

VULNERABILITE ET APTITUDE DES PERSONNES INCAPABLES¹

par

Françoise HILGER

Juge de Paix à la Justice de Paix de Luxembourg
Chargé de cours associé à l'Université du Luxembourg.

A Rome, pour posséder la plénitude de droits, il fallait être chef de famille, et non en puissance d'autrui, être citoyen, et surtout libre (et non esclave)².

A la différence du droit romain, la capacité est depuis 1804 en droit français et par conséquent en droit luxembourgeois la règle et l'incapacité est l'exception³.

La capacité de jouissance désigne l'aptitude d'une personne à être titulaire de droits et sujet d'obligations.

La capacité de jouissance existe déjà au profit de l'enfant conçu : Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation. Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur⁴.

Néanmoins, la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable.

La capacité d'exercice désigne l'aptitude à exercer soi-même un droit dont on est titulaire, dont on a la jouissance.

Si à la capacité de jouissance correspond normalement le libre exercice des droits, l'appartenance et l'exercice des droits sont susceptibles d'être dissociés et la liberté d'exercice est susceptible d'être restreinte⁵.

Les restrictions à la capacité d'exercice, les incapacités d'exercice, sont issues d'une idée de protection⁶.

¹ Cet article prend sa source dans le rapport national « Vulnérabilité et aptitude » présenté dans le cadre des Journées Québécoises de l'Association Henri Capitant qui se sont déroulées du 28 mai au 1^{er} juin 2018 au Canada.

² D. Alland et St. Rials sous la dir. de, Dictionnaire de la culture juridique, PUF, 2007, verbo « capacité ».

³ Dictionnaire de la culture juridique, même verbo.

⁴ Article 906 Cciv.

⁵ P. Pescatore, Introduction à la science du droit, Luxembourg, Office des Imprimés de l'Etat, numéros 179 et 182

⁶ P. Pescatore, Introduction à la science du droit, Luxembourg, Office des Imprimés de l'Etat, numéro 182

La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, on est capable de tous les actes de la vie civile .

Est néanmoins protégé par la loi, soit à l'occasion d'un acte particulier, soit d'une manière continue, le majeur qu'une altération de ses facultés personnelles met dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts.

Ces restrictions à la capacité d'exercice frappent ainsi deux catégories de personnes : celles qui en raison de leur âge n'ont ni le discernement ni l'expérience nécessaires, à savoir les mineurs, et certains majeurs dont les facultés et surtout les facultés mentales sont altérées.

Ainsi la loi limite la capacité d'exercice des mineurs, dont la nécessité de protection est présumée et de certaines « catégories » de majeurs dont l'état de santé respectivement le comportement exigent cette protection. (I)

Cependant cette idée de protection ne va pas jusqu'à anéantir complètement ni la capacité, ni d'ailleurs la responsabilité des personnes vulnérables (II).

I. La personne incapable : sa protection

A. Les majeurs incapables

Le Code civil en son article 489 dispose que pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit. Mais c'est à ceux qui agissent en nullité pour cette cause de prouver l'existence d'un trouble mental au moment de l'acte. 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.

La preuve de l'altération des facultés mentales peut être faite par tous moyens. Le juge peut la déduire de l'existence de troubles mentaux à un moment proche de l'acte critiqué. Ainsi, la preuve du trouble au moment de l'acte peut être faite par une série de présomptions, tels le séjour de la personne concernée en milieu protégé, des certificats médicaux, surtout si ces présomptions sont corroborées par des anomalies relevées dans l'acte lui-même. La preuve du trouble mental au moment de l'acte par l'état habituel d'insanité d'esprit à l'époque de l'acte, constitue une présomption simple que le défendeur à l'annulation peut renverser en apportant la preuve décisive que l'acte a été passé dans un intervalle lucide.

Lorsque les facultés mentales sont altérées par une maladie, une infirmité ou un affaiblissement dû à l'âge, il est pourvu aux intérêts de la personne par l'un des régimes de protection prévus par la loi.

Les mêmes régimes de protection sont applicables à l'altération des facultés corporelles, si elle empêche l'expression de la volonté.

Cette altération des facultés mentales ou corporelles doit être médicalement établie⁷.

Ainsi est protégé par la loi, soit à l'occasion d'un acte particulier, soit d'une manière continue, le majeur qu'une altération de ses facultés personnelles met dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts. Peut pareillement être protégé le majeur qui, par sa prodigalité, son intempérance ou son oisiveté, s'expose à tomber dans le besoin ou compromet l'exécution de ses obligations familiales⁸.

Le droit luxembourgeois connaît trois régimes, du moins au plus protecteur : la sauvegarde de justice, la curatelle et la tutelle.

Si le majeur placé sous la sauvegarde de justice conserve l'exercice de ses droits, le majeur en curatelle ne peut, sans l'assistance de son curateur, faire aucun acte qui, sous le régime de la tutelle des majeurs, requerrait une autorisation du conseil de famille. Il ne peut non plus, sans cette assistance, recevoir des capitaux ni en faire emploi.

