

de parenté entre les normes du social et celles de la consommation¹⁹⁴². Le consensus est défini comme un « accord général, caractérisé par l'absence d'opposition ferme à l'encontre de l'essentiel du sujet, émanant d'une partie importante des intérêts en jeu et par un processus de recherche, de prise en considération des vues de toutes les parties concernées et de rapprochement des positions divergentes éventuelles »¹⁹⁴³. L'accord trouvé est d'un degré variable et non connu ; il peut laisser subsister des divergences. Le consensus n'est pas la fin de la querelle entre le droit et la loi et peut même se réduire à sa dissimulation¹⁹⁴⁴. Les normes produites selon cette méthode ne peuvent avoir valeur de dogme. Les positions non exprimées ne servent pas de référence et le risque est de ne voir subsister que le plus petit dénominateur commun. Si l'accord sur les objectifs paraît acquis, celui sur les moyens conserve une grande part de flou. Le rappel de principes donne une assise théorique aux règles techniques agrégées et mises en ordre par des praticiens, et approuvées par une agence qui tient son pouvoir de l'État. Ces règles techniques ne sont pas du droit révélé, prenant « directement sa source dans la révélation, c'est-à-dire dans des textes sacrés »¹⁹⁴⁵, mais proviennent de la pratique. Sans aller jusqu'à voir dans ce phénomène un gouvernement des experts et un glissement de la démocratie vers la technocratie, le mode d'élaboration de ces règles leur donne une véritable audience et conforte des positions, tant il est vrai que « nous n'écoutons d'instincts que ceux qui sont les nôtres »¹⁹⁴⁶. C'est précisément la portée reconnue aux règles énoncées qui pourra permettre de classer la pratique exprimée par les recommandations parmi les sources de droit.

Les recommandations de bonnes pratiques en travail social ont pour finalité la promotion de la bientraitance et reposent sur l'éthique, qui est un questionnement permanent et partagé sur les valeurs et les pratiques, visant à guider la prise de décision. En complément de méthodes proposées par l'ANESM, un Code de déontologie pourrait venir imposer des obligations aux mandataires judiciaires à la protection des majeurs et intéresser l'ensemble des opérateurs de la protection.

S2. Les garanties d'un Code de déontologie

456. Un droit de l'activité tutélaire. — Dans son contenu, le droit professionnel peut s'entendre subjectivement, comme l'ensemble du droit applicable aux membres d'une profession ou objectivement, comme le droit applicable à certaines activités¹⁹⁴⁷.

1942 La méthode essaie et se répand aussi dans le monde judiciaire, il y a consensus sur le consensus... C. HUSSON-TROCHAIN, B. MAUROY. La conférence de consensus « sur les bonnes pratiques judiciaires de l'expertise civile ». Cour de cassation, 2007 : « une conférence de consensus est une méthode standardisée de conduite scientifique d'un processus de réflexion collective pour débattre de questions controversées et aboutir à des recommandations publiques. La méthode retenue ici est une adaptation pour l'institution judiciaire de la méthode du même nom, utilisée largement dans le domaine de la santé et dont le garant méthodologique est la HAS ». Les fins sont clairement de « promouvoir une politique d'amélioration de la qualité de la production judiciaire ».

1943 Guide ISO/CEI 2 : 2004. Normalisation et activités connexes. Vocabulaire général.

1944 V. HUGO. Actes et paroles, I. « Toute l'éloquence humaine dans toutes les assemblées de tous les peuples et de tous les temps peut se résumer en ceci : la querelle du droit contre la loi. Cette querelle, et c'est tout le phénomène du progrès, tend de plus en plus à décroître. Le jour où elle cessera [...] ce sera le règne paisible de l'incontestable ; on ne fera plus de lois, on les constatera ; les lois seront des axiomes, on ne met pas aux voix deux et deux font quatre ».

1945 P. JESTAZ. Les sources du droit, Paris, Dalloz, 2005. (Connaissance du droit), p. 11.

1946 J. DE LA FONTAINE, Fables, Livre I, Fable VIII, L'Hirondelle et les petits oiseaux, montrant que le langage commun ne doit pas occultier les conseils utiles, quoiqu'issus de positions minoritaires.

1947 Il en est ainsi du droit commercial. Les chroniques, études ou revues juridiques, reflètent la

La profession de protecteur se construit à partir de l'activité des mandataires judiciaires, qui exercent sous des statuts divers. Elle peut aussi émaner de l'activité de protecteurs issus d'autres professions ou désignés par convention. Certaines problématiques sont communes. Un avocat peut ainsi être désigné en qualité de mandataire de protection future¹⁹⁴⁸ ou recevoir des missions confiées par la justice¹⁹⁴⁹. Dans ce cas, il reste soumis aux règles déontologiques de sa profession, difficilement conciliables *a priori* avec les pouvoirs de contrôle de l'Administration sur l'activité des mandataires judiciaires¹⁹⁵⁰. L'avocat peut aussi être fiduciaire, ce qui a déjà conduit le Conseil national des barreaux à poser des règles spécifiques en ayant engagé au préalable une réflexion sur la déontologie jugée nécessaire¹⁹⁵¹. Une harmonisation des pratiques dépassant les statuts est apparue comme un préalable à la création d'un ordre professionnel, jusque là envisagé dans le seul champ du mandat judiciaire¹⁹⁵². La réflexion engagée par certains professionnels sur un Code de déontologie (A) doit pouvoir garantir l'indépendance de l'ensemble des protecteurs (B).

