecte, n° 141 s.
 - 3) L'incapacité juridique, n° 149
 - 1° Du côté de l'organe protecteur, n° 150 s.
 - 2° Du côté du majeur protégé, n° 153 s.
- Conclusion, n° 158.

Introduction.

1 - Le sujet choisi peut paraître osé lorsque l'on sait qu'une grande partie des majeurs protégés sont sous le seuil de pauvreté, ou ne disposent que de moyens matériels très modestes. Néanmoins, les majeurs protégés demeurent des sujets de droit susceptibles de se livrer à une activité juridique. Si certains connaissent des difficultés économiques, d'autres peuvent se réjouir de leur confort matériel voire de leur opulence ! Qu'en est-il pour les libéralités ? Elles sont définies à l'article 893 du Code civil : « *La libéralité est l'acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne.*

Il ne peut être fait de libéralité que par donation entre vifs ou par testament ».

2 - Les libéralités sont des actes à titre gratuit, de disposition, selon la fameuse classification du décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008. La qualification est invariable ou fixe (annexe 1, colonne 2 *Actes à titre gratuit*). *A priori*, il s'agit plutôt d'actes graves, ayant une incidence forte sur le patrimoine du majeur. Selon l'article 894 du Code civil, « *La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte* ». C'est donc un contrat entre le donateur et le donataire. L'article 895 du même code énonce que « *Le testament est un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens ou de ses droits et qu'il peut révoquer* ». C'est un acte unilatéral du testateur au profit de légataires.

3 - Quelle curieuse idée de vouloir envisager un acte de dépouillement, sans contrepartie pécuniaire, pour des personnes vulnérables ! Doit-on vraiment s'en offusquer dès lors que leur incapacité est une incapacité d'exercice, non de jouissance ? Le droit français n'a pas toujours eu la même appréhension des libéralités s'agissant des personnes protégées, davantage soucieux qu'il était de la protection du patrimoine familial. Il est passé de la fermeture à l'ouverture, toujours avec des nuances. Le vent de libéralisme a soufflé en plusieurs phases. Comme dans d'autres domaines, l'individualisme prend le dessus.

4 - Après la loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 *portant réforme du droit des incapables majeurs*, sont intervenues la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 *portant réforme des successions et des libéralités*, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007, puis la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 *portant réforme de la protection juridique des majeurs*, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009, qui est notre actuel droit positif.

Première remarque, selon la date de confection de la libéralité, il convient de se reporter au droit alors applicable à l'acte. Il faut y veiller au contentieux. Autre observation, le législateur a réglementé spécialement la donation et le testament en curatelle et en tutelle. Il est demeuré silencieux pour la sauvegarde de justice, les mandats de protection future, ou les habilitations familiales². Il est vrai que, dans ces dernières mesures, le majeur protégé, même fragilisé, conserve, en principe, l'exercice de ses droits. Il doit en aller ainsi pour les libéralités. Pourtant, à l'occasion, la technique de la représentation est à l'œuvre, avec des pouvoirs plus ou moins étendus de l'organe protecteur : mandataire spécial ; mandataire de protection future, notarié ou sous seing privé ; habilitation familiale à géométrie variable, spéciale/simple ou générale. Nous envisagerons les différents régimes de protection juridique.

² D. Noguéro, Les pouvoirs de la personne habilitée sur les biens du majeur protégé et les sanctions applicables, LPA 25 nov. 2016, n° 236, p. 7.

5 - Nous traiterons principalement des règles relatives à la capacité juridique, une des conditions de validité de l'acte juridique, avec le consentement³. La réforme des contrats par ordonnance du 10 février 2016, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016, et ratifiée par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018, a créé l'article 1100-1 du Code civil. La définition de l'acte juridique y est donnée : « *Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux* » (alinéa 1). Le régime juridique est calqué sur le contrat, pour l'acte unilatéral, sauf spécificité dérogatoire. Poursuivons : « *Ils obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats* » (alinéa 2).

Pour les libéralités, le droit positif français est parvenu à accorder aux majeurs protégés une liberté encadrée. Il est donc possible de réaliser des libéralités. Cependant, il ne faut pas cacher que la marge d'initiative admise ne saurait gommer l'indispensable protection due aux personnes vulnérables. On envisagera, en premier lieu, la liberté encadrée (I), et, en second lieu, les risques courus (II).

³ C. civ., anc. art. 1108 ; art. 1128.

I. La liberté encadrée.

6 - Tout majeur protégé est susceptible d'être intéressé par une libéralité, que ce soit en tant que bénéficiaire ou en tant qu'auteur de celle-ci. Chacun subodore que lorsque le majeur reçoit la libéralité, il semble davantage à l'abri que lorsqu'il la consent à autrui. Toujours, il existe des procédures à suivre. On sera évidemment plus succinct, d'une part, pour le majeur protégé bénéficiaire de la libéralité (A), que pour, d'autre part, le majeur protégé auteur de la libéralité (B).

A) Le majeur protégé bénéficiaire de la libéralité⁴.

7 - La situation du majeur est moins périlleuse lorsqu'il est destinataire de la libéralité. On fera certains rapprochements avec les successions⁵. Encore faut-il que le majeur ne soit pas incapable au sens de l'article 902 du Code civil, écho pour les libéralités de l'article 1145 pour le contrat⁶ : « *Toutes personnes peuvent disposer et recevoir soit par donation entre vifs, soit par testament, excepté celles que la loi en déclare incapables* ».

Par sa seule qualité de majeur protégé, la personne ne subit pas une incapacité de recevoir. Cependant, elle n'est pas traitée comme un majeur ordinaire (on n'ose dire « normal »). Les règles protectrices sont fondées sur la distinction d'une libéralité, à titre particulier ou universelle, avec ou sans charges. La variété des actes reçoit une qualification juridique par le décret du 22 décembre 2008.

8 - Attention à ne pas se laisser emporter par la comparaison avec l'acceptation de la clause bénéficiaire d'une assurance-vie. Pour celle-ci, l'acceptation d'une clause avec charges est un acte de disposition, tandis que celle d'une clause sans charges est un acte d'administration. La qualification est présumée car elle résulte de l'annexe 2 du décret de 2008⁷. Aussi, elle est susceptible de varier, selon les circonstances d'espèce, en fonction des critères habituellement indiqués. La présomption simple (les actes sont « regardés comme ») peut donc être renversée. Mais, en cas de contestation, le juge saisi pourrait remettre en cause la qualification à partir de laquelle le majeur et/ou l'organe protecteur a pu agir.

9 - Revenons aux libéralités. S'agissant du majeur protégé, donataire ou légataire, la qualification est fournie par l'annexe 1 (V *Actes à titre gratuit*), partant elle est fixe. Le mérite est d'offrir la sécurité juridique pour déterminer le cadre à suivre. Il suffit de se reporter à la qualification afin de déterminer la capacité juridique du majeur et les pouvoirs corrélatifs de son organe pour la gestion patrimoniale.

⁴ Ph. Delmas Saint-Hilaire, Successions et libéralités au profit de l'incapable majeur, JCP N 1999, p. 857 - G. Raoul-Cormeil, Les libéralités consenties à une personne vulnérable ou par elle, JCP N 2008, 1272 - D. Boulanger, Les libéralités adressées aux personnes vulnérables, Actes pratiques & stratégie patrimoniale. Droit et fiscalité du patrimoine privé et professionnel, oct.-déc. 2010, Etude 27 - Ph. Delmas Saint-Hilaire, Variations autour des libéralités et successions au profit des personnes vulnérables, in *Le patrimoine de la personne protégée*, LexisNexis, févr. 2015, p. 171.

⁵ L'article 724-1 du Code civil prévoit : « *Les dispositions du présent titre, notamment celles qui concernent l'option, l'indivision et le partage, s'appliquent en tant que de raison aux légataires et donataires universels ou à titre universel, quand il n'y est pas dérogé par une règle particulière* ».

⁶ C. civ., anc. art. 1123.

⁷ Ann. 2, IV *Assurances*.

10 - En synthèse, pour un acte de disposition, le tuteur doit recueillir une autorisation préalable du juge des tutelles ou du conseil de famille, alors qu'il agit seul comme représentant pour un acte d'administration. En curatelle, par principe, s'agissant d'un acte de disposition, l'assistance s'impose pour le curatelaire, au contraire d'un acte d'administration pour lequel il est libre d'agir seul.

11 - Pour un régime où le majeur conserve l'exercice de ses droits, il peut agir seul avec un consentement qui existe, libre et éclairé. C'est le cas du mandant ou du bénéficiaire du mandat de protection future. Il en va pareillement pour la sauvegarde de justice ou l'habilitation familiale dans lesquelles le majeur conserve l'exercice de ses droits. La limite est celle de l'acte confié au pouvoir du mandataire spécial ou de la personne habilitée⁸. Si l'acte entre dans sa mission, l'organe protecteur a priorité sur le majeur qu'il protège.

12 - Présentons les qualifications. Sont des actes d'administration⁹ : -l'acceptation d'un legs universel ou à titre universel à concurrence de l'actif net ; -l'acceptation d'une succession à concurrence de l'actif net¹⁰. L'article 507-1, alinéa 1^{er}, du Code civil énonce : « *Par dérogation à l'article 768, le tuteur ne peut accepter une succession échue à la personne protégée qu'à concurrence de l'actif net. Toutefois, le conseil de famille ou, à défaut, le juge peut, par une délibération ou une décision spéciale, l'autoriser à accepter purement et simplement si l'actif dépasse manifestement le passif* ». La protection vient de la limite des conséquences en cas de mauvaise surprise.

Encore, est un acte d'administration : -l'acceptation de legs à titre particulier et de donation non grevés de charge. Il n'y a pas de poids de la libéralité à craindre. Ou : -la délivrance de legs ; -la déclaration de succession. Encore : -acte de notoriété¹¹ ; -action interrogatoire à l'encontre des héritiers taisant¹² ; -mandat aux fins de partage¹³ ; -attestation de propriété.

13 - En revanche, sont des actes de disposition : -l'acceptation pure et simple d'un legs universel ou à titre universel¹⁴ ; -l'acceptation de legs à titre particulier et de donations grevés de charges¹⁵ ; -l'acceptation pure et simple d'une succession¹⁶, y compris si l'actif net dépasse manifestement le passif¹⁷. On comprend le danger éventuel pour le patrimoine du majeur protégé.

Encore, est acte de disposition : -la renonciation à une succession¹⁸. En vertu de l'article 507-1, alinéa 2, du Code civil : « *Le tuteur ne peut renoncer à une succession échue à la personne protégée sans une autorisation du conseil de famille ou, à défaut, du juge* ». Ou : -la

⁸ C. civ., art. 435, al. 1, déjà anc. art. 491-2, al. 1^{er} ; art. 494-8, al. 1^{er}.

⁹ Ann. 1, V, col. 1.

¹⁰ D. Montoux, Option successorale exercée au nom d'un majeur soumis à un dispositif d'habilitation familiale, JCP N 2017, Formule, 1239. - Sur l'option successorale en tutelle et la prescription, Paris, 16 nov. 2017, RG n° 16/018887.

¹¹ C. civ., art. 730-1.

¹² C. civ., art. 771, al. 2.

¹³ C. civ., art. 837.

¹⁴ Ann. 1, V, col. 2, C. civ., art. 724-1.

¹⁵ Ann. 1, V, col. 2.

¹⁶ Ann. 1, V, col. 2, C. civ., art. 507-1, al. 1^{er}.

¹⁷ C. civ., art. 507-1, al. 1^{er}, *in fine*.

¹⁸ Ann. 1, V, col. 2, C. civ., art. 507-1, al. 2.

renonciation à un legs¹⁹ ; -comme la renonciation à un legs universel grevé de charges²⁰. Il s'agit de perdre le bénéfice d'un avantage potentiel, qui invite toutefois à la prudence.

Puis, le même souci s'exprime pour le retour en arrière, d'où la qualification d'acte de disposition : -la révocation d'une renonciation à une succession ou à un legs universel ou à titre universel²¹ ; -la révocation d'une renonciation à un legs²². Au passage, rappelons, qu'il existe des actes interdits en tutelle, selon l'article 509 du Code civil : « *Le tuteur ne peut, même avec une autorisation : 1° Accomplir des actes qui emportent une aliénation gratuite des biens ou des droits de la personne protégée (...) tels que (...) la renonciation gratuite à un droit acquis, la renonciation anticipée à l'action en réduction visée aux articles 929 à 930-5 (...)* ».

14 - Nous ne nous attardons pas sur d'autres actes qualifiés de disposition : -le partage amiable²³ ; -le choix par le donataire de rapporter en nature le bien donné²⁴ -la renonciation à une action en réduction des libéralités excessives après le décès du prémourant²⁵ ; -la révocation d'une donation entre époux²⁶ ; -le consentement à exécution d'une donation entre époux.

B) Le majeur protégé auteur de la libéralité.

15 - En ce cas, la protection se déploie tout en essayant de préserver une certaine autonomie du majeur protégé. Il n'y a pas d'interdiction, qui consacrerait une incapacité de jouissance, mais un simple encadrement des libéralités. On traitera d'abord de la donation (1), ensuite du testament (2).

1) La donation.

16 - Selon l'annexe 1 du décret de 2008²⁷, « *la donation consentie par une personne protégée majeure* »²⁸ est un acte de disposition. La donation est un contrat qui suppose l'intervention d'une personne autre (le donataire) que le majeur protégé lui-même (le donateur). C'est pourquoi il n'apparaît pas aberrant que l'organe protecteur puisse, le cas échéant, jouer un rôle. En outre, le dépouillement est actuel, qui est susceptible d'avoir des répercussions concrètes sur la situation présente du majeur, non après son décès.

¹⁹ Ann. 1, V, col. 2, C. civ., art. 724-1.

²⁰ Ann. 1, V, col. 2.

²¹ Ann. 1, V, col. 2, C. civ., art. 507-2. L'article 507-2 du Code civil dispose : « *Dans le cas où la succession à laquelle il a été renoncé au nom de la personne protégée n'a pas été acceptée par un autre héritier et tant que l'Etat n'a pas été envoyé en possession, la renonciation peut être révoquée soit par le tuteur autorisé à cet effet par une nouvelle délibération du conseil de famille ou, à défaut, une nouvelle décision du juge, soit par la personne protégée devenue capable. Le second alinéa de l'article 807 est applicable* ».

²² Ann. 1, V, col. 2, C. civ., art. 724-1.

²³ C. civ., art. 507. *Adde*, pour le droit antérieur, M. Dagot, L'homologation des partages intéressant un incapable, JCP 1974, I, 2612.

²⁴ C. civ., art. 859.

²⁵ C. civ., art. 920.

²⁶ Ann. 1, V, col. 2, C. civ., art. 953.

²⁷ Ann. 1, V, col. 2.

²⁸ C. civ., art. 470, al. 2 et 476, al. 1^{er}.

17 - Par parenthèse, rappelons le principe d'irrévocabilité des donations, qui, certes, connaît des tempéraments. Mais, sur ce point, le fait d'être sous un régime de protection n'apporte aucune originalité²⁹. Il suffit de renvoyer au droit commun.

On distinguera la donation faite par le majeur protégé (a) et celle avec l'organe protecteur (b).

a) Par le majeur protégé.

18 - Il faut indiquer la solution pour les régimes dans lesquels la capacité juridique est conservée (1°) et le cas de la modulation de cette capacité en curatelle et tutelle (2°).

1° La capacité juridique conservée.

19 - Dans ces mesures, parfois qualifiées par la doctrine de « non incapacitante » - ce qui mérite nuance, selon nous -, on retrouve la sauvegarde de justice, les mandats de protection future et les habilitations familiales. La donation n'est pas spécialement réglementée. Dès lors, du point de vue de la capacité juridique, le majeur protégé est susceptible de réaliser une donation, ce qui ne préjuge pas de l'état de son consentement à vérifier³⁰.

2° La modulation de capacité juridique en curatelle et tutelle.

20 - Les mesures judiciaires de protection sont des prototypes. En vertu des principes directeurs, il est possible d'individualiser la mesure. Du prêt-à-porter, on peut se diriger vers la haute couture, davantage profilée. Il s'agit alors d'opérer la modulation de l'incapacité du majeur. Encore faut-il, lorsque la situation de fait le permet, recourir aux textes disponibles. Hier, sous la loi de 1968, les anciens articles 501 et 511 du Code civil, autorisaient déjà cette adaptation, peu usitée, et reconduite après la réforme de 2007, avec des modalités légèrement différentes, à l'article 473, alinéa 2, pour la tutelle, et à l'article 471 pour la curatelle.

21 - À tout moment, le juge des tutelles peut énumérer des actes qui relèvent normalement de l'assistance du curateur³¹, que le curatelaire aura la capacité de faire seul. Il pourrait en aller ainsi pour la donation, acte de disposition. À tout moment, en tutelle régime de représentation³², le juge des tutelles peut énumérer certains actes que le tuteur aura la capacité de faire seul ou avec l'assistance du tuteur. La liberté de donner est ainsi accordée.

On voit que, dans le respect de la nécessaire sécurité juridique, par l'autorisation préalable du juge, le majeur protégé peut retrouver une forme d'autonomie, et donner seul, ou, du moins, une autonomie partielle, avec l'assistance de son organe. En dehors de ces hypothèses, quelles sont les règles applicables ?

b) Avec l'organe protecteur.

22 - Intéressons-nous aux mesures judiciaires (1°) puis aux autres mesures, de la sauvegarde de justice (2°), en passant par les mandats de protection future (3°), jusqu'à l'habilitation familiale (4°).

²⁹ Acte de disposition, -la révocation d'une donation entre époux (Ann. 1, V, col. 2, C. civ., art. 953).

³⁰ V. *infra*, les sanctions.

³¹ C. civ., art. 467, al. 1^{er}.

³² C. civ., art. 440, al. 3 ; art. 473, al. 1^{er} ; art. 496, al. 1^{er}.

1° Les mesures judiciaires.

23 - *Curatelle*. L'article 470, alinéa 2, du Code civil précise que le curatelaire « (Elle) *ne peut faire de donation qu'avec l'assistance du curateur* ». C'était exactement la même règle avec l'ancien article 513, alinéa 2 (« *de son curateur* »). Il y a donc continuité du droit pour la donation en curatelle.

La curatelle n'est pas, par principe, un régime de représentation, si bien que « *Le curateur ne peut se substituer à la personne en curatelle pour agir en son nom* »³³. Quelle que soit la forme de la curatelle, même renforcée³⁴ ou aggravée³⁵, il appartient au curatelaire de prendre l'initiative de la donation. Il est néanmoins chaperonné afin de compléter sa capacité juridique. La technique de l'assistance « *se manifeste par l'apposition de (la) signature (du curateur) à côté de celle de la personne protégée* »³⁶. C'est la co-signature de l'acte, simultanément, pour lequel le curateur aura fourni son conseil et exercé son contrôle³⁷.

Si jamais le curateur refuse son assistance, le juge des tutelles, une fois qu'il est entendu ou appelé³⁸, peut délivrer au curatelaire une autorisation supplétive, afin de réaliser l'acte seul³⁹.

24 - On pourrait aussi imaginer un curatelaire inactif, contre son intérêt. Par exemple, il pourrait en aller ainsi pour une transmission patrimoniale au principe acquis, mais qui tarderait avec des implications fiscales. Il faut toutefois supposer un intérêt du majeur à préserver. Lorsque le majeur « *compromet gravement ses intérêts* », le curateur a qualité afin de « *saisir le juge pour être autorisé à accomplir seul un acte déterminé* »⁴⁰. Selon l'interprétation jurisprudentielle de l'adverbe « gravement », la porte sera plus ou moins ouverte. Il s'agit d'une faculté qui permet au curateur, à titre exceptionnel, pour un acte précis, de représenter le curatelaire. Avec cette souplesse, l'avantage est de maintenir la curatelle selon son fonctionnement habituel pour les autres aspects de la gestion patrimoniale. Cependant, selon la situation du majeur, le curateur devra plutôt se résoudre à saisir le juge pour « *provoquer l'ouverture de la tutelle* »⁴¹. On retrouvera alors la représentation généralisée.

25 - *Tutelle*. Donnant la liste des actes interdits en tutelle, serait-ce avec une autorisation, l'article 509 du Code civil dispose : « *Le tuteur ne peut, même avec une autorisation : 1° Accomplir des actes qui emportent une aliénation gratuite des biens ou des droits de la personne protégée sauf ce qui est dit à propos des donations, tels (...)* ». La donation, qui est autorisée en tutelle, connaît ainsi un régime dérogoire.

³³ C. civ., art. 469, al. 1^{er}; art. 440, al. 1^{er}.

³⁴ C. civ., art. 472.

³⁵ C. civ., anc. art. 512.

³⁶ C. civ., art. 467, al. 2.

³⁷ C. civ., art. 440, al. 1^{er}. V. *infra*, la nuance en assurance-vie, Civ. 2, 8 juin 2017, n° 15-12.544, Bull. civ. I.

³⁸ CPC, art. 1257.

³⁹ C. civ., art. 469, al. 3. - Comp. le droit antérieur, C. civ., anc. art. 510 (autorisation supplétive) ; anc. art. 510-1 (approbation *a posteriori* du curateur fermant les actions en nullité).

⁴⁰ C. civ., art. 469, al. 2.

⁴¹ C. civ., art. 469, al. 2.

26 - Au travers du temps, un tel régime a évolué, en trois étapes : 1968, 2006 et 2007. Pour le droit ancien, il faut se reporter à l'article 505 du Code civil alors en vigueur. Dans sa première version, en vigueur au 1^{er} novembre 1968, le texte énonçait : « *Avec l'autorisation du conseil de famille, des donations peuvent être faites au nom du majeur en tutelle, mais seulement au profit de ses descendants et en avancement d'hoirie, ou en faveur de son conjoint* ». Autrement dit, la donation n'est pas prohibée mais elle est conditionnée⁴². Le tuteur représente le majeur (« au nom ») sur autorisation du conseil de famille (et lui seul)⁴³. Les donataires sont limitativement énumérés : descendants et conjoint. Il s'agit de la famille étroite, conjugale. En outre, les descendants sont alloués exclusivement en avancement d'hoirie, selon l'expression de l'époque, non par préciput et hors part ou avec dispense de rapport. L'héritier présomptif, qui est gratifié par la libéralité, reçoit par anticipation une espèce d'avance de sa part successorale, à rapporter en nature ou en moins prenant à la succession. La donation est possible dans cette voie étroite.

