

VULNÉRABILITÉ ET APTITUDE EN ALLEMAGNE

Günter REINER

*Professeur de droit privé et économique à la Faculté des sciences
économiques et sociales, Helmut-Schmidt-Universität
(Université de la Bundeswehr) à Hambourg*

INTRODUCTION

La « *vulnérabilité* » est une notion très large. Dans le domaine du droit privé, qui a pour objet les relations entre les particuliers et qui est fondé, comme point de départ, sur le paradigme de l'interaction des personnes sur un pied d'égalité, la vulnérabilité (et le besoin de protection y associé) exprime un déséquilibre étranger au système, si l'on ne veut pas la transformer en une simple arme rhétorique polyvalente.¹ Elle désigne des personnes censées être moins fortes (ou plus faibles), soit par leur constitution physique ou mentale (intellectuelle ou psychique), soit par leur situation économique et sociale, par rapport à d'autres personnes avec lesquelles elles transigent.² La protection du « vulnérable » – mineur, majeur inapte ou autre (consommateur par exemple) – est surtout une question de savoir dans quelle mesure la partie puissante a le droit d'utiliser le pouvoir que les instruments de l'autonomie privée lui confèrent au détriment de la personne faible ; ou dans quelle mesure la partie faible est habilitée à se nuire à elle-même, sans qu'il soit nécessaire que l'autre partie fasse preuve de malveillance. Sachant qu'en droit privé, la protection d'une partie signifie

¹ G. REINER, *Le droit privé des personnes âgées en Allemagne*, dans : Ch. MORIN, *Droit des aînés*, Éditions Yvon Blais, 2020, 491, 493.

² G. REINER, *op. cit.* 493.

forcément, une atteinte à la liberté de l'autre partie qui résulte des mesures de protection.³

L'« aptitude », considérée sous l'angle de la protection patrimoniale conformément aux priorités définies par la rapporteur général, me semble remplir deux fonctions par rapport à la vulnérabilité à mon avis : compris juridiquement comme « aptitude de droit » (« capacité »), elle est un instrument de protection (ci-après 1) ; compris comme concept factuel, elle est le point de départ du besoin de protection (ci-après 2).

1. L'APTITUDE DE DROIT COMME INSTRUMENT DE PROTECTION

Le concept d'aptitude de droit est une qualité correspondant à une « potentialité de droit ».⁴ Il développe son effet protecteur de deux manières, en forme de capacité de jouissance (*Rechtsfähigkeit*), qui sert aussi à définir la personnalité juridique,⁵ et en forme de capacité d'exercice (*Geschäftsfähigkeit*).

Le droit civil allemand accorde la capacité juridique de jouissance à tous les êtres humains (personnes physiques) jusqu'à la mort et, en ce qui concerne le corps et le souvenir du défunt, même au-delà de la mort ainsi qu'à certaines entités juridiques (personnes morales).⁶ Selon l'article 1 du code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*), « la capacité juridique [de jouissance] de l'être humain commence à sa naissance »⁷. De plus, le *nasciturus* et le *nondum conceptus* bénéficient d'une protection rétroactive à certains égards, pourvu qu'il soit né vivant.⁸

La capacité d'exercice est un *instrument de protection* car elle met la personne en mesure de s'aider elle-même. Elle fonctionne fondamentalement de la même manière pour tous les adultes. En principe, la loi ne prévoit pas de capacité juridique spéciale ou un pouvoir d'action juridique étendu pour les personnes faibles, qui pourraient servir à compenser leurs faiblesses. Deux exceptions pourraient être mentionnées : le *droit* d'annuler sa déclaration de volonté conféré à une personne qui a été déterminée par tromperie dolosive ou de manière illicite par voie de menace (*BGB*, art. 123) et le *droit* de rétractation (*BGB*, art. 355), que le législateur allemand (et européen) accorde spécifiquement aux consommateurs dans le cas de certains objets contractuels (par ex. le prêt) et types de distribution (par ex. la vente à distance) où la capacité du consommateur à former

³ Le projet de l'actuel gouvernement fédéral allemand d'ancre les droits de l'enfant dans la Loi fondamentale allemande (*Grundgesetz*) dans l'esprit de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant entraînera inévitablement une restriction des droits parentaux. Ceci ne va cependant pas nécessairement en faveur des enfants, mais en faveur des organismes publics.

⁴ P. CORNU, Vocabulaire juridique, 10^e éd., Paris 2014, 77, « Aptitude ».

⁵ P. CORNU, *op. cit.*, 77.

⁶ Pour plus de détails cf. G. REINER, *Les personnes*, dans : D. MAZEAUD et Ph. DUPICHOT (éd.), Bibliothèque de l'Association Henri Capitant : Droit de l'Allemagne, Paris 2017, p. 45-52.

⁷ La traduction des extraits du BGB dans cette contribution est principalement – sous réserve de corrections mineures – tirée de l'ouvrage de G. LARDEUX, M. PEDAMON, R. LEGEJAIS et C. WITZ, Code civil allemand : traduction commentée, Juriscope/Dalloz, Paris 2010. Dans la suite du document, ce point n'est plus indiqué. Une version anglaise du BGB, gratuite et mise au jour le 1.10.2013, peut être consultée ici : <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/>

⁸ G. REINER, *Les personnes*, *op. cit.*, p. 45, 48.

sa volonté est typiquement compromise et où il est censé d'être vulnérable.⁹ En principe, le droit d'annulation pour tromperie devrait être d'une importance particulière pour des personnes vulnérables mais encore capables parce que plus que d'autres personnes, elles sont susceptibles de se laisser induire en erreur ou menacer par le cocontractant. Dans la pratique pourtant, elles risquent, malgré leur capacité, de ne pas être en mesure mentalement, psychiquement et financièrement (risque lié aux frais de justice) de reconnaître et exécuter leur droit d'annulation. Le droit de rétractation sans pénalité et sans indication de motif est ici incomparablement plus efficace, d'autant plus que les entrepreneurs sont tenus d'informer les consommateurs de son existence.

La capacité juridique et le pouvoir d'action juridique sont également un *instrument de protection* dans la mesure où, complété par un pouvoir (légal ou autonome) de représentation, ils permettent aux représentants légaux (ci-dessous I.B., 1. et 2.b)) ou aux mandataires (ci-dessous I.B., 2.a)) de participer à des transactions juridiques au nom et dans l'intérêt de personnes qui, en l'absence d'une « aptitude de fait »¹⁰ à se protéger, se voient refuser « l'aptitude de droit ».

2. LA LIMITATION DE L'APTITUDE (DE DROIT) COMME INSTRUMENT DE PROTECTION

L'aptitude de droit (ou en droit) n'est pas seulement un instrument pour donner le pouvoir aux personnes (faibles et autres) de s'aider elles-mêmes. Elle peut également nuire aux personnes (vulnérables) si celles-ci ne sont pas en mesure d'utiliser ce pouvoir juridique raisonnablement, en d'autres termes si elles en sont incapables (de fait). Le concept d'incapacité d'exercice (*Geschäftsunfähigkeit*) est destiné à les protéger contre eux-mêmes dans ces cas. Tandis que l'aptitude de fait est *supposée* jusqu'à preuve du contraire chez les majeurs, c'est-à-dire les personnes âgées de 18 ans au moins (*BGB*, art. 2), elle est – sous réserve de capacité d'exercice limitée des mineurs (ci-dessous I.A.1.) – irréfutablement considérée comme inexistante chez les mineurs.

En dessous du seuil d'incapacité (ci-dessous sous I.A.), la loi reconnaît des restrictions supplémentaires au pouvoir d'action pour protéger les acteurs vulnérables, qui ne sont que brièvement abordées ici et ne seront plus discutées en détail ci-dessous. Là encore, l'exemple du droit de rétractation du consommateur peut être cité. Alors que notre attention ci-dessus était dirigée vers le droit qui accorde au consommateur un pouvoir juridique supplémentaire, nous voulons l'examiner ici sous l'angle de ses effets : L'existence du droit de rétractation signifie que l'obligation contractuelle pour le consommateur pendant le délai de rétractation n'est pas encore définitive. Comme le consommateur ne peut pas non plus renoncer à son droit de rétractation lors de la conclusion du contrat avec un entrepreneur, le droit de rétractation agit comme une limitation

⁹ Cf. G. REINER, *Der verbraucherschützende Widerruf im Recht der Willenserklärungen*, Archiv für die civilistische Praxis, tome 203 (2003), 1, 8-13.

¹⁰ Voir la distinction subtile entre l'aptitude de droit et l'aptitude de fait chez G. CORNU, *op. cit.*, 77 et s.

de sa capacité à s'engager par une déclaration unique. Le contrat ne devient effectif que lorsque le consommateur confirme implicitement sa volonté d'être lié en n'exerçant pas son droit de rétractation. D'un point de vue fonctionnel, on pourrait dire que les transactions avec les entrepreneurs nécessitent une capacité juridique spéciale qu'on pourrait nommer « économique » et qui n'est pas facilement accordée aux consommateurs.¹¹

Un autre exemple qui peut être interprété comme une limitation indirecte de la capacité à se lier est la jurisprudence de longue date sur l'obligation d'une partie contractante professionnelle de renseignement vis-à-vis de son client informellement plus faible. Cette obligation contractuelle ou précontractuelle implicite est fondée sur le principe de bonne foi (*BGB*, art. 242) et consacrée depuis 2002 par les articles 241, alinéa 2 et 311, alinéa 2 du *BGB* dans le cadre des obligations accessoires de protection ; elle implique de fournir au cocontractant des informations sur les caractéristiques de l'objet du contrat qui sont manifestement importantes pour la décision de celui-ci de conclure le contrat. Un cas de figure particulièrement important est celui du manquement des banques à informer leurs clients lorsqu'elles vendent des investissements financiers.¹² Le non-respect de l'obligation de renseignement donne lieu à une demande d'indemnisation du client ayant droit à l'information pour le préjudice qui lui en résulte, et le but de l'indemnisation est de placer la partie faible comme si – correctement informée – elle n'avait pas conclu le contrat. Concrètement, cela revient à la restitution des prestations mutuelles et par cela pratiquement au même résultat qu'une annulation pour cause de tromperie.

Pourrait également être mentionnée ici la nullité pour contrariété aux bonnes mœurs de « notamment tout acte juridique [lésionnaire] par lequel une personne se fait promettre ou accorder [...] en contrepartie d'une prestation, des avantages patrimoniaux en disproportion flagrante avec cette prestation, et cela par exploitation de l'état de nécessité, de l'inexpérience, du défaut de capacité de jugement ou de la grande faiblesse de caractère d'autrui » (« usure », *BGB*, art. 138, al. 2).¹³ En principe, au-delà de ces exemples, on pourrait énumérer ici tous les régimes qui entraînent la nullité de contrats ou de parties de contrats et qui ont leur justification entièrement ou au moins partiellement – outre des considérations d'ordre public – en ce qu'une partie au contrat est limitée dans sa capacité à former une volonté autonome. Toutefois, il serait excessif d'approfondir ces exemples ici.

Les personnes mentalement faibles (inaptes) qui ne sont pas en mesure de reconnaître les conséquences de leur comportement ou qui ne sont pas capables d'agir selon leur conclusion (personnes privées de discernement) peuvent se nuire à elles-mêmes non seulement en se liant par des actes juridiques, mais aussi en nuisant à quelqu'un fautivement et en déclenchant ainsi leur responsabilité contractuelle ou extracontractuelle. Dans ces cas encore, le droit privé allemand

¹¹ G. REINER, *Der Verbraucherschützende Widerruf*, op. cit. p. 1, 19.