Si le majeur en curatelle a fait seul un acte pour lequel l'assistance du curateur était requise, lui-même ou le curateur peuvent en demander l'annulation.

Enfin la tutelle est ouverte quand un majeur a besoin d'être représenté d'une manière continue dans les actes de la vie civile.

Tous les actes passés, postérieurement au jugement d'ouverture de la tutelle, par la personne protégée, seront nuls de droit. Les actes antérieurs pourront être annulés si la cause qui a déterminé l'ouverture de la tutelle existait notoirement à l'époque où ils ont été faits.

Le testament fait après l'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 avait déterminé le testateur à disposer.

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.

Enfin le mariage d'un majeur en tutelle n'est permis qu'avec le consentement d'un conseil de famille spécialement convoqué pour en délibérer. L'avis du médecin traitant doit être requis.

Toutes ces dispositions traduisent la volonté du législateur de protéger le majeur sous tutelle et notamment son patrimoine.

⁷ Article 490 Cciv.

⁸ Article 488, alinéas 1^{er} et 2, Cciv

La loi luxembourgeoise mettant l'emphase sur la protection du patrimoine de l'incapable, elle est surtout à visée financière et par ce biais entend empêcher les personnes incapables à se nuire à elles-mêmes en passant des actes préjudiciables pour leur patrimoine.

Il faut bien comprendre que l'incapacité n'est pas conçue comme punition mais comme protection.

Des mesures de placement de la personne ne seront pas prises par le juge des tutelles qui ne pourra pas interner le protégé ; le tuteur peut signer un contrat avec une institution, mais la personne ne peut pas être internée contre sa volonté (sauf l'application de la loi du 10 décembre 2009 relative à l'hospitalisation sans leur consentement de personnes atteintes de troubles mentaux).

Les modalités du traitement médical, notamment quant au choix entre l'hospitalisation et les soins à domicile, sont indépendantes du régime de protection appliqué aux intérêts civils. Réciproquement, le régime applicable aux intérêts civils est indépendant du traitement médical.

Néanmoins, les décisions par lesquelles le juge des tutelles organise la protection des intérêts civils sont précédées de l'avis du médecin traitant.

Quel que soit le régime de protection applicable, par soucis du respect de la dignité de la personne, le logement de la personne protégée et les meubles meublants dont il est garni doivent être conservés à sa disposition aussi longtemps qu'il est possible.

Le pouvoir d'administrer, en ce qui touche ces biens, ne permet que des conventions de jouissance précaire, lesquelles devront cesser malgré toutes dispositions ou stipulations contraires, dès le retour de la personne protégée.

Est réservé néanmoins le droit des personnes condamnées à déguerpir de leur logement, de solliciter le sursis à l'exécution du jugement de déguerpissement.

S'il devient nécessaire ou s'il est de l'intérêt de la personne protégée qu'il soit disposé des droits relatifs à l'habitation ou que le mobilier soit aliéné, l'acte devra être autorisé par le juge des tutelles, après avis du médecin traitant, sans préjudice des autres formalités que peut requérir la nature des biens. Les souvenirs et autres objets de caractère personnel seront toujours exceptés de l'aliénation et devront être gardés à la disposition de la personne protégée, le cas échéant, par les soins de l'établissement de traitement.⁹

L'incapacité d'un majeur n'est jamais automatique et toute restriction à sa capacité nécessite la décision d'un juge : l'ouverture d'un régime de protection passe obligatoirement par la voie judiciaire.

⁹ Article 490-2 Cciv.

Dans un souci de prise en charge de la personne inapte par la famille, l'idée est en pratique de demander aux proches en raison du lien d'affection présumée respectivement en raison de l'intérêt à la préservation du patrimoine.

Ainsi une personne mariée est tuteur de son conjoint, à moins que la communauté de vie n'ait cessé entre eux ou que le juge n'estime qu'une autre cause interdit de lui confier la tutelle. Tous autres tuteurs sont datifs.

La tutelle est dative quand il n'y a pas de tuteur testamentaire ou légal ou encore lorsque le tuteur se trouve exclu ou qu'il est décédé ; dans ces cas c'est le conseil de famille qui désigne le tuteur¹⁰.

La tutelle d'un majeur peut encore être déferée à une personne morale.

Une personne mariée est curateur de son conjoint, à moins que la communauté de vie n'ait cessé entre eux ou que le juge n'estime qu'une autre cause interdit de lui confier la curatelle. Tous autres curateurs sont nommés par le juge des tutelles.

Le régime de la tutelle est modelable d'après l'état d'altération des facultés mentales de la personne à protéger et d'après l'importance de ses biens.

Ainsi, s'il y a un conjoint, un ascendant ou un descendant, un frère ou une sœur, une personne morale, apte à gérer les biens, le juge des tutelles peut décider qu'il les gèrera en qualité d'administrateur légal, sans subrogé tuteur ni conseil de famille, suivant les règles applicables, pour les biens des mineurs, à l'administration légale sous contrôle judiciaire¹¹.