27 - Dans la seconde version de l'ancien article 505, à compter du 1^{er} janvier 2007, un élargissement se dessine, sous des conditions maintenues : « *Avec l'autorisation du conseil de famille, des donations peuvent être faites au nom du majeur en tutelle en faveur :*
-de ses descendants, en avancement de part successorale ;
-de ses frères ou soeurs ou de leurs descendants ;
-de son conjoint ».

L'avancement de part successorale est un simple changement de vocabulaire. Le cercle des donataires s'agrandit qui gagne aussi certains collatéraux jusqu'aux neveux et nièces. L'esprit demeure d'une possibilité mais limitée.

28 - Le renversement de perspective intervient avec la réforme de 2007. En droit positif, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2009, l'article 476, alinéa 1^{er}, du Code civil est le siège de la règle applicable : « *La personne en tutelle peut, avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, être assistée ou au besoin représentée par le tuteur pour faire des donations* ». Selon l'organisation de la tutelle, l'autorisation, toujours nécessaire, émane du conseil de famille - ce qui est extrêmement rare en pratique - ou du juge des tutelles⁴⁴. Le tuteur n'est pas uniquement un représentant comme auparavant. En effet, la technique de l'assistance peut être utilisée à la place de celle de la représentation, selon les cas. Ainsi, on peut s'adapter à la situation et permettre au tuteur de conserver une certaine initiative, avec la précaution de la vérification du juge.

Il n'y a plus aucune limite quant à la personne des donataires ou au type de donation. L'ouverture est grande avec néanmoins l'encadrement du tuteur et l'autorisation. Cette vérification peut avoir une incidence sur l'appréciation de la responsabilité de l'organe

⁴² Sur la nullité et la prescription quinquennale, Civ. 1^{re}, 4 juill. 2007, n° 06-16.639 ; RTD civ. 2007, p. 755, obs. J. Hauser ; D. 2007, Pan., p. 313, spéc p. 315, obs. J.-J. Lemouland ; RJPF sept. 2007, n° 9, p. 18, obs. J. Casey.

⁴³ Civ. 1^{re}, 14 janv. 2003, n° 00-15.573 ; RTD civ. 2003, p. 268, obs. J. Hauser : 1^{er} moyen sur le vote du conseil de famille, 2^e moyen, « la donation était faite au profit de tous les enfants de Mme veuve X... et de sa petite-fille Emmanuelle, venant en représentation de son père prédécédé ; que tous les descendants étant également avantagés, elle est conforme aux prescriptions du texte visé », soit l'art. 505 C. civ..

⁴⁴ Exemple de refus du juge pour des donations familiales, Civ. 1^{re}, 10 janv. 2018, n° 16-27.020. – Refus du juge face à la demande du fils tuteur, d'une donation-partage au profit des enfants de la tutélaire, car contraire à son intérêt, et donc refus consécutif de désignation du tuteur *ad hoc*, Rennes, 1^{er} sept. 2015, RG n° 14/07207. - Exemple d'autorisation pour une donation modeste, Rennes, 1^{er} sept. 2015, RG n° 14/04395. – Sous l'anc. art. 505 C. civ., autorisation judiciaire pour une donation-partage, Civ. 1^{re}, 15 janv. 2014, n° 11-18.693 et 12-29.267. - V. *infra* la question d'opposition d'intérêts.

protecteur, qui doit apporter des soins prudents, diligents et avisés dans la gestion, dans le seul intérêt de la personne protégée⁴⁵.

Qu'en est-il du rôle de l'organe protecteur pour les autres mesures de protection juridique ?

2° La sauvegarde de justice.

29 - L'organe protecteur n'est en rien obligatoire mais il est fréquemment désigné par le juge des tutelles qui trace les contours de sa mission. Il s'agit du mandataire spécial⁴⁶. Lorsque le pouvoir de représentation lui est confié, rappelons que le majeur, qui conserve en principe l'exercice de ses droits, ne peut plus agir dans la sphère de représentation, sauf nullité, comme l'a admis la jurisprudence sous le dispositif de 1968, et désormais le législateur, explicitement⁴⁷. Il s'agit d'une nullité relative, de droit⁴⁸. C'est utile afin d'éviter la contradiction des actes de l'un et de l'autre, représenté et représentant (l'optique de sécurité juridique).

30 - Sous la loi de 1968, le mandataire spécial ne pouvait accomplir qu'un acte déterminé ou une série d'actes de même nature, seulement d'administration⁴⁹, ce qui tuait dans l'œuf l'interrogation sur la représentation du majeur pour une donation, acte de disposition⁵⁰. Avec la loi de 2007, le mandataire spécial peut recevoir pouvoir « à l'effet d'accomplir un ou plusieurs actes déterminés, même de disposition, rendus nécessaires par la gestion du patrimoine de la personne protégée »⁵¹.

Rien n'interdit donc de représenter pour une donation, si la gestion du patrimoine du majeur le dicte. Il faudra donc que le juge apprécie l'opportunité de la donation pour autoriser le mandataire spécial, en début ou en cours de mission. À notre connaissance, les décisions qui évoquent la désignation de ce mandataire, ne comprennent pas, dans la mission, le pouvoir d'effectuer la donation⁵². La mesure étant plutôt provisoire, il est possible que les juges préfèrent attendre une organisation différente de la protection, plus structurée, afin de se prononcer sur l'éventuelle nécessité de permettre plus tard la donation.

3° Les mandats de protection future.

31 - Mesure conventionnelle, introduite par la réforme de 2007⁵³, le mandat de protection future n'a visiblement pas, pour l'heure, en volume, le succès escompté auprès du public. Il est néanmoins encouragé par les pouvoirs publics, comme le Défenseur des droits, la Cour des

⁴⁵ C. civ., art. 496, al. 2.

⁴⁶ C. civ., art. 437.

⁴⁷ C. civ., art. 435, al. 1^{er}.

⁴⁸ Argument, en habilitation familiale, C. civ., art. 494-9, al. 1^{er}.

⁴⁹ C. civ., anc. art. 491-5, al. 2.

⁵⁰ On n'aurait pu retenir la gestion d'affaires pour un tel acte (C. civ., anc. art. 491-4).

⁵¹ C. civ., art. 437, al. 2.

⁵² Bilan à ce sujet, Bastia, 17 janv. 2017, RG n° 16/00523 ; D. 2017, Pan., p. 1490, spéc. p. 1496, obs. D. Noguéro.

⁵³ C. civ., art. 477 s..

comptes, dans leurs rapports respectifs de 2016⁵⁴, ou le Notariat, encore lors de son 113^e Congrès national, en 2017, à Lille.

32 - Le mandat de protection future comprend plusieurs figures. Pour soi, le majeur mandant anticipe sa vulnérabilité éventuelle future en choisissant son ou ses mandataires. Pour autrui, les parents, « mandants », font de même. Souvent soucieux qu'ils sont de leur enfant handicapé, bénéficiaire du mandat, ils préfèrent mettre en place une organisation pour la transition après leur départ. Le mandat de protection pour autrui est obligatoirement notarié à l'inverse de celui pour soi qui peut également être sous seing privé. Ce dernier se subdivise entre celui établi à partir d'un modèle réglementaire ou celui contresigné par un avocat.

33 - Le mandat sous seing privé a néanmoins une unité de pouvoir pour le mandataire qui ne peut accomplir que des actes d'administration⁵⁵, ce qui exclut assurément la donation. Dès lors, lorsque l'acte n'est pas prévu par le mandat, et s'avère nécessaire dans l'intérêt du mandant, ou, lorsqu'il faut accomplir un acte de disposition, soumis à autorisation, le mandataire doit solliciter le juge des tutelles⁵⁶. Le juge pourrait même, à certaines conditions, ouvrir une mesure de protection juridique complémentaire, qui se cumulera avec tout mandat de protection future⁵⁷ ! Rappelons qu'en droit positif, un curatelaire assisté pourrait même souscrire un mandat de protection future pour soi ! On ne s'étend pas dans les détails sur ces points annexes à notre thème.

34 - On comprend que la faiblesse du pouvoir du mandat sous seing privé et la lourdeur pour la dérogation conduisent à privilégier, statistiquement, le mandat notarié. En effet, celui-ci « *inclut tous les actes patrimoniaux que le tuteur a le pouvoir d'accomplir seul ou avec une autorisation* »⁵⁸, donc notamment ceux de disposition. Cependant, une limite existe : « (Toutefois) *le mandataire ne peut accomplir un acte de disposition à titre gratuit qu'avec l'autorisation du juge des tutelles* »⁵⁹. Dès lors, à l'évidence pour la donation, qui est une libéralité entrant dans la catégorie des actes à titre gratuit, de disposition, le mandataire n'a pas les mains libres. La judiciarisation généralement malmenée, à notre époque, est ici de retour !

35 - La liberté contractuelle ne pourrait le dispenser d'obtenir cette autorisation, qui est d'ordre public, de protection des intérêts du majeur. En revanche, rien n'empêche de prévoir dans le mandat une restriction supplémentaire. Même avec une autorisation, le mandataire ne saurait réaliser des libéralités au nom du majeur. On cantonne de la sorte la mission, *erga omnes* (juge des tutelles compris), et on évite l'éventuelle contradiction des actes entre ceux faits par le majeur et ceux effectués par son mandataire. Après tout, le majeur conserve l'exercice de ses droits, même s'il lui faudra un intervalle lucide pour réaliser la donation, outre qu'il bénéficie des actions spéciales ouvertes, en réduction pour excès et rescision pour simple lésion⁶⁰, comme nous le verrons. Et, la loi ne dessaisit pas le mandant au profit du

⁵⁴ Respectivement : *Protection juridique des majeurs vulnérables - La protection juridique des majeurs : une réforme ambitieuse, une mise en œuvre défailante.*

⁵⁵ C. civ., art. 493, al. 1^{er}.

⁵⁶ C. civ., art. 493, al. 2.

⁵⁷ C. civ., art. 485, al. 2.

⁵⁸ C. civ., art. 490, al. 1^{er}.

⁵⁹ C. civ., art. 490, al. 2.

⁶⁰ C. civ., art. 488.

mandataire conventionnel⁶¹, au contraire de la solution adoptée pour la sauvegarde de justice et l'habilitation familiale.

4° L'habilitation familiale⁶².

36 - Elle se subdivise entre celle dite, par la doctrine, spéciale ou simple, et celle dite générale, appellation légale⁶³. L'étendue des pouvoirs de représentation confiés à un ou des proches varie⁶⁴. Lorsque le pouvoir est confié à la personne habilitée, rappelons que le majeur qui conserve en principe l'exercice de ses droits, ne peut plus agir dans la sphère de représentation⁶⁵, sauf nullité de droit⁶⁶, comme en sauvegarde de justice avec le mandataire spécial.

37 - L'habilitation spéciale porte sur un ou plusieurs actes sur les biens de l'intéressé, d'administration ou de disposition. Plus vaste, l'habilitation générale porte sur l'ensemble de ces actes. Dans l'une ou l'autre, « *La personne habilitée ne peut accomplir un acte de disposition à titre gratuit qu'avec l'autorisation du juge des tutelles* ». Par conséquent, pour la donation⁶⁷, on se trouve dans la même situation qu'en mandat de protection future notarié.

38 - Courant 2018, des réflexions sont menées par un groupe de travail interministériel, présidée par Mme Anne Caron-Déglise, magistrat à la Cour de cassation, devant rendre ses conclusions en juillet 2018⁶⁸. Signe de la cohérence très relative de l'action politique, en parallèle, le 20 avril 2018, a été rendu public le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, notamment son article 16⁶⁹. En bref, l'habilitation familiale pourrait subir des modifications. Parmi celles évoquées, figure la possibilité d'adjoindre la technique de l'assistance à côté de celle de la représentation. Alors, le majeur sous habilitation devrait être rapproché de celui assisté sous curatelle, notamment pour la donation. Il faudra suivre l'actualité à venir.

2) Le testament⁷⁰.

⁶¹ Même, C. civ., art. 1159, al. 2 (théorie générale de la représentation) ; art. 478 (renvoi au droit commun compatible du mandat).

⁶² « L'habilitation familiale, une mesure de protection plus simple ? », Table ronde sous dir. I. Maria, avec J. Combret, Fl. Fresnel, E. Pecqueur, Ch. Robbe et D. Noguéro, in *Simplification et modernisation du droit de la famille : mythe ou réalité ?*, Actes du colloque tenu à Grenoble les 30 et 31 mars 2017, éd. Connaissances et Savoirs, coll. Droit civil et procédures, 2018, p. 177 s. - D. Noguéro, *Les conditions de mise en œuvre de l'habilitation familiale*, D. 2016, chron., pp. 1510 (références citées).

⁶³ C. civ., art. 494-6.

⁶⁴ C. civ., art. 494-1.

⁶⁵ C. civ., art. 494-8, al. 1^{er}.

⁶⁶ C. civ., art. 494-9, al. 1^{er}.

⁶⁷ D. Montoux, *Donation entre vifs consentie à un majeur bénéficiaire du dispositif d'habilitation familiale*, JCP N 2016, Formule, 1211 - M. Mathieu et D. Montoux, *Donation-partage. Majeur bénéficiaire du dispositif d'habilitation familiale*, Dr. fam. févr. 2017, Formule 2 et *Acceptation d'une donation-partage en vertu d'une habilitation familiale*, JCP N 2017, Formule, 1254.

⁶⁸ *Nomination et réunions depuis mars 2018. Des réflexions sont menées sur la mesure dite unique, ce qui supprimerait l'architecture actuelle de la gradation des mesures.*

⁶⁹ L'art. 17 porte sur la réforme du contrôle des mesures, favorisant celui interne.

⁷⁰ D. Noguéro, *Le testament des majeurs protégés : une liberté encadrée*, Defrénois 2017, n° 17, 127t8, *Pratique, Questions-réponses Pratique*, p. 17. - Encore : J.-J. Lemouland, *Le testament de l'incapable*, Dr. fam. nov. 2006, chr. 48 et *Les actes du tuteur : typologie et classification*, Dr. fam. mai 2007, chr. 19 - D. Montoux, *Le testament du majeur en tutelle*, Dr. fam. nov. 2014, formule 10.

39 - Sa nature intime, l'homme face à la mort, dicte des règles distinctes de celles de la donation. Un effet notable est donc l'exclusion de l'organe protecteur.

40 - Par parenthèse introductive, lorsque la capacité juridique permet d'effectuer le testament, la loi ne distingue pas suivant la forme librement choisie de cet acte⁷¹. La réserve est de respecter les conditions propres à chaque testament, qui valent pour tous les testateurs, capables ou non⁷². De ce point de vue, il n'y a pas de spécificité pour les majeurs protégés.

Il convient de présenter d'abord la réglementation en curatelle et en tutelle (a) et ensuite d'aborder le silence sur le testament pour les autres mesures de protection (b).

a) La réglementation en curatelle et en tutelle.

41 - Successivement, traitons du testament du curatelaire (1°) et de celui du tuteur (2°).

1° Le testament du curatelaire.

42 - Là encore, il n'y a pas solution de continuité entre le droit de 1968 et celui de 2007. L'ancien article 513, alinéa 2, du Code civil disposait : « *La personne en curatelle peut librement tester, sauf application de l'article 901 s'il y a lieu* ». Il en va pareillement avec l'article 470, alinéa 1^{er}, du même code : « *La personne en curatelle peut librement tester sous réserve des dispositions de l'article 901* ». Le renvoi est fait au texte sur l'insanité relatif aux libéralités⁷³. Le curatelaire est parfaitement capable, en droit, de faire seul son testament. Pour ce faire, il doit encore pouvoir exprimer son consentement (capacité de fait ou naturelle).

43 - Le testament étant intime, et la liberté de tester discrétionnaire, la modulation de capacité qui viendrait « *ajouter d'autres actes à ceux pour lesquels l'assistance du curateur est exigée* »⁷⁴, c'est-à-dire imposer l'assistance pour le testament, nous paraît inappropriée, partant à exclure. On va le voir et le justifier, par comparaison, avec le testament du tuteur⁷⁵. Pour le testament, le curatelaire ne doit être ni assisté, ni représenté, même exceptionnellement⁷⁶. Sinon, ce serait la nullité de droit⁷⁷.

44 - On attirera néanmoins l'attention sur un aspect particulier. Il s'agit de la désignation bénéficiaire en assurance-vie qui peut s'opérer, notamment, par testament. La désignation initiale est concernée comme celle modifiée, par substitution ou révocation, par exemple. Depuis la loi n° 2007-1775 du 17 décembre 2007 (en vigueur au 19 décembre 2007), le droit spécial de l'assurance-vie a des règles pour la tutelle et la curatelle, exclusivement, ce qui laisse les autres mesures à part. Quant à la clause bénéficiaire, le tuteur doit être autorisé pour représenter le majeur, tandis que le curatelaire doit obtenir l'assistance de son curateur pour

⁷¹ G. Rivière, La dictée du testament authentique, in Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois, Defrénois Lextensoéditions 2012, p. 700.

⁷² Adde Ph. Malaurie, Sur les testaments rédigés par un aveugle en écriture braille, Defrénois 2001, p. 347 - N. Laurent-Bonne, Le testament du sourd-muet. Perspectives historico-comparatives, RTD civ. 2013, p. 797.

⁷³ V. *infra*.

⁷⁴ C. civ., art. 471 ; anc. art. 511.

⁷⁵ Comp. désignation bénéficiaire en assurance-vie, Civ. 2^e, 8 juin 2017, n° 15-12.544, Bull. civ. I. V. *infra* les références.

⁷⁶ C. civ., art. 469, al. 2.

⁷⁷ C. civ., art. 465, al. 1^{er}, 4°. V. *infra*.

cet acte de disposition⁷⁸. Il y a donc le heurt du droit civil, plus permissif pour le testament, avec le droit spécial.

Jusqu'en 2017, l'hésitation était permise pour savoir quel corps de règle privilégier. Malgré la critique de certains auteurs, le doute est levé, en droit positif, par une décision relative à la curatelle de la deuxième chambre civile de 2017⁷⁹. En bref, le droit spécial de l'assurance qui déroge a priorité sur le Code civil. Dès lors, le curatelaire doit être assisté pour la clause bénéficiaire de son contrat, y compris s'il procède par testament.

45 - Pour conserver la confidentialité du testament, notamment sur d'autres objets que l'assurance-vie, la voie de l'avenant demeure ouverte et préférable. Il est à relever que la Cour admet ici que le curateur aurait pu envoyer une lettre à l'assureur afin de manifester ainsi son assistance, à distance donc (tempérament utile à relever). Le testament excluant la représentation en tutelle, il faudrait un acte séparé pour la clause bénéficiaire, dédié à celle-ci. Ce serait un testament à objet unique, qui rend préférable l'utilisation d'une autre voie. Pour les mesures judiciaires, il sera déconseillé de recourir au testament pour établir la clause bénéficiaire !

La stabilité législative n'est plus de mise pour le testament en tutelle.

2° Le testament du tutélaire.

46 - Est intervenue une sérieuse évolution qui est un changement radical par rapport au dispositif de 1968, à rappeler afin de percevoir le mouvement.

47 - Sous le droit de 1968, il faut se reporter à l'ancien article 504 du Code civil : « *Le testament fait après ouverture de la tutelle sera nul de droit.*

Le testament antérieurement fait restera valable, à moins qu'il ne soit établi que, depuis l'ouverture de la tutelle, a disparu la cause qui a déterminé le testateur à disposer ».

En substance, le testament fait avant l'ouverture de la tutelle est maintenu (alinéa 2)⁸⁰. Par exception, il pouvait cependant devenir caduc pour disparition de la cause impulsive et déterminante (alinéa 2). On peut imaginer un exemple : un père désigne son gendre légataire ; le père est placé sous tutelle ; sa fille divorce pour violences conjugales. Si le testateur avait pu exprimer sa volonté, il aurait certainement révoqué son testament. On déduit implicitement cette volonté par la caducité. Il n'y a pas d'exemple jurisprudentiel d'application de cette règle, encore à ce jour, à notre connaissance.

⁷⁸ C. assur., art. L. 132-4-1 ; art. L. 132-9 ; C. mut., art. L. 223-7-1 ; art. L. 223-11.

⁷⁹ Civ. 2^e, 8 juin 2017, n° 15-12.544, Bull. civ. II ; JCP G 2017, 730, note D. Noguéro ; D. 2017, Pan., p. 1490, spéc. p. 1503, obs. J.-J. Lemouland ; D. 2017, p. 1819, note N. Peterka ; L'essentiel Droit de la famille et des personnes, juill. 2017-7, obs. G. Raoul-Cormeil ; RTD civ. 2017, p. 615, obs. crit. J. Hauser ; Dr. fam. sept. 2017, n° 190, obs. I. Maria ; Defrénois 2017, n° 22, 129s1, p. 27, obs. J. Combret ; AJ fam. oct. 2017, p. 550, obs. V. Montourcy ; RCA oct. 2017, n° 255 ; M. Gayet, Modification par voie testamentaire de la clause bénéficiaire du contrat d'assurance-vie : l'assistance du curateur est requise, RCA oct. 2017, Etude 11 ; RGDA déc. 2017, 115d2, p. 625, note S. Lambert ; RDC mars 2018-1, 114x8, p. 82, obs. S. Gaudemet ; D. 2018, Pan., obs. Ph. Pierre, à paraître. Adde A. Meiller et H. Leyrat, Pour un assujettissement de l'assurance-vie au droit des libéralités, Defrénois 2018 (5 avr.), n° 14, 133a3, p. 17.

