



**AVIS DE Mme MARILLY,
AVOCAT GÉNÉRAL REFERENDAIRE**

Arrêt n° 15024 du 15 décembre 2021 – Première chambre civile

Pourvoi n° 21-70.022

Décision attaquée : 06 août 2021 de le tribunal judiciaire de Rouen

**monsieur le juge des contentieux de la
protection du tribunal judiciaire de Rouen**

C/

M. [K]

Par jugement du 6 août 2021, le juge des tutelles de Rouen a saisi la Cour de cassation de la demande d'avis suivante:

“L’absence de caractérisation d’une intention libérale, présente ou passée, de la personne protégée, fait-elle nécessairement obstacle à la possibilité pour le juge des contentieux de la protection, d’autoriser la personne habilitée à la représenter de manière générale pour l’ensemble des actes relatifs à ses biens, sur le fondement des articles 494-1 du code civil, à procéder à une donation?”

Rappel des faits et de la procédure

Les faits et la procédure ont été parfaitement exposés par le conseiller rapporteur comme suit :

Par un jugement du 13 février 2020, M. [K] a été habilité à représenter de manière générale son épouse, Mme [L], pour l'ensemble des actes relatifs à ses biens et à sa personne, pour une durée de 120 mois.

M. [K] a sollicité l'autorisation de représenter son épouse pour procéder à une donation, au profit des enfants du couple, d'une somme d'argent provenant de la vente d'un bien commun.

Entendue par le juge des contentieux de la protection le 4 mars 2021, Mme [L] a tenu des propos incohérents, de sorte qu'il n'a pas été possible de recueillir son avis sur le projet de donation.

Par décision du 6 août 2021, le juge des contentieux de la protection a saisi pour avis la Cour de cassation de la question susvisée et sursis à statuer sur la demande d'autorisation jusqu'à réception de cet avis ou, à défaut, jusqu'à l'expiration du délai prévu à l'article 1031-3 du code de procédure civile.

Recevabilité de la demande d'avis

- au regard des règles de forme

Le juge des contentieux de la protection du tribunal judiciaire de Rouen a avisé les parties et le ministère public, respectivement le 18 et 23 juin 2021, de son intention de saisir la Cour de cassation pour avis, conformément aux dispositions des articles 1031-1 et 1031-2 du code de procédure civile.

M. [K] a transmis des observations par courrier daté du 9 juillet 2021, reçu au tribunal judiciaire de Rouen le 20 juillet 2021. Le Ministère public a, le 29 juin 2021, déclaré ne pas s'opposer à la transmission.

Le juge a formalisé sa demande d'avis dans une décision rendue le 6 août 2021 qui a été transmise à la Première présidence de la Cour de cassation par un courrier daté du 2 septembre 2021.

La décision du juge a été notifiée à M. [K] et à Mme [L] par lettres recommandées avec accusé de réception en date du 10 août 2021. Ces courriers ne précisent pas la date de transmission du dossier à la Cour de cassation contrairement à ce qu'exige l'article 1031-2 du CPC.

Comme le rappelle le conseiller rapporteur, la Cour de cassation a déclaré irrecevables des demandes d'avis lorsque la date de transmission du dossier à la Cour de cassation n'avait pas été communiquée aux parties. (11 avril 2019, pourvoi n° 19-70.003 ; 14 février 1997, pourvoi n° 09-60.012, Bull. 1997, Avis, n° 1)

Dans sa décision du 11 avril 2019, la Cour rappelle que les articles 1031-1 et 1032-2 du CPC ont “*pour finalité le respect du principe de la contradiction préalablement et postérieurement à la transmission d'une demande d'avis à la Cour de cassation. Ils visent, d'une part, à obtenir des parties leur avis sur l'utilité de poser une question de droit à la Cour de cassation et sur son contenu et, d'autre part, à les informer de la saisine pour avis de la Cour de cassation ainsi que de la date de transmission de la décision pour leur permettre de présenter le cas échéant des observations à la Cour de cassation.*” Or, dans les dossiers susvisés, non seulement les parties n'avaient pas été informées de la transmission de la demande d'avis à la Cour de cassation mais elles n'avaient pas non plus été avisées de ce que le juge envisageait de solliciter l'avis de la Cour.

En l'espèce, les parties ont été avisées de ce que le juge envisageait de saisir la Cour pour avis ; M.[K] a d'ailleurs transmis des observations. Elles ont ensuite été informées de la décision de demande d'avis. Le principe de la contradiction ayant été respecté, nous concluons à la recevabilité de la demande d'avis sur ce point bien qu'elles n'aient pas été avisées de la date de transmission du dossier à la Cour de cassation.

Enfin, le procureur de la République près le tribunal judiciaire de Rouen, la première présidente de la cour d'appel de Rouen et le procureur général près cette cour ont été avisés par lettre datée du 10 août 2021, en application de l'article 1031-2 alinéa 3 du CPC.

- au regard des règles de fond

Selon l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, la demande d'avis doit porter sur une question de droit nouvelle, commandant l'issue du litige, présentant une difficulté sérieuse et étant susceptible de se poser dans de nombreux litiges.

La question posée est une question de pur droit portant sur **l'office du juge des tutelles lorsqu'il autorise la personne habilitée à représenter le majeur protégé pour accomplir un acte de disposition à titre gratuit** en application de l'article 494-6 du code civil.

La question soulevée se pose également en cas de tutelles ; elle est susceptible de se poser dans de très nombreux dossiers comme en attestent les décisions rendues par les cours d'appel et citées au présent avis.

En l'espèce, le juge est saisi d'une requête de M.[K] sollicitant l'autorisation de représenter son épouse pour procéder à la donation de la somme de 33.333 euros au profit de chacun de leurs trois enfants. La question posée qui porte sur les conditions de cette autorisation, et plus précisément sur la nécessité de caractériser une intention libérale du majeur protégé, commande donc l'issue du litige.

La difficulté présente une difficulté sérieuse parfaitement analysée par le juge dans sa décision de demande d'avis.

Avis sur la réponse au fond

1) sur l'habilitation familiale

L'ordonnance du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille (modifiée par loi n° 2019-222 du 23 mars 2019) a introduit au sein du chapitre du code civil consacré aux mesures de protection juridique des majeurs, une nouvelle section 6 composée des articles 494-1 à 494-12, relative à l'habilitation familiale. Ces dispositions sont entrées en vigueur le 1er janvier 2016. Ce nouveau dispositif est donc soumis aux principes directeurs de protection des majeurs, énoncés à l'article 415 du code civil.

L'article 415 du code civil dispose que "les personnes majeures reçoivent la protection de leur personne et de leurs biens que leur état ou leur situation rend nécessaire selon les modalités prévues au présent titre. Cette protection est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne. Elle a pour finalité l'intérêt de la personne protégée. Elle favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci. Elle est un devoir des familles et de la collectivité publique."

L'article 494-1 du code civil autorise l'ouverture de l'habilitation familiale *"lorsqu'une personne est dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté."*

Le choix de la personne habilitée incombe au juge des tutelles (art.494-1 et 494-5)¹. Ces articles rappellent au juge des tutelles la nécessité de prendre en compte, lorsqu'il statue sur la mesure et le choix de la personne habilitée, les intérêts patrimoniaux et personnels du majeur, l'adhésion ou l'absence d'opposition légitime des membres de sa proche famille éligibles à l'habilitation dont il a connaissance au moment où il statue, à la condition qu'ils entretiennent des liens étroits et stables avec la personne ou manifestent un intérêt à son égard.

