



HAL
open science

Les sûretés sur le logement du majeur protégé

Manuella Bourassin

► **To cite this version:**

Manuella Bourassin. Les sûretés sur le logement du majeur protégé. RTDCiv. Revue trimestrielle de droit civil, 2011, 3, pp.433-452. <hal-01934790>

HAL Id: hal-01934790

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01934790v1>

Submitted on 26 Nov 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

Les sûretés sur le logement du majeur protégé

Manuella Bourassin, Agrégée des Facultés de droit ; Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense

La conclusion de sûretés sur le logement ou les meubles meublants d'un majeur protégé, pour permettre à celui-ci d'accéder au crédit, est un acte de disposition au sens de l'article 426 du code civil, réformé par la loi du 5 mars 2007. L'application de cette disposition aux sûretés suscite de multiples questions. Quelles sont précisément les sûretés concernées ? Les formalités prescrites par l'article 426 (autorisation par le juge des tutelles précédée, dans certaines circonstances, d'un avis médical, et signature de l'acte par le protecteur du majeur) présentent-elles des spécificités à l'égard des sûretés ? Par ailleurs, en dehors de l'article 426, en particulier au sein des droits des sûretés et des voies d'exécution, existe-t-il d'autres protections du cadre de vie des majeurs vulnérables contre les sûretés ?

1. Les majeurs protégés ont besoin de liquidités pour faire face aux dépenses importantes que l'altération de leurs facultés impose (frais d'hospitalisation, de placement en maison de retraite). A cette fin, si leurs revenus et fonds disponibles sont insuffisants, leur patrimoine doit être mobilisé. Deux voies sont alors principalement envisageables : soit la vente de leurs actifs ; soit le recours au crédit, à condition de pouvoir offrir au prêteur une ou plusieurs garanties de remboursement (« pas de crédit sans sûreté »). Dans cette seconde hypothèse et à défaut de couverture du crédit par un tiers garant, ce sont les propres biens du majeur protégé qui doivent être affectés en garantie. Lorsque la constitution de sûretés réelles est ainsi envisagée, l'attention se tourne naturellement vers le logement, puisque, très souvent, il s'agit du principal élément d'actif du patrimoine des personnes physiques. Mais le logement d'un majeur protégé peut-il être grevé de sûretés ?

2. Cette question se pose, car le logement est un bien spécialement protégé par notre droit et cette protection est accrue lorsque le logement est celui d'un majeur sous tutelle, sous curatelle, sous sauvegarde de justice ou encore couvert par un mandat de protection future. Le logement participe en effet à la sécurité et au bien-être de tous les individus et il constitue en outre, pour les plus vulnérables d'entre nous, un point d'ancrage avec la société et même un facteur prépondérant de réadaptation sociale et de guérison à la sortie d'un établissement de soins. Pour toutes ces raisons, depuis la loi du 3 janvier 1968, les actes portant sur le logement des incapables majeurs sont considérés comme potentiellement nuisibles à la santé de ces derniers et font donc l'objet d'un encadrement spécifique. L'ancien article 490-2 du code civil énonçait ainsi un principe de conservation du logement et des meubles le garnissant à la disposition du majeur aussi longtemps que possible et il entourait la disposition des droits relatifs à l'habitation de plusieurs contraintes, à savoir une autorisation par le juge des tutelles, précédée d'un avis du médecin traitant, et la signature de l'acte par celui que nous appellerons le protecteur du majeur. La loi du 5 mars 2007 ayant réformé la protection juridique des majeurs a confirmé le statut particulier du logement des majeurs protégés, en y apportant quelques précisions. Désormais, l'article 426 du code civil prévoit que « le logement de la personne protégée et les meubles dont il est garni, qu'il s'agisse d'une résidence principale ou secondaire, sont conservés à la disposition de celle-ci aussi longtemps qu'il est possible. [...] S'il devient nécessaire ou s'il est de l'intérêt de la personne protégée qu'il soit disposé des droits relatifs à son logement ou à son mobilier par l'aliénation, la résiliation ou la conclusion d'un bail, l'acte est autorisé par le juge ou par le conseil de famille s'il a été constitué, sans préjudice des formalités que peut requérir la nature des biens. L'avis préalable d'un médecin inscrit sur la liste prévue à l'article 431 est requis si l'acte a pour finalité l'accueil de l'intéressé dans un établissement [...] ».

3. La protection du logement des incapables majeurs qu'organise ce texte est-elle applicable en présence de sûretés ? L'article 426 n'envisage ni la constitution de sûretés en général, ni la conclusion de sûretés particulières, tels l'hypothèque du logement ou le gage des meubles meublants. Cependant, dans la mesure où il vise la disposition des droits relatifs au logement et au mobilier, il convient de se demander si les sûretés sont des actes de disposition, au sens d'actes qui « engagent le patrimoine de la personne protégée, pour le présent ou l'avenir, par une modification importante de son contenu, une dépréciation significative de sa valeur en capital ou une altération durable des prérogatives de son titulaire » (1). Il existe deux raisons d'en douter. D'une part, contrairement à la vente d'immeuble, qui constitue l'archétype de l'acte de disposition, les sûretés réelles ne privent pas nécessairement leur constituant du bien qui en est l'objet. Ainsi, l'hypothèque est-elle toujours constituée sans dépossession et, en matière de gage immobilier, de gage de meubles corporels et de fiducie-sûreté, la dépossession peut être écartée par la volonté des parties (2). La qualification d'acte de disposition peut sembler inappropriée, d'autre part, parce que les sûretés réelles offrent certes au créancier impayé le droit de saisir les biens donnés en garantie, mais ce droit est, en réalité, attaché à toute créance, même chirographaire. Or la conclusion d'un contrat faisant naître une créance n'est évidemment pas toujours un acte de disposition. Ces deux raisons ne suffisent cependant pas à dénier à la conclusion de sûretés sur le logement ou sur les meubles meublants d'un majeur protégé la qualification d'acte de disposition. D'abord, comme les sûretés réelles classiques confèrent au créancier un droit de préférence sur la valeur des biens affectés en garantie, elles entament la valeur du droit de propriété du constituant, qui ne peut vendre les biens en question, ni facilement, ni à leur prix. La dépréciation significative du patrimoine qui en résulte est d'autant plus dangereuse que le constituant de la sûreté, contrairement au vendeur, peut avoir l'illusion de conserver intact son patrimoine. La qualification d'acte de disposition se justifie donc dès la naissance des sûretés, qui entament le patrimoine du constituant pour le présent. Cette qualification se justifie ensuite au stade de leur réalisation, en cas de non paiement des dettes garanties. Effectivement le constituant court alors un risque d'expropriation résultant soit de la vente des biens affectés en garantie, soit de l'attribution de leur propriété au créancier par voie judiciaire ou sur le fondement d'un pacte commissaire. Les sûretés engagent donc le patrimoine pour l'avenir également. Enfin la qualification des sûretés réelles en actes de disposition et l'application qui en découle de l'article 426 s'imposent au vu de l'assimilation qui existe par ailleurs en législation et en jurisprudence entre ces sûretés et des actes d'aliénation. L'article 2413 du code civil (ancien art. 2124) réserve en effet la souscription d'hypothèques conventionnelles aux seules personnes ayant « la capacité d'aliéner les immeubles ». La Haute juridiction, quant à elle, applique l'article 215, alinéa 3, du code civil, qui interdit à un époux de disposer seul du logement familial, à l'hypothèque consentie par un époux seul (3). Pour toutes ces raisons, il est logique que, lors des travaux préparatoires de la loi du 5 mars 2007, il ait été clairement affirmé que « l'interdiction d'aliénation (inscrite dans le nouvel art. 426) recouvre non seulement la vente, mais aussi les actes qui risqueraient de priver le majeur de son logement, comme la constitution d'une hypothèque » (4). Dans le même sens, le décret d'application du 22 décembre 2008 a retenu la qualification d'acte de disposition pour la constitution de sûretés réelles sur les immeubles du majeur sous tutelle. La conclusion de sûretés sur le logement ou sur les meubles meublants de majeurs protégés doit donc respecter les formalités, protectrices du cadre de vie de ceux-ci, qu'impose l'article 426 du code civil.

4. L'application de ce texte aux sûretés suscite de nombreuses questions, qui n'ont encore reçu de réponses ni en jurisprudence, ni en doctrine. En particulier, quelles sont précisément les sûretés concernées ? Est-ce que des distinctions doivent être opérées quant à leur source (conventionnelle, légale ou judiciaire), à leur technique (octroi d'un droit de préférence sur la valeur du bien affecté ou transfert de la propriété de celui-ci ; dépossession ou non du constituant), à leur but (garantie de la propre dette du majeur protégé ou garantie de la dette d'un tiers) ou encore à leur date de naissance (postérieure ou antérieure à la mesure de protection du majeur) ? Est-ce que les formalités protectrices du logement et du mobilier prévues par l'article 426 présentent des spécificités à l'égard des sûretés ?

Par ailleurs, en dehors de l'article 426, existe-t-il d'autres règles qui intéressent les sûretés portant sur le cadre de vie d'un majeur protégé ? Notamment le droit des sûretés et le droit des voies d'exécution renferment-ils d'autres protections du logement et des meubles meublants ?

La présente étude entend répondre à l'ensemble de ces questions en analysant, en premier lieu, la protection du logement par l'application de l'article 426 aux sûretés et, en second lieu, les autres modes de protection du logement contre les sûretés. Un intérêt théorique s'y attache : éclairer les relations qu'entretiennent le droit des incapacités et celui des sûretés, articulation que la doctrine spécialisée en l'une ou l'autre de ces matières n'a jamais mise en lumière. Un intérêt pratique s'y ajoute : faciliter les démarches des personnes chargées de la protection du majeur, non seulement si elles sont amenées à constituer une sûreté sur le cadre de vie du protégé, pour permettre l'accès au crédit de celui-ci, mais aussi si elles sont confrontées aux créanciers impayés titulaires de sûretés sur le logement ou les meubles meublants du protégé.

La protection du logement du majeur par l'application de l'article 426 aux sûretés

5. L'article 426 a vocation à contraindre l'action des protecteurs amenés à constituer une sûreté sur le logement ou les meubles meublants du protégé pour garantir le crédit que l'état de dépendance et l'insuffisance des fonds de celui-ci rendent nécessaire. Après avoir circonscrit le champ d'application de l'article 426 en matière de sûretés, il conviendra de détailler les modalités de protection du logement contre les sûretés que ce texte impose.

