



HAL
open science

La contractualisation, mode nouveau de protection de la personne

Laurence Gatti

► To cite this version:

Laurence Gatti. La contractualisation, mode nouveau de protection de la personne. Droit. Université de Poitiers, 2015. Français. NNT: . tel-03122913

HAL Id: tel-03122913

<https://hal.science/tel-03122913>

Submitted on 27 Jan 2021

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

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

UNIVERSITE DE POITIERS
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES SOCIALES

ÉCOLE DOCTORALE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE « PIERRE COUVRAT » — ED 088

**LA CONTRACTUALISATION,
MODE NOUVEAU
DE PROTECTION DE LA PERSONNE**

Thèse pour le doctorat en droit
présentée et soutenue publiquement le 22 juin 2015
par

Madame Laurence GATTI

Directeur de recherche

Rose-Noëlle SCHÜTZ
Professeur à l'Université de Poitiers

Suffragants

Annick BATTEUR (RAPPORTEUR)
Professeur à l'Université de Caen
Directrice de l'École doctorale de Droit Normandie

David NOGUERO (RAPPORTEUR)
Professeur à l'Université Paris Descartes

Jean-Marie PLAZY
Professeur à l'Université de Bordeaux

Eric SAVAUX
Professeur à l'Université de Poitiers
Directeur de l'Équipe de recherche en droit privé de la Faculté de droit de Poitiers

L'université de Poitiers n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

À Bernard AIBOUT, Bernadette ALEXIS, Marie-Claude ALEXIS, Rémy ALEXIS, Marie-Thérèse ALLARD, Aurélien ARLLOT, Bernard ARLLOT, Danielle ARLLOT, Jean-Claude ARLLOT, Angélique BALME, Claude BARDIN, Colette BEAUPERTUIS, Gilbert BEAUPERTUIS, Christian BELLARDANT, Louise BERANGER, Yann BERGEAS, Alain BERNARD, Jackie BERNIER, Sophie BERTILLE, Didier BOUQUET, Antoine BRIDIER, Andrée BROTTIER, Rose BRUNETEAU, Alice CAILLEAU, Eric CARDON, Robert CHRETIEN, Sarah COIFFARD, André CRAVERO, Michel DEGORCE, Simone DELAUNAY, Raymond DERE, Michel FLEURIDAS, Jean-Jacques FOUCRET, Jérôme FOUCTEAU, Philippe GAGNEPAIN, Claude GAILLARD, Sonia GAIMONT, Philippe GARNIER, Philippe GATECLOU, Joël GOUPILLE, Jean-Claude GUIDEAU, Roger GUIGNARD, Bernard GUILLON, Jean-Marie GUILLON, Nicole GUILLON, Gérard HOPPE, Andrée JACQUOILLEOT, Sylvie JEHANNO, Micheline KLUGHERTZ, Jean-Marie LAMY, Pierre LORIOUX, Sylvie MARCHAND, Loïc MARTIN, Jean-Pierre METEAU, Romuald METOIS, Christian MICHAUD, Jérôme MOINE, Yves MOINEAUD, Morgane MORICET, Joël MORISSEAU, Pascal MOUTARDE, Richard NEGRE, Hervé OUEDRAOGO, Hélène PAGOT, Pascal PAGOT, Luc PAROLA, Michaël PASQUIER, Yann PHILIPPE, Jean-Joël PICHET, Sébastien PLOURDE, Christiane POINFOUX, Dominique RADET, Martine RENAUDIN, Jean-Claude ROCHER, Martine ROUSSEAU, Jannick ROY, Stéphanie SAULNIER, Laurent SAUVAGE, Philippe SLAGMULDER, Solange TANCHE, Karine TETARD, Marcel TOUSSAINT, Laurent TOUZEAU, Véronique VENAULT, Rudy VLAUD, Armand VIGOUREUX...

À Emmanuelle GAUTHIER.

Remerciements sincères

À Madame le Professeur Rose-Noëlle SCHÜTZ, dont la confiance, les conseils et les encouragements me furent si précieux.

À mon époux, Pierre Tomy LE BOUCHER, pour son soutien indéfectible.

À Maëlle et Gisèle, mes compagnes de traversée, coupeuses de cheveux en quatre.

À Sophie et Céline, pour la joie de nos commencements.

À Valérie, pour sa relecture attentive et ses suggestions toujours empreintes de sagacité.

À Elsa, pour sa bienveillance.

À Maître Florence FRESNEL, qui me fait l'honneur de son amitié.

Résumé en français

La contractualisation de la relation tutélaire peut être envisagée comme un artifice qui fragilise la protection de la personne et instrumentalise le droit commun des contrats.

Ce mouvement offre en effet une liberté et une sécurité qui peuvent sembler illusoire. Les défauts du nouveau contrat civil qu'est le mandat de protection future constituent un danger pour certaines personnes vulnérables, tandis que le contrat d'accompagnement, outil d'aide à la gestion, porte la marque du contrôle social.

Les textes issus de la réforme de la protection juridique des majeurs instaurent de nouveaux modes de protection qui, en théorie, sont assez éloignés de la vision traditionnelle du contrat et, en pratique, sont sources d'interrogations, sinon d'inquiétudes.

Ces contrats, si leur qualification n'est pas mise en cause, peuvent être analysés sous l'angle de leur parenté avec les contrats relationnels. Leur singularité justifie toutefois un régime propre.

Mots-clés en français

Personnes. Majeurs protégés. Protection juridique. Personnes vulnérables. Incapacités. Travail social. Contrat. Contractualisation. Mandat de protection future.

Abstract

The tutorship contractualization may be seen as an artifice weakening the individual protection and exploiting the law of contract.

That movement actually provides a feeling of freedom and safety that might be illusory. The defects of this new civil contract, the mandate of future protection, are a danger for some vulnerable people, while the support contract, a management support tool, carries the mark of social control.

Texts that result from the legal protection of adults reform establish new types of protection, which are theoretically remoted from the traditional view of contract, and practically source of questions, if not of worries.

These contracts, as long as their legal qualification is not questioned, can be analyzed from the angle of their similarities with relational contracts. Their singularity accounts for their own legal regime.

Keywords

Persons. Wards. Guardianship. Vulnerable people. Disabilities. Social work. Contract. Contractualization. Lasting power of attorney.

SOMMAIRE

INTRODUCTION GENERALE	15
PARTIE I. L'AVENEMENT DES FONCTIONS PROTECTRICES DU CONTRAT	31
TITRE I. L'ORGANISATION PRIVEE DE LA PROTECTION DU MAJEUR	35
CHAPITRE I. LES SUJETS DU MANDAT DE PROTECTION FUTURE	39
CHAPITRE II. L'OBJET DU MANDAT DE PROTECTION FUTURE	87
TITRE II. L'ORGANISATION PUBLIQUE DE LA PROTECTION DU MAJEUR	151
CHAPITRE I. UN SUPPORT DU PROJET DE PROTECTION.....	155
CHAPITRE II. UNE EXPRESSION DU CONTRAT PEDAGOGIQUE	219
PARTIE II. LE RENOUVELLEMENT DU MODELE CONTRACTUEL	247
TITRE I. LA NAISSANCE D'UN NOUVEAU CONTRAT RELATIONNEL	251
CHAPITRE I. LA NOTION NOUVELLE DE CONTRAT DE PROTECTION	255
CHAPITRE II. LE REGIME SPECIFIQUE DES CONTRATS DE PROTECTION.....	327
TITRE II. L'INFLUENCE DES SOURCES RENOUVELEES DE LA PROTECTION	393
CHAPITRE I. DES NORMES SUPRA CONTRACTUELLES D'INSPIRATION INDIVIDUALISTE	397
CHAPITRE II. DES NORMES SUPRA CONTRACTUELLES D'INSPIRATION COLLECTIVE	461
CONCLUSION GENERALE	515
BIBLIOGRAPHIE	523
INDEX	553
TABLE DES MATIERES	557

LISTE DES ABREVIATIONS, DES SIGLES ET DES ACRONYMES

<i>AJ Famille</i>	Actualité juridique Famille
AN	Assemblée nationale
ANAES	Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé
ANESM	Agence nationale de l'évaluation et de la qualité des établissements et services sociaux et médico-sociaux
Art.	Article
BOMJ	Bulletin officiel du ministère de la Justice
Bull. civ.	Bulletin civil de la Cour de cassation
C. assur.	Code des assurances
C. civ.	Code civil
C. consom.	Code de la consommation
C. élect.	Code électoral
C. santé publ.	Code de la santé publique
CA	Cour d'appel
CASF	Code de l'action sociale et des familles
Cass.	Cour de cassation
Cass. civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
Cass. com.	Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CGI	Code général des impôts
CIDPH	Convention internationale des droits des personnes handicapées
Circ.	Circulaire
CNAPE	Convention nationale des associations de protection de l'enfant
Contrats, conc., consom.	Contrats, concurrence, consommation
CPC	Code de procédure civile
CREAI	Centre régional d'études et d'actions sur les handicaps et les inadaptations
CSS	Code de la sécurité sociale
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
DACS	Direction des affaires civiles et du sceau
DIPM	Document individuel de protection des majeurs
<i>Dr. et patr.</i>	Droit et patrimoine
<i>Dr. Famille</i>	Revue Droit de la famille
<i>Dr. soc.</i>	Droit social
DREES	Direction de la recherche des études de l'évaluation et des statistiques
EHPAD	Établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes
FNAR	Fédération nationale des associations de retraités
FNAT	Fédération nationale des associations tutélaires
FNMJI	Fédération nationale des mandataires judiciaires indépendants à la protection des majeurs

GADS	Grands arrêts de droit de la santé
GAJC	Grands arrêts de la jurisprudence civile
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
HAS	Haute Autorité de santé
IGAS	Inspection générale des affaires sociales
IGF	Inspection générale des finances
<i>J.-Cl.</i>	Jurisqueur
<i>JDJ</i>	Journal des Jeunes
JO	Journal officiel
<i>JCP E</i>	Juris-Classeur périodique — Édition entreprises et affaires
<i>JCP G</i>	Juris-Classeur périodique — Édition générale
<i>JCP N</i>	Juris-Classeur périodique — Édition notariale et immobilière
<i>JCP S</i>	Juris-Classeur périodique — Édition sociale
<i>LPA</i>	Les petites affiches
MAJ	Mesure d'accompagnement judiciaire
MASP	Mesure d'accompagnement social personnalisé
PARE	Plan d'aide au retour à l'emploi
PUF	Presses universitaires de France
PUG	Presses universitaires de Grenoble
<i>RDC</i>	Revue des contrats
<i>RDSS</i>	Revue de droit sanitaire et social
RIN	Règlement intérieur national de la profession d'avocat
<i>RJS</i>	Revue de jurisprudence sociale
<i>RLDC</i>	Revue Lamy Droit civil
RMI	Revenu minimum d'insertion
<i>RSC</i> ,	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
t.	Tome
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance
<i>TLFi</i>	Trésor de la langue française informatisé
UNA	Union nationale de l'aide, des soins, et des services aux domiciles
UNAF	Union nationale des associations familiales
UNAPEI	Union nationale des associations de parents, de personnes handicapées mentales
UNIOPSS	Union nationale interfédérale des œuvres et organismes privés sanitaires et sociaux
v.	Voir
V°	Verbo
vol.	Volume

INTRODUCTION GENERALE

« *La raison d'être du droit et de son enseignement, c'est l'homme.* »

Philippe MALAURIE, *Dictionnaire d'un droit humaniste.*

1. **Les innovations de la réforme de la protection juridique des majeurs.** — La contractualisation, d'abord entendue comme une technique, est un mode nouveau de protection, parce que son apparition est récente mais, surtout, parce que le procédé est novateur, dans ce domaine jusque-là régi par des règles d'ordre public et placé sous la surveillance du juge des tutelles. La loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection des majeurs est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009. Ce texte a remanié un dispositif certes rénové depuis le Code Napoléon, mais déjà âgé de près de quarante ans ¹. La loi, adoptée après déclaration d'urgence, était pourtant en gestation depuis environ dix ans. Dès 1998, l'augmentation du nombre de mesures de protection ² avait en effet justifié qu'une mission d'enquête soit diligentée par les ministères de la justice, de l'emploi et de la solidarité et de l'économie, des finances et de l'industrie. Le rapport rendu par les inspections générales dépendant de ces trois ministères avait conclu à la nécessité d'une refonte de la loi au regard des évolutions de la société ³. Les motifs avancés reposaient principalement sur le constat du vieillissement de la population ⁴ et des modifications de la famille. L'avancée en

¹ Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs. Cette réforme avait donné toute leur place à l'institution judiciaire (par la création du juge des tutelles) et à l'État (en lui confiant un rôle en cas de vacance de la tutelle). La réforme était alors dirigée vers un « *service public de la tutelle* » (H. COLLETTE, Assemblée nationale, 1^{re} séance, 26 juin 1964, JO AN, 27 juin 1964, p. 2266).

² 500 000 en 1998, soit 1 % des personnes majeures. Source : Ministère de la justice, Infostat Justice, n° 51, mai 1998.

³ J. -B. de FOUCAULD, B. FROMENT *et al.*, Rapport sur le fonctionnement du dispositif de protection des majeurs, Inspection générale des finances, inspection générale des services judiciaires, Inspection générale des affaires sociales, juillet 1998.

⁴ J. PEYRELEVADE, Économie : le poids du vieillissement, *Le Débat*, 1996/4 n° 91, p. 70. Une évolution confirmée : V. C. BRUTEL, Projections de population à l'horizon 2050, un vieillissement inéluctable, Insee Première n° 762, mars 2001 : « *en 2050, 22, 4 millions d'habitants seront âgés de plus de 60 ans, soit 85 % de plus qu'en 2000. Ils représenteront alors 35 % de la population totale* » ; I. ROBERT-BOBEE, Projections de population pour la France métropolitaine à l'horizon 2050, *Insee Première*, n° 1089, juillet 2006.

âge des personnes handicapées ⁵, le phénomène grandissant de l'exclusion sociale ⁶ et la croissance des maladies dégénératives ⁷ ont eux aussi contribué à presser le législateur, qui souhaitait ouvertement pouvoir contenir le nombre croissant des mesures de protection ⁸. La réforme devait d'abord proposer de réserver les mesures de protection traditionnelles ⁹ aux personnes souffrant d'une altération de leurs facultés. Ensuite, elle devait se donner pour but de favoriser l'autonomie des personnes protégées et de renforcer leurs droits. Enfin, elle devait concrétiser un vœu de professionnalisation des intervenants tutélaires, pour développer leur expertise, surveiller leurs pratiques mais aussi rationaliser le coût de leur fonctionnement. La loi avait fait montre de sa grande souplesse mais aussi de ses dérives,

⁵ Le problème n'a cessé de croître sans qu'une politique globale n'ait encore été mise en œuvre : P. GOHET, L'avancée en âge des personnes handicapées, Contribution à la réflexion, Rapport IGAS n° RM2013-163P, octobre 2013. Le rapport évoque notamment la spécificité de l'accompagnement du handicap psychique « *qui expose à des périodes de décompensation plus ou moins lourdes et fréquentes, qui rend difficile une vie indépendante et qui est à l'origine de situations, d'attitudes, de besoins et de réponses divers (logement, ressources, protection juridique, activités, notamment de type professionnel...)* ».

⁶ Selon l'exposé des motifs de la Loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, « *10 % des ménages disposent de revenus inférieurs au seuil de pauvreté ; environ 2 millions de personnes ne vivent que grâce au RMI et 6 millions dépendent des minima sociaux ; 3 millions de personnes connaissent le chômage qui, pour plus d'un million d'entre elles, est de longue durée* ».

⁷ Notamment la maladie d'Alzheimer, la démence fronto-temporale, les syndromes parkinsoniens, la sclérose en plaques. En 2014, plus d'un million de personnes sont atteintes de ces pathologies en France. V. M. TOURAINE, L. ROSSIGNOL ; G. FIORASO, Plan gouvernemental maladies neuro-dégénératives 2014-2019, [En ligne] Disponible sur : http://www.social-sante.gouv.fr/IMG/pdf/Plan_maladies_neuro_degeneratives_def.pdf (consultation le 24 février 2015). Pour l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS), il s'agit d'une priorité de santé publique majeure, qui concerne plus de 35 millions de personnes dans le monde (World Health Organization and Alzheimer's Disease International, Dementia : a public health priority, 2012). Des programmes d'action sont engagés en France depuis 2001, alors que la maladie d'Alzheimer touchait déjà 400 000 personnes (Circulaire n° DHOS/O2/DGS/SD5D/DGAS/SD2C /DSS/1A/2002/222 du 16 avril 2002 relative à la mise en œuvre du programme d'actions pour les personnes souffrant de la maladie d'Alzheimer ou de maladies apparentées). Pour autant, la faiblesse des moyens financiers alloués aux programmes successifs reste dénoncée par les associations de malades (France-Alzheimer, France-Parkinson).

⁸ La population des personnes vulnérables a changé. Elle est plus nombreuse, de plus en plus âgée, de plus en plus seule, aussi. À la veille de l'entrée en vigueur de la réforme de la protection juridique des majeurs, la moitié des 741 825 personnes protégées sont des hommes. La moitié ont entre 40 et 69 ans. La plupart sont des personnes isolées. 90 % des majeurs protégés alors suivis par les UDAF ne vivent pas en couple et 60 % n'ont pas d'enfant. Ils ont des problèmes de santé, peu de patrimoine et des revenus modestes. V. F. MUNOZ-PEREZ, La population des majeurs protégés en France. Projections à l'horizon 2005 et 2010, Rapport au Ministère de l'emploi et de la solidarité, mars 2000 ; P. MALHERBE, Les majeurs protégés en France, Dénombrement, caractéristiques et dynamique d'une sous-population méconnue, Thèse, Université Montesquieu - Bordeaux IV, 2012.