A. Des appels à un CODE DE DÉONTOLOGIE

457. La faisabilité d'un Code de déontologie. — La pertinence d'un projet de Code de déontologie n'est pas directement contestée. Un tel Code a même été présenté comme une nécessité¹⁹⁵³, tant du point de vue des personnes protégées que du point de vue des professionnels. Ce sont plutôt les voies et moyens d'y parvenir qui sont en cause. Il est souhaitable que les professionnels trouvent ensemble une organisation spontanée pour élaborer une charte commune, qui pourra ultérieurement être rendue impérative par la voie réglementaire¹⁹⁵⁴. Des clivages paraissent l'empêcher, notamment entre la Fédération nationale des mandataires judiciaires indépendants à la protection des majeurs (FNMIJ) et la Chambre nationale des mandataires judiciaires à la protection des majeurs. Il paraît y avoir davantage de rapprochements entre les organisations représentant les services. Techniquement, il n'y a pas d'empêchement à la rédaction d'un Code de déontologie ni au regroupement des professionnels en ordre¹⁹⁵⁵. Un tel développement

coexistence de ces conceptions en faisant référence au droit professionnel notarial (JCP N), au droit professionnel des avocats (LPA, JCP G), ou, p. ex., au droit de l'audiovisuel (Revue Communication Commerce électronique).

1948 R. I. N., art. 6. 3.

1949 Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, art. 6 bis et R. I. N., art. 6. 2.

1950 F. FRESNEL, L'avocat mandataire judiciaire à la protection des majeurs, *Gaz. Pal.*, 2010, n° 47, p. 14. La compatibilité de la profession d'avocat et de l'activité de mandataire judiciaire est discutée au regard de l'art. 115 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat. Cette dernière est incompatible avec l'exercice d'une autre profession. Or un mandataire judiciaire exerce des mesures « à titre habituel » (art. L. 471-1 CASP), il ne s'agit donc pas seulement d'une mission isolée V. L'avocat-tuteur ? Conventions et questions subsidiaires. Compte-rendu de la réunion de la Commission ouverte Famille du barreau de Paris, Lexbase Hebdo édition professions 2012 n° 120, n° N1732BTC.

1951 CNB, Avant-projet de décision à caractère normatif, Règles spécifiques à l'activité de l'avocat fiduciaire, Rapport adopté par l'Assemblée générale des 13 et 14 mars 2009.

1952 A. -M. DAVID. Création d'un ordre professionnel des mandataires judiciaires à la protection des majeurs. D 2011. 2920.

1953 A. BATTEUR. Synthèse et perspectives d'évolution de la profession de mandataire judiciaire à la protection des majeurs, *Dr. Famille*, n° 12, décembre 2012, dossier 17.

1954 En ce sens, G. RAOUL-CORMIÉL, Atouts et faiblesses du statut professionnel de mandataire judiciaire à la protection des majeurs, *Dr. Famille*, n° 12, décembre 2012, dossier 13.

1955 En ce sens, M. Couturier, Le mandataire judiciaire à la protection des majeurs exerce-t-il une profession réglementée ? *Dr. Famille*, n° 12, décembre 2012, dossier 16.

permettrait de faire accéder les mandataires judiciaires au statut de profession, alors qu'ils sont actuellement seulement réunis sous une activité commune, régie par le Code de l'action sociale et des familles.

458. Les premières pierres d'un Code de déontologie. — Si le projet de création d'un ordre professionnel¹⁹⁵⁶ paraît encore prématuré, la volonté de doter la profession d'une déontologie s'est déjà traduite par des travaux engagés à l'initiative de professionnels ou d'universitaires¹⁹⁵⁷. Ces actions rejoignent les axes de travail retenus par le Comité national pour la bientraitance et les droits des personnes âgées et des personnes handicapées (CNBD), de création récente¹⁹⁵⁸. Le CNBD comprend un groupe de travail nommé « droit et éthique de la protection des personnes »¹⁹⁵⁹. Les groupes réunis à l'initiative de l'Association française de formation et d'étude des curatelles et des tutelles (AFFECT) ont permis de montrer qu'il existait une unité entre les mandataires, condition utile et nécessaire à un premier rapprochement par la formalisation de règles communes impératives. Des expériences et des interrogations ont été rapprochées et partagées entre salariés, mandataires à titre individuel, préposés, cadres des services et représentants associatifs, selon un découpage régional qui a donné lieu à une mise en commun nationale. De premières ententes ont été trouvées assez naturellement sur les devoirs et les droits à respecter.

D'autres travaux ont permis d'élaborer une charte déontologique : ceux menés conjointement par la Chambre nationale et par la Chambre des mandataires libéraux du Nord-Pas-de-Calais. Là aussi, des mandataires ont œuvré avec des universitaires. Ils ont présenté leur projet publiquement, lors d'un colloque qui s'est tenu à Douai en avril 2014¹⁹⁶⁰.

459. Des délais de réalisation. — D'autres estiment, sur la question des obligations déontologiques, qu'il convient d'avancer plus prudemment¹⁹⁶¹ et de rechercher, notamment, des rapprochements entre les différents modes d'exercice. Il conviendrait selon eux de s'accorder sur un référentiel métier avant de pouvoir parler de déontologie. La crainte de voir les acteurs de terrain écartés de travaux nationaux a également été

1956 Proposition de loi (n° 781) du 18 août 2011 relative à la création d'un ordre professionnel des mandataires judiciaires à la protection des majeurs, présentée par Mme J. GARRAUD-MAYLAM.

1957 L'Association Française de Formation et d'étude des Curatelles et des Tutelles (AFFECT), avec le concours du Pr A. PETERKA et de A. CARON-DEGLISE ; a émis une proposition de travail tendant à déterminer les règles déontologiques de la profession de mandataire judiciaire. La Faculté de droit de Caen a proposé aux professionnels des moyens destinés à favoriser l'élaboration d'une charte de déontologie professionnelle. Des commissions régionales, puis suprarégionales ont préparé des écrits soumis à une commission nationale composée d'enseignants chercheurs, de représentants des ministères, de magistrats, de représentant des MIPM (associatifs, privés ou préposés d'établissement).

1958 Décret n° 2013-16 du 7 janvier 2013 portant création du Comité national pour la bientraitance et les droits des personnes âgées et des personnes handicapées.

1959 Il est présidé par Anne CARON-DEGLISE, Conseiller à la cour d'appel de Paris et Président de la Chambre des tutelles.