⁸⁰ Paris, 3 déc. 2008, RG n° 07/20356. Débat sur l'insanité et la confirmation du testament.

En revanche, le testament postérieur à la tutelle est nul de droit (alinéa 1^{er}). La nullité relative de protection résulte de la simple comparaison de dates, sans pouvoir d'appréciation du juge⁸¹. On devine les actions des héritiers déçus. La conséquence d'une action en nullité est logique en cas d'anéantissement du testament postérieur à la tutelle : « *ayant retenu à bon droit que le second testament était nul puisque rédigé alors que le testateur était placé sous tutelle, la cour d'appel a pu en déduire que le premier testament était valable* »⁸². La même décision relève la qualité à agir du premier légataire, évincé par le testament litigieux, objet de critique : la personne « *instituée légataire universelle par Eloi X... dans son premier testament du 2 novembre 1993 avait de ce fait qualité pour agir, sur le fondement de l'article 504 du code civil, en nullité du second testament, intervenu après l'ouverture de la tutelle* ». Il aurait été spécieux de retenir que le second testament avait anéanti rétroactivement une telle qualité, du moins sous l'angle procédural, pour paralyser l'action.

48 - L'inconvénient se devine car le testament élaboré avant la tutelle est figé. Or, la situation a pu évoluer depuis sa confection. Certains auteurs ont pu « dénoncer » une incapacité de jouissance à laquelle on aboutit. Il nous semble qu'il faut nuancer. La représentation étant écartée, la seule possibilité était de restituer de la capacité juridique au tuteur, en modulant celle-ci⁸³. Cette capacité résiduelle supposait un intervalle lucide du tuteur. La solution de secours a pu être mise en œuvre, comme en atteste la jurisprudence délivrant l'autorisation pour tester⁸⁴. Par hypothèse, exceptionnel, ce palliatif ne pouvait être ouvert à toutes les personnes sous tutelle.

49 - Plus exceptionnel, et moyen détourné pour supprimer l'effet d'un legs particulier, la jurisprudence a pu approuver, au visa de l'article 1042 du Code civil⁸⁵, la vente du bien par ailleurs objet du testament olographe : « *l'immeuble, vendu du vivant de la testatrice, avait disparu du patrimoine de celle-ci au jour de son décès, ce dont il résultait que le legs par elle consenti était caduc* »⁸⁶. Ici, le « *tuteur, a été autorisé, ès qualités, à procéder à la vente de l'immeuble légué* ».

La solution avait déjà été retenue dans une autre affaire dans laquelle le tuteur avait été autorisé par le juge des tutelles à vendre un terrain. Il faut que le bien soit clairement identifié. La légataire déçue agissait « *en délivrance de legs, demandant la remise de la part du prix de vente correspondant à la part de terrain qui lui avait été léguée* ». Mais, la Cour retient que l'espoir de transmission s'est évanoui : « *après avoir souverainement relevé que Simone X... avait eu la volonté de léguer à sa cousine « une parcelle d'un terrain dont l'identité était parfaitement désignée », de sorte que le legs portait sur un corps certain si ce bien venait un jour à lui échoir et non sur sa contre-valeur en argent, la cour d'appel, qui constatait que cette parcelle n'existait **plus dans** le patrimoine de Mme X... au jour de son décès, date à laquelle s'ouvraient les droits de la légataire, en a justement déduit que le legs consenti à celle-ci **ne pouvait produire d'effet** (on souligne) »⁸⁷. Les critères sont ainsi fournis.*

⁸¹ Comp. C. civ., anc. art. 502.

⁸² Civ. 1^{re}, 11 févr. 2009, n° 08-13.775.

⁸³ C. civ., anc. art. 501. V. *supra*.

⁸⁴ Civ. 1^{re}, 29 mai 2001, n° 99-17.478 ; D. 2002, Somm., p. 2167, obs. J.-J. Lemouland.

⁸⁵ Dont l'alinéa 1^{er} indique toujours : « Le legs sera caduc si la chose léguée a totalement péri pendant la vie du testateur ».

⁸⁶ Civ. 1^{re}, 7 juin 2006, n° 04-10.612, Bull. civ. I, n° 299 ; RTD civ. 2006, p. 805, obs. M. Grimaldi ; D. 2007, Pan., p. 313, spéc. p. 319, obs. J.-J. Lemouland.

⁸⁷ Civ. 1^{re}, 30 juin 2004, n° 02-13.107, Bull. civ. I, n° 198 ; RTD civ. 2004, p. 716, obs. J. Hauser ; AJ fam 2004, p. 459, obs. F. Bicheron. La cour d'appel a considéré que « l'aliénation du bien légué par le gérant de tutelle

50 - Avec la réforme des successions et libéralités de 2006, le texte est modifié pour deux ans. Selon l'article 504 : « *Le testament fait par le majeur après l'ouverture de la tutelle est nul de droit, à moins que le conseil de famille n'ait autorisé préalablement le majeur à tester avec l'assistance du tuteur. Toutefois, le majeur en tutelle peut seul révoquer le testament fait avant comme après l'ouverture de la tutelle.*

Le tuteur ne peut représenter le majeur pour faire son testament, même avec l'autorisation du conseil de famille ou du juge.

Le testament fait antérieurement reste valable, à moins qu'il ne soit établi que, depuis l'ouverture de la tutelle, la cause qui avait déterminé le testateur à disposer a disparu ».

Le maintien du testament antérieur à la tutelle est conservé (alinéa 3). Il reste valable avec le tempérament de la caducité pour disparition de la cause, qui persiste (alinéa 3). Pareillement, demeure le principe de la nullité du testament élaboré après l'ouverture de la tutelle (alinéa 1^{er}, *in limine*). Il est toutefois assorti d'une dérogation qui exprime une importante ouverture (alinéa 1^{er}, *in fine*). Le conseil de famille peut autoriser le tuteur à tester avec l'assistance de son tuteur, technique transportée dans le régime de la tutelle. Le tuteur ne peut représenter le majeur protégé pour faire son testament, même autorisé par le conseil de famille ou le juge des tutelles (alinéa 2). Le législateur cherchait à concilier le double objectif de protection et de liberté d'agir.

51 - En doctrine, certains ont souligné l'atteinte au caractère éminemment personnel du testament par l'introduction de l'assistance avec autorisation préalable. Ils seront bientôt entendus. Dans l'intervalle, le droit permettait d'accorder la liberté de tester par la capacité d'exercice accordée et encadrée. Ainsi, par cette espèce de modulation de capacité, même limitée, le tuteur pouvait élaborer son testament.

52 - Autre innovation en 2006, le majeur en tutelle peut seul révoquer le testament fait avant comme après l'ouverture de la tutelle (al. 1, *in fine*). Tout testateur peut révoquer son testament jusqu'à son décès. Pour celui en tutelle, en l'absence d'autorisation préalable exigée, on peut penser que la lucidité devait s'imposer pour un tel acte d'anéantissement, sauf critique possible pour insanité, voire vices du consentement. On devine la possible critique des héritiers frustrés. Cela rend assez accessoire la caducité pour perte de cause.

En revanche, si la révocation sèche est visée, qui est retour à la dévolution légale, celle suivie d'une nouvelle désignation de légataire devait emprunter la procédure d'autorisation. L'acte est alors une modification de testament. Il reste que pour la révocation sèche, la loi rompt, en tutelle, le parallélisme entre le droit de tester pour élire et le droit de détruire ses dernières volontés.

Le législateur n'a pas cru bon de vérifier l'aptitude de fait pour mettre à néant les dispositions testamentaires. Cela pourrait générer du contentieux initiés par les gratifiés déçus. Il est vrai que pour un testament olographe, conservé dans un tiroir à domicile, le coup de folie consistant à le brûler ou à le déchirer, même dans un moment d'inconscience, a un effet juridique certain, mais par la force des faits... La conservation par le notaire du testament, même olographe, peut éviter une telle destruction fâcheuse, signe du retour à la dévolution

avait entraîné tout à la fois la révocation et la caducité du legs revendiqué ». Sur la révocation, la Cour de cassation ne partage pas l'analyse : « *abstraction faite du motif erroné tiré de la révocation du legs dès lors que l'aliénation effectuée par le gérant de tutelle était impropre à faire présumer la volonté de la personne protégée, mais qui est surabondant* ».

légale. Par comparaison, la révocation du bénéficiaire en assurance-vie exige une autorisation préalable, pour la représentation⁸⁸ !

53 - Puis, la réforme de 2007 intervient avec l'article 476 du Code civil : « *La personne en tutelle (...) (alinéa 2) Elle ne peut faire seule son testament après l'ouverture de la tutelle qu'avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, à peine de nullité de l'acte. Le tuteur ne peut ni l'assister ni la représenter à cette occasion. Toutefois, elle peut seule révoquer le testament fait avant ou après l'ouverture de la tutelle. Le testament fait antérieurement à l'ouverture de la tutelle reste valable à moins qu'il ne soit établi que, depuis cette ouverture, la cause qui avait déterminé le testateur à disposer a disparu* ».

Il y a des constantes. Le testament antérieur à l'ouverture de la tutelle est valable (alinéa 4, *in limine*), sauf la caducité déjà signalée, qui devient particulièrement anecdotique (alinéa 4, *in fine*). En effet, le tuteur peut toujours révoquer seul, s'il est sain d'esprit, en ayant recouvré ses facultés, le testament effectué avant ou après sa tutelle (alinéa 3). Il met alors à néant toute disposition testamentaire sans reconstruire.

54 - Pour le reste, le changement est profond. Le législateur va consacrer, dans ce domaine qui mêle des considérations patrimoniales et personnelles, l'acte de disposition à titre gratuit strictement personnel. La réforme de 2007 accueille des actes dits mixtes dans le sens où ils sont à cheval sur la protection de la personne et celle du patrimoine, notamment pour la protection du cadre de vie, actes encadrés qui supposent des autorisations⁸⁹.

Encore, pour la protection de la personne, la réforme a consacré la notion d'actes « *dont la nature implique un consentement strictement personnel* » du majeur protégé⁹⁰, ce qui écarte absolument tant la représentation que l'assistance par quiconque, même autorisé par l'autorité habituellement compétente. La loi dresse une liste d'actes réputés strictement personnels. Dans le champ de la protection de la personne, la jurisprudence a montré qu'elle n'était en rien limitative⁹¹. Il en va ainsi pour le droit substantiel comme pour le droit procédural⁹². En ce dernier cas, est concernée la requête adressée au juge afin d'obtenir l'autorisation pour effectuer tel ou tel acte. Elle doit émaner du majeur lui-même⁹³.

55 - Dans le champ patrimonial, l'acte strictement personnel peut être admis qui impose de vérifier l'existence d'un consentement sous le manteau protecteur de l'incapacité de droit. Le testament peut contenir différents types de dispositions de dernière volonté, parfois exclusivement patrimoniales. Par sa nature intime, le testament reste un acte strictement personnel. La loi interdit expressément toute représentation ou assistance (alinéa 2, *in fine*), mettant fin à l'expédient de 2006, à savoir l'assistance.

⁸⁸ C. assur., art. L. 132-9, I, al. 2 ; C. mut., art. L. 223-11, I, al. 2.

⁸⁹ C. civ., art. 426 (résidence), déjà anc. art. 490-2 ; art. 427 (comptes bancaires).

⁹⁰ C. civ., art. 458, al. 1^{er}.

⁹¹ Mariage, Civ. 1^{re}, 2 déc. 2015, n° 14-25.777, Bull. civ. I. - PACS, Civ. 1^{re}, 8 mars 2017, n° 16-18.685 - Civ. 1^{re}, 15 nov. 2017, n° 16-24.832, Bull. civ. I. Décisions abondamment commentées en doctrine.

⁹² Autorité parentale, Civ. 1^{re}, 6 nov. 2013, n° 12-23.766, Bull. civ. I, n° 217. - Mariage, Civ. 1^{re}, 2 déc. 2015, n° 14-25.777, préc..

⁹³ V. *infra*, explication plus détaillée.

56 - Si le dépassement de pouvoir du tuteur était constaté, la nullité de droit serait encourue⁹⁴. Il ne pourrait y avoir confirmation, serait-ce avec autorisation⁹⁵, eu égard à la nature intime du testament sur laquelle nous reviendrons bientôt.

57 - Le tuteur est habilité à tester, exclusivement seul. Mais, il ne le peut librement sauf à ce que l'acte soit frappé de nullité (alinéa 2, *in limine*). Pour tester, il doit, personnellement par sa requête (procédural), recueillir préalablement l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille (alinéa 2, *in limine*). L'acte étant strictement personnel, le majeur doit prendre l'initiative de solliciter cette autorisation sans pouvoir être représenté pour cela.

En pratique, l'organe protecteur pourra néanmoins l'aider dans ses démarches en le conseillant, en l'accompagnant. En droit, d'un point de vue procédural, le majeur est directement le requérant non représenté. Après tout, s'il demande à être investi de la capacité de tester, il doit pouvoir aussi s'adresser personnellement au juge ! Nous ne partageons donc pas l'opinion de certains auteurs qui considèrent que cette exigence procédurale serait excessive et un frein à l'autonomie des majeurs. Soit l'autonomie existe réellement, et il faut pleinement la reconnaître, soit elle est un discours dogmatique ou idéologique, sans portée pratique !

58 - En respectant cette procédure garantissant la sécurité juridique, le tuteur pourra régulièrement tester seul. Il nous semble que ce texte spécial propre au testament écarte la disposition plus générale sur la modulation de capacité juridique, déjà entrevue⁹⁶.

59 - Le moment de l'initiative importe. Le tuteur doit obtenir l'autorisation avant de tester, non après la confection de son testament, en repoussant à plus tard ce qui pourrait être perçu comme une pure formalité. En effet, une telle autorisation n'est pas une condition suspensive mais une exigence pour la validité même de l'acte projeté. Avis aux notaires !

60 - Quels sont les contours de cette autorisation pour la confection du testament ? La loi n'en souffle mot. Par une décision de 2017, la Cour de cassation a pris clairement position⁹⁷. La jurisprudence s'est prononcée dans l'esprit du droit des majeurs protégés qui est de favoriser l'autonomie dans la mesure du possible⁹⁸.

Il est jugé qu'il n'incombe pas au juge, à l'occasion de la demande d'autorisation dont il est saisi, d'examiner le contenu de l'un ou l'autre des testaments établis ou projetés par le tuteur. Le juge doit en revanche procéder à l'audition du majeur. Si l'article 476 est silencieux sur ce point, on comprend que cette étape est primordiale afin de peser la capacité naturelle du majeur protégé⁹⁹.

⁹⁴ C. civ., art. 465, al. 1^{er}, 4^o.

⁹⁵ C. civ., art. 465, al. 4.

⁹⁶ C. civ., art. 473, al. 2. V. *supra*.

⁹⁷ Civ. 1^{re}, 8 mars 2017, n° 16-10.340, Bull. civ. I ; JCP N 2017, 355 ; LPA 27 avr. 2017, n° 84, p. 15, note D. Noguéro ; AJ fam. avr. 2017, p. 250, obs. G. Raoul-Cormeil ; L'essentiel Droit de la famille et des personnes, avr. 2017-4, obs. G. Raoul-Cormeil ; Dr. fam. mai 2017, n° 109, 1^{re} esp., note I. Maria ; RJPF mai 2017-5/44, obs. S. Mauclair ; D. 2017, Pan., p. 1490, spéc. p. 1503, obs. J.-J. Lemouland ; RTD civ. 2017, p. 354, obs. J. Hauser ; RTD civ. 2017, p. 465, obs. M. Grimaldi ; Defrénois 2017, n° 22, 129s1, p. 27, obs. J. Combret.

⁹⁸ C. civ., art. 415, al. 3, *in fine*.

⁹⁹ Argument, CPC, art. 1228, sur la base de l'art. 442 c. civ., renvoyant aux art. 1220 à 1220-2, dont l'art. 1220-1 CPC. Voir notre note sous l'arrêt de 2017 pour une analyse.

Lors de l'audition, le tuteur requérant va chercher à montrer qu'il est apte à exprimer clairement sa volonté quant à ses dispositions testamentaires. Le tuteur doit pouvoir émettre un consentement valable, serait-ce dans un intervalle lucide de durée brève. Le juge vérifie encore que le projet consistant à élaborer un testament correspond vraiment aux souhaits du majeur, donc que celui-ci est bien déterminé à tester (le principe ; pas les modalités). En synthèse, le juge se borne à contrôler que le majeur a l'aptitude suffisante pour saisir la portée de l'acte testamentaire qu'il désire librement entreprendre. Le juge pourrait imposer la forme notariée.

Dès lors, confronté au défaut de lucidité, le juge refusera de délivrer l'autorisation. Mais, spécificité de l'acte strictement personnel, il ne doit pas se livrer à un contrôle de l'opportunité de l'acte en appréciant son contenu. Cela diffère de certaines autorisations où le juge a ce pouvoir¹⁰⁰.

61 - Un conseil est à donner : lorsque l'autorisation est obtenue, il ne faut pas trop tarder pour réaliser l'acte. En effet, l'autorisation se fonde sur un état de santé contemporain de la requête qui est susceptible de se dégrader ultérieurement. Et une telle autorisation accorde au tuteur la capacité juridique d'effectuer seul son testament. Elle ne purge aucunement l'acte d'un éventuel vice du consentement ou d'une insécurité¹⁰¹.

Il reste à mesurer l'accueil, auprès des juges du fond, de la directive donnée, qui a été répétée pour d'autres actes que les libéralités¹⁰². Les pratiques suivies en fonction des juridictions seront instructives.

b) Le silence sur le testament pour les autres mesures de protection.

62 - Nous ferons la même observation pour la sauvegarde de justice¹⁰³, les mandats de protection future ou l'habilitation familiale. Le mutisme du législateur s'explique probablement par le fait qu'il considère que le majeur protégé sous ces régimes conserve, par principe, l'exercice de ses droits. Il est donc libre de réaliser son testament sous réserve de l'insécurité, comme pour la curatelle. Pareillement, aux mêmes conditions, le majeur protégé est libre de révoquer le testament et de faire une nouvelle élection de légataire.

63 - On ajoutera que la jurisprudence de mars 2017 (en tutelle), qui a rappelé le caractère strictement personnel de cet acte intime, nous conduit à estimer que le majeur protégé a la capacité juridique de réaliser seul son testament, sans assistance, ni représentation. L'argument *a fortiori* vient de la comparaison avec le régime du testament en curatelle, mesure jugée pourtant plus « contraignante ».

¹⁰⁰ Exemples : autorisation supplétive en curatelle (C. civ., art. 469, al. 3) ; autorisation sur le fondement de l'art. 426 ou de l'art. 427 C. civ..

¹⁰¹ Comp. pour une vente C. civ., anc. art. 490-2, devenu art. 426, en curatelle, Civ. 1^{re}, 20 oct. 2010, n° 09-13.635, Bull. civ., n° 209 ; D. 2011, p. 50, note G. Raoul-Cormeil ; D. 2011, Pan., p. 2501, obs. J.-M. Plazy et spéc. 2511, obs. D. Noguéro ; RTD civ. 2011, p. 103, obs. J. Hauser ; LPA 19 janv. 2011, n° 13, p. 12, note L. Disa ; AJ fam. nov. 2010, p. 496, obs. Th. Verheyde ; Defrénois 2011, art. 39230, n° 13, p. 835, obs. J. Massip ; JCP N 2011, 1008, note C. Coutant-Lapalus ; JCP N 2011, 1196, note J. Massip.

¹⁰² PACS, Civ. 1^{re}, 15 nov. 2017, n° 16-24.832, préc..

¹⁰³ Implic. Civ. 1^{re}, 20 sept. 2006, n° 04-18.501, Bull. civ. I, n° 412 ; RTD civ. 2007, p. 92, obs. J. Hauser ; D. 2008, Pan., p. 319, obs. J.-J. Lemouland. - Civ. 1^{re}, 19 mars 2014, n° 13-12.016, Bull. civ. I, n° 47 ; AJ fam. 2014, p. 318, obs. Th. Verheyde ; Dr. fam. 2014, n° 86, obs. I. Maria ; RGDA 2014, p. 276, note L. Mayaux ; RTD civ. 2014, p. 336, obs. J. Hauser ; D. 2014, Pan., p. 2259, spéc. p. 2270, obs. J.-J. Lemouland.

64 - Même si, pour le mandat de protection future, ou l'habilitation familiale, le représentant peut faire un acte de disposition à titre gratuit autorisé par le juge, il ne nous paraît pas que cette disposition puisse concerner le testament pour les raisons ci-dessus exposées. La jurisprudence ne s'est pas encore prononcée mais la philosophie de la protection des majeurs impose une telle solution (l'autonomie), approuvée par la doctrine.

La loi contractuelle du mandat de protection future qui tenterait de défendre le contraire se heurterait, selon nous, à l'ordre public. En revanche, le mandat de protection future pourrait stipuler, comme un avertissement de la limite des pouvoirs conférés, que le testament est à la seule discrétion du mandant ou du bénéficiaire du mandat, majeur protégé.

La liberté accordée l'est souvent à une personne aux facultés personnelles altérées, partant elle est relativement fragile.

II. Les risques courus.

65 - La protection juridique des majeurs « *a pour finalité l'intérêt de la personne protégée* »¹⁰⁴. La gestion patrimoniale doit donc être orientée en ce sens, pour satisfaire du mieux possible ses souhaits et besoins, dans la limite des possibilités concrètes.

Il demeure que la protection des majeurs, qui confère une mission au plus loin jusqu'au décès de la personne vulnérable¹⁰⁵, n'est pas toujours dénuée d'une arrière-pensée de transmission patrimoniale. Il ne faut pas occulter que la protection est l'antichambre de la succession à venir.

La préférence familiale, qui est encouragée pour désigner l'organe protecteur, peut mettre aux manettes de la protection certaines personnes par ailleurs héritières ou légataires du majeur protégé. Lorsqu'un tiers extérieur à la famille intervient, comme organe ou simplement dans la proximité du majeur, des craintes, légitimes ou non, peuvent naître.