Il peut habiliter une ou plusieurs personnes choisies parmi ses ascendants ou descendants, frères et sœurs ou, à moins que la communauté de vie ait cessé entre eux, le conjoint, le partenaire auquel elle est liée par un pacte civil de solidarité ou le concubin (art.494-1 du code civil).

Par son objet, l'habilitation familiale est spéciale ou générale : elle dessaisit la personne protégée à hauteur des pouvoirs attribués à la personne habilitée.

Le juge des tutelles détermine le périmètre des pouvoirs d'assistance ou de représentation de la personne habilitée pour prendre en charge la gestion des biens

¹ Mme Caron-Deglise et Mme Peterka- Dalloz action , protection de la personne vulnérable 2021-2022

du majeur protégé, mais également les actes relatifs à sa personne ([art.494-6 al.1 du code civil](#)).

Ainsi, la personne à l'égard de qui l'habilitation a été prononcée conserve l'exercice de ses droits autres que ceux dont l'exercice a été confié à la personne habilitée. Il en résulte que la personne protégée bénéficie, sous réserve des dispositions contraires du jugement d'habilitation (C. civ., art. 494-6), de la capacité de disposer de ses biens à titre gratuit, à condition d'être douée du discernement nécessaire pour ne pas exposer la libéralité à la nullité pour insanité d'esprit (C. civ., art. 901).

Dans l'habilitation familiale générale par représentation, la personne habilitée accomplit seule les actes d'administration et les actes de disposition qui sont soumis à autorisation du juge dans le régime distinct de la tutelle ([C. civ., art. 494-6, al. 2 du code civil](#)). La représentation est parfaite. La personne est seule engagée par l'acte effectué par la personne habilitée.

Toutefois, l'autorisation du juge doit être sollicitée pour conclure valablement un acte à titre gratuit.

En effet, *“la personne habilitée ne peut accomplir en représentation un acte de disposition à titre gratuit qu'avec l'autorisation du juge des tutelles”* ([C. civ., art. 494-6, al. 4](#)). L'acte est à titre gratuit, au sens de [l'article 1107 du code civil](#), *“lorsque l'une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie”*. La catégorie des actes à titre gratuit se subdivise entre les libéralités et les contrats de service gratuit. La libéralité est définie comme 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*» ([C. civ., art. 893](#)). **La personne habilitée ne saurait donc conclure de donation en qualité de donateur, au nom et pour le compte de la personne protégée, sans y avoir été autorisée par le juge des tutelles.** La personne habilitée excéderait alors son pouvoir de représentation en consentant à donner le bien du majeur protégé sans autorisation judiciaire : un tel acte serait exposé à la nullité relative et de plein droit (sur ces deux caractères, [C. civ., art. 494-9, al. 5](#)). L'autorisation judiciaire est l'une des conditions de fond, tenant à la capacité juridique, au respect de laquelle est subordonnée la validité de toutes les donations conclues au nom et pour le compte de la personne protégée.²

La mesure concernée dans le présent avis est une habilitation familiale de représentation qui peut être comparée à la tutelle s'agissant de l'office du juge saisi d'une demande d'autorisation de donation.

En effet, *“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”* ([art.476 al.1 du code civil](#)).

² Gilles Raoul-Cormeil - Professeur à l'université de Brest - : JCL civil Majeurs protégés, habilitation familiale

2) sur la donation

La donation est une libéralité par laquelle une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne ([art.893 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 ([art.894 du code civil](#)). Pour faire une donation, il faut être sain d'esprit. La libéralité est nulle lorsque le consentement a été vicié par l'erreur, le dol ou la violence ([art.901 du code civil](#)).

Les éléments constitutifs d'une donation ont été définis en droit des successions.

Comme l'indique le conseiller Vigneau³ dans un précédent rapport, pour qu'une libéralité soit rapportable en vertu de l'article 843 du code civil, **deux éléments** doivent être remplis, un élément objectif, **l'appauvrissement du donateur**, et un élément intentionnel, **l'intention libérale** auxquels il convient de rajouter l'acceptation du bénéficiaire.

Il ajoute que, **l'intention libérale n'a pas été définie par le législateur** et que "*la jurisprudence et la doctrine y voient « la volonté de préférer autrui à soi-même », ou encore « la conscience et la volonté de s'appauvrir au bénéfice d'autrui » (J. Cl. Civil Code, Art. 931, Fasc : 30, n° 9).*"

Il rappelle que "*cette intention libérale ne peut être déduite du seul déséquilibre de l'acte (Civ. 1ère 14 février 1989, Bull. Civ. I, no 79, RTD civ. 1989.802, obs. Patarin; Defresnois 1992.181, n. A. Chappert, Civ. 1ère, 24 septembre 2002, pourvoi no00-21.035,), la preuve, qui est libre, peut être rapportée par tout moyen (Cass. 1re civ., 19 mars 2014, no 13-14139, Bull. Civ. I no 51). Elle peut résulter d'un faisceau d'éléments constituant des présomptions graves, précises et concordantes, souverainement appréciés par les juges du fond (Com., 30 juin 1987, bull. IV, no168, pourvoi no85-15735; 8 juin 1989, inédit, pourvoi no88-12754; Civ. 1ère, 8 décembre 1993, inédit, pourvoi no 91-14144 ; 21 mars 2000, inédit, pourvoi no 97-16736 ; 2 mai 2001, inédit, pourvoi no 98-22706 ; Com., 21 octobre 2008, inédit, pourvoi no 07-19345).*"

3) les libéralités des majeurs protégés dans un régime de représentation

Le professeur Peterka⁴ rappelle qu'en principe, le code civil distingue **les actes strictement personnels** (art. 458 du code civil) **des actes personnels** (art.459 du code civil). Les premiers sont si intimes qu'il n'est pas concevable que la personne protégée soit assistée ou représentée pour les accomplir; soit, elle bénéficie d'une lucidité suffisante pour faire l'acte et elle le fait seule, ce qui n'exclut pas le cas échéant l'accompagnement de son protecteur, soit, elle ne bénéficie pas d'une telle

³ [1re Civ., 21 octobre 2015, pourvoi n° 14-24.926, Bull. 2015, I, n° 255](#)

⁴ Conclusion d'un PACS par un majeur sous tutelle : conditions de l'autorisation du juge Dalloz actualité 4 décembre 2017/ voir également Dalloz action sur la protection des personnes vulnérables Mmes Caron-Deglise et Peterka chap 221 section 2 et 3

lucidité et, alors, il n'y a d'autre choix que de renoncer à l'acte. Pour les seconds, le législateur a prévu une autonomie graduée et appréciée par le juge ; en principe la personne décide seule mais elle peut également être assistée ou représentée.

Elle souligne que pour **certains actes qui relèvent pourtant de l'intime de la personne**, ces règles générales subissent un infléchissement car ce sont **des actes mixtes**. Ces derniers présentent la particularité de revêtir une double dimension, tout à la fois patrimoniale et très personnelle. Le code civil procède, pour ces actes mixtes, à un aménagement de l'autonomie de la personne protégée. **L'accomplissement de l'acte est ici subordonné à l'autorisation du juge des tutelles. Il en est ainsi, selon elle, du testament du tuteur.**

Les caractéristiques de la donation nous conduisent à qualifier la donation d'acte mixte également, cet acte revêtant une double dimension à la fois patrimoniale (appauvrissement du patrimoine du donataire) et personnelle (gratification d'un tiers choisi pour des raisons diverses, familiales, affectives, humanitaires).