Si, eu égard à la consistance des biens à gérer, le juge des tutelles constate l'inutilité de la constitution complète d'une tutelle, il peut se borner à désigner comme gérant de la tutelle, sans subrogé tuteur ni conseil de famille, soit un préposé appartenant au personnel administratif de l'établissement de traitement, soit un administrateur spécial¹².

Le gérant de la tutelle perçoit les revenus de la personne protégée et les applique à l'entretien et au traitement de celle-ci, ainsi qu'à l'acquittement des obligations alimentaires dont elle pourrait être tenue. S'il y a excédent, il le verse à un compte qu'il doit faire ouvrir chez un dépositaire agréé par le Gouvernement pour recevoir les fonds et valeurs pupillaires. Chaque année, il rend compte de sa gestion directement au juge des tutelles.

¹⁰ Article 404 Cciv.

¹¹ Article 497 Cciv.

¹² Article 499 Cciv.

Si d'autres actes deviennent nécessaires, il saisit le juge, qui pourra, soit l'autoriser à les faire, soit décider de constituer la tutelle complètement.

Curateur et tuteur n'ont pas à fournir de caution ou autre sûreté, mais il y a la surveillance par le juge des tutelles.

Tout tuteur est comptable de sa gestion lorsqu'elle finit.

Dès avant la fin de la tutelle, le tuteur est tenu de remettre chaque année au subrogé tuteur un compte de gestion. Le subrogé tuteur transmet le compte, avec ses observations, au juge des tutelles, lequel, s'il y échet, convoque le conseil de famille.

On y allouera au tuteur toutes dépenses suffisamment justifiées, et dont l'objet sera utile.

Si le tuteur vient à cesser ses fonctions avant la fin de la tutelle, il rendra un compte récapitulatif de sa gestion au nouveau tuteur, qui ne pourra l'accepter qu'avec l'autorisation du conseil de famille, sur les observations du subrogé tuteur¹³.

Evidemment il s'agit ainsi toujours d'une surveillance en aval.

Notons qu'il n'y a pas lieu d'ouvrir une tutelle qui devrait être dévolue au conjoint, si, par l'application du régime matrimonial, il peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne protégée¹⁴.

Cette disposition vise l'hypothèse où le conjoint peut gérer les biens de son conjoint si ce dernier devient inapte sans recourir à l'ouverture d'un régime de protection.

Le régime primaire, applicable à tous les régimes matrimoniaux, prévoit précisément deux règles permettant d'éviter l'ouverture d'un régime de protection.

Un époux peut être autorisé par justice à passer seul un acte pour lequel le concours ou le consentement de son conjoint serait nécessaire, si celui-ci est hors d'état de manifester sa volonté ou si son refus n'est pas justifié par l'intérêt de la famille¹⁵.

Si l'un des époux se trouve hors d'état de manifester sa volonté, l'autre peut se faire habiliter par justice à le représenter, d'une manière générale, ou pour certains actes particuliers, dans

¹³ Articles 470 et 471 Cciv. applicables à la tutelle du majeur incapable (article 495 Cciv.).

¹⁴ Article 498 Cciv.

¹⁵ Article 217 Cciv.

l'exercice des pouvoirs résultant du régime matrimonial, les conditions et l'étendue de cette représentation étant fixées par le juge¹⁶.

A noter encore que les règles spécifiques du régime matrimonial légal prévoient encore de telles règles^{17 18}.

Finalement, contrairement à d'autres législations, la fiducie n'a pas été conçue en droit luxembourgeois afin de servir spécialement dans le cadre du droit patrimonial des incapables.

Ainsi la loi du 27 juillet 2003 relative au trust et aux contrats fiduciaires, définissant le contrat fiduciaire comme contrat par lequel une personne, le fiduciaire, convient avec une autre personne, le fiduciaire, que celui-ci, sous les obligations déterminées par les parties, devient propriétaire de biens formant un patrimoine fiduciaire, n'ouvre la fonction de fiduciaire qu'à un cercle restreint de personnes. (personnes morales du secteur bancaire et d'affaires). Si la loi de 2003 ne permet pas l'utilisation de la fiducie en tant qu' »instrument

¹⁶ Article 219 Cciv. : à noter qu'avec l'introduction de la loi du 27 juin 2018 instituant le juge aux affaires familiales, portant réforme du divorce et de l'autorité parentale, le nouvel article 219 attribue compétence au juge aux affaires familiales pour connaître de cette demande d'habilitation ; même si la nouvelle loi ne modifie pas l'article 217, tout porte à croire-notamment en raison de la teneur du nouvel article 1007-1 NCPC attribuant compétence au JAF pour connaître des demandes concernant les droits et devoirs respectifs des conjoints et de celles ayant trait aux régimes matrimoniaux-que le nouveau JAF est aussi compétent pour connaître des demandes basées sur l'article 217.

¹⁷ Article 1426 Cciv. : Si l'un des conjoints se trouve, d'une manière durable, hors d'état de manifester sa volonté, ou si sa gestion des biens entrés en communauté de son chef atteste l'inaptitude ou la fraude, l'autre conjoint peut demander en justice à lui être substitué dans l'exercice de ses pouvoirs.