1960 Colloque du 4 avril 2014, Déontologie du MIPM, en partenariat avec le Centre de Recherche Éthique et Procédures, Université d'Artois. Ce colloque s'est tenu sous la présidence de Th. VERHEYDE, avec la participation, notamment, de X. LABBÉE, N. PÉTERKA, K. LEFEUVRE, F. VANSEUR, A. CARON-DEGLISE.

1961 C'est le cas de l'Association Nationale des Délégués et personnels des services mandataires à la Protection Juridique des majeurs (ANDP).

exprimée¹⁹⁶². Il a été admis que la démarche éthique pouvait favoriser un Code de déontologie, mais à condition d'accorder du temps à son élaboration, parce qu'il serait ensuite prescriptif et réglementaire¹⁹⁶³. L'UNAF s'est déclarée en faveur de la réflexion éthique mais préconise que les services mandataires rejoignent les « *espaces éthiques régionaux mis en place par les ARS* », considérant qu'un Code de déontologie est une idée prématurée et dangereuse¹⁹⁶⁴. Il convient d'éviter la confusion entre l'éthique et la déontologie et d'admettre que l'une n'exclut pas l'autre. En effet, les deux coexistent en médecine, avec d'une part un Code de déontologie médicale¹⁹⁶⁵ et, d'autre part, un Comité consultatif national d'éthique¹⁹⁶⁶ et des espaces de réflexions éthiques¹⁹⁶⁷ auxquels l'UNAF fait elle-même référence. L'éthique est un « *art de diriger la conduite* »¹⁹⁶⁸. Comme la déontologie, elle est une manifestation des corps intermédiaires. Mais la déontologie a pour spécificité d'être obligatoirement conforme au droit, d'avoir vocation à régir la profession et d'être pourvue d'une force contraignante. Une autre différence, notable, est que l'éthique est le fruit de la rencontre de diverses personnes, tandis que la déontologie est élaborée par les professionnels auxquels elle s'applique. L'UNAF dit partager la réflexion qu'elle porte avec l'ANDP, l'ANMIPM, la CNAPE, la FNAT, la FNMJI et l'UNAPEI, et présente une proposition de calendrier de travail, s'étalant sur une première période de 12 à 18 mois, au terme de laquelle les réflexions et travaux devraient pouvoir être mis en commun avant d'envisager la formalisation d'un document unique.

460. Le serment, antichambre d'une « protection de la protection ». — Le mandataire ne doit pas pouvoir agir comme bon lui semble, selon les règles de sa seule conscience ou en étant seulement guidé par la réflexion éthique. Le serment qu'il prête¹⁹⁶⁹ a aujourd'hui ce sens et une importance d'autant plus grande qu'il n'existe pas encore de Code de déontologie. Ainsi le mandataire promet-il d'être loyal, de ne rien révéler de ce qui sera porté à sa connaissance et d'observer les devoirs que ses fonctions lui imposent ; mais ces devoirs restent à déterminer avec précision. Ils sont énoncés dans divers textes et ont pour but de protéger l'usager vulnérable. Un Code de déontologie permettrait de rassembler ces devoirs, de les ordonner, voire de les éclairer en intégrant les interprétations jurisprudentielles. Cet aspect du Code ne doit pas masquer celui, tout aussi fondamental, des garanties des conditions d'exercice de l'activité, spécialement de l'indé-

1962 Bulletin ANDP juin 2013, p. 5.

1963 CNAPE, FNAT, UNAF, UNAPEI. Le livre blanc, *op. cit.*, p. 64.

1964 UNAF, Analyse et propositions sur le Projet de loi : Adaptation de la société au vieillissement, juin 2014, p. 30.

1965 La parution du premier Code de déontologie médicale français date du 28 juin 1947. Il a été rédigé par l'Ordre des médecins, chargé de consacrer leurs droits et, surtout, leurs devoirs. Après plusieurs versions successives, il est aujourd'hui codifié aux articles R. 4127-1 et s. du Code de la santé publique.

1966 Décret n° 83-132 du 23 février 1983 portant création d'un Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé. Ce Comité donne son avis sur les problèmes soulevés par la recherche.

1967 Arrêté du 4 janvier 2012 relatif à la constitution, à la composition et au fonctionnement des espaces de réflexion éthique régionaux et interrégionaux. Ces espaces interviennent « *en matière d'éthique dans les domaines des sciences de la vie et de la santé. Ils assurent des missions de formation, de documentation et d'information, de rencontres et d'échanges interdisciplinaires. Ils constituent un observatoire des pratiques éthiques inhérentes aux domaines des sciences de la vie et de la santé, de promotion du débat public et de partage des connaissances dans ces domaines* ».

1968 Le Robert, Dictionnaire pratique de la langue française, V^e Éthique.

1969 Art. L. 471-2 et R. 471-2 CASF.

pendance nécessaire du mandataire judiciaire, qu'il conviendrait peut-être d'ajouter à la formule consacrée.

B. UN CODE GARANT DE L'INDÉPENDANCE DES PROTÉGÉS

461. Le traitement différencié de l'indépendance des mandataires judiciaires à la protection des majeurs ¹⁹⁷⁰. — Les fédérations d'associations tutélaires fustigent l'absence d'indépendance qui guetterait les mandataires préposés. Cette condition d'indépendance, si elle est en effet importante, devrait donc être affirmée avec force pour tout mandataire, quel que soit son statut. Il est vrai que la question se pose avec une grande acuité lorsque le majeur est hébergé en établissement. Elle se poserait de façon plus prégnante pour les préposés que pour les services.