Ainsi, aux termes de l'article 494-6 du code civil, *la personne habilitée ne peut accomplir en représentation un acte de disposition à titre gratuit qu'avec l'autorisation du juge des tutelles.*

En matière de tutelle, l'article 476 du code civil distingue selon que la libéralité sollicitée est une donation ou un testament : *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. 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.*

S'agissant du testament, la conseillère Le Cotty a rappelé dans un rapport préalable à la décision de la première chambre civile du 8 mars 2017 n°16-10.340 :

qu' " en l'absence de toute précision de l'article 476, alinéa 2, du code civil sur l'office du juge, le seul élément à prendre en considération par le juge des tutelles, lorsqu'il est saisi d'une demande d'autorisation d'un majeur protégé à rédiger un testament, est sa capacité à tester.

En effet, soit le majeur sous tutelle est en mesure d'exprimer clairement sa volonté s'agissant de ses dispositions testamentaires, et il convient de l'autoriser à tester, soit il n'est pas en mesure d'exprimer librement ce qu'il souhaite et agit sous l'influence ou la contrainte d'un tiers, auquel cas le rejet de la demande doit être envisagé.

En particulier, il n'entre pas dans la mission du juge des tutelles, à ce stade, de se substituer à la personne protégée pour juger du bien fondé de ses intentions et de leurs conséquences.

Ainsi, l'existence éventuelle d'un testament antérieur et les motivations profondes qui sont celles de la personne sous tutelle n'ont pas à être vérifiées par le juge des tutelles."

Le testament, en lui même, est un acte très personnel qui peut être l'œuvre d'un majeur sous tutelle, seul, à condition d'être capable d'exprimer clairement sa volonté puisqu'il ne peut être ni assisté, ni représenté pour l'accomplissement de cet acte. Le juge doit donc vérifier la capacité d'exprimer clairement sa volonté quant à ses dispositions testamentaires et que le projet de testament correspond à ses souhaits. En revanche, le contenu du testament qui est strictement personnel ne peut être soumis au contrôle du juge des tutelles. (Cass. 1re civ., 8 mars 2017, n° 16-10.340).

S'agissant des donations, le professeur Hauser⁵ soulignait, avant la réforme de 2007, que *"la question de la possibilité pour un incapable sous tutelle de faire des donations a toujours oscillé entre la nécessité de le protéger contre des actes, par hypothèse sans contrepartie, et le souhait de ne pas priver, sans aucun remède, ses proches de l'éventualité d'une libéralité justifiée et même peut-être opportune sur le plan fiscal."*

Le législateur de 2007 permet que le majeur protégé, y compris sous tutelle ou sous habilitation familiale, soit autorisé par le juge à accomplir une donation en étant assisté ou représenté par la personne habilitée ou son tuteur⁶. (art.494-6 et 476 du code civil). Conformément aux principes généraux posés par la loi du 5 mars 2007, l'autonomie du majeur protégé doit être privilégiée. C'est donc en principe le majeur autorisé qui passe l'acte, avec l'assistance de son tuteur, la représentation n'intervenant que si nécessaire.

Le législateur a étendu la capacité pour un majeur sous tutelle à effectuer des donations au profit de toute personne (sous les réserves particulières des incapacités de recevoir de l'article 909 du code civil)⁷.

L'article 476 alinéa 1^{er} comme l'article 494-6 ne posent aucune condition particulière à l'autorisation donnée par le juge de consentir une donation. Toutefois, la possibilité que le majeur protégé soit assisté ou représenté pour accomplir une donation, contrairement au testament, devrait, selon nous, avoir des conséquences sur l'office du juge.

Lorsqu'il est saisi d'une requête tendant à autoriser le majeur protégé à effectuer une donation, le juge des tutelles doit tout **d'abord apprécier la capacité** de ce dernier à consentir une donation ce qui lui permettra de **décider s'il doit être**

⁵ RTD Civ 2003 p.268

⁶ Anne Caron-Deglise et Nathalie Peterka 351.2

⁷ Évolution législative sur les personnes susceptibles d'être gratifiées par le majeur en tutelle : loi n°68-5, 3 janv.1968, art.1; L.n°2006-768, 23 juin 2006, art.8 ; L.du 5 mars 2007 (art.476 al.1er du CC)

assisté ou représenté pour ce faire. **S'agissant cependant d'un acte spécifique, avec une dimension personnelle**, il devra encore vérifier que les éléments constitutifs de la donation sont réunis, en particulier et en premier lieu **l'intention libérale**. Pour cela, il devra en principe procéder à l'audition du majeur protégé (art. 1220-3 du code de procédure civile). Il devra en second lieu s'assurer que **l'acte est conforme à l'intérêt de la personne protégée**.

La vérification de ce dernier point découle des principes définis à l'article 415 du code civil selon lequel la mesure de protection a pour finalité l'intérêt de la personne protégée. Sous l'empire de la loi ancienne, la jurisprudence imposait déjà au juge des tutelles de motiver sa décision en démontrant que la donation envisagée était compatible avec les intérêts du majeur protégé (Civ. 1re, 14 janv. 2003, pourvoi n° 00-15.573). Cette exigence est maintenue par la loi du 5 mars 2007 et ne pose pas de problème particulier.

L'appréciation de l'intérêt du majeur protégé à accomplir une donation découle du caractère mixte de l'acte, à la fois patrimonial et personnel. En effet, si la donation ne peut être autorisée quand elle apparaît contraire aux intérêts patrimoniaux du majeur protégé, l'intérêt pour ce dernier de faire une donation, et pour le juge de l'autoriser, doit s'entendre plus largement. En effet, pour ce type d'acte, **l'intérêt peut être d'ordre familial ou affectif, voire humanitaire dans certains cas**. Il est alors susceptible de se confondre avec l'intention libérale du majeur protégé.

En revanche, si le projet est contraire à l'intérêt de la personne protégé, notamment sur un plan patrimonial, alors la réponse est évidente et permet de refuser la demande de donation quand bien même l'intention libérale serait-elle caractérisée par des actes passés.

En premier lieu cependant, l'acte de donation ayant la double caractéristique d'être à la fois personnel et patrimonial, il ne peut être autorisé par le juge sans que l'intention libérale du majeur protégé ne soit caractérisée.

L'autorisation d'une donation doit selon nous être distinguée de l'autorisation donnée par le juge au rachat d'un contrat d'assurance-vie (art.L.132-4 du code des assurances) ou à la substitution du tiers bénéficiaire dans un tel contrat (art.L.132-9 du même code). Rappelons tout d'abord que le contrat d'assurance sur la vie est un outil de gestion patrimoniale dont la finalité est différente d'une donation qui est un acte purement gratuit. Par ailleurs, si le juge paraît pouvoir accorder le rachat d'un contrat d'assurance sur la vie sans avoir à caractériser d'intention de la part du majeur protégé hors d'état de manifester sa volonté, c'est dans le seul but d'assurer une protection efficace de ses intérêts patrimoniaux, en évitant de geler la situation pour l'avenir. S'agissant de l'office du juge saisi d'une demande de substitution du bénéficiaire, la réponse doctrinale évoquée par le conseiller rapporteur ne nous paraît pas relever de l'évidence et n'a pas été tranchée par la Cour. Le caractère personnel de l'acte demandé l'emporte, selon nous, sur son caractère patrimonial, ce qui pourrait avoir des conséquences sur l'étendue des pouvoirs du juge. En effet, nous nous interrogeons sur la faculté pour le juge

d'autoriser une telle modification lorsque le majeur protégé est hors d'état de manifester sa volonté, sauf circonstances particulières à démontrer.