Le conjoint, ainsi habilité par justice, a les mêmes pouvoirs qu'aurait eu le conjoint qu'il remplace; il passe avec l'autorisation de justice les actes pour lesquels son propre consentement aurait été requis s'il n'y avait pas eu substitution.

Le conjoint privé de ses pouvoirs pourra, par la suite, en demander au tribunal la restitution, en établissant que le transfert à l'autre conjoint n'est plus justifié

¹⁸ Article 1429 Cciv. : Par ailleurs, si l'un des conjoints se trouve, d'une manière durable, hors d'état de manifester sa volonté, ou s'il met en péril les intérêts de la famille en laissant dépérir ses propres, il peut, à la demande de son conjoint, être dessaisi des droits d'administration et de jouissance qui lui sont reconnus par la loi. A moins que la nomination d'un administrateur judiciaire n'apparaisse nécessaire, le jugement confère au conjoint demandeur le pouvoir d'administrer les propres du conjoint dessaisi, ainsi que d'en percevoir les fruits, qui devront être appliqués par lui aux charges du mariage et l'excédant employé au profit de la communauté.

A compter de la demande, le conjoint dessaisi ne peut disposer seul que de la nue-propiété de ses biens.

Il pourra, par la suite, demander en justice à rentrer dans ses droits, s'il établit que les causes qui avaient justifié le dessaisissement n'existent plus

de planification patrimoniale »¹⁹, la liberté contractuelle permet la création d'une fiducie ad hoc ne relevant cependant pas du champ d'application de la loi de 2003²⁰.

Afin d'être complet, il s'agit de mentionner les dispositions légales par lesquelles le législateur vise à protéger les personnes vulnérables contre certaines formes d'exploitation ou d'abus hors du cadre des régimes de protection légaux.

Ainsi, aux termes de l'article 909 du Code civil, les docteurs en médecine ou en chirurgie, les officiers de santé et les pharmaciens qui auront traité une personne pendant la maladie dont elle meurt, ne pourront profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de cette maladie.

Sont exceptées:

1° les dispositions rémunératoires faites à titre particulier, eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus;

2° les dispositions universelles, dans le cas de parenté jusqu'au quatrième degré inclusivement, pourvu toutefois que le décédé n'ait pas d'héritiers en ligne directe; à moins que celui au profit de qui la disposition a été faite, ne soit lui-même du nombre de ces héritiers.

Les mêmes règles seront observées à l'égard du ministre du culte.

D'ailleurs toute disposition au profit d'un incapable sera nulle, soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées.

Seront réputés personnes interposées les parents, les enfants et descendants, et le conjoint de la personne incapable²¹.

Cette énumération n'est pas limitative et la jurisprudence décide qu'est nul tout don ou legs qui aurait pour effet d'é luder la loi par l'interposition d'autres personnes que celles dénommées par la loi²².

Par ailleurs, toujours dans une optique de protection de certains majeurs vulnérables, l'article 437 du Code des assurances sociales dispose que pour les personnes incapables de gérer leur

¹⁹ F. Derème, V. Cornilleau, J-L Dascotte, Droit notarial, Le droit patrimonial luxembourgeois, Kluwer, 2012, page 348.

²⁰ Voir sur cette question F. Derème, V. Cornilleau, J-L Dascotte, Droit notarial, Le droit patrimonial luxembourgeois, Kluwer, 2012, page 349.

²¹ Article 911 Cciv.

²² Cour d'appel, 2 févr. 1906, P. VII, 350

situation financière, s'il est établi que le bénéficiaire d'une pension ou indemnité en espèces la détourne ou pourrait la détourner de son but naturel ... le juge de paix pourra désigner une tierce personne qui emploiera ladite pension ou indemnité aux fins auxquelles elle est destinée.

L'esprit de cette disposition est de préserver certaines personnes des excès de leur prodigalité.

B. Les mineurs

Tous ceux qui n'ont pas atteint l'âge de la majorité sont incapables de plein droit sans qu'il faille l'intervention d'un juge ou d'une autorité quelconque.

La majorité s'acquiert à l'âge de 18 ans accomplis.

Le mineur est émancipé de plein droit par le mariage. Depuis 2014 au Luxembourg, l'âge légal pour se marier pour les deux conjoints est de 18 ans, sauf motif grave²³.

Le mineur émancipé est capable, comme un majeur, de tous les actes de la vie civile. Il ne peut cependant pas faire le commerce. Le mineur émancipé cesse d'être sous l'autorité de ses parents.

Quelle est l'emprise du mineur sur son patrimoine?

De nouveau dans un souci de protection, les parents ont l'administration et la jouissance des biens de leur enfant mineur.

Le mineur âgé de moins de 16 ans ne pourra aucunement disposer²⁴.

Il échet de relever à cet endroit que le mineur devenu majeur ou émancipé ne pourra disposer, soit par donation entre vifs, soit par testament, au profit de celui qui aura été son tuteur, si le compte définitif de la tutelle n'a été préalablement rendu et apuré. Sont exceptés les ascendants des mineurs, qui sont ou qui ont été leurs tuteurs²⁵.