Les préposés, qui sont des agents désignés en qualité de mandataires par les établissements publics hébergeant des personnes adultes handicapées ou des personnes âgées ¹⁹⁷¹, sont particulièrement placés sous le feu de la critique. Les travaux préparatoires de la réforme ont souligné l'intérêt de l'intervention d'un membre de l'établissement en qualité de mandataire de la personne hébergée, la proximité étant un atout indéniable ¹⁹⁷². Ce mode d'exercice a été maintenu principalement pour cette raison mais, pour cette même raison, le livre blanc de la protection des majeurs exprime le regret d'une insuffisance d'encadrement des pratiques et redoute les conflits d'intérêts. Les textes français seraient sur ce point en contradiction avec l'article 12 de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées, qui prévoit de garantir que les mesures concernant l'exercice de la capacité juridique « soient exemptes de tout conflit d'intérêt et ne donnent lieu à aucun abus d'influence ». La réflexion conduite à l'occasion des assises a même évoqué le risque pour le majeur protégé d'être pris au piège d'un « système qui devient essentiellement totalitaire » ¹⁹⁷³.

Cependant, la loi prévoit à l'égard des préposés des modalités particulières de garantie des droits des usagers. Il n'y a pas, techniquement, création d'un univers clos, abrité de tout regard extérieur. Ce n'est pas le préposé qui reçoit les documents relatifs à l'établissement et la participation directe du majeur protégé à l'élaboration de son contrat de séjour est requise. Si le majeur ne peut agir lui-même ni faire appel à un tiers pouvant l'aider à faire valoir ses droits ¹⁹⁷⁴, cette faculté est exercée par un membre de sa famille ou une personne de son entourage et non laissée à la discrétion du préposé ¹⁹⁷⁵. Le risque est en réalité plus cristallisé par l'isolement familial ou social du protégé que par le statut du mandataire.

Pour les services qui emploient des mandataires salariés, le problème peut être du même ordre. C'est le cas pour les services gérés par des associations qui sont en même temps gestionnaires d'établissements. Pour ceux-là, le régime est d'ailleurs aligné sur celui des préposés : des garde-fous sont également mis en place.

¹⁹⁷⁰ L. GATTI, L'expérience du mandataire judiciaire à la protection des majeurs, Revue générale de droit médical n° 50, mars 2014, p. 87 (Actes du colloque : la maladie d'Alzheimer et le droit).

¹⁹⁷¹ Art. L. 472-5 CASF.

¹⁹⁷² RAPPORTS RICHEMONT et BLESSIG.

¹⁹⁷³ CNAPE, FNAT, UNAF, UNAPEI, Le livre blanc sur la protection juridique des majeurs, septembre 2012, p. 65.

¹⁹⁷⁴ Il s'agit du recours à une personne qualifiée prévu par l'art. L. 311-5 du CASF.

¹⁹⁷⁵ Art. L. 471-7 CASF.

Concernant les mandataires exerçant à titre individuel ou les services mandataires dits indépendants, tout est une question de fait. Mais comme il n'y a, *a priori*, aucun conflit d'intérêts il n'y a, par conséquent, aucun rempart légal. Sur le terrain, des rapports de partenariat se nouent toutefois quotidiennement avec les établissements ; chacun intervient sur un territoire partagé, où la coordination et la complémentarité sont prescrites par la loi ¹⁹⁷⁶. Rien ne permet d'exclure l'hypothèse d'un retard dans le signalement en cas de doute sur une situation de maltraitance.

Finalement, en droit comme en fait, le mandataire préposé est peut-être le plus libre de tous. Il est en tout cas le seul pour lequel la loi exige clairement que soit assuré « de manière effective [...] un exercice indépendant des mesures » ¹⁹⁷⁷.

462. Pour une consécration de l'indépendance du mandataire de protection dans tout mode d'exercice. — L'indépendance est consacrée pour d'autres professions, telles que celle d'avocat ou de médecin. Concernant l'avocat, le règlement intérieur national (RIN), qui comprend les règles déontologiques applicables à la profession, affirme que celle-ci « est une profession libérale et indépendante quel que soit son mode d'exercice » ¹⁹⁷⁸. Quant au médecin, il « ne peut aliéner son indépendance professionnelle sous quelque forme que ce soit » ¹⁹⁷⁹. Le code inscrit donc l'indépendance parmi les règles essentielles.

Elle doit être particulièrement protégée dans les cas de collaboration libérale ou salariée. C'est pourquoi le règlement intérieur national de la profession d'avocat énonce notamment que le contrat de collaboration doit prévoir « les conditions garantissant [...] le secret professionnel et l'indépendance qu'implique le serment d'avocat » ¹⁹⁸⁰. Les parties déterminent ainsi « les conditions de l'organisation matérielle du travail », elles « fixent l'approche juridique des dossiers confiés au collaborateur », « l'avocat collaborateur libéral ou salarié reste maître de l'argumentation qu'il développe et des conseils qu'il donne » et, « si l'argumentation est contraire à celle que développerait l'avocat avec lequel il collabore, il est tenu, avant d'agir, de l'en informer » ¹⁹⁸¹. Pour le médecin, les règles sont similaires. Le Code de déontologie prévoit dans le cas de collaboration que chacun « exerce son activité médicale en toute indépendance et dans le respect des règles de la profession » ¹⁹⁸². Surtout, quel que soit son mode d'exercice, rien n'est enlevé à ses devoirs professionnels « et en particulier à ses obligations concernant le secret professionnel et l'indépendance de ses décisions » ; « En aucune circonstance, le médecin ne peut accepter de limitation à son indépendance dans son exercice médical » ¹⁹⁸³.

Ce qui est préservé, c'est l'indépendance intellectuelle ou technique de l'avocat, l'indépendance du médecin dans son exercice professionnel. La subordination juridique n'exclut pas l'indépendance technique. La Loi du 31 décembre 1971 précise que l'avocat salarié « n'est soumis à un lien de subordination à l'égard de son employeur que pour la détermination de ses conditions de travail » ¹⁹⁸⁴.

¹⁹⁷⁶ Art. L. 312-7 CASF.

¹⁹⁷⁷ Art. L. 472-6 CASF.

¹⁹⁷⁸ Art. 1-1 RIN.

¹⁹⁷⁹ Art. R. 4127-5 C. santé publ.