En tout état de cause, dans l'hypothèse de l'assurance-vie, il s'agit pour le juge de revenir sur une décision prise par le majeur protégé qui n'avait pas anticipé un changement de contexte et qui ne peut plus y remédier par lui-même. Au contraire, l'autorisation d'une donation entraîne un appauvrissement pour l'avenir, qui ne peut selon nous intervenir sans rechercher l'intention du majeur protégé de gratifier le donataire.

Le recueil d'une intention libérale par le juge des tutelles est cependant susceptible de poser des difficultés lorsque le majeur protégé se trouve hors d'état de manifester sa volonté.

Dans cette hypothèse, très fréquente, qui est celle évoquée par le juge des tutelles de Rouen, le juge se trouve-t-il dans l'impossibilité d'autoriser toute donation?

Dans le silence des textes sur l'office du juge, trois solutions nous paraissent envisageables en combinant les dispositions applicables en droit des libéralités, et en droit des majeurs protégés et selon que l'on fait primer telles dispositions sur telles autres :

- lorsque la personne protégée est hors d'état de manifester sa volonté, **le juge des tutelles qui ne peut caractériser l'intention libérale au moment de la formation de l'acte ne peut donc autoriser celui-ci** ; cette approche permet de protéger la personne vulnérable de ses parents ou de ses proches (ou de tiers) qui pourraient tenter d'abuser de sa situation ; cette conception très restrictive de l'office du juge, en faveur d'une sécurité juridique renforcée, risque cependant d'entraîner le gel du patrimoine du majeur protégé pendant de nombreuses années et ne tient compte ni de la volonté, ni de l'intérêt de la personne protégée entendu largement comme un intérêt d'ordre familial, affectif ou humanitaire ;

- lorsque la personne protégée est hors d'état de manifester sa volonté lors de l'acte de donation, **le juge des tutelles recherche une manifestation antérieure de son intention de donner ou s'il résulte de ses habitudes passées des indices permettant de présumer une intention libérale au moment de l'acte** ; cette conception très pragmatique de l'office du juge assure la sécurité juridique des actes autorisés, tout en prenant en compte l'expression de sa volonté par un faisceau d'indices antérieurs,

- lorsque la personne protégée est hors d'état de manifester sa volonté lors de l'acte de donation et **en l'absence de manifestation de l'intention libérale** du majeur protégé actuelle et antérieure, explicite ou implicite, **le juge pourrait autoriser une donation s'il considère que le projet est conforme à l'intérêt du majeur protégé** ; cette conception en faveur d'une gestion optimale du patrimoine de la personne est plus risquée en terme de sécurité juridique et détachée de toute manifestation de la volonté du majeur protégé. Elle permet à la famille du majeur protégé de bénéficier des mêmes avantages légaux que les autres personnes, notamment sur le plan fiscal. Elle tient peu compte du caractère personnel de l'acte et s'éloigne de l'objectif du législateur de 2007 qui a souhaité replacer la personne protégée au centre de la protection.

Dans le silence des textes, les juges du fond⁸ déterminent diversement le périmètre de leur office, de manière assez pragmatique, sans faire de distinction selon que le majeur protégé se trouve sous tutelle ou sous habilitation familiale de représentation :

Des cours d'appel procèdent à une **recherche de l'intention libérale du majeur protégé en considérant que s'il est dans l'incapacité de manifester sa volonté, l'intention peut être présumée ou déduite d'un faisceau d'indices**, notamment l'existence de donations antérieures au profit des mêmes personnes, ou la désignation du même bénéficiaire dans un contrat d'assurance-vie antérieur (CA Paris, 6 avril 2021 RG n° 20/03486, CA Versailles, 7 mai 2021 RG n° 19/04101, CA Nancy, 11 mai 2020 RG n° 19/02157, CA Versailles, 30 octobre 2020 RG n° 18/06096, CA Aix en Provence, 27 août 2020 RG n° 19/13421, CA Lyon, 20 juin 2019 RG n° 18/06256 pour une tutelle ; CA Colmar, 15 janvier 2020 RG n° 19/03826, CA Versailles, 6 décembre 2019 RG n° 19/06198 pour une habilitation familiale)

D'autres nous paraissent aller plus loin en autorisant une donation après avoir constaté l'absence d'expression d'une intention libérale actuelle ou passée, mais en retenant **qu'il n'est pas non plus établi que le majeur protégé n'aurait pas consenti à faire une telle donation**. Il est alors tenu compte du lien qui unit le donataire au bénéficiaire et de la nature du projet dans sa globalité (CA Versailles, 1er octobre 2021 RG n° 21/02116).

D'autres admettent que le juge des tutelles puisse autoriser des donations en l'absence d'expression d'une intention libérale actuelle ou passée, **dès lors que le majeur protégé est représenté et que la donation n'est pas contraire à ses intérêts** (pour une tutelle : CA Dijon, 12 mai 2021 RG n° 20/00382 ; pour une habilitation familiale : CA Aix-en-Provence, 9 septembre 2021 RG n° 20/08752, CA Douai, 10 septembre 2020 RG n° 19/05402 refus en l'absence d'intérêt)

L'association nationale des juges du contentieux et de la protection a été saisie d'une consultation portant sur une question plus large que celle soumise à la Cour.

Elle y a répondu en ces termes⁹ :

“En conclusion, à la question selon laquelle « lorsqu'une personne majeure est totalement hors d'état d'exprimer sa volonté, le juge des tutelles peut-il donner l'autorisation pour que soit réalisée une donation de ses biens, et, si tel est le cas, quels sont les éléments que le juge est amené à prendre en considération ? », l'ANJCP est d'avis de répondre positivement, et estime que le juge doit avant de se prononcer :

⁸ Voir le rapport du conseiller Fulchiron dans le présent dossier qui reprend plus précisément les éléments de la recherche du SDER

⁹ La consultation est entièrement reproduite à la suite du présent avis

- constater qu'est rapportée préalablement **la preuve de l'intention libérale du donateur** et la preuve de la nature et du quantum de la donation,
- constater que **la donation ne porte pas atteinte à l'intérêt de la personne protégée**, et notamment ne compromet pas sa situation financière présente et à venir,
- faire application des dispositions de l'article 455 du Code civil s'il constate un conflit d'intérêts entre le donateur et le donataire.

Mais à notre sens le juge des tutelles n'a pas l'obligation de s'assurer de la légalité et de l'opportunité de la donation, sauf à notre sens en cas d'illégalité manifeste du projet résultant de la requête ou des justificatifs joints, illégalité du projet d'acte portant de facto atteinte à l'intérêt de la personne protégée."

La doctrine ne s'est guère exprimée sur l'office du juge saisi d'une demande de donation lorsque le majeur protégé est dans l'incapacité de manifester sa volonté.

En matière de tutelles, Mmes Caron-Deglise et Peterka¹⁰ considèrent *"qu'à l'instar de l'autorisation de tester, celle de consentir une donation n'est soumise à aucune condition particulière par l'article 476 du code civil. Pour autant, le juge des tutelles, qui dispose d'un pouvoir souverain mais non discrétionnaire, est tenu, comme en matière testamentaire, de s'assurer de l'intégrité de l'intention libérale exprimée par la personne en tutelle."* Elles excluent l'hypothèse selon laquelle une donation pourrait être accordée dans l'intérêt du majeur protégé, sans que son intention libérale actuelle ou passée ne soit recherchée. Au contraire, elles recommandent une audition pour permettre au juge, d'une part, d'apprécier si le majeur protégé peut consentir à la donation et s'il doit être assisté ou représenté et d'autre part, de s'assurer de l'intégrité de l'intention libérale. Le juge des tutelles doit par ailleurs vérifier que la donation est compatible avec les intérêts du majeur protégé.