Le champ d'application de l'article 426 à l'égard des sûretés

6. L'article 426 est inscrit dans une section regroupant les « dispositions générales » applicables aux « mesures de protection juridique des majeurs ». Il couvre donc les trois mesures judiciaires que sont la tutelle, la curatelle et la sauvegarde de justice, ainsi que la nouvelle protection conventionnelle résultant d'un mandat de protection future. Toutes les sûretés prenant place dans le cadre de l'une de ces quatre mesures de protection ne sont toutefois pas soumises à l'encadrement que commande l'article 426. Son champ d'application est délimité, outre par la date de naissance de la sûreté, nécessairement postérieure à l'ouverture de la mesure de protection, par la source de la sûreté et par la qualité de son constituant.

Quant à la source de la sûreté

7. L'article 426 est applicable à toutes les sûretés réelles conventionnelles susceptibles de grever le logement du majeur protégé, à savoir une hypothèque [hypothèque classique ou ses variantes récentes, l'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire (5)], un gage immobilier ou une fiducie-sûreté lorsqu'elle est autorisée, c'est-à-dire en dehors de la tutelle (6). L'article 426 a également vocation à s'appliquer aux sûretés conventionnelles qui pourraient grever les meubles meublants, c'est-à-dire un gage ou, sous la même réserve que précédemment, une fiducie-sûreté.

8. En revanche, les diverses sûretés légales ou judiciaires (7), même si elles naissent après la mise en oeuvre de la mesure de protection, ne relèvent pas du champ d'application de l'article 426. Comment expliquer cette exclusion ? D'abord parce que la capacité du débiteur est indifférente à la naissance des sûretés réelles légales ou judiciaires (8), à laquelle il ne participe nullement. En

effet, l'existence d'un privilège ou d'une hypothèque légale dépend seulement de la reconnaissance, par la loi, de la « qualité de la créance » garantie (art. 2324 c. civ.). L'existence d'une hypothèque judiciaire conservatoire, quant à elle, est uniquement subordonnée à l'existence d'une créance fondée en son principe et de circonstances mettant son recouvrement en péril (art. 67 L. du 9 juill. 1991). L'exclusion des sûretés légales et judiciaires du champ de l'article 426 s'explique, ensuite, par le fait que leur existence ne nécessite pas non plus l'intervention des personnes chargées d'administrer le patrimoine du majeur vulnérable. Par conséquent ces sûretés ne sauraient créer l'un des principaux risques que combat l'article 426, à savoir celui que le majeur ne soit dépouillé de son logement par son propre protecteur.

Quant à la qualité du constituant de la sûreté

L'article 426 ne s'applique pas à toutes les sûretés conventionnelles portant sur le logement ou les meubles meublants des majeurs protégés. Ayant pour objet d'encadrer l'intervention des protecteurs, il ne concerne pas les actes conclus par le majeur encore capable de disposer seul des droits relatifs à son logement.

• Application de l'article 426 aux personnes chargées de la protection du majeur

9. L'article 426 vise à encadrer l'action des personnes chargées de la protection du majeur vulnérable (9), pour éviter que les moins scrupuleuses d'entre elles ne soient tentées de dépouiller le protégé, spécialement en cas d'internement de celui-ci. Sont sans aucun doute concernées quatre catégories de protecteurs : les tuteurs ; les curateurs ; les mandataires désignés par le juge des tutelles, sur le fondement de l'article 437 du code civil, pour accomplir des actes déterminés dans l'intérêt d'un majeur placé sous sauvegarde de justice ; les mandataires désignés par un mandat de protection future sous seing privé.

10. L'hésitation est en revanche permise à l'égard des mandataires qui agissent sur le fondement d'un mandat de protection future notarié. En vertu de l'article 490 du code civil, dans un tel mandat, le mandataire peut faire seul « tous les actes patrimoniaux que le tuteur a le pouvoir d'accomplir seul ou avec une autorisation » (al. 1), à l'exception des actes de disposition à titre gratuit, qui nécessitent l'autorisation du juge des tutelles (al. 2). Le problème se pose de savoir si les actes de disposition réalisés par le mandataire sur le logement ou les meubles meublants relèvent de ce texte spécial, propre au mandat de protection future notarié, ou du texte spécial propre au cadre de vie du majeur protégé. En faveur de l'application de l'article 426, donc de la nécessité pour le mandataire de requérir une autorisation judiciaire, tant la place de cette disposition que son esprit peuvent être invoqués. D'une part l'article 426 figure dans les dispositions générales applicables aux mesures de protection juridique des majeurs, dont le mandat de protection future notarié fait incontestablement partie. D'autre part la ratio legis de l'article 426, d'ordre thérapeutique (maintenir les repères du majeur), concerne tous les modes de protection, qu'ils soient judiciaires ou conventionnels. Ces deux arguments n'emportent toutefois pas la conviction, car la prééminence de l'article 490, qui conduirait à reconnaître au mandataire le pouvoir d'accomplir des actes de disposition sur le logement, sans autorisation du juge, repose elle aussi sur de solides justifications. La première réside dans la lettre même de l'article 490. En effet, conformément à son premier alinéa, la plupart des sûretés grevant les biens d'un majeur protégé sont des actes qu'un tuteur peut accomplir avec autorisation (10). En outre, conformément au second alinéa de l'article 490, les sûretés réelles conclues pour garantir la propre dette du constituant ne sont pas des actes de disposition à titre gratuit, puisque le constituant reçoit une contrepartie de la part du créancier, en la forme du crédit garanti. Ensuite la mise à l'écart de l'article 426 au profit de l'article 490 se recommande de la logique de liberté qui anime le mandat de protection future, dont la consécration reflète la déjudiciarisation de la matière. Enfin l'exclusion de l'article 426 peut être d'autant plus facilement admise que le mandat de protection future

notarié se trouve soumis au contrôle du notaire, non seulement lors de sa conclusion (art. 489), mais également au cours de la vie du mandat (art. 491). Pour ces trois raisons, les sûretés conclues dans le cadre d'un mandat de protection future notarié semblent devoir échapper à l'encadrement de l'article 426. Même si la jurisprudence n'adhérait pas à cette interprétation, « le mandat de protection future pourrait autoriser expressément le mandataire à faire de tels actes puisque, lorsqu'il a été donné, le mandant était libre de disposer comme il l'entendait de tous ses biens » (11).

11. L'article 426 devrait également être écarté lorsqu'une personne gère tout ou partie des biens du majeur vulnérable, alors que la protection de celui-ci est assurée par une autre. Cette pluralité de gérants peut se rencontrer si le majeur protégé est l'héritier d'une succession administrée par un mandataire à effet posthume ou par un mandataire judiciaire successoral. Selon les articles 812-1 et 813-5, alinéa 2, du code civil, issus de la réforme des successions en date du 23 juin 2006, ces mandataires exercent leurs pouvoirs « alors même qu'il existe un mineur ou un majeur protégé parmi les héritiers ». La loi du 5 mars 2007 n'a apporté aucun tempérament à cette primauté des pouvoirs des mandataires successoraux sur ceux des personnes chargées de la protection des majeurs vulnérables. Elle n'a pas davantage étendu les contraintes pesant sur ces protecteurs aux mandataires successoraux gérant les biens d'un héritier incapable. Il est permis d'en déduire que l'efficacité des actes passés par ces mandataires successoraux dépend du respect des seules exigences du droit des successions (12) et non de celles du droit des majeurs protégés. En particulier, si le logement du majeur protégé est un bien de la succession que le mandataire à effet posthume ou le mandataire judiciaire successoral est en charge de gérer, il pourra faire l'objet d'actes de disposition, notamment être grevé de sûretés, sans que les formalités de l'article 426 aient à être suivies. Le cadre de vie du majeur est donc moins bien protégé (13) lorsque plusieurs personnes sont chargées, à des titres différents, de gérer son patrimoine, ce qui peut paraître paradoxal, à tout le moins regrettable.

12. Le même constat s'impose en cas de coexistence de la personne chargée de mettre en oeuvre la protection du majeur et d'un fiduciaire. Cette coexistence peut survenir dans deux cas de figure. Le premier suppose qu'un contrat de fiducie-gestion ait été conclu par le majeur avant qu'il ne soit protégé (14). Comme la mise à exécution de la mesure de protection ne fait pas partie des causes d'extinction de la fiducie énoncées par les articles 2028 et 2029 du code civil (15), le fiduciaire continue de gérer les biens du fiduciaire, alors que la protection de celui-ci est dévolue à une autre personne. Parce que le fiduciaire n'est pas le protecteur du majeur vulnérable, les actes de disposition qu'il réaliserait sur le logement ou le mobilier paraissent devoir échapper à l'encadrement imposé par l'article 426 (16). Le second cas de coexistence de la personne chargée de mettre en oeuvre la protection du majeur et d'un fiduciaire découle de la conclusion d'un contrat de fiducie-gestion postérieurement à l'ouverture d'une curatelle ou d'une sauvegarde de justice dans laquelle un mandataire a été désigné (17) ou encore postérieurement à la mise à exécution d'un mandat de protection future. Dans ces hypothèses, le fiduciaire n'étant pas non plus le protecteur du majeur vulnérable, l'article 426 devrait être écarté, de sorte que le fiduciaire pourrait grever de sûretés le logement ou les meubles meublants du majeur protégé, sans avoir à recueillir l'autorisation du juge des tutelles, elle-même éventuellement précédée d'un avis médical (18).

• Exclusion de l'article 426 à l'égard des majeurs encore capables de disposer seuls des droits relatifs à leur logement

13. L'article 426, comme en atteste sa rédaction en la forme passive (« qu'il soit disposé »), ne s'applique pas aux actes que le majeur protégé accomplit lui-même, lorsqu'il est encore capable de disposer seul des biens formant son cadre de vie. Cela recouvre trois hypothèses. La première est celle du majeur placé sous sauvegarde de justice, qui « conserve l'exercice de ses droits », à moins que le juge des tutelles n'ait désigné un mandataire spécial pour gérer son patrimoine (art. 435, al. 1). Sous cette réserve, ce majeur peut donc valablement conclure seul toute sûreté sur son

logement, y compris les plus dangereuses d'entre elles (les sûretés pour autrui et la fiducie-sûreté). En deuxième lieu, ce sont les personnes couvertes par un mandat de protection future mis à exécution qui conservent la capacité de disposer, seules, des droits relatifs à leur logement. En atteste l'article 488, selon lequel les actes accomplis par ces majeurs ne sont pas nuls, mais seulement rescindables pour lésion ou réductibles pour excès (19). Enfin, sous le régime de la curatelle ou de la tutelle, les majeurs protégés peuvent continuer de conclure, seuls, des actes qui auraient dû requérir l'assistance du curateur ou la représentation du tuteur, dès lors que le juge des tutelles les y autorise, dans le jugement d'ouverture ou ultérieurement. Cette faculté, prévue par les articles 471 et 473, est très rarement utilisée en pratique et il paraît fort peu probable qu'elle le soit en vue de la constitution d'une sûreté sur le logement ou le mobilier.