L'administration légale est exercée par les parents dans le cas où le mineur est un enfant légitime, dont les parents sont tous deux vivants, non divorcés ni séparés de corps.

Dans les autres cas, l'administration légale s'exerce sous le contrôle du juge des tutelles, soit par l'un des parents, soit par les parents.

²³ Loi du 4 juillet 2014 portant réforme du mariage, Mém.A, 2014, numéro125

²⁴ Pour le majeur parvenu à l'âge de 16 ans, voir sous II.A.

²⁵ Article 907, alinéas 2 et 3, Cciv.

La jouissance légale, assimilable à un droit d'usufruit universel, appartient aux parents ou à celui d'entre eux qui exerce l'administration légale.

Le droit de jouissance cesse:

- 1° par les causes qui mettent fin à l'autorité parentale, ou même plus spécialement par celles qui mettent fin à l'administration légale;
- 2° par les causes qui emportent l'extinction de tout usufruit.

Les charges de cette jouissance sont:

- 1° celles auxquelles sont tenus en général les usufruitiers;
- 2° la nourriture, l'entretien et l'éducation de l'enfant, selon sa fortune;
- 3° les dettes grevant la succession recueillie par l'enfant, en tant qu'elles auraient dû être acquittées sur les revenus.

Il est important de noter que la jouissance légale ne s'étend pas aux biens que l'enfant peut acquérir par son travail, ni à ceux qui lui sont donnés ou légués sous la condition expresse que les parents n'en jouiront pas.

La tutelle de l'enfant mineur s'ouvre lorsque les parents sont tous deux décédés ou se trouvent provisoirement ou définitivement privés de l'exercice de l'autorité parentale²⁶.

Le Code civil prévoit, dans un ordre hiérarchique décroissant, trois modes de désignation du tuteur : la tutelle testamentaire, la tutelle légale, la tutelle dative.

Le droit individuel de choisir un tuteur, parent, ou non, n'appartient qu'au dernier mourant des parents, s'il a conservé, au jour de sa mort, l'exercice de l'administration légale ou de la tutelle²⁷.

Ce droit ne peut être exercé que de l'une des manières suivantes:

- 1° par acte de dernière volonté;
- 2° par déclaration faite ou devant le juge de paix, assisté de son greffier, ou devant notaire²⁸.

Le tuteur élu par l'un des parents n'est pas tenu d'accepter la tutelle s'il n'est d'ailleurs dans la classe des personnes qu'à défaut de cette élection spéciale le conseil de famille eût pu en charger²⁹.

²⁶ Articles 376 et 390 Cciv.

²⁷ Article 397 Cciv.

²⁸ Article 398

On peut imaginer des clauses testamentaires où le testateur institue une tierce personne de confiance se voyant attribuer la gestion et l'administration des biens légués au mineur ; cette gestion par le biais de cette personne de confiance ne prendrait pas fin à la majorité du mineur, mais par exemple lorsque le ou les enfants auront l'âge de 21 ou 25 ans.

Lors qu'il n'a pas été choisi de tuteur par le dernier des mourants des père et mère, la tutelle de l'enfant légitime est dévolue par la loi à l'ascendant le plus proche en degré ; en cas de concours entre ascendants du même degré, c'est le conseil de famille qui désigne celui d'entre eux qui sera tuteur³⁰.

Le législateur suppose en effet une présomption d'affection de l'enfant pour ses grands-parents.

Si les textes mentionnent l'« enfant légitime », terme voué à disparaître sous peu³¹, il va sans dire que ces dispositions s'appliquent aussi à l'enfant naturel. En effet, l'article 334-1 rappelle que l'enfant naturel a les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime.

Dans tous les autres cas, à savoir quand il n'y a pas de tuteur testamentaire ou légal, ou encore lorsque le tuteur se trouve exclu ou excusé ou destitué ou est décédé, le conseil de famille désigne le tuteur³².

Enfin, en droit luxembourgeois, dans un souci de protection du patrimoine du mineur, le juge des tutelles exerce une surveillance générale sur les administrations légales et les tutelles de son ressort. Il peut convoquer les administrateurs légaux, tuteurs et autres organes tutélaires, leur réclamer des éclaircissements, leur adresser des observations, prononcer contre eux des injonctions³³.

Il y a lieu de préciser qu'à partir de l'entrée en vigueur de la loi du 27 juin 2018 instituant le juge aux affaires familiales, portant réforme du divorce et de l'autorité parentale cette surveillance générale est exercée non plus par le juge des tutelles mais par le juge aux affaires familiales³⁴.

Quelles sont les sanctions lorsqu'un acte est posé par un mineur qui n'a pas la capacité d'exercice?

²⁹ Article 401 Cciv.

³⁰ Articles 402 et 403 Cciv.

³¹ Cf le projet de loi sur la filiation en cours abandonnant la distinction entre enfant légitime et naturel.

³² Article 404 Cciv.

³³ Article 395 Cciv.

³⁴ Article 395 Cciv. nouveau

La simple lésion donne lieu à la rescision en faveur du mineur non émancipé contre toutes sortes de conventions³⁵.