En matière d'habilitation familiale de représentation, Mme Maria¹¹ approuve la décision de la cour d'appel de Paris du 6 avril 2021¹² qui *"confirme la décision de première instance en se référant à deux éléments : la volonté du majeur concerné et son intérêt. Quant à sa volonté, ils montrent qu'elle est indécélable : d'abord, parce que le représenté est dans l'incapacité totale d'exprimer sa volonté sur le projet envisagé ; ensuite, parce qu'aucune manifestation de volonté antérieure ne permet de supposer la volonté actuelle. Quant à l'intérêt du majeur protégé, la cour d'appel note que l'objectif de réduction de la fiscalité successorale n'y répond pas et que la réalité de liens affectifs particuliers entre le majeur et ses neveux et nièces n'est pas démontrée."*

¹⁰ Ouvrage pré-cité n°351-52

¹¹ Ingrid Maria Droit de la famille n° 6, Juin 2021, comm. 103 Habilitation familiale et donation : attention à ne pas oublier le majeur protégé !

¹² CA Paris 6 avril 2021 n°20/03486

Or, la cour d'appel de Paris a bien recherché l'existence d'une intention libérale actuelle ou passée, en ces termes : *"Il est incontestable au vu des débats et du certificat médical du Docteur [P], délivré le 18 juillet 2018 ayant conduit à la mise sous habilitation familiale représentation du majeur protégé, que celui-ci est dans l'incapacité totale d'exprimer sa volonté sur le projet envisagé ; que c'est donc à juste titre que le juge des tutelles a considéré que l'état de santé de M. [S] [R], était incompatible avec l'expression d'une intention libérale.*

Par ailleurs, il n'existe au dossier aucun élément permettant d'établir la volonté antérieurement exprimée par M. [S] [R] de faire une donation dans les formes et les montants visés par la requête, celui n'ayant notamment jamais fait aucune libéralité au bénéfice de sa famille, même lors de son retour en France. "

Pourtant, Mme Maria paraît limiter l' autorisation du juge au cas où le majeur protégé est en mesure d'exprimer son intention libérale : *" L'intervention du juge, imposée par l'article 494-6, alinéa 4 pour l'habilitation familiale (il est étrange par ailleurs que les juges se réfèrent ici à l'article 476 qui concerne la tutelle et non l'habilitation familiale), vise précisément à vérifier la réalité et l'intégrité de l'intention libérale. Mais encore faut-il que cette intention soit exprimée par le majeur protégé, ce qui n'était nullement le cas en l'espèce ! Celui-ci n'était ni présent à l'audience ni représenté. Comment peut-on envisager qu'un juge autorise la libéralité sans avoir entendu le majeur protégé et sans s'être fait communiquer un certificat médical propre à attester de son discernement ? Outre qu'une autorisation donnée sans respect de ces garanties relèverait d'une certaine inconséquence, l'acte serait, à coup sûr, annulable pour insanité d'esprit (C. civ., art. 901)."*

M.Combret, notaire honoraire¹³, a également commenté l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 6 avril 2021 qu'il critique en considérant que c'est l'intérêt de la personne protégée qui est à prendre en toutes circonstances en considération et que le fait que dans certains cas, elle ne puisse exprimer ou avoir exprimé sa volonté ne devrait pas être un critère d'exclusion :

"Que l'intérêt du majeur protégé soit retenu, c'est à la fois naturel et indispensable, l'article 415 du Code civil énonçant que toute mesure concernant une personne protégée a pour finalité l'intérêt de la personne protégée.

Que l'on se préoccupe de la volonté de la personne protégée peut se comprendre dans un certain nombre de cas mais ne semble pas pouvoir être mentionné comme un principe systématiquement intangible. Autant cela se comprend lorsque la personne protégée peut être entendue et est en mesure de donner son avis, autant cela se comprend moins lorsqu'elle est hors d'état d'être entendue et de donner son avis.

¹³ Defrénois 4 novembre 2021 n°45-46 p.12

En pareil cas, le juge aura comme guide de prise de décision l'intérêt de la personne protégée et cela semble en soi suffisant. Tenir un autre raisonnement reviendrait à instaurer une règle discriminante en réservant l'éventualité d'une donation pour le compte d'une personne protégée aux seules hypothèses où celle-ci en aurait préalablement manifesté la volonté lorsqu'elle en était capable ou bien encore lorsqu'elle disposerait d'une capacité suffisante pour exprimer sa volonté. Faut-il souligner que la loi prévoit bien une représentation, contrairement au testament, acte strictement personnel (Adde D. Noguéro, « Le testament des majeurs protégés : une liberté encadrée », Defrénois 7 sept. 2017, n° 127t8, p. 17) ?

En réalité, c'est bien l'intérêt de la personne protégée qui est à prendre en toutes circonstances en considération. Le fait que dans certains cas elle ne puisse exprimer ou avoir exprimé sa volonté ne devrait pas être un critère d'exclusion. Dès lors, on peut ne pas partager pleinement la motivation approximative retenue par la cour d'appel."

La finalité de la protection d'un majeur est définie par référence à l'obligation de poursuivre l'intérêt de la personne et à celle de favoriser son autonomie. Ces deux obligations se distinguent par une différence de degré : la première est absolue et ne souffrira donc d'aucun accommodement, la seconde devra être respectée « dans la mesure du possible », c'est-à-dire compte tenu de la situation et de l'état de la personne.

L'article 415 du code civil érige ainsi au rang des principes directeurs du droit de la protection juridique des majeurs la promotion de l'autonomie de la personne protégée, le respect de ses libertés individuelles, de ses droits fondamentaux et de sa dignité.

Comme évoqué supra, lorsqu'il autorise une donation, le juge des tutelles doit donc favoriser l'autonomie de la personne, rechercher son intérêt, tout en respectant les dispositions en vigueur en droit des libéralités.

Il doit d'abord rechercher si la personne majeure est capable de consentir à une donation, et si elle doit être assistée ou représentée. Il doit également rechercher si elle est conforme à ses intérêts, d'ordre patrimonial mais aussi personnel (affectif, familial, humanitaire). Compte tenu des spécificités de la donation, acte à la fois patrimonial par son objet et personnel par sa finalité, il doit enfin vérifier qu'elle est sous-tendue par une intention libérale, la donation se caractérisant par cette intention de gratifier autrui.

La question posée à la Cour porte cependant sur l'office du juge des tutelles lorsque le majeur protégé est totalement incapable de manifester sa volonté au moment de l'acte, le juge ne pouvant alors s'assurer, y compris par une audition, de son intention libérale actuelle.

Dans cette hypothèse, contraindre le juge à vérifier l'existence d'une intention libérale au moment de l'acte, reviendrait à interdire toute donation de la part du majeur représenté et à geler son patrimoine, sans tenir compte des manifestations antérieures de sa volonté, ni de l'intérêt pour elle d'y procéder. Une telle conception, très restrictive, si elle est conforme au droit des libéralités, nous paraît contraire au droit des majeurs protégés, dans lequel la personne et sa volonté sont au coeur de la protection.

Pour autant, en régime de représentation, le représentant agit au nom et pour le compte du majeur protégé ; il ne peut se substituer à lui sans excéder ses pouvoirs. De même, lorsqu'il est saisi par le représentant d'une demande d'autorisation d'un acte mixte, à double dimension personnel et patrimonial, le juge des tutelles ne peut se substituer au majeur protégé, et accorder une donation qu'il estimerait conforme à ses intérêts, sans rechercher quelle était la volonté du majeur protégé.