Les modalités de protection du logement contre les sûretés fondées sur l'article 426

14. L'encadrement des actes de disposition portant sur le logement ou le mobilier des majeurs protégés revêt nécessairement deux formes : d'une part, l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille s'il a été constitué, d'autre part, l'intervention de la personne chargée de la protection du majeur vulnérable, à sa place ou à ses côtés. Une troisième forme de contrôle ne joue que dans certaines hypothèses seulement, qui ne paraissent pas devoir concerner les sûretés. Il s'agit de l'avis préalable d'un médecin agréé.

L'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille

15. Selon l'article 426, alinéa 3, « s'il devient nécessaire ou s'il est de l'intérêt de la personne protégée qu'il soit disposé des droits relatifs à son logement ou à son mobilier par l'aliénation, la résiliation ou la conclusion d'un bail, l'acte est autorisé par le juge ou par le conseil de famille s'il a été constitué ». Cette exigence d'autorisation ressort également du décret du 22 décembre 2008, en ce qu'il qualifie d'actes de disposition, qu'un tuteur ne peut accomplir sans y être autorisé (art. 505 c. civ.), les actes portant sur les immeubles du majeur protégé, dont les sûretés réelles font partie (20).

16. Une première question se pose : à quelles conditions l'intérêt pour la personne protégée peut être reconnu lorsque l'acte de disposition envisagé est une sûreté ? Cet intérêt suppose, d'une part, un besoin de liquidités du majeur pour faire face à des dépenses utiles, voire nécessaires, liées à son état de dépendance, et que ses ressources actuelles ne permettent pas de réaliser. Il suppose, d'autre part, que le recours au crédit et la constitution d'une sûreté sur le logement pour le garantir présentent des avantages par rapport à la vente de ce bien. Tel peut être le cas si l'état de santé du majeur lui permet de rester à son domicile, car la constitution d'une hypothèque, contrairement à la vente, permet justement le maintien dans l'immeuble concerné. Tel peut être aussi le cas si le marché immobilier n'est pas propice à la vente immédiate du logement.

17. Une fois admise la constitution même de la sûreté, une autre question se pose : quel type de sûreté est-il opportun d'autoriser ? Si la composition du patrimoine du majeur protégé s'y prête et que le dispensateur de crédit se montre ouvert quant à l'assiette de la garantie qu'il réclame, un choix doit d'abord être opéré entre sûreté mobilière ou immobilière. Doit ensuite être envisagée l'alternative entre sûreté avec ou sans dépossession. En raison du principe de conservation du logement et des meubles meublants, les sûretés avec dépossession doivent demeurer exceptionnelles, ce qui est de toute façon d'ores et déjà le cas en pratique, à tout le moins en matière immobilière (21). Enfin un choix s'impose entre les sûretés réelles classiques, qui confèrent un droit de préférence sur la valeur du bien grevé, et la fiducie-sûreté, qui offre plus radicalement un droit de propriété sur ce bien. En pratique, les traditionnels gages et hypothèques devraient continuer à être seuls envisagés, non seulement parce que la fiducie n'est pas encore

une sûreté familiale et que cela risque de durer, mais aussi, plus fondamentalement, parce qu'il ne paraît pas opportun de faire peser sur les majeurs vulnérables, quels qu'ils soient, un mécanisme aussi dangereux que la fiducie-sûreté (22).

18. Une dernière question doit être envisagée : quelle est la sanction du défaut d'autorisation ? Non précisée par l'article 426, elle ressort en revanche d'une disposition consacrée à la régularité des actes. Selon l'article 465, 4^o, « si le tuteur ou le curateur a accompli seul un acte [...] qui ne pouvait être accompli qu'avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, l'acte est nul de plein droit sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un préjudice ». Bien que cette règle concerne expressément les seuls majeurs en tutelle ou en curatelle, la nullité sans grief devrait bénéficier, par analogie, aux autres majeurs protégés.

L'intervention de la personne chargée de la protection du majeur

19. L'article 426, alinéa 3, impose l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille, « sans préjudice des formalités que peut requérir la nature des biens ». Autrement dit, cette autorisation ne supprime pas, mais vient au contraire s'ajouter aux autres conditions de conclusion des actes de disposition, que prescrivent les textes propres à chacune des mesures de protection.

20. Sous le régime de la tutelle, le majeur protégé ne peut valablement conclure lui-même une sûreté sur son logement ou sur les meubles qui le garnissent, puisqu'il s'agit d'un acte assimilé à une aliénation et que ce majeur, le plus vulnérable qui soit, est privé de la capacité d'aliéner. L'article 2413 du code civil énonce cette règle en matière d'hypothèques conventionnelles (23). Elle joue également, par renvoi à ce texte de l'article 2388, en matière de gage immobilier et par une interprétation a pari à l'égard du gage de meubles corporels. La sanction est énoncée par l'article 465, 3^o. Il s'agit d'une nullité relative jouant de plein droit, c'est-à-dire sans qu'il soit nécessaire de prouver le préjudice subi par le majeur en tutelle ayant agi seul. La validité d'une sûreté réelle conventionnelle conclue postérieurement à l'ouverture d'une tutelle se trouve dès lors subordonnée à la représentation du majeur par son tuteur. Cette intervention du tuteur doit être autorisée par le juge ou, le cas échéant, par le conseil de famille, non seulement sur le fondement de l'article 426, mais également sur celui de l'article 505, qui soumet à cette exigence les actes de disposition faits au nom de la personne protégée. Le droit commun des mesures de protection juridique des majeurs et le droit spécial des majeurs sous tutelle se rejoignent donc pour imposer la même formalité d'autorisation, pareillement sanctionnée dans les deux cas par la nullité relative de plein droit de l'acte que le tuteur aurait conclu seul (art. 465, 4^o).

21. Dans le cadre d'une curatelle, l'incapacité du majeur est moins étendue qu'elle ne l'est en cas de tutelle. En effet, le majeur en curatelle conclut lui-même les actes intéressant la gestion de son patrimoine, mais pour les plus graves d'entre eux, l'assistance de son curateur est requise. Ainsi l'article 467 prescrit-il cette intervention du curateur pour tous les actes qui, dans la tutelle, requièrent l'autorisation du juge ou du conseil de famille. La combinaison des articles 467 et 505 conduit à imposer l'assistance du curateur pour les actes de disposition, dont font partie les sûretés conventionnelles prises sur le logement ou les meubles meublants du majeur en curatelle. La conclusion de ces sûretés, postérieurement à l'ouverture de cette mesure de protection, se trouve donc encadrée par l'autorisation du juge, puis par la présence du curateur, qui doit apposer sur l'acte constitutif « sa signature à côté de celle de la personne protégée » (art. 467, al. 2). Le non respect de ces formalités est sanctionné par la nullité relative, qui joue de plein droit si le curateur a agi seul (art. 465, 4^o) et qui suppose, au contraire, de démontrer le préjudice subi par le majeur sous curatelle lorsque c'est lui qui a agi seul (art. 465, 2^o).

22. En cas de sauvegarde de justice et dans l'hypothèse où le juge des tutelles aurait désigné un mandataire « à l'effet d'accomplir un ou plusieurs actes déterminés, même de disposition, rendus nécessaires par la gestion du patrimoine de la personne protégée » (art. 437), la Cour de cassation décide que la désignation de ce mandataire spécial « a pour effet de priver le majeur placé sous la sauvegarde de justice du droit d'accomplir les actes entrant dans les pouvoirs du mandataire » (24). Cette jurisprudence a été consacrée par la loi du 5 mars 2007, dans le nouvel article 435. En conséquence, à peine de nullité, la sûreté portant sur le logement ou les meubles meublants du majeur sous sauvegarde de justice doit être conclue par le mandataire judiciaire, dès lors que la conclusion de ce type d'acte entre bien dans les pouvoirs que le juge lui a confiés (25).

23. Dans le cadre d'un mandat de protection future sous seing privé, selon l'article 493, alinéa 1er, le mandataire ne peut accomplir que des « actes qu'un tuteur peut faire sans autorisation ». Comme la constitution de sûretés sur le logement ou sur les meubles meublants est un acte de disposition qu'un tuteur ne peut accomplir qu'avec autorisation, le mandataire ne devrait donc pas pouvoir conclure de telles sûretés. Cependant l'article 493, alinéa 2, prévoit que, « si l'accomplissement d'un acte qui est soumis à autorisation ou qui n'est pas prévu par le mandat s'avère nécessaire dans l'intérêt du mandant, le mandataire saisit le juge des tutelles pour le voir ordonner ». Dans le cadre d'un mandat de protection future sous seing privé, la constitution de sûretés est donc possible, à condition d'être préalablement autorisée par le juge des tutelles. L'article 493, alinéa 2, et l'article 426 se rejoignent donc pour imposer cette autorisation judiciaire. Munie de celle-ci, le mandataire peut constituer la sûreté, en représentation du mandant vulnérable (art. 477). Cependant, comme la mise à exécution du mandat de protection future n'institue pas une incapacité, le mandant peut lui-même conclure des actes de disposition, de sorte que la représentation n'est pas ici nécessaire.

L'avis préalable d'un médecin agréé

24. Selon l'article 426, alinéa 3, « l'avis préalable d'un médecin inscrit sur la liste prévue à l'article 431 est requis si l'acte a pour finalité l'accueil de l'intéressé dans un établissement ». C'est la loi du 5 mars 2007 qui a imposé le recours à un médecin agréé par le procureur de la République plutôt qu'au médecin traitant (26), et qui en a, en outre, limité le champ aux cas dans lesquels l'acte de disposition envisagé aurait pour but de transférer la personne protégée de son domicile vers un établissement. La question se pose de savoir si cette formalité est ou non applicable lorsque l'acte projeté est une sûreté. Il est permis d'en douter. En effet l'avis médical permet au juge des tutelles d'être informé des chances de guérison et de retour à domicile de la personne protégée et, le cas échéant, des conséquences que pourrait avoir sur elle l'impossibilité de retrouver son cadre de vie, en raison de l'acte de disposition dont il aurait fait l'objet. L'avis médical paraît donc essentiel seulement lorsque l'acte de disposition envisagé emporte nécessairement, immédiatement et irrévocablement la perte du logement. Cette interprétation est confortée par un arrêt de la Cour de cassation en date du 17 mars 2010, selon lequel l'avis du médecin n'est pas requis à l'égard « d'une vente partielle de meubles de la personne protégée maintenue à son domicile » (27). Il ressort de cette décision que le critère déterminant pour écarter l'avis médical réside dans le maintien du majeur protégé à son domicile, malgré l'acte de disposition projeté. Or, dans la majorité des cas, la conclusion d'une sûreté réelle n'emporte pas la dépossession du constituant. Le juge des tutelles devrait donc pouvoir se prononcer sur la constitution de sûretés sur le logement du majeur, sans avoir à recueillir préalablement l'avis d'un médecin agréé.