⁹ Que sont la sauvegarde de justice, la curatelle et la tutelle.

malgré une franche rupture avec le triptyque si rigide datant de la codification napoléonienne ¹⁰.

Une réforme vise à apporter des modifications « *dans un but d'amélioration* » ¹¹. Pour le législateur de 2007, cette amélioration passe principalement par les deux « innovations » que sont la protection de la personne du majeur protégé ¹² et la prise en compte de sa volonté dans des contrats de protection anticipée ¹³ ou d'accompagnement. Dans ce cadre, la contractualisation est présentée comme un mode nouveau de protection de la personne.

2. Une protection de la personne. — La protection de la personne embrasse des domaines vastes, qui s'étendent de la vie familiale aux actes médicaux, en passant par la pratique d'une religion, l'exercice du droit à l'image ¹⁴ et des droits civiques ou encore la procédure pénale. Sur l'ensemble de ces points, la réforme pourrait davantage être vue comme une œuvre de continuation que comme un véritable renversement du droit, la jurisprudence ayant su privilégier l'esprit de la loi de 1968 pour permettre le déploiement de toutes ses utilités et puiser en elle la protection de la personne qui s'y trouvait déjà, « *en suspension* » ¹⁵. En effet, les juges n'ont pas attendu la prescription expresse de la loi pour admettre le principe selon lequel les régimes d'incapacité « *ont pour objet, d'une façon générale, de pourvoir à la protection de la personne et des biens de l'incapable* » ¹⁶.

3. Des contrats d'émancipation. — L'autonomie de la personne comprend l'autonomie de la volonté qui paraît légitimer naturellement la contractualisation. Celle-ci se traduit par un renouvellement des techniques d'intervention sociale et, plus spécialement, des techniques de protection par l'usage du contrat. Du contrat du revenu minimum d'insertion (RMI) à la mesure d'accompagnement social personnalisé en passant par la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002, dite de rénovation de l'action sociale et médico-sociale, le contrat est progressivement

¹⁰ Au XIX^e siècle, la protection était organisée d'une part par le Code Napoléon, concernant l'interdiction et le conseil judiciaire et, d'autre part, par la Loi du 30 juin 1838 sur les aliénés, Recueil DUVERGIER, t. 38 (année 1838), Paris, Bousquet, 1839, page 490, pour ce qui concerne l'internement.

¹¹ ACADEMIE FRANÇAISE, TLFi, V^o Réforme, A.

¹² Il s'agirait de « *l'une des innovations majeures de la réforme* », selon Th. FOSSIER, Th. VERHEYDE, Réforme des tutelles : la protection de la personne, *AJ Famille*, 2007, 160.

¹³ « *La seule innovation civile vraiment importante est le mandat de protection future* » : Ph. MALAURIE, Examen critique du projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs, *Deffrénois* 2007, art. 38510.

¹⁴ Le droit à l'image a d'ailleurs été jugé de la compétence d'un gérant du tutelle par la Cour de cassation avant la réforme. Cass. 1^{re} civ., 24 février. 1993, *JCP G*, 1994, II, 22319, note Th. FOSSIER ; *Deffrénois* 1993, art. 35611, note J. MASSIP ; *RTD civ.*, 1993. 326, obs. J. HAUSER.

¹⁵ J. CARBONNIER, *Droit civil*, Introduction, PUF, Thémis, 2002.

¹⁶ Cass. civ. 1^{re}, 18 avril 1989, n° de pourvoi 87-14563, *Bull. civ. I*, n° 156, p. 103.

devenu un instrument de modification de la place et du rôle du bénéficiaire de prestations, qui devient un « usager » actif dont l'autonomie est constamment favorisée et recherchée.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, le contrat continue d'être utilisé pour organiser le quotidien des majeurs protégés. Ils peuvent comme tout un chacun être employeurs de leur aide à domicile, bailleurs d'un bien immobilier, créanciers d'un bail à nourriture ou bénéficiaires d'un contrat d'assurance-vie. Ce qui est nouveau, c'est que la loi puisse envisager le contrat comme source ou modalité d'exercice de la protection et de l'accompagnement des majeurs vulnérables. À cette fin, de nouvelles dispositions ont intégré le Code civil et le Code de l'action sociale et des familles.

Dans le Code civil, la consécration du mandat de protection future permet désormais à l'intéressé de prévoir lui-même le dispositif de protection à exécuter en cas de diminution de ses facultés mentales ou physiques et d'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts.

Dans le Code de l'action sociale et des familles, la consécration de mesures contractuelles d'accompagnement et le rattachement des services mandataires judiciaires à la protection des majeurs au régime des établissements et services médico-sociaux font de la contractualisation une modalité de mise en place et de mise en œuvre des mesures de protection, rapprochant au moins formellement les mesures judiciaires des mesures administratives.

- 4. La contractualisation, technique spéciale de protection de la personne.** — D'abord, la protection de la personne par l'usage du contrat peut surprendre. En effet, traditionnellement, la protection des adultes vulnérables est une matière que le contrat ne pénètre pas. Avec la loi du 5 mars 2007 ¹⁷, l'ordre public se laisse néanmoins éclipsé par la faveur faite à la protection volontaire. Il est compréhensible que l'acte volontaire puisse avoir pour objet la sécurité personnelle. Pour elle, l'homme peut aisément s'engager, limiter ses droits par contrat ¹⁸.

¹⁷ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, JORF n° 56 du 7 mars 2007, p. 4325.

¹⁸ Th. HOBBS, *Léviathan : traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, Sirey, 1994 (Philosophie politique).

Ensuite, la protection par contrat peut passer pour un paradoxe¹⁹, un mythe²⁰, une illusion²¹, voire de l'instrumentalisation²² ou du cynisme²³. La relation masque effectivement la contrainte sans pour autant l'effacer, ce qui peut faire du contrat une promesse fallacieuse. Pour cette raison, une attention particulière doit ici être spécialement accordée à la valeur humaine²⁴. Il n'en reste pas moins que ce mode de protection peut être vilipendé parce qu'il fait craindre les écueils du contractualisme²⁵. Malgré tout, l'usage du contrat continue de se répandre, ce qui révèle que la contractualisation est à la fois une technique et un phénomène social²⁶.

5. **La contractualisation, phénomène généralisé.** — La part du droit consenti gagne du terrain sur le droit prescrit²⁷. Cela ne manque pas de susciter quelques interrogations, sinon des craintes. Un tel processus peut en effet être analysé comme une victoire du libéralisme ou une reféodalisation de la société²⁸. L'observation de ce phénomène peut révéler une disparition de l'État ou une transformation de son rôle. À première vue, le fait contractuel paraît occuper l'espace de l'État et l'évincer des relations entre les particuliers. À la réflexion, il semble plutôt que cet envahissement pousse l'État à redéfinir son rôle et à devenir

¹⁹ B. LAVAUD-LEGENDRE, La paradoxale protection de la personne vulnérable par elle-même : les contradictions d'un « droit de la vulnérabilité » en construction, *RDSS*, 2010, 520.

²⁰ S. MOULAY-LEROUX, Le contractualisme dans le secteur social et médico-social : du mythe du contrat, *Revue générale de droit médical*, 2009, n° 32, p. 73.

²¹ D. FENOUILLET, Le mandat de protection future ou la double illusion, *Deffrénois*, 2009, p. 142.

²² A. BATTEUR, Contrat et mesures de protection, *JCP N*, 2008, n° 36, p. 54.

²³ C. NEIRINCK, préface de C. LACOUR, Vieillesse et vulnérabilité, PUAM, 2007 (Collection : Centre Pierre Kayser) : « comble de cynisme, la personne âgée est aujourd'hui invitée à conférer elle-même ce pouvoir à autrui en le chargeant de sa représentation conventionnelle mais aussi du pouvoir de décider pour elle. Le mandat de protection future, dont le contenu déborde la seule représentation qu'autorise le mandat, est emblématique de cette évolution. Mais sous couvert d'assurer les besoins des personnes âgées on confisque leur liberté ».

²⁴ P. COUPECHOUX, Folie : comme toujours, l'enfermement, Les Nouvelles d'Archimède, Revue culturelle de l'Université Lille 1, n° 60, 2012.

²⁵ Le contractualisme est une idéologie, tandis que la contractualisation est un phénomène. A. SUPIOT, *Homo juridicus*, Essai sur la fonction anthropologique du Droit, Seuil, 2005 (La couleur des idées), p. 142. Il pourrait y avoir une obligation à consentir et une volonté affichée d'autonomie qui pourrait heurter l'autonomie de la volonté (et par conséquent manifester une perte d'autonomie), selon F. ROLIN, Les visages menaçants du nouveau contractualisme : le contrat de responsabilité parentale, *RDSS*, 2007, 38. V. *infra*, n° 244 et s.

²⁶ S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ (Dir.), Approche critique de la contractualisation, LGDJ, 2007 (Droit et société).

²⁷ A. SUPIOT, La contractualisation de la société, *Courrier de l'environnement de l'INRA* n° 43, mai 2001, p. 51.

²⁸ P. LEGENDRE, cité par A. SUPIOT, *Homo Juridicus*. Essai sur la fonction anthropologique du Droit, Seuil, 2005 (La couleur des idées), p. 164.

davantage régulateur que prescripteur. La loi et le contrat s'imbriquent ²⁹, leur nature et leur valeur symbolique se modifient ³⁰. On assiste à la contractualisation de l'action publique ³¹ ou à celle du droit pénal. Ce dernier connaît une privatisation de la procédure, une possibilité de négocier la justice à tous les stades, aussi bien lors des poursuites que du jugement ³². L'immixtion du contrat est largement opérée en droit de la famille, avec le pacte civil de solidarité, les conventions organisant les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le divorce par consentement mutuel ou le divorce accepté ³³. Le même mouvement est observé avec la plus grande vigilance en droit du travail ³⁴. Il a presque naturellement irradié en 2007 vers le domaine de la protection des personnes.

6. Instrumentalisation et altération du concept contractuel. — Au nom de la liberté, le juge se trouve mis à distance de la protection et le contrat fait une entrée remarquable dans ce domaine relevant traditionnellement de l'ordre public. Pour autant, le majeur vulnérable a toujours besoin du juge qui reste le vrai garant, sinon le seul, de ses libertés. Craindre la contrainte peut être une erreur tant le contrat peut asservir. Le contrat étend son domaine, il quitte le monde des choses pour entrer dans celui des personnes et ses règles sont destinées à régir de nouveaux liens d'alliance ³⁵. En protection des majeurs, l'intention affichée est de considérer les êtres concrets et non le seul contractant abstrait du monde libéral, de donner sens à la volonté privée comme relais de la loi, ce qui produit parfois l'effet pervers de la faire

²⁹ L'État a besoin des contrats comme les contrats ont besoin de l'État ; opposer hâtivement l'un aux autres ne serait pas adapté : J. -P. CLERO, Quelques réflexions sur le contractualisme contemporain, in C. PIGACHE (Dir.), Les évolutions du droit, Contractualisation et procéduralisation, Universités d'été 2000-2001 du Barreau de Rouen, Publications de l'Université de Rouen, 2004.

³⁰ A. SUPIOT, Un faux dilemme : la loi ou le contrat ?, *Dr. Soc.*, 2003, 59.

³¹ L. RICHER, La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques, *AJDA*, 2003, 973.

³² P. ex. avec les travaux d'intérêt général, le bracelet électronique, la mesure d'alternative aux poursuites, la composition pénale. Autant de mesures qui renforcent le rôle du parquet. V. F. ALT-MAES, La contractualisation du droit pénal. Mythe ou réalité ?, *RSC*, 2002, 501.

³³ D. FENOUILLET, G. VAREILLES-SOMMIERES (Dir.), La contractualisation de la famille, *Economica*, 2001. Sur le PACS, V. *AJ Famille*, n° 3/2011, dossier « Contractualisation du pacs ». Sur la déjudiciarisation du divorce, V. H. FULCHIRON, Vers un divorce sans juge ?, *D.*, 2008, 365. Et sur des aspects patrimoniaux, D. BOULANGER, Droit patrimonial du couple et contractualisation, *LPA*, 20 décembre 2007, n° 254, p. 34.

³⁴ C. BESSY, La contractualisation de la relation de travail, *LGDJ*, 2007 (Droit et société, t. 45) ; P. LOKIEC, Garantir la liberté du consentement contractuel, *Dr. Soc.*, 2009, 127.

³⁵ A. SUPIOT, La contractualisation de la société. L'Université de tous les savoirs, conférence n° 53 du 22 février 2000 au Conservatoire national des arts et métiers, Paris, CERIMES (Centre de Ressources et d'Information sur les Multimédias pour l'Enseignement Supérieur), 2000.

oublier. Le contrat aborde des relations relevant de l'intime³⁶, ce qui ne manque pas de provoquer sa distorsion et appelle certainement la révision de sa grille de lecture.

7. **L'affirmation et le soutien de la capacité des personnes protégées.** — Avant le Code civil, la Révolution avait permis la proclamation du principe d'égalité, reconnaissant à chacun les mêmes droits, peu important sa condition sociale. Le fou recevait quant à lui un traitement protecteur d'autrui et de la société, plus que de sa propre personne. « *Ne pouvant gérer son bien, on l'interdit ; ne pouvant avoir des idées convenables à la société, on l'exclut ; s'il est dangereux, on l'enferme ; s'il est furieux, on le lie. Quelquefois on le guérit par les bains, par la saignée, par le régime* »³⁷.

Le Code civil n'avait pas fondamentalement changé ce dispositif. En 1804, le majeur qui était dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur, devait ainsi être interdit³⁸. Les actes qu'il passait ensuite étaient nuls de droit³⁹ et les lois sur la tutelle des mineurs lui étaient applicables⁴⁰. La folie et la dangerosité étaient encore assimilées, conduisant les malades à l'enfermement, à l'hôpital, à l'asile ou en prison.

Au temps de Balzac⁴¹, les personnes se trouvant dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur⁴² devaient être soumise à un régime d'incapacité désigné par le terme « *interdiction* », qui était « *la défense faite à une personne d'exercer elle-même ses droits civils* »⁴³. En 1836, l'écrivain raconte comment, quelques années plus tôt, Madame Jeanne-Clémentine-Athénaïs de Blamont-Chauvry, épouse de M. Charles-Maurice-Marie Andoche, comte de Nègrepelisse, marquis d'Espard, aurait demandé l'interdiction de son mari. Selon la marquise, l'altération des facultés de celui-ci était révélée par deux faits principaux. Le premier consistait en la dissipation de sa fortune et le second en une entreprise commerciale jugée aventureuse, vraisemblablement commandée par une passion pour la Chine qui confinait à la monomanie. À l'appui de sa requête, elle évoquait des conditions de logement indignes, un manque d'argent, la saisie du mobilier, faisant flèche de tout bois pour emporter la conviction du

³⁶ A. ROY, Le contrat en contexte d'intimité, *Revue de droit de Mc Gill*, 2002, n° 47, p. 855.

³⁷ VOLTAIRE, Dictionnaire philosophique, 1764, V° Folie.

³⁸ Art. 489 C. civ. 1804.

³⁹ Art. 502 C. civ. 1804.

⁴⁰ Art. 509 C. civ.

⁴¹ BALZAC, L'interdiction, in *Œuvres illustrées*, Paris, MM. Marescq et compagnie, 1851. Sur Balzac et le droit, V. M. LE YAOUANC, Sur L'Interdiction, *L'Année balzacienne*, 1971, p. 253 ; N. DISSAUX, Le droit : une comédie humaine, *RTD civ.*, 2011. 287. Pour une lecture juridique de l'interdiction, F. GARCIA, Les incapables, in N. DISSAUX (Dir.), *Balzac romancier du droit*, Lexisnexis 2012, p. 147.

⁴² Art. 489 C. civ. 1804.

⁴³ Ch. DEMOLOMBE, Cours de Code Napoléon, VIII, Paris, Durand, Hachette, 1854, n° 410, p. 301.

tribunal de première instance ⁴⁴. Le juge invité à la rencontrer vit immédiatement clair dans son jeu, repérant sans peine le mensonge chez cette femme qui poursuivait surtout, sinon exclusivement, le maintien de son train de vie somptueux. Plus tard, le marquis fut invité à s'expliquer. Sur le premier reproche, il exposa que, loin de dissiper sans cause ses revenus, il s'était fait un devoir de rembourser la valeur des biens confisqués à des protestants par son arrière-grand-père dans des conditions dramatiques, après la révocation de l'Édit de Nantes. Sur le second reproche, il avoua sa passion et son souhait de publier un ouvrage monumental sur la Chine mais en précisant que son affaire disposait du financement nécessaire grâce à de nombreux souscripteurs déjà engagés. Ces éléments auraient dû lui épargner sans coup férir l'interdiction mais c'eût été compter sans le machiavélisme de la marquise, qui obtint la récusation du juge trop clairvoyant parce qu'il avait accepté de boire un thé avec elle dans sa maison... ⁴⁵ Le juge fut remplacé par un autre, apparemment plus sensible à ses intérêts. Même si, finalement, le marquis fut tiré d'affaire ⁴⁶, Balzac aura montré la justice de son époque, ses errements, ses erreurs, dans une société favorisant ouvertement l'argent et les intérêts privés.

Tout en continuant d'attacher les hommes malades ⁴⁷ et les hommes vieux ⁴⁸ pour contenir leur agitation, au moyen d'un drap, d'un vêtement, de sangles ou de barrières, le législateur a peu à peu entendu limiter le recours à la contrainte.

En 1968, l'intitulé du Titre onzième du Code civil fut changé de manière significative, ce qui marquait une nouvelle approche de la protection. L'interdiction et le conseil judiciaire cédèrent la place aux « *majeurs qui sont protégés par la loi* ». Ainsi, la médecine avait-elle fini par convaincre le droit des vertus de la participation des personnes vulnérables : la loi de 1968 ouvrait une voie à l'intégration ⁴⁹.