Toutefois, lorsque le majeur protégé est hors d'état de manifester sa volonté, il apparaît conforme au droit des majeurs protégés de rechercher quelle eût été la volonté de ce dernier s'il avait été en état de l'exprimer et ce, à travers un faisceau d'indices passés.

Ainsi, afin de concilier les dispositions sur les conditions de validité d'une donation d'un côté et celles tendant à la protection des majeurs de l'autre, il appartient au juge des tutelles, selon nous, de rechercher dans un passé proche ou plus ancien, quelle était la volonté du majeur protégé, ce qui comptait pour lui, et de caractériser ainsi son intention libérale : l'évocation du projet de donation en cause ou l'existence de donations antérieures au bénéfice des mêmes personnes, voire des mêmes associations ou autres.

En complément de ce contrôle, le juge doit rechercher un continuum entre les expressions antérieures d'une intention libérale et le contexte actuel de la donation sollicitée, s'agissant notamment de la teneur du patrimoine du majeur, du montant autorisé et du maintien de liens de proximité voire d'affection avec les bénéficiaires.

Ce faisant, le juge des tutelles s'assure que la donation correspond à la volonté du majeur protégé, qui, s'il ne peut plus l'exprimer, a laissé dans sa vie antérieure, des indices de nature à caractériser son intention libérale. Il veille également à ce que la réalisation de la donation soit toujours conforme à ses intérêts d'ordre patrimonial et personnel.

L'autorisation d'une donation dans de telles conditions renforce la sécurité juridique de l'acte en ce que l'intention libérale aura été caractérisée par le juge et en ce qu'elle sera effectuée par le tuteur ou la personne habilitée.

Il sera donc répondu plus spécifiquement à la question posée par le juge des tutelles de Rouen de la façon suivante : l'absence de caractérisation d'une intention libérale, présente ou passée, de la personne protégée, fait nécessairement obstacle à la possibilité pour le juge des contentieux de la protection statuant en qualité de juge des tutelles, d'autoriser la personne habilitée à la représenter de manière générale pour

l'ensemble des actes relatifs à ses biens, sur le fondement des articles 494-1 du code civil, à procéder à une donation.

ANNEXE

CONSULTATION DE L'ASSOCIATION NATIONALE DES JUGES DU CONTENTIEUX DE LA PROTECTION

“Par courrier reçu le 5 novembre 2021, Madame MARILLY, avocate générale référendaire auprès de la Première Chambre civile de la Cour de Cassation, a saisi l'Association nationale des Juges des Contentieux de la Protection d'une demande d'avis ainsi rédigée :

« lorsqu'une personne majeure est totalement hors d'état d'exprimer sa volonté, le juge des tutelles peut-il donner l'autorisation pour que soit réalisée une donation de ses biens, et, si tel est le cas, quels sont les éléments que le juge est amené à prendre en considération ? »

Pour simplifier l'analyse, il sera supposé que la personne majeure totalement hors d'état d'exprimer sa volonté bénéficie d'une mesure de tutelle ou d'habilitation familiale de représentation préalablement prononcée.

La donation entre vifs est définie par l'article 894 du Code civil comme étant un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte.

Lorsque la personne au nom de qui la donation est envisagée est hors d'état d'exprimer sa volonté, y compris donc de donner, cet acte peut-il être réalisé ?

Des échanges entre juges des tutelles, y compris récemment, il ressort trois positions distinctes, dont deux minoritaires. Cela rend d'autant plus nécessaire l'avis que sera amenée à rendre la Première Chambre civile de la Cour de Cassation.

- La première position considère que dès lors que la personne protégée n'est plus en capacité d'exprimer son intention de donner, nul ne peut palier sa volonté et aucune donation n'est possible. La réalisation de donations régulières par le passé ou l'intention manifestée clairement et sans équivoque, avant l'événement ayant entraîné l'altération, de procéder à une donation, sont insuffisantes à caractériser la persistance de la volonté de donner jusqu'au jour de la donation : le donateur aurait pu changer d'avis, ou ne pas vouloir gratifier tous ses proches dans les mêmes circonstances et il n'y a pas lieu de déduire de comportements passés une présomption d'intention libérale systématique ou persistante. En outre, cela fige le comportement de la

personne protégée dans le passé alors que, sans altération, elle aurait pu envisager de donner dans des circonstances différentes de celles préalablement constatées.

- La seconde part de la considération selon laquelle une donation par nature appauvrit celui qui la fait et au sens purement financier, n'est donc jamais "dans l'intérêt du majeur protégé", intérêt que le juge des tutelles doit préserver. On peut alors en déduire que cet "intérêt" en l'espèce est plus large et inclut nécessairement un intérêt familial. Dans ce cadre, la rédaction de l'article 476 du Code civil et spécialement, le "ou au besoin représentée", indique que l'accord de la personne protégée n'est pas nécessaire et qu'il n'y a pas lieu de rechercher une intention libérale particulière en scrutant ses faits, gestes et paroles passées, sauf à ajouter une condition que la loi ne prévoit pas et on exige une preuve impossible si la personne n'est plus en état d'exprimer sa volonté. Dans cette hypothèse, sous réserve de la vérification de la préservation pour l'avenir des moyens financiers de la personne protégée eu égard à son mode de vie et à l'évolution possible de son état de santé, et de la vérification de l'existence de liens familiaux réels ainsi que l'égalité entre les "futurs héritiers" donataires, le juge peut dans ces circonstances autoriser une donation (partage en général), même en l'absence de toute volonté exprimable de la personne protégée.

Cette analyse se fonde également sur une forme de non-discrimination entre les familles pouvant transmettre leur patrimoine par anticipation en bénéficiant des dispositions fiscales adéquates favorisant cette transmission, et celles ne le pouvant pas car un des parents a perdu sa faculté d'exprimer sa volonté. Or, les donations ont traditionnellement vocation à aider à l'établissement des enfants, voire des petits-enfants (achat d'une première voiture, d'une résidence principale, aide aux études des petits-enfants, etc), ce qui est rendu d'autant plus nécessaire que le bénéfice d'une succession familiale survient maintenant plutôt vers l'âge de 60 ans, alors qu'auparavant cela survenait plutôt vers 30-40 ans.

Enfin, l'existence d'un consensus familial peut aussi être un élément de décision, s'il ne se fait pas au détriment des intérêts de la personne protégée (comme ne pas suffisamment anticiper les frais futurs).

- Nous allons développer ci-dessous la position qui se dégage majoritairement des échanges entre juges des tutelles, et que partage la majorité du bureau de l'ANJCP.

Même si cela n'est pas explicite dans l'article 894, la donation présuppose l'intention libérale du donateur qui va se priver d'un bien au profit d'un donataire. Nous estimons (et en ce sens, une position constante de la Cour de cassation, voir notamment Cass., Com., 8 février 2017, pourvoi n°15-21.366) que l'intention libérale est ainsi un élément consubstantiel de l'acte de donation, qui doit être caractérisée pour y procéder. Dès lors, et sous réserve d'un certain nombre de vérifications, s'il peut être établi l'intention libérale du donateur avant la survenance de l'altération de ses facultés ainsi que les circonstances entourant cette donation, le juge des tutelles peut autoriser

la donation dans des circonstances similaires ou pour achever une procédure de donation interrompue par la survenance de l'altération.

Nous présenterons notre avis en distinguant selon que la personne protégée bénéficie d'une tutelle ou d'une habilitation familiale de représentation, le régime de chacune de ces mesures de protection contenant un texte relatif aux donations, qui n'est pas rédigé en des termes identiques.