Si la responsabilité et la décharge de la mission existent, comment les personnes qui entourent le majeur vulnérable se comporteront-elles lorsqu'il s'agira des libéralités, c'est-à-dire d'une gratification à obtenir gratuitement ? On retrouve la nature humaine avec ses qualités et ses défauts...

Le majeur protégé, lui-même, peut prendre des initiatives en méconnaissance des règles applicables à sa situation ou en les transgressant. Plus largement, les procédures instituées, que nous avons précédemment décrites, pour faire des libéralités, peuvent ne pas être suivies correctement.

Dans ce contexte, le droit a prévu, d'une part, des interdictions variées (A) et, d'autre part, des sanctions possibles (B).

A) Les interdictions variées.

66 - Le principe est celui de la liberté de choix du ou des bénéficiaires de la libéralité. Toutefois, régime de protection en place ou non, la vulnérabilité du disposant est prise en compte par divers modes. Traitons d'abord des oppositions d'intérêts (1) ensuite des incapacités de défiance (2).

1) Les oppositions d'intérêts¹⁰⁶.

67 - Avant la réforme de 2007, la jurisprudence a eu à connaître de l'opposition ou du conflit d'intérêts entre la personne protégée et son organe protecteur, notamment dans des affaires de

¹⁰⁴ C. civ., art. 415, al. 3 ; art. 496, al. 2, ce dernier texte est prévu en tutelle. Un débat existe sur sa portée générale, et son transport dans les dispositions communes aux différentes mesures de protection juridique.

¹⁰⁵ C. civ., art. 418. N. Peterka, La gestion d'affaires au décès de la personne protégée. Brèves réflexions autour de l'article 418 du Code civil, Dr. fam. nov. 2014, Etude 24. *Adde* V. sur la phase post-décès, D. Noguéro, obs. sous Civ. 1^{re}, 14 déc. 2016, n° 15-21.001 ; D. 2017, Pan., p. 1490, spéc. p. 1499.

¹⁰⁶ G. Raoul-Cormeil, L'opposition d'intérêts : une notion à définir, in *Le patrimoine de la personne protégée*, LexisNexis, févr. 2015, p. 57.

désignation de bénéficiaires en assurance-vie¹⁰⁷. Elle a usé des ressorts du droit commun, à savoir la responsabilité civile¹⁰⁸, lorsqu'un organe *ad hoc* n'avait pas été sollicité.

68 - Depuis la réforme de 2007, le législateur est intervenu pour s'intéresser à l'hypothèse de l'opposition d'intérêts, spécialement pour les libéralités.

Parfois, le législateur répute telle personne en opposition d'intérêts. La multiplication de textes, qui dictent autoritairement l'existence indéniable de l'opposition d'intérêts, sans possibilité de preuve contraire selon nous (malgré des opinions doctrinales différentes), sont utiles pour attirer l'attention. Elle n'empêche en rien de caractériser celle-ci, grâce à l'appréciation souveraine du juge, en dehors du strict cadre légal qui ne prévoit pas forcément tout. L'idée générale est que l'acte n'est pas dans l'entier intérêt du majeur protégé mais que son organe protecteur est susceptible d'en tirer un certain profit.

69 - Toutefois, la loi ne précise pas la sanction applicable, notamment quant au sort de l'acte passé en opposition d'intérêt (a). La jurisprudence est venue nous renseigner pour un contrat à titre onéreux, espèce à partir de laquelle on peut tenter de tirer certains enseignements, étant donné que la donation est un contrat. Des distinctions sont à opérer par la suite. Nous combinerons celle par type d'acte à l'intérieur de chaque régime, soit d'abord la donation (b) puis le testament (c).

a) Le sort de l'acte passé en opposition d'intérêts.

70 - D'emblée, indiquons qu'un organe protecteur qui se placerait fréquemment en opposition d'intérêts justifierait la décharge de sa mission, pour l'avenir. Pour le passé, la responsabilité civile extracontractuelle de l'organe en opposition d'intérêts pourrait se cumuler avec la nullité de l'acte litigieux ou s'appliquer malgré le maintien de ce acte litigieux.

71 - Qu'en est-il s'agissant du sort de l'acte litigieux ? La décision topique a été rendue en curatelle renforcée pour un acte de disposition (le congé d'un bail rural pour reprise)¹⁰⁹. Le fils curateur a assisté son père curatelaire dans le but de reprendre le bail rural. Pour la cour d'appel, l'intérêt personnel et direct du curateur traduisait une opposition d'intérêt justifiant la désignation d'un curateur *ad hoc*. La Cour de cassation admet que le curateur ne devait pas s'abstenir mais agir, par anticipation, afin d'éviter l'opposition. L'opposition d'intérêts existe, y compris dans des relations entre proches, la curatelle obéissant ici à la préférence familiale, n'étant pas confiée à un professionnel extérieur.

Pour la première fois sous le dispositif de la réforme de 2007, malgré le silence légal sur la sanction de l'opposition d'intérêts, la Cour de cassation retient le principe de la nullité de l'acte, dont la nature est précisée : une nullité de droit. Si ses conditions sont réunies, le juge doit donc prononcer la nullité, sans pouvoir d'appréciation. Il n'est pas exigé de démontrer un préjudice comme dans le cas de défaut d'assistance où la condition s'impose. Ce serait le cas si le curatelaire avait agi seul.

¹⁰⁷ D. Noguéro, note sous Civ. 3, 5 oct. 2017, Defrénois 2018, n° 17, 134w0, p. 28 (les références citées).

¹⁰⁸ C. civ., anc. art. 1382, devenu après la réforme de 2016, art. 1240.

¹⁰⁹ Civ. 3, 5 oct. 2017, n° 16-21.973 ; JCP N 2017, 890 ; AJ fam. 2017, p. 652, obs. G. Raoul-Cormeil ; L'essentiel Droit de la famille et des personnes, déc. 2017-11, obs. G. Raoul-Cormeil ; Dr. fam. 2017, n° 250, note I. Maria ; Defrénois 2018, n° 13, 134u6, p. 29, obs. D. Noguéro ; Défrénois 2018, n° 17, 134w0, p. 28, note D. Noguéro.

La décision intervient au visa de l'article 465 du Code civil, prévoyant les diverses sanctions en mesures judiciaires, dont le dépassement ou l'absence de pouvoir de l'organe protecteur, agissant seul, sans pour autant contenir une quelconque spécificité pour l'opposition d'intérêts.

72 - La mission d'assistance doit être neutre. Même si le majeur protégé a également un intérêt à l'acte, il demeure que l'intérêt de son organe caractérise l'opposition d'intérêts. Il faut tenir compte de l'apport de l'arrêt quant à l'exercice désintéressé de la mission de protection, qui marque une limite des pouvoirs des organes protecteurs, tout en insistant sur la notion cardinale d'intérêt du majeur protégé¹¹⁰. Ne pas s'abstenir face à l'opposition d'intérêts exprime un manquement patent à la mission pour non-exécution d'un devoir impératif de se faire remplacer. La vertu dissuasive de la sanction doit encourager à organiser le remplacement pour prévenir l'opposition. Celui qui, dans l'acte, a une opposition d'intérêts, ne subit pas une incapacité de jouissance, à charge de respecter la procédure de substitution d'organe.

La nullité de droit est la sanction unifiée pour tous les régimes de protection judiciaire, donc y compris en tutelle. On va bientôt voir ce qu'il en est pour d'autres régimes.

73 - Dans l'affaire de 2017, le pourvoi est néanmoins rejeté, strictement sur la recevabilité de l'action, parce que le preneur, cocontractant du curatelaire, qui agissait en nullité, n'est pas titulaire du droit d'action. Il est jugé que « l'action en nullité de droit des actes passés, postérieurement au jugement d'ouverture de la curatelle, par la personne protégée ou son curateur, ne peut être exercée, hors le cas prévu à l'article 465, alinéa 2, du Code civil, que par le majeur protégé, assisté du curateur ». C'est la classique réglementation des actions en justice en curatelle¹¹¹.

Dans l'esprit de la nullité de protection, relative, l'action appartient donc, du vivant du curatelaire, exclusivement à lui, assisté du curateur si la curatelle est en place (ou avec autorisation supplétive du juge), ou seul après sa mainlevée. Après son décès, seuls ses héritiers ont qualité pour exercer l'action. Le remplacement de l'organe en place peut faciliter l'action grâce au nouveau curateur. Sinon, on pourrait craindre une inertie maintenant l'acte irrégulier.

b) La donation.

74 - *Quid* si le protecteur, même autre que le mandataire judiciaire à la protection des majeurs (MJPM), a intérêt à la donation ?

La solution tient compte de la nécessité de protéger les intérêts du majeur protégé, tout en ne décourageant pas les bonnes volontés afin d'assumer la charge de la protection, en devenant organe protecteur. Il n'y a donc pas d'interdiction absolue de désigner son organe protecteur comme bénéficiaire de la libéralité, qui serait une option aveugle¹¹².

¹¹⁰ D. Noguéro, La nécessité d'une anticipation de la fin de vie. Ajouts sur l'intérêt des personnes protégées, in *Ethique et conditions de la fin de vie*, dir. A. Batteur et G. Raoul-Cormeil, éditions Mare & Martin, coll. Sciences & Droit, octobre 2016, p. 357.

¹¹¹ C. civ., art. 468, al. 3 ; et signification, art. 467, al. 3.

¹¹² C. civ., art. 509 : « *Le tuteur ne peut, même avec une autorisation : 1° Accomplir des actes qui emportent une aliénation gratuite des biens ou des droits de la personne protégée sauf ce qui est dit à propos des donations, tels (...)* ».

75 - La jurisprudence l'a admis sur le fondement de l'article 509 du Code civil interdisant certains actes, même avec autorisation, mais pas la donation exceptée, dès lors que l'intérêt du majeur est bien préservé. Il s'agit d'un arrêt de la cour d'appel de Douai (chère au regretté Thierry Verheyde, juge important pour l'interprétation du dispositif légal) : « *Aucune disposition légale ne prohibe par principe une donation au profit du tuteur, l'article 509 du code civil, qui fixe la liste des actes que le tuteur ne peut accomplir, réservant au contraire, dans son 1°, les dispositions propres à la donation* »¹¹³. Une autre précision exprime la philosophie de l'article 476. « *Par ailleurs, par sa nature même, la donation est un acte d'appauvrissement du patrimoine. Sauf à rendre par principe impossible tout acte de donation par un majeur sous tutelle incapable d'y consentir lui-même, ce qui serait équivalent à créer une incapacité de jouissance non expressément prévue par la loi, il faut donc admettre qu'une telle donation est juridiquement possible, sous réserve qu'elle ne soit pas fondamentalement contraire à l'intérêt du donataire* ».

1° Tutelle et donation.

76 - En tutelle, il faut, de toute façon, une autorisation préalable judiciaire (juge des tutelles, le plus souvent en pratique, ou conseil de famille, rare) afin que le tuteur puisse être assisté ou représenté pour donner¹¹⁴. La prévention de l'opposition d'intérêts sera facilitée.

77 - Dès lors, en cas d'opposition d'intérêts, si le tuteur est donataire, l'organe principal habituel ne peut représenter ou assister. Il convient de solliciter, dans le même temps, l'intervention du tuteur subrogé¹¹⁵ s'il existe, ou, à défaut, la désignation d'un tuteur *ad hoc*¹¹⁶, comme pour la curatelle. Leur mission est de remplacer ponctuellement l'organe principal en cas d'opposition d'intérêts.

78 - Par exemple, en 2012, la cour d'appel de Douai a pu désigner un tuteur *ad hoc* dans un cas d'opposition d'intérêts entre la tutélaire et ses deux enfants, cotuteurs, bénéficiaires d'une donation partage à parts égales, et héritiers potentiels tenus de l'obligation alimentaire, si besoin (précision d'importance, notamment pour le financement de la maison de retraite)¹¹⁷. Dans une autre affaire, la cour d'appel de Rennes a refusé la délivrance de l'autorisation, soulignant de surcroît l'opposition d'intérêts et la procédure alors à suivre : « Le premier juge a considéré que la donation demandée ne profitait qu'à un seul des enfants de la majeur protégée et qu'outre son caractère inégalitaire une telle donation n'apparaissait pas conforme à l'intérêt de la personne protégée. Même si le juge a commis une erreur en considérant que Madame Y... avait deux enfants, ce qui est contredit par le livret de famille produit aux débats par Madame X..., il n'en demeure pas moins que la donation souhaitée par Madame X... ne profite qu'à cette dernière. En outre, compte tenu de l'opposition d'intérêt manifeste entre les demandes de Madame X... et sa qualité de tutrice elle aurait dû saisir le juge des tutelles aux

¹¹³ Douai, 5 oct. 2012, RG n° 12/03322 ; Dr. fam. nov. 2012, n° 173, note I. Maria.

¹¹⁴ V. *supra* les illustrations en jurisprudence.

¹¹⁵ C. civ., art. 454, al. 5.

¹¹⁶ C. civ., art. 455. - Exemple de donation entre époux, l'épouse étant tuteur principal, ce qui nécessite un tuteur *ad hoc* pour apprécier l'opportunité de cet acte, comme du changement de régime matrimonial. Rennes, 5 janv. 2016, RG n° 14/07911.

¹¹⁷ Douai, 5 oct. 2012, RG n° 12/03322, préc. : « Compte tenu de l'opposition d'intérêts entre les cotuteurs et la majeure sous tutelle dans l'acte autorisé, il y a lieu de désigner un tuteur *ad hoc*, qui sera celui proposé par M. Eric X... lors de l'audience et qui a fait connaître son accord pour cette désignation par courrier envoyé à la Cour en cours de délibéré, et de prévoir que l'acte sera passé devant notaire ».

fins de désignation d'un tuteur *ad hoc* pour représenter la personne protégées dans le cadre de cette demande. Cette possibilité lui est d'ailleurs toujours ouverte »¹¹⁸.

2° Curatelle et donation.

79 - En curatelle, on retrouve l'article 470 du Code civil qui impose l'assistance, donc l'intervention du curateur aux côtés du curatelaire (alinéa 2). Le texte tient compte de la possibilité de désigner le curateur comme donataire. Aussi, la loi dresse une présomption irréfragable d'opposition d'intérêts lorsque le curateur est bénéficiaire de la donation. En réalité, c'est une règle de fond, comme en assurance-vie pour le bénéfice accordé à l'organe protecteur. En vertu de l'article 470, alinéa 3 : « *Le curateur est réputé en opposition d'intérêts avec la personne protégée lorsqu'il est bénéficiaire de la donation* ». En prospective, on regrettera que la loi ne prévoit pas une extension de l'opposition d'intérêts en cas d'interposition d'une personne proche de l'organe protecteur.

80 - La solution consiste à faire intervenir le curateur subrogé ou, à défaut, solliciter la désignation d'un curateur *ad hoc*, comme pour la tutelle. Puisqu'il n'y a pas d'autorisation préalable à obtenir du juge, l'organe protecteur doit être à l'initiative. Nul n'est censé ignorer la loi qui vous place en opposition d'intérêts !

81 - Pour les autres mesures de protection juridique, on rappelle que le principe est celui de la conservation de l'exercice de ses droits par le majeur. En ce cas, il choisit personnellement et librement son donataire. Mais le majeur protégé peut être représenté. Alors, en toute hypothèse, il y aura toujours la nécessité d'une autorisation préalable judiciaire, pour un acte de disposition, à titre gratuit, réalisé par le représentant, le cas échéant, qui sera l'occasion de traiter pour le juge saisi, aussi, la question de l'opposition d'intérêts. Déclinons la proposition.

3° Sauvegarde de justice et donation.

82 - Il sera, *a priori*, plutôt rare dans cette mesure d'essence provisoire que le juge des tutelles donne pouvoir au mandataire spécial de réaliser des libéralités. À supposer que le juge des tutelles décide de l'autoriser à donner pour le majeur en son nom, il aura normalement pesé une éventuelle opposition d'intérêts face à l'octroi (initial) ou à la demande (en cours de mesure) de pouvoir. Si jamais l'opposition d'intérêts est constatée, le conseil est de nommer un autre organe protecteur ou d'attendre une évolution de la mesure.

4° Mandat de protection future et donation.

83 - On rappelle que le principe, pour les actes à titre gratuit, est celui de l'autorisation préalable du juge des tutelles, en mandat notarié qui permet seul les actes de disposition¹¹⁹, comme en habilitation familiale. En mandat sous seing privé, la seule nature d'acte de disposition oblige, déjà, à solliciter le juge. On peut donc penser que le juge devrait détecter une telle opposition d'intérêts. Encore faudrait-il lui apporter un remède !

84 - Le législateur n'a pas cru utile de réglementer l'opposition d'intérêts pour cette mesure conventionnelle. La seule lecture des textes disponibles montre que le cas de l'opposition d'intérêts et sa sanction ne sont pas envisagés, ce que l'on peut vivement regretter. Les

¹¹⁸ Rennes, 5 mars 2013, RG n° 12/02267.

¹¹⁹ C. civ., art. 490, al. 2.

articles 454 et 455 du Code civil, sur les organes subrogés et *ad hoc*, comme l'article 465, sur les sanctions, sont propres aux mesures judiciaires.

Pourtant, des recommandations internationales incitent à s'intéresser à l'opposition d'intérêts dans le mandat. Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a émis une recommandation, le 9 décembre 2009, sur les principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité, dont le principe 11 est consacré au Conflit d'intérêts : « Les États devraient envisager le règlement des conflits d'intérêts entre le mandant et le mandataire ».

85 - La situation existe néanmoins en fait et pourrait être médiatement envisagée, quant à la sanction, au travers de la révocation du mandat¹²⁰. En jurisprudence, la question a pu être évoquée s'agissant d'un mandat de protection future pour soi avec un ami mandataire, un avocat contrôleur, époux du notaire ayant établi cet acte, sans remise en cause de cette protection conventionnelle au regard des circonstances de l'espèce¹²¹. Il n'en sera pas toujours ainsi. Sauf clause ayant prévu le remplacement du mandataire de protection future, sa révocation judiciaire à la demande de tout intéressé¹²² risque fort de conduire à la fin du mandat lui-même¹²³. Pour l'heure, *a posteriori*, la responsabilité du mandataire n'est pas à exclure en présence d'un préjudice¹²⁴.

86 - Il a pu être suggéré, par la doctrine, de s'appuyer sur le principe général de bonne foi, ce qui est un peu extensif, nous semble-t-il. D'autres auteurs ont pris appui sur l'article 1161 du Code civil, issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, relative à la réforme des contrats, en vigueur au 1^{er} octobre 2016. Afin de forger une amorce de la réglementation du conflit d'intérêts, la théorie générale de la représentation est donc sollicitée¹²⁵. Depuis, est intervenue la loi n° 2018-287 de ratification du 20 avril 2018, en vigueur au 1^{er} octobre 2018, qui introduit littéralement la formule « opposition d'intérêts ». Le changement de rédaction concerne davantage les personnes morales, les sociétés, que les personnes physiques, elles toujours comprises.

Le texte énonce en son alinéa 1^{er} (double lecture à suivre désormais) : « (ajout « *En matière de représentation des personnes physiques,* ») *Un représentant ne peut agir pour le compte des deux (« de plusieurs ») parties au contrat (« en opposition d'intérêts ») ni contracter pour son propre compte avec le représenté* ». Est en vue, le contrat avec soi-même. Et en son alinéa 2,

¹²⁰ C. civ. art. 483.

¹²¹ Civ. 1^{re}, 4 janv. 2017, n° 15-18.669, Bull. civ. I ; JCP G 2017, 9 ; JCP N 2017, 137 ; D. 2017, AJ, p. 61 ; D. 2017, p. 191, note D. Noguéro ; D. 2017, Pan., p. 1490, spéc. p. 1503, obs. D. Noguéro ; L'essentiel Droit de la famille et des personnes, 2017-2, obs. G. Raoul-Cormeil ; AJ fam. 2017, p. 144, obs. G. Raoul-Cormeil ; Dr. fam. 2017, n° 49, note I. Maria ; Defrénois 2017, p. 245, note A. Bateau ; JCP G 2017, 200, note N. Peterka ; LPA 7 mars 2017, n° 47, p. 12-15, note P.-L. Niel et M. Morin ; RTD civ. 2017, p. 100, obs. J. Hauser ; Defrénois 2017, n° 22, 129s3, p. 28, obs. J. Combret.

¹²² C. civ., art. 484.

¹²³ C. civ., art. 483, al. 1^{er}, 4^o.

¹²⁴ C. civ., art. 424.

¹²⁵ Ph. Didier, La représentation dans le nouveau droit des obligations, JCP G 2016, Libres propos, 580 - G. Wicker, Le nouveau droit commun de la représentation dans le code civil, D. 2016, chron., p. 1942 - A. Molière, Les sanctions en matière de représentation : point trop n'en faut !, D. 2017, chron., p. 1547 - F. Jourdain-Thomas et Gr. Dumont, L'article 1161 du Code civil et la prohibition de la multi-représentation, JCP N 2017, Etude 1267 - A. Couret, L'article 1161 du code civil victime du lobbyisme : un mauvais procès, D. 2018, Point de vue, p. 20.

il est prévu : « *En ces cas, l'acte accompli est nul à moins que la loi ne l'autorise ou que le représenté ne l'ait autorisé ou ratifié* ».

Contracter pour son propre compte avec la personne protégée que l'on représente pourrait ainsi être qualifié d'opposition d'intérêts, avec la sanction de la nullité, non qualifiée par la loi. Mais, au-delà, il n'est pas certain qu'une telle disposition, dans sa dérogation du moins, soit réellement adaptée à une mesure de protection juridique. Quelle valeur aurait une autorisation ou une ratification du majeur sous mandat de protection future qui, s'il conserve l'exercice de ses droits, selon l'analyse dominante, subit néanmoins une altération de ses facultés personnelles ? La contestation ne manquerait pas de naître, serait-ce post-décès.