⁴⁴ Les tribunaux de grande instance ont été substitués aux tribunaux de première instance (et les tribunaux d'instance aux justices de paix) par l'ordonnance n° 58-1273 du 22 décembre 1958 relative à l'organisation judiciaire.

⁴⁵ Art. 378 C. pr. Civ. 1806, 8° : tout juge peut être récusé « *si, depuis le commencement du procès il a bu ou mangé avec l'une ou l'autre des parties dans leur maison* ».

⁴⁶ BALZAC le rapportera plus tard dans Splendeurs et misères des courtisanes.

⁴⁷ J. FEUDO, M. HEDDOUCHE, Vous avez dit contention ?, in Marcel SASSOLAS, *Conflits et conflictualité dans le soin psychique*, ERES, 2008, p. 163.

⁴⁸ ANAES, Évaluation des pratiques professionnelles dans les établissements de santé, Limiter les risques de la contention physique de la personne âgée, octobre 2000.

⁴⁹ J. CARBONNIER, préface de l'ouvrage de J. MASSIP, *La réforme du droit des incapables majeurs*, Defrénois, 1968.

Cette dernière notion est au-delà de la considération de l'autre comme son semblable. Plus qu'une simple insertion, elle tend à créer les conditions d'une relation d'interdépendance susceptible de recomposer un groupe social ⁵⁰. Cette vision sera celle de la loi de 1975 ⁵¹, qui luttera contre les discriminations et pour l'intégration sociale des personnes handicapées ⁵².

8. **Une réforme pensée dans un contexte international en évolution.** — L'évolution du droit tutélaire français est indissociable de son environnement européen ⁵³, favorisant nettement la prise en compte de la volonté avant et pendant la mesure de protection, depuis une vague de réforme initiée dans les années 1990 ⁵⁴.

Afin de préparer la réforme française, Le Sénat s'est ainsi intéressé au droit de plusieurs pays d'Europe ⁵⁵, sous les aspects précis des possibilités d'anticipation de sa propre protection, du choix du protecteur et de l'exercice des droits. Les pays étudiés ⁵⁶, mis à part l'Espagne, ont en commun de mettre en œuvre des mesures personnalisées, adaptables et révisables. L'Allemagne et la Suisse prévoient chacune un régime unique, modulable selon la situation ⁵⁷ et subsidiaire à un dispositif d'anticipation. Ces projets ont été confortés par une recommandation du Conseil de l'Europe de 1999 ⁵⁸, qui a pris position en faveur des principes de souplesse des réponses juridiques et de préservation maximale de la capacité des personnes à protéger.

50 R. COMPTE, De l'acceptation à la reconnaissance de la personne handicapée en France : un long et difficile processus d'intégration, *Empan* 2/ 2008, n° 70, p. 115.

51 Loi n° 75-534 du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des handicapés.

52 Les personnes handicapées forment un groupe minoritaire exposé à la discrimination. Ce fait, démontré par des études réalisées dans les années 1970 aux États-Unis, a inspiré une législation nouvelle. W. ROTH, Handicap as a social construct, *Society*, 1983, 20, 56-61 (cité par I. Ville, J. -F. RAVAUD, Représentations de soi et traitement social du handicap, L'intérêt d'une approche socio-constructiviste, in *Sciences sociales et santé*, vol. 12, n° 1, mars 1994, p. 7).

53 M. ROCCATI, La protection des majeurs incapables sous l'influence du droit européen, Étude comparative des droits allemand, anglais et français, *Gaz. Pal.*, 2009, n° 64, p. 4. B. HOHL, M. VALDING, Protection des personnes vulnérables, Le droit français devrait-il s'inspirer du droit allemand ?, *Gaz. Pal.*, 2000, n° 99, p. 8.

54 Avec la loi allemande du 12 septembre 1990 sur la réforme de la tutelle et de la curatelle des majeurs, entrée en vigueur le 1er janvier 1992.

55 Sénat, La protection juridique des majeurs, Les documents de travail du Sénat, Série Législation comparée, n° LC 148, juin 2005.

56 Allemagne, Angleterre, pays de Galles, Danemark, Espagne, Italie et Suisse.

57 Assistance en Allemagne et curatelle en Suisse.

58 Recommandation n° R(99) 4 du 23 février 1999 relative aux principes concernant la protection juridique des majeurs incapables, Comité des ministres du Conseil de l'Europe.

C'est dans ce même esprit qu'a été promulguée la loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées ⁵⁹. Ce texte a trouvé son prolongement international dans la convention relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH), adoptée à l'unanimité par l'Assemblée générale des Nations unies le 13 décembre 2006 à New-York, qui milite pour l'accès à un accompagnement permettant l'exercice de la capacité juridique.

La loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection des majeurs ⁶⁰ défend à son tour les libertés et promeut les compétences de la personne avant que de mesurer ses déficiences. Elle met en avant son autonomie malgré l'altération de ses facultés, « *sans ériger autour d'elle un mur qui l'enferme dans un statut d'incapacité* » ⁶¹. Toutefois, elle ne tire pas toutes les conséquences du consensus international qui s'est fait autour de la notion d'accompagnement et du refus du consentement substitué tel qu'il reste conçu dans le régime de la tutelle ⁶².

La loi de 1968 avait vu des majeurs protégés là où l'on n'aurait auparavant vu que des incapables. À sa suite et dans le sillon de sa jurisprudence, la loi de 2007 fait un pas supplémentaire en s'intéressant expressément au majeur protégé et à sa personne, et non plus seulement à ses biens. Dès lors, le processus paraît inversé. L'approche de la capacité de la personne se veut positive et dynamique. Il ne suffit plus de protéger l'incapable mais, bien plus, de soutenir autant que possible sa capacité et de favoriser son autonomie ⁶³. En matière personnelle, les souhaits du protégé doivent être pris en compte et toute mesure vise à lui permettre de prendre seul ses décisions ou de les prendre avec un accompagnement adapté à ses besoins, le mécanisme de la représentation ne devant être mis en œuvre que sur décision

⁵⁹ Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, JORF n° 36, 12 février 2005, p. 2353.

⁶⁰ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, JORF n° 56 du 7 mars 2007, p. 4325.

⁶¹ Assemblée nationale, 3^e séance du mardi 16 janvier 2007, J. O. A. N. (C. R.) n° 4 [3], 17 janvier 2007, p. 342.

⁶² La France pourrait se le voir reprocher par Comité des droits des personnes handicapées de l'ONU, qui a déjà adressé pareil reproche à l'Espagne, à la Hongrie, à l'Argentine, à la Chine, au Pérou et à la Tunisie, en recommandant à ces États, de « remplacer » la prise de décision substitutive par la prise de décision assistée (ONU, Comité des droits des personnes handicapées 2011b, §23, 2012a, §25, 2011a, §34, 2012d, §22), ainsi que de « *procéder immédiatement à la révision de tous les textes législatifs en vigueur qui, en s'appuyant sur le principe de la prise de décision substitutive, privent les personnes handicapées de leur capacité juridique* » (ONU, Comité des droits des personnes handicapées 2012b, §20).

⁶³ Art. 415 C. civ. L'autonomie est le principe : M. REBOURG, L'autonomie en matière personnelle à l'épreuve du grand âge, *Retraite et société*, 2/ 2014, n° 68, p. 63.

spécialement motivée du juge ⁶⁴. La situation de fait peut ainsi agir comme un correctif de la notion de capacité ⁶⁵, tempérant les cas dans lesquels il serait inapproprié de considérer que la personne est capable pour tenir compte des difficultés sérieuses.

Sous l'empire des textes nouveaux, nulle place donc, pour une mesure de protection susceptible de restreindre la capacité du marquis d'Espard, ni pour une mesure d'accompagnement destinée à le guérir de ses manies dispendieuses. D'une part, le dessein de la marquise aurait été contrarié d'emblée, faute de production du certificat médical exigé pour la recevabilité d'une requête aux fins d'ouverture d'une mesure de protection ⁶⁶. D'autre part, la prodigalité n'est plus une cause de placement sous curatelle et les biens dissipés n'ayant pas la nature de prestations sociales, l'État n'aurait pu imposer aucune mesure d'accompagnement. Désormais, les mesures n'ont plus pour but la préservation des fortunes familiales. Les textes se soucient expressément et prioritairement de la personne à protéger et tiennent compte de ses préférences et de ses souhaits. Leur vœu de préserver ses libertés participe à la mise à l'écart du juge, ce qui peut résonner comme un écho de la défiance balzacienne, dans cette scène qui compte parmi les études de mœurs de la Comédie humaine, soulignant que « *la France a besoin d'environ six mille juges [et que] aucune génération n'a six mille grands hommes à son service, à plus forte raison ne peut-elle les trouver pour sa magistrature* ».

9. **La subsidiarité des mesures judiciaires de protection.** — Toujours est-il que le principe qui gouverne aujourd'hui les mesures judiciaires de protection est celui de la neutralité du juge. D'abord, il ne peut plus se saisir d'office. Il s'agit là d'une mise en conformité des règles tutélaires avec l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Le procès équitable suppose un juge civil qui ne doit être qu'un arbitre. Si le juge s'autosaisit, comment espérer son impartialité ? Cela explique que les auteurs du projet de loi ⁶⁷ et les rapporteurs du Sénat aient résolument écarté la saisine

⁶⁴ L'article 459 C. civ. permet d'abord à chacun d'agir selon ses aptitudes concrètes. La représentation est maintenue dans l'arsenal juridique mais la loi la réserve à des cas qu'elle veut exceptionnels.

⁶⁵ V. S. GODELAIN, *La capacité dans les contrats*, LGDJ 2007 (Collection des thèses). L'auteur s'intéresse à l'assouplissement de la notion de capacité qui peut résulter de la distinction faite par le Droit romain entre capacité de fait (inaptitude concrète) et capacité de droit (statut). En droit romain, les incapacités de fait sont liées à l'âge, au sexe, à l'altération des facultés mentales et à la prodigalité. Par la force des choses, les aliénés sont incapables tant que dure leur folie : P. -F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Rousseau, 1911.

⁶⁶ Art. 431 C. civ. : « *La demande est accompagnée, à peine d'irrecevabilité, d'un certificat circonstancié rédigé par un médecin choisi sur une liste établie par le procureur de la République* ».

⁶⁷ Projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs, n° 3462, déposé le 28 novembre 2006.

d'office du juge⁶⁸. Leur choix a été accueilli comme une nécessité évidente par les assemblées parlementaires⁶⁹. Les droits de la défense et le droit à un recours juridictionnel effectif commandent cette solution, destinée à empêcher que l'on puisse être à la fois juge et partie. Dans le domaine des affaires, le Conseil constitutionnel a, depuis, pareillement déclaré inconstitutionnelle la saisine d'office du tribunal de commerce pour l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire. Ce faisant, le Conseil n'a cependant pas exclu complètement la faculté de cette juridiction de saisine d'office, mais il a exigé qu'elle soit fondée sur un motif d'intérêt général et que des garanties légales assurent que « *le tribunal ne préjuge pas sa position lorsque, à l'issue de la procédure contradictoire, il sera appelé à statuer sur le fond du dossier au vu de l'ensemble des éléments versés au débat par les parties* »⁷⁰.

En premier lieu, s'il est vrai que la saisine d'office, en permettant au juge d'ouvrir l'instance sans demande des parties, contredit le principe dispositif qui gouverne notre procédure civile, son existence peut néanmoins demeurer justifiée par un impératif de protection. Le rôle accru du procureur de la République est censé garantir que nul ne soit privé de protection, mais il est vrai que cette mission nouvelle lui est confiée sans les moyens matériels de son accomplissement. La critique théorique de la saisine d'office produit ainsi des situations de blocage dangereuses pour les majeurs vulnérables. Certains ne reçoivent pas la protection que leur état ou leur situation rend nécessaire, ce qui contrevient directement à l'article 415 du Code civil, frontispice des dispositions communes aux majeurs protégés⁷¹. Le conflit

⁶⁸ H. De RICHEMONT, Rapport Sénat n° 212, 7 février 2007, p. 128 : « *Que le même juge puisse se saisir de la situation d'une personne, instruire le dossier puis rendre la décision, en étant seul à chacun de ces stades de la procédure, va en effet à l'encontre de la conception traditionnelle du juge arbitre* ».

⁶⁹ « *Nous approuvons cette mesure qui rendra par ailleurs notre droit positif compatible avec la convention européenne des droits de l'homme* ». (A. VIDALIES, AN, Troisième séance du mardi 16 janvier 2007, 112^e séance de la session ordinaire 2006-2007) ; Les amendements soumis à l'Assemblée pour répondre aux situations d'urgence ont été rejetés : « *si l'on suivait M. Leteurtre, on en reviendrait à la situation actuelle : autosaisine ou saisine directe du juge. Or le texte prévoit précisément qu'il faut passer par le procureur et qu'on doit obligatoirement fournir un certificat médical prouvant l'altération des facultés. On ne va pas supprimer ces dispositions, qui fondent notre texte, au motif qu'il y a urgence* ». (P. CLEMENT, Garde des Sceaux, AN, Deuxième séance du mercredi 17 janvier 2007, 114^e séance de la session ordinaire 2006-2007. Rejet des amendements n° 364 et 442). Même accueil au Sénat : « *vous avez supprimé, et je m'en félicite également, la saisine d'office, qui pouvait donner lieu à des abus* » (H. de RICHEMONT, Sénat, Séance du 14 février 2007) ; « *vous vous êtes félicité, à juste titre, de la suppression de la saisine d'office du juge. Comme vous, je crois nécessaire de mettre en place un filtre* » (P. CLEMENT, Sénat, Séance du 14 février 2007).

⁷⁰ Cons. const., 7 décembre 2012, n° 2012-286 QPC.

⁷¹ Cass., 20 juin 2011, avis numéro 011 00007, Th. VERHEYDE. Peut-on empêcher (facilement et légalement) le juge des tutelles d'ouvrir une mesure de protection ?, *AJ Famille*, 2011, p. 431 : « *On ne peut s'empêcher de constater, pour le déplorer, que la réforme pourrait bien aboutir, en toute légalité, à priver de protection des personnes en ayant objectivement besoin* » ; D. NOGUERO. Privatisation procédurale de la protection des majeurs sans bémol. *LPA*, 22 juillet 2011, n° 145, p. 10.

entre la règle de fond et le principe procédural oblige à choisir entre un droit individuel à la protection et une protection des droits individuels. L'intérêt supérieur de l'enfant légitime encore l'intervention du juge, mais plus celui du majeur.

En deuxième lieu, le Code civil montre une protection des majeurs résolument favorable au droit volontaire, tant pour les mesures civiles que pour les mesures relevant de l'action sociale ⁷². Les règles générales ou spéciales de la représentation ou des régimes matrimoniaux, comme les contrats passés avec l'administration doivent supplanter les régimes judiciaires de protection. Le gouvernement incline à multiplier les expressions du principe de subsidiarité en prévoyant la possibilité d'une habilitation judiciaire au profit de parents de la personne à protéger. Cette habilitation pourrait être accordée à ses enfants, à ses petits-enfants, voire à ses collatéraux ⁷³.

Lorsque les mécanismes judiciaires sont finalement sollicités, il reste encore une place pour la négociation et la recherche du consentement dans l'exercice de la contrainte. Ce qui est proposé, c'est de faire place à la volonté du majeur à protéger ou déjà protégé, en affirmant la primauté de la personne et la défense de ses libertés. L'autonomie devient véritablement un maître mot, à la fois source et finalité des mesures de protection. Le risque est d'en faire une injonction vouée à l'inexécution du fait des limites humaines. Le projet, notion apparue dans le sein de l'entreprise mais l'ayant aujourd'hui tout à fait débordé, est devenu la méthode fondamentale permettant la réalisation de l'autonomie. Elle consiste en une coordination de tous moyens permettant d'atteindre dans un délai donné ⁷⁴ un résultat recherché. Les notions d'engagement, d'adaptabilité et, surtout, de réseau, de responsabilité individuelle ou de responsabilisation, innervent maintenant l'ensemble de la société ⁷⁵ et se coulent *a priori* parfaitement dans le moule contractuel.

10. Pour une compréhension des nouvelles figures contractuelles de la protection. —

Très vite, la justification du mouvement de contractualisation et, par suite, l'affirmation du contrat comme moyen de protection juridique, causent certaines craintes. L'hypothèse

⁷² Art. 428 C. civ. et 495 C. civ.

⁷³ Sur ce point, le Gouvernement a été autorisé à prendre les mesures nécessaires par voie d'ordonnance (Loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, art. 1). Le projet de loi insistait sur l'intérêt d'une telle habilitation. Elle permettra de répondre au nombre resté croissant de nouvelles mesures malgré l'entrée en vigueur de la réforme de la protection des majeurs (projet, p. 31).

⁷⁴ La limitation des mesures de protection dans le temps –excepté pour le mandat de protection future-, peut être regardée comme une marque de cette tendance.

⁷⁵ L. BOLTANSKI, Les changements actuels du capitalisme et la culture du projet, *Cosmopolitiques*, n° 22, 12 juin 2006.

principale de la recherche est que l'application irréfléchie de la technique contractuelle au dispositif de la protection des majeurs relève de l'artifice et fragilise ou instrumentalise la protection de la personne et le droit commun des contrats.

La liberté d'organisation de sa protection est certes un progrès pour chacun. Mais, mal maîtrisée, cette liberté devient facilement une source de dangers pour les plus vulnérables. Cette utilisation inédite du contrat dans un domaine qui lui était jusque là hostile lui donne une nouvelle dimension qui déforme sa conception mais peut aussi renouveler et enrichir sa théorie générale. Les enjeux juridiques de la maladie d'Alzheimer et des maladies apparentées, face à la perte annoncée de la capacité d'assurer seul sa propre protection ou la protection de ses biens, sont de parvenir à l'instauration et à l'exercice d'une protection choisie mais efficace, parce qu'individualisée et contrôlée dans le respect du malade et des souhaits exprimés par lui, tant par anticipation que dans l'accompagnement quotidien. L'usage du contrat dans la protection doit d'abord inciter à augmenter la protection du consentement, parce que la relation est inégalitaire.