¹² G. REINER, *Le droit privé des personnes âgées en Allemagne*, 520 et s.

¹³ Cf. G. REINER, *Le droit privé des personnes âgées en Allemagne*, 516 et s.

fait appel à l'idée d'incapacité juridique pour protéger les personnes qui sont inaptes de fait. C'est le concept de la non-imputabilité (ci-dessous II.).

I. L'INAPTITUDE DE DROIT COMME INSTRUMENT DE PROTECTION

Dans la suite, nous examinerons d'abord les conditions et l'étendue de l'incapacité juridique (A), puis les différents régimes de représentation qui garantissent que ces personnes peuvent participer aux transactions juridiques malgré leur incapacité juridique (B).

A. LE RÉGIME DE L'INCAPACITÉ D'EXERCICE

Le droit allemand de l'incapacité juridique établit une distinction fondamentale entre les mineurs et les majeurs (adultes).

1. Les mineurs

Les mineurs jusqu'à l'âge de six ans inclus sont en soi complètement incapables (n° 1 de l'article 104 du *BGB* qui porte l'intitulé « § 104 Incapacité d'exercice »). Toutes les transactions qu'ils concluent et toutes leurs déclarations de volonté sont irrémédiablement « nulles » (*nichtig*, *BGB*, art. 105, al. 1^{er}). C'est une nullité qui a un effet ipso iure et qui peut être invoquée par n'importe qui. Les juristes de la communauté juridique française l'appelleraient la « nullité absolue ». De manière correspondante, lorsqu'une « déclaration de volonté est émise envers une personne incapable d'exercer ses droits, elle ne devient pas efficace avant d'être parvenue à son représentant légal » (*BGB*, art. 131, al. 1^{er}).

Les mineurs de 7 à 17 ans ont une « capacité d'exercice limitée » (*BGB*, art. 108). Ils ne peuvent eux-mêmes valablement faire et recevoir que des déclarations de volonté par lesquelles ils acquièrent uniquement un avantage juridique ou du moins – par le biais d'une interprétation extensive – aucun désavantage juridique. Pour toutes les autres déclarations de volonté, ils doivent obtenir l'autorisation (ou le concours le cas échéant) de leur « représentant légal » (*BGB*, art. 107, 131, al. 2), c'est-à-dire normalement de leurs deux parents (dessous I.B.1.). Les mineurs peuvent donc en principe acquérir des biens, à condition que l'acquisition ne soit pas associée à des charges. Toutefois, ils ne peuvent pas conclure une vente, aussi lucrative soit-elle, car toute vente est associée à un désavantage juridique, l'obligation de payer le prix d'achat ou de livrer l'objet acheté.

Lorsque le consentement parental est requis, il ne peut être donné qu'à l'avance dans le cas de déclarations unilatérales comme par exemple les notifications de résiliation (*BGB*, art. 111). Par contre, le consentement peut être donné avant ou après la conclusion d'un contrat. Le consentement préalable peut également

être donné sous forme forfaitaire, dans la mesure où les parents remettent au mineur des ressources propres (ex. argent de poche) laissées à sa libre disposition. Le contrat prend effet dès que le mineur fournit effectivement sa prestation contractuelle avec ces moyens. En attendant, il a la possibilité de changer d'avis et de se retirer du contrat (*BGB*, art. 110). Les contrats qui sont conclus sans le consentement requis du représentant légal sont provisoirement (« en suspens », *schwebend*) invalides ; toutefois, ils prennent effet rétroactivement dès leur approbation ; en cas de refus, le contrat devient définitivement caduque (*BGB*, art. 108, al. 1^{er} et al. 2).

Le droit de prescription contient une disposition supplémentaire pour la protection des mineurs (ainsi que des adultes incapables). Selon l'article 210 du *BGB*, si « une personne incapable d'exercer ses droits ou dont la capacité d'exercice des droits est limitée est sans représentant légal, la prescription qui court contre elle ne peut pas s'accomplir avant l'expiration des six mois qui suivent le moment où la personne devient pleinement capable d'exercer ses droits ou le moment auquel le défaut de représentation est levé. Si le délai de prescription est inférieur à six mois, la période fixée pour la prescription est substituée aux six mois ».

À l'exception des deux groupes d'âge susmentionnés de 0 à 6 ans et de 7 à 17 ans, la capacité juridique ne s'acquière pas progressivement ou graduellement. Dans l'intérêt de la sécurité juridique, il est également sans importance de savoir dans quelle mesure le mineur est effectivement déjà capable de comprendre. Seulement relativement à la capacité de tester, le législateur est plus généreux : Un mineur peut rédiger un testament à partir de l'âge de 16 ans (*BGB*, art. 2229, al. 1^{er}), il n'a pas besoin de son représentant légal pour cela (*BGB*, art. 2229, al. 2).

À l'âge de 18 ans, la protection des mineurs prend fin en droit privé. À cet égard, il existe une certaine divergence avec le droit pénal. D'après la loi sur la justice pénale de la jeunesse (*Jugendgerichtsgesetz*, art. 105 en lien avec art. 1^{er}, al. 2), un « adolescent » (*Heranwachsender*) âgé entre 18 et 20 ans peut être jugé selon les règles pénales pour les jeunes si le tribunal trouve qu'il n'était pas encore assez mûr au moment du délit. Cette possibilité est utilisée dans plus de 60 % des cas en moyenne en Allemagne.¹⁴

2. Les majeurs

a) Les conditions de l'incapacité

Les conditions relatives à l'incapacité d'exercice des adultes sont régies par le n° 2 de l'article 104 susmentionné, qui se lit ainsi : « Est incapable d'exercer des droits : [...] 2. quiconque se trouve dans un état de trouble mental maladif excluant le libre exercice de la volonté, pour autant qu'il ne s'agisse pas d'un état de nature passagère ». Comme pour les mineurs de moins de sept ans, les

¹⁴ I. PRUIN, *Die Heranwachsenden im Jugendstrafrecht*, https://www.dvjj.de/wp-content/uploads/2019/06/v_1_pruin_heranwachsende.pdf, 16 (lien consulté le 25 mai 2020).

déclarations de volonté des majeurs incapables sont nulles de plein droit (*BGB*, art. 105, al. 1^{er}). Il convient aussi de rappeler dans ce contexte l'article 210 du *BGB* qui privilégie les personnes incapables par rapport à l'exception de prescription (ci-dessus 1.).

Sont également limités dans leur capacité d'exercice les adultes qui sont encore capables et pour lesquels néanmoins, en raison de leur besoin d'assistance (= de leur inaptitude) et de l'incertitude quant à leur capacité, un régime d'assistance avec une réserve d'autorisation a été établi (ci-dessous, b) aa) (2)). Similairement au cas des mineurs ayant une capacité d'exercice limitée, les déclarations de volonté de ces personnes ne sont valables que si elles sont faites avec le consentement de l'assistant. Jusqu'à la ratification par l'assistant, les contrats soumis à la réserve d'autorisation sont provisoirement invalides (*schwebend unwirksam*, *BGB*, art. 1903 al. 1^{er}, 2^e phrase en lien avec art. 108, al. 1^{er}). Si l'assistant l'autorise, l'acte devient rétroactivement (*BGB*, art. 184, al. 1^{er}) valide, s'il refuse la ratification, l'acte devient définitivement nul.

Tous les autres adultes ont la pleine capacité d'exercice y compris la capacité de tester (*BGB*, art. 2229, al. 1^{er}). La loi ne reconnaît pas formellement d'autres gradations de la distinction entre capacité juridique et incapacité, mais cela n'exclut pas la possibilité que des adultes puissent effectivement conclure certains actes malgré leur incapacité (ci-après b)).

Une protection supplémentaire des adultes vulnérables est assurée par l'article 105, alinéa 2 du *BGB* : même les adultes capables ne sont pas liés par des déclarations de volonté exceptionnellement « émises en état d'inconscience ou de trouble mental passager ». Cela s'applique également à une donation ou à la rédaction d'un testament (*BGB*, art. 2229, al. 4).¹⁵

b) La portée de l'incapacité

Le principe strict de la nullité (absolue) des déclarations d'intention des majeurs incapables comporte plusieurs exceptions. Certaines sont fondées sur l'idée d'un risque réduit et d'un besoin réduit de protection en cas de transactions insignifiantes (aa) ; d'autres sur l'expérience que l'inaptitude de fait ne s'étend pas à tous les domaines d'activité de la même manière (bb)).

aa) Les exceptions en fonction du risque pour la personne protégée

(1) Actes de la vie quotidienne

Le régime général de la capacité d'exercice contient une disposition relative à des majeurs pourtant *incapables* dont le résultat est similaire à une capacité partielle de contracter. Suivant la première phrase de l'article 105a du *BGB* (introduit en 2002 et portant l'intitulé « Actes de la vie quotidienne »), un acte, conclu par un majeur incapable, « de la vie quotidienne qui peut être accompli avec des moyens de faible valeur » est « considéré comme valable eu égard à

¹⁵ Voir l'arrêt de la Cour d'appel (*Oberlandesgericht*) de Hamm du 13 juill. 2017, I-10 U 76/16 et al., juris, par. 65 : « Dans le cas d'une démence progressive modérée, qui est de nature dégénérative et pas seulement vasculaire, l'hypothèse d'une capacité cognitive limitée au sens de l'art. 2229 al. 4 du *BGB* est généralement évidente ». Sauf indication contraire, les traductions des textes allemands dans cet article ont été réalisées à l'aide de l'outil <www.deepl.com>.

la prestation et, pour autant que convenu, à la contre-prestation, dès lors que cette prestation et cette contre-prestation sont exécutées ». Cette disposition ne s'applique pas « en cas de danger important pour la personne ou le patrimoine de l'incapable » (*BGB*, art. 105a, 2^e phrase). L'avantage de la transaction ne joue pas de rôle, contrairement à la loi sur les mineurs. La règle vise à améliorer le statut juridique des incapables majeurs, à promouvoir leur émancipation sociale et à renforcer leur capacité d'agir dans les transactions juridiques.¹⁶ Elle a été créée en 2002 à l'initiative de groupes d'intérêt après qu'une réforme de la loi sur les « incapacités naturelles » ait été réclamée depuis un certain temps. La proposition d'introduire une incapacité d'exercice partielle ou relative n'a pas pu s'imposer parce que on n'y voyait pas les intérêts des personnes inaptes suffisamment pris en compte.¹⁷

(2) Actes privilégiés de l'assisté sous réserve d'autorisation

Une autre gradation de l'incapacité juridique des adultes est provoquée par le régime de l'assistance juridique des majeurs (B.2.b)) du moment que l'instrument optionnel de la « réserve d'autorisation » (*BGB*, art. 1903) a été installé.¹⁸ Sans utiliser le terme de « capacité d'exercice limitée » réservé au droit des mineurs, le régime de l'assistance choisit la même technique législative (voir aussi le renvoi de la 2^e phrase de l'al. 1 de l'art. 1903 aux articles 108 à 113, 131 al. 2, 210 du *BGB*). Si une telle « réserve d'autorisation » a été ordonnée, « la personne sujet de l'assistance n'a cependant pas besoin de l'autorisation de l'assistant si la déclaration de volonté lui apporte uniquement un avantage juridique ». « Dans la mesure où le tribunal n'en décide pas autrement, il en va de même si la déclaration de volonté ne concerne qu'une affaire minime de la vie quotidienne » (*BGB*, art. 1903, al. 3). Ainsi, la loi permet de créer un régime de capacité limitée *sur mesure*, mais seulement à condition que ce soit nécessaire pour prévenir un danger important concernant la personne ou le patrimoine de la personne sujet de l'assistance (ci-dessous B. 1.b)cc)).

bb) La « capacité partielle »

Comme on l'a vu, le *BGB* fait une distinction entre les personnes qui sont en permanence inaptes de prendre des décisions et celles qui ne le sont qu'occasionnellement. Les premiers sont juridiquement incapables d'exercice (*BGB*, art. 104, n° 2), les seconds sont capables d'exercice ; toutefois, leurs déclarations en état d'incapacité sont nulles (*BGB*, art. 105, al. 2). Or, il existe des situations dans lesquelles l'aptitude à prendre des décisions ne dépend pas de l'état mental changeant de la personne qui prend la décision, mais est plutôt une question de domaine d'affaires dans lequel la transaction est conclue et des exigences mentales que le domaine impose à la personne qui prend la décision. La doctrine et la jurisprudence ne qualifient pas ces cas, qui se trouvent d'une certaine manière entre les deux pôles, comme ceux de l'article 105, alinéa 2, ce qui aurait été plus approprié en termes de conséquences juridiques, mais comme

¹⁶ A. SPICKHOFF, § 105a, dans : Münchener Kommentar zum *BGB*, 8^e éd. 2018, n° 1.