87 - Quelle sanction retenir quant au sort de l'acte ? L'alternative est à plusieurs branches : se rapprocher des sanctions des mesures judiciaires (la nullité de droit), surtout depuis la prévision de la publicité du mandat de protection future¹²⁶ ; ou de celles propres au mandat de droit commun¹²⁷, qui ne règlent pas directement les oppositions d'intérêts et laissent place à l'analyse ; voire de la théorie générale de la représentation (inopposabilité ; nullité).

Selon nous, si la jurisprudence devait être saisie de la question, on peut penser qu'elle s'alignerait sur la solution simple, harmonisée et protectrice, de la nullité de droit¹²⁸.

88 - Livrons-nous à la prospective afin de traiter la situation d'opposition d'intérêts en mandat de protection future. Qu'en est-il du côté de la loi ? En cas d'insuffisance du mandat de protection future, le mandataire *ad hoc*, autorisé par le juge des tutelles, n'est littéralement prévu que pour compléter la protection conventionnelle atteignant ses limites, selon l'article 485, alinéa 2, du Code civil¹²⁹. Une interprétation extensive pour le conflit ou l'opposition d'intérêts est-elle permise ? Une réponse favorable semble adaptée, selon nous, en s'inspirant de la jurisprudence antérieure à la loi de 2007 pour les mesures judiciaires recourant à l'organe *ad hoc* sans texte¹³⁰.

¹²⁶ C. civ., art. 477-1, introduit par l'art. 35 de la loi n° 2015-1776 du 28 déc. 2015 *relative à l'adaptation de la société au vieillissement*, toujours en attente de décret d'application en 2018. - Adde D. Noguéro, La publicité des mesures de protection des majeurs (ouverture, vie et fin), in Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser, « *Personnes, Famille, Acte juridique* », LexisNexis Dalloz, 2012, p. 467, et La publicité du mandat de protection future, in *Mobilité et protection des personnes vulnérables en Europe : connaissance et reconnaissance des instruments*, Société de Législation Comparée, coll. « Colloques », vol. 23, oct. 2014, p. 23. Et réflexion sur l'homologation, note et obs. préc. sous Civ. 1^{re}, 4 janv. 2017, n° 15-18.669.

¹²⁷ C. civ., art. 1984 s..

¹²⁸ D. Noguéro, note préc. sous Civ. 3^e, 5 oct. 2017, Defrénois 2018, n° 17, 134w0, p. 28.

¹²⁹ « *Lorsque la mise en oeuvre du mandat ne permet pas, en raison de son champ d'application, de protéger suffisamment les intérêts personnels ou patrimoniaux de la personne, le juge peut ouvrir une mesure de protection juridique complémentaire confiée, le cas échéant, au mandataire de protection future. Il peut aussi autoriser ce dernier ou un mandataire ad hoc à accomplir un ou plusieurs actes déterminés non couverts par le mandat* ».

¹³⁰ Civ. 1^{re}, 8 juill. 2009, n° 08-16.153, Bull. civ. I, n° 162 ; LPA 29 juill. 2009, n° 150, p. 9, 1^{re} esp., note D. Noguéro ; D. 2009, AJ, p. 1971, obs. V. Egéa ; D. 2009, Chron. C. cass., p. 2058, spéc. p. 2062, obs. N. Auroy ; D. 2010, Pan., p. 2125, obs. J.-J. Lemouland ; RTD civ. 2009, p. 698, obs. J. Hauser ; LPA 12 mai 2010, n° 94, p. 18, note H. Hamadi ; Dr. fam. 2009, n° 114, 1^{re} esp., note I. Maria ; AJ fam. 2009, p. 352, obs. L. Pécaut-Rivolier ; RGDA 2009, p. 1216, 2^e esp., note L. Mayaux ; Defrénois 2009, art. 39033, n° 20, p. 2200, obs. J. Massip ; RDC 2010, p. 177, note C. Goldie-Genicon ; Dr. et patr. 2011, n° 201, p. 80, obs. Ph. Delmas Saint-Hilaire - Civ. 1^{re}, 17 mars 2010, n° 08-15.658, Bull. civ. I, n° 66 ; D. 2010, AJ, p. 893 ; D. 2010, Pan., p. 2126, obs. J.-J. Lemouland ; AJ fam. 2010, p. 239, obs. L. Pécaut-Rivolier ; Dr. fam. 2010, n° 88, note I. Maria ; Defrénois 2010, art. 39133, p. 1369, note J. Massip ; RCA 2010, n° 196 et Etude 9, par N. Gaulon ; RGDA 2010, p. 398, note L. Mayaux ; RJPF juin 2010-6/36, note F. Sauvage ; Dr. et patr. 2011, n° 201, p. 81, obs. Ph.

Au-delà, il faudra voir si la jurisprudence accepte que le juge, qui peut révoquer le mandat (*peut le plus*), si son exécution est de nature à porter atteinte aux intérêts du mandant¹³¹, puisse aussi le maintenir tout en désignant un organe *ad hoc*, à l'occasion d'un conflit (*peut le moins*).

89 - Qu'en est-il du côté de la liberté contractuelle ? On pourrait aussi imaginer une stipulation faisant jouer à l'organe contrôleur, éventuellement désigné, la fonction d'un organe subrogé ou *ad hoc*. Le mandat de protection future fixe les modalités de contrôle de son exécution (pour sa validité)¹³², tant pour la protection des biens que pour celle de la personne, le cas échéant pour cette dernière facultative. En entendant de façon compréhensive et préventive ce contrôle, on pourrait adjoindre l'organisation de l'opposition d'intérêts. Par comparaison, c'est la philosophie du projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, rendu public le 20 avril 2018, qui, en son article 17, tend à favoriser le contrôle interne pour les mesures de protection.

90 - On le constate, c'est en amont, lors de la rédaction du mandat de protection future, qu'il faut prévoir l'hypothèse de l'opposition d'intérêts ainsi que son traitement. On peut recommander de prévoir dans les clauses du mandat¹³³. Pourrait être prévue une obligation (contractuelle) du mandataire de protection future de saisir spontanément le juge face à la situation d'opposition d'intérêts. Celui qui est en opposition d'intérêts doit, de façon générale, être à l'initiative, afin d'emprunter la solution de substitution. Le contrat pourrait autoriser d'autres personnes que le mandataire, afin de solliciter le remplacement, pour sa meilleure effectivité.

5° Habilitation familiale et donation.

91 - Contrairement à l'un des projets initiaux, avant l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 *portant simplification et modernisation du droit de la famille*, donc de simplification, l'habilitation familiale spéciale ou générale ne prévoit pas d'organe subrogé ou *ad hoc*. Par suite, on devine l'utilité pratique de désigner plusieurs personnes habilitées, l'une d'elle pouvant alors jouer ce rôle, occasionnel, et pouvant même agir, le cas échéant, pour critiquer un acte litigieux. La pluralité d'organes comme personnes habilitées peut être une solution comme remède de fait aux éventuelles oppositions d'intérêts. Elle semble recevoir une forme d'appui avec le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice qui instaure la priorité du contrôle interne à la suite des vives critiques de la Cour des comptes émettant des propositions¹³⁴.

Delmas Saint-Hilaire. Et D. Noguéro, Assurance-vie : défaut d'assistance du curateur et refus de qualification en donation (A propos de Cass. 1^{re} civ., 17 mars 2010), Defrénois 2010, art. 39135, p. 1440.

¹³¹ C. civ., art. 483, al. 1^{er}, 4^o.

¹³² C. civ., art. 479, al. 3 : « les modalités de contrôle de son exécution » ; CPC, art. 1258-2, 2^o : « Les modalités du contrôle de l'activité du mandataire sont formellement prévues », point vérifié par le greffier avant d'apposer son visa. Il n'y a pas de renvoi à l'art. 463 C. civ. par l'art. 479, al. 1^{er}, d'où la nécessité de rendre compte des diligences d'une éventuelle mission de protection de la personne qui serait confiée au mandataire.

¹³³ Sur la démarche générale de prévision dans le mandat, pour ne pas se retrouver face au juge, avec des risques pour l'organisation conventionnelle, Ph. Potentier, Mandat de protection future entre écriture et pratique, Defrénois 2018, n° 10, 133a2, Doctr., p. 22.

¹³⁴ Rapport 2016, p. 60 s., IV *La qualité de la protection et son contrôle demeurent insuffisants*, not. p. 62 s., l'inventaire, p. 64, le budget provisionnel, p. 68 l'établissement du compte de gestion, et, p. 73 s., B- *Un contrôle des mesures de protection très insuffisant*.

92 - Dépassons le bricolage. En habilitation familiale, l'opposition d'intérêts est réglementée différemment des mesures judiciaires. L'habilitation familiale spéciale, qui semble oubliée par la loi, ne l'est pas si l'on considère que le juge pèsera l'éventuelle opposition lorsqu'il décidera d'accorder ou non un pouvoir de représentation pour tel ou tel acte précis, puisqu'il faut mesurer l'intérêt du majeur¹³⁵. On retrouve, par comparaison, le schéma des autorisations judiciaires préalables. Même si rien n'interdit formellement de le faire, on voit mal, en pratique, une habilitation familiale spéciale décidée pour seulement effectuer une donation, comme pour le mandataire spécial en sauvegarde de justice¹³⁶.

93 - Pour l'habilitation générale, la technique diffère de celle de la curatelle ou de la tutelle. La loi fixe un principe d'interdiction d'accomplir un acte pour lequel il y a opposition d'intérêts entre le majeur et la personne habilitée, sauf autorisation préalable du juge des tutelles¹³⁷. En effet, à titre exceptionnel et lorsque l'intérêt du majeur protégé l'impose - conditions cumulatives -, le juge autorise la personne habilitée elle-même, qui doit donc le solliciter, et pas un organe *ad hoc*. Par ce droit spécial, on écarte, à coup sûr la théorie générale de la représentation, partant l'application de l'article 1161, alinéa 2, du Code civil, dont le mécanisme a été précédemment envisagé.

94 - Mais, s'agissant de la donation, c'est un acte de disposition à titre gratuit. Dès lors, pour toute habilitation familiale, il faut recueillir l'autorisation judiciaire. On peut penser que le juge veillera alors à identifier une éventuelle opposition d'intérêts, qui devrait être prévenue.

On peut songer à l'exemple du patrimoine qui génère trop de charges mais qui pourrait rester, grâce à la libéralité, dans la famille, sachant que, par hypothèse, la personne habilitée est un proche. L'idée reste donc de ne pas décourager les libéralités intrafamiliales.

95 - Que se passe-t-il en cas de transgression de la procédure ? La sanction de la nullité de droit de l'acte passé en opposition d'intérêts a vocation à la transposition en habilitation familiale. Il faut prendre appui sur la lettre de l'article 494-9, alinéa 4, du Code civil¹³⁸, qui édicte la sanction d'un acte de la personne habilitée sans autorisation - une nullité de « plein droit » (expression « de droit » à préférer), qui reste à prononcer¹³⁹ -, combiné avec l'article 494-6, alinéa 4, qui traite de la nécessaire autorisation à obtenir en cas d'opposition d'intérêts.

Il y aurait là une difficulté pouvant éventuellement mettre fin à la mesure, au regard de l'article 494-10, car les intérêts du majeur seraient en cause¹⁴⁰. Le projet de loi de

¹³⁵ C. civ., art. 494-5 : « Le juge statue sur le choix de la personne habilitée et l'étendue de l'habilitation en s'assurant que le dispositif projeté est conforme aux intérêts patrimoniaux et, le cas échéant, personnels de l'intéressé ».

¹³⁶ V. *supra*.

¹³⁷ C. civ., art. 494-6, al. 4 : « La personne habilitée dans le cadre d'une habilitation générale ne peut accomplir un acte pour lequel elle serait en opposition d'intérêts avec la personne protégée. Toutefois, à titre exceptionnel et lorsque l'intérêt de celle-ci l'impose, le juge peut autoriser la personne habilitée à accomplir cet acte ».

¹³⁸ « Si la personne habilitée accomplit seule, en cette qualité, un acte n'entrant pas dans le champ de l'habilitation qui lui a été délivrée ou qui ne pouvait être accompli qu'avec l'autorisation du juge, l'acte est nul de plein droit sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un préjudice ». Et alinéa 5 pour la prescription : « Dans tous les cas, l'action en nullité ou en réduction est exercée dans le délai de cinq ans prévu à l'article 2224 ». Outre la confirmation sur autorisation à l'alinéa 6 : « Pendant ce délai et tant que la mesure d'habilitation est en cours, l'acte contesté peut être confirmé avec l'autorisation du juge des tutelles ».

¹³⁹ C. civ., art. 1178. Le commun accord pour se dispenser du recours au juge nous paraît ici inadapté.

¹⁴⁰ C. civ., art. 494-11, 2°.

programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, du 20 avril 2018, ajoute, en son article 16, le majeur protégé à la liste des personnes ayant qualité pour agir.

c) Le testament.

96 - Il n'y a pas de réglementation spécifique sous réserve des incapacités de défiance que l'on évoquera bientôt. En effet, le majeur protégé agit seul, quel que soit le régime de protection juridique, judiciaire ou conventionnel, ou dans la mesure hybride qu'est l'habilitation familiale. La possibilité ouverte de tester au majeur protégé, seul, évite la réglementation de l'opposition d'intérêts si l'organe protecteur est bénéficiaire.

97 - Il peut être préalablement autorisé pour ce faire (en tutelle), ou capable en droit sans même avoir à obtenir une telle autorisation (en curatelle¹⁴¹ ; en mandat de protection future ; en sauvegarde de justice¹⁴² ; en habilitation familiale¹⁴³). Il s'agit en effet d'un acte strictement personnel, comme on l'a vu. Il faut évidemment réserver le cas où, en fait, le consentement du testateur aurait été influencé (on retrouve les vices ; la suggestion et la captation) ou serait inexistant (l'insanité).

2) Les incapacités de défiance.

98 - Indépendamment même de la mise en place d'un régime de protection du majeur, des influences sont craintes sur certaines personnes vulnérables au regard d'un type de relation ou de situation. L'incapable n'est pas celui que l'on souhaite protéger mais celui dont on se défie, de façon générale. Les incapacités de défiance sont des incapacités spéciales, non générales, de certaines personnes limitativement énumérées, de recevoir à titre gratuit (par donation ou testament) de la part de certains disposants. On peut parler d'interdictions de recevoir des libéralités. Il existe plusieurs textes dans et hors du Code civil¹⁴⁴. C'est une autre méthode pour appréhender des oppositions d'intérêts.

a) Le Code civil.

99 - Dans le Code civil, reportons-nous à l'article 909, qui figure dans le Chapitre II *De la capacité de disposer ou de recevoir par donation entre vifs ou par testament*¹⁴⁵. Présent depuis 1804, le texte a été retouché par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 *portant réforme des successions et des libéralités*, et la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 *portant réforme de la protection juridique des majeurs*.

¹⁴¹ C. civ., art. 470, al. 1^{er}.

¹⁴² Argument, C. civ., art. 435, al. 1^{er}.

¹⁴³ Argument, C. civ. art. 494-8, al. 1^{er}.

¹⁴⁴ C. Lacour, L'extension de l'incapacité spéciale de recevoir de l'article 909 du Code civil. Droit positif et prospectif, Dr. fam. 2010, Etude 35 - Ch. Rieubernet, L'incidence du lien familial sur les incapacités de recevoir par libéralité, Dr. fam. avr. 2014, Etude 7 - M. Nicod, Le vieil homme et la liberté, Defrénois 2015, n° 17, art. 120t1, p. 857 et Liberté de disposer de la personne âgée et lutte contre les captations d'héritage, Dr. fam. oct. 2016, in Dossier *Vieillesse, santé, fin de vie*, Etude 36 - M. Desolneux, Extension du domaine d'application de l'incapacité de recevoir à titre gratuit, RLDC 2016/134, n° 6123 - P. A. Girard, Les interdits fondés sur une présomption de captation, Defrénois 2017, n° 15-16, 127e2, p. 887.

¹⁴⁵ D. Noguéro, *L'incidence de la maladie sur l'acte juridique*, thèse Paris II, 2000, dir. G. Durry, t. 1, n° 230 s.. Nombreuses références jurisprudentielles jusqu'en 2000, donc avant les modifications en vigueur au 1^{er} janvier 2009.

1° Les contours de l'interdiction.

100 - Au sujet de ce texte, il est fréquemment évoqué, en doctrine, une présomption légale de captation d'héritage. La jurisprudence décide toutefois que cette « présomption » de captation ne supporte pas la preuve contraire. Autrement dit, il serait vain de prouver qu'il n'y a pas eu, dans l'espèce considérée, une captation ou une suggestion, une influence du consentement. Il vaut donc mieux parler de règle encadrant la capacité de recevoir de l'un et, partant, au moins indirectement, la liberté de disposer ou de donner de l'autre.

101 - Le texte ne concerne pas spécifiquement les majeurs placés sous un régime de protection juridique. Il est plus large puisqu'il vise, par principe, toute personne disposant pendant la maladie dont elle meurt. Il comprend néanmoins les majeurs protégés, surtout depuis que les mandataires judiciaires à la protection des majeurs sont intégrés à la liste des incapables (au 1^{er} janvier 2009).

102 - Plusieurs catégories d'incapables sont énumérées limitativement. En dehors de la liste, et de l'incapacité qu'elle édicte, rien n'interdit de démontrer une altération du consentement. Les conditions d'application de l'interdiction de recevoir peuvent varier selon l'incapable concerné.

103 - Première grande catégorie : ceux qui soignent le corps¹⁴⁶. La loi de 2007 a modernisé les appellations (avant : docteurs en médecine ou en chirurgie, les officiers de santé et les pharmaciens) : les membres des professions médicales et de la pharmacie.

La loi de 2007 a élargi le champ en ajoutant les auxiliaires médicaux. Auparavant, dans certaines situations, la jurisprudence devait distinguer selon le rôle exact joué. La jurisprudence considérait que l'article 909 ne pouvait être étendu à d'autres professions que celles strictement énumérées. Par exemple, on songe à une infirmière. Il restait néanmoins le recours au droit commun du consentement (existence et vices). Désormais, le champ médical est plus largement couvert par l'incapacité.

Encore faut-il que la personne meure bien de la maladie en question, cause à identifier. Par exemple, pour une infirmière libérale, qui était bénéficiaire d'un testament olographe et de contrats d'assurance-vie, ayant prodigué des soins à la disposante disparue à 85 ans, l'incapacité est écartée car la cause exacte et précise du décès n'est pas établie, preuve à la charge des héritiers critiquant les actes faits¹⁴⁷.

104 - Il y a d'autres incapables que ceux du secteur de la santé. Y sont légalement assimilés ceux qui soignent l'âme¹⁴⁸. Sont incapables de recevoir, les divers ministres du culte quelle que soit la religion concernée : par exemple, curé ; prêtre ; pasteur ; rabbin ; imam ; etc. ...

105 - La notion de traitement, sujette à interprétation prétorienne, a laissé place, avec la loi de 2007, à l'expression « prodigué des soins », qui est davantage englobante. La notion de traitement était entendue comme un ensemble d'actes médicaux coordonnées, c'est-à-dire de soins donnés d'une manière régulière et habituelle (non pas épisodique), en vue d'assurer la guérison du patient ou le maintien, sinon l'amélioration de sa santé. La participation d'une

¹⁴⁶ C. civ., art. 909, al. 1^{er}.

¹⁴⁷ Civ. 1^{re}, 7 févr. 2018, n° 16-28.374 ; D. 2018, obs. D. Noguéro, à paraître.

¹⁴⁸ C. civ., art. 909, al. 4 ; anc. al. 3.

personne au traitement pouvait alimenter le contentieux¹⁴⁹. Les éléments constitutifs d'un traitement étaient souverainement appréciés. Néanmoins, auparavant, la prise en charge régulière (et durable) d'une pathologie secondaire dérivant de la maladie principale dont la personne décédait, avait déjà pu être retenue¹⁵⁰. Il n'y avait donc déjà plus l'impératif d'un rapport certain entre les soins prodigués par la personne bénéficiaire de la libéralité et la maladie fatale.

La solution prétorienne est bien entérinée par le texte actuel depuis le 1^{er} janvier 2009. En bref, l'incapable (médical ou religieux) a donné des soins au malade qu'il a pris en charge au regard de ses compétences et attributions.

106 - Le moment des soins est indiqué : « *pendant la maladie dont elle meurt* » (avant : « *pendant le cours de cette maladie* »). C'est la dernière maladie, la pathologie fatale conduisant au décès, malgré des éventuelles améliorations passagères. Comme précédemment indiqué, il faut démontrer précisément la maladie¹⁵¹.

Cette notion de dernière maladie est souverainement appréciée par les juges du fond.

Les soins apportés avant cette maladie par la personne ne la rendent pas incapable (après c'est la mort !). Encore faut-il que la ou les libéralités litigieuses (« *dispositions entre vifs ou testamentaires* ») aient été faites « *pendant le cours de* » la maladie, et donc pas avant. La règle de l'interdiction est cantonnée à cet espace de temps, restriction que l'on ne va pas retrouver pour les autres incapables que sont les MJPM.

107 - Autre catégorie d'incapables, introduite par la loi de 2007 sur la protection des majeurs : les MJPM, les personnes physiques exerçant à titre individuel, peut-on préciser (vu la suite du texte), et « *les personnes morales au nom desquelles ils exercent leurs fonctions* »¹⁵². Ainsi, toutes les formes d'exercice de la protection des majeurs par un tiers sont comprises.

Les mêmes actes à titre gratuit que pour les autres incapables sont inclus dans l'interdiction : « *ne peuvent pareillement profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires* ». On doit donc y comprendre aussi la désignation bénéficiaire au titre d'un contrat d'assurance-vie, jugée comme relevant de l'article 909¹⁵³.