La disposition du Code civil selon laquelle la simple lésion donne lieu à la rescision en faveur du mineur non émancipé, contre toutes sortes de conventions, protège le mineur contre tout acte qui peut lui être préjudiciable. Cette lésion n'est pas soumise à un quantum déterminé; il suffit qu'elle existe et qu'elle ait une certaine importance; elle peut résulter aussi bien d'un déséquilibre des prestations réciproques stipulées au contrat que de la disproportion entre les engagements du mineur et sa situation de fortune³⁶.

Donne notamment lieu à rescision pour cause de lésion le contrat par lequel un mineur étudiant a acquis, moyennant la dépense de toutes ses économies, une voiture automobile dont il n'a aucun besoin ³⁷.

Si notre droit des incapables a pour vocation de protéger ces derniers, il leur concède en même temps une capacité partielle et laisse une certaine place à la capacité résiduelle (II. A.).

Dans une optique de protection des droits des tiers, notre droit consacre la responsabilité des personnes protégées : les personnes privées de discernement en raison de l'âge ou de leurs facultés mentales peuvent être tenues responsables de leurs actes et des dommages causés à autrui (II.B.).

II. La personne incapable : sa capacité résiduelle et sa responsabilité

A. La capacité résiduelle

D'après ce que l'on vient de voir ci-dessus, l'incapacité est partielle ou totale selon le régime de protection adoptée.

Les régimes de la sauvegarde de justice et de la curatelle sont modelables par le juge qui peut créer « un régime sur mesure ».

³⁵ Article 1305 Cciv. ; voir P.Ancel, *Contrats et obligations conventionnelles en droit luxembourgeois, approche comparative*, Larcier, numéro 278.

³⁶ TALux, 20 janv. 1971, P.XXII, 57

³⁷ Même jurispr.

Le majeur placé sous la sauvegarde de justice conserve l'exercice de ses droits, sa capacité d'exercice n'étant ainsi pas entamée.

Toutefois, les actes que le majeur sous sauvegarde de justice a passés et les engagements qu'il a contractés pourront être rescindés pour simple lésion ou réduits en cas d'excès lors même qu'ils ne pourraient être annulés en vertu de l'article 489³⁸. Les tribunaux prendront, à ce sujet, en considération, la fortune de la personne protégée, la bonne ou mauvaise foi de ceux qui auront traité avec elle, l'utilité ou l'inutilité de l'opération³⁹.

L'action en rescision ou en réduction peut être exercée⁴⁰, du vivant de la personne, par tous ceux qui auraient qualité pour demander l'ouverture d'une tutelle, et après sa mort, par ses héritiers. Elle s'éteint par le délai prévu à l'article 1304⁴¹.

Conformément au droit commun, il appartient au demandeur de rapporter la preuve de la lésion ou de l'excès.

Aux termes de la loi, le majeur en curatelle ne peut, sans l'assistance de son curateur, faire aucun acte qui, sous le régime de la tutelle des majeurs, requerrait une autorisation du conseil de famille. A contrario, le majeur en curatelle est apte à faire les actes qui sous le régime de la tutelle des majeurs ne requièrent pas l'autorisation du conseil de famille, tels, par exemple, les actes d'administration⁴².

Si le curateur refuse son assistance à un acte, la personne en curatelle peut demander au juge des tutelles une autorisation supplétive.

La personne en curatelle peut librement tester, à condition qu'elle soit saine d'esprit (pour faire une donation entre vifs ou un testament il faut être sain d'esprit). Elle ne peut faire de donation qu'avec l'assistance de son curateur.

Pour le mariage du majeur en curatelle, le consentement du curateur est requis; à défaut, celui du juge des tutelles.

³⁸ Pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit. Mais c'est à ceux qui agissent en nullité pour cette cause de prouver l'existence d'un trouble mental au moment de l'acte.

³⁹ Article 491-2 Cciv.

⁴⁰ La Cour a confirmé les premiers juges et n'a pas fait droit à une demande en rescision aux motifs suivants : «En l'absence de toute preuve d'un déséquilibre des prestations réciproques, il y a lieu de confirmer le jugement entrepris sur ce point également, l'appelante étant par ailleurs restée en défaut d'établir que la situation de fortune des époux LS (personne protégée) ne justifiait pas cette opération, que l'opération était inutile et finalement, que les acquéreurs étaient de mauvaise foi ». (CALux, 11 févr. 2015, numéros 33627 et 34231 du rôle).

⁴¹ Cette action dure 5 ans sauf disposition spéciale.

⁴² Voir article 456 Cciv. applicable à la tutelle des majeurs (voir article 495 Cciv.)

Une certaine aptitude peut même subsister sous le régime de la tutelle. Ainsi en ouvrant la tutelle ou dans un jugement postérieur, le juge, sur l'avis du médecin traitant, peut néanmoins énumérer certains actes que la personne en tutelle aura la capacité de faire elle-même, soit seule, soit avec l'assistance du tuteur ou de la personne qui en tient lieu⁴³.