Une compréhension, un encadrement et une maîtrise de ces nouvelles figures contractuelles sont nécessaires. C'est le but poursuivi par le présent travail, qui tend à approfondir la réflexion sur l'usage du contrat par les majeurs vulnérables mais entend aussi examiner ses conséquences, révéler ses dangers et proposer des moyens de s'en préserver. Il convient donc de dépasser l'antinomie apparemment irréductible entre le contrat et la protection de la personne pour considérer l'avènement des fonctions protectrices du contrat (Première partie) et s'interroger sur leur participation au renouvellement du modèle contractuel (Deuxième partie).

Première partie : L'avènement des fonctions protectrices du contrat

Deuxième partie : Le renouvellement du modèle contractuel

PARTIE I.

L'AVENEMENT DES FONCTIONS PROTECTRICES DU CONTRAT

11. En investissant un nouveau champ contractuel, le contrat revêt des atours nouveaux. Immédiatement, il apparaît sous la forme de deux contrats spéciaux créés par la loi du 5 mars 2007 : le mandat de protection future et la mesure d'accompagnement social personnalisé.

De façon plus générale et très résolue, c'est l'esprit du contrat, par la recherche de la volonté ou de la responsabilisation du majeur protégé, qui innerve l'ensemble du dispositif de la protection des majeurs. La volonté du majeur se trouve ainsi à l'origine de sa propre mesure de protection ou sert de guide à sa mise en œuvre. Par l'instauration du mandat de protection future, accompagnée du développement de la fiducie, le contrat est désormais présenté comme un outil moderne de l'organisation privée de la protection des majeurs (Titre I). Il est aussi l'instrument de son organisation publique (Titre II), lorsqu'il est affirmé que la volonté du majeur vulnérable donne la justification ou l'orientation de l'intervention de la collectivité.

TITRE I.

L'ORGANISATION PRIVEE DE LA PROTECTION DU MAJEUR

12. L'organisation privée de la protection est le volet innovant de la réforme, qui marque le renforcement de la place faite à la volonté et à l'anticipation. Le processus qui a donné naissance au mandat de protection future est fondé sur l'extension, l'encouragement et la transposition de solutions existantes.

Avant la réforme, la volonté exprimée par le majeur protégé était déjà prise en compte par les tribunaux pour choisir la personne du tuteur ou du curateur ⁷⁶. Aujourd'hui, elle n'est plus seulement prise en compte, mais elle produit un effet qui, s'il n'est pas obligatoire, est devenu prioritaire. La volonté est clairement encouragée par la possibilité d'une désignation anticipée ⁷⁷, qui permet à toute personne majeure de dire qui la représentera en cas d'ouverture d'une tutelle ou d'une curatelle.

La volonté exprimée par des parents, pour désigner le futur et éventuel protecteur de leur enfant mineur, était connue sous le nom de tutelle testamentaire ⁷⁸. Mais ce que la loi avait prévu pour les mineurs, la Cour de cassation l'avait admis pour un majeur, en écartant la désignation d'un gérant de tutelle ⁷⁹. La Cour avait alors clairement imposé que la tutelle familiale soit préférée, « *chaque fois qu'il est possible, à la tutelle en gérance* ». La solution retenait une interprétation extensive des textes et allait même au-delà. Le texte envisageait en effet la désignation du conjoint, d'un ascendant, d'un descendant, d'un frère ou d'une sœur, mais ne s'étendait pas aux cousins. La réforme de 2007 a consacré la solution jurisprudentielle. Désormais, les parents d'un enfant mineur ou majeur peuvent désigner une ou plusieurs personnes, sans autre précision (article 448, alinéa 2, du Code civil).

Auparavant, le mandat était un contrat utile et utilisé, notamment dans le cadre de la sauvegarde de justice. L'idée d'anticipation était alors admise, des règles particulières trouvant

⁷⁶ Cass. civ. 1^{re}, 16 juillet 1998, Bull. civ. I, n° 253, p. 177 ; Defrénois 1999, art. 36998, p. 687, obs. J. MASSIP.

⁷⁷ Art. 448 C. civ.

⁷⁸ Anc. art. 397 C. civ. Ce texte, créé par la Loi n° 64-1230 du 14 décembre 1964 permettait au dernier mourant des père et mère de choisir un tuteur pour son enfant.

⁷⁹ Cass. civ. 1^{re}, 31 mars 1992, pourvoi n° 90-14. 626. J. MASSIP, Recours à la tutelle en gérance en présence d'une demande des parents d'un incapable majeur à être désigné en qualité d'administrateur légal des biens de leur enfant en raison de leurs rapports très conflictuels, *D.*, 1993, 17. Dans cette affaire, un jeune homme handicapé avait été placé sous tutelle à l'âge de 22 ans. Cette mesure était exercée par son père, que le juge avait désigné en qualité d'administrateur légal. Avant son décès, le tuteur avait anticipé et choisi l'une de ses nièces pour prendre sa succession dans l'exercice de cette charge tutélaire. Le juge des tutelles n'ayant pas tenu compte de ce choix, la nièce et plusieurs parents du majeur à protéger avaient exercé un recours contre l'ordonnance, qui désignait un gérant de tutelle. Le tribunal de grande instance, alors compétent en matière d'appel, a confirmé l'ordonnance attaquée, au motif que ce droit n'était prévu qu'au bénéfice de parents d'enfants mineurs. Leur décision a notamment été cassée au visa de l'article 497 ancien du Code civil posant le principe de primauté de la tutelle familiale.

même à s'appliquer au mandat donné spécialement en considération de la période de sauvegarde.

L'instrument juridique qui conjugue le plus intimement la volonté et l'anticipation est le mandat de protection future, inspiré de solutions étrangères et largement favorisé par les instances internationales. Le Comité du Conseil des ministres de l'Europe a adopté fin 2009 une recommandation sur les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité ⁸⁰. Cette recommandation précise aux États membres qui n'auraient pas encore réformé leur droit, les principes à suivre pour organiser un traitement privé de l'incapacité.

Tel que le Code civil le présente, le mandat de protection future est un contrat par lequel une personne est chargée d'en représenter une autre pour le cas où celle-ci ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération de ses facultés ⁸¹.

Un auteur rappelle qu'un tel usage est traditionnel, précisant que « *la représentation par l'effet du mandat a toujours été un des modes principaux de la protection des incapables, si ce n'est le mode principal, avec un immense avantage — permettre à l'incapable de participer à l'activité juridique — et ses grands dangers — l'abdication et l'effacement de la personnalité du représenté* » ⁸². Ce qui est nouveau, c'est l'origine conventionnelle de la représentation en matière de protection juridique des majeurs. Les protections judiciaire et conventionnelle vont désormais se développer en contrepoint, s'enrichir et se modifier l'une au contact de l'autre. Le mandat de protection future bouleverse les rôles du majeur vulnérable et de son protecteur, dans des matières renouvelées par une approche centrale de la personne. Les sujets (Chapitre I) et l'objet du mandat de protection future (Chapitre II) révèlent ainsi leurs spécificités, tant à l'égard du mandat de droit commun qu'à l'égard du droit de la protection des plus faibles.

⁸⁰ Recommandation CM/Rec (2009) 11, sur les principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité, adoptée le 9 décembre 2009 par les délégués des ministres. [En ligne]. Disponible sur : <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1563477&Site=CM> (Consultation le 5 mai 2015).

⁸¹ Art. 477 C. civ.

⁸² Ph. MALAURIE, Les enjeux humains fondamentaux dans le droit des majeurs protégés, *JCP G*, 2010. 431.

CHAPITRE I.

LES SUJETS DU MANDAT DE PROTECTION FUTURE

13. Dans le chapitre du Code civil consacré aux mesures de protection juridique des majeurs, une section est dédiée au mandat de protection future⁸³. Les articles 477 et 480 du Code civil donnent les premières indications relatives aux sujets du mandat de protection future. Le premier texte désigne le mandant, celui qui redoute de ne plus pourvoir seul à ses intérêts dans le futur, ou le parent inquiet qui veut perpétuer la mission qu'il assume auprès de son enfant. Le second texte désigne celui qui détiendra les pouvoirs de représentation nécessaires à la mise en œuvre d'une protection voulue dans son principe et dans ses aménagements. Au-delà de la désignation des parties au mandat de protection future, émerge un important corpus de règles spéciales, soit par renvoi à d'autres textes, soit par référence à des concepts juridiques divers. Ces dispositions définissent les personnes ayant intérêt à la protection (Section I) et délimitent le champ de celles qui peuvent être désignées en qualité de mandataire (Section II).

⁸³ Il s'agit de la section 5 du chapitre II, Titre XI De la majorité et des majeurs protégés par la loi.

SECTION I.

LES PERSONNES AYANT INTERET A LA PROTECTION

14. L'article 477 du Code civil permet à deux catégories de personnes de conclure un mandat de protection future. D'une part, peut conclure un mandat pour soi-même « *toute personne majeure ou mineure émancipée ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle* » et la personne en curatelle « *avec l'assistance de son curateur* ». D'autre part, peuvent contracter pour autrui « *les parents ou le dernier vivant des père et mère, ne faisant pas l'objet d'une mesure de curatelle ou de tutelle, qui exercent l'autorité parentale sur leur enfant mineur ou assument la charge matérielle et affective de leur enfant majeur* »⁸⁴.

Une première vue de l'article 477 du Code civil à l'égard de la personne du mandant fait donc apparaître que le mandat de protection future sera tantôt conclu par et pour le mandant, opérant donc une réunion des qualités de mandant et de bénéficiaire (§1), et tantôt conclu par le mandant pour son enfant, opérant alors une dissociation des qualités de mandant et de bénéficiaire (§2).

§1. LA REUNION DES QUALITES DE MANDANT ET DE BENEFICIAIRE

15. Le mandat pour soi vise à associer le majeur à sa propre protection. Selon la loi, toute personne capable (A) et certaines personnes protégées (B) peuvent conclure un mandat de protection future.

A. L'ouverture du mandat à toute personne capable

16. **L'exigence justifiée d'une capacité de droit.** — En permettant à « *toute personne majeure ou mineure émancipée* » de conclure un mandat de protection, l'article 477 ne fait qu'une simple application du droit commun des contrats. En effet, les articles 1123 et 1124 du Code civil permettent à toute personne de contracter. Ils ne déclarent incapables de le faire que les mineurs non émancipés et les majeurs protégés⁸⁵. Un léger toilettage du Code civil serait cependant nécessaire. En effet, pour déterminer les personnes frappées d'une incapacité de contracter, l'article 1124 renvoie toujours à l'article 488, qui, dans sa version issue de la loi

⁸⁴ Les expressions de mandat « pour soi-même » et « pour autrui » sont couramment employées. V., p. ex. F. SAUVAGE, Brèves observations sur la promotion du mandat de protection future et la lutte contre les mariages de complaisance, *RLDC*, 2008, n° 46, supplément du 02/2008.

⁸⁵ Ces articles datent respectivement de 1804 et de 1968.

n° 68-5 du 3 janvier 1968, visait les personnes protégées, soit en raison d'une altération de leurs facultés, soit en raison de leur prodigalité ⁸⁶. Mais cet article, modifié en 2007, concerne maintenant le mandat de protection future. De son côté, l'article 425 du Code civil, qui précise désormais quelles personnes peuvent faire l'objet d'une mesure de protection, ne vise plus les prodiges. En 1968, les personnes protégées étaient celles placées sous le régime de la curatelle ou de la tutelle. Désormais, une personne dont les facultés sont altérées peut aussi faire l'objet d'un mandat de protection future. Si la règle est inchangée — les autres majeurs protégés conservant tous, par principe, leur capacité ⁸⁷ — il conviendrait que l'article 1124 du Code civil énonce que sont incapables de contracter les majeurs protégés au sens de l'article 440 du Code civil, les personnes assistées ou représentées, respectivement placées en curatelle et en tutelle. L'avant-projet de réforme du droit des obligations rédigé par la Chancellerie en octobre 2013 prévoyait une réécriture de l'article 1124. Selon ce nouveau texte, seraient incapables de contracter « *les majeurs protégés au sens de l'article 425 du présent code* » ⁸⁸. Un tel texte limiterait mécaniquement la capacité des personnes placées sous sauvegarde ou protégées par un mandat, ce qui ne paraît pas cohérent avec l'esprit de la loi réformant la protection des majeurs, qui défend l'idée de protéger sans diminuer ⁸⁹. C'est pourtant l'orientation finalement retenue par le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats de février 2015 ⁹⁰.

Le projet de réforme élaboré sous la direction du professeur TERRE ⁹¹ ne faisait pas d'autre proposition, prévoyant de la même façon, en son article 54, l'incapacité de contracter « *des majeurs protégés au sens de l'article 425* ». Les auteurs de ce projet ont admis qu'une définition de l'incapacité permettrait pourtant de distinguer cette notion de notions connexes ou

⁸⁶ Art. 488 ancien C. civ. : « *La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, on est capable de tous les actes de la vie civile. Est néanmoins protégé par la loi, soit à l'occasion d'un acte particulier, soit d'une manière continue, le majeur qu'une altération de ses facultés personnelles met dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts. Peut pareillement être protégé le majeur qui, par sa prodigalité, son intempérance ou son oisiveté, s'expose à tomber dans le besoin ou compromet l'exécution de ses obligations familiales* ».

⁸⁷ Dans la limite du mandat spécial confié à un tiers dans la sauvegarde de justice. Les majeurs protégés déclarés incapables comprenaient *a priori* les majeurs sous sauvegarde, mais pour ces derniers, l'article 491-2 ancien précisait bien qu'ils conservaient l'exercice de leurs droits. L'art. 488 C. civ. réglant le sort des actes passés par une personne faisant l'objet d'un mandat de protection future montre le maintien de la capacité de celle-ci.

⁸⁸ Art. 53, Avant-projet de réforme du droit des obligations, 23 octobre 2013.

⁸⁹ Th. FOSSIER, L'objectif de la réforme des incapacités : protéger sans jamais diminuer, *Deffrénois* 2005, art. 38076, p. 3.

⁹⁰ Art. 1145.

⁹¹ F. TERRE (Dir.), *Pour une réforme du droit des contrats : réflexions et propositions d'un groupe de travail*, Paris, Dalloz, 2009.

adjacentes ⁹². Cependant, cette réflexion utile, sinon indispensable, concernerait davantage le droit des personnes que celui des contrats.

La condition de capacité posée par le Code civil pour conclure un mandat de protection future est donc satisfaite par toute personne majeure ou mineure émancipée. Une fois remplie cette condition de capacité de droit, se pose la question de la capacité de fait. Le texte nous conduit à constater l'exigence justifiée d'une capacité de droit et à regretter un relâchement relatif à la capacité de fait.

17. **Un regrettable relâchement relatif à la capacité de fait.** — Voilà une vieille dame fortunée qui n'est placée sous aucun régime de protection. Elle conclut un mandat de protection future par lequel elle désigne son homme de confiance en qualité de mandataire. Sa fille considère qu'elle n'est déjà plus en possession de toutes ses facultés au temps de la conclusion du mandat. Elle saisit le parquet pour obtenir la saisine du juge des tutelles, aux fins d'ouverture d'une mesure judiciaire de protection. Le parquet a la faculté de faire examiner la mandante par un médecin ⁹³ mais il ne le fait pas et refuse de donner suite au signalement.

À supposer que la mandante soit atteinte d'une altération de ses facultés ⁹⁴ et que le procureur saisisse le juge des tutelles, il revient encore à celui-ci de s'interroger sur la validité et l'opportunité de la mise en œuvre du mandat de protection future. En effet, le juge ne peut ordonner une mesure de protection que s'il ne « *peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne* » par le mandat de protection future ⁹⁵. Pour écarter le mandat, le juge doit donc d'abord mettre en cause les compétences du mandataire désigné ou fonder sa décision sur la

⁹² A. -M. LEROYER, *op. cit.*, p. 175.

⁹³ Selon l'article 1212 du Code de procédure civile, le procureur a la faculté de faire examiner par un médecin les majeurs relevant de l'article 416 C. civ., soit les personnes « *qui font l'objet d'une demande de protection, quelle que soit la mesure prononcée ou sollicitée* ».

⁹⁴ Étant précisé qu'en principe, toute requête aux fins d'ouverture d'une curatelle ou d'une tutelle est irrecevable si elle n'est accompagnée d'un certificat médical circonstancié : Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2011, n° 10-21879, Bull. civ., I, n° 133 ; Sur cet arrêt, V. J. MASSIP, De quelques problèmes posés par la protection juridique des majeurs, *JCP N*, 2011, p. 27 ; N. PETERKA, Placement sous mesure de protection judiciaire : irrecevabilité de la requête en l'absence de certificat médical circonstancié, *JCP G*, 2011, p. 1643 ; J. CASEY, Requête présentée sans certificat médical du fait du majeur : irrémédiable irrecevabilité... *RJPF*, 2011, p. 24 ; L. GATTI, Être vulnérable et ne pas être protégé, une application de l'adage *idem est non esse et non probari*, *LPA*, 2011, n° 172, p. 14.

⁹⁵ Art. 428 C. civ.

contradiction d'intérêts. Il doit ainsi motiver sa décision d'écarter le contrat au profit d'une mesure judiciaire ⁹⁶.

18. **Pré-incapacité.** — Le traitement de la période qui précède le constat de l'altération des facultés et la mise en œuvre d'un régime de protection paraît lacunaire. Le mandant peut se trouver au centre de conflits et son patrimoine peut susciter la convoitise. L'altération des facultés précède son propre constat, et parfois de beaucoup. La conclusion d'un mandat de protection future peut donc facilement intervenir dans un temps où le mandant est déjà en difficulté.