Le critère de l'incapacité de défiance n'est plus strictement les soins prodigués comme pour les autres incapables. On glisse à la protection assumée par le MJPM : « *les personnes dont ils assurent la protection auraient faites en leur faveur* ». Ce n'est pas une interdiction générale

¹⁴⁹ Exemples, Civ. 1^{re}, 5 nov. 2008, n° 07-18.947 (avec possible interposition du fils de l'incapable) - Civ. 1^{re}, 15 janv. 2014, n° 12-22.950, Bull. civ. I, n° 2 ; D. 2014, AJ, p. 207 ; LPA 8 avr. 2014, n° 70, p. 9, note A.-L. Fabas-Serlouten ; Dr. fam. 2014, n° 44, obs. S. Torricelli-Chrifi.

¹⁵⁰ Exemple, Civ. 1^{re}, 4 nov. 2010, n° 07-21.303, Bull. civ. I, n° 222 ; RTD civ. 2011, p. 163, obs. M. Grimaldi ; JCP 2010, Act. 1143, obs. J.-C. Bonneau ; JCP 2011, 251, n° 7, obs. R. Le Guidec ; JCP 2011, 398, n° 26, obs. J. Kullmann ; JCP N 2011, 1054, note J. Massip ; RGDA 2011, p. 164, note J. Kullmann ; Dr. fam. 2011, n° 9, note B. Beignier ; Defrénois 2011, art. 39230, n° 14, p. 837, obs. J. Massip ; L'essentiel, Droit des assurances, déc. 2010, p. 1, obs. M. Leroy ; LPA 24 mars 2011, n° 59, p. 3, note S. Vanuxem ; Gaz. Pal. 2011, n° 119-120, p. 43, note X. Leducq ; RDC 2011, p. 555, obs. C. Goldie-Genicon : psychiatre-psychanalyste désignée bénéficiaire par avenant d'un contrat d'assurance-vie et décès d'un cancer du poumon.

¹⁵¹ Civ. 1^{re}, 7 févr. 2018, n° 16-28.374, préc..

¹⁵² C. civ., art. 909, al. 2.

¹⁵³ Civ. 1^{re}, 1^{er} juill. 2003, n° 00-15.786 - Civ. 1^{re}, 4 nov. 2010, n° 07-21.303, préc. - Civ. 1^{re}, 7 févr. 2018, n° 16-28.374, préc..

attachée à la profession mais à la relation personnelle nouée grâce à la mission du MJPM. La personne vulnérable n'est pas forcément malade au sens de la dernière maladie.

Le moment de la libéralité est visiblement conçu plus largement que pour les autres incapables : « *quelle que soit la date de la libéralité* ». Il faut vraisemblablement comprendre avant, pendant ou après la mesure de protection assumée auprès de tel individu. Il faudra recueillir les enseignements à venir du contentieux.

108 - Revenons aux aspects communs à tous les incapables : la sanction. Enfreindre l'incapacité de défiance conduit à la nullité de l'acte. Parfois, le cercle des incapables va pouvoir s'élargir. Avec l'article 911 du Code civil, le législateur a prévu que la sanction frappant les libéralités concernées s'appliquait dans l'hypothèse d'une interposition de personne, physique ou morale (pour cette dernière, précision littérale après la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006). Il s'agit du cas où un tiers, personne autre que l'incapable, semble recevoir la libéralité, en apparence, mais où, en réalité, il n'est qu'un instrument de transmission, car celle-ci va profiter, par ce biais, à l'incapable.

Avantage probatoire au but protecteur, la loi présume certaines situations d'interposition : « *Sont présumés personnes interposées, jusqu'à preuve contraire, les père et mère, les enfants et descendants, ainsi que l'époux de la personne incapable* »¹⁵⁴. La preuve contraire est cependant susceptible d'être apportée par celui visé par la sanction. La présomption était jugée irréfragable auparavant, jusqu'à la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006.

109 - Si l'on peut émettre une appréciation, suggérons qu'à cette liste, au-delà du conjoint, la loi aurait pu ajouter les autres formes de conjugalité, le pacsé ou le concubin¹⁵⁵, comme elle le fait pourtant habituellement, il est vrai plutôt pour leur accorder des droits...

Il demeure que la présomption légale est limitative, mais rien n'interdit, en dehors de celle-ci, de démontrer l'existence d'une interposition grâce à une autre personne. Alors, le demandeur en nullité supporte la charge de la preuve, son fardeau.

110 - Le contournement de l'incapacité pourrait transiter par un acte apparemment autre qu'une libéralité. En outre, l'article 911 traite du cas où la libéralité est déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux (alinéa 1^{er}). C'est une autre technique que celle de l'interposition pour frauder la loi. Le masque d'un faux acte à titre onéreux, en présentant les apparences seulement, afin d'éviter la prohibition, tombe, ce qui permet la sanction de la nullité. Encore faut-il prouver le déguisement, ce qui est souverainement apprécié par les juges du fond.

2° Les exceptions.

111 - Au principe de l'interdiction, sont apportées des exceptions¹⁵⁶. Il faut distinguer selon la nature de la libéralité.

112 - D'abord, à titre particulier (non universel), peut être admise une libéralité rémunératoire¹⁵⁷. Il s'agit ici de récompenser un (ou des) service(s), effectivement rendu(s) au

¹⁵⁴ C. civ., art. 911, al. 2.

¹⁵⁵ Comp. Civ. 1^{re}, 4 nov. 2010, n° 07-21.303, préc..

¹⁵⁶ C. civ., art. 909, al. 3 ; inchangé en substance, anc. al. 2.

malade ou à la personne vulnérable, par le bénéficiaire de la libéralité. Encore faut-il que la rémunération corresponde aussi aux facultés du disposant, qui sont variables suivant les intéressés. On devine, selon l'espèce concernée, la délicate appréciation judiciaire en cas de contestation.

La jurisprudence a décidé que le caractère excessif d'une libéralité, par rapport au service rendu, ne lui fait pas perdre son caractère rémunérateur¹⁵⁷. C'est une précision qui permet de sauver l'acte tout en retrouvant la mesure idoine.

113 - Ensuite, autres libéralités dans l'exception, les dispositions universelles, à certaines conditions : « *dans le cas de parenté* (i.e. entre le disposant et le bénéficiaire) *jusqu'au quatrième degré inclusivement* » (exemple : cousins germains ; grand-oncle et sa petite-nièce). L'exception fondée sur la parenté connaît une limite et peut disparaître : « *pourvu toutefois que le décédé n'ait pas d'héritiers en ligne directe* ». Ceux-ci sont protégés s'ils ne sont pas les bénéficiaires. Et cette limite connaît elle-même un tempérament : « (...) ; *à moins que celui au profit de qui la disposition a été faite, ne soit lui-même au nombre de ses héritiers* ».

114 - On comprend que de telles exceptions peuvent permettre, à l'occasion, de sauver une libéralité. On peut estimer que ce système valide *a priori* la libéralité, sous réserve d'une contestation ultérieure. On peut néanmoins regretter, pour la sécurité juridique, ce mode d'exception, qui impose une vérification *a posteriori* avec la part d'incertitude qu'elle comprend pendant une certaine période. Une vérification *a priori* serait peut-être plus adaptée, sur le mode de l'autorisation préalable.

Le texte de l'article 909 demeure la matrice (par la chronologie déjà) qui sert de modèle à d'autres dispositions légales qui ont été prises depuis. D'autres types de relations sont envisagées par d'autres textes, en lien notamment avec l'hébergement ou l'accueil de la personne vulnérable. Le soupçon d'influence craint aboutit aussi à une interdiction.

b) Hors du Code civil.

115 - Les anciens articles L. 331-4¹⁵⁹ du Code de l'action sociale et des familles (CASF)¹⁶⁰, sur l'hébergement en établissement, et L. 443-6 du même code¹⁶¹ sur l'accueil chez des

¹⁵⁷ C. civ., art. 909, al. 3, 1°. V. Ch. Goldie-Genicon, Les libéralités rémunératoires, in Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois, Defrénois Lextensoéditions 2012, p. 347.

¹⁵⁸ Jurisprudence hors art. 909 C. civ. mais parfaitement transposable. Civ. 1^{re}, 8 juill. 2010, n° 09-67.135, Bull. civ. I, n° 169.

¹⁵⁹ QPC rejetée, sur l'absence d'impact quant à la solution du litige (libéralité à une personne morale), Civ. 1^{re}, 14 sept. 2010, n° 10-13.616.

¹⁶⁰ Anc. art. 209 *bis* CASF, abrogé au 23 décembre 2000 : « *Les personnes physiques propriétaires, administrateurs ou employés des établissements visés aux articles 95 et 203 du présent code ne peuvent profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires faites en leur faveur par des personnes hébergées dans le ou les établissements qu'elles exploitent ou dans lesquels elles sont employées que dans les conditions fixées à l'article 909 du code civil. (alinéa 2) L'article 911 dudit code est, en outre, applicable aux libéralités en cause* ». – Exemple de refus d'annulation, Civ. 1^{re}, 24 oct. 2000, n° 98-17.341, Bull. civ. I, n° 270 ; JCP 2000, IV, 2833 ; Dr. fam. 2000, n° 146, note B. Beignier.

¹⁶¹ Anc. art. 13 de la loi 89-475 du 10 juillet 1989 relative à l'accueil par des particuliers, à leur domicile, à titre onéreux, de personnes âgées ou handicapées adultes, abrogé au 23 décembre 2000 : « *Le bénéficiaire de l'agrément, son conjoint ou concubin, ses descendants en ligne directe, ne peuvent profiter de dispositions entre*

particuliers¹⁶², ont été abrogés par la loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 *relative à l'adaptation de la société au vieillissement*, dite loi ASV.

Ils n'ont pas été totalement supprimés puisqu'ils sont remplacés, toujours au sein du CASF, par l'article L. 116-4 qui réunit les règles des deux anciens textes, actualisées. Par parenthèse, la rédaction en a été modifiée par la réforme des contrats, en 2016, qui a introduit le II du texte, reprenant en substance l'ancien article 1125-1 du Code civil (affreuse verrue selon Jean Carbonnier)¹⁶³, lui abrogé, prévoyant des interdiction dans des établissements pour les actes à titre onéreux¹⁶⁴. Un texte équivalent est prévu pour les établissements psychiatriques à l'article L. 3211-5-1 du Code de la santé publique. Revenons à l'article L. 116-4, I, CASF, inchangé en substance, pour les libéralités qui nous retiennent ici.

1° Les interdictions.

116 - Première observation, pour cette disposition du CASF, il s'agit, à chaque fois, des mêmes actes que ceux interdits pour l'article 909 du Code civil, des libéralités (« *dispositions à titre gratuit entre vifs ou testamentaires faites en leur faveur* »). Autre observation, il est renvoyé, pour les établissements et services (exclusivement, désormais ; I, alinéa 1^{er}), à la présomption d'interposition de personne ou de déguisement de l'acte décrite par l'article 911 du Code civil¹⁶⁵. On invite à s'y reporter donc pour le fonctionnement déjà décrit plus haut.

Il n'en va plus de même pour le couple ou l'accueillant familial (I, alinéa 2). Il est vrai que, pour l'accueillant, ses différents partenaires possibles (conjoint, pacsé, concubin) comme sa famille en ligne directe (ascendant et descendants) sont compris directement dans la liste des incapables, si bien qu'il n'y a pas lieu de craindre en sus leur interposition. Reste tout de même la question de l'acte déguisé. On peut néanmoins penser que la jurisprudence ne laisserait pas passer la fraude par ce biais.

117 - Par ailleurs, le cercle des personnes subissant l'interdiction s'est encore élargi, globalement, par rapport aux versions antérieures de ces règles. La loi comprend « *Les personnes physiques propriétaires, gestionnaires, administrateurs ou employés d'un établissement ou service (...)* ».

Sont visés des établissements ou services, ceux soumis à des autorisation ou déclaration, ou ceux soumis à des agréments ou déclarations (des renvois aux textes en question sont opérés).

vifs ou testamentaires en leur faveur par la ou les personnes qu'ils accueillent que dans les conditions fixées à l'article 909 du code civil. L'article 911 dudit code est applicable aux libéralités en cause ».

¹⁶² E. Fortis, La lutte contre l'abus de dépendance des personnes âgées, RD sanit. et soc. 1992, p. 481 - S. Hennion-Moreau, Les incapacités de défiance à l'égard du personnel des établissements sociaux, RD sanit. et soc. 1992, p. 342.

¹⁶³ Abrogé au 1er octobre 2016 : « *Sauf autorisation de justice, il est interdit, à peine de nullité, à quiconque exerce une fonction ou occupe un emploi dans un établissement hébergeant des personnes âgées ou dispensant des soins psychiatriques de se rendre acquéreur d'un bien ou cessionnaire d'un droit appartenant à une personne admise dans l'établissement, non plus que de prendre à bail le logement occupé par cette personne avant son admission dans l'établissement. (alinéa 2) Pour l'application du présent article, sont réputées personnes interposées, le conjoint, les ascendants et les descendants des personnes auxquelles s'appliquent les interdictions ci-dessus édictées* ».

¹⁶⁴ Civ. 1^{re}, 10 mai 2000, n° 97-20.554 - Civ. 2^e, 30 oct. 2008, n° 07-18.531. Sur la vigilance et la responsabilité du notaire pour instrumenter. Devoir à généraliser à toutes ces incapacités.

¹⁶⁵ Pour l'anc. art. L. 331-4 CASF, Civ. 1^{re}, 9 févr. 2011, n° 10-13.616 ; Dr. fam. 2011, n° 77, note B. Beignier - Civ. 1^{re}, 16 juin 2011, n° 10.17.938.

Le renvoi au code du travail (art. L. 7231-1) concerne les services à la personne portant sur (la garde d'enfant, notamment) ; surtout sur « 2° *L'assistance aux personnes âgées, aux personnes handicapées ou aux autres personnes qui ont besoin d'une aide personnelle à leur domicile ou d'une aide à la mobilité dans l'environnement de proximité favorisant leur maintien à domicile* » ;

« 3° *Les services aux personnes à leur domicile relatifs aux tâches ménagères ou familiales* ». En bref, le texte traite des aides à domicile pour les personnes âgées ou handicapées.

Au sein de ces établissements ou services, à côté des bénévoles, sont désormais compris les volontaires, à ne pas confondre strictement. Le bénévolat n'a pas vraiment de statut juridique. Il s'agit d'activités désintéressées spécialement pour certaines collaborations. Le volontariat conduit à un engagement contractuel réciproque. Le volontaire est engagé à plein temps pour une durée définie avec une mission précise. Parfois, une rétribution peut être prévue. L'idée est d'englober ces différents types d'aides à des personnes vulnérables.

En parallèle, on tient aussi compte du couple (pluriel) ou de l'accueillant familial (singulier), autres formes d'accueil, à domicile, de personnes vulnérables adultes. Il s'agit de la catégorie dite des accueillants familiaux devant obtenir un agrément (renouvelable) pour exercer une telle activité à titre habituel, et onéreux, à leur domicile¹⁶⁶.

Dans le prolongement, la loi a étendu l'incapacité à des salariés venant rendre des services à la personne à domicile. On tient compte de divers modes de prise en charge des personnes vulnérables.

118 - Il y a lieu de préciser le moment de l'interdiction. Pour les incapables des établissements et services, il s'agit des « *personnes prises en charge par l'établissement ou le service pendant la durée de cette prise en charge* ». Il faut s'entendre sur ce qu'est la prise en charge. Par exemple, sera souvent sélectionnée l'admission officielle dans l'établissement. Il faut également examiner le temps de la prise en charge qui borne l'incapacité, inexistante avant, et disparue après, sous réserve alors des ressources du droit commun, relatives au consentement.

Pour les accueillants familiaux, il s'agit des « *personnes qu'ils accueillent ou accompagnent pendant la durée de cet accueil ou de cet accompagnement* ». On retrouve les mêmes bornes avec là, les notions d'accueil ou d'accompagnement comme critères, en lieu et place de la prise en charge.

2° Les exceptions.

119 - Quant aux exceptions à l'interdiction, s'agissant des personnes des établissements et services¹⁶⁷, il est expressément renvoyé à celles de l'article 909 du Code civil (dispositions rémunératoires ; dispositions universelles et parenté).

120 - Pour les accueillants familiaux, il n'y a pas (plus), littéralement, la prévision d'exception, serait-ce par renvoi. C'est parfaitement logique. L'exception ne se justifie pas car le cercle des incapables contient ici, pour les dispositions universelles, ceux qui par dérogation pourraient les recevoir. Dès lors, cette exception est forcément écartée. Il pourrait,

¹⁶⁶ CASF, art. L. 441-1, al. 1^{er}.

¹⁶⁷ CASF, art. L. 116-4, I, al. 1^{er}.

théoriquement, exister la disposition rémunératoire. Mais, là, on se heurte à la logique de l'accueil à titre onéreux ! On suppose raisonnablement que le service a eu sa contrepartie.

121 - Essayons de nous livrer à une appréciation d'ensemble. Ces interdictions sont généralement présentées comme facilitant la preuve de situation dans lesquelles est soupçonné un abus d'influence pouvant agir sur le consentement d'une personne vulnérable, en raison de différents facteurs (maladie ; âge ; handicap...), en présence d'une relation identifiée.

Mais, à dire vrai, l'idée est surtout de forger, par principe, une interdiction de recevoir, peut-être par défiance dans le fondement de la règle, mais pas exclusivement. Dans le même temps, les professions visées ou les acteurs concernés sont obligées à une discipline et sont, ainsi, à l'abri de la critique. Le soupçon est dissipé. Par extension, on peut mentionner le renforcement de la vertu exigée par le règlement intérieur des établissements et le comportement des salariés pouvant conduire à des licenciements¹⁶⁸.

122 - Le cas échéant, par exception, n'oublions pas que l'incapable peut être alloué.

Plutôt qu'un système d'appréciation *a posteriori* d'une libéralité dans le champ de l'exception, on peut se demander si le système de l'autorisation préalable, devant une autorité (comme le juge), ne serait pas plus pertinent et efficace pour garantir la sécurité juridique et la protection des intérêts du majeur vulnérable.

123 - Il existe un objectif louable de protection du testateur ou du donateur. Mais s'exprime la critique d'un tel système qui interdit à la personne vulnérable de gratifier les personnes qui se seront, en fait, occupées de lui, parfois lorsque la famille est absente ou démissionnaire... Une incapacité de recevoir a en effet pour miroir une incapacité de donner ou de tester ! En multipliant les incapacités de défiance, on réduit parfois à une peau de chagrin le choix des éventuels bénéficiaires des libéralités d'une personne vulnérable, lorsque celle-ci est seule, isolée, ou avec des proches, qui la négligent voire la maltraitent.

Par ailleurs, dans la perspective des risques pesant sur les libéralités, il existe des conséquences parfois lourdes.

B) Les sanctions possibles.

124 - Lorsque les procédures, qui ont été décrites, ne sont pas respectées, des sanctions sont applicables. Même dans l'exercice de la liberté octroyée, il peut également exister des risques quant à la validité de l'acte. On attirera l'attention sur l'essentiel, les points spécifiques aux libéralités, en tenant pour acquises les règles générales¹⁶⁹. Pour les libéralités, on évoquera successivement l'insanité (1)¹⁷⁰, la période suspecte (2) et l'incapacité juridique (3), susceptible d'alimenter le contentieux.

¹⁶⁸ Soc. 11 mai 1999, n° 96-45.668 - Soc. 28 nov. 2000, n° 98-43.638 - Civ. 1^{re}, 25 sept. 2013, n° 12-25.160, Bull. civ. I, n° 193 ; AJ fam. 2013, p. 639, obs. E. Bourrié ; Dr. fam. 2013, n° 154, note I. Maria - Soc. 12 déc. 2013, n° 12-22.642 (annexe de l'arrêt) - Soc. 7 mai 2014, n° 13-14.017 - Soc. 7 déc. 2016, n° 15-18.966.

¹⁶⁹ D. Noguéro, *L'incidence de la maladie sur l'acte juridique*, thèse préc., t. 1, n° 19, 88 s., et Les sanctions des actes juridiques irréguliers des majeurs protégés, Première partie, préc.. Nombreuses références citées.

¹⁷⁰ Un état de santé dégradé insuffisant sur le terrain de l'absence de consentement pourrait être utilisé pour prouver plus aisément les éléments constitutifs des vices du consentement, donc sur le terrain de la discussion

1) L'insanité.

125 - La liberté relative aux libéralités, que nous avons décrite, se rapporte à la capacité juridique, dite aussi capacité de droit. Elle ne préjuge donc pas du consentement dit parfois aptitude ou capacité de fait. Il s'agit d'une autre condition de validité de tout acte juridique, qui vaut indépendamment de la mise en place, ou non, d'un régime de protection, quel qu'il soit¹⁷¹. Elle est d'autant plus importante lorsque le majeur protégé agira dans sa sphère de capacité résiduelle, ce qui est notamment le cas pour le testament, acte strictement personnel.

126 - La sanction est celle de la nullité, relative, de protection. Elle est de droit si ses éléments sont réunies, partant sans pouvoir d'appréciation du juge saisi.

Il appartient au demandeur en nullité de rapporter la preuve du trouble mental au moment précis de l'acte¹⁷². La preuve de ce fait juridique est libre, susceptible d'être établie par tous moyens. La jurisprudence retient, par exemple, le jeu de la présomption, lorsque immédiatement avant et après l'acte litigieux le trouble mental est prouvé, on en déduit qu'il existe au moment de sa passation. On parle de l'état habituel de trouble mental. L'insanité est souverainement appréciée¹⁷³. En cas de succession de testaments, ou de donations, l'acte subséquent annulé pour insanité permet de revenir à l'acte précédent, ou, le cas échéant, à la dévolution légale¹⁷⁴.

127 - Le législateur a prévu un texte dédié à la nullité des libéralités pour insanité¹⁷⁵. Il a ajouté une phrase avec la réforme du 23 juin 2006, à l'article 901 du Code civil : « *Pour faire une libéralité, il faut être sain d'esprit. La libéralité est nulle lorsque le consentement a été vicié par l'erreur, le dol ou la violence* ». Il faut prêter attention à la césure du point, et distinguer existence du consentement et qualité de celui-ci, son intégrité possiblement atteinte par les vices¹⁷⁶, qui est un fondement distinct pour une action en nullité relative¹⁷⁷. Quant à l'absence de consentement pour trouble mental, il faut principalement renvoyer, pour les modalités de la

sur sa qualité ou son intégrité. V. D. Noguéro, *L'incidence de la maladie sur l'acte juridique*, thèse préc., n° 175. De nombreuses références.