¹⁷ A. SPICKHOFF, *op. cit.* § 105a, n° 2.

¹⁸ G. REINER, *Le droit privé des personnes âgées en Allemagne*, *op. cit.*, 505.

étant ceux de l'article 104, n° 2. Ils limitent la conséquence juridique de la nullité au domaine d'affaires concerné et se réfèrent à « l'incapacité d'exercice partielle » (*partielle Geschäftsfähigkeit*).

Ainsi, une personne qui est obsédée pathologiquement par l'envie d'aller en justice ou par l'envie d'avoir du sexe au téléphone (payant) avec un certain partenaire sexuel peut être déclarée incapable d'aller en justice ou de passer des coups de fils avec ce partenaire.¹⁹ Inversement, il est arrivé que les tribunaux considèrent certaines transactions comme valides malgré des doutes considérables sur la capacité juridique.²⁰ La cour d'appel (*Oberlandesgericht*) de Munich par exemple a décidé que le diagnostic de démence progressive n'empêche pas l'efficacité d'une procuration de prévoyance notariée préalablement accordée, tant que l'incapacité d'exercice de la personne concernée n'est pas déjà suffisamment certaine au moment de l'authentification. La cour se réfère à la dogmatique du droit civil reconnaissant « une capacité d'exercice partielle, dans le cadre de laquelle une personne qui est autrement incapable de mener des affaires », peut néanmoins être en mesure de former sa volonté librement et sans être influencée par sa perturbation « dans au moins certains domaines de la vie ». Il ne serait « alors pas loin d'affirmer la validité d'une procuration en transférant cette idée au domaine de la représentation et du pouvoir s'il ne fait aucun doute que la personne qui donne la procuration a saisi l'essence de sa déclaration et fait cette déclaration dans l'exercice de son libre arbitre, même si sa capacité d'exercice dans les transactions juridiques générales n'est plus assurée ».²¹

Enfin, il convient d'évoquer le cas particulier de l'acte du mariage, qui, outre son aspect émotionnel, a des conséquences financières. Selon l'article 1304 du *BGB* « Celui qui est légalement incapable ne peut pas se marier ». Or, selon la jurisprudence des instances inférieures et la doctrine, confirmée par la Cour constitutionnelle (*Bundesverfassungsgericht*),²² la disposition doit être interprétée au sens large à la lumière de la liberté du mariage. La capacité juridique partielle, telle que reconnue par la doctrine dans le cadre l'article 104, n° 2 du *BGB*, peut être donnée pour le mariage « malgré des doutes considérables quant à la capacité d'exercice d'une personne à tous les autres égards ».²³ D'après la Cour, cette interprétation à la lumière de la liberté du mariage protégée par l'article 6, alinéa 1^{er}, de la Loi fondamentale (*Grundgesetz*) n'entre pas en conflit avec le besoin de protection de la personne mariée. « Car si une personne qui souhaite se marier, a la capacité en ce qui concerne le mariage, mais est incapable pour le reste, une assistance juridique peut être mise en place pour lui conformément aux articles 1896 et suivants du *BGB* [...] ».²⁴

¹⁹ Cf. J. ELLENBERGER, § 104, dans Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 79^e éd. 2020, n° 6.

²⁰ J. ELLENBERGER, *op. cit.*, § 104 n° 6, avec des références.

²¹ *Oberlandesgericht* de Munich, décision du 5 juin 2009, 33 Wx 278/08 et al., juris, par. 61.

²² *Bundesverfassungsgericht* – *BVerfG*, décision du 18 déc. 2002, 1 BvL 14/02, juris, par. 13.

²³ *BVerfG*, décision du 18 déc. 2002, *op. cit.*, par. 13.

²⁴ *BVerfG*, décision du 18 déc. 2002, *op. cit.*, par. 14.

B. LA PARTICIPATION JURIDIQUE DE L'INCAPABLE PAR LA REPRÉSENTATION

La participation juridique de la personne incapable des affaires juridiques est assurée par l'instrument de la représentation. Cela s'applique à la fois aux questions patrimoniales et non patrimoniales. En ce qui concerne l'administration des biens, il convient d'ajouter que la relation entre la personne à protéger et la personne protégée peut être considérée comme une sorte fiducie, étant entendu qu'en Allemagne ni la fiducie ni l'« administration du bien d'autrui » sont des catégories juridiques uniformes.²⁵

1. Le mineur

L'autorité parentale (*elterliche Sorge*) comporte « l'autorité parentale sur le biens » (*Vermögenssorge*) y compris la représentation de l'enfant mineur (art. 1626 et 1629 du *BGB*). Pour certains actes d'une importance particulière comme la disposition d'un immeuble ou du patrimoine en totalité, l'achat ou la vente d'une entreprise ou la renonciation à une succession les parents ont besoin de l'approbation du tribunal de la famille (*BGB*, art. 1643 en lien avec art. 1821 et 1822). Conforme à l'article 1638 du *BGB*, l'« autorité parentale sur le patrimoine ne s'étend pas aux biens que l'enfant acquiert pour cause de mort ou qui lui sont transmis par acte à titre gratuit entre vifs, si le *cujus* par disposition de dernière volonté, l'auteur de la transmission à titre gratuit lors de la transmission a décidé que les parents ne devraient pas administrer les biens ».

La tutelle sur des mineurs (*Vormundschaft*, *BGB*, art. 1773 et s.), qui est destinée à substituer l'autorité parentale, est dative. Suivant l'article 1773, « un mineur reçoit un tuteur s'il ne se trouve pas sous l'autorité parentale ou si les parents ne sont habilités à le représenter ni pour les affaires concernant sa personne ni pour les affaires concernant son patrimoine » (al. 1^{er}). Un mineur reçoit aussi un tuteur lorsqu'il n'est pas possible d'établir sa situation de famille (al. 2).

L'effet de la représentation du mineur est, dans une certaine mesure, limité. L'article 1629a du *BGB* dispose que la responsabilité pour les obligations que les parents, dans le cadre de leur pouvoir légal de représentation, ou d'autres personnes autorisées à représenter l'enfant dans le cadre de leur pouvoir de représentation, ont établies par un acte juridique ou une autre action ayant des effets sur l'enfant est limitée aux biens de l'enfant existant au moment de sa majorité.

2. Le majeur

La représentation de l'adulte inapte est assurée par deux régimes, la procuration de prévoyance (ci-après a)) ou l'assistance ordonnée par le tribunal (ci-après b)). Pour l'instant, la représentation automatique par le conjoint n'est en principe pas

²⁵ Cf. G. REINER, *La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit allemand*, dans : G. WICKER, R. SCHULZE et D. MAZEAUD, *La représentation en droit privé*, Paris 2016, 19, 35 et s.

prévue en droit allemand. Ni le régime matrimonial par défaut, la participation aux acquêts (*BGB*, art. 1363 et s.), ni le régime optionnel de la séparation de biens pure et simple (art. 1414), où il n'y a pas de participation aux acquêts, prévoient un pouvoir général de représentation mutuel. Seule la communauté de biens (*BGB*, art. 1415 et s.) peut être liée au pouvoir de représentation d'un partenaire pour l'autre, si les époux en conviennent lors de la conclusion du contrat de mariage. Toutefois, même dans ce cas rare, certaines dispositions (en particulier les biens immobiliers, art. 1424 du *BGB*) ne sont possibles qu'avec le consentement de l'autre conjoint, ce consentement pouvant être remplacé par le tribunal de la famille sur demande si le conjoint (entre autres) est empêché de faire une déclaration pour cause de maladie (*BGB*, art. 1426). Au cours de la dernière législature, le *Deutscher Bundestag* avait décidé de modifier le *BGB* (un nouvel article 1358), qui prévoyait un droit de représentation réciproque.²⁶ Cependant, cette décision législative n'est pas entrée en vigueur, mais a été victime du principe de discontinuité après les dernières élections parlementaires. Surtout, ce droit de représentation avait un champ d'application étroit : il ne s'appliquait pas aux affaires patrimoniales, mais était limité aux déclarations concernant l'autodétermination médicale.

a) La *procuracion* (et le mandat) de prévoyance

aa) Objet de la procuracion

La *Vorsorgevollmacht* (littéralement « procuracion de prévoyance » ou « procuracion de protection future ») est une procuracion anticipée et – selon la volonté du représenté – plus ou moins complète (voire pleins pouvoirs). La personne qui s'inquiète de son futur état mental l'octroie – par acte sous-seing privé ou par acte notarié – à une autre personne en vue du cas où elle-même ne serait plus en mesure de gérer ses affaires.²⁷ Pour une meilleure compréhension, il faut savoir qu'en droit allemand, la procuracion (*Vollmacht*) est un concept différent du mandat sous-jacent (l'autonomie de la représentation – *Trennungsprinzip*) et, en principe, elle découle d'un acte distinct, unilatéral le plus souvent, qui n'a d'autre effet que celui de donner au mandataire le pouvoir dont il a besoin pour réaliser ce qui est nécessaire dans l'intérêt de la personne à protéger.²⁸

Néanmoins, la procuracion de prévoyance est régulièrement accompagnée d'un contrat de mandat (*Auftrag*, *BGB*, art. 662) tacite et conditionné par la survenance de l'inaptitude selon l'article 1896, alinéa 1^{er} du *BGB*, sur lequel elle est fondée et dont découle, dans la relation interne entre la personne à protéger (mandant) et le représentant, le droit d'exercer la procuracion. Il n'existe pas de terme

²⁶ Cf. *Deutscher Bundestag, Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, Drucksache 1/12427* du 17 mai 2017.

²⁷ G. REINER, *Le droit privé des personnes âgées en Allemagne*, op. cit., 512 et s.