Si tel est le cas, le recours au droit commun peut être vain puisque, si le mandat de protection future peut être attaqué pour insanité d'esprit, la seule personne à pouvoir agir est le mandant, ses héritiers ne pouvant agir qu'après son décès dans des cas limitativement énumérés ⁹⁷. Les moyens d'agir des héritiers sont moins limités, il est vrai, s'ils invoquent le dol ou la violence.

Il est encore possible de se tourner vers les dispositions spécifiques au mandat de protection future qui permettent l'action de tout intéressé « *lorsque l'exécution est de nature à*

⁹⁶ La désignation du protecteur dans le cadre judiciaire conduirait à désigner prioritairement... la fille de la mandante, en application de l'article 448 C. civ. Pour écarter celle-ci, tout comme pour écarter ensuite les personnes entretenant avec la majeure vulnérable des liens étroits et stables, il devra encore motiver sa décision. Les intérêts de la mandante devraient par conséquent finir par se trouver confiés à un mandataire judiciaire à la protection des majeurs. Si le mandat de protection future a été mis à exécution, il peut aussi prendre fin par le placement en curatelle de la personne protégée sauf décision contraire du juge qui ouvre la mesure : Cass. civ. 1^{re}, 12 janvier 2011, n° 09-16. 519, Bull. civ., I, n° 11. V. les commentaires de J. MASSIP, De quelques problèmes posés par la protection juridique des majeurs, *JCP N*, 2011, p. 27 ; J. HAUSER, Principe de subsidiarité : mandat de protection future et hiérarchie des mesures judiciaires, *RTD civ.*, 2011, n° 2, p. 323 ; D. NOGUERO, Pollution du mandat de protection future pour le choix de l'organe protecteur, *D.*, 2011, n° 17, p. 1204 ; N. PETERKA, Articulation du mandat de protection future et d'une mesure de protection judiciaire, *JCP G*, 2011 n° 15, p. 691 ; J. CASEY, Quel avenir pour le mandat de protection future ? *Gaz. Pal.*, 2011, n° 224-225, p. 7 ; J. GALLOIS, La volonté du majeur protégé évincée par le juge au nom de son intérêt, *RLDC*, 2011 n° 80, p. 42 ; A. CARON-DEGLISE, La Cour de cassation valide la mise à l'écart d'un mandat de protection future, ou comment concilier protections judiciaires et conventionnelle des majeurs vulnérables ? *RJPF*, 2011, n° 4, p. 11 ; L. GATTI, De l'efficacité de la désignation volontaire du protecteur, *LPA*, 2011, n° 34, p. 10 ; D. BOULANGER, *JCP N*, 2011, n° 13, p. 37 ; J. CASEY, *Gaz. Pal.*, 2011, n° 147-148, p. 50.

⁹⁷ Art. 414-2 C. civ. Ce texte a fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel, dans une décision rendue le 17 janvier 2013, l'a déclaré conforme à la Constitution. Les requérants estimaient que la limitation, à l'égard des héritiers, des cas d'ouverture de cette action portait atteinte au droit à un recours effectif. (Selon cet article, il faut en effet soit que l'acte « *porte en lui-même la preuve d'un trouble mental* », soit qu'il ait été passé « *alors que l'intéressé était placé sous sauvegarde de justice* », soit qu'une action ait été « *introduite avant son décès aux fins d'ouverture d'une curatelle ou d'une tutelle* » ou qu'effet ait été « *donné au mandat de protection future* »). Pour le Conseil constitutionnel, un équilibre a au contraire été trouvé entre les intérêts des héritiers et la sécurité juridique. Le droit d'agir est certes limité mais il ne l'est que concernant l'action fondée sur l'insanité d'esprit. La voie reste ouverte aux actions en nullité pour d'autres vices du consentement (Cons. const., 17 janvier 2013, n° 2012-288 QPC : JO 18 janvier 2013).

porter atteinte aux intérêts du mandant »⁹⁸. L'action est possible mais ne peut toutefois s'exercer de façon préventive puisque seule la contestation du mandat mis à exécution est prévue. C'est une difficulté augmentée par le caractère occulte du mandat, dont ni la conclusion ni la prise d'effet ne font l'objet d'une publicité⁹⁹. De fait, la vigilance de l'entourage se trouve privée de moyens.

Un palliatif des dangers de cette période « suspecte » a été conçu, avec la proposition de combler cette insuffisance par un régime dit de pré-incapacité. La loi portant réforme de la protection des majeurs ne s'est pas suffisamment préoccupée de cette situation, qui peut correspondre à un état nouveau ou au stade d'une évolution en cours. La pré-incapacité « caractérise la situation d'une personne vulnérable qui, en dépit de son état, ne bénéficie pas d'une mesure protectrice. Capable de droit, elle se révèle en réalité incapable de fait »¹⁰⁰.

Différentes raisons peuvent expliquer l'absence de protection, parmi lesquelles une information trop succincte sur les dispositifs existants. Le travail de diffusion et de vulgarisation en direction des personnes et des familles doit sans cesse être encouragé et développé. Des actions de sensibilisation du grand public ont d'ailleurs été préconisées par le rapport sur la maltraitance financière rédigé en 2011 par le Médiateur de la République.

Certains événements pourraient utilement déclencher une protection, comme l'entrée en établissement d'hospitalisation et d'hébergement en santé mentale ou l'entrée en établissement pour personnes âgées¹⁰¹. À tout le moins, ils pourraient provoquer une évaluation propice de la situation¹⁰². Des mécanismes en place pourraient servir de support à cette phase de précaution. C'est notamment le cas de la procédure d'évaluation des besoins qui existe dans le cadre de l'aide aux retraités en situation de rupture, mise en place en

⁹⁸ Art. 483 C. civ.

⁹⁹ La publicité du mandat de protection future est discutée à propos du projet de loi relatif à l'adaptation de la société au vieillissement. La publicité est prévue par le texte adopté en première lecture par l'Assemblée nationale le 17 septembre 2014, qui propose que le mandat soit enregistré au fichier central des dispositions de dernières volontés. Le gouvernement a proposé la création d'un registre spécial, ce qui a été approuvé par les sénateurs (session du 19 mars 2015).

¹⁰⁰ K. LEFEUVRE-DARNAJOU, *La pré-incapacité des majeurs vulnérables*, Thèse, Université de Rennes, 2001, p. 27.

¹⁰¹ *Ibid.*, n° 268 s. : l'auteur propose de recourir à un jeu de présomptions. Une présomption irréfragable d'incapacité permettrait de protéger le majeur entrant en établissement de santé mentale et une présomption simple permettrait de protéger la personne âgée.

¹⁰² Médiateur de la République, *Rapport de la mission sur la maltraitance financière à l'égard des personnes âgées dans les établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux*, février 2011 : « *l'état des lieux des problèmes rencontrés a montré que les besoins de protection repérés dans les établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux trouvent leurs racines dans des dysfonctionnements déjà repérables en amont de l'entrée en hôpital ou en EHPAD* ».

avril 2012 par la Caisse nationale d'assurance vieillesse ¹⁰³. La finalité de cette évaluation est de déterminer les besoins de financement d'un accompagnement administratif, budgétaire, ménager ou psychologique. La mise en œuvre peut intervenir sur demande de l'intéressé ou être à l'initiative de la Caisse, à l'occasion d'un rendez-vous ou sur signalement d'un partenaire ou d'une structure conventionnée. Il est dommage que ce dispositif ne prévoie qu'une aide financière permettant de faire face au coût d'une prestation de services et que les documents élaborés ne fassent pas référence à la protection juridique des majeurs. C'est là une occasion manquée de délivrer une information utile.

Une réponse pourrait également être apportée par l'instauration d'un nouveau statut protecteur, tel que celui de « séniorité », inspiré par l'expérience brésilienne. Ce statut prévoirait une protection automatique mais non obligatoire, déclenchée par l'arrivée à un âge prédéterminé. Elle serait proche de la protection offerte par la sauvegarde de justice ¹⁰⁴. Elle permettrait à toutes les personnes âgées de recevoir une protection juridique, dont l'efficacité ne dépendrait plus de la diffusion ni de la réception de l'information.

Un rôle spécifique aurait aussi pu être expressément imposé au mandataire de protection future. Celui-ci aurait été l'acteur principal d'une phase de fragilité, temporaire ou transitoire, en étant chargé de saisir la justice si l'instauration d'une mesure d'incapacité apparaissait nécessaire ¹⁰⁵. La réforme de 2007 a apporté peu de propositions sur les situations d'incapacité de fait. Elle a certes permis de donner des pouvoirs plus importants au mandataire spécial dans le cadre de la sauvegarde de justice ¹⁰⁶, ainsi que d'organiser par anticipation un régime de représentation se substituant tant bien que mal à un régime d'incapacité. Hélas, elle a laissé sans réponse juridique satisfaisante de nombreuses situations de vulnérabilité ¹⁰⁷.

¹⁰³ V. Circ. CNAV 2012-29, 23 mars 2012 : « ces situations de rupture peuvent être de plusieurs ordres : veuvage ou décès d'un proche, entrée du conjoint en établissement (EHPAD ou hospitalisation longue, etc.), déménagement, etc. ».

¹⁰⁴ D. GUEVEL, Vers un statut de séniorité ? 1^{ère} Université d'été Alzheimer, Éthique et Société, EREMA, Espace Éthique/AP-HP, Aix-en-Provence 13 septembre 2011, p. ARISTON BARION Pérès, T. FOSSIER. Vulnérabilité ou affaiblissement : quel statut civil pour la personne âgée ? Les exemples français et brésilien, *Dr. Famille*, octobre 2005, étude n° 20

¹⁰⁵ K. LEFEUVRE-DARNAJOU, La pré-incapacité des majeurs vulnérables, Thèse, Université de Rennes, 2001. L'auteur proposait un mandat sur inaptitude future limité à la période de pré-incapacité, instituant un mandataire provisoire investi de pouvoirs limités et chargé de saisir la justice si nécessaire ; l'activité serait exercée sous le contrôle d'une commission de protection des inaptes et des incapables.

¹⁰⁶ Celui-ci peut désormais être autorisé à conclure des actes de disposition pour le compte du majeur. Selon l'article 437 du Code civil, il peut avoir le pouvoir « d'accomplir un ou plusieurs actes déterminés, même de disposition, rendus nécessaires par la gestion du patrimoine de la personne protégée ».

¹⁰⁷ V. notamment le problème de la signature des contrats de séjour lors de l'entrée en maison de retraite. R. MOULIAS, Pour de bonnes pratiques de l'admission en institution gériatrique, Fondation Nationale de

19. Rôle primordial du professionnel. — Dans le cas du mandat notarié, le praticien doit refuser d'instrumenter dès lors qu'il constate une altération des facultés. Celle-ci doit être évidente pour avoir une incidence ¹⁰⁸. Dans le cas du mandat sous seing privé contresigné par un avocat, la même précaution peut être attendue, l'avocat devant assurer la validité et l'efficacité de l'acte ¹⁰⁹. Le risque réside donc dans le mandat sous seing privé, établi selon le modèle réglementaire, puisque nul n'est tenu de s'assurer de l'aptitude du mandant à comprendre la portée de l'acte qu'il signe. Il suffit que le mandant soit isolé pour que le mandat se transforme en piège contractuel. L'intervention d'un professionnel pouvant s'inquiéter de la capacité de fait du mandant au moment de la conclusion de l'acte, aujourd'hui facultative, paraît alors nécessaire.

L'un des moyens de préserver les intérêts du mandat eût été d'ajouter, aux conditions de formation de l'acte, un contrôle judiciaire que justifient les risques encourus. Le mandat de protection serait ainsi rendu parfait et pourrait prendre valablement effet après une homologation, comme c'est le cas par exemple pour le règlement des conséquences du divorce ¹¹⁰. Le Code civil du Québec subordonne ainsi l'exécution du mandat à son homologation par le tribunal ¹¹¹.

B. L'ouverture du mandat à certaines personnes protégées

20. Les textes. — Tous les majeurs protégés sont incapables de contracter. C'est, littéralement, le sens de l'article 1124 du Code civil ¹¹². Désormais, les seuls majeurs dont la capacité de contracter est affectée sont les majeurs sous tutelle et, partiellement, les majeurs sous curatelle. Pour la conclusion d'un mandat de protection future, la règle de capacité se trouve aménagée. Elle confirme l'exclusion du majeur sous tutelle (1) mais affirme l'admission du majeur sous curatelle ou sous sauvegarde de justice (2).

Gérontologie, Gérontologie et société n° 121, p. 237 : « *Le consentement est souvent signé sur un coin de lit sans vraie information. L'avis médical reste souvent limité à déterminer si la personne est valide, semi valide ou invalide* »

¹⁰⁸ Cass. civ. 1^{re}, 13 novembre 1997, n° de pourvoi : 95-19. 686, Bull. civ., I, n° 309, p. 211.

¹⁰⁹ Décision à caractère normatif n° 2005-003 portant adoption du règlement intérieur national (RIN) de la profession d'avocat, art. 7. 2 : « *L'avocat rédacteur d'un acte juridique assure la validité et la pleine efficacité de l'acte selon les prévisions des parties* ».

¹¹⁰ Art. 232 C. civ. Pour homologuer la convention, le juge s'assure de la volonté des contractants, de la qualité de leur consentement et de la préservation des intérêts des parties.

¹¹¹ Art. 2166 C. c. Q.

¹¹² En 1968, être protégé et être juridiquement incapable étaient deux propositions associées. Ce n'est plus le cas depuis la réforme de 2007, qui a souligné la scission.

1. L'exclusion du majeur sous tutelle

- 21. Paralysie du jeu de la représentation.** — Le droit commun de la tutelle se trouve exclu. En principe, le majeur sous tutelle est normalement représenté par son tuteur « *dans tous les actes de la vie civile* »¹¹³, sauf pour les décisions relatives à la personne ou pour les actes dont la nature implique un consentement strictement personnel¹¹⁴. En interdisant aux personnes faisant l'objet d'une mesure de tutelle de charger quelqu'un de les représenter parce qu'elles ne peuvent agir seules en raison de l'altération de leurs facultés, et en excluant qu'une telle possibilité soit accessible par la voie de la représentation par le tuteur, la réforme a dérogé au droit commun de la protection et, du même coup, créé une nouvelle incapacité spéciale de jouissance.
- 22. La révocation du mandat de protection future par le juge.** — Lorsqu'un juge des tutelles est saisi aux fins d'ouverture d'une mesure de protection, il doit, en application du principe de subsidiarité, donner prioritairement effet au mandat de protection future qui aurait été conclu antérieurement. S'il ne le fait pas, c'est par une décision motivée, et c'est à ce moment qu'il peut prononcer l'ouverture d'une tutelle. Le bien fondé du choix exprimé par le majeur avant l'altération de ses facultés est évalué lors de la procédure d'ouverture. Si la mesure de tutelle est ouverte, les demandes qui seraient fondées sur les articles 473¹¹⁵ ou 458 et 459 du Code civil¹¹⁶ ne peuvent plus prospérer. L'article 477 du Code civil pose des règles spéciales de capacité qui sont d'ordre public. Une fois que le juge a écarté le mandat de protection et que le majeur est placé sous tutelle, celui-ci n'a plus le droit de conclure un mandat de protection future. L'aptitude du majeur à prendre une décision et la conformité de celle-ci à son intérêt est considérée *in concreto* lors de l'ouverture de la tutelle. Seul le réexamen ultérieur de cette mesure et son allègement ou sa mainlevée pourront faire recouvrer ce droit.

Lorsque l'incapacité électorale frappe le majeur sous tutelle de façon systématique, il avait été jugé par la Cour de cassation que le juge ne pouvait déroger à la « *règle de droit public selon laquelle le majeur est radié de la liste électorale* »¹¹⁷ ni « *relever un majeur en tutelle de l'incapacité*

¹¹³ Art. 473, al. 1 C. civ.

¹¹⁴ Art. 458 C. civ.

¹¹⁵ Soit pour conclure au pouvoir du représentant à l'égard d'un mandat à objet exclusivement patrimonial, soit pour demander une autorisation supplétive pour que le majeur agisse seul.

¹¹⁶ Pour les décisions relatives à la personne, voire les décisions impliquant un consentement strictement personnel.

¹¹⁷ Civ. 1^{re}, 9 novembre 1982. *D.*, 1983. 388, note J. MASSIP.

électorale qui le frappe »¹¹⁸. Désormais, « *lorsqu'il ouvre ou renouvelle une mesure de tutelle, le juge statue sur le maintien ou la suppression du droit de vote de la personne protégée* »¹¹⁹. L'aptitude du majeur est donc examinée au cas par cas, à chaque ouverture ou renouvellement de mesure.

Une règle équivalente existe toujours en droit médical, puisque si le majeur sous tutelle ne peut en principe désigner une personne de confiance, le juge des tutelles peut « *soit confirmer la mission de la personne de confiance antérieurement désignée, soit révoquer la désignation de celle-ci* »¹²⁰. Il peut donc valider ou invalider un choix antérieurement exprimé par le majeur.

Dans ces trois cas, une décision de justice maintient ou supprime, confirme ou révoque, voire écarte un droit d'expression ou un choix exprimé. Le placement sous protection peut ainsi priver une personne de son droit de vote, de sa faculté d'élire une personne de confiance ou de priver d'effet la désignation antérieure de celle-ci ou d'un mandataire de protection future. Il s'agit d'une révocation, directe ou indirecte.

- 23. Une exclusion sans transition.** — Les personnes placées sous le régime de la tutelle avant la loi du 5 mars 2007 n'ont pas eu la faculté de désigner un mandataire de protection future. Il faut le constater et peut-être le regretter. Pour autant, en théorie, la situation n'est pas figée. Outre le fait que le juge peut à tout moment mettre fin à la mesure ou la modifier¹²¹, le réexamen périodique de celle-ci peut être l'occasion d'un allègement et du passage à une curatelle, dont la nature permettra d'envisager la conclusion d'un mandat pour soi. L'article 477 du Code civil évince les personnes sous tutelle de la conclusion du mandat de protection pour soi et les personnes sous curatelle ou tutelle du mandat pour autrui.