Les autres modes de protection du logement contre les sûretés

25. En dehors de l'article 426, la protection du logement contre les sûretés, qu'organisent le droit des incapacités, mais également le droit des sûretés et le droit des voies d'exécution, revêt essentiellement trois formes, qui sont autant de contraintes pour les créanciers du majeur protégé et, corrélativement, autant de moyens de défense que les personnes chargées de la protection du

majeur pourraient faire valoir contre ces créanciers. D'abord les sûretés qui n'entrent pas dans le champ de l'article 426 font néanmoins l'objet de contrôles. Ensuite les créanciers qui réussissent à être régulièrement garantis ne peuvent pas toujours, en cas d'impayé, mettre en oeuvre leur sûreté comme ils l'entendent, puisqu'en présence de certains majeurs protégés, la liberté de réalisation est restreinte. Enfin la protection du cadre de vie contre les sûretés trouve son paroxysme dans les prohibitions des pratiques les plus risquées, c'est-à-dire celles qui impliqueraient la perte du logement ou du mobilier dans des conditions particulièrement dommageables pour le majeur vulnérable.

Les contrôles des sûretés non soumises à l'article 426

26. L'article 426 ne s'applique, ni aux sûretés légales ou judiciaires, ni aux sûretés conventionnelles conclues avant la mise en oeuvre de la mesure de protection, ni encore aux sûretés conventionnelles conclues par un majeur protégé ayant conservé la faculté de disposer seul des droits relatifs à son logement. Pour autant, ces diverses sûretés ne représentent pas nécessairement une menace pour les majeurs protégés et, corrélativement, une sécurité pour les créanciers bénéficiaires. La raison en est qu'elles se trouvent soumises à d'autres types de contrôles. A l'égard des sûretés légales et judiciaires, il s'agit de contrôles a priori, c'est-à-dire entourant leur naissance même, qui peut dès lors se trouver compromise. A l'égard des sûretés conventionnelles exclues du champ de l'article 426, il s'agit de contrôles a posteriori, c'est-à-dire susceptibles d'être exercés après leur conclusion, et qui peuvent en anéantir ou, à tout le moins, en réduire l'efficacité.

Les contrôles a priori des sûretés légales et judiciaires

27. La naissance des sûretés légales et judiciaires est encadrée, plus ou moins directement. L'hypothèque judiciaire conservatoire doit en principe être autorisée par le juge de l'exécution (28). Le contrôle a priori est ici direct. S'agissant des sûretés légales, des contrôles judiciaires portent, non pas sur leur propre existence, mais sur l'opportunité des actes pouvant donner naissance aux créances qu'elles garantissent. A titre d'exemple de ce type de contrôle a priori indirect, mérite d'être cité celui entourant la naissance du privilège du prêteur de deniers. Cette sûreté est adjointe, dans les conditions prévues par la loi (art. 2374 c. civ.), à la conclusion d'un prêt immobilier. Or le contrat de crédit est qualifié par le décret du 22 décembre 2008 d'acte de disposition, sauf circonstances particulières. Il en résulte que la souscription d'un crédit immobilier, partant l'existence du privilège du prêteur de deniers, se trouvent normalement subordonnées, en cas de tutelle, à une autorisation du juge des tutelles. Bien que l'article 426 ne s'applique pas aux sûretés légales ou judiciaires, elles n'en font donc pas moins l'objet de contrôles judiciaires, protecteurs des intérêts des majeurs débiteurs.

Les contrôles a posteriori des sûretés conventionnelles échappant à l'article 426

28. Les sûretés réelles constituées avant la mise en oeuvre de la mesure de protection, ainsi que les sûretés conclues postérieurement par des majeurs encore capables de disposer des droits sur leur logement, n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 426. En conséquence, lors de leur conclusion, nulle autre personne que le constituant lui-même n'en apprécie les intérêts et les dangers. Comme, dans le premier cas, les facultés du constituant étaient peut-être déjà en déclin et que, dans le second cas, l'altération des facultés est nécessairement avérée, la gravité de l'acte de sûreté risque de ne pas avoir été pleinement mesurée. Il est dès lors utile de permettre la remise en cause, totale ou partielle, des sûretés échappant à l'article 426, à l'occasion de contrôles a posteriori.

29. A l'égard des sûretés conclues avant l'ouverture de la mesure de protection, cette remise en cause peut procéder de deux fondements distincts. D'une part ces sûretés peuvent être annulées, en vertu de l'article 414-1 du code civil, si l'insanité d'esprit du constituant, lors de la conclusion de l'acte (29), est établie (30). D'autre part, sur le fondement de l'article 464 (31), si la preuve est rapportée « que l'inaptitude (du majeur intéressé) à défendre ses intérêts, par suite de l'altération de ses facultés personnelles, était notoire ou connue du cocontractant à l'époque où les actes (32) ont été passés » (33), l'efficacité des sûretés constituées « moins de deux ans avant la publicité du jugement d'ouverture » d'une tutelle ou d'une curatelle peut être compromise. Avant la réforme de 2007, l'article 503 retenait uniquement la nullité de l'acte litigieux. Le nouvel article 464 est plus nuancé : la réduction est désormais le principe et l'annulation se trouve subordonnée à une condition supplémentaire, à savoir la preuve « d'un préjudice subi par la personne protégée ». Rapportées à des sûretés conclues sur le logement ou le mobilier pendant la période suspecte, ces sanctions appellent chacune une remarque. S'agissant de la réduction, elle pourrait porter sur l'assiette de la garantie, à condition que celle-ci soit divisible (tel est le cas lorsque plusieurs biens sont grevés) ou, à défaut, sur le montant garanti. Concernant la nullité, en quoi pourrait consister le préjudice du majeur protégé qui en conditionne désormais le prononcé ? Ce préjudice pourrait tenir à l'impossibilité de réaliser des dépenses utiles, voire nécessaires, en mobilisant pour ce faire le logement ou les meubles meublants. En effet, la vente de biens déjà grevés de sûretés est, si ce n'est impossible, du moins difficile et nettement moins avantageuse financièrement. Par ailleurs, si les biens de valeur du majeur ont déjà été affectés en garantie pendant la période suspecte, les sûretés constituées ultérieurement sont nécessairement moins efficaces (34), ce qui risque également d'entraver l'accès à de nouveaux crédits.

30. Les sûretés réelles constituées par les majeurs protégés encore capables de conclure, seuls, des actes de disposition sur leur logement ou leur mobilier peuvent elles aussi faire l'objet de contrôles a posteriori. En effet, en des termes identiques, les articles 435, alinéa 2, et 488 prévoient que les actes passés par le majeur pendant la durée, soit de la sauvegarde de justice, soit du mandat de protection future, « peuvent être rescindés pour simple lésion ou réduits en cas d'excès ». Cela signifie que le majeur est certes encore capable de s'engager, mais qu'il ne saurait subir un déséquilibre contractuel. En présence d'une sûreté réelle, en quoi pourrait consister ce déséquilibre ? La disproportion ne saurait exister entre la sûreté constituée et le patrimoine du constituant. En effet, à l'inverse des sûretés personnelles, comme le cautionnement, qui peuvent être excessives par rapport aux biens et revenus du garant (35), les sûretés réelles conventionnelles ne peuvent renfermer un tel excès, puisqu'elles engagent un, voire plusieurs biens, mais jamais l'ensemble du patrimoine du constituant. La Cour de cassation a ainsi nettement décidé qu'une hypothèque, « limitée au bien hypothéqué, est nécessairement proportionnée aux facultés contributives de son souscripteur » (36). En réalité, en matière de sûretés réelles, c'est seulement au regard du crédit garanti qu'un excès peut être découvert et sanctionné (37). Par exemple, la constitution d'une hypothèque sur un immeuble de grande valeur pourrait être remise en cause, en tout ou en partie, si elle venait garantir un prêt d'une valeur modique.

La restriction à la liberté de réalisation des sûretés

31. En cas de non-paiement de la dette garantie, le créancier peut, en principe, réaliser sa sûreté comme il l'entend (38). En présence de sûretés réelles classiques (39), le mode traditionnel de réalisation est la saisie, suivie de la vente du ou des biens grevés, permettant l'exercice du droit de préférence sur le prix de vente (40). Ce mode de réalisation est encadré lorsque le débiteur saisi est un majeur protégé. La restriction à la liberté de réalisation ne résulte pas de l'application de l'article 426 puisque la saisie du logement ou du mobilier, si elle est postérieure au déclenchement de la mesure de protection du saisi, n'a pas à être autorisée par le juge des tutelles sur le fondement de ce texte. La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt rendu le 18 septembre 2001, a justifié cette solution en précisant que l'article 490-2 (devenu l'art. 426) « ne crée pas une insaisissabilité des tiers sur l'habitation et ne vise que les personnes habilitées à administrer le

patrimoine de la personne protégée » (41). L'article 426 ne modifie donc pas le droit de réalisation des créanciers bénéficiaires de sûretés, que celles-ci soient antérieures ou postérieures à la mise en jeu de la mesure de protection, qu'elles soient conventionnelles, légales ou judiciaires ou encore qu'elles soient mobilières ou immobilières.

32. En réalité, la restriction à la liberté de réalisation procède de l'article 2197 du code civil, selon lequel « les immeubles d'un mineur, même émancipé, ou d'un majeur en curatelle ou en tutelle ne peuvent être saisis avant la discussion de leurs meubles ». La protection des majeurs les plus vulnérables contre la saisie de leurs biens se concrétise donc par la subsidiarité de la saisie immobilière découlant de l'exigence de discussion préalable du mobilier. Plusieurs précisions s'imposent, quant au champ d'application de cette règle, à ses conditions de mise en oeuvre et à sa sanction. D'abord le bénéfice de discussion peut faire échec à toute saisie immobilière, donc à la saisie du logement, mais pas à la saisie des meubles meublants. La cause de la saisie est indifférente, en ce sens que la restriction à la liberté du créancier de choisir sur quels biens il fera porter l'exécution forcée s'impose, tant aux créanciers chirographaires impayés exerçant leur droit de gage général, qu'aux créanciers privilégiés réalisant leur sûreté immobilière, conventionnelle, légale ou judiciaire, antérieure ou postérieure à la mise en jeu de la mesure de protection. S'agissant des majeurs protégés, l'ordonnance du 21 avril 2006 a reconduit le bénéfice de discussion au profit des majeurs en tutelle et l'a étendu aux majeurs sous curatelle, qui n'étaient pas auparavant visés par l'ancien article 2206 du code civil. En conséquence, aujourd'hui, ce sont les majeurs placés sous sauvegarde de justice ou couverts par un mandat de protection future qui courent le plus grand risque de perdre leur logement par voie de saisie. Concernant ensuite les conditions de mise en oeuvre de la discussion préalable du mobilier, elles ne sont précisées ni par l'ancien article 2206, ni par l'actuel article 2197. Dans le silence des textes, la doctrine (42) considère que le créancier doit faire sommation de déclarer quels sont les meubles susceptibles d'être discutés, soit au tuteur, soit au majeur et à son curateur. A défaut de réponse de leur part (43) ou si la réponse établit l'insuffisance des biens meubles pour désintéresser le créancier, celui-ci peut saisir l'immeuble. Si, une fois la poursuite engagée contre l'immeuble, la personne protégée acquiert un mobilier suffisant pour éteindre la créance, la procédure peut être suspendue jusqu'à ce que le nouveau mobilier soit discuté (44). S'agissant enfin de la sanction de l'absence de discussion préalable du mobilier, elle consiste dans la nullité de la saisie immobilière, ce qui est particulièrement protecteur des majeurs en tutelle ou en curatelle concernés.