I) Donation au nom d'une personne protégée en tutelle

Lorsque le donataire est hors d'état d'exprimer sa volonté, le juge des tutelles, par hypothèse saisi d'une requête en autorisation de donation au nom du tuteur, peut-il autoriser l'acte ? Le législateur a posé comme principe à l'article 509 du code civil l'interdiction des actes à titre gratuit au nom de la personne protégée, et ce même avec l'autorisation du juge des tutelles.

Cet article accueille cependant une exception, rappelée dans ce même article et énoncée à l'article 476 du Code civil : 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.

La rédaction de cet article appelle plusieurs observations :

- le juge des tutelles autorise la donation, mais il détermine également si la personne protégée doit être assistée ou représentée par le tuteur pour y procéder. En effet, la tutelle est un régime de représentation, donc devoir déterminer si pour cet acte spécifique la personne protégée pourra être représentée ou seulement assistée suppose nécessairement une décision du juge en ce sens.

La requête en autorisation de donation induit donc un examen spécifique de la capacité de la personne protégée. En effet, la tutelle est un mécanisme de représentation de la personne par le tuteur, alors que pour le cas spécifique de la donation, le juge va devoir apprécier la capacité de la personne pour déterminer si celle-ci doit être représentée ou si une assistance de la part du tuteur est suffisante.

- la formulation de l'article apparaît ambiguë car si la personne protégée a des capacités telles qu'une assistance suffirait pour procéder à la donation, ces mêmes capacités lui permettent de prendre la décision, assistée de son tuteur, de sorte qu'une autorisation du juge apparaît au mieux superflue, au pire contradictoire, et cela pourrait questionner l'adaptation même de la mesure de protection à la situation de la personne.

- le juge autorise la personne protégée à « faire des donations », ce qui signifie que l'autorisation peut survenir sur requête pour procéder à une donation unique, mais aussi pour autoriser un principe de donation susceptible de se répéter dans le temps.

- le texte ne précise pas selon quelle procédure le juge des tutelles va instruire la demande. Or, au-delà de l'autorisation de la donation elle-même, que nous verrons

plus loin, devoir apprécier si la personne sera assistée ou représentée suppose d'avoir, à l'appui de la requête, des éléments permettant de déterminer la capacité de la personne, éventuellement confirmée par l'audition de celle-ci, non prévue par le texte mais indispensable selon nous, sauf certificat médical indiquant que l'audition de la personne protégée n'est pas possible. L'audition va permettre de déterminer si l'assistance suffit ou si la représentation est nécessaire, et pourra utilement être mise à profit pour apprécier s'il y a lieu d'autoriser la donation.

A) La difficulté tenant à la manifestation de l'intention libérale

Dans l'hypothèse d'une personne hors d'état d'exprimer sa volonté, on peut écarter la mise en place d'une assistance par le tuteur. Si une donation peut être envisagée, le juge des tutelles va décider d'une représentation par le tuteur. La difficulté qui se fait jour est que si la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, elle est de facto dans l'impossibilité de formuler une volonté de donner, et dans l'impossibilité de saisir le juge pour y être autorisée. La démarche sera entièrement gérée par le tuteur.

Le juge des tutelles peut-il autoriser une donation au nom d'une personne qui ne peut exprimer sa volonté d'y procéder ? L'article 476 précité n'exclut pas expressément la donation dans cette hypothèse. La principale difficulté va être de déterminer l'existence d'une intention libérale du donateur. À notre sens, on ne peut faire abstraction de cette intention libérale qui est consubstantielle de la donation, comme condition de fond de celle-ci.

Par conséquent, il appartient au requérant d'établir l'intention libérale du donateur majeur protégé. Cette preuve peut être rapportée de plusieurs façons :

- avant d'être hors d'état d'exprimer sa volonté, la personne protégée avait initié une donation, en consultant un notaire, ou en faisant part de son intention autour d'elle, dans des courriers par exemple,

- la personne protégée avait, avant d'être hors d'état d'exprimer sa volonté, l'habitude de procéder à des donations dans des cas bien établis : dons manuels ou présents d'usage lors d'événements familiaux, dons récurrents à échéances fixes ou selon une incidence déterminée (par exemple, à réception d'un fermage versé annuellement, la personne protégée en donnait le montant à une institution charitable...).

Sous réserve que la preuve en soit suffisamment rapportée, et selon l'appréciation souveraine du juge des tutelles, il peut être considéré que la régularité des donations ou les démarches en vue d'y procéder établissent une intention libérale qui n'a pas disparu en dépit de l'altération des facultés de la personne l'empêchant d'exprimer sa volonté. Le requérant devra établir l'intention libérale, mais également rapporter la preuve de l'objet de la donation (si don en nature) ou son montant (don en

numéraire) ainsi que le bénéficiaire de la donation. Si l'un de ces éléments, constitutifs de la donation, ne peut être établi, il nous semble que la requête devrait être rejetée.

B) La protection des intérêts de la personne protégée

La preuve de l'intention libérale ne suffit cependant pas à autoriser la donation. En effet, le juge des tutelles doit, avant de donner son autorisation, s'assurer que l'acte est conforme à l'intérêt de la personne (article 415 du code civil), ce qui est la finalité de la mesure de protection, déclinée pour chaque acte que le juge des tutelles doit autoriser.

1) L'incidence de l'appauvrissement du donateur

Dans le cas de la donation, qui est un acte d'appauvrissement volontaire du donateur, il convient donc de vérifier que cet appauvrissement ne nuira pas au donateur et ne l'empêchera pas de faire face à ses charges, et à des dépenses prévisibles, pas plus qu'il ne le privera d'un élément dont il aurait besoin, dans l'hypothèse d'une donation en nature. Ainsi, une donation de l'ensemble du patrimoine du donateur ne peut être autorisée, pas plus qu'une donation de l'immeuble du donateur s'il constitue son logement et qu'il ne dispose pas d'un autre immeuble susceptible de devenir son logement. Ce principe posé, l'appréciation de l'incidence de l'appauvrissement sollicité sur le patrimoine de la personne protégée sera nécessairement fonction de l'importance de celui-ci, des charges courantes et prévisibles de la personne, d'éventuels projets à venir ayant par ailleurs un impact sur le patrimoine (ainsi d'une résiliation de bail induisant des frais de déménagement par exemple), des donations passées s'il y en a eu...

2) Le conflit d'intérêts

La protection des intérêts de la personne sous tutelle commande de s'assurer d'un autre aspect juridique de la donation : l'éventuel conflit d'intérêts entre le donateur et le tuteur.

Lorsque le tuteur est un mandataire judiciaire à la protection des majeurs, la difficulté ne se pose normalement pas puisque le mandataire est frappé d'une interdiction de recevoir (article 909 du Code civil, cf. infra), de sorte que la donation est interdite.

Il en va différemment lorsque le tuteur est également le donataire, ou de la famille de ce dernier. Dans ce cas, le tuteur est réputé être en conflit d'intérêts avec la personne protégée et ne peut donc la représenter. L'article 455 du Code civil prévoit deux solutions : le juge peut recourir au subrogé tuteur s'il en a été nommé un et lorsque le conflit d'intérêts n'existe pas en la personne de ce dernier, ou à défaut de subrogé tuteur, ou s'il ne peut substituer le tuteur, le juge peut nommer un tuteur ad

hoc. Ces dispositions ne laissent pas de marge d'appréciation au juge quant à la désignation d'un tuteur ad hoc.