¹⁷¹ C. civ., art. 466.

¹⁷² C. civ., art. 414-1 ; anc. art. 489, al. 1^{er} ; depuis 2016, art. 1129, pour le contrat, renvoi exprès.

¹⁷³ Jurisprudence constante et abondante. Exemple : Civ. 1^{re}, 28 mars 2018, n° 16-25.313 (testament ; en outre, pas de manoeuvres dolosives).

¹⁷⁴ Ne pas confondre avec la rétractation de la révocation testamentaire qui ne redonne pas de plein droit effet au testament antérieur, Civ. 1^{re}, 17 mai 2017, n° 16-17.123, Bull. civ. I ; LPA 24-25 août 2017, n° 169-170, p. 10, note P.-L. Niel et M. Morin ; Dr. fam. 2017, n° 166, note M. Nicod ; Defrénois 2017, n° 23, p. 25, note Ch. Bahurel.

¹⁷⁵ H. Dejamme, Etude sur l'article 901 du Code civil, Rev. crit. législ. et jurispr. 1881, p. 139 - O. Simon, La nullité des actes juridiques pour trouble mental, RTD civ. 1974, p. 707 - D. Noguéro, Les sanctions des actes juridiques irréguliers des majeurs protégés, Première partie, les sanctions hors mesures de protection organisée, LPA 23 déc. 2009, n° 255, p. 6 (références citées).

¹⁷⁶ J. Guyenot, La suggestion et la captation en matière de libéralités dans leurs rapports avec la notion de dol, RTD civ. 1964, p. 199. - Adde S. Lequette, Les prémisses de l'abus de dépendance psychologique, LPA 19 oct. 2016, n° 209, p. 6. - La frontière est délicate à tracer, parfois, avec le testament à main guidée. V. F. Michaud, Les testaments olographes écrits avec la participation d'une main étrangère, Rev. crit. législ. et jurispr. 1930, p. 91 - N. Reuter, La main du testateur, JCP 1976, I, 2829 - C. Bernard-Xemard, L'intervention d'un tiers dans la rédaction d'un testament olographe : quand l'assistance devient pression, RLDC oct. 2008/53, n° 3160, p. 45.

¹⁷⁷ Avec la réforme de 2016, C. civ., art. 1131.

sanction, aux précisions données par les textes relatifs aux actes à titre onéreux. La jurisprudence est constante sur ce point, notamment sur la charge de la preuve¹⁷⁸.

128 - Du vivant du majeur, seul titulaire de l'action, il lui appartient d'agir¹⁷⁹. S'il est sous un régime de protection, ce sera en respectant les règles relatives à l'action en justice, pour la représentation ou l'assistance.

129 - Après la mort de l'auteur de l'acte, les héritiers peuvent agir¹⁸⁰. Il s'agit des successeurs universels légaux (*ab intestat*) et testamentaires du défunt ou *de cujus*¹⁸¹, qui sont les continuateurs de la personne du défunt, et qui disposent d'une action propre. On écarte le légataire particulier¹⁸².

130 - Par parenthèse, sous l'empire du dispositif de 1968, la Cour de cassation a donné une précision d'importance dans l'hypothèse où, après la mort de la curatellaire testatrice, l'administratrice légale sous contrôle judiciaire (tutrice) de la tutélaire héritière légale, agissait avec succès en nullité du testament pour insanité¹⁸³. Les légataires considéraient qu'une telle action emportait acceptation tacite de la succession, donc nécessitait l'autorisation préalable du juge des tutelles. Cependant, il est jugé « *qu'il résulte des articles (anciens) 464 et 495 du code civil, que le tuteur peut, sans autorisation, introduire en justice une action relative aux droits patrimoniaux de l'incapable ; que l'action intentée par un héritier aux fins d'annulation d'un testament instituant un légataire universel ne suppose pas nécessairement son intention d'accepter la succession ; qu'il s'ensuit qu'une telle action engagée au nom d'un héritier sous tutelle par son représentant légal n'exige pas l'autorisation préalable du juge des tutelles* ». Aussi, « *l'action en nullité des testaments intentée par (la tutrice), ès qualités, d'une part, avait pour seul effet de permettre l'application des dispositions légales de dévolution successorale et n'emportait pas nécessairement acceptation pure et simple de la succession, d'autre part, avait un caractère patrimonial et pouvait, dès lors, être introduite sans l'autorisation du juge des tutelles* ». La solution est toujours de droit positif pour l'appréciation des suites d'une telle action en nullité, et la réglementation des actions en justice en tutelle est identique¹⁸⁴.

131 - Là, contrairement aux actes à titre onéreux, pour les libéralités, il n'existe pas la limite des cas restrictifs d'ouverture pour l'action propre des héritiers, notamment la preuve

¹⁷⁸ Civ. 1^{re}, 8 mars 2017, n° 16-11.133 ; D. 2017, Pan., p. 1490, spéc. p. 1491, obs. J.-J. Lemouland ; Defrénois 2017, n° 22, 129s5, p. 31, obs. D. Noguéro (testament).

¹⁷⁹ C. civ., art. 414-2, al. 1^{er} : « *De son vivant, l'action en nullité n'appartient qu'à l'intéressé* ». En protection juridique, suivre le régime des actions en justice. Comp. anc. art. 489, al. 2 : « *Du vivant de l'individu, l'action en nullité ne peut être exercée que par lui, ou par son tuteur ou curateur, s'il lui en a été ensuite nommé un.* (...) ». Donc le rôle propre des organes, et direct, sans autorisation judiciaire préalable.

¹⁸⁰ C. civ., art. 414-2, al. 2 ; anc. art. 489-1.

¹⁸¹ Civ. 1^{re}, 4 nov. 2010, n° 09-68.276, Bull. civ. I, n° 229 ; D. 2010, AJ, p. 2703 ; Dr. fam. 2011, n° 10, note B. Beignier ; AJ fam. 2011, p. 51, obs. F. Bicheron. - Déjà, Civ. 1^{re}, 3 mars 1969, n° 67-10.903, Bull. civ. I, n° 93.

¹⁸² Civ. 1^{re}, 23 oct. 2013, n° 13-15.578 ; D. 2014, Pan., p. 2259, spéc. p. 2259, obs. D. Noguéro (QPC non transmise) - Civ. 1^{re}, 5 nov. 2014, n° 13-15.578 et 13-25455 (pas héritier ici). - Pour une vente (légataire universel ; anc. art. 489-1 C. civ.), Civ. 1^{re}, 8 juill. 2015, n° 14-17.768, Bull. civ. I ; AJ fam. sept. 2015, p. 501, obs. N. Levillain ; Dr. fam. 2015, n° 191, note I. Maria ; D. 2016, Pan., p. 1523, spéc. p. 1527, obs. J.-M. Plazy ; JCP N 2015, 1203, note S. Moïsdon-Chataignier.

¹⁸³ Civ. 1^{re}, 20 sept. 2006, n° 04-18.501, Bull. civ. I, n° 412 ; RTD civ. 2007, p. 92, obs. J. Hauser ; D. 2008, Pan., p. 319, obs. J.-J. Lemouland.

¹⁸⁴ C. civ., art. 475 ; art. 504, al. 2.

intrinsèque¹⁸⁵. Les héritiers agissent donc librement en supportant la charge de la preuve, par tous moyens, comme leur auteur le ferait. Le contentieux est d'ailleurs nourri. Les juges du fond apprécient souverainement l'existence de l'insanité.

132 - Si la vulnérabilité du délit d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse de l'article 223-15-2 du Code pénal ne correspond pas systématiquement à l'insanité, et inversement, dans le respect de l'autorité de la chose jugée au pénal, il est possible de retenir ou d'écarter la nullité de la libéralité consentie, qu'il y ait relaxe ou condamnation¹⁸⁶.

133 - La jurisprudence considère que constitue un acte gravement préjudiciable ouvrant droit à réparation, le fait pour une personne vulnérable de disposer de ses biens par testament en faveur de la personne l'ayant conduite à cette disposition¹⁸⁷. Il importe donc peu que le dépouillement ne soit pas actuel, du vivant de la personne¹⁸⁸.

134 - L'insanité est une notion autonome par rapport aux causes légales d'ouverture des régimes de protection juridique des majeurs. En elle-même, la mise sous protection antérieure et/ou postérieure à l'acte litigieux ne permet pas de considérer qu'il y a eu forcément défaut de consentement. L'existence d'une mesure protectrice n'est qu'un indice, qui peut faire basculer la décision dans un sens ou dans l'autre, au regard des données de la cause. La jurisprudence est fournie en ce domaine. Les praticiens doivent veiller à cette cause de nullité de l'acte en étant vigilants lors de la confection de celui-ci¹⁸⁹.

135 - Par exemple, peuvent être annulés pour insanité la donation et le testament olographe signés par un majeur souffrant d'une altération de ses capacités physiques et mentales de type Alzheimer, mis sous tutelle (suivant une sauvegarde de justice) après ces actes¹⁹⁰. En revanche, la Cour de cassation a refusé de retenir la nullité pour insanité s'agissant d'un testament rédigé plusieurs mois après la mise sous curatelle simple, au visa des articles 470 et 901 du Code civil¹⁹¹. Chaque espèce a sa spécificité.

136 - La jurisprudence est venue préciser que même pour les libéralités, le délai de prescription était quinquennal avant (30 ans) comme après la réforme du 17 juin 2008

¹⁸⁵ C. civ., art. 414-2, al. 2 ; anc. art. 489-1. - Dernièrement, illustration, Civ. 3^e, 12 oct. 2017, n° 16-24.323 ; Defrénois 2018, n° 13, 134v0, p. 32, obs. D. Noguéro.

¹⁸⁶ Arrêt initiateur sur les conditions de l'autorité de la chose jugée au pénal pour l'insanité, Civ. 1^{re}, 24 oct. 2012, n° 11-20.442, Bull. civ. I, n° 209 ; RTD civ. 2013, p. 87, obs. J. Hauser ; D. 2012, AJ, p. 2602 ; D. 2013, p. 68, note N. Rias ; JCP G 2012, Act., 1196, obs. Fl. Meuris ; Dr. fam. 2013, n° 20, note P. Bonfils.

¹⁸⁷ Exemples : Crim. 16 déc. 2014, n° 13-86.620, Bull. crim., n° 270 ; LPA 29 mai 2015, n° 107, p. 12, note A. Comert ; AJ pénal 2015, p. 252, obs. C. Renaud-Duparc ; AJ fam. 2015, p. 105, obs. N. Levillain ; RTD civ. 2015, p. 356, obs. J. Hauser - Crim. 13 oct. 2015, n° 14-87.763 - Civ. 1^{re}, 13 déc. 2017, n° 16-15.463 ; Defrénois 2018, n° 13, 134v1, p. 34, obs. D. Noguéro ; Dr. fam. 2017, n° 70, obs. M. Nicod. La jurisprudence est fournie.

¹⁸⁸ L. Saenko, L'abus de faiblesse et le testament, Rev. Lamy dr. civ., avr. 2013, p. 48 - A. Cerf-Hollender, Le délit d'abus de faiblesse au moyen d'un acte juridique et plus spécialement d'un testament : grain de sable ou tremblement de terre pour la sécurité juridique ?, LPA 30 avr. 2015, n° 86, spécial, p. 52.

¹⁸⁹ Un guide, *Fondation Médéric Alzheimer*, Le notaire face aux citoyens en situation de handicap cognitif. Repères pour la pratique, 2014.

¹⁹⁰ Civ. 1^{re}, 6 janv. 2010, n° 08-14.002 ; Dr. fam. 2010, n° 107, 1^{re} esp., note I. Maria ; RGDA 2010, p. 391, 1^{re} esp., note L. Mayaux ; RJPF 2010-4/34, obs. Ph. Delmas Saint-Hilaire.

¹⁹¹ Civ. 1^{re}, 14 mars 2018, n° 17-15.406 ; Defrénois 2018, n° 13, Veille ; JCP N 2018, Zoom, 342, obs. A. Tani ; Dr. fam. 2018, n° 137, note I. Maria ; D. 2018, Pan., obs. J.-J. Lemouland, à paraître.

modifiant le délai de droit commun (passant à 5 ans)¹⁹². Pour un testament, au visa des articles 901 et 1304 (ancien) du Code civil, il est jugé : « *l'action en nullité pour insanité d'esprit des donations entre vifs ou des testaments est soumise à la prescription abrégée du second des textes susvisés* » ; « *alors d'une part, que l'article 489-1 du Code civil, qui exclut les donations entre vifs et les testaments de son champ d'application, ne concerne que les modalités d'exercice de l'action en nullité des actes pour insanité d'esprit et non sa prescription, et alors, d'autre part, que la prescription abrégée de l'article 1304 du Code civil, qui constitue dans tous les cas où l'action n'est pas limitée à un moindre temps par une disposition particulière, la règle de droit commun en matière d'action en nullité relative pour vice du consentement, s'applique aux donations entre vifs comme aux testaments* »¹⁹³.

137 - La question s'est posée pour le point de départ de la prescription. Pour les actes à titre onéreux et l'action de l'auteur de l'acte, dès les années 1990¹⁹⁴, avec certitude, la jurisprudence a retenu la date de l'acte, sauf impossibilité absolue d'agir¹⁹⁵.

Est-ce transposable pour les libéralités ? Relevons déjà que, pour le testament au moins, le testateur peut révoquer celui qu'il regretterait depuis sa confection. La révocation est discrétionnaire, non susceptible d'engager la responsabilité civile de celui qui y procède¹⁹⁶. Il semble qu'il faut être sain d'esprit pour réaliser un tel acte juridique...

138 - Pour la donation, si le donateur agit en nullité, on peut penser que la date de l'acte serait à retenir. Toutefois, pour les libéralités, l'action est fréquemment introduite, en pratique, par les héritiers. La question s'est donc posée de savoir quelle date retenir. Après des hésitations et suggestions doctrinales, la Cour de cassation s'est prononcée.

Au visa de l'article 901 et ancien article 1304 du Code civil (sur la durée), remplacé depuis 2008 par l'article 2224, la Cour de cassation a jugé que « *l'action en nullité d'un acte à titre gratuit pour insanité d'esprit ne pouvant être introduite par les héritiers qu'à compter du décès du disposant, la prescription n'avait pu commencer à courir avant le décès du testateur* »¹⁹⁷. Ce n'est donc pas la date d'acte, car les héritiers ne peuvent agir qu'après la mort, si bien que la prescription ne saurait commencer à courir avant. Il s'agissait, dans l'espèce, d'un testament (authentique) et, malgré le visa, certains ont pu se demander si la solution avait une portée plus large.

La réponse n'a pas tardé pour les indécis, la Cour retenant exactement la même solution pour une donation, avec une formule générale : « *la prescription de l'action en nullité d'un acte à*

¹⁹² Comp. sur le droit transitoire et testament à main guidée, Civ. 1^{re}, 18 janv. 2017 : inédit n° 15-27.535 (art. 970 C. civ.).

¹⁹³ Civ. 1^{re}, 11 janv. 2005, n° 01.13.133, Bull. civ. I, n° 23 ; D. 2005, IR, 246 ; D. 2005, p. 1207, note A.-L. Thomat-Raynaud ; Defrénois 2005, art. 38184, n° 38, p. 1065, obs. J. Massip ; AJ fam 2005, p. 146, obs. F. Bicheron ; Dr fam 2005, n° 63, note B. Beignier ; RJPf 2005-4/46, note J. Casey. La mention finale sur le « vice » ne doit pas faire occulter qu'il s'agit d'absence de consentement.

¹⁹⁴ Civ. 1^{re}, 19 nov. 1991, n° 90-10.997, Bull. civ. I, n° 318 ; D. 1993, p. 277, 1^{re} esp., note J. Massip ; Defrénois 1992, art. 35295, n° 50, p. 734, obs. J. Massip - Civ. 1^{re}, 18 févr. 1992, n° 90-17.952, Bull. civ. I, n° 54 ; D. 1993, p. 277, 2^e esp., note J. Massip ; Defrénois 1992, art. 35295, n° 50, p. 734, obs. J. Massip.

¹⁹⁵ Adage *contra non valentem agere non currit praescriptio*. Depuis la réforme de 2008, C. civ., art. 2234.

¹⁹⁶ Civ. 1^{re}, 30 nov. 2004, n° 02-20.883, Bull. civ. I, n° 297, p. 249.

¹⁹⁷ Arrêt initiateur Civ. 1^{re}, 20 mars 2013, n° 11-28.318, Bull. civ. I, n° 56 ; D. 2013, p. 1884, note F. Safi ; D. 2013, Pan., p. 2196, spéc. p. 2197, obs. J.-M. Plazy ; JCP G 2013, 370 ; AJ fam. 2013, p. 240, obs. C. Vernières ; Dr. fam. 2013, n° 77, note I. Maria ; LPA 24 oct. 2013, n° 213, p. 12, 2^e esp., note L. Maurin.

titre gratuit pour insanité d'esprit engagée par les héritiers ne peut commencer à courir avant le décès du disposant »¹⁹⁸.

La solution a été répétée depuis¹⁹⁹. Pour une donation, il est ainsi jugé que « *la prescription de l'action en nullité d'un acte à titre gratuit pour insanité d'esprit court, à l'égard de l'héritier, à compter du décès du disposant* »²⁰⁰.

139 - Si le délai est dépassé, il reste l'exception de nullité qui est perpétuelle. Malgré les critiques de certains²⁰¹, la Cour de cassation a admis son jeu pour le testament qui n'est certes pas un contrat comme la donation²⁰².

Soulignons que les actes juridiques même unilatéraux obéissent aux règles des contrats pour leur validité et leurs effets²⁰³. L'exception est écartée si l'acte a reçu un commencement d'exécution, même partiel, de quiconque²⁰⁴. Selon la jurisprudence habituelle en la matière, l'ignorance de la cause de nullité durant le commencement est indifférente pour la disparition de l'exception, comme sa connaissance.

140 - La jurisprudence est venue préciser ce qu'il fallait entendre par commencement d'exécution pour un testament. En l'espèce, l'héritier réservataire était également légataire. Il avait la saisine de plein droit et la possession de l'hérédité. Il a été vainement défendue que « *constitue un acte d'exécution d'un legs toute prise de possession du bien légué, procéderait-elle de la saisine légale* ». Au contraire, il est jugé : « *si, en application de l'article 724 du code civil, l'héritier réservataire est saisi de plein droit des biens du défunt et se trouve en possession de toute l'hérédité à dater du jour du décès, cette saisine et cette possession ne valent pas, en elles-mêmes, commencement d'exécution du testament dont est gratifié cet héritier* »²⁰⁵. Il n'y a pas de perte automatique de l'exception de nullité. En l'absence de preuve de l'exécution, l'exception pouvait ici être retenue.

Passons à un autre fondement, à invoquer distinctement dans les conclusions - car le juge n'a pas pouvoir de le relever d'office²⁰⁶ -, qui permet de critiquer un acte sur le terrain du consentement mais autrement.

¹⁹⁸ Civ. 1^{re}, 29 janv. 2014, n° 12-35.341, Bull. civ. I n° 15 ; D. 2014, Pan., p. 2259, spéc. p. 2261, obs. D. Noguéro ; AJ fam. 2014, p. 250, obs. S. Ferré-André ; RGDA 2014, p. 227, note L. Mayaux ; Dr. fam. 2014, n° 48, note I. Maria ; Gaz. Pal. 2014, n° 222-224, p. 31, note X. Leducq.

¹⁹⁹ V. motivation, Civ. 1^{re}, 14 janv. 2015, n° 13-26.279, Bull. civ. I, n° 4 ; D. 2015, Pan., p. 1569, spéc. p. 1570, obs. D. Noguéro ; AJ fam. 2015, p. 169, obs. crit. J. Casey ; RTD civ. 2015, p. 609, obs. H. Barbier ; JCP N 2015, 1111, note J. Massip.

²⁰⁰ Civ. 1^{re}, 8 mars 2017, n° 16-12.607, Bull. civ. I ; Dr. fam. 2017, n° 108, obs. A. Tani ; D. 2017, Pan., p. 1490, spéc. p. 1492, obs. J.-J. Lemouland ; Defrénois 2017, n° 22, 129s6, p. 31, obs. D. Noguéro.

²⁰¹ V. spécialement J. Casey.

²⁰² Civ. 1^{re}, 14 janv. 2015, n° 13-26.279, préc..

²⁰³ C. civ., art. 1100-1, al. 2. V. *supra*.

²⁰⁴ Jurisprudence constante. Depuis la réforme de 2016, C. civ., art. 1185 : « *L'exception de nullité ne se prescrit pas si elle se rapporte à un contrat qui n'a reçu aucune exécution* ».

²⁰⁵ Civ. 1^{re}, 25 oct. 2017, n° 16-24.766, Bull. civ. I ; D. 2017, AJ, p. 2206 ; JCP N 2017, 936 ; AJ fam. janv. 2018, p. 53, obs. crit. J. Casey ; Gaz. Pal. 2018, n° 1, p. 84, obs. A.-L. Casado ; LPA 27 févr. 2018, n° 42, p. 7, note P.-L. Niel ; Defrénois 2018, n° 13, 134v2, p. 35, note D. Noguéro ; RTD civ. 2018, p. 192, obs. M. Grimaldi ; Defrénois 2018, n° 22, n° 134e1, p. 37, note D. Noguéro ; D. 2018, Pan., obs. J.-J. Lemouland, à paraître.

²⁰⁶ Not. Civ. 1^{re}, 18 mai 2005, n° 03-20.734 - Civ. 1^{re}, 4 juill. 2006, n° 05-12.005 ; Dr. fam. 2006, n° 198, obs. M. Brusorio ; Defrénois 2007, art. 38529, p. 211, note D. Noguéro - Civ. 1^{re}, 22 oct. 2008, n° 07-16.140 - Civ. 1^{re}, 8

2) La période suspecte.