¹⁹⁸⁰ Art. 14 RIN.

¹⁹⁸¹ Art. 14-3 RIN.

¹⁹⁸² Art. R. 4127-87 C. santé publ.

¹⁹⁸³ Art. R. 4127-95 C. santé publ.

¹⁹⁸⁴ Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, art. 7.

La reconnaissance d'un tel statut pour le mandataire judiciaire est concevable. Comme l'avocat, il pourrait accomplir sa mission pour le compte de son employeur, qui serait ainsi tenu de répondre des actes de son salarié. La loi et le contrat de travail pourraient affirmer son indépendance technique, ce qui permettrait de faire barrage à toutes instructions relatives à la mission de protection émanant de l'organisme employeur. Une telle situation peut aller de l'ingérence philanthrope¹⁹⁸⁵ à la prise illégale d'intérêts. Tel était le cas dans une affaire soumise à la Chambre criminelle de la Cour de cassation en 2013.¹⁹⁸⁶ Le fondateur et dirigeant de fait d'une association gérant un service de protection des majeurs¹⁹⁸⁷ avait été poursuivi pour abus de confiance et prise illégale d'intérêts. L'instruction a révélé que l'association ne remettait pas de comptes de gestion ou remettait des comptes inexacts¹⁹⁸⁸, et que lesdits comptes n'étaient pas davantage transmis après mainlevée ou dessaisissement, au majeur protégé ou à son nouveau protecteur. De plus, contrairement à l'interdiction édictée par la réforme de 2007¹⁹⁸⁹, l'association avait maintenu un compte pivot, soit un compte unique sur lequel étaient versés les avoirs de l'ensemble des personnes protégées, ce qui lui permettait de percevoir les intérêts de ces sommes cumulées. Selon les juges, ces faits caractérisaient à eux seuls le désordre, voire l'anarchie de la gestion. Mais le dirigeant de fait avait de plus tiré un profit personnel de l'activité de l'association en imposant dans l'exercice des mesures l'intervention d'entreprises avec lesquelles il entretenait par ailleurs des liens professionnels divers, commerciaux et particulièrement fructueux. D'une part, il était lié par un contrat d'agent commercial avec un cabinet d'assurance dont il percevait des commissions pour chaque contrat conclu. Il faisait donc souscrire des contrats en nombre par les personnes protégées, allant jusqu'à résilier sans autre motif que son intérêt propre des contrats en cours, à souscrire inutilement plusieurs contrats pour un même risque ou à conclure des contrats obscurs sans que cela ne corresponde à un souhait des majeurs ni même à leurs possibilités financières. D'autre part, le dirigeant était lié par un contrat d'agent commercial avec une entreprise de construction qui était systématiquement retenue pour exécuter des prestations de services auprès des personnes protégées, sans vérification des coûts, ce qu'un deuxième devis aurait suffi à garantir.

1985 Il ne paraît pas admissible que les membres des Conseils d'administration des Associations puissent avoir une connaissance personnelle parfois approfondie des situations des personnes protégées ni qu'elles puissent avoir une quelconque influence sur la gestion des mesures. La professionnalisation imposée par la réforme exige que l'exercice habituel des mesures de protection ne soit confié qu'à des personnes satisfaisant à des conditions de moralité, d'expérience, de diplômes (niveau III), spécialement formées (CNC) et assermentées (L. 471-4 et L. 471-2 CASF). L'employeur est chargé de recruter et de contrôler ses agents dans l'exercice de leur mission. Cela devrait nécessairement relever de la délégation donnée aux directeurs et plaide même en faveur d'une formation spécifique de ces cadres. V. le diplôme d'université proposé par l'Université d'Aix-Marseille, « *formation spécifiquement dédiée aux chefs de service, dirigeant des mandataires judiciaires désormais formés. Aussi, le DU de Mandataire Judiciaire à la Protection des Majeurs option chefs de service s'adresse spécialement aux candidats chefs d'un service tuteur* ». (Plaquette de présentation de la formation). Du reste, un avocat ne peut actuellement être le salarié que d'un autre avocat (tant que le statut d'avocat en entreprise n'a pas vu le jour).

1986 Cass. Crim., 30 janvier 2013, pourvoi n° 11-89224, *AJ Famille*, 2013, 243, obs. Th. VERHEYDE ; *AJ Pénal*, 2013, 613, obs. J. LASSERRE CAPDEVILLE.

1987 Association pour le bien-être des personnes en perte d'autonomie (ABIEPA).

1988 Contrairement à l'obligation de remise annuelle prévue par l'art. 510 C. civ.

1989 Art. 427 C. civ. : « Les opérations bancaires d'encaissement, de paiement et de gestion patrimoniale effectuées au nom et pour le compte de la personne protégée sont réalisées exclusivement au moyen des comptes ouverts au nom de celle-ci. [...] Les fruits, produits et plus-values générés par les fonds et les valeurs appartenant à la personne protégée lui reviennent exclusivement ».

Par ailleurs, ce dirigeant avait mis la gestion des comptes hors de portée des mandataires judiciaires salariés qui « *se trouvaient dans l'impossibilité de remplir leur fonction d'ordonnateur de dépenses* » et ne pouvaient plus élaborer les budgets des personnes dont la mesure leur était déléguée. Les comptes se sont trouvés à découvert, des charges importantes n'ont pas été payées¹⁹⁹⁰. La Cour de cassation n'a pas accueilli les moyens du pourvoi formé par le dirigeant de fait, critiquant la condamnation pour abus de confiance, prise illégale d'intérêts et interdiction professionnelle définitive. Cette affaire illustre les dérives possibles d'un service mandataire totalement instrumentalisé par son dirigeant, qui emploie des mandataires salariés et leur impose une organisation défectueuse et délictueuse. L'exécution de la mission de service public¹⁹⁹¹ confiée par le juge des tutelles ne devrait être assurée que par des professionnels personnellement formés, assermentés et pouvant de surcroît opposer leur Code de déontologie à un employeur qui se montrerait intrusif. Mais les employeurs ne sont peut-être pas prêts à cette petite révolution, qui parachèverait pourtant la professionnalisation de ces auxiliaires de justice, alors même qu'ils voudraient pouvoir obtenir sans délai un avantage qui leur reste actuellement refusé : l'interdiction de cumuler les statuts de mandataire salarié et de mandataire à titre individuel.