Capacité résiduelle et protection de l'incapable ne se contredisent point en ce sens que concéder une capacité partielle à a protégée peut poursuivre un but thérapeutique.

Quant à la capacité partielle des mineurs, la jurisprudence a décidé que le mineur, agissant sans l'autorisation de son tuteur, est lié par les contrats non lésionnaires par lui conclus, s'ils rentrent dans la catégorie des actes que le tuteur peut accomplir seul, c'est-à-dire dans celle des actes d'administration. S'il s'agit au contraire d'actes pour l'accomplissement desquels le tuteur a besoin de l'autorisation du conseil de famille, voire de l'homologation du tribunal, il y a lieu à annulation sur la demande du mineur, devenu majeur, ou de son représentant, même en dehors de toute lésion. Constitue un acte d'administration l'acte qui a un caractère normal et se réfère uniquement à la gestion courante, à la conservation, à la mise en rapport ou à l'augmentation du patrimoine du mineur.

Le mineur est ainsi apte à passer seul les « actes de la vie courante »⁴⁴ : ainsi l'achat d'un vélo pourra être considéré comme acte de la vie courante pour un adolescent de quinze ans mais pas pour un enfant de neuf ans. Cette qualification d'« acte de la vie courante » tient compte de l'âge du mineur⁴⁵.

Une autre limite à l'incapacité d'exercice du mineur constitue la disposition légale⁴⁶ permettant au mineur parvenu à l'âge de 16 ans et non émancipé de disposer par testament jusqu'à concurrence de la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer.

Néanmoins-le souci de protection du mineur reprenant le dessus- le mineur, quoique parvenu à l'âge de 16 ans, ne pourra, même par testament, disposer au profit de son tuteur⁴⁷.

B. La responsabilité civile

L'on ne saurait parler de la responsabilité civile des mineurs et incapables majeurs sans rappeler la place de la faute dans notre système de responsabilité civile.

⁴³ Article 501 Cciv.

⁴⁴ Voir à ce sujet P.Ancel, Contrats et obligations conventionnelles en droit luxembourgeois, approche comparative, Larcier, numéro 276.

⁴⁵ Voir le même auteur

⁴⁶ Article 904 Cciv.

⁴⁷ Article 907, alinéa 1^{er} Cciv.

Suivant la jurisprudence luxembourgeoise, pour l'application des règles de la responsabilité civile délictuelle, l'enfant est assimilé à un adulte : *« quant à l'appréciation de la faute commise par un enfant, la jurisprudence retient que pour l'application des règles de la responsabilité civile délictuelle, l'enfant est entièrement assimilé à un adulte. Il est responsable vis-à-vis d'autrui comme de lui-même sur le fondement de l'article 1382, comme de l'article 1384 alinéa 1er du code civil, et peut, sur le fondement de l'article 1384 alinéa 1er se voir refuser toute indemnisation par le conducteur du véhicule qui l'a heurté pour fait imprévisible et irrésistible de la personne lésée, soit se voir considérer comme co-auteur civilement responsable de son propre dommage »*⁴⁸.

Le Code civil, en son article 489-2, dispose, en ce qui concerne les incapables majeurs, que celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental, n'en est pas moins obligé à réparation.

Cette disposition (pour les incapables majeurs) tout comme la jurisprudence (pour les mineurs) témoignent de la conception objectiviste de la notion de faute en droit luxembourgeois.

Ainsi il peut arriver que le prévenu soit déclaré irresponsable pénalement de ses actes mais soit tenu à réparation dans le cadre de la demande civile formulée par la victime : *« Nonobstant le fait que la matérialité des faits reprochés à F est établie, la Cour estime que ce dernier n'est cependant pas pénalement responsable et était atteint, au moment des faits, de troubles mentaux ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes. Ces troubles persistent actuellement de sorte qu'il y a lieu, par application de l'article 71 du code pénal, d'ordonner le placement de F dans un établissement ou un service habilités par la loi à accueillir des personnes faisant l'objet d'un placement.*

*Quant à la demande civile de la S, l'article 489-2 du code civil dispose que celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental, n'en est pas moins obligé à réparation. Il s'ensuit que le prévenu reste tenu de réparer le dommage causé. »*⁴⁹.

De même la victime d'un dommage peut rechercher la responsabilité du mineur.

Et comme notre Code civil dispose qu'on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, la victime est en droit de rechercher la responsabilité du mineur ainsi que celle des père et mère du fait de leur enfant mineur.

Avant le vote de la loi du 27 juin 2018 instituant le juge aux affaires familiales, portant réforme du divorce et de l'autorité parentale, les parents, en tant qu'ils exerçaient le droit de

⁴⁸ TALux, 11 juin 2013, numéro 143734 du rôle, citant CALux, 27 janvier 1999, numéro 20338 du rôle et voir à ce sujet G. Ravarani, La responsabilité civile des personnes privées et publiques, Pasicrisie, 3e éd., numéros 33 à 35.

⁴⁹ CALux, 10^e ch, arrêt N°528/11, 9 nov. 2011.

garde, étaient solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux⁵⁰.