²⁸ G. REINER, *La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit allemand*, op. cit., 26.

spécifique pour ce mandat sous-jacent dans la terminologie juridique allemande,²⁹ le terme *Vorsorgevollmacht* semblant également couvrir le mandat, mais en analogie à la terminologie française on pourrait parler de *Vorsorgeauftrag* (« mandat de prévoyance »). La procuration elle-même peut également être conditionnée, mais la pratique l'évite, afin d'assurer la sécurité du commerce juridique. En fait, d'éventuels doutes concernant la réalisation de la condition, à savoir l'inaptitude du mandant, pourraient remettre en question l'entrée en vigueur du pouvoir. C'est pourquoi la pratique préfère l'octroi de procurations inconditionnelles.³⁰

La procuration de prévoyance ainsi que le mandat de prévoyance sont une invention de la pratique fondée sur le droit général de la représentation et du mandat. Depuis quelques années elle est aussi consacrée par le *BGB* où la notion apparaît succinctement à trois reprises (art. 1901c, 1908f, al. 1^{er}, n° 2a et art. 1908f, al. 4), sans faire l'objet d'un régime particulier. En fait, la notion est restée floue et l'article 1901c dont l'intitulé contient, tout de même, le terme « procuration de prévoyance » ne parle que d'un « un écrit dans lequel la personne concernée a donné mandat à une autre personne pour la représenter dans ses affaires ».

Sauf indication contraire, la procuration reste valide au-delà de la mort du mandant (pouvoir transmortel). Cela correspond à l'idée directrice des règles du *BGB* relatives au mandat (*BGB*, art. 168 et 672).³¹ Toutefois, après le décès du mandant, le représentant ne représente plus le mandant, mais les héritiers.

Conformément à la valeur primordiale de l'autodétermination, la procuration de prévoyance a priorité sur l'assistance (l'art. 1896 alinéa 2, 2^e phrase du *BGB* et ci-dessous B.2.b)cc)). Afin de s'assurer que le tribunal ne commette pas l'erreur de nommer un assistant malgré l'existence d'une procuration suffisante, la loi oblige toute personne qui possède « un écrit dans lequel la personne concernée a donné mandat à une autre personne pour la représenter dans ses affaires » à en informer le tribunal (*BGB*, art. 1901c, 2^e phrase).

De plus, l'article 78a de loi fédérale sur les notaires (*Bundesnotarordnung*)³² oblige l'ordre des notaires à mener un registre central des pouvoirs de prévoyance (littéralement « registre... de la prévoyance », *Vorsorgeregister*, www.vorsorgeregister.de) accessible au tribunaux seulement qui contient des informations, entre autres, sur l'existence de procurations de prévoyance ainsi que sur l'identité de leurs auteurs et celle des mandataires, mais pas le texte intégral des procurations. Le registre n'est pas réservé aux actes notariés ; des actes sous seing privé y peuvent également être enregistrés. En tout cas, l'inscription au registre demande le consentement des parties concernées.

²⁹ La terminologie suisse semble être différente, cf. <https://vorsorge.redcross.ch/vorsorgeauftrag/> (page consultée le 25 mai 2020).

³⁰ G. REINER, *Le droit privé des personnes âgées en Allemagne*, op. cit., 513.

³¹ Par ex. ST. HEINZE, *Vorsorgevollmacht/Betreuungs- und Patientenverfügung (gemeinsame Beurkundung, ausführlich)*, dans : *Münchener Vertragshandbuch*, 7^e éd. 2016, n° 53, n° 6.

³² Cf. aussi l'ordonnance relatif au registre central des procurations de prévoyance (*Vorsorgeregister-Verordnung - VRegV*).

bb) Limites de la procuration

Conformément au principe de l'autonomie de la volonté, le champ d'application de la procuration peut être très large. L'étendue possible de la procuration est illustrée ici à l'aide du formulaire que le ministère fédérale allemand de justice et pour la protection des consommateurs (*Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*) a mis sur sa page internet :³³ On peut y côcher, afin de définir la portée du pouvoir, par exemple des points si divers que :

- « [...] il [le mandataire] peut consentir, refuser ou révoquer toutes les mesures d'examen de l'état de santé et d'exécution d'un traitement médical, même s'il existe un risque que je meure ou subisse des dommages graves ou prolongés à ma santé par l'exécution, l'omission ou l'interruption de ces mesures » ;
- « il peut déterminer mon séjour, exercer mes droits et obligations en vertu du contrat de location de mon appartement, y compris la résiliation, et dissoudre mon ménage ».

ou bien

- « Il peut gérer mon patrimoine et effectuer tous actes juridiques et transactions à l'intérieur du pays et à l'étranger, faire et recevoir des déclarations de toutes sortes [...] ».

Le tribunal de l'assistance, qui décide de l'établissement d'une assistance, n'a pas la possibilité de restreindre la portée du mandat de prévoyance et les pouvoirs du mandataire de son propre gré. C'est la loi elle-même qui soumet l'exercice par le mandataire de son pouvoir à l'approbation du tribunal dans deux cas qui sont d'une importance particulière pour le mandant : les mesures médicales « s'il existe pour la personne sujet de l'assistance, du fait de la mesure, un risque de décès ou d'atteinte à sa santé sérieuse et de longue durée » (*BGB*, art. 1904) et le placement de la personne à protéger lorsqu'il comporte une privation de liberté (*BGB*, art. 1906). Dans ces deux cas, même un assistant juridique aurait d'ailleurs besoin d'une approbation judiciaire. Par contre, la loi ne prévoit aucune restriction de ce genre relativement aux actes du mandataire portant sur le patrimoine de la personne. À cet égard, il y a une nette différence par rapport au régime de l'assistance (ci-dessous b)aa)).

Pour le reste, pour pouvoir écarter la procuration d'un capable, il est nécessaire de recourir aux instruments du droit commun, notamment l'exception de illégalité ou de l'ordre public (bonnes mœurs). Or, n'est pas considéré comme étant contraire aux bonnes mœurs le fait de donner un pouvoir au plus large possible à quelqu'un d'autre du moment que cela ne revienne pas à un abandon personnel, notamment n'empêche pas le mandataire à agir lui-même tant qu'il en est encore capable, mais sert au contraire à préserver son autonomie personnelle en cas de détresse.

³³ <https://www.bmjv.de>. Le lien de téléchargement est appelé « *Formulaire : Vorsorgevollmacht* (mis à jour sept. 2019). Il convient de mentionner que les banques insistent pour que la procuration soit délivrée sur leurs propres formulaires, sauf si elle est notariée.

Toutefois, pour qu'elle soit valide, la personne concernée doit avoir octroyé la procuration à un moment où elle était encore juridiquement capable de le faire, étant entendu que la charge de preuve de son incapacité incombe à celui qui met en question la validité de la procuration.³⁴ En fait, la jurisprudence tend à préserver autant que possible les procurations de prévoyance contre les doutes sur la capacité d'exercice de leurs auteurs. Il suffirait que la personne concernée ait « compris au moins en substance » quels pouvoirs devraient être conférés à la personne autorisée en tant que personne de confiance délibérément choisie ; il n'est pas nécessaire que le mandant comprenne tous les détails de l'acte ou les explications du notaire.³⁵

cc) Mesures de contrôle

Il n'y a pas de mesures obligatoires particulières qui assureraient le contrôle du mandataire de prévoyance, notamment il n'est pas soumis à un contrôle judiciaire. C'est le régime général du mandat qui s'applique, avec l'obligation du mandataire d'informer le mandant et de rendre compte de ses actions (*BGB*, art. 666). Lorsque le mandant est incapable ou au moins inapte pour gérer ses affaires, les instruments de contrôle du droit du mandat risquent de manquer d'efficacité.

Pourtant, si le mandataire travaille mal, il risque de se faire écarter par un assistant légal nommé par le tribunal de l'assistance (*Betreuungsgericht*). En fait, dans cette hypothèse, les affaires du majeur ne sont plus traitées « aussi bien » (*ebenso gut*) par le mandataire que par un assistant, comme la loi le demande afin de donner la préséance au mandat (*BGB*, art. 1896, al. 2, 2^e phrase).

Une manière plus modérée qui pourrait préparer le remplacement ultérieur du mandataire par un assistant serait la nomination d'un « assistant de contrôle » (*Kontrollbetreuer, Überwachungsbetreuer*), aussi appelé « assistant de procuration » (*Vollmachtsbetreuer*). C'est un assistant dont le domaine de mission est « la mise en œuvre de droits de la personne assistée vis-à-vis de son mandataire » (*BGB*, art. 1896, al. 3), c'est-à-dire la surveillance du mandataire (représentant). Le contrôleur peut être doté du droit de révoquer le mandat et la procuration du mandataire. Cette forme de l'assistance diffère de toutes les autres formes en ce sens qu'elle peut être installée en parallèle avec un mandat avec procuration, alors qu'autrement, la procuration et l'assistance sont mutuellement exclusives. L'assistance de contrôle est requise s'il existe un soupçon, étayé par des preuves réelles suffisantes, que le mandataire ne répond pas au besoin d'assistance. C'est le cas s'il y a des indications que le mandataire est surchargé par l'ampleur et la difficulté des transactions à effectuer, ou s'il y a des doutes sur son honnêteté ou aptitude.

³⁴ Cf. par ex. la cour d'appel (*Oberlandesgericht*) de Munich, décision du 5 juin 2009, 33 Wx 278/08 et 33 Wx 279/08, juris, par. 41.

³⁵ A. SCHNEIDER, *op. cit.*, § 1896, n° 53. Voir aussi plus haut sous A.2.b)bb), La « capacité partielle ».

b) L'assistance juridique

Depuis la grande réforme de la loi du 12 septembre 1990, qui a aboli l'ancien régime d'interdiction judiciaire (*Entmündigung*), il n'y a qu'un seul régime de protection du majeur inapte en Allemagne : celui de la *Betreuung* des articles 1896 à 1908i du *BGB*.³⁶

aa) Objet de l'assistance

Le plus souvent, la *Betreuung* est traduite par « assistance » ce qui, dans la connotation française, évoque une condition subalterne qui ne convient peut-être pas ici. Le terme « tutelle » (*Vormundschaft*), qui semble similaire, est réservé à un régime de protection applicable exclusivement aux mineurs, le terme « curatelle » (*Pflegschaft*) est réservé à un instrument juridique de protection particulier qui est prévu pour des situations occasionnelles et passagères.³⁷ Ainsi, il y a par exemple la « curatelle pour absence » (*Abwesenheitspflegschaft*) en faveur d'un majeur absent dont la résidence est inconnue pour la gestion de ses affaires patrimoniales, « dans la mesure où elles ont besoin qu'on s'en occupe » (*BGB*, art. 1911, al. 1^{er}, 1^{re} phrase). La curatelle procédurale (*Verfahrenspflegschaft*) qui assure l'assistance pendant la durée d'un procès ou la curatelle pour un patrimoine collecté (*Pflegschaft für gesammeltes Vermögen*, *BGB*, art. 1914) quand il n'y a plus personne à s'en occuper en sont d'autres exemples.