463. Des incompatibilités. — Dans une contribution de juin 2014 au projet de loi de l'adaptation de la société au vieillissement, l'Union nationale des associations familiales (UNAF) demandait la reconnaissance du principe de l'incompatibilité d'exercice de l'activité de mandataire sous deux statuts différents¹⁹⁹². Ainsi, un mandataire ne pourrait être à la fois salarié d'un service et en même temps préposé d'un établissement ou mandataire à titre individuel. Dans cette contribution, l'UNAF rappelle au passage toutes les exigences imposées aux mandataires par la réforme de 2007, puis déplore immédiatement qu'aucun texte n'interdise le cumul avec une autre profession. Il pourrait en effet y avoir des conflits d'intérêts. Pour cette raison, l'avocat ne peut d'ailleurs pas exercer librement d'autre activité que la sienne. L'article 21. 2. 5 du Règlement intérieur national de la profession d'avocat prévoit des incompatibilités destinées à préserver son indépendance et un exercice « *conforme à son devoir de participer à l'administration de la justice* ». Rien de semblable n'est prévu à l'égard du mandataire judiciaire. Par conséquent, il relève du droit commun du travail.

L'obligation de loyauté pourrait ainsi être invoquée. Elle l'est parfois avec succès devant les juges du fond¹⁹⁹³. Cette obligation contraint le salarié à consacrer l'intégralité de son temps de travail à son employeur. Cela signifie donc qu'il ne doit pas vaquer, sur le temps de travail rémunéré par cet employeur, à une autre activité que celle prévue au contrat. Cela a permis notamment de sanctionner l'usage abusif d'internet sur le lieu de travail. Toutefois, une telle obligation ne peut pas empêcher un salarié à temps partiel d'exercer une autre activité. Dans le secteur social, les contrats précaires ou à temps partiel étant assez fréquents, il paraît difficile de généraliser une sanction sur ce seul fondement. Aucune clause n'est requise, l'obligation de loyauté est tacite et traditionnellement fondée sur l'article 1134 du Code civil. Elle est aujourd'hui affirmée par le Code

1990 Notamment des frais de séjour en maison de retraite.

1991 Le même arrêt juge que la personne est chargée d'une mission de service public dès lors qu'elle est chargée « *d'accomplir des actes ayant pour but de satisfaire à l'intérêt général, peu important qu'elle ne dispose d'aucun pouvoir de décision au nom de la puissance publique* ».

1992 Document institutionnel, p. 31.

1993 C. A. Nancy, Ch. Soc., 28 mars 2014, n° 13/01083.

du travail¹⁹⁹⁴ selon lequel « le salarié reste soumis à l'obligation de loyauté à l'égard de son employeur ». L'UNAF a donc examiné la possibilité de recourir à la clause d'exclusivité. Une telle clause pourrait empêcher toute activité pendant la durée du contrat de travail, et pas seulement l'activité de mandataire. Selon la jurisprudence, sa validité n'est admise que si elle est strictement nécessaire pour la protection des intérêts de l'employeur, justifiée par la nature de la tâche et proportionnée au but recherché¹⁹⁹⁵. Cette clause achoppe aussi aux contrats à temps partiel. Les salariés à temps partiel ne peuvent se voir opposer une telle clause. La Cour de cassation y voit en effet une « atteinte au principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle »¹⁹⁹⁶. De plus, le Code du travail contient des dispositions qui restent, en l'état actuel des textes, applicables au mandataire salarié. L'article L. 1222-5 prévoit que « l'employeur ne peut opposer aucune clause d'exclusivité pendant une durée d'un an au salarié qui crée ou reprend une entreprise, même en présence de stipulation contractuelle ou conventionnelle contraire ». Tant que le mandataire sera un salarié de droit commun, la clause d'exclusivité sera vouée à l'échec.

Pourtant, l'UNAF veut clairement empêcher le cumul d'une activité salariée et d'une activité indépendante. Elle ne veut pas que son salarié puisse « démarcher les juges prescripteurs ». Les termes évoquent plutôt la concurrence. La référence au « démarchage » des juges inquiète un peu. L'article 64 de la Constitution française affirme leur indépendance, rappelée si besoin était par le premier article du recueil des obligations déontologiques des magistrats, selon lequel « l'indépendance de l'autorité judiciaire est un droit constitutionnel, reconnu aux citoyens comme aux justiciables, qui garantit l'égalité de tous devant la loi par l'accès à une magistrature impartiale ». Les juges des tutelles, malgré la pression conjuguée des schémas régionaux¹⁹⁹⁷ et des associations tutélaires, doivent pouvoir continuer de désigner librement tout mandataire, comme ils peuvent faire procéder à des enquêtes par toute personne de leur choix, en matière d'adoption¹⁹⁹⁸ ou de protection des majeurs¹⁹⁹⁹.