Lorsque le donataire est le tuteur, le conflit d'intérêts est évident et le juge des tutelles doit se reporter aux dispositions de l'article 455 précité. Lorsque le donataire est de la famille du tuteur, il est de la responsabilité de ce dernier de le signaler. Dans le silence du tuteur, le juge des tutelles doit-il vérifier d'office l'existence d'un éventuel conflit d'intérêts ? La rédaction de l'article 455 fait peser sur le tuteur l'obligation de signaler le conflit d'intérêts, de sorte que faire peser en plus sur le juge des tutelles une obligation de vérifier l'existence d'un conflit d'intérêts entre donateur et donataire serait à notre sens contraire au texte et l'ajout d'une obligation que celui-ci ne prévoit pas.

En pratique, l'attention du juge des tutelles sera par exemple attirée par un donataire qui porterait le même nom de famille que le tuteur, entraînant une vérification des liens unissant le tuteur et le donataire et l'application de l'article 455 le cas échéant.

C) Appréciation de la légalité et de l'opportunité de la donation

Outre les conditions de fond de la donation et l'incidence de l'appauvrissement du débiteur sur son patrimoine, le juge des tutelles doit-il vérifier la légalité de la donation avant d'autoriser celle-ci ? Doit-il notamment s'assurer que le donataire est capable de recevoir la donation (qu'il n'est pas frappé d'une incapacité de recevoir, comme les mandataires judiciaires à la protection des majeurs, selon l'article 909 du code civil) ? Doit-il de même s'assurer que la donation envisagée ne serait pas viciée ?

Il ne nous apparaît ni possible ni souhaitable de mettre cette vérification à la charge du juge des tutelles. D'une part, il ne dispose pas nécessairement des informations permettant de procéder à cette vérification, contrairement au tuteur qui, de par ses relations avec la personne protégée est à même de s'en assurer, et d'autre part faire reposer cette vérification sur le juge des tutelles serait susceptible de conférer à l'autorisation une présomption de légalité de l'acte qui ne permettrait plus, ou plus difficilement, d'en contester la légalité devant la juridiction civile saisie d'une contestation de la donation. Or, l'autorisation donnée par le juge des tutelles ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de purger l'acte de ses vices (vices du consentement...). On ajoutera que l'obligation de vérification préalable de la légalité de l'acte par le tuteur est une obligation de moyen, le législateur ni la jurisprudence n'ayant fait peser d'obligation de résultat sur le tuteur dans l'exercice de son mandat judiciaire.

En revanche, on peut tout à fait admettre que le juge des tutelles qui, dans le cadre de son instruction de la requête en autorisation de donation, viendrait à apprendre que le consentement de la personne protégée est susceptible d'être vicié, ou que le donataire est frappé d'une interdiction de recevoir, refuse d'autoriser l'acte, non en se fondant sur la légalité de celui-ci mais sur l'intérêt de la personne protégée, celle-ci n'ayant aucun intérêt à accomplir un acte susceptible d'être annulé.

Le juge des tutelles doit-il apprécier l'opportunité de l'acte ? Nous estimons que la réponse à cette question doit être négative, le juge des tutelles n'a pas à apprécier l'opportunité de l'acte dès lors que les conditions de fond de celui-ci sont remplies, pas plus qu'il ne peut fonder son autorisation sur l'éventuelle incidence, même négative, de la donation sur des tiers (exemple d'une donation au profit d'un seul des enfants du donateur, au détriment des autres). L'opportunité de la donation est appréciée par la personne protégée elle-même : si elle entendait procéder à une donation avant d'en être empêchée par l'altération de ses facultés, ou si elle procédait régulièrement à des donations dans des cas identifiés, elle avait nécessairement, à un moment où elle en avait la capacité, apprécié cette opportunité et estimé la donation opportune. La seule appréciation de l'opportunité de l'acte portée par le juge des tutelles est celle de l'appréciation de l'intérêt de la personne protégée à accomplir l'acte au regard des conséquences que celui-ci peut avoir sur son patrimoine, examen prévu par la loi.

II) Donation au nom d'une personne protégée bénéficiant d'une habilitation familiale

Ainsi que nous l'avons indiqué, au regard de l'hypothèse de départ – une personne incapable d'exprimer sa volonté – la personne au nom de qui une donation est envisagée bénéficiera nécessairement d'une habilitation familiale de représentation.

L'article 494-6 alinéa 2 du Code civil dispose que la personne habilitée ne peut accomplir en représentation un acte de disposition à titre gratuit qu'avec l'autorisation du juge des tutelles.

Le texte est ici différent de l'article 476, puisque, si le juge des tutelles autorise toujours la donation, le texte ne prévoit pas qu'il doive en outre déterminer si la personne protégée sera assistée ou représentée par la personne habilitée pour y procéder.

Les articles 494-1 et suivants du Code civil, régissant l'habilitation familiale, ne fournissent aucune autre information qui pourrait orienter le juge des tutelles dans son instruction de la requête en autorisation de donation.

Par ailleurs, le régime d'habilitation familiale de représentation est un régime allégé par rapport à la tutelle puisque l'intervention et le contrôle du juge des tutelles y sont moindres, pour autant il s'agit toujours d'un régime de protection fondé sur la représentation de la personne par un tiers pour gérer l'ensemble de ses affaires et protéger ses intérêts. Dès lors, le législateur ayant estimé que la donation, comme les actes à titre gratuits, doit faire l'objet d'un traitement d'exception requérant l'autorisation du juge, il ne nous semble pas que l'instruction de la requête doive différer de ce qui est requis lorsque la personne bénéficie d'une tutelle : le juge appréciera l'existence d'une intention libérale de la personne protégée et l'absence d'atteinte à ses intérêts du fait de l'appauvrissement induit par la donation. La vérification de la légalité de l'acte repose à notre sens sur la personne habilitée comme il repose sur le tuteur, dans le cadre d'une obligation de moyen.

On précisera que l'ouverture d'une mesure d'habilitation familiale requiert, de la part du juge des tutelles, qu'il s'assure de l'absence d'opposition du cercle familial (article 494-4 alinéa 2 du Code civil). Dans ces conditions, la caractérisation et l'interprétation de la volonté du donateur représenté par personne habilitée est moins susceptible de débat.

Bien que cela n'ait pas été envisagé jusque là, tant le cas demeure peu fréquent, lorsque la personne protégée bénéficie de la mise en oeuvre du mandat de protection future qu'elle avait convenu, le législateur a prévu que la réalisation d'une donation était subordonnée à l'autorisation préalable du juge des tutelles (article 490 pour le mandat notarié, article 493 pour le mandat sous seing privé). Dans ce cas, les développements relatifs à la donation en cas d'habilitation familiale nous semblent parfaitement transposables à la donation en cas de mandat de protection future.

En conclusion, à la question selon laquelle « *lorsqu'une personne majeure est totalement hors d'état d'exprimer sa volonté, le juge des tutelles peut-il donner l'autorisation pour que soit réalisée une donation de ses biens, et, si tel est le cas, quels sont les éléments que le juge est amené à prendre en considération ?* », l'ANJCP est d'avis de répondre positivement, et estime que le juge doit avant de se prononcer :

- constater qu'est rapportée préalablement la preuve de l'intention libérale du donateur et la preuve de la nature et du quantum de la donation,

- constater que la donation ne porte pas atteinte à l'intérêt de la personne protégée, et notamment ne compromet pas sa situation financière présente et à venir,

- faire application des dispositions de l'article 455 du Code civil s'il constate un conflit d'intérêts entre le donateur et le donataire.

Mais à notre sens le juge des tutelles n'a pas l'obligation de s'assurer de la légalité et de l'opportunité de la donation, sauf à notre sens en cas d'illégalité manifeste du projet résultant de la requête ou des justificatifs joints, illégalité du projet d'acte portant de facto atteinte à l'intérêt de la personne protégée."