Selon l'article 1896, alinéa 1^{er} du *BGB*, « si une personne majeure, en raison d'une maladie mentale ou physique ou d'un handicap physique, psychologique ou psychique, ne peut s'occuper de ses affaires totalement ou partiellement, le tribunal de l'assistance à sa demande ou d'office lui nomme un assistant ». Puisque cette disposition ne parle que des « affaires », l'institution de l'assistance ne se limite pas à l'administration des biens du protégé mais couvre aussi ses affaires personnelles y compris la santé. Néanmoins, il résulte de l'alinéa 1^{er} de l'article 1897, qui veut que l'assistant choisi (par le tribunal) soit apte à « gérer juridiquement » (*rechtlich besorgen*)³⁸ les affaires de la personne protégée, que l'assistance se comprend comme une affaire juridique (voir aussi l'intitulé du Titre 2 de la Section 3 du Livre 4 du *BGB* : « assistance juridique » – *Rechtliche Betreuung*)³⁹. Le besoin d'aide (ou d'assistance) du protégé se réfère donc à son impossibilité de gérer ses affaires dans la mesure où ses affaires ont une

³⁶ R. LEGEAIS, *Tutelle, Assistance, Curatelle*, dans : Juriscope/Dalloz, op. cit., 2010, 539, 540.

³⁷ G. REINER, *Le droit privé des personnes âgées en Allemagne*, dans : Ch. MORIN, *Droit des aînés*, Éditions Yvon Blais, 2020, 491 et s., 508, NBP 34.

³⁸ Malheureusement, ce détail important manque dans la traduction de l'art. 1897 al. 1 du *BGB* offerte dans Juriscope (op. cit.). Le texte se lit comme suit : « (1) Le tribunal de l'assistance nomme comme assistant une personne physique qui a les aptitudes pour traiter de manière satisfaisante, dans le domaine des missions qu'il détermine, les affaires de la personne assistée et pour apporter son concours à celle-ci personnellement dans toute la mesure nécessaire ».

³⁹ Correctement traduit dans Juriscope cette fois par « Assistance juridique aux majeurs ».

signification juridique quelconque.⁴⁰ Il ne s'agit pas seulement de transactions juridiques et d'actes de procédure que l'assistant accomplit au nom de la personne protégée, mais aussi de toute action par laquelle l'assistant souhaite influencer la situation juridique de la personne représentée.⁴¹ Cela inclut par exemple l'assistance pour exprimer un consentement valable à des mesures médicales ou de soins, mais cela exclut l'assistance pour opérer ces soins dans la mesure où ils sont purement factuels. Selon l'article 1902 du *BGB*, « dans le cadre de son domaine d'activité, l'assistant représente la personne qu'il assiste tant en justice que dans les affaires non contentieuses », il est son « représentant légal » au sens de la loi, c'est à dire qu'il dispose d'un pouvoir légal de représentation.

Dans la littérature, on distingue trois instruments de l'assistant en ce sens : (1) les déclarations avec effet pour la personne protégée dans le cadre de la représentation, (2) la « réserve d'autorisation » (*BGB*, art. 1903, V. *infra*) et (3) les pouvoirs spéciaux de l'assistant de donner son consentement à des mesures coercitives nécessaires dans l'intérêt de la personne protégée comme par exemple le placement comportant une privation de liberté, la stérilisation ou le port de la camisole de force (« *Bestimmungsbefugnisse* »).⁴²

Toutefois et contrairement au mandataire de prévoyance, l'assistant a besoin de l'approbation du tribunal de l'assistance pour diverses transactions d'une importance particulière, notamment :

- pour résilier la location d'un logement d'habitation que la personne assistée avait loué (*BGB*, art. 1907, al. 1^{er})⁴³ ;
- pour conclure un contrat de bail ou de fermage ou un autre contrat par lequel la personne assistée s'engage à des prestations périodiques (*BGB*, art. 1907, al. 3) ;
- pour promettre ou allouer une dotation prise sur les biens de la personne assistée (*BGB*, art. 1908) ;
- pour des opérations portant sur des créances et des valeurs mobilières (*BGB*, art. 1908i en lien avec l'art. 1812) ;
- pour des opérations portant sur des biens immobiliers et des navires (*BGB*, art. 1908i en lien avec art. 1822) ;
- pour un acte qui dispose sur le patrimoine entier de l'assisté et pour les douze autres types d'opération d'ordre patrimonial énumérés dans l'article 1822 du *BGB* (en lien avec art. 1908i du *BGB*).

⁴⁰ Par ex. A. SCHNEIDER, § 1896, dans : Münchener Kommentar zum *BGB*, 8^e éd. 2020, n° 20 ; voir aussi le projet de « loi modifiant le droit de l'assistance » – *Betreunungsrechtsänderungsgesetz* – déposé le 11 mars 1997 au nom du gouvernement, *Bundestagsdrucksache* 13/7158, 20 et 33 : Ce texte parle de *Rechtsfürsorge* (littéralement : « aide juridique »).

⁴¹ A. SCHNEIDER, *op. cit.* § 1896, n° 47.

⁴² Cf. A. SCHMIDT-RECLA, *Einführung in das deutsche Betreuungsrecht*, dans : J. F. LINDNER (dir.), *Selbstbestimmung durch und im Betreuungsrecht*, Baden-Baden 2018, 9-11.

⁴³ La règle s'applique également à d'autres procédures qui signifient la dissolution définitive de l'appartement et qui, selon l'objectif de protection, sont comparables à la résiliation d'un bail, par exemple la renonciation à un droit de propriété réel ordonné en faveur de la personne assistée (A. SCHNEIDER, § 1907, dans : Münchener Kommentar zum *BGB*, 8^e éd. 2020, n° 8, renvoyant à la décision du *Bundesgerichtshof* du 25 janv. 2012, XII ZB 479/11, concernant la renonciation à un droit au logement réel).

Suivant une jurisprudence déjà ancienne et l'opinion dominante de la doctrine, l'application analogue des articles 1812, 1821 et 1822 du *BGB* (relatifs au droit de la tutelle des mineurs) ordonnée par le droit de l'assistance ne peut pas être étendue aux mandats de protection.⁴⁴

Selon l'article 1903, alinéa 1^{er} du *BGB*, le tribunal de l'assistance a la possibilité, « dans la mesure où cela est nécessaire pour prévenir un danger important concernant la personne ou le patrimoine de la personne sujet de l'assistance, d'ordonner que, pour une déclaration de volonté qui se rapporte au domaine de compétence de l'assistant, la personne protégée a besoin de l'autorisation de celui-ci » (« réserve d'autorisation », *Einwilligungsvorbehalt*).

La preuve de l'incapacité d'exercice n'est pas une condition préalable à la nomination d'un assistant. Il peut donc arriver qu'une assistance avec réserve d'autorisation soit mise en place pour une personne qui est encore capable d'exercice et qui ne souffre que de troubles mentaux passager (*BGB*, art. 105, al. 2). Dans l'intérêt de la sécurité juridique, la réserve d'autorisation a alors pour effet de limiter l'étendue de leur capacité. Inversement, une réserve d'autorisation peut permettre à des assistés incapables de conclure des transactions qu'ils ne pourraient pas faire sans la réserve.

bb) Le choix de l'assistant

Normalement, l'assistant est une personne physique (*BGB*, art. 1897, al. 1^{er}), qui peut être le collaborateur d'une association (privée) d'assistance reconnue (« personne chargée de l'assistance dans une association », *Vereinsbetreuer*) ou le collaborateur d'une administration compétente pour les affaires d'assistance (« personne chargée de l'assistance dans une administration », *Behördenbetreuer*) (*BGB*, art. 1897, al. 2). Le tribunal de l'assistance peut nommer plusieurs assistants avec des domaines de tâches différents « si les affaires de la personne qu'il faut assister peuvent être mieux traitées de cette manière » (*BGB*, art. 1899, al. 1^{er}). Pourtant, « [s]i le majeur ne peut être assisté de manière satisfaisante par une ou plusieurs personnes physiques, le tribunal [...] nomme comme assistant une association reconnue pratiquant l'assistance ».

Selon l'article 1897, alinéa 4, première phrase du *BGB*, « [s]i le majeur propose une personne qui peut être nommée comme assistant, cette proposition doit être retenue, si elle ne contrevient pas à l'intérêt du majeur ». La disposition sert l'autodétermination de la personne concernée ainsi que la coopération de confiance entre la personne concernée et l'assistant.⁴⁵ Le tribunal n'a pas de marge d'appréciation si ces conditions sont réunies.⁴⁶ Tout doute quant à l'aptitude ou à la fiabilité de la personne proposée doit donc être motivé et suffisamment important pour permettre au tribunal d'ignorer la proposition.⁴⁷ La volonté de la personne aidée est également effective si elle l'a exprimée par écrit au préalable, surtout à des moments où elle était encore incontestablement susceptible d'être

⁴⁴ Cf. A. SCHNEIDER, *op. cit.*, § 1896, n° 276.

⁴⁵ A. SCHNEIDER, § 1897, dans : Münchener Kommentar zum *BGB*, 8^e éd. 2020, n° 24.

⁴⁶ A. SCHNEIDER, *op. cit.*, § 1897, n° 24.

⁴⁷ La loi allemande ne prévoit pas la possibilité d'exiger de l'assistant qu'il fournisse des sûretés.

capable (« Vœux d'assistance formulés par écrit », *schriftliche Betreuungswünsche* ; également *Betreuungsverfügung*, *BGB*, art. 1901c⁴⁸, cf. aussi *BGB*, art. 1908f, al. 1^{er}, n° 2a).

Les critères principaux de choix que la loi évoque subsidiairement à la volonté de la personne concernée sont le lien familial, ce qui est une manifestation du droit fondamental de la famille (art. 6, al. 1^{er} de la *Grundgesetz*),⁴⁹ et la gratuité du service : Suivant l'article 1897, alinéa 5 du *BGB*, « [s]i le majeur n'a proposé aucune personne qui puisse être nommée comme assistant, lors du choix de l'assistant il faut prendre en considération les parents et les autres liens personnels du majeur, en particulier les liens avec le père et la mère, les enfants, le conjoint et le partenaire de vie, comme aussi le risque de conflits d'intérêts ». Selon l'article 1897, alinéa 6, « [c]elui qui assure des missions d'assistance dans le cadre de son activité professionnelle ne peut être nommé assistant que s'il n'y pas la possibilité de recourir à une autre personne ayant les qualités nécessaires et [étant] prête à assurer bénévolement l'assistance ». Il résulte de ce dernier critère une préséance supplémentaire pour les membres de la famille de l'assisté⁵⁰ car chez eux, il est le plus probable qu'ils soient prêts à travailler sans rémunération.

Le droit allemand par contre n'incite pas particulièrement les membres de la famille à prendre en charge l'inapte. Il n'y a notamment pas de règles spéciales du régime de l'assistance qui privilégieraient les assistants appartenant à la famille au niveau de la responsabilité : Comme tous les mandataires, ils sont responsables pour faute, c'est-à-dire pour intention et négligence, envers la personne assistée (*BGB*, art. 1908i en lien avec art. 1833 et 276). Néanmoins, en ce qui concerne la mesure de la négligence, et malgré l'approche plutôt *objective* du droit privé allemand par rapport à la faute, il est possible de tenir compte de la situation professionnelle et sociale dans laquelle le représentant se retrouve. Un assistant formé comme avocat (ou un assistant professionnel) devrait être soumis à des normes de responsabilité plus strictes qu'un membre de la famille inexpérimenté en affaires sans formation appropriée.⁵¹ Enfin et surtout, il semble concevable d'appliquer par analogie la norme de responsabilité du dépositaire agissant à titre gratuit (*BGB*, art. 690) et de l'époux en ce qui concerne l'exécution des obligations réciproques qui naissent du lien conjugal (*BGB*, art. 1359).⁵² Tous deux ne sont responsables que de la diligence qu'ils ont l'habitude d'appliquer à leurs propres

⁴⁸ *BGB*, art. 1901c : « un écrit dans lequel une personne a exprimé, pour le cas où elle aurait besoin d'assistance, son choix de la personne à qui confier l'assistance ou des vœux pour la mise en œuvre de celle-ci ».