Avec l'introduction de la nouvelle loi, le libellé de l'article 1384, alinéa 2, a changé en ce qu'il mentionne les parents qui exercent l'autorité parentale et n'évoque plus le droit de garde (qui n'existe plus en tant que tel).

En effet, d'après cette nouvelle loi, les parents exercent en commun l'autorité parentale et la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale, disposition applicable d'ailleurs trois jours après la publication de la nouvelle loi au Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg⁵¹.

Comme le nouveau texte de l'article 1384, alinéa 2, a cependant maintenu la condition de la cohabitation, la substitution du concept d'autorité parentale à celui de garde ne changera pas la situation du tiers victime qui ne pourra mettre en jeu que la responsabilité de celui des père et mère qui s'est vu accorder en amont la résidence habituelle de l'enfant⁵². L'on peut cependant se demander si l'hypothèse de la résidence alternée –possibilité désormais ancrée dans la nouvelle loi-, permettra de changer la situation du tiers victime.

Qu'en est-il finalement de l'exonération de responsabilité du parent gardien ?

La jurisprudence traditionnelle au Luxembourg a considéré, conformément au libellé du texte de l'article 1384, alinéa 5, que les parents gardiens peuvent s'exonérer par la preuve de l'absence de faute de surveillance et d'éducation ; il s'agissait d'une présomption de faute qui pesait sur les parents.

Suivant la jurisprudence française de la Cour de cassation française de 1997, la jurisprudence luxembourgeoise en a fait une présomption de responsabilité de plein droit⁵³.

« La règle consistant à affirmer que les parents sont responsables du dommage causé par leurs enfants, à moins qu'ils prouvent qu'ils n'ont pas pu empêcher le fait, a été traditionnellement analysée en une présomption de faute susceptible d'être combattue par la preuve de l'absence d'une faute dans leur chef. Ce qui était présumé, c'est que les père et mère ont mal surveillé l'enfant et, au-delà qu'ils ne lui ont pas prodigué une éducation

⁵⁰ Article 1384, alinéa 2, Cciv. ancien.

⁵¹ La Cour constitutionnelle avait déjà consacré le principe de l'autorité parentale conjointe après divorce dans son arrêt du 12 décembre 2008, arrêt numéro 47/08. Quant à l'enfant naturel, elle n'est pas allée aussi loin et avait décidé déjà en 1999 que l'article 380, alinéa 1^{er}, du Code civil, « en ce qu'il attribue l'autorité parentale d'un enfant naturel reconnu par les deux parents privativement à la mère, n'est pas conforme à l'article 11 (2) de la Constitution » (Cour Const. Arrêt n° 7/99 du 26 mars 1999, Mém. A 1999, 1087)

⁵² Voir G. Ravarani, ouvr. préc., numéro 853, note en bas de page 1 relative à la remarque de l'auteur par rapport à la modification législative française de 2002.

⁵³ Voir G. Ravarani, ouvr. préc., numéro 865.

adéquate. Par conséquent, pour s'exonérer ils devaient rapporter la preuve cumulative de l'absence de faute dans la surveillance ainsi que dans l'éducation de leur enfant.

Toutefois un revirement jurisprudentiel est intervenu par un arrêt du 19 février 1997 de la Cour de Cassation française lequel a décidé que les père et mère sont responsables de plein droit du fait de leurs enfants mineurs. Il s'agit donc désormais d'une responsabilité objective, fondée sur la garde, engagée sans faute du responsable, qui ne peut s'exonérer que par la preuve d'une cause étrangère présentant les caractères de la force majeure ou par la preuve de la faute de la victime.

Ce revirement jurisprudentiel a été suivi par la jurisprudence luxembourgeoise.

En effet, celle-ci a confirmé ce principe dans un arrêt de la Cour d'appel du 20 juin 2000, principe que la présente chambre de la Cour d'appel consacre à son tour.

Ne s'étant pas prévalu d'une cause étrangère présentant les caractères de la force majeure, la Cour n'a pas à analyser cette question »⁵⁴.

BIBLIOGRAPHIE

En dehors du Code civil luxembourgeois, les principales sources bibliographiques ont été

D. Alland et St. Rials sous la dir. de, Dictionnaire de la culture juridique, PUF, 2007

P.Ancel, Contrats et obligations conventionnelles en droit luxembourgeois, approche comparative, Larcier

C. Corbiaux, La représentation tutélaire en Europe, ses difficultés et ses excès : les solutions luxembourgeoises ; Feuille de liaison de la Conférence Saint -Yves, numéro 105, page 14

F. Derème, V. Cornilleau, J-L Dascotte, Droit notarial, Le droit patrimonial luxembourgeois, Kluwer, 2012

P. Pescatore, Introduction à la science du droit, Luxembourg, Office des Imprimés de l'Etat

G. Ravarani, La responsabilité civile des personnes privées et publiques, Pasicrisie, 3e éd

M. et R. Watgen, Successions et donations, promoculture, 4e éd.

⁵⁴ CALUx, 30 oct. 2002, numéro 26226 du rôle.

Françoise HILGER