La prohibition des pratiques les plus risquées

33. Dans certaines hypothèses, afin de soustraire le cadre de vie des majeurs protégés aux pires dangers que les sûretés peuvent représenter, il est opportun que les contrôles et restrictions fassent place à de véritables prohibitions affectant l'existence même des sûretés ou leurs modes de réalisation. Quelques prohibitions existent en droit positif. D'autres méritent d'être proposées en vue d'une sauvegarde encore plus large du cadre de vie des majeurs vulnérables.

Les prohibitions consacrées

34. De lege lata, la protection absolue du logement et des meubles meublants des majeurs vulnérables contre les sûretés repose sur l'interdiction de conclure certaines d'entre elles et sur l'interdiction d'en réaliser d'autres en empruntant certaines voies. Notre droit renferme effectivement trois prohibitions. Deux sont propres à la tutelle. Il s'agit de la prohibition des sûretés pour autrui et de la fiducie. La troisième n'est pas réservée aux majeurs protégés. Il s'agit de la prohibition de la réalisation des sûretés portant sur la résidence principale par le biais d'une attribution judiciaire ou d'un pacte commissoire.

• Sûretés pour autrui dans le cadre de la tutelle

35. Avant la loi du 5 mars 2007, les sûretés consenties par un incapable en garantie de la dette d'un tiers ne faisaient l'objet d'aucun texte particulier. La doctrine (45) et les juges du fond (46) s'accordaient alors pour interdire aux personnes chargées de la protection des mineurs ou des incapables majeurs de se porter garants, au nom de ceux-ci, des dettes d'un tiers, aussi bien en souscrivant un cautionnement qu'en grevant d'une sûreté réelle un bien meuble ou immeuble de l'incapable. Il s'agissait d'une prohibition absolue, que l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille ne suffisait à lever. En 1997, la jurisprudence a abandonné cette stricte solution (47). Ainsi, dans un arrêt du 2 décembre, la première chambre civile de la Cour de cassation a-t-elle décidé que « l'administrateur légal peut, avec l'autorisation du juge des tutelles, faire des actes de disposition et, notamment, grever de droits réels les immeubles du mineur lorsque ces actes sont conformes à l'intérêt de celui-ci » (48). Prima facie, cette solution, plus nuancée que la précédente, peut paraître légitime. En effet on entrevoit aisément les hypothèses dans lesquelles un incapable, qu'il soit d'ailleurs mineur ou majeur, peut tirer profit du crédit consenti à un tiers et dont la conclusion se trouve subordonnée à la garantie que son protecteur doit donner en son nom. Tel est le cas lorsque le crédit est accordé à un proche de l'incapable et que ce crédit est destiné à la construction d'une maison devant servir de logement à la famille ou à l'amélioration d'un bien dont l'incapable est propriétaire totalement ou partiellement (en qualité de nu-propriétaire ou d'indivisaire) (49). Ce n'est pourtant pas une opération de ce type qui a conduit la Haute juridiction à valider les sûretés pour autrui sous condition de leur intérêt pour l'incapable. Effectivement, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 2 décembre 1997, l'hypothèque portant sur l'immeuble du mineur garantissait le prêt accordé à sa mère en vue de l'achat d'un fonds de commerce. Certes, dans une telle situation, les revenus tirés du fonds ont des chances de profiter indirectement au mineur. Mais ce n'est nullement une certitude. Dans l'immédiat, l'opération ne procure aucune contrepartie à l'incapable, qui n'est pas propriétaire du bien acquis, et pour l'avenir, la contrepartie, en qualité de successeur du parent propriétaire garanti, est tout à fait aléatoire et hypothétique. Il peut donc y avoir danger à déduire l'intérêt de l'incapable de celui, distinct, de la famille. Le danger, plus généralement, tient au manque de précision du critère de l'intérêt de l'incapable : doit-il s'agir d'un intérêt immédiat ou est-ce qu'un intérêt à moyen, voire long terme, peut être admis ? Doit-il s'agir d'un intérêt pécuniaire ou est-ce qu'un intérêt purement moral, tenant aux liens personnels qui unissent l'incapable et le débiteur garanti, peut être jugé suffisant ? Il apparaît ainsi que faire de l'intérêt de l'incapable la clé de voûte du contrôle judiciaire des sûretés pour autrui, conduit à introduire beaucoup d'incertitudes et fait courir le risque de sacrifier la protection de l'incapable au nom, le cas échéant, de la solidarité familiale (lorsque le débiteur principal garanti est un parent de l'incapable) et au nom, en tout état de cause, d'impératifs d'ordre économique. Pour toutes ces raisons, l'abandon de la jurisprudence de 1997 et le retour à l'interdiction absolue des sûretés pour autrui semblaient souhaitables (50).

36. La réforme du 5 mars 2007 a répondu à ces attentes. Le nouvel article 509, 1° énumère les actes interdits aux tuteurs, même avec une autorisation, comme étant dangereux par nature. « La constitution d'une sûreté pour garantir la dette d'un tiers » en fait partie. Cette prohibition n'étant assortie d'aucune réserve, en particulier celle de l'intérêt du majeur en tutelle à l'opération garantie, la jurisprudence de 1997 semble bien condamnée (51), ce qui est tout à fait opportun en vue de la sauvegarde des biens des tutélaires. La nouvelle règle est-elle toutefois totalement satisfaisante ?

37. La prohibition absolue des sûretés pour autrui repose sur leur qualification, par l'article 509, 1° lui-même, en « actes qui emportent une aliénation gratuite des biens ou des droits de la personne protégée ». Cette qualification mérite l'approbation. En effet, le caractère gratuit ou onéreux d'un contrat doit être recherché dans les seuls rapports qu'entretiennent les parties à ce contrat, même si celui-ci prend place dans une opération triangulaire. Ainsi, le caractère gratuit ou onéreux des contrats de sûreté garantissant la dette d'un tiers doit-il être apprécié uniquement au regard des relations existant entre le constituant et le créancier, à l'exclusion de celles intéressant le constituant et le débiteur garanti. Or si, dans ces dernières relations, l'existence d'une contrepartie

(sous forme d'une rémunération versée par le débiteur principal), ou au moins d'un intérêt patrimonial du constituant, est envisageable, tel n'est pas le cas en revanche dans les strictes relations contractuelles qu'entretiennent le constituant et le créancier. Le garant consent effectivement un avantage au créancier, sans recevoir aucune contrepartie de celui-ci, le crédit garanti étant octroyé à un tiers. Les sûretés pour autrui sont donc bien, comme l'indique l'article 509, 1°, des actes à titre gratuit, dont la dangerosité explique la prohibition imposée par ce texte.

38. Cette prohibition a un champ d'application général quant aux sûretés concernées. La loi s'attache effectivement à la finalité de la sûreté (« pour garantir la dette d'un tiers ») et non à sa nature, personnelle ou réelle. Lors des travaux préparatoires, il a d'ailleurs été clairement précisé que « l'interdiction énoncée par l'article 509, 1° englobe tout à la fois le cautionnement et la constitution d'une sûreté réelle sur un bien appartenant à la personne protégée en garantie du paiement de la dette d'autrui » (52). Cette identité de traitement des sûretés personnelles et des sûretés réelles pour autrui est-elle pertinente ? La réponse à cette question est complexe, car les sûretés réelles pour autrui, mécanismes hybrides, le sont elles-mêmes (53). A l'encontre de l'assimilation opérée par la loi du 5 mars 2007, c'est la différence de droits procurés au bénéficiaire par chacune des deux catégories de sûretés qu'il convient de rappeler. Les sûretés personnelles offrent au créancier un droit de créance supplémentaire, portant sur la totalité du patrimoine du garant. Les sûretés réelles, quant à elles, confèrent au créancier un droit réel (de préférence dans les sûretés classiques, de propriété dans la fiducie-sûreté) sur les seuls biens donnés en garantie, et ce même lorsqu'elles sont constituées pour autrui. Une chambre mixte de la Cour de cassation a apporté cette importante précision dans un arrêt du 2 décembre 2005 en décidant qu'« une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'implique aucun engagement personnel à satisfaire à l'obligation d'autrui » et qu'elle n'est « pas dès lors un cautionnement » (54). L'ordonnance du 23 mars 2006 est venue consacrer cette analyse strictement réelle de l'affectation d'un bien en garantie de la dette d'un tiers (55). Dans la mesure où le droit des sûretés refuse désormais de rapprocher les sûretés réelles pour autrui des sûretés personnelles et où ces dernières peuvent sembler plus dangereuses que les sûretés réelles, parce que leur réalisation peut mettre en péril tout le patrimoine du garant (dans la limite bien sûr de la valeur de la créance impayée), la réforme du droit des majeurs protégés aurait pu réserver la prohibition absolue de l'article 509, 1° aux seules sûretés personnelles et admettre la validité des sûretés réelles pour autrui sous certaines conditions (56). Tel n'a pas été le parti retenu par la loi du 5 mars 2007 et il est permis, en réalité, de s'en féliciter. En faveur de l'identité de régime des sûretés personnelles et des sûretés réelles pour autrui, pour l'application de l'article 509, 1°, deux arguments peuvent effectivement être avancés. Le premier repose sur l'identité de structure des deux catégories de sûretés. Les sûretés personnelles, comme les sûretés réelles pour autrui, se caractérisent par le fait que le constituant et le débiteur garanti sont deux personnes distinctes. Cette dissociation implique des protections particulières du constituant, qui doivent jouer, que la sûreté pour autrui soit de nature personnelle ou réelle. Dès lors que la loi du 5 mars 2007 organise justement la protection des majeurs vulnérables, il est logique qu'elle ait privilégié l'identité de structure des sûretés pour autrui pour prohiber aussi bien les sûretés personnelles que les sûretés réelles constituées au nom d'un majeur en tutelle. Le second argument en faveur de l'application indifférenciée de l'article 509, 1° à toutes les sûretés pour autrui est d'ordre pratique : économiquement, l'incapable qui a pour seule richesse un immeuble, ce qui est très fréquent, voit son patrimoine tout autant engagé par la constitution d'une sûreté réelle sur cet immeuble, que par un cautionnement personnel.