⁴⁹ Ainsi A. SCHNEIDER, *op. cit.*, § 1897, n° 35.

⁵⁰ A. SCHNELLENBACH, *25 Jahre nach der Reform – Rechiliche Betreuung erneut auf dem Prüfstand*, *Betreuungsrechtliche Praxis* (journal) 2017, 3, 4, NBP 18 : L'auteur rapporte qu'en 2016, dans environ 55 % des cas des bénévoles avaient été choisis comme premiers assistants, dont la majorité étaient des membres de la famille.

⁵¹ Cf. A. SPICKHOFF, *Grundstrukturen und Grundzüge des Betreuungsrechts (einschließlich Patientenverfügung)*, dans : U. BECKER et M. ROTH, *Recht der Älteren*, Berlin et al. 2013, 247, 271, n° 54, relativement à la responsabilité de l'assistant.

⁵² Voici quelques suggestions dans ce sens : M. ROTH, § 1359, dans : *Münchener Kommentar zum BGB*, 8^e éd. 2019, n° 11.

affaires, ce qui ne libère pas de la responsabilité pour négligence grossière (*BGB*, art. 277, *Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten*).

cc) Le principe de la nécessité

Un assistant ne peut être nommé que pour le domaine d'activité (*Aufgabenkreis*, littéralement « domaine de missions ») (juridique) pour lequel l'assistance est nécessaire (*BGB*, art. 1896, al. 2, 1^{re} phrase). S'il est prévisible par exemple que surgiront des questions financières que la personne concernée ne peut plus traiter elle-même, un assistant pour l'administration des biens – tous les biens ou des biens particuliers selon le cas – doit être désigné.⁵³ La nomination d'un assistant peut également être nécessaire dans l'intérêt d'un tiers lorsque la personne assistée n'est pas en mesure de remplir ses obligations par rapport à ce tiers ou lorsque le tiers serait empêché de faire valoir ses droits à l'encontre de la personne concernée sans la nomination d'un assistant,⁵⁴ par exemple pour assurer la possibilité à un propriétaire de mettre fin à un bail résidentiel par rapport à un locataire incapable.⁵⁵

L'incapacité d'un majeur au sens de l'article 104 n° 2 du *BGB* (ci-dessus I.A.2.) n'ayant pas de représentant mandaté constitue le cas extrême d'une impossibilité ou inaptitude donnant lieu à une assistance juridique (*cf.* art. 1896, al. 1^{er} : « ne peut s'occuper des ses affaires [...] »), mais le régime de l'assistance s'applique déjà en dessous de ce seuil, par exemple à des personnes souffrant de démence, schizophrénie, des psychoses, des délires, des convulsions ou d'autres maladies ou d'autres troubles physiques comme une dépendance à l'alcool ou à la drogue, même s'ils seraient encore aptes par intermittence à un libre exercice de la volonté et capables d'exercice par conséquent.⁵⁶ Comme nous l'avons déjà expliqué, la mise en place d'une assistance ne nécessite aucune incapacité juridique. Seuls les doutes persistants sur la capacité juridique et l'incertitude juridique qui y est associée peuvent nécessiter une assistance. Lorsque la personne assistée est encore capable selon les critères généraux de l'article 104, n° 2 du *BGB*, elle ne perd pas cette capacité du seul fait de l'installation de l'assistance. Au contraire, dans le rapport externe avec des tiers, le pouvoir du mandataire entre en concurrence avec l'autonomie de son mandant. Selon la nature des actes en question – conclusion d'un contrat, résiliation d'un contrat, révocation d'un mandat, transfert de propriété etc. –, c'est le premier, le dernier ou les deux qui s'imposent.

L'assistance n'est pas nécessaire au sens de l'article 1896 alinéa 1^{er}, première phrase, du *BGB* « dans la mesure où les affaires du majeur peuvent par un représentant mandaté [...] ou par une autre forme d'aide [...] être traitées aussi bien que par un assistant » (*BGB*, art. 1896, al. 1^{er}, 2^e phrase) ; l'assistance est donc subsidiaire par rapport à une procuration. S'il existe une procuration de

⁵³ A. SCHNEIDER, *op. cit.* § 1896, n° 121.

⁵⁴ *Cf.* *BGB*, art. 131, al. 1^{er} : « (1) Lorsque la déclaration de volonté est émise envers une personne incapable d'exercer ses droits, elle ne devient pas efficace avant d'être parvenue à son représentant légal ».

⁵⁵ A. SCHNEIDER, *op. cit.* § 1896, n° 22.

⁵⁶ *Cf.* par ex. M. SCHÄFER, *Der Demenzkranke im Familienrecht*, *Neue Zeitschrift für Familienrecht*, 2014, 676, 677 : « La démence va souvent [mais pas toujours !] de pair avec la perte de la capacité juridique ».

prévoyance, la mise en place d'une assistance n'est envisageable que dans la mesure où la procuration, comme par exemple une seule procuration bancaire, ne couvre pas tous les domaines importants, si la personne autorisée ne remplit pas ses fonctions ou si la confiance dans le représentant est ébranlée et qu'il doit être contrôlé par un assistant de contrôle (cf. ci-dessus 2.a) cc)).

Comme l'assistance est fondée sur le critère de la nécessité, « elle ne peut jamais être considérée comme définitive », ⁵⁷ quand elle est installée. Si l'assistant a connaissance de circonstances qui rendent possible la mainlevée de celle-ci ou une réduction du domaine d'assistance, il doit en informer le tribunal de l'assistance (*BGB*, art. 1901, al. 5). Enfin, le principe de nécessité s'applique non seulement à la décision de désigner un assistant et à l'étendue de sa mission, mais aussi à sa mise en œuvre. La mission d'assistance « comprend toutes les diligences qui sont *nécessaires* pour que les affaires de la personne assistée puissent être réglées juridiquement » (*BGB*, art. 1901, al. 1^{er}, mes italiques).

dd) La préséance de la libre volonté de l'assistée

Le régime de l'assistance juridique a été défini « dans le sillage des droits fondamentaux consacrés par la Constitution ». ⁵⁸ Il « s'agit de l'assurer dans le respect maximum de l'autonomie personnelle et avec le minimum de contrainte institutionnelle ». ⁵⁹ Par conséquent, les articles 1896 et s. du *BGB* respirent le principe constitutionnel de proportionnalité avec, selon son acception allemande, ses trois critères : la nécessité, l'*ultima ratio* et la pesée d'intérêts. Désormais, la Convention des Nations unies « relative aux droits des personnes handicapées » adoptée le 13 décembre 2006, qui consacre le paradigme d'une préservation maximale du droit de la personne concernée à l'autodétermination, fournit un contexte supplémentaire pour l'interprétation du régime de l'assistance en ce sens. Cela se voit déjà dans le fait que la procuration est prioritaire devant l'assistance et que la volonté de la personne assistée décide en principe du choix de l'assistant. « Un assistant ne peut être nommé à un majeur contre la libre volonté de celui-ci » (*BGB*, art. 1896, al. 1a) d'où résulte une *priorité de la libre volonté* par rapport à des intérêts « objectives » patrimoniaux ou médicaux de la personne en difficultés. L'autodétermination est présumée, de sorte qu'il doit être examinée dans quelles conditions le refus de l'assistance n'est pas fondé sur la libre volonté. ⁶⁰

⁵⁷ R. LEGEAIS, *op. cit.*, Juriscope, 540.

⁵⁸ R. LEGEAIS, *op. cit.*, Juriscope, 540. Cf. la motivation du gouvernement dans son projet de loi en date du 11 mai 1989, *Bundestagsdrucksache* 11/4528, 52 : « Le projet vise à remédier aux lacunes fondamentales du droit actuel. Il prend au sérieux ceux qui sont affectés par leur statut de citoyens malades ou handicapés et renforce leurs droits et leur position procédurale. Ses principaux objectifs sont le bien-être des personnes concernées, leurs soins personnels et le renforcement des soins personnels. Les demandes, souhaits et suggestions des personnes concernées devraient être contraignants, dans la mesure où il est possible d'y répondre ».

⁵⁹ R. LEGEAIS, *op. cit.*, Juriscope, 540.

⁶⁰ A. SCHNEIDER, *op. cit.* § 1896, n° 29 ; cf. aussi P. MANKOWSKI, *Verändert die Neurobiologie die rechtliche Sicht auf Willenserklärungen?*, Archiv für die civilistische Praxis (journal), tome 211 (2011), 153, 181 et s.

Selon l'article 1901, alinéa 2 du *BGB*, l'assistant « doit prendre soin des affaires de la personne qu'il assiste de la manière qui correspond à son intérêt ». Pour mettre au clair que la conception de l'intérêt a aussi un côté subjectif le texte continue en disant que se « rattache aussi à l'intérêt de la personne sujet de l'assistance la possibilité d'organiser sa vie, selon ses aptitudes, ses propres souhaits et projets ». De plus, c'est l'alinéa 3 de cette même disposition qui veut que « l'assistant doit se conformer aux souhaits de la personne qu'il assiste dans la mesure où cela ne va pas à l'encontre de l'intérêt de celle-ci et où il est possible d'y satisfaire ». La loi essaye donc de gérer le conflit entre la « nécessité » de l'assistance ou, tourné autrement, entre « l'intérêt » (objectif) de la personne à protéger et ses souhaits, sa volonté (subjective). C'est un conflit qui ne devrait apparaître que lorsque la volonté de l'assisté n'est plus *libre*, car sinon on ne comprendrait pas pourquoi la préséance de la libre volonté devant la nécessité devrait s'appliquer à la question *si* un assistant peut être nommé (*BGB*, art. 1896 al. 1a, V. *supra*), mais non à la question *comment* l'assistant doit agir.

Ce que l'on entend par libre volonté est une autre question. La libre volonté (*freier Wille*) contient deux éléments : d'un côté la capacité de comprendre, c'est-à-dire la capacité de reconnaître la raison, la signification et la portée de l'assistance proposée y compris, en principe, la capacité de peser les aspects qui comptent pour et contre la nomination d'un assistant et de l'autre côté la capacité d'agir sur la base des connaissances ainsi acquises.⁶¹ Selon la Cour de cassation allemande (*Bundesgerichtshof – BGH*), la notion de libre volonté au sens de l'art. 1896 alinéa 1a du *BGB* et celle au sens de l'art. 104 n° 2 du *BGB*, c'est-à-dire de la capacité d'exercice, sont « essentiellement identiques ». « Les deux critères décisifs ici sont la capacité de la personne concernée à comprendre et sa capacité à agir sur cette intuition. Si l'un de ces deux éléments fait défaut, il n'y a pas de libre volonté, seulement de volonté naturelle ».⁶² Cette approche ne fait pourtant pas l'unanimité de la doctrine allemande. Par exemple, on a recouru à l'argument que, puisque le point de référence factuel de la volonté refusant l'assistance ne concerne aucune transaction légale, mais la nécessité de l'assistance par une autre personne, on se concentrera plutôt sur une raison naturelle.⁶³ La bonne solution est probablement différenciée et située au milieu entre ces deux positions : Dans la mesure, où l'assistance proposée se réfère aux affaires patrimoniaux ce qui implique la capacité d'émettre des déclarations de volonté la position de la *BGH* semble être la bonne : on a du mal à s'imaginer pourquoi un esprit qui n'est plus capable de saisir la signification et la portée de ses déclarations de volonté pourrait néanmoins être capable de juger la nécessité de se faire aider à cet égard. Par contre, lorsque l'assistance proposée se réfère à des affaires qui, comme les consentements médicaux notamment, ne font pas partie du commerce juridique et où les décisions à prendre ne sont pas des déclarations de volonté, il paraîtrait

⁶¹ A. SCHNEIDER, *op. cit.* § 1896, n° 30.