L'UNAF invoque encore la disponibilité continue et complète qui est requise pour l'exercice des mesures de protection. L'argument peut paraître fallacieux quand on connaît la charge de travail imposée à chaque mandataire. De plus, cet argument exclurait toute autre activité sans contrepartie, ce qui semble excessif, surtout si l'on considère la rémunération d'un mandataire. La plupart d'entre eux relèvent de la Convention de 1966²⁰⁰⁰. Le salaire mensuel net d'un mandataire débutant est calculé sur la base du coefficient 434, échelon de début des éducateurs (car le mandataire n'existe toujours pas dans cette convention appliquée dans les UDAF). Avec une valeur du point à 3,76 €²⁰⁰¹,

1994 Art. L. 1222-5 C. trav.

1995 V., p. ex. Cass. soc., 11 juillet 2000, pourvoi n° 98-43, 240, Bull. civ. V, n° 277.

1996 Cass. soc., 25 février 2004, pourvoi n° 01-43392.

1997 Les schémas peuvent limiter le nombre d'agréments délivrés aux mandataires à titre individuel ou refuser cet agrément, ce qui de fait empêche certaines personnes d'être désignées. L'Administration limite donc, en amont, la liberté de désignation du juge pour des raisons ne tenant pas nécessairement à la compétence du professionnel. L'Administration peut encore inviter au rapprochement des services mandataires jugés de trop petite taille. C'est une façon de restreindre le nombre d'interlocuteurs, ce qui risque d'appauvrir le dialogue mais peut assurément permettre des économies budgétaires.

1998 Art. 1171 CPC.

1999 Art. 1221 CPC.

2000 Convention collective nationale de travail des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 15 mars 1966. Brochure n° 3116, IDCC 413.

2001 Depuis l'avenant n° 326 du 25 octobre 2013 relatif à la revalorisation de la valeur du point, agréé par l'arrêté du 10 décembre 2013 relatif à l'agrément de certains accords de travail applicables dans les

le salaire mensuel net se hisse, indemnité de sujétion comprise, à environ 1 350 €. Il est intéressant de noter que l'on incite les salariés à travailler plus, en faisant des heures supplémentaires, en travaillant le dimanche ou en devenant auto-entrepreneur et que, dans le même temps, on interdit à des personnels assez peu rémunérés la possibilité d'améliorer leurs revenus.

Le recours à la clause de non-concurrence, qui interdirait d'entrer au service d'un autre employeur ou de créer son entreprise après la rupture du contrat de travail, n'est pas moins critiquable²⁰⁰². Il faudrait avoir une justification qui permette de l'imposer. On voit mal cependant, quelles informations, quelles connaissances stratégiques seraient à protéger. Il semble bien que l'on tente de protéger un marché et, certainement, une situation qui tend au monopole. Le livre blanc sur la protection juridique²⁰⁰³ expose clairement que les mandataires professionnels exercent 360 000 mesures, dont 330 000 sont confiées « aux 250 services représentés par la CNAPE, la FNAT, l'UNAF et l'Unapei, ce qui représente 91 % ».

L'expérience des mandataires est, en effet, acquise dans le cadre de la relation de travail qui a souvent permis au salarié d'être formé en cours d'emploi. Pour autant, ce fait ne saurait le lier perpétuellement à son employeur. La clause de dédit peut être incluse dans les contrats de travail sans qu'il soit besoin de modifier la loi. Toutefois, selon le droit positif, la clause de dédit-formation doit en principe être « la contrepartie d'un engagement pris par l'employeur d'assurer une formation entraînant des frais réels au-delà des dépenses imposées par la loi ou la convention collective et où elles n'ont pas pour effet de priver le salarié de la faculté de démissionner »²⁰⁰⁴. L'indemnité ainsi prévue doit, en outre, être en rapport avec les frais engagés par l'employeur²⁰⁰⁵. Cela ne paraît pas répondre à la recherche manifeste d'une sanction punitive par l'UNAF.

Le projet de loi relatif à l'adaptation de la société au vieillissement ne comportait à l'origine aucune disposition sur la question des incompatibilités du mandataire. Après le dépôt d'amendements, le texte adopté par la Commission des affaires sociales²⁰⁰⁶ insère un article L. 471-2-1 du Code de l'action sociale et des familles selon lequel « L'activité de délégué mandataire judiciaire à la protection des majeurs est incompatible avec celle de mandataire judiciaire à la protection des majeurs exerçant à titre individuel ». Le rapporteur, Mme Martine PINVILLE, expose que les cumuls pratiqués « sont très contestables, car les personnes formées par les associations qui deviennent mandataires judiciaires à la protection des majeurs exercent ensuite des activités en propre, au détriment parfois de ces associations et sans encadrement ». Il est peu concevable que l'activité soit exercée au détriment de l'association, le mandataire sortant ne partant pas avec sa « clientèle » : le préjudice suggéré serait donc bien une part de « marché » future.

établissements et services du secteur social et médico-social privé à but non lucratif.

2002 Selon la jurisprudence (Cass. soc., 10 juillet 2002, pourvoi n° 99-43334, pourvoi n° 99-43335 et pourvoi n° 99-43336), il faudrait que la clause soit justifiée par les intérêts légitimes, qu'elle soit limitée dans le temps et l'espace et, enfin, qu'elle comporte une contrepartie pécuniaire. On peut noter pour faire un rapprochement de plus avec l'avocat qu'il ne peut pas y avoir dans son contrat de collaboration, de clause de limitation de liberté d'établissement ultérieure.

2003 CNAPE, FNAT, UNAPEI, Le livre blanc sur la protection juridique des majeurs, septembre 2012, p. 16.

2004 Cass. soc., 17 juillet 1991, pourvoi n° 88-40201.

2005 Cass. soc., 21 mai 2002, n° 00-42909, Bull. civ. V, n° 169.

2006 Texte annexé au rapport n° 2155, 17 juillet 2014, art. 26 bis (nouveau).

Quant à l'absence d'encadrement, cela concerne alors tous les mandataires exerçant à titre individuel. Dans ce cas, il convient de supprimer purement ce mode d'exercice. Le rapporteur admet toutefois que l'on « touche ici à la question des restrictions à la libre prestation de service et à la liberté d'entreprendre » et émet pour cette raison un avis défavorable, tout en demandant un réexamen en séance publique.