• Fiducie dans le cadre de la tutelle

39. Selon l'article 509, 5°, le tuteur ne peut, même avec une autorisation, « transférer dans un patrimoine fiduciaire les biens ou droits d'un majeur protégé ». C'est la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 qui est à l'origine de cette prohibition absolue de la fiducie dans le cadre de la tutelle. Le texte interdit le transfert fiduciaire quelles que soient son assiette (tous les biens de la personne protégée sont concernés et non seulement ceux formant son cadre de vie) et sa finalité, qui peut résider, soit dans la gestion par le fiduciaire des biens placés en fiducie, soit dans

la garantie d'une ou plusieurs dettes du constituant au profit d'un bénéficiaire (57). La prohibition concerne donc aussi bien la fiducie-gestion que la fiducie-sûreté. L'une et l'autre présentent une caractéristique essentielle, qui explique leur interdiction : elles réalisent un transfert de propriété dès la conclusion du contrat ; les biens fiduciaires sortent alors du patrimoine du constituant pour intégrer un patrimoine autonome, affecté à la finalité définie dans le contrat, et à la tête duquel se trouve le fiduciaire. Même si le constituant peut conserver l'usage ou la jouissance des biens mis en fiducie, il en perd la propriété ab initio. Ainsi, dans le cadre d'une fiducie-sûreté, l'expropriation n'est pas seulement éventuelle, c'est-à-dire subordonnée au défaut de paiement de la dette garantie, comme elle l'est dans les sûretés classiques. La perte de propriété est au contraire nécessaire et elle intervient dès la formation du contrat de fiducie. Cela emporte une conséquence particulièrement dangereuse, pour le constituant, au stade de la réalisation : le créancier bénéficiaire impayé « acquiert la libre disposition du bien ou du droit cédé à titre de garantie » (art. 2372-3 et 2488-3 c. civ.), de sorte que les protections que le droit des voies d'exécution offre aux débiteurs saisis ne sauraient profiter au constituant. L'article 509, 5° empêche les personnes en tutelle de souffrir de ces effets drastiques de la fiducie.

• Réalisation par attribution judiciaire ou pacte comissoire d'une sûreté grevant le logement

40. L'ordonnance du 23 mars 2006 a profondément remanié la réalisation des sûretés réelles classiques, en reconnaissant aux créanciers hypothécaires impayés le droit de mettre en oeuvre leur garantie autrement que par la saisie et la vente du bien grevé, c'est-à-dire, soit en demandant en justice que l'immeuble hypothéqué leur demeure en paiement, soit en faisant jouer un pacte comissoire qui leur attribue également la propriété de l'immeuble, mais sans intervention judiciaire préalable. Les articles 2458 et 2459 du code civil fixent cependant une limite importante à ces nouveaux modes de réalisation simplifiés : ils sont interdits à l'égard de « l'immeuble qui constitue la résidence principale du débiteur ». Cette prohibition vise à protéger le logement, et lui seul, à l'exclusion des meubles qui le garnissent, quelles que soient les facultés physiques et mentales de son propriétaire. Sans en être les seuls bénéficiaires, les majeurs vulnérables ont donc vocation à en profiter. Ce faisant, si leur logement fait l'objet d'une hypothèque (58), voire d'un privilège immobilier spécial (59), et que le défaut de paiement de la dette garantie autorise la réalisation de la sûreté, la perte de ce bien indispensable ne saurait survenir sans qu'un contrôle judiciaire ne soit exercé (d'où la prohibition du pacte comissoire), et ce de manière approfondie [d'où la prohibition de l'attribution judiciaire dans laquelle le juge n'a qu'une compétence liée (60)], et sans que la perte du logement ne puisse être compensée par un prix, qui soit éventuellement supérieur à la valeur vénale du bien (61). La seule voie de réalisation de la sûreté portant sur le logement est donc la saisie immobilière, qui, en présence d'un débiteur en tutelle ou en curatelle, se trouve en plus entravée par le bénéfice de discussion préalable du mobilier prévu par l'article 2197.

Les prohibitions proposées

41. De lege ferenda, il serait souhaitable d'élargir le domaine d'application des prohibitions analysées précédemment. D'abord, l'interdiction des sûretés pour autrui et celle de la fiducie-sûreté mériteraient de profiter à tous les majeurs protégés, et non aux seuls majeurs en tutelle, au moins lorsque ces sûretés risquent de mettre en péril leur cadre de vie. Pour cela, il conviendrait d'inscrire cette prohibition dans l'article 426, alinéa 3, en la présentant comme une dérogation à l'encadrement des actes de disposition qu'il autorise exceptionnellement, autrement dit comme une application stricte du principe de conservation du logement et des meubles qui le garnissent (62). A l'égard des majeurs placés sous sauvegarde de justice et de ceux couverts par un mandat de protection future, cette modification de l'article 426 suffirait à mettre leur cadre de vie à l'abri des dangers que les sûretés pour autrui et la fiducie-sûreté leur font aujourd'hui courir (63). A l'égard des majeurs en curatelle, il conviendrait, en outre, de faire figurer la prohibition de la fiducie-sûreté

portant sur le logement ou le mobilier dans l'article 468, alinéa 2, puisque depuis la loi du 4 août 2008, ce texte permet aux majeurs en curatelle de conclure un contrat de fiducie avec l'assistance de leur curateur. Il importe d'insister sur le fait que les présentes propositions d'interdiction ne concernent que la fiducie utilisée à des fins de garantie. A propos de la fiducie-gestion, c'est au contraire une admission plus large, incluant la tutelle, qui devrait être de nouveau envisagée (64), tant elle présente des avantages pour les majeurs en difficulté (65) et tant son actuelle prohibition par l'article 509, 5° risque d'être aisément contournée (66). Il serait donc opportun qu'à l'avenir le législateur cesse de traiter de la même manière la fiducie-gestion et la fiducie-sûreté.

42. Dans une perspective de réforme, c'est ensuite la prohibition de l'attribution judiciaire et du pacte commissaire qui pourrait être étendue aux gages portant sur des meubles meublants. En effet, dès lors que ces deux modes de réalisation sont considérés comme incompatibles avec l'impérieuse protection dont la résidence principale doit bénéficier, il serait cohérent d'en interdire le recours à l'encontre de cette autre composante essentielle du cadre de vie que constitue le mobilier. Les articles 2347 et 2348 du code civil pourraient accueillir ces interdictions, qui ne seraient donc pas réservées aux majeurs protégés mais dont ceux-ci profiteraient néanmoins pleinement.

43. De lege ferenda, une dernière proposition de prohibition, totalement inconnue du droit positif cette fois, mérite d'être formulée. Elle concerne le rechargement des sûretés. Actuellement, la constitution d'une hypothèque rechargeable ou d'une fiducie-sûreté rechargeable ne fait l'objet d'aucune règle de capacité spécifique (67). Or la clause de rechargement aggrave les risques supportés par le constituant de la sûreté, dans la mesure où celle-ci peut être ultérieurement affectée à la garantie de créances autres que celles mentionnées dans l'acte constitutif. Pour cette raison, il serait opportun d'interdire purement et simplement le rechargement des sûretés grevant les biens d'un majeur protégé, à tout le moins son logement et les meubles le garnissant. L'article 426 pourrait ainsi prohiber, aux côtés des sûretés pour autrui et de la fiducie-sûreté, les clauses de rechargement.

•••

Il ressort de cette étude que le logement des majeurs protégés est essentiellement un cadre de vie qu'il est vital de protéger et, accessoirement seulement, un bien de valeur qu'il est utile de mobiliser en vue d'accéder au crédit. On ne saurait le déplorer, puisque l'octroi de crédit aux majeurs protégés n'est pas impossible pour autant. Il se trouve seulement subordonné, de facto, à la constitution de sûretés par des tiers. C'est un autre aspect de l'articulation du droit des incapacités et du droit des sûretés qui mériterait d'être ailleurs exploré...

Mots clés :

MAJEUR PROTEGE * Logement * Protection * Sûreté * Crédit

SURETE * Généralités * Majeur protégé * Logement * Crédit

(1) Art. 2 décr. n° 2008-1484 du 22 déc. 2008.

(2) Le gage immobilier (antichrèse) est, en principe, une sûreté avec dépossession (art. 2387 c. civ.). L'ordonnance du 23 mars 2006 a atténué cette exigence en consacrant la pratique de l'antichrèse-bail, qui permet au constituant de conserver l'usage de l'immeuble gagé, de sorte que la dépossession n'est plus matérielle mais seulement juridique (art. 2390 c. civ.). Par ailleurs, la réforme de 2006 a cessé de subordonner la formation même des gages de meubles corporels à la dépossession du constituant, en ouvrant une alternative entre le gage avec dépossession et le gage

publié sans dépossession (art. 2336 et 2337 c. civ.). En matière de fiducie-sûreté, la dépossession du fiduciaire peut également être écartée si les parties concluent au profit de celui-ci une convention de mise à disposition des actifs transférés.

(3) Civ. 1^{re}, 17 déc. 1991, Bull. civ. I, n° 357 ; JCP 1992. I. 3614, n° 1, obs. Wiederkehr ; Defrénois, 1992. 396, obs. Champenois.

(4) Rapp. n° 3557 d'E. Blessig.

(5) Les règles de capacité applicables à ces deux nouveaux types d'hypothèques, consacrés par l'ordonnance du 23 mars 2006, sont celles du droit commun des hypothèques conventionnelles. A l'égard de l'hypothèque rechargeable, il est permis de le déplorer (cf. infra n° 43).

(6) Sur cette prohibition de la fiducie dans le cadre de la tutelle, cf. infra n° 39.