⁶² *Bundesgerichtshof*, décision du 14 mars 2012, XII ZB 502/11, par. 14.

⁶³ A. SCHNEIDER, *op. cit.* § 1896, n° 29.

plus logique de déterminer la liberté de la volonté en fonction des critères allégués applicables à ces décisions-là.⁶⁴

Lorsque la volonté de la personne assistée n'est pas libre, elle doit quand même être prise en considération dans la gestion de l'assistance, sans pour autant d'être automatiquement décisive ; plutôt, il y a lieu à une pesée d'intérêts dans laquelle la volonté naturelle joue un rôle important. Voici, la signification de l'article 1901, alinéas 2 et 3 cités plus haut. Ce principe se retrouve aussi dans l'article 1897, alinéa 4 du *BGB* précité (bb)) quant au choix de l'assistant. Comme déjà exposé plus haut, si la personne à protéger (majeure) propose une personne à être nommée comme assistant, « cette proposition doit être retenue, si elle ne contrevient pas à l'intérêt » de cette personne.⁶⁵ Bien que ce cas de figure ne soit pas couvert explicitement par l'article 1896 alinéa 1a, cela ne peut pas être autrement relativement à une éventuelle volonté non libre, mais naturelle qui s'opposerait à la nomination d'un assistant.

Le régime allemand de l'assistance veut, semble-il, dans son acceptation conforme à la Convention de l'ONU, que l'assistant soutienne « avant tout [...] la personne assistée dans sa propre prise de décision et dans la mise en œuvre de ces décisions » et n'utilise « les moyens de représentation que si cela est indispensable pour permettre à la personne concernée de participer à des opérations juridiques conformément à ses souhaits et préférences ».⁶⁶ C'est un standard qui « peut exiger du personnel, du temps et des coûts dans des cas individuels et nécessite des modèles d'action différents en fonction de la situation initiale ».⁶⁷ Prix au sérieux, l'assistant devrait, au lieu de décider à la place de l'assisté, consacrer une bonne partie de son temps à la communication avec l'assisté et à sa consultation, essayant – souvent en vain – à le mettre en mesure de prendre, malgré son handicap, une décision autonome et réfléchie, quelle que soit l'importance de l'affaire. Soyons cependant réalistes : Le standard de l'article 1901 du *BGB* (portant l'intitulé « Étendue de l'assistance, obligations de l'assistant ») n'est pas praticable, et ce n'est peut-être pas pour rien, que dans la discussion permanente sur une éventuelle réforme du droit de l'assistance, c'est beaucoup moins la conception du régime allemand qui est critiquée que sa mise en œuvre insuffisante.⁶⁸

Mais si l'on pouvait vraiment prendre au sérieux la norme de l'ONU, on devrait peut-être même regretter le fait que la loi donne la préséance à n'importe quelle

⁶⁴ G. REINER, *Le droit privé des personnes âgées en Allemagne*, op. cit., 505-508, relativement à la délimitation de la capacité d'exercice par rapport à des concepts similaires en dehors des transactions juridiques.

⁶⁵ Cf. A. SCHNEIDER, § 1897, n° 29 : « Le simple fait que des personnes plus aptes soient disponibles ne suffit cependant pas à invalider la volonté de la personne concernée. Ainsi, le fait que la personne proposée n'est pas aussi bien qualifiée que les parents de la personne handicapée ne suffit pas pour ignorer la proposition. Une proposition de la personne concernée a généralement préséance sur l'examen des relations familiales [...] ».

⁶⁶ A. SCHNELLENBACH, op. cit., 3, 4. L'auteur, qui est fonctionnaire au sein du ministère fédérale de justice, parle du « principe de la prise de décision accompagnée » (*Grundsatz der unterstützten Entscheidungsfindung*) dans le sens de l'Observation générale N° 1 (2014) du Comité des droits des personnes handicapées des Nations unies.

⁶⁷ A. SCHNELLENBACH, op. cit., 4.

⁶⁸ A. SCHNELLENBACH, op. cit., 4.

procuration du moment qu'elle est assez large en vue des affaires à gérer, sans s'assurer que le mandat sous-jacent, qui est le plus souvent seulement implicite, réalise le même standard de qualité de l'assistance que celui que l'article 1901 du *BGB* définit. En fait, rarement il devrait être possible d'interpréter le mandat à la lumière de la Convention, même si c'est le formulaire précité du ministère de la justice qui a été utilisé pour rédiger la procuration.

II. LA NON-IMPUTABILITÉ DES ACTES DE FAIT DES INAPTES COMME INSTRUMENT DE PROTECTION

A. L'« INCAPACITÉ À COMMETTRE UNE FAUTE »

Outre la capacité de faire des déclarations valables – des déclarations de volonté ou des consentements médicaux – le droit privé allemand reconnaît un autre instrument pour protéger l'inapte des conséquences de ses propres actes, ici ses actes de fait : la non-imputabilité, qui est construite comme une sorte d'« incapacité » de commettre une faute (*Verschuldensfähigkeit*).⁶⁹ Le fait de parler de la « capacité » à entreprendre des actions de fait qui entraînent la responsabilité (contractuelle ou extra-contractuelle) de l'acteur est quelque peu trompeur, car il suggère l'existence d'une caractéristique qui – comme la capacité à formuler des actes juridiques – ouvre des possibilités d'action.⁷⁰

Afin de réglementer la (non-)imputabilité, la loi part de la responsabilité non-contractuelle (délictuelle) sous la forme du concept de *Deliktspflichtfähigkeit* – littéralement « capacité à commettre un délit (civil) » ou « capacité délictuelle » – des articles 827 et 828 du *BGB* et transfère ce concept à la « faute contractuelle » (*Verschulden*) par référence (*BGB*, art. 276, al. 1^{er}, 2^e phrase). Dans ce qui suit, nous parlerons donc de « capacité à commettre une faute ».

Le régime de la « capacité à commettre une faute » est similaire au régime de la capacité d'exercice. Notamment, les mineurs de moins de sept ans ne répondent pas plus du dommage qu'ils causent à autrui que des actes juridiques qu'ils concluent eux-mêmes (*BGB*, art. 828, al. 1^{er}). Toutefois, deux différences méritent d'être soulignées.

(1) S'il est vrai que le régime de la « capacité à commettre une faute » prévoit une imputabilité limitée pour les mineurs âgés de 7 à 17 ans (inclus) à l'instar de celui de la capacité d'exercice, le premier régime se distingue en ce qu'il est *gradué* en considérant la capacité de discernement individuel du mineur. Selon l'alinéa 3 de l'article 828, un mineur âgé de sept ans ou plus est responsable de ses agissements « si, au moment où il a accompli l'acte dommageable, il n'avait pas le discernement nécessaire pour se rendre compte de sa responsabilité ».

⁶⁹ La *Verschuldensfähigkeit* de droit privé traitée par la suite doit être distinguée de la *Schuldfähigkeit* de droit pénal (« culpabilité », cf. art. 20 du code pénal allemand, *Strafgesetzbuch*) avec laquelle elle présente certaines similitudes.

⁷⁰ G. REINER, *Le droit privé des personnes âgées en Allemagne*, op. cit., 507.

L'alinéa 2 enfin de cet article prévoit une règle spéciale relative à certains accidents de circulation, qui privilégie les mineurs de bonne foi : « Celui qui a plus de sept ans, sans avoir accompli sa dixième année, ne répond pas du dommage causé à autrui lors d'un accident de voiture, d'engin de déplacement sur rail ou sur fil ». La règle découle de la découverte psychologique du développement que les enfants ne sont régulièrement capables d'estimer correctement les distances et les vitesses des objets en mouvement qu'après avoir atteint l'âge de dix ans.⁷¹

(2) Chez les majeurs, la « capacité à commettre une faute » n'est pas construite comme une condition permanente de la personne, mais se réfère uniquement au moment du délit en question. Cela s'explique par le fait que, contrairement à la rédaction des actes juridiques, l'aspect de la sécurité juridique est relégué au second plan dans le domaine de la responsabilité. En dehors de cela, l'absence de « capacité à commettre une faute » est basée sur exactement le même critère mental que l'incapacité à contracter : « un état de trouble mental maladif excluant le libre exercice de la volonté » (*ein die freie Willensbestimmung ausschließender Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit*, BGB, art. 104, n° 2, art. 827, 1^{re} phrase).

Exceptionnellement une personne passagèrement privée de discernement – adulte ou mineure – qui ne peut être tenue responsable selon l'article 827 du BGB, peut néanmoins être tenue à réparation pour le dommage causé si elle s'est placée fautivement dans cet état « par l'usage de boissons alcoolisées ou de produits analogues » (BGB, art. 827, 2^e phrase).

Enfin, il convient de faire référence à l'article 829 du BGB portant l'intitulé « Obligation selon l'équité » qui, dans des cas extrêmes, établit une responsabilité sans imputabilité. Selon cette disposition, « [c]elui qui [...] se trouve n'être pas responsable en vertu des dispositions des §§ 827 et 828 du dommage qu'il a causé est cependant tenu de réparer ce dommage s'il est impossible d'obtenir l'indemnisation d'un tiers chargé de sa surveillance et dans la mesure où l'équité exige une telle réparation, eu égard aux circonstances et en particulier à la situation des intéressés, et pour autant qu'il ne soit pas privé par là des moyens dont il a besoin pour son entretien conformément à sa position sociale aussi bien que pour l'exécution de l'obligation légale d'entretien qui lui incombe ».

B. LA RESPONSABILITÉ DES PERSONNES EN CHARGE DES PERSONNES INAPTES

L'absence de responsabilité des personnes inaptes entraîne la question si les personnes qui en ont l'autorité (chez les mineurs) ou l'assistance (chez les majeurs) peuvent être tenues responsables du fait d'autrui. La réponse se trouve à l'article 832 du BGB, qui porte l'intitulé « Responsabilité de celui qui est obligé une surveillance ». Conformément à la première phrase de l'alinéa 1^{er} de cette disposition, « [c]elui qui en vertu de la loi est obligé d'exercer la surveillance

⁷¹ G. WAGNER, § 828, dans : Münchener Kommentar zum BGB, 7^e éd. 2017, n° 5.

sur une personne qui, à raison de sa minorité ou de son état mental ou physique, a besoin d'être surveillée est tenu de réparer le préjudice causé par cette personne à autrui résultant d'un acte illicite ».