Il est intéressant de relever la teneur des arguments contenus dans les amendements qui ont malgré tout été retenus. Le premier²⁰⁰⁷ relèverait du respect du principe de loyauté, précisant que le cumul des activités salariée et libérale « ne permet pas de garantir aux personnes protégées une continuité de l'accompagnement, notamment en cas d'urgence, puisque le délégué ne peut pas assurer le suivi des personnes protégées au titre de l'activité privée sur ses horaires de travail ». Or la continuité n'est jamais pleinement assurée, même dans les services, qui ont des horaires de fonctionnement, et des amplitudes imposées par le droit du travail et qui, de plus, ne fonctionnent pas la nuit ni le week-end, faute de financement des astreintes qui pourraient être assurées. Un mandataire exerçant en libéral prend aussi des congés, pour lesquels il parvient à s'organiser, notamment avec des confrères afin de faire face aux urgences, sans pour autant déléguer sa mission. L'argument est captieux et se présente plutôt comme une attaque contre les mandataires à titre individuel. Le deuxième amendement²⁰⁰⁸ préserve plus directement les intérêts des employeurs puisqu'il redoute expressément que le salarié exerce son activité « sur son temps de travail salarié (convocation chez le juge, rencontre avec les administrations...) ». L'argument de continuité est une nouvelle fois invoqué mais, pire, un procès est cette fois fait aux mandataires à titre individuel dont « on peut aller jusqu'à craindre [qu'ils] tentent d'influencer (sic) sur les décisions du juge des tutelles aux fins de se voir désigner en lieu et place de leur employeur ». Là encore, c'est bien de concurrence qu'il s'agit. Les mandataires privés offrent une proximité que les services ne peuvent plus assurer, ce qui peut en effet rendre leur désignation préférable pour les personnes protégées. Le troisième amendement²⁰⁰⁹ invoque à son tour la loyauté qui incombe au salarié et se contente de dire que « cela pose un problème éthique et juridique », sans autre précision.

464. Pour une offre plurielle. — Dans ces querelles corporatistes, on finit par avoir bien du mal à retrouver l'intérêt du majeur protégé. Il importe que la plus large palette de services puisse lui être offerte. Il importe également qu'il existe autour de lui une pluralité d'intervenants, une richesse des compétences et des expériences que le juge pourra mettre en action selon la connaissance personnelle qu'il aura du mandataire et de la personne à protéger. Il importe enfin de préserver les mandataires judiciaires de ces débats qui les dépassent et de leur permettre d'exercer leur métier, dans lequel nombre d'entre eux sont entrés par vocation. Cette activité réglementée ne peut pas être une activité salariée comme une autre. Dans ce cas, mieux vaut ne pas s'arrêter au milieu du gué et décider de construire un véritable statut, favorable aux protégés et à leurs protecteurs, qui passe sans doute par la rédaction d'un Code de déontologie applicable à tout protecteur, en raison de son activité. Il s'agit alors d'un Code de déontologie de la protection des personnes vulnérables.

2007 Amendement n° 111.

2008 Amendement n° 250.

2009 Amendement n° 294.

Section II. La portée juridique des normes professionnelles

465. Des normes *a priori* dépourvues d'effet obligatoire peuvent devenir des normes juridiques, effectivement sanctionnées par le droit. Les règles de la protection des majeurs, telles qu'elles sont mises en œuvre et interprétées par les professionnels, sont passées, de façon cyclique ou accidentelle, au filtre des procédures administratives et judiciaires. Le respect du système défini par les bonnes pratiques professionnelles s'impose, du fait de sa possible réception comme étalon par le juge (§1) et, plus sûrement, en raison de la sanction administrative des démarches d'évaluation (§2).

§1. La réception judiciaire des sources techniques

466. Le législateur ne précise pas la valeur juridique des recommandations mais celles-ci peuvent avoir des effets concrets. Le juge peut admettre la responsabilité d'un professionnel qui agirait en violation d'une recommandation et participer ainsi à la densification normative des recommandations et autres textes donnés comme dépourvus d'impérativité²⁰¹⁰. Le cadre légal renforcé de la protection des majeurs renforce le droit souple qui peut concourir à une responsabilité accrue pour l'ensemble des protecteurs. En effet, si la responsabilité doit s'apprécier au regard des obligations déterminées par le mandat, les recommandations ont *a minima* une fonction explicative (A) et risquent d'accroître la responsabilité des protecteurs (B).

A. LA FONCTION EXPLICATIVE DES RECOMMANDATIONS

467. Le principe de la responsabilité civile de tout protecteur. — Tout protecteur est responsable du dommage causé par sa faute. Cette responsabilité est aujourd'hui prévue par l'article 421 du Code civil. Ce texte, applicable à tous les organes de la protection peut être invoqué aussi bien dans le champ judiciaire que contractuel puisqu'il se situe dans le chapitre consacré aux dispositions générales, parmi les dispositions communes aux majeurs protégés. Ainsi, le principe de la responsabilité du mandataire de protection future est acquis, comme pour le tuteur ou le curateur. Dans le premier cas, la responsabilité sera en principe contractuelle et soumise aux règles du mandat de droit commun chaque fois qu'elles ne seront pas incompatibles avec les règles spécifiques du mandat de protection future²⁰¹¹. Dans le second cas, la responsabilité sera délictuelle.

Des sous-distinctions compliquent cependant le dispositif. En effet, l'article 421 du Code civil distingue entre la faute simple et la faute lourde ou le dol. La faute simple concerne manifestement les cas de représentation, soit les mesures de tutelle et de curatelle renforcée pour la gestion des revenus. Pour les cas d'assistance, comprenant la curatelle dite simple, le protecteur n'engage sa responsabilité que s'il commet une faute lourde ou se rend coupable d'un dol. Par ailleurs, l'article 1992 du Code civil applicable au mandat distingue entre mandat gratuit et mandat salarié. La distinction proposée est critiquée, à juste titre²⁰¹². Il faut remarquer que le mandat de protection future est un

2010 B. LAVERGNE, La densification normative des recommandations des autorités administratives indépendantes, in La densification normative, Découverte d'un processus, C. THIBERGIE et alii, Mare & Martin, 2013, p. 239.

2011 Art. 478 C. civ.

2012 M. REBOURG, La responsabilité civile des mandataires judiciaires à la protection des majeurs dans