(7) Les principales sûretés légales susceptibles de porter sur le logement d'un majeur protégé sont les privilèges pleinement généraux (surtout celui des frais de justice), les privilèges spéciaux immobiliers (en particulier ceux bénéficiant aux vendeurs d'immeuble, aux prêteurs de deniers servant à l'acquisition d'un immeuble ou encore aux syndicats de copropriété) et l'hypothèque légale attachée aux jugements de condamnation. Quant aux sûretés légales susceptibles de porter sur les meubles meublant le logement du majeur, il s'agit des privilèges pleinement généraux, des privilèges mobiliers généraux (surtout ceux du Trésor et de la Sécurité sociale) et les privilèges mobiliers spéciaux (tels ceux du vendeur de meubles ou du conservateur). Concernant les sûretés judiciaires, aucune ne peut porter sur le mobilier garnissant un logement (selon l'article 77 de la loi du 9 juillet 1991, les sûretés mobilières judiciaires ne peuvent porter que sur les fonds de commerce, les actions, parts sociales et valeurs mobilières). En revanche, le logement lui-même peut faire l'objet d'une hypothèque judiciaire conservatoire.

(8) La capacité de disposer du débiteur ne conditionne pas davantage le droit de gage général des créanciers chirographaires, car l'affectation du patrimoine du débiteur au paiement de ses créanciers n'est pas un acte d'aliénation, mais uniquement la conséquence de l'obligation.

(9) En ce sens, cf. not. Paris, 18 sept. 2001, n° 2001/03250, D. 2002. 2161, obs. J.-J. Lemouland ; AJDI 2002. 60 ; AJ famille 2001. 60, et les obs. ; RTD civ. 2002. 75, obs. J. Hauser) : « cet article (anc. art. 490-2) ne vise que les personnes habilitées à administrer le patrimoine de la personne protégée ».

(10) Il n'en va autrement que pour deux catégories de sûretés, dont la conclusion est interdite au tuteur par l'article 509 du code civil : les sûretés garantissant la dette d'un tiers ; la fiducie-sûreté.

(11) J. Massip, Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs, Defrénois, 2009, n° 581.

(12) Cf. not. art. 812-1-3, 813-4 et 814 c. civ.

(13) Ce constat mérite cependant d'être nuancé à deux égards. D'une part, les actes de disposition (dont les sûretés) portant sur le logement n'ont certes pas à être autorisés par le juge des tutelles, mais ils peuvent l'être par le président du TGI, sur le fondement de l'article 814 du code civil. D'autre part, si le majeur est protégé par une curatelle ou une tutelle, la réalisation de la sûreté immobilière par voie de saisie demeure subordonnée à la discussion préalable du mobilier (art. 2197 c. civ. ; cf. infra n° 32).

(14) Depuis la loi du 4 août 2008, les personnes physiques peuvent conclure un contrat de fiducie.

(15) Le maintien de la fiducie en cas d'ouverture d'une tutelle ou d'une curatelle est conforté par l'article 2022 du code civil, qui impose alors au fiduciaire de rendre compte de sa mission, soit au tuteur, soit au constituant et à son curateur.

(16) Les sûretés librement constituées par le fiduciaire ne sauraient, en revanche, être librement réalisées, chaque fois que l'article 2197 du code civil trouve à s'appliquer, c'est-à-dire lorsque le créancier entend saisir le logement appartenant au majeur placé sous tutelle ou sous curatelle (cf. infra n° 32).

(17) La conclusion de ce contrat est tout à fait licite dans ces deux hypothèses, puisque la fiducie est seulement prohibée dans le cadre de la tutelle (cf. infra n° 39).

(18) La protection du logement ne pourrait alors procéder que de l'article 2197 du code civil, mais seulement au bénéfice des majeurs sous curatelle (cf. infra n° 32).

(19) Cf. infra n° 30.

(20) Dans l'annexe 1 du décret du 22 décembre 2008, sont qualifiés d'actes de disposition nécessitant une autorisation du juge des tutelles, les actes portant sur les immeubles, en particulier « la constitution de droits réels principaux (usufruit, usage, servitude...) et de droits réels accessoires (hypothèques...) et autres sûretés réelles » ; ainsi que « le consentement à une hypothèque » (art. 2413 c. civ.). D'un point de vue formel, ce texte encourt la critique à deux égards. D'une part, il opère une distinction injustifiée entre les droits réels accessoires et les « autres sûretés réelles », puisque les sûretés réelles forment, à elles seules, la catégorie des droits réels accessoires ; cette maladresse aurait été évitée si l'expression « et autres sûretés réelles » avait figuré au sein de la parenthèse, à la suite du terme « hypothèques » (en outre, cela aurait eu le mérite de souligner que les hypothèques ne représentent qu'un type de droits réels accessoires portant sur des immeubles, ces droits existant également en présence d'un gage immobilier). D'autre part, le décret se répète inutilement lorsqu'il vise « le consentement à une hypothèque » après avoir déjà envisagé « la constitution de droits réels accessoires (hypothèques...) ».

(21) L'hypothèque, sûreté immobilière sans dépossession du constituant, a toujours éclipsé l'antichrèse, sûreté immobilière avec dépossession. Bien que l'ordonnance du 23 mars 2006 ait atténué cette exigence de dépossession en consacrant la pratique de l'antichrèse-bail, la rareté de l'antichrèse devrait perdurer. En matière mobilière, l'alternative entre le gage avec dépossession et le gage publié sans dépossession n'ayant été validée qu'en 2006, il faudra attendre encore quelques années pour savoir laquelle de ces deux modalités aura la préférence de la pratique. Il en

va de même au sujet de la fiducie, plus récente encore, à laquelle peut être adjointe une convention de mise à disposition des actifs transférés au profit du constituant.

(22) Sur la proposition de prohibition de la fiducie-sûreté, au-delà de la tutelle, cf. infra n° 41.

(23) Cette règle ne suscite pas de contentieux, certainement parce que « l'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte notarié » (art. 2416 c. civ.) et qu'il entre dans les fonctions du notaire de vérifier la capacité des parties. A l'égard de majeurs en tutelle, cette vérification est facilitée par la publicité de la mesure de protection en marge de l'acte de naissance (art. 444 c. civ. ; art. 1233 c. pr. civ.) et au Répertoire civil (art. 1057 à 1061 c. pr. civ.). Il en va de même en matière de gage immobilier, puisque, depuis la réforme du 23 mars 2006, la forme notariée y est également imposée (art. 2388 c. civ., par renvoi à l'art. 2416).

(24) Civ. 1re, 9 nov. 1982, D. 1983. 358, Massip - 24 févr. 1988, Bull. civ. I, n° 130. Arrêts rendus sur le fondement de l'ancien article 491-5.

(25) L'ancien article 491-5 limitait les pouvoirs de ce mandataire judiciaire aux seuls actes qu'un tuteur peut faire sans autorisation, c'est-à-dire aux actes d'administration. Au contraire, le nouvel article 437 vise, en outre, les actes de disposition.

(26) Au cours des travaux préparatoires de la réforme, cette modification apportée à la règle de l'ancien article 490-2 a reçu les justifications suivantes : « le lien du médecin traitant avec la personne sous protection ou sa famille n'est pas uniquement professionnel » ; « nous nous méfions d'un avis qui pourrait résulter d'une pression exercée par la famille » ; ainsi, « le recours au médecin agréé apporte une garantie plus grande d'indépendance, et par conséquent de protection » (Rapp. n° 3557, préc.).

(27) Civ. 1re, 17 mars 2010, n° 08-20.771, D. 2010. 828 ; AJ famille 2010. 283, obs. L. Pécaut-Rivolier ; RTD civ. 2010. 530, obs. J. Hauser ; Bull. civ. I, n° 67 ; Defrénois 2010. art. 39127, Massip.

(28) Sur cette autorisation, cf. art. 210 s. décr. du 31 juill. 1992 et sur ses exceptions, art. 68 L. du 9 juill. 1991.

(29) Il doit s'agir d'un acte volontaire (ici une sûreté conventionnelle) et non d'un acte imposé auquel le futur majeur protégé n'aurait pas pris part (ici une sûreté judiciaire ou légale).

(30) L'insanité d'esprit peut être prouvée par tous moyens. Elle peut même être présumée s'il est établi que l'auteur de l'acte était dans un état habituel de démence avant et après la passation de l'acte.

(31) L'ancien article 503 s'appliquait en cas d'ouverture d'une tutelle, mais pas, selon la jurisprudence, d'une curatelle (Civ. 1re, 29 nov. 1983, Bull. civ. I, n° 282 ; Rec. 50 ; Gaz. Pal. 1984. 1. 269, note Massip). L'article 464, issu de la loi du 5 mars 2007, est au contraire applicable

à ces deux mesures de protection, puisqu'il est inscrit dans une section intitulée « De la curatelle et de la tutelle ».

(32) Selon la Haute juridiction, sont seuls concernés les « actes juridiques volontaires et non point les actes unilatéraux auxquels l'incapable n'a point participé » (Civ. 1re, 10 nov. 1965, Bull. civ. I, n° 603 - 8 nov. 1983, Bull. civ. I, n° 259 ; Defrénois 1984. art. 33278 ; D. 1984. 325, note Massip).

(33) La Cour de cassation a précisé, à propos d'actes de cautionnement hypothécaire, que l'ancien article 503 n'exigeait pas la preuve de l'insanité d'esprit au moment précis où les actes contestés ont été passés, mais seulement la preuve de l'existence notoire de la cause d'ouverture de la tutelle à l'époque où les actes ont été accomplis (Civ. 1re, 25 févr. 1986, Bull. civ. I, n° 41 - 24 mai 2007, Bull. civ. I, n° 208).

(34) En effet, le classement des droits de préférence procurés par les sûretés inscrites dépend de l'ordre chronologique des inscriptions.

(35) C'est cette forme de disproportion que sanctionnent les articles L. 313-10 et L. 341-4 du code de la consommation, ainsi que la Cour de cassation, sur le fondement du devoir de bonne foi.

(36) Civ. 1re, 7 mai 2008, n° 07-11.692, D. 2008. 2036 , note S. Piedelièvre ; RTD civ. 2008. 700, obs. P. Crocq ; Bull. civ. I, n° 125 (arrêt d'autant plus significatif qu'il a été rendu au sujet d'une sûreté réelle garantissant la dette d'un tiers).

(37) C'est cette forme de disproportion que sanctionnent déjà les articles 2401, 2412, 2444 et 2445 du code civil, ainsi que l'article L. 650-1 du code de commerce.

(38) L'article 22, alinéa 1er, de la loi du 9 juillet 1991 affirme, en ce sens, que « le créancier a le choix des mesures propres à assurer l'exécution » de sa créance.

(39) Sur la réalisation de la fiducie-sûreté, cf. infra n° 39.

(40) La réalisation par attribution judiciaire ou par mise en oeuvre d'un pacte commissaire n'est pas analysée dès à présent car, lorsque le bien grevé est la résidence principale du constituant, elle ne fait pas seulement l'objet de restrictions, mais se trouve purement et simplement prohibée (cf. infra n° 40).