Les parents d'un mineur, en leur qualité de représentants légaux répondent parfaitement aux conditions de « surveillants », car l'autorité parentale (*BGB*, art. 1626 et s.) comprend une obligation de surveillance. Si les parents sont mariés l'un à l'autre, ils ont automatiquement droit ensemble à la représentation légale (*BGB*, art. 1626, al. 1^{er} et art. 1631, al. 1^{er}), y compris les parents adoptifs (*BGB*, art. 1754). La garde et le devoir de surveillance qui lui est associé sont concentrés sur un seul parent si l'autre partie décède, si la garde parentale est retirée (*BGB*, art. 1666) ou si elle est suspendue (*BGB*, art. 1673 et s.). Dans le cas d'un enfant illégitime, seule la mère a droit à la garde (*BGB*, art. 1626a, al. 2),⁷² à moins que la mère n'accepte l'autorité parentale conjointe ou que le tribunal de la famille n'ordonne l'autorité parentale conjointe à la demande de l'autre parent. Si un tuteur (*BGB*, art. 1793, 1800, 1631, al. 1^{er}) ou un curateur avec autorité dans les affaires personnelles (*BGB*, art. 1909, 1915, 1800, 1631, al. 1^{er}) est désigné pour les mineurs, soit parce que le mineur ne se trouve pas sous l'autorité parentale, soit parce que les parents ne sont pas habilités ou ils sont empêchés à le représenter (*BGB*, art. 1773, al. 1^{er} et art. 1909, al. 1^{er}), c'est celui-ci, qui est tenu de surveiller.⁷³

La situation est différente concernant les majeurs. Ni le lien de mariage ni la relation parent-enfant entre adultes ne peuvent être considérés comme une base légale pour des obligations légales de surveillance au sens de l'article 832 du *BGB* précité.⁷⁴ Contrairement à l'ancienne tutelle (*Vormundschaft*), l'assistance non plus ne crée en principe aucune surveillance légale.⁷⁵ D'après certains il en serait autrement, cependant, si l'assistant s'est vu confier soit l'ensemble des affaires personnelles de l'assisté, soit expressément la décision de résidence ou la supervision de l'assisté par ordonnance du tribunal.⁷⁶ Selon l'opinion contraire,⁷⁷ même dans ces cas, la responsabilité de l'assistant ne peut pas être retenue car le régime de l'assistance (art. 1896 et s.) ne renvoie pas aux dispositions du droit des mineurs concernant l'autorité parentale relative à la personne (*BGB*, art. 1631, 1800), ce qui amène au résultat que l'assistant n'est jamais responsable de la surveillance. Cela aurait pour conséquence que l'incapacité des adultes à

⁷² G. WAGNER, *op. cit.*, § 832, n° 11.

⁷³ G. WAGNER, *op. cit.*, § 832, n° 13.

⁷⁴ G. WAGNER, *op. cit.*, § 832, n° 15.

⁷⁵ G. WAGNER, *op. cit.*, § 832, n° 16.

⁷⁶ Cf. Tribunal de grande instance (*Landgericht*) de Bielefeld, jugement du 26 mai 1998, 20 S 48/98, juris, par. 6 : « En l'absence d'un ordre explicite du devoir de surveillance [par le tribunal de l'assistance], un tel ordre peut tout au plus être assumé si l'ensemble des affaires personnelles est confié à l'assistant » ; cf. similairement Cour d'appel (*Oberlandesgericht*) de Celle, arrêt du 21 nov. 2007, 32 Ss 99/07, juris, par. 15, concernant la responsabilité pénale de l'assistant (délit de cruauté envers un animal par omission) pour les actes commis par l'assisté ; du même avis G. WAGNER, *op. cit.*, § 832, n° 16.

⁷⁷ Par ex. A. SCHNEIDER, § 1896, *op. cit.*, n° 108.

commettre un délit serait – sous réserve de la disposition relative à l'équité de l'article 829 du *BGB* – entièrement aux dépens des tiers lésés.⁷⁸

Outre l'obligation de surveillance et l'acte illicite de la personne en charge, la responsabilité des parents et – selon l'opinion partagée – de l'assistant suppose la violation de cette obligation de surveillance, qui, selon un principe général du droit allemand de la responsabilité civile, doit être *fautive*.⁷⁹ La distinction (allemande) entre l'illicéité et la faute n'est pourtant pas d'une grande signification dans ce domaine.⁸⁰ Il n'y a que quelques cas de figure concevables dans lesquels une violation de l'obligation de surveillance ne serait pas automatiquement fautive. Dans la littérature, le cas d'une erreur juridique est mentionné.⁸¹

Toutefois, suivant la deuxième phrase de l'alinéa 1^{er} de l'article 832 du *BGB* « l'obligation de réparer n'existe pas » lorsque la personne chargée de la surveillance « a satisfait à son obligation de surveillance ou lorsque le dommage serait arrivé même si la surveillance avait été exercée comme elle devait l'être ». Cette exception inverse la charge de la preuve pour l'illicéité et le caractère fautif de la surveillance, la violation fautive de l'obligation de surveillance étant présumée. Cela devrait aider les victimes, mais le principal problème reste la question juridique de savoir quel degré de surveillance était requis dans le cas d'espèce.⁸²

L'article 832 *BGB* n'est pas applicable à la responsabilité *contractuelle* des personnes inaptes. Dans le domaine contractuel, cependant, la responsabilité du fait d'autrui de l'article 278, première phrase, du *BGB* s'applique : C'est le débiteur incapable lui-même qui doit « répondre de la faute commise par son représentant légal et par les personnes qu'il emploie pour exécuter son obligation dans la même mesure que s'il s'agissait de sa faute personnelle ». L'assistant juridique (*BGB*, art. 1902) est un représentant légal en ce sens,⁸³ contrairement au mandataire de prévoyance. Les parents des enfants mineurs sont également des représentants légaux au sens de cette disposition, de sorte que ces enfants sont responsables des dommages causés fautivement par leurs parents dans l'exécution des contrats conclus par eux au nom de leurs enfants. L'imputation de la faute fonctionne également dans le sens inverse : si les enfants (majeurs) représentent leurs parents inaptes dans le cadre d'une procuration de prévoyance, ils n'agissent pas en tant que représentants légaux, mais ils sont des « personnes » que les parents « emploient pour exécuter leurs obligations » au sens de l'article 278.

⁷⁸ G. WAGNER, *op. cit.*, § 832, n° 16.

⁷⁹ Ainsi la doctrine dominante, cf. WAGNER, *op. cit.* § 832, n° 41.

⁸⁰ Voir WAGNER, *op. cit.* § 832, n° 41 : « La violation du devoir de surveillance constitue [...] également le reproche de négligence, qui ne nécessite plus de discussion séparée ».

⁸¹ WAGNER, *op. cit.* § 832, n° 41 : « Par faute de la personne soumise à la surveillance, on entend probablement la connaissance ou la nécessité de connaître le devoir de surveillance dans les circonstances spécifiques ».

⁸² G. WAGNER, *op. cit.*, § 832, n° 16. L'auteur va même jusqu'à affirmer que le renversement de la charge de la preuve n'avait « aucune signification pratique », ce qui semble exagéré.

⁸³ S. GRUNDMANN, § 278, dans : Münchener Kommentar zum *BGB*, 8^e éd. 2019, n° 42.

CONCLUSION GÉNÉRALE

L'« aptitude » a deux fonctions par rapport à la vulnérabilité : compris juridiquement comme « aptitude de droit » (« capacité »), elle est un instrument de protection ; compris comme concept factuel, elle est le point de départ du besoin de protection. Le concept d'aptitude de droit développe son effet protecteur de deux manières, en forme de capacité de jouissance (*Rechtsfähigkeit*), à laquelle tous être humains ont droit, et en forme de capacité d'exercice (*Geschäftsfähigkeit*).

L'ordre juridique (allemand) protège les personnes privées de discernement (personnes inaptes) contre elles-mêmes et contre les autres en leur refusant ou limitant la capacité d'exercice (« incapacité », « capacité limitée »). Cela concerne tous les mineurs jusqu'à l'âge de 17 ans inclus ainsi que les adultes handicapés et malades. Afin que ces personnes puissent néanmoins participer aux transactions juridiques, le droit allemand privé leur fournit l'instrument de la représentation légale. Les représentants légaux du mineur sont généralement les parents, le représentant légal de l'adulte inapte est l'assistant juridique nommé par la justice. L'institution de l'assistance est – parfaitement au sens de la convention des Nations unies « relative aux droits des personnes handicapées » – caractérisé par l'idée de la plus grande considération possible pour la volonté (au moins naturelle) de la personne inapte. L'assistance est par conséquent subsidiaire à une procuration autonome pour inaptitude future (« procuration de prévoyance »), rédigée par la personne concernée à l'avance et fondée sur le droit général de la représentation et des contrats, et elle se caractérise en plus par le principe de nécessité.

Outre le concept de capacité d'exercice, la responsabilité contractuelle et extra-contractuelle est un autre point de départ pour protéger les personnes vulnérables contre elles-mêmes. Ces personnes – mineurs comme adultes handicapés ou malades – ne sont en principe pas responsables des dommages qu'elles infligent illégalement à autrui. Le droit allemand fonctionne ici avec l'instrument de « incapacité à commettre une faute » au sens de la non-imputabilité. Dans certaines circonstances, cependant, les représentants des personnes vulnérables sont responsables des dommages causés par leurs protégés.

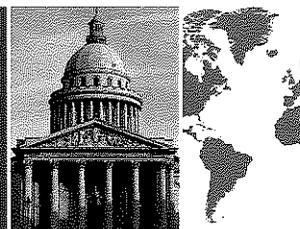
Dans l'ensemble, le système allemand de « vulnérabilité et aptitude » apparaît cohérent.

La vulnérabilité

Journées québécoises

Tome LXVIII / 2018

Travaux de l'Association
Henri Capitant



BRUYL  NT

LB 

© Éditions 2020
Groupe Larcier s.a. – Éditions Bruylant
Espace Jacquemotte
Rue Haute, 139 – Loft 6 – B-1000 Bruxelles
www.larciergroup.com
LB2V, 64, avenue Gambetta – 75020 Paris
ISBN 978-2-8027-6788-6

Tous droits réservés pour tous pays.
Il est interdit, sauf accord préalable et écrit de l'éditeur,
de reproduire (notamment par photocopie)
partiellement ou totalement le présent ouvrage,
de le stocker dans une banque de données ou de le communiquer au public,
sous quelque forme et de quelque manière que ce soit.

Ce 68^e volume rassemble les analyses que 62 rapporteurs issus de 20 pays ont présentées lors de Journées internationales qui se tinrent du 28 mai au 1^{er} juin 2018 au Québec, à Montréal et Ottawa, sur le thème de la vulnérabilité.

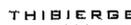
Des universitaires et des praticiens de tous horizons y dévoilent des réflexions pénétrantes sur des questions actuelles et fondamentales que soulève la vulnérabilité.

Sommaire de l'ouvrage :

- Vulnérabilité et aptitude (rapporteur général : Brigitte Lefebvre, Québec)
- Vulnérabilité et intégrité physique (rapporteur général : Mircea Bob, Roumanie)
- Vulnérabilité économique (rapporteur général : Christine Bicquet-Mathieu, Belgique)
- Vulnérabilité et accès à la justice (rapporteur général : Soraya Amrani-Mekki, France)

Rapport de synthèse : Thierry Revet, France

Partenaires



ISBN 978-2-8027-6788-6