Mais il aurait pu être admis, au moins à titre transitoire, que les majeurs faisant l'objet d'une tutelle prononcée avant la loi du 5 mars 2007 puissent requérir directement l'autorisation du juge de conclure un mandat de protection future, qui aurait pu se substituer à la mesure judiciaire. Remplacer un régime de protection judiciaire par un régime conventionnel n'est pas inconcevable. Un protecteur conventionnel peut succéder à un protecteur judiciaire. Tel est le cas en matière de curatelle. L'article 477 permet au majeur placé sous le régime de la curatelle de conclure un mandat de protection future avec l'assistance de son curateur¹²².

¹¹⁸ Civ. 2^e, 7 juillet 1983. Bull. civ. II, n° 147.

¹¹⁹ Art. L. 5 C. élect.

¹²⁰ Art. L. 1111-6 C. santé publ.

¹²¹ Art. 442 C. civ.

¹²² L'acte n'est pas classé dans la liste dressée par le Décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du Code civil.

2. L'admission du majeur sous curatelle et sous sauvegarde de justice

24. La capacité de l'un est entamée et celle de l'autre est *a priori* intacte. La proposition peut être entendue autrement. Le majeur sous curatelle conserve une certaine capacité, tandis que celui qui est placé sous sauvegarde peut voir la sienne menacée.
25. **Curatelle.** — L'article 477 du Code civil permet au majeur faisant l'objet d'une mesure de curatelle de conclure un mandat avec l'assistance de son curateur. L'existence d'une mesure de protection ne fait donc pas en soi obstacle à la conclusion d'un mandat de protection future, mais la gravité de cet acte prescrit un régime spécifique.
26. **Sauvegarde.** — Le majeur sous sauvegarde est un majeur protégé mais il reste juridiquement capable de contracter. Cependant, il est notable, d'une part, que l'altération des facultés qui a justifié cette mesure temporaire ou spéciale peut fragiliser le mandat et, d'autre part, qu'une incapacité peut exister dans l'hypothèse de la désignation d'un mandataire spécial et dans le seul champ de cette désignation ¹²³. La doctrine considère justement que la période de sauvegarde est « *une période incertaine, durant laquelle on déconseillera tout mandat de protection future* » ¹²⁴. Selon le contexte, un notaire sollicité pour rédiger un mandat serait sans doute bien avisé d'attendre. Le majeur n'est toutefois pas empêché d'établir un mandat sous seing privé selon le modèle réglementaire, puisqu'il demeure capable. Dans cette hypothèse, il est seul et son acte est juridiquement valable. En pratique, il est fragile.

La Cour de cassation l'a rappelé dans un arrêt rendu en mai 2013 ¹²⁵, confirmant sa jurisprudence de janvier 2011 ¹²⁶. Dans cette affaire, une personne conclut un mandat de protection future et désigne son père en qualité de mandataire. La particularité de la situation tient à ce que, lors de la conclusion du mandat, cette personne est déjà placée sous le régime de la sauvegarde pour la durée de l'instance. En théorie, elle a donc conservé sa capacité de conclure un mandat de protection future puisque le mandat spécial confié à un mandataire judiciaire ne vise nullement cet acte. Le juge des tutelles décide d'ignorer le mandat de

¹²³ Art. 435 C. civ. : « *La personne placée sous sauvegarde de justice conserve l'exercice de ses droits. Toutefois, elle ne peut, à peine de nullité, faire un acte pour lequel un mandataire spécial a été désigné en application de l'article 437* ».

¹²⁴ Ph. POTENTIER, Mandat de protection future, J. -Cl. Civil code, art. 477 à 494.

¹²⁵ Cass. civ. 1^{re}, 29 mai 2013, n° 12-19. 851, inédit ; I. MARIA, Le mandat de protection future conclu par un majeur vulnérable : une douce illusion ? *Dr. Famille*, n° 11, novembre 2013, comm. 155 ; J. -J. LEMOULAND, D. NOGUERO, J. -M. PLAZY, *D.*, 2013. 2196 ; J. HAUSER, Mandat de protection future et mesure judiciaire, *RTD civ.*, 2013. 576 ; D. NOGUERO, Priorité de la mesure judiciaire de protection du majeur par la fin du mandat de protection future, *D.*, 2013. 1815 ; Th. VERHEYDE, Une nouvelle décision sur l'articulation entre ouverture d'une mesure de protection et conclusion d'un mandat de protection future en cours de procédure, *AJ Famille*, 2013. 510.

¹²⁶ Cité *supra*.

protection future en prononçant l'ouverture d'une mesure de curatelle. Certes, la volonté du majeur protégé n'est pas tout à fait privée d'efficacité puisque c'est la personne choisie par lui qui est finalement désignée curateur. Cette décision est attaquée mais confirmée par la cour d'appel. Le pourvoi est fondé sur la violation des articles 435, 437, 477 et 478 du Code civil, selon lesquels le principe de capacité devrait prévaloir. Pourtant, la Cour de cassation applique, de façon extensive, l'article 483, 2°, du Code civil qui dispose en substance que le mandat mis à exécution prend fin par le placement en curatelle, sauf décision contraire du juge qui ouvre la mesure. Cette décision peut interroger sur la portée du principe de subsidiarité mais le moyen ne l'invoque pas. Le recours à l'article 428 et la motivation de la mise à l'écart du mandat conclu auraient toutefois évité l'ambiguïté. Un mandat sous seing privé avait bien été « conclu », au sens de l'article 428 du Code civil. Les parties l'avaient signé au mois de novembre 2010. Il ne semble cependant pas qu'il ait pris effet dans les conditions de l'article 481 du Code civil. Un certificat médical circonstancié avait été établi, attestant de l'existence de troubles du spectre autistique justifiant le prononcé d'une curatelle. Il aurait pu être produit avec le mandat mais ces documents n'ont manifestement pas été présentés au greffe ni, *a fortiori*, visés par lui. Les motifs de la cour d'appel, reproduits par le moyen, indiquent effectivement que « *les dispositions de l'article 481 du Code civil n'ont pas été respectées* ». Dès lors, l'application de l'article 483, 2°, visant le mandat « *mis à exécution* » est discutable. Selon certains commentateurs, ce texte est « *toute bonnement inapplicable* » aux « *hypothèses de mandats non effectifs* »¹²⁷. Cette position orthodoxe conduit à penser que la Cour de cassation pourrait poursuivre un autre objectif, tel que la mise en évidence de la contradiction entre affirmation du maintien de la capacité juridique¹²⁸ et négation des effets de la volonté légalement exprimée¹²⁹, ou encore de l'incohérence qu'il y a à faire disparaître un mandat du fait de l'ouverture d'une curatelle alors même qu'une personne sous curatelle peut valablement conclure un mandat de protection future¹³⁰. C'est plutôt l'insanité d'esprit qui aurait pu s'imposer comme raison de douter de la validité de l'acte car le certificat, datant de 2009, était antérieur à la conclusion du mandat de protection future.

L'assistance prévue dans le cas de la curatelle est un moyen de venir au soutien de la volonté du majeur en veillant à ce qu'elle n'aille pas à l'encontre de son intérêt. Il serait

¹²⁷ I. MARIA, Le mandat de protection future conclu par un majeur vulnérable : une douce illusion ?, *Dr. Famille*, n° 11, novembre 2013, comm. 155.

¹²⁸ Art. 435 (selon lequel « *la personne placée sous sauvegarde de justice conserve l'exercice de ses droits* ») et art. 477 C. civ. prévoyant un régime de représentation.

¹²⁹ Art. 483, 2° C. civ.

¹³⁰ Souligné par J. MASSIP, Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs, Defrénois, 2009, n° 568.

cohérent de doter l'article 477 du Code civil d'un alinéa prévoyant que le majeur faisant l'objet d'une sauvegarde de justice peut conclure un mandat de protection future avec l'assistance d'un mandataire spécial désigné par le juge des tutelles. Une telle précaution suffirait dans le cadre du mandat pour soi et assurerait une égale protection aux majeurs sous curatelle et aux majeurs sous sauvegarde.

Le mandant ne stipule pas toujours pour lui. Il est habilité par la loi, dans des cas qu'elle énumère et encadre, à stipuler pour autrui. Un encadrement plus strict semble alors justifié.

§2. LA DISSOCIATION DES QUALITES DE MANDANT ET DE BENEFICIAIRE : LE MANDAT POUR AUTRUI

27. **Intention du législateur.** — Le vœu traduit par la réforme du 5 mars 2007 est « *que les parents d'un enfant handicapé pourront passer un tel mandat pour organiser la protection de leur enfant le jour où ils ne seront plus en état de l'assumer eux-mêmes. Grâce à ce nouvel instrument juridique fondé sur la volonté individuelle des parents, on pourra éviter l'ouverture d'une tutelle judiciaire privative de droits et la famille demeurera le lieu naturel de la protection et de l'accompagnement de la personne malade ou handicapée* »¹³¹. Cette possibilité provoque une disjonction des qualités qui se présente comme le prolongement de la mission parentale (A) et porte une exception au principe de la relativité des conventions (B).

A. Le prolongement de la mission parentale

28. La réalisation du vœu formé par le législateur conduit à distinguer le mandant du bénéficiaire. Dans le mandat pour autrui, le mandataire est choisi par le ou les parents. Pour procéder à cette désignation, les parents doivent répondre à l'exigence de capacité civile. Les textes ne disent pas expressément qu'ils sont les mandants, mais ils prévoient que ceux-ci peuvent désigner un mandataire pour leur enfant. La loi les habilite ainsi à contracter pour autrui et crée une nouvelle exception à l'article 1119 du Code civil. Ce nouveau pouvoir affirme ou réaffirme la vigueur du principe de solidarité familiale. C'est une liberté dans laquelle transparait le rappel de ce que la protection des majeurs est avant tout une charge des familles. Le mandat pour autrui est un instrument contractuel qui incite et permet aux familles d'organiser la prise en charge des leurs, selon leur souhait. Le bénéficiaire du mandat est potentiellement une personne qui se trouve dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses

¹³¹ M. le Garde des Sceaux, Assemblée nationale, troisième séance du mardi 16 janvier 2007, JO AN, Année 2007, n° 4 [3] A. N. (C. R.), p. 339.

intérêts en raison d'une altération de ses facultés ¹³². Il ne peut être que l'enfant mineur sur lequel le mandant exerce l'autorité parentale (1) ou l'enfant majeur dont le mandant assume la charge matérielle et effective (2).

1. L'enfant mineur soumis à l'autorité parentale du mandant

- 29. Le temps du mandat.** — Le mandat de protection future est une mesure de protection des majeurs. Il peut sembler insolite, à première vue, que le mandat puisse concerner une personne mineure. Il faut distinguer entre le moment de la conclusion du mandat et celui de son exécution. Si les parents peuvent conclure un acte pour leur enfant mineur, c'est en prévision du temps de sa majorité. Cela est précisé indirectement par l'article 477 du Code civil qui énonce que les parents peuvent désigner un représentant pour leur enfant « *pour le cas où cet enfant ne pourrait plus pourvoir seul à ses intérêts pour l'une des causes prévues à l'article 425* ». L'article 425 du Code civil est le premier du chapitre du Code civil intitulé « *Des mesures de protection juridique des majeurs* ».
- 30. Le droit des parents.** — Le mandant peut conclure un mandat au bénéfice de son enfant mineur dès lors qu'il a conservé sur lui l'exercice de l'autorité parentale. Les personnes à qui l'autorité parentale est retirée ne peuvent exercer les charges de la tutelle ¹³³. La déchéance suppose une défaillance, une conduite fautive des parents, qui justifie qu'ils soient écartés de façon générale des charges tutélaires. La question diffère donc de celle de l'exercice des charges tutélaires par les parents. Il s'agit seulement de désigner celui ou celle qui exercera de telles charges. Au-delà de la légitimité des parents à intervenir directement, le texte recherche donc leur aptitude à désigner le protecteur futur de leur enfant, à organiser seuls son avenir. Un parent peut notamment être privé de l'exercice de l'autorité parentale s'il est « *bors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autre cause* » ¹³⁴. En pareil cas, son choix paraît fragile. Cette restriction peut-être rapprochée des conditions de la tutelle testamentaire.
- 31. Des protections complémentaires et successives.** — Cette possibilité entre apparemment en concurrence avec l'institution de la tutelle testamentaire. Pour la doctrine, cette tutelle « *traduit une survie post-mortem de l'autorité parentale* » ¹³⁵. L'article 403 du Code civil

¹³² Art. 477 C. civ. : « *pour l'une des causes prévues à l'article 425* ».

¹³³ At. 395 C. civ.

¹³⁴ Art. 373 C. civ.

¹³⁵ Ph. MALAURIE, Droit civil : les personnes. La protection des mineurs et des majeurs, 7^e édition, LGDJ, 2014, n° 632.

confère au dernier vivant des père et mère le droit de choisir un tuteur pour son enfant. La loi investit de ce droit « *le parent qui a conservé, au jour de son décès, l'exercice de l'autorité parentale* ». Concernant le mandat de protection future, la question du maintien de l'autorité parentale au décès du parent ne se pose pas. Par hypothèse, le mandat prend effet alors que l'autorité parentale est éteinte. D'autres différences entre ces deux institutions sont notables. D'abord, ces deux mesures d'anticipation n'ont pas le même champ : la tutelle testamentaire est une mesure qui s'exercera durant la minorité ; le mandat de protection future est une mesure qui s'exercera durant la majorité. Ensuite, dans la tutelle testamentaire, le droit des parents est individuel, tandis que dans le mandat de protection future, les parents sont conjointement titulaires du droit de désigner un mandataire ¹³⁶. Enfin, le mandataire accepte sa mission dès la conclusion de l'acte, ce qui n'est pas le cas dans la tutelle testamentaire, qui laisse du même coup subsister davantage d'incertitudes ¹³⁷. Lors de la minorité de l'enfant, ces deux mesures d'anticipation sont à la disposition des parents pour couvrir les périodes successives de sa vie.

2. L'enfant majeur dont le mandant assume « la charge matérielle et affective »

- 32. L'intervention pour un tiers majeur.** — Cette possibilité est un instrument au service des parents d'enfant en situation de handicap. Si l'enfant majeur n'est pas placé sous le régime de la tutelle, il est juridiquement capable de conclure seul un mandat le concernant. En principe, chacun, eu égard à sa liberté et à son indépendance, ne peut conclure de contrat que pour soi. Il arrive souvent que des parents exercent une tutelle de fait sur leur enfant majeur, justifiée par son état de santé ou son handicap. Les enfants atteignent la majorité à 18 ans mais l'âge de 20 ans reste retenu comme critère de passage décisif entre les établissements et services pour enfants en situation de handicap et ceux s'adressant aux

¹³⁶ La lettre de l'article 477 du Code civil reconnaît le droit individuel du parent survivant, comme le fait l'article 403 lorsque l'enfant est mineur. Dans ce dernier cas, le droit du parent survivant est de nature testamentaire, il s'agit d'un droit individuel en raison de la prohibition du testament conjonctif (art. 968 C. civ.). Le texte relatif au mandat de protection future crée quant à lui un mandat conjonctif, qui impose l'expression de deux volontés ne pouvant *a priori* être dissociées. Le désaccord entre les parents ferait faire obstacle à la conclusion du mandat.

¹³⁷ Art. 403 C. civ., al. 3 et 4 : « Elle (la désignation) s'impose au conseil de famille à moins que l'intérêt du mineur commande de l'écartier. Le tuteur désigné par le père ou la mère n'est pas tenu d'accepter la tutelle ».

adultes ¹³⁸. Un texte de 1989, dit « amendement Creton » ¹³⁹, permet en outre le maintien dans les structures pour enfants des adultes n'ayant pu trouver de solution adaptée à leur situation. Un tel maintien est assez fréquent. En 2001, il concernait 4 000 jeunes adultes ¹⁴⁰. Ce nombre a progressé pour atteindre 6 350 à la fin de l'année 2010 ¹⁴¹. La phase de transition peut donc être longue et les parents ont tendance à ne pas modifier leurs habitudes. Le mandat pour autrui permet la validation juridique d'un contrat conclu pour autrui sans expression de sa volonté.

- 33. La concurrence avec le droit propre de l'enfant majeur.** — L'enfant majeur dont la capacité n'est pas affectée est en droit de conclure un mandat de protection future en qualité de mandant, dès lors qu'il n'est pas sous tutelle. Une concurrence existe donc virtuellement entre deux mandats de protection future, l'un conclu par le parent de l'enfant majeur et l'autre conclu par l'enfant majeur lui-même. Malgré cela, la priorité paraît devoir être donnée aux souhaits exprimés par l'intéressé lui-même. Si l'enfant est déjà sous une protection de fait en raison de sa vulnérabilité, il a pu exprimer une volonté contraire à celle de ses parents, mais surtout contraire à ses propres intérêts. En l'absence de publicité organisée des mandats conclus, la concurrence des contrats peut être ignorée et ne se révéler qu'au moment de leur mise en œuvre. Il reste qu'il n'y a pas davantage de publicité des mandats ayant pris effet, et que deux mandats pourraient en théorie être successivement visés par le greffe. Tout intéressé, y compris le bénéficiaire, devrait saisir le juge sur le fondement de l'article 484 du Code civil, qui permet notamment de contester la mise en œuvre du mandat. Le mandat pour autrui étant destiné à des enfants lourdement handicapés, cette concurrence restera sans doute plus virtuelle que réelle.

Le législateur s'est pourtant interrogé sur la concurrence possible entre deux mandats de protection, l'un conclu par le majeur, l'autre conclu pour lui par ses parents. Un amendement a été déposé, tendant à insérer un alinéa à l'article 477 du Code, ainsi rédigé : « *en cas de concurrence entre deux mandats conclus respectivement au titre du premier et du troisième alinéa, le mandat conclu au titre du premier alinéa l'emporte* » ¹⁴². Cet amendement a été retiré, les parlementaires

¹³⁸ Une étude récente fait état de ces situations et montre la difficulté de la transition : ARS Bretagne, CREAI de Bretagne. Étude régionale « Jeunes de plus de 20 ans », Synthèse, septembre 2012.