(41) Paris, 18 sept. 2001, préc.

(42) Cf. not. A. Leborgne, Saisie immobilière et logement familial, AJ fam. 2008. 380 .

(43) Le silence du protecteur peut s'expliquer par la difficulté qu'il y a à connaître la composition mobilière du patrimoine, les meubles n'étant pas répertoriés dans un fichier équivalent à celui tenu par la conservation des hypothèques en matière immobilière.

(44) Cass., req. 8 juill. 1901, DP 1903. 1. 539 ; S. 1904. 1. 185.

(45) Cf. not. Planiol et Ripert, t. XI, Cautionnement, 2e éd., par R. Savatier, n° 1519 ; Marty, Raynaud et Jestaz, Les personnes, 3e éd., 1976, n° 530 et 583.

(46) Paris, 23 déc. 1939, S. 1940. 2. 1, note Rousseau ; DC 1941. 45, note Ripert - TGI Vannes, 26 févr. 1991, JCP N 1992. II. 169, note Fossier ; Defrénois 1992. 1443, note Grimaldi ; LPA 16 déc. 1992, note Massip.

(47) D'abord en ce sens, Rennes, 24 oct. 1997, Juris-Data, n° 048705.

(48) Civ. 1re, 2 déc. 1997, n° 95-20.198, D. 1998. 469, note J. Hauser et P. Delmas Saint-Hilaire ; ibid. 303, obs. F. Vauvillé ; ibid. 378, obs. S. Piedelièvre ; RTD civ. 1998. 342, obs. J. Hauser, Bull. civ. I, n° 343 ; Rec. 189 et 125, concl. Sainte-Rose ; Dr. fam. 1998. comm. 31, note Fossier ; JCP 1998. I. 149, obs. Simler ; Defrénois 1998. 727, obs. Massip ; JCP N 1998. 1046, étude Boulanger.

(49) Les décisions préc. de Vannes et de Montpellier en constituent des illustrations. Dans la première, l'administrateur avait conclu, au nom du mineur, un cautionnement hypothécaire, pour garantir le prêt octroyé au père devant servir à la construction du logement de la famille. Dans la seconde, fut validé un cautionnement hypothécaire consenti sur un bien d'un mineur par un administrateur légal sous contrôle judiciaire, et ce en couverture d'un prêt qui était destiné à financer des travaux d'agrandissement de l'immeuble dont le mineur était en partie propriétaire.

(50) En ce sens, cf. J. Hauser, RTD. civ. 1998. 342, préc. ; J. Hauser et Ph. Delmas-Saint-Hilaire, D. 1998. 469, préc. ; S. Piedelièvre, D. 1998. Somm. 378, préc.

(51) Contra, J. Massip (op. cit., n° 677), qui considère que la jurisprudence de 1997 devrait continuer à jouer et même être étendue à d'autres actes visés par l'article 509, 1°.

(52) Rapp. H. de Richemont, Doc. Sénat, n° 212, p. 231.

(53) Sur cette complexité, cf. not. M. Bourassin, V. Brémond et M.-N. Jobard-Bachelier, Droit des sûretés, Sirey, 2e éd., 2010, n° 2278 s.

(54) Cass., ch. mixte, 2 déc. 2005, n° 03-18.210, D. 2006. 729, concl. J. Sainte-Rose ; ibid. 61, obs. V. Avena-Robardet ; ibid. 733, note L. Aynès ; ibid. 1414, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; ibid. 2855, obs. P. Crocq ; GAJC, 12e éd. 2008. n° 299 ; AJ famille 2006. 113, obs. P. Hilt ; RTD civ. 2006. 357, obs. B. Vareille ; ibid. 594, obs. P. Crocq ; RTD com. 2006. 465, obs.

D. Legeais , Bull. ch. mixte, n° 7 ; JCP 2006. I. 1009, note Simler ; JCP E 2005. 1056, note Piedelièvre ; RJPJF 2006/5. 14, obs. Vauvillé ; Defrénois, 2006. 1600, obs. Champenois.

(55) Cf. c. civ. nouv. art. 2334 et 1422, al. 2.

(56) Les partisans de la jurisprudence du 2 décembre 1997 diraient sous condition de l'autorisation du juge des tutelles, d'une part, et de l'existence d'un intérêt pour l'incapable ou sa famille, d'autre part.

(57) L'article 2013 du code civil, issu de la loi du 19 février 2007, interdit une troisième finalité, à savoir la transmission à titre gratuit, en dehors des règles normales de dévolution successorale.

(58) Le prêt viager hypothécaire échappe toutefois à la prohibition (art. L. 314-13 c. consom.).

(59) L'ordonnance du 23 mars 2006 avait subdivisé le chapitre consacré à l'effet des privilèges et hypothèques en deux sections, l'une contenant des dispositions générales, l'autre des règles propres aux hypothèques conventionnelles. C'est dans cette dernière qu'avaient été inscrits les articles 2458 et 2459. La loi du 20 février 2007 ayant ratifié cette ordonnance a supprimé cette subdivision. Il en résulte que ces deux textes devraient désormais concerner aussi bien les hypothèques conventionnelles que les hypothèques légales ou judiciaires, ainsi encore que les privilèges immobiliers spéciaux. L'extension est toutefois plus apparente que réelle. S'agissant du pacte comissoire, il ne peut prendre place, par définition même, que dans une hypothèque conventionnelle. S'agissant de l'attribution judiciaire, elle est au contraire concevable dans toutes les sûretés immobilières, mais son application aux hypothèques judiciaires ou légales, ainsi qu'aux privilèges, est rendue incertaine par l'absence de réécriture de l'article 2458, qui continue de viser « le bien hypothéqué », « le créancier hypothécaire » et plus précisément encore « la convention d'hypothèque ».

(60) L'attribution est de droit dès lors que l'hypothèque remplit toutes les conditions de fond et de forme imposées par la loi et que la créance hypothécaire existe et est exigible.

(61) La procédure de saisie immobilière, telle que réformée par l'ordonnance du 21 avril 2006, permet au débiteur saisi d'espérer retirer de son immeuble le meilleur prix (sous-entendu un prix supérieur à la valeur vénale du bien), puisque la vente amiable, sur autorisation judiciaire, peut désormais remplacer la vente aux enchères, qui n'autorise guère, au contraire, de telles espérances (en ce sens, cf. surtout art. 2206 c. civ.). En cas d'attribution judiciaire ou de mise en oeuvre d'un pacte comissoire, le débiteur ne peut pas non plus réaliser une plus-value. En effet, au mieux, il doit obtenir du créancier une somme égale à la différence entre le montant de la dette garantie et la valeur de l'immeuble estimée par expert désigné à l'amiable ou judiciairement (art. 2460 c. civ.).

(62) L'article 426, alinéa 3, contient déjà, in fine, une règle d'indisponibilité à l'égard des souvenirs, des objets à caractère personnel et des objets indispensables aux personnes handicapées ou destinés aux soins des personnes malades.

(63) La personne placée sous sauvegarde de justice peut assurément garantir les dettes d'autrui (en concluant une sûreté personnelle ou en affectant l'un de ses biens en garantie) et conclure un

contrat de fiducie-sûreté, puisque l'article 435, alinéa 1er, reconnaît qu'elle « conserve l'exercice de ses droits ». Il en va de même du majeur couvert par un mandat de protection future, puisque la mise à exécution de ce mandat ne frappe pas le mandant d'une incapacité. La possibilité pour un mandataire de conclure ces deux types de sûretés au nom de la personne couverte par un mandat de protection future est, au contraire, plus discutable, mais paraît néanmoins devoir être admise. Les articles 490, alinéa 1er, et 493, alinéa 1er, délimitent les pouvoirs du mandataire (respectivement, dans le mandat notarié et dans le mandat sous seing privé) au regard de ceux du tuteur. Une interprétation stricte de ces textes pourrait dès lors conduire à dénier au mandataire le droit de conclure les actes que l'article 509 interdit au tuteur d'accomplir, même avec une autorisation. Cependant, l'alinéa 2 de l'article 490 permet au mandataire (dans le cadre d'un mandat notarié) d'effectuer un acte de disposition à titre gratuit avec l'autorisation du juge des tutelles. Comme les sûretés pour autrui sont des actes de disposition à titre gratuit et que l'article 490, alinéa 2, ne distingue pas entre les donations et les autres actes à titre gratuit, ces sûretés devraient pouvoir être conclues par le mandataire, à condition qu'il y soit autorisé par le juge des tutelles. Concernant la fiducie-sûreté, c'est encore l'article 490, alinéa 2, qui peut être sollicité pour admettre sa conclusion par le mandataire. En effet, il est permis d'y voir un encadrement des seuls actes de disposition à titre gratuit, laissant intact le pouvoir du mandataire de conclure tous les autres actes, en particulier une fiducie-sûreté (en ce sens, cf. J. Massip, *op. cit.*, n° 581). S'agissant du mandat de protection future sous seing privé, l'alinéa 2 de l'article 493 semble pouvoir fonder le pouvoir du mandataire de conclure, soit une sûreté pour autrui, soit une fiducie-sûreté, dès lors que sont réunies les conditions qu'il énonce, à savoir la nécessité de ces actes pour le majeur protégé et l'autorisation de les conclure donnée par le juge des tutelles.

(64) Lors de l'examen du projet de loi tendant à la réforme du droit des majeurs protégés, le Sénat avait adopté un amendement afin de permettre la gestion des biens d'un majeur en tutelle dans le cadre d'un contrat de fiducie, sous condition d'autorisation par le juge des tutelles. Cet amendement a été écarté par la commission mixte paritaire au motif essentiel qu'il convenait d'examiner la question dans le cadre général d'une réforme de la fiducie et non dans celui d'un projet de loi limité à la protection des majeurs vulnérables.

(65) Sur ces avantages, cf. not. F. Fresnel, *La fiducie et les personnes vulnérables*, LPA 1er mars 2005, n° 42 ; F. Sauvage, *Réflexions sur les opportunités offertes par la fiducie aux fins de gestion du patrimoine de la personne vulnérable*, RJPF mai 2009 ; J. Massip, *Le contrat de fiducie, les mineurs et les majeurs protégés*, Defrénois, 2009. art. 38982.

(66) En ce sens, cf. J. Massip, *op. cit.*, n° 684 : « soit en se bornant à faire ouvrir une curatelle qui, par le jeu d'un contrat de fiducie, aboutira aux mêmes conséquences qu'une tutelle, soit en faisant conclure à une personne dont les facultés sont déjà altérées un contrat de fiducie suivi peu après d'une requête en tutelle ».

(67) Cf. l'article 2422 pour l'hypothèque rechargeable et les articles 2372-5 et 2488-5 pour la fiducie rechargeable.