141 - Il ne s'agit pas d'une incapacité de droit qui rétroagirait mais d'une règle protectrice du consentement pour la zone d'ombre qui précède l'ouverture d'un régime de protection organisé, avec une sanction obéissant à la prescription quinquennale.

142 - Les dispositions sont l'ancien article 503 du Code civil, prévoyant la sanction unique de la nullité relative et facultative et, depuis les actes passés à compter du 1^{er} janvier 2009²⁰⁷, l'article 464 du même code, qui prévoit des sanctions multiples, prioritairement la réduction (alinéa 1^{er}) et, subsidiairement, la nullité (alinéa 2), avec la condition nouvelle pour celle-ci du préjudice subi par le majeur (condition étendue, avec la réforme de 2007, aux nullités facultatives).

143 - Le premier texte n'était applicable que si une tutelle avait été ouverte, à l'exclusion de toute autre mesure²⁰⁸. Le second englobe désormais tutelle et curatelle, et depuis le 1^{er} janvier 2016, par renvoi exprès, l'habilitation familiale²⁰⁹. Sont toujours exclus sauvegarde de justice et mandats de protection future.

Il faut prouver que l'intéressé avait une inaptitude à défendre ses intérêts, par suite de l'altération de ses facultés personnelles, et qu'elle était notoire à l'époque (non le strict moment, comme pour l'insanité, avec ses nuances) où l'acte litigieux a été passé ou du moins, « connue du cocontractant ».

144 - La lettre maladroite de la loi ci-dessus reproduite mérite d'être complétée (alinéa 1^{er}). Il convient d'ajouter, comme l'a fait la jurisprudence sous l'empire du dispositif de 1968, une inaptitude connue du partenaire du majeur ou de celui qui profite de l'acte, notamment pour un acte unilatéral. Ce serait le cas de la connaissance personnelle du légataire. En pratique, à côté de la vente, le contentieux concerne surtout les libéralités, dont les testaments.

Contrairement à l'opinion d'une partie du Notariat, après la nouvelle rédaction du texte, nous défendons que la sanction de la période suspecte est applicable aux libéralités²¹⁰, même au

avr. 2009, n° 08-12.073. - En revanche, en marge de l'insanité, il doit se prononcer sur ce fondement invoqué, Civ. 1^{er}, 30 avr. 2014, n° 13-11.912 ; RTD civ. 2014, p. 623, obs. J. Hauser (testament). - Implic. Civ. 1^{er}, 29 janv. 2014, n° 12-35.341, préc..

²⁰⁷ Sur la transition, Civ. 1^{er}, 12 juin 2013, n° 12-15.688, Bull. civ. I, n° 125 ; D. 2013, p. 1875, note A. Marais et D. Noguéro ; D. 2013, Pan., p. 2196, spéc. p. 2197, obs. J.-M. Plazy et p. 2205, obs. J.-J. Lemouland ; Dr. fam. 2013, n° 127, obs. I. Maria ; AJ fam. 2013, p. 507, obs. G. Raoul-Cormeil ; RTD civ. 2013, p. 577, obs. J. Hauser ; RGDA 2013, p. 955, note L. Mayaux.

²⁰⁸ Exemple pour un testament en curatelle, Civ. 1^{er}, 28 janv. 2003, n° 00-17.712 ; RTD civ. 2003, p. 478, obs J. Hauser.

²⁰⁹ C. civ., art. 494-9, al. 2 : « Les obligations résultant des actes accomplis par une personne à l'égard de qui une mesure d'habilitation familiale a été prononcée moins de deux ans avant le jugement délivrant l'habilitation peuvent être réduits ou annulés dans les conditions prévues à l'article 464 ». Sur l'action, alinéa 3 : « La personne habilitée peut, avec l'autorisation du juge des tutelles, engager seule l'action en nullité ou en réduction prévue aux alinéas ci-dessus ». Il faudra une autorisation judiciaire préalable (comp. en tutelle, C. civ., anc. art. 504, al. 2, selon l'objet de l'action). Alinéa 6 sur la confirmation.

²¹⁰ Donation : Civ. 1^{er}, 6 juin 2012, n° 10-23.352 - Civ. 1^{er}, 29 janv. 2014, n° 12-35.341, préc. - Civ. 1^{er}, 6 juill. 2016, n° 15-16.323 et 15-16.471.

testament²¹¹, comme auparavant²¹². Le cas échéant, l'argument de l'acte gravement préjudiciable, pour le délit d'abus de faiblesse, mérite rappel afin de justifier l'action fondée sur le texte de la période suspecte. Elle est ouverte au majeur comme à ses héritiers, après son décès²¹³. L'ouverture et la recevabilité ne signifient pas systématiquement le bien-fondé de l'action dont les conditions cumulatives doivent être réunies, preuve à la charge du demandeur. Le cas échéant, il faut y songer et se fonder sur le texte de la période suspecte !

145 - On devine que la réduction qui suppose de rétablir une proportion, en raison d'un déséquilibre de l'acte, ou d'un excès, paraît mal adaptée pour des libéralités qui, par hypothèse, expriment un dépouillement sans contrepartie.

Si le testament ne respecte pas la quotité disponible, d'autres règles sont à l'œuvre en lien avec la réserve héréditaire française, dont le caractère d'ordre public est tempérée par la jurisprudence²¹⁴. La réduction vient d'ailleurs et elle est postérieure au décès du testateur. Pour le reste, le testament est étranger à la proportion, surtout qu'il peut comprendre des dispositions non patrimoniales. Il peut également être révoqué jusqu'au décès du testateur. Et même, la réduction opérée par la réfaction judiciaire correspondrait-elle à la volonté du disposant d'allouer dans la mesure choisie ? Pourquoi s'embêter à envisager la réduction pour un tel acte ?

Pour la donation, il faudrait considérer que le donateur s'est dépouillé au-delà de ses facultés contributives afin de pouvoir continuer à vivre sereinement sinon confortablement. Une réduction semblerait théoriquement envisageable. Si le donateur a dépassé ce qu'il pouvait faire, ce serait reconnaître une forme de lésion, au moins subjective, dans la donation ! S'il est allé au-delà de ce qu'il voulait vraiment, son *animus donandi* n'est-il pas en question, donc la qualification même de donation ?

146 - Comme sous le droit antérieur, pour les libéralités, ce sera souvent la nullité qui sera privilégiée en pratique, peut-on penser. La nature du préjudice n'est pas indiquée par la loi²¹⁵,

²¹¹ D. Noguéro, Les sanctions des actes juridiques irréguliers des majeurs protégés, Première partie, préc. - En ce sens encore : P. Murat, Retour sur quelques difficultés d'interprétation de l'article 464 du Code civil, Defrénois 2017, n° 15-16, 126y3, p. 879. - Sous l'empire du droit ancien, J. Massip, L'article 503 du Code civil, Defrénois 1985, art 33541, p. 737. - V. principe du jeu de l'art. 464 C. civ. pour un testament validé ici, Paris, Pôle 3, ch. 1, 8 mars 2017, RG n° 15/24862 ; Dr. fam. 2017, n° 144, obs. I. Maria.

²¹² Exemples non limitatifs (y compris après l'entrée en vigueur de la réforme en 2009) : Civ. 1^{re}, 5 janv. 1999, n° 96-18.496 ; Dr. fam. 1999, n° 59, note Th. Fossier - Civ. 1^{re}, 28 janv. 2003, n° 00-18.738 ; AJ fam 2003, p. 147, obs F. B. ; RTD civ. 2003, p. 478, obs. J. Hauser - Civ. 1^{re}, 18 mai 2005, n° 03-20.734 - Civ. 1^{re}, 14 juin 2005, n° 02-19.038, Bull. civ. I, n° 258 ; AJ fam. 2005, p. 362, obs. C. Grimaldi ; RTD civ. 2006, p. 89, obs. J. Hauser ; D. 2006, Pan., p. 1575, obs. J.-J. Lemouland - Civ., 1^{re}, 30 oct. 2006, n° 04-16.884 - Civ. 1^{re}, 22 oct. 2008, n° 07-16.140 - Civ. 1^{re}, 8 avr. 2009, n° 08-12.073 - Civ. 1^{re}, 21 nov. 2012, n° 11-17.871 ; RTD civ. 2013, p. 87, obs. J. Hauser - Civ. 1^{re}, 19 déc. 2012, n° 11-26.619 - Civ. 1^{re}, 30 janv. 2013, n° 11-23.318 (en articulation avec l'autorité de la chose jugée au pénal) - Civ. 1^{re}, 12 juin 2013, n° 12-15.688, préc. - Civ. 1^{re}, 26 juin 2013, n° 12-14.877 ; D. 2013, Pan., p. 2196, spéc. p. 2205, obs. J.-J. Lemouland - Civ. 1^{re}, 25 sept. 2013, n° 12-25.065 - Civ. 1^{re}, 30 avr. 2014, n° 13-11.912, préc. - Civ. 1^{re}, 21 oct. 2015, n° 14-25.151. V. notre thèse pour des illustrations antérieures à 2000.

²¹³ Légataire universel « destitué » qui « avait de ce fait qualité pour agir en nullité de testament sur le fondement de l'article 503 du Code civil », Civ. 1^{re}, 14 juin 2005, n° 02-19.038, préc..

²¹⁴ Sur la réserve héréditaire et l'ordre public international français, Civ. 1^{re}, 27 sept. 2017, n° 16-17.198, Bull. civ. I - Civ. 1^{re}, 27 sept. 2017, n° 16-13.151, Bull. civ. I.

²¹⁵ A. Dumery, Regards sur l'apparition du préjudice en droit des personnes protégées, in Mélanges en l'honneur de la professeure Françoise Dekeuver-Défossez, Montchrestien, 2012, p. 81. Encore, D. Noguéro, Les sanctions des actes juridiques irréguliers des majeurs protégés, Première partie, préc. - J.-M. Plazy, Les actes

et la jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer ouvertement, à notre connaissance. S'il doit assurément préjudicier au majeur, l'acte peut-il être annulé sur un simple préjudice moral ?

Pour une libéralité, les opinions sont partagées quant à ce que recouvre le préjudice. Certains vont jusqu'à écarter la règle de la période suspecte²¹⁶, à tort, selon nous, ou, succédané, prétendent que la nullité ne peut s'appliquer, au moins pour le testament, qui n'a vocation à recevoir application qu'après le décès du majeur, ne subissant donc aucun préjudice de son vivant, le préjudice des héritiers n'étant pas à prendre en compte.

Inversement, certains considèrent qu'il faudrait toujours sous-entendre l'existence du préjudice, du fait du dépouillement sans contrepartie au profit d'autrui. En appui, signalons la jurisprudence relative au délit d'abus de faiblesse qui retient que le testament, qui prend effet après le décès, est néanmoins un acte gravement préjudiciable à la victime vivante²¹⁷. Le risque d'exploitation de la faiblesse doit encourager la protection pour les libéralités par nature déséquilibrées²¹⁸.

147 - Désormais, pour revenir en arrière, le butoir est de deux ans, à compter de la publicité du jugement d'ouverture de la mesure judiciaire (avant la notoriété de la tutelle était la limite), ou du jugement délivrant l'habilitation familiale car seule celle générale est soumise à publicité, non celle spéciale, pour l'heure, d'où cette adaptation bienvenue²¹⁹.

148 - Il ne faut pas confondre le butoir avec le point de départ de la prescription de l'action, qui court dès le jugement de protection, d'où elle dérive²²⁰. Il n'y a plus de suspension automatique du fait de la tutelle²²¹ - du fait de l'extension de la période suspecte tant à la curatelle qu'à l'habilitation familiale -, malgré la scorie sur la suspension, avec la référence non amendée, à ce jour, à l'ancien article 2252 devenu depuis 2008 article 2235 (à insérer mentalement pour toiletter la lecture du texte)²²².

3) L'incapacité juridique.

149 - On se concentrera sommairement sur la sanction résultant d'un acte passé par le majeur (2°) au mépris de son incapacité de droit, après quelques précisions relatives à l'organe protecteur (1°).

juridiques des majeurs protégés, in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis Dalloz 2012, p. 549 - P. Murat, Retour sur quelques difficultés d'interprétation de l'article 464 du Code civil, préc..

²¹⁶ V. *supra*.

²¹⁷ V. *supra*.

²¹⁸ P. Murat, Retour sur quelques difficultés d'interprétation de l'article 464 du Code civil, préc.. Comp. N. Peterka, A. Caron-Déglièse et F. Arbellot, *Protection de la personne vulnérable. Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Dalloz action, 4^e éd., 2017/2018, n° 351.53.

²¹⁹ D. Noguéro, Le périmètre des pouvoirs de la personne habilitée sur les biens du majeur protégé, Dr. fam. nov. 2016, Etude 43 et Les pouvoirs de la personne habilitée sur les biens du majeur protégé et les sanctions applicables, LPA 25 nov. 2016, n° 236, p. 7.

²²⁰ Déjà, sous l'empire de l'anc. art. 503 C. civ., Civ. 1^{re}, 9 mai 1978, n° 76-13.126, Bull. civ. n° 181 ; D. 1978, p. 469 ; Gaz. Pal. 1979, 1, 270, note J. Massip ; Defrénois 1979, art. 32129, p. 1427, note J. Massip ; Defrénois 1979, art. 32023, n° 27, p. 871, obs. J.-L. Aubert ; RTD civ. 1986, p. 327, spéc. 336, obs. J. Rubellin-Devichi.

²²¹ Là était la véritable difficulté pour la sécurité juridique du fait de l'allongement du délai plus que dans la seule notoriété.

²²² Il reste le jeu éventuel de l'art. 2234 C. civ..

1° Du côté de l'organe protecteur.

150 - S'agissant de l'organe protecteur, la sanction de la nullité de droit a été rappelée pour l'opposition d'intérêts²²³.

Toujours avec la prescription quinquennale²²⁴, on retrouve la nullité relative, de protection, et de droit (sans condition de la preuve d'un préjudice). Sa confirmation est possible avec autorisation²²⁵.

151 - Dans quelles situations une telle sanction est potentiellement disponible ? La nullité s'applique lorsque l'organe protecteur accomplit seul un acte qui aurait dû être fait par la personne protégée elle-même²²⁶, comme le testament par exemple. L'organe qui n'a pas de pouvoir empiète alors sur la capacité du majeur. Cela vaut pour toutes les mesures de protection juridique.

La nullité est encore encourue lorsque l'organe protecteur passe seul l'acte alors que son assistance était prévue²²⁷, comme c'est le cas pour la donation en curatelle, voire en tutelle. Là, il se comporte à tort en représentant, par dépassement de son pouvoir, ruinant l'initiative normalement préservée du majeur.

La même sanction s'impose pour un acte ne pouvant être accompli qu'avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille²²⁸, comme la donation en tutelle par représentation. La précaution évitée justifie la sanction.

Le droit des majeurs protégés prévoient ainsi les hypothèses de sanctions auxquelles il faut se reporter²²⁹.

152 - L'organe protecteur pourrait perturber l'autonomie voulue pour le majeur, y compris à la demande de ce dernier, même si l'on peut penser que la situation restera particulièrement exceptionnelle. Si l'acte n'est possible que réalisé par le majeur seul, mais avec une autorisation, et que cependant l'organe l'assiste ou le représente (situation marginale si l'on considère que le but est de favoriser l'autonomie revendiquée), on peut assimiler cette situation à une intervention non permise de l'organe protecteur²³⁰, débouchant sur la nullité de droit, malgré le silence de la loi sur la sanction. Ce serait le cas du testament du tuteur²³¹. Ceux désavantagés par l'acte, successeurs universels, pourraient tenter sa remise en cause. Pareillement, si le curateur assistait le curatelaire afin de tester, alors que ce dernier doit le

²²³ V. *supra*.

²²⁴ C. civ., art. 465, al. 3 ; art. 494-9, al. 5 ; art. 2224 ; anc. art. 1304 ; point de départ (après la réforme de 2016), art. 1152.

²²⁵ C. civ., art. 465, al. 4 : « *Pendant ce délai et tant que la mesure de protection est ouverte, l'acte prévu au 4° peut être confirmé avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué* » ; art. 494-9, al. 6 : « *Pendant ce délai et tant que la mesure d'habilitation est en cours, l'acte contesté peut être confirmé avec l'autorisation du juge des tutelles* ». Encore, C. civ., art. 1151, al. 2 : « *Il peut aussi opposer à l'action en nullité la confirmation de l'acte par son cocontractant devenu ou redevenu capable* ».

²²⁶ C. civ., art. 465, al. 1^{er}, 4^o.

²²⁷ C. civ., art. 465, al. 1^{er}, 4^o.

²²⁸ C. civ., art. 465, al. 1^{er}, 4^o.

²²⁹ Dès lors, mise à l'écart de celles de la théorie générale de la représentation. C. civ., art. 1156 et art. 1157.

²³⁰ Argument comparatif, C. civ., art. 1153, dans la théorie générale de la représentation.

²³¹ C. civ., art. 476, al. 2.

faire seul, sans autorisation²³², la nullité serait de droit, enfreignant l'autonomie accordée par le législateur.

En habilitation familiale, une sanction identique est prévue (nullité de droit) lorsque la personne habilitée passe un acte hors champ de l'habilitation délivrée, comme le testament, ou un acte qui ne pouvait être accompli qu'avec l'autorisation du juge²³³, comme par exemple la donation.

Par analogie avec ces mesures, il doit en aller ainsi pour le représentant qu'est le mandataire spécial en sauvegarde de justice, qui agirait hors cadre du mandat judiciaire confié, d'où la nullité de droit.

La donation accomplie par le mandataire de protection future qui n'aura pas obtenu l'autorisation du juge est exposée à la nullité de droit (un dépassement de pouvoir).

2° Du côté du majeur protégé.

153 - On dispose de l'article 465 du Code civil²³⁴. S'agissant du majeur protégé, le défaut d'assistance conduit à une nullité facultative, prononcée en fonction des circonstances d'espèce (jurisprudence traditionnelle), à l'appréciation du juge, si la condition de la preuve du préjudice est rapportée²³⁵, introduite par la réforme de 2007. Tel est le cas d'une donation en curatelle (sans modulation de capacité) voire en tutelle²³⁶, pour laquelle le majeur agirait seul.

154 - Si la représentation s'imposait et que le majeur a accompli seul l'acte, la nullité de droit est prévue²³⁷, sans avoir à démontrer un préjudice. Telle serait l'hypothèse d'une donation en tutelle²³⁸.

155 - Si le majeur pouvait agir seul, mais sur autorisation préalable, non demandée ou non obtenue, la sanction est la nullité de droit, selon nous. Prenons l'illustration du testament en tutelle²³⁹.

156 - Y compris lorsqu'il conserve sa capacité d'exercice, le majeur dispose, hormis pour l'habilitation familiale où elles ne sont pas prévues, des actions spéciales en rescision pour simple lésion, et réduction pour excès²⁴⁰. Mais, pour des libéralités, sans contrepartie, ces actions apparaissent plutôt inadaptées. Un autre fondement sera *a priori* préféré.

²³² C. civ., art. 470, al. 1^{er}.

²³³ C. civ., art. 494-9, al. 4 : « *Si la personne habilitée accomplit seule, en cette qualité, un acte n'entrant pas dans le champ de l'habilitation qui lui a été délivrée ou qui ne pouvait être accompli qu'avec l'autorisation du juge, l'acte est nul de plein droit sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un préjudice* ».

²³⁴ D. Noguéro, Les sanctions des actes juridiques irréguliers des majeurs protégés, Seconde partie, les sanctions sous mesures de protection organisée, LPA 5 janv. 2010, n° 3, p. 5. Analyse détaillée.

²³⁵ C. civ., art. 465, al. 1^{er}, 2^o.

²³⁶ C. civ., art. 476, al. 1^{er}.

²³⁷ C. civ., art. 465, al. 1^{er}, 3^o.

²³⁸ C. civ., art. 476, al. 1^{er}.

²³⁹ C. civ., art. 476, al. 2. Certes, la disposition évoque simplement la nullité.

²⁴⁰ C. civ., art. 435 (sauvegarde de justice) ; art. 465, al. 1^{er}, 1^o (mesures judiciaires, avec un tempérament) ; art. 488 (mandat de protection future). V. D. Noguéro, Les sanctions des actes juridiques irréguliers des majeurs protégés, Seconde partie, préc.. V. une illustration (pour ce contentieux assez rare), Civ. 1^{er}, 4 déc. 2013, n° 12-

157 - Dans le même ordre d'idées, les sanctions spéciales ci-dessus récapitulées succinctement, s'agissant de libéralités, ne sont pas menacées par le droit commun du contrat issue de la réforme de 2016²⁴¹.

Conclusion.

158 - Les libéralités du majeur protégé sont marquées par un libéralisme sérieusement encadré !

28.656 et 13-10.533 ; AJ fam. 2014, p. 123, obs. J. Massip ; D. 2014, Pan., p. 2259, spéc. p. 2264, obs. D. Noguéro.

²⁴¹ C. civ., art. 1150 ; art. 1151, al. 1^{er}. Appréciations diverses, M. Mignot, Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, LPA 13 mai 2016, n° 96, p. 6 - J.-J. Lemouland, obs. Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. Réforme du droit des contrats, D. 2016 (n° 26, 14 juill.), Pan., p. 1523, spéc. p. 1526 - D. Noguéro, Les pouvoirs de la personne habilitée sur les biens du majeur protégé et les sanctions applicables, préc. - N. Peterka, Les implications de la réforme du droit des obligations en droit des personnes protégées, AJ fam. 2016, p. 533, et Présentation du décret du 22 décembre 2008 : plus de lacunes que d'apports véritables, in dossier *Gestion de patrimoine et personnes vulnérables. Apports et lacunes du décret de 2008*, Droit & patrimoine, nov. 2016, n° 263, p. 38, spéc. p. 43 - I. Maria, obs. Incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des personnes protégées, Dr. fam. janv. 2017, n° 20.