¹³⁹ Art. 22 de la Loi n° 89-18 du 13 janvier 1989.

¹⁴⁰ Direction de la Recherche des Études de l'Évaluation et des Statistiques (DREES). Études et résultats n° 390, avril 2005.

¹⁴¹ Rapport Inspection générale des finances et Inspection générale des affaires sociales, Établissements et services pour personnes handicapées, Offres et besoins, modalités de financement, octobre 2012.

¹⁴² Amendement n° 121, présenté par Mme Bernadette DUPONT. Sénat, séance du 15 février 2007.

souhaitant que le juge tranche en cas de conflit. Cette intervention du juge est peut-être souhaitable, mais elle demeure hypothétique car elle suppose sa saisine.

Si l'enfant majeur est déjà placé sous le régime de la tutelle, il ne peut pas conclure lui-même de mandat de protection future. Par le jeu de l'article 477 du Code civil, ses parents peuvent encore en conclure un pour lui. Ainsi, ce qu'une personne n'a pas le droit de faire pour elle-même, et qu'elle ne peut pas être autorisée à faire elle-même ¹⁴³, une autre peut le faire pour elle. Cette réalité peut apparaître comme une remise en cause indirecte de l'interdiction faite au majeur sous tutelle, mais c'est surtout le moyen, pour un ou des parents déjà désignés en qualité de tuteurs par le juge, d'organiser conventionnellement leur succession auprès de leur enfant. La mesure de tutelle survit au décès ou à l'incapacité du tuteur. Il convient de procéder à son remplacement parce que la mesure ne prend pas fin ¹⁴⁴. L'existence d'un mandat pour autrui peut à ce moment justifier une mainlevée. Un tuteur judiciaire n'est plus nécessaire : il doit céder la place au mandataire.

- 34. La détermination du parent qui assume la charge matérielle et affective.** — Dans le cas de l'enfant majeur, le mandant ne peut être que le parent qui assume sa charge matérielle et affective. La notion de charge matérielle et affective n'est pas définie. Du côté des règles fiscales, sont considérés à charge les enfants du contribuable âgés de moins de dix-huit ans ou infirmes sans revenu propre ¹⁴⁵ et les enfants titulaires de la carte d'invalidité vivant au domicile ¹⁴⁶. Les textes visent donc deux catégories d'enfants : ceux qui n'ont pas de revenu propre (s'ils sont en situation de handicap, cela signifie *a priori* qu'ils ne subissent pas de restriction substantielle et durable d'accès à l'emploi suffisante pour ouvrir droit à l'allocation aux adultes handicapés) et ceux dont le taux d'incapacité est supérieur ou égal à 80 %, même s'ils ont un revenu propre. Pour l'obtention des prestations familiales, le Code de la sécurité sociale tient en principe compte de l'âge et du niveau de revenu éventuel de l'enfant. Ce Code

¹⁴³ V. *supra*, n° 21.

¹⁴⁴ Les causes de fin des mesures de protection sont énoncées limitativement à l'article 443 C. civ. : il s'agit du défaut de renouvellement, de l'échéance de la mesure, de la mainlevée, du décès du majeur protégé ou de sa résidence hors du territoire national.

¹⁴⁵ Article 196 CGI : « sont considérés comme étant à la charge du contribuable, que celle-ci soit exclusive, principale ou réputée également partagée entre les parents, à la condition de n'avoir pas de revenus distincts de ceux qui servent de base à l'imposition de ce dernier : 1° Ses enfants âgés de moins de 18 ans ou infirmes ; 2° Sous les mêmes conditions, les enfants qu'il a recueillis à son propre foyer ».

¹⁴⁶ Article 196 A bis CGI : « Tout contribuable peut considérer comme étant à sa charge, au sens de l'article 196, à la condition qu'elles vivent sous son toit, les personnes titulaires de la carte d'invalidité prévue à l'article L. 241-3 du Code de l'action sociale et des familles ».

utilise la notion de « *charge réelle et continue* »¹⁴⁷. L'absence de ressources personnelles ou l'impossibilité de s'en procurer, le fait pour l'enfant de vivre sous le toit de ses parents, sont des critères qui mettent au premier plan la dimension matérielle. Ces exemples sont autant d'indications permettant de caractériser la notion d'enfant à charge. Le mandat de protection intègre sans doute tous ces éléments et leur ajoute un élément affectif. Au plan linguistique, est affectif ce « *qui inspire de l'affection, qui émeut, qui touche l'âme* »¹⁴⁸ ou, plus génériquement, « *qui concerne les affects, les sentiments* »¹⁴⁹. La charge affective paraît assez difficile à définir de façon utile sur le plan juridique. Elle concerne la part psychologique de la charge assumée par les parents, leur vécu de la situation, leur conscience de devoir apporter une aide à leur enfant. La vocation du mandat est donc d'être un instrument au service des parents qui prennent en charge matériellement et psychologiquement leur enfant afin d'organiser leur succession dans leur fonction d'aide.

35. L'appréciation de la situation de fait. — Sans définition juridique expresse du « *parent qui assume la charge matérielle et affective* », l'appréciation de fait peut prendre une certaine importance. La loi ne dit pas à qui il reviendra de vérifier ce qui est posé comme une condition de conclusion du mandat pour autrui. Le notaire appelé à rédiger le mandat est le premier et peut-être le seul à avoir un aperçu de la situation. Il se peut qu'il ne connaisse pas la famille. Il ne dispose pas de moyens d'investigation.

Il peut être constaté qu'en droit, la charge affective reste une notion dépourvue de contours précis. Elle ne peut être que largement présumée. La loi ne précise pas davantage le moment auquel cette charge doit être assumée par les parents. Le moment de la conclusion paraît seul visé. Ni le notaire ni le greffier n'ont, selon les textes, à vérifier que cette condition est effectivement remplie et il n'y aura pas lieu à cette vérification non plus lors de la prise d'effet du mandat.

En fait, la notion de charge affective a une existence et une consistance qui sont aussi diverses que complexes. Des travaux ont été menés afin de permettre son évaluation. Parmi ces travaux, l'échelle de ZARIT¹⁵⁰, ou inventaire du fardeau, propose une vingtaine d'énoncés qui permettent de révéler et de mesurer le fardeau de ceux qui prennent soin des autres¹⁵¹.

¹⁴⁷ V. notamment, art. L. 512-3 et art. R. 861-2 CSS.

¹⁴⁸ LITTRE, Dictionnaire de la langue française, V° Affectif.

¹⁴⁹ LE ROBERT, Dictionnaire pratique de la langue française, V° Affectif.

¹⁵⁰ ZARIT, S. -H., ZARIT, J. -M., The memory and behavior problems checklist and the burden interview, Document technique, University Park PA, Pennsylvania. Échelle reproduite in L. HUGONOT-DIENER (Dir.), Grémoire : tests et échelles de la maladie d'Alzheimer et des syndromes apparentés, Marseille, Solal, 2008 (GRECO : groupe de réflexion sur les évaluations cognitives).

¹⁵¹ Le fardeau trouvera sa place parmi des catégories allant de « absent » à « sévère ».

Ce fardeau éprouvé, nécessairement subjectif, dépend de différents facteurs, liés aux ressources psychologiques ou sociales de celui qui apporte une aide à une personne vulnérable. Il est tenu compte du ressenti, de la fatigue, de l'isolement, ou de la dépression de l'aidant. La notion de charge affective, si lourde de sens pour les personnes concernées, reste malgré tout peu opératoire en droit.

36. La justification de l'intervention pour un enfant majeur. — Le problème juridique posé par le mandat pour autrui à l'égard d'un enfant majeur est celui de sa justification. Après avoir admis la survivance de devoirs des parents au-delà de la majorité, le Code civil admet avec ce nouveau contrat la survivance d'un droit des parents sur l'organisation de la vie de leur enfant.

L'obligation d'entretien et d'éducation qui pèse sur chacun des parents ne prend pas fin de plein droit à la majorité de l'enfant ¹⁵². La jurisprudence de la Cour de cassation, selon laquelle aucune disposition légale ne limite à la minorité l'obligation d'entretien des père et mère ¹⁵³, a été confirmée par la loi en 2002.

Le fait que l'enfant ne soit pas indépendant financièrement suffit au maintien de l'obligation d'entretien. Ce maintien est particulièrement fondé en cas de maladie de l'enfant majeur ¹⁵⁴. Lorsque l'enfant n'est pas indépendant en fait, les parents doivent l'aider et peuvent maintenant agir juridiquement, en prenant des dispositions pour son avenir.

Si le majeur sous tutelle ne peut conclure de mandat pour lui-même, ses parents conservent *a priori* le droit d'en conclure un pour lui. La capacité appréciée est la leur, non celle de leur enfant souffrant d'une altération de ses facultés. Ils peuvent ainsi prévoir leur propre remplacement s'ils ont déjà été désignés comme tuteurs. Si la loi n'interdit pas ce mandat, elle pose en revanche la question de la légitimité d'une décision prise par des parents qui auraient été écartés personnellement de la tutelle en raison de leur inaptitude ou de leur négligence.

Le mandat pour autrui crée une situation dans laquelle une personne majeure se voit représentée par une personne qu'elle n'a pas désignée mais qui a le pouvoir de passer des actes qu'elle a la capacité de faire seule. Le mandat de protection future porte là une vive estocade à l'article 1119 du Code civil, qui dispose que l'on « *ne peut, en général, s'engager, ni stipuler en son propre nom, que pour soi-même* ».

¹⁵² C. civ., art. 371-2, al. 2, réd. L. n° 2002-305 du 4 mars 2002.

¹⁵³ Cass. civ. 2^e, 12 juillet 1971, *D.*, 1971. 689, Bull. civ. II, n° 254, *RTD civ.*, 1972. 384, obs. NERSON, *Gaz. Pal.*, 1971. 2. 804 ; Cass. civ. 2^e, 8 février 1989, Bull. civ. II, n° 31, *D.*, 1989, IR 55, *Deffrénois* 1989, art. 34625, obs. J. MASSIP.

¹⁵⁴ Cass. civ. 2^e, 12 juillet 1971, précité.

B. L'exception à l'effet relatif des conventions

37. Le mécanisme du mandat pour autrui rappelle celui de la stipulation pour autrui, seule exception jusque-là admise par le Code civil au principe de la relativité des conventions. Le mandat de protection future pour autrui semble à première vue pouvoir s'inscrire dans ce cadre mais, s'il respecte l'esprit de la stipulation pour autrui, il n'en épouse pas tout à fait les règles. Le mandat confronte la difficulté d'agir pour autrui à celle d'agir avec autrui. Pour en avoir la maîtrise, il faut comprendre comment il fonctionne, de la formation à la prise d'effet (1), et s'interroger sur le mandat devenu effectif ¹⁵⁵ (2).

1. De la formation à la prise d'effet

38. ***Nemo alteri stipulari potest.*** — L'article 1119 du Code civil traduit un adage du droit romain qui prévoit que l'on ne peut en principe stipuler que pour soi. Des exceptions sont néanmoins admises et l'article 1121 du Code civil, inchangé depuis 1804, permet de stipuler au profit d'un tiers sous certaines conditions ¹⁵⁶. La stipulation pour autrui peut être définie comme « *un contrat dont l'originalité réside en ce que l'un des contractants promet à l'autre d'exécuter une prestation en faveur d'un tiers* » ¹⁵⁷.

Le mandat pour autrui est une nouvelle exception à l'article 1119 du Code civil. La doctrine a dénoncé le fait que ni la volonté ni la liberté du bénéficiaire ne sont prises en compte dans le mandat pour autrui. Ce contrat est fondé sur « *l'intérêt présumé* » et « *la volonté d'autrui* » ¹⁵⁸. Toute personne se gouverne en principe elle-même et certains auteurs ont estimé que le mandat heurtait le principe de dignité humaine ¹⁵⁹. C'est la raison pour laquelle ce dispositif est très encadré. Sous certains aspects, il se rapproche de la stipulation pour autrui et, sous d'autres aspects, il s'en distingue.

39. **La stipulation-condition.** — L'article 1121 du Code civil précise que la stipulation pour autrui est une condition d'une stipulation pour soi ou d'une donation. À s'en tenir à cet

¹⁵⁵ Le mandat de protection future n'est pas exécutoire dès sa formation. Les obligations ne sont exigibles qu'à partir de la réalisation de la condition suspensive d'altération des facultés.

¹⁵⁶ « *On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer si le tiers a déclaré vouloir en profiter* ».

¹⁵⁷ B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, Obligations, 2. Contrat, Paris, Litec, 1993, n° 1304.

¹⁵⁸ D. FENOUILLET, Le mandat de protection future ou la double illusion, Defrénois 2009, n° 38882, p. 142.

¹⁵⁹ Ph. POTENTIER, Mandat de protection future, J. -Cl. Civil code, art. 477 à 494 : « *Comment peut-on effectivement imaginer que l'on puisse désigner un mandataire pour quelqu'un d'autre que soi-même, en raison du principe de la dignité de tout être humain, conduisant à se gouverner soi-même ?* ».

énoncé, le mandat n'apparaît pas ainsi. Le mandant ne stipule pas pour lui-même et il ne fait pas non plus de donation au promettant. Le mandat de protection est directement un acte pour autrui. Tout le monde ne peut pas conclure un tel acte, seuls les protecteurs naturels les plus proches ont ce pouvoir.

La jurisprudence a fait depuis longtemps évoluer la définition de la stipulation pour autrui. Il est maintenant admis que l'intérêt du stipulant peut être moral ¹⁶⁰ et que la stipulation pour autrui n'est plus aujourd'hui nécessairement considérée comme l'accessoire d'un autre contrat. Si le mandant ne stipule pas pour lui-même, s'il n'exige rien en sa faveur, il a en effet un intérêt personnel à ce que le mandataire exécute ses obligations en faveur du bénéficiaire. Les conditions du mandat et de la stipulation pour autrui se rejoignent alors sans se contredire. Dans le mandat de protection future, la condition de l'intérêt personnel est présumée remplie parce que le mandant cherche à protéger son propre enfant.

40. La stipulation-protection. — La relativité des conventions est un principe protecteur de l'indépendance juridique des personnes. On ne peut, par la stipulation pour autrui, faire bénéficier le tiers d'un droit qu'on ne pourrait lui conférer directement ¹⁶¹. Des parents ne peuvent pas s'improviser représentants de leur enfant majeur sans recourir à la justice, sauf à se comporter en gérants d'affaires. Depuis la réforme, la loi leur permet de constituer une représentation valable par voie de convention avec un tiers, sans devoir saisir le juge des tutelles.

41. L'efficacité de l'acte hors consentement du bénéficiaire. — Dans la stipulation pour autrui, un droit est donné mais il n'est reçu que si le bénéficiaire l'accepte. Cette opération permet de préserver la liberté et l'indépendance du bénéficiaire. Le mandat diffère de cette solution parce que le droit donné, la protection offerte, ne fait pas l'objet d'une acceptation par le bénéficiaire. Ce dernier n'est pas obligatoirement présent lors de l'élaboration de la convention, il peut même être absent lors de sa prise d'effet ¹⁶² et son acceptation n'est pas requise. Son consentement n'est pas nécessaire.

Cette réalité tranche avec l'exigence d'un procès équitable et l'application du principe du contradictoire aux audiences relatives à la protection judiciaire des majeurs. En effet, il n'est

¹⁶⁰ Cass. Ch. Civ., 16 janvier 1888, *D.*, 1888, p. 77 : « *le profit moral résultant des avantages faits aux personnes désignées suffit pour constituer un intérêt personnel dans le contrat* ».

¹⁶¹ V. Civ. 1^{re}, 8 octobre 1957, *Bull. civ. I*, n° 359, p. 289 ; *D.*, 1958, 317, note ESMEIN ; 3 février 1976, *Bull. civ. I*, n° 51.

¹⁶² Art. 1258-1 CPC : « *le mandataire se présente en personne au greffe du tribunal d'instance dans le ressort duquel réside le bénéficiaire du mandat, accompagné de ce dernier, sauf s'il est établi, par certificat médical, que sa présence au tribunal est incompatible avec son état de santé* ».

pas concevable qu'une mesure de curatelle ni de tutelle puisse être prononcée sans que l'intéressé ait pu prendre connaissance des pièces et ait eu la possibilité d'être présent à l'audience ¹⁶³. Son audition est obligatoire ¹⁶⁴ et constitue une formalité substantielle d'ordre public. En revanche, le mandat pour autrui est valable dans son principe dès sa conclusion. Son efficacité apparaîtra ultérieurement, lors de la réalisation des conditions posées par la loi. D'une façon similaire, la stipulation pour autrui est valable en dehors du consentement du bénéficiaire, qui n'est pas une condition d'existence de la stipulation, mais qui reste une condition de son efficacité.

- 42. Justification théorique de la stipulation pour autrui.** — Plusieurs théories ont été émises pour expliquer la stipulation pour autrui. La théorie de la gestion d'affaires est de celles-ci. Elle peut éclairer l'analyse du mandat pour autrui. Le mandant agit dans l'intérêt d'un tiers. Pour le compte de son enfant, il conclut un contrat que celui-ci aurait pu conclure personnellement et directement, à condition de ne pas être sous tutelle ¹⁶⁵. Le mandat pour autrui présente des spécificités qui le rendent difficilement rattachable à des catégories connues.

Dans le mandat pour autrui, l'acceptation du bénéficiaire, qui peut opérer comme une ratification, n'est pas requise. La loi donne effet au mandat dès lors que l'altération des facultés est médicalement attestée. L'acceptation se trouve remplacée par la procédure de prise d'effet. L'établissement du certificat médical et l'accomplissement de la formalité au Greffe rendent exécutoire le régime de protection prévu et mettent en relation effective le mandataire et le bénéficiaire.

Par ailleurs, ce qui faisait écarter l'analyse de la stipulation pour autrui comme une gestion d'affaires était, notamment, que la révocabilité était dépourvue de sens et de fondement. Dans le mandat pour autrui, rien n'est fait avant les formalités de prise d'effet. L'acte conclu pour autrui ne produit ses effets qu'à certaines conditions. C'est pourquoi le mandant peut révoquer le mandat, tout comme le stipulant peut révoquer la stipulation jusqu'à l'acceptation du bénéficiaire. La qualification de l'acte permettrait une meilleure connaissance de son

¹⁶³ L'art. 6. 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme est applicable à la procédure de placement sous protection. Cass. civ. 1^{re}, 13 juillet 2004, n° 01-14. 506. Bull. civ. I, n° 205 ; *D.*, 2006. 1571, obs. J. - M. PLAZY ; *AJ Famille*, 2004. 367, obs. L. ATTUEL-MENDES ; *RTD civ.*, 2004. 716, obs. J. HAUSER.

¹⁶⁴ Art. 432 C. civ.

¹⁶⁵ Or il se peut que l'enfant soit sous tutelle. Du coup, ses parents peuvent encore organiser sa protection pour l'avenir. Ce n'est pas le majeur sous tutelle qui fait un acte de prévision mais ce sont ses parents qui le font pour lui.

régime et, par suite, favoriserait une plus grande prévisibilité contractuelle ¹⁶⁶. Dans la stipulation pour autrui, la transmission du droit de révocation aux héritiers du stipulant est discutée ¹⁶⁷ mais elle a déjà été admise par la Cour de cassation ¹⁶⁸. Cette transmission ne devrait pas avoir lieu en matière de mandat, le décès du stipulant opérant comme une condition qui permet la mise en œuvre du mandat. Mais la prise d'effet n'a lieu qu'après accomplissement des formalités. Il existerait donc une période entre le décès du mandant et la prise d'effet du mandat, dans laquelle le droit de révocation est neutralisé. Le Code civil dispose que la « *désignation prend effet à compter du jour où le mandant décède ou ne peut plus prendre soin de l'intéressé* ». Cette disposition paraît contraire aux règles du Code de procédure civile, qui prévoient l'accomplissement de formalités « *pour la mise en œuvre du mandat* » et qui fixent la prise d'effet à la date de présentation au greffe, sous certaines conditions ¹⁶⁹, à moins qu'il ne faille distinguer entre désignation du mandataire et prise d'effet du mandat.

Dans le cadre de la gestion d'affaires, le gérant peut être tenu de poursuivre ce qu'il a commencé, tandis qu'avant la prise d'effet du mandat, le mandataire n'agit pas et peut même révoquer le mandat. Dans le cadre d'une stipulation pour autrui, le promettant n'a pas de droit de révocation, tandis que le mandataire de protection future en a un, ce qui fragilise le projet du mandant et la protection du bénéficiaire. Ce ne sont pas les seuls points de divergence. La jurisprudence à venir pourrait, par exemple, apporter des réponses sur la question de savoir si le mandataire n'est pas tenu d'obligations envers le bénéficiaire avant la prise d'effet. En réalité, dès lors que le mandataire ne renonce pas au mandat, il est engagé par lui. Puisqu'il a le pouvoir de saisir le greffe pour donner effet au mandat, n'en a-t-il pas le devoir ? C'est de lui que l'on attend la mise en œuvre du régime de protection. Ne faut-il pas, pour cela, qu'il se tienne informé régulièrement de la situation du mandant ? Un raisonnement par analogie incite à répondre par l'affirmative. En matière de sauvegarde de

¹⁶⁶ La prévisibilité exprime un aspect de l'impératif de sécurité juridique qui, s'il ne peut être érigé en principe général du droit, se présente comme l'une de ses exigences fondamentales. V. A. CRISTAU, *L'exigence de sécurité juridique*, D., 2002. 2814. La stabilité du contrat peut être envisagée comme la réalisation de son objet. V. A. MARTINON, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, Dalloz, 2005 (Nouvelle Bibliothèque de Thèses) : l'auteur parle de « *stabilité-finalité* ». Le contrat est alors plus un fait social que l'expression de la volonté, dont les répercussions doivent être prises en compte. DEMOGUE le formulait en écrivant que, « *ayant voulu d'une certaine façon aujourd'hui, je ne puis vouloir le contraire demain sans léser les tiers qui ont pu tenir compte de ma conduite pour régler la leur* » (R. DEMOGUE, *Le traité des obligations en général*, A. Rousseau, T. 7, 1933, n° 709, p. 76).

¹⁶⁷ AUBRY et RAU, se prononçaient pour (Cours de droit civil français, t. 4, 6^e éd. par E. Bartin, éd. technique, 1942, §343, p. 453), tandis que MARTY et RAYNAUD se prononçaient contre, en considération du caractère personnel de la stipulation pour autrui (Les obligations : Les sources, t. I : 2e éd. 1988, n° 290).

¹⁶⁸ Cass. req., 22 juin 1859. DP 1859, 1, p. 385 ; S. 1861, 1, p. 151.

¹⁶⁹ Art. 1258 et s. CPC.

justice en effet, « ceux qui ont qualité pour demander l'ouverture d'une curatelle ou d'une tutelle sont tenus d'accomplir les actes conservatoires indispensables à la préservation du patrimoine de la personne protégée dès lors qu'ils ont connaissance tant de leur urgence que de l'ouverture de la mesure de sauvegarde »¹⁷⁰. L'obligation vaut pour les personnes qui hébergent l'intéressé¹⁷¹. Dans l'intervalle qui va de la conclusion du mandat à sa prise d'effet, le mandataire doit sans doute exercer une veille, ce qui tendrait à rapprocher le mandat de la gestion d'affaires mais aussi de la stipulation pour autrui, dans le sens où, faute de renoncer au mandat, le mandataire se trouverait déjà tenu de cet engagement *a minima*.

En conclusion, s'il y a des rapprochements possibles avec d'autres mécanismes, le mandat pour autrui apparaît surtout comme un contrat autonome. Il est doté d'un régime qui ne peut être expliqué par le seul recours à des modèles connus. C'est d'autant plus évident lorsque l'on envisage les droits et obligations de chacun à compter de la prise d'effet.

2. À compter de la prise d'effet

- 43. La triple incidence de la prise d'effet.** — « *La prise d'effets est au contrat ce que l'entrée en vigueur est à la loi* »¹⁷². La prise d'effet du mandat de protection future opère ici un peu comme l'acceptation par le bénéficiaire de la stipulation pour autrui. Dès ce moment, le mandant¹⁷³ comme le mandataire ne peuvent revenir sur leur engagement, que ce soit pour le modifier ou, *a fortiori*, pour le rompre. Pour agir en ce sens, il faut requérir l'intervention du juge des tutelles. La prise d'effet a une incidence sur trois rapports de droit.
- 44. Lien entre le bénéficiaire et le mandataire.** — Le bénéficiaire n'est pas partie au mandat de protection ; il n'est pas l'auteur d'une déclaration de volonté concourant à la formation du contrat.

Après avoir admis que les parents puissent contracter pour autrui, il faut maintenant aborder les conséquences de leur acte, qui sont contraires à l'article 1165 du Code civil, selon lequel « *les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121* ». Soit le mandat de protection future est une stipulation pour autrui d'un type particulier, soit il est une exception nouvelle à l'article 1165. En effet, le bénéficiaire a un droit direct contre le mandataire. Il est en droit d'attendre des

¹⁷⁰ Art. 436, al. 3 C. civ.

¹⁷¹ *Idem*.

¹⁷² Th. REVET, La prise d'effets du contrat, *RDC*, 2004. 29.

¹⁷³ Selon l'art. 477 C. civ., le mandant est alors décédé ou « *ne peut plus prendre soin de l'intéressé* ».

prestations précises. Le mandataire doit rendre compte de son action et de sa gestion. En cas d'inexécution, le bénéficiaire (ou tout intéressé) peut saisir le juge des tutelles. Les formules d'actes notariés proposées ne prévoient pas spécialement de clause contractuelle relative à la responsabilité du mandataire ¹⁷⁴, qui relève du droit commun du mandat ¹⁷⁵.

Le bénéficiaire peut être tenu d'obligations envers le mandataire. Si l'on considère les solutions issues de la stipulation pour autrui, il faut relever que celle-ci peut rendre le bénéficiaire créancier mais pas débiteur. La Cour de cassation en avait décidé ainsi ¹⁷⁶, avant d'admettre qu'il n'était pas exclu, « *dans le cas d'acceptation par le bénéficiaire, qu'il soit tenu de certaines obligations* » ¹⁷⁷.

Une autre explication aurait pu consister en une distinction entre stipulation de créance pour autrui et stipulation de contrat pour autrui ¹⁷⁸. Dans le deuxième cas, il faudrait supposer deux contrats se succédant dans le temps, ce qui n'est pas le cas dans le mandat pour autrui, sauf à admettre l'effacement des parents et leur substitution par leur enfant lors de la prise d'effet. Les parents choisissent celui qui agira comme le mandataire de leur enfant. Ce dernier ne fait aucune déclaration de volonté qui permette de fonder un contrat. S'il y avait stipulation de contrat pour autrui, et la situation s'en rapproche beaucoup en présence d'un « *contrat préconstitué* » ¹⁷⁹, il faudrait admettre que la prise d'effet joue ce rôle. Ce serait alors un « *rejet du dogme de l'autonomie de la volonté* », permettant notamment la production d'effets obligatoires « *en fonction des principes d'utilité sociale* » ¹⁸⁰. Cette éviction éveille les discussions doctrinales, qui soulignent que le mandat est donné au nom et pour le compte d'autrui, ce qui valorise la liberté contractuelle des parents en occultant celle du majeur à protéger ¹⁸¹ ou qui invitent à la réflexion sur la réelle nature juridique du procédé « *puisque'on est très proche d'une stipulation pour autrui* », et surtout croient pouvoir distinguer là les prémices

¹⁷⁴ E. MALLET, Fasc. 55, mandat de protection future, formules, J. -Cl. Notarial Formulaire.

¹⁷⁵ L'article 424 du Code civil portant sur la responsabilité renvoie en effet à l'article 1992.

¹⁷⁶ Cass. civ. 3^e, 10 avril 1973, Bull. civ. III, n° 273 ; D., 1974, p. 21, note LARROUMET : à l'égard du bénéficiaire, la stipulation pour autrui « *ne saurait mettre à sa charge une obligation stipulée en dehors de lui* ».

¹⁷⁷ Cass. civ. 1^e, 8 décembre 1987, Bull. civ. 1987, I, n° 343, p. 246, D., 1989, 233, obs. J. -L. AUBERT ; RTD civ., 1988, 532, obs. MESTRE. G. VENANDET, La stipulation pour autrui avec obligation acceptée par le tiers bénéficiaire, JCP G, 1989, I, 3391 ; JCP N, 1990, I, p. 11 à 16.

¹⁷⁸ D. MARTIN, La stipulation de contrat pour autrui, D., 1994, 145.

¹⁷⁹ D. MARTIN, Du changement de contractant, D., 2001, 3144.

¹⁸⁰ J. GHESTIN, Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers, RTD civ., 1994, 777.

¹⁸¹ D. FENOUILLET, Le mandat de protection future ou la double illusion, Defrénois 2009, art. 38882, p. 142.

d'une théorie générale de la protection¹⁸². Par l'effet de la loi, l'enfant majeur se voit transmettre une relation contractuelle : il devient mandant par la volonté de ses parents. Il sera donc engagé par les actes du mandataire sans lui avoir donné pouvoir¹⁸³. Cette situation est à rapprocher de celle des héritiers lorsqu'un mandat posthume a été conclu. Le mandataire gère, de la même façon, dans l'intérêt des héritiers qui ne l'ont pas désigné¹⁸⁴. La loi dit que le mandat de protection future permet une représentation et renvoie aux règles du mandat de droit commun dans la limite de leur compatibilité avec les règles spéciales du régime de protection¹⁸⁵. La protection, voire la théorie générale de la protection qui est en train de se dessiner, substitue l'intérêt à la volonté. L'exception au principe de l'effet relatif est ainsi justifiée par l'intérêt du majeur vulnérable, dont la protection est aussi une mission « *d'intérêt général et d'utilité sociale* »¹⁸⁶.

Dans le mandat de protection future, un seul contrat est la source du droit du bénéficiaire et le cas échéant de son obligation envers le mandataire, pour lequel une rémunération peut être prévue. La rémunération est à la charge du bénéficiaire. Les formules proposées prévoient que celle-ci et « *les frais de gestion devront figurer dans le compte de gestion annuel des biens de M... [enfant du mandant]* ».

- 45. Lien entre le mandant et le mandataire.** — Les effets du mandat ne se produisent pas chez le mandant. Par hypothèse, lors de la prise d'effet, les facultés du mandant sont altérées ou le mandant n'est plus. Tout se passe comme s'il avait déjà agi en qualité de mandataire de son enfant au moment de la conclusion du contrat, ce qui n'est pourtant pas le cas, puisqu'il a bien contracté en son nom mais pour le compte d'autrui. C'est parce qu'il contracte en son nom qu'il doit avoir la capacité civile, mais l'exclusion des mandants sous curatelle ou sous tutelle, qui correspond à l'exclusion du droit commun de la protection des majeurs, ne s'explique pas davantage ici que pour le mandat conclu pour soi. Le mandant ne contracte aucune obligation envers le mandataire, ce qui diffère de la stipulation pour autrui et même de l'assurance sur la vie. Le mandant peut saisir le juge en cas d'inexécution par le mandataire.

¹⁸² J. HAUSER, Une théorie générale de la protection du sujet vulnérable ? *RLDC*, 2011. 83. Sur la nature du mécanisme, la circulaire de la Chancellerie (DACS n° CIV 01/09/C1 du 9 février 2009, B. O. Justice 2009-1, 28 février 2009) précise que « *l'article 477 al. 3 du Code civil prévoit un dispositif original de stipulation pour autrui* ».

¹⁸³ S. HEBERT, Le mandat de prévention : une nouvelle forme juridique ? *D.*, 2008. 307. L'auteur écrit que le mandat de protection future est un « *contrat conclu pour le compte d'une personne qui n'en est pas le signataire* »

¹⁸⁴ J. -Cl. Civil. Art. 1165, Fasc. 30. L'auteur relève la dissociation entre le mandant et le représenté.

¹⁸⁵ Art. 478 C. civ.

¹⁸⁶ Art. L. 311-1 CASF.

Bien que la relation entre le mandant et le mandataire conserve une origine clairement contractuelle, lorsqu'il saisit le juge, le mandant le fait comme pourrait le faire tout autre intéressé ; il ne paraît pas avoir de position privilégiée. La responsabilité du mandataire, qu'elle soit engagée par le bénéficiaire ou par le mandant, est régie par les dispositions relatives au mandat ¹⁸⁷. Ainsi, le mandataire répond des fautes qu'il commet dans sa gestion, et *a fortiori* de son dol, sa responsabilité étant considérée différemment selon que le mandat est gratuit ou non. Lorsque le mandat est gratuit, la responsabilité est « *appliquée moins rigoureusement* » ¹⁸⁸.

46. **Lien entre le « mandant » et le bénéficiaire.** — Ce lien préexiste au mandat. À l'égard de leur enfant, les parents ont une obligation d'entretien et ressentent une grande inquiétude quant à leur devenir. Cette considération fonde leur pouvoir de conclure ce mandat pour autrui. Finalement, la loi leur donne pouvoir de conclure pour leur enfant un contrat qui trouvera à s'appliquer en temps utile. Elle fait d'eux des mandataires chargés de représenter leur enfant pour désigner un mandataire qui sera chargé de le représenter ultérieurement.

Au-delà des questions théoriques, il faut tendre à élaborer des solutions qui conjuguent le droit commun et le droit spécial pour permettre au mandat pour autrui d'asseoir sa légitimité et de se développer selon les souhaits des familles qui en ont le plus besoin, tout en garantissant la meilleure sécurité à l'enfant bénéficiaire.

SECTION II.

LES PERSONNES POUVANT ETRE DESIGNEES EN QUALITE DE MANDATAIRE

47. Le traitement privé de l'incapacité suppose une certaine liberté de choix, mais la sélection entre les protecteurs possibles est décisive. Dès lors, elle est pertinemment encadrée par la loi. Toute personne, physique ou morale, française ou étrangère, peut être, seule ou avec d'autres, désignée en qualité de mandataire. L'éventail des solutions est donc très large mais la finalité du contrat, qui est de protéger la personne et le patrimoine d'un majeur vulnérable, incite à la plus grande prudence. Entre liberté contractuelle et protection des plus faibles, le choix du mandataire se présente comme un choix hybride (§1) et un choix à sécuriser (§2).

¹⁸⁷ Art. 424 C. civ. « *Le mandataire de protection future engage sa responsabilité pour l'exercice de son mandat dans les conditions prévues à l'article 1992* ».

¹⁸⁸ Art. 1992 C. civ. Cette règle est aujourd'hui l'inverse de la solution retenue par l'Ancien droit. V. E. BERRY, L'exemple du mandat de protection future, in B. REMY (Dir.), *Le mandat en question*, Bruylant, 2013, p. 155.

§1. UN CHOIX HYBRIDE

48. Dans le domaine de la protection des majeurs, le mandat s'acclimate et la liberté qui préside au choix du mandataire de droit commun se trouve tempérée. Dans un mouvement renversé, la voie contractuelle offre une latitude plus grande que la voie judiciaire dans le choix du représentant du majeur. Certes, le choix du mandataire demeure un choix encadré en raison de la finalité protectrice du mandat (A). Cependant, il s'écarte des règles qui gouvernent la matière car il est un choix affranchi du principe de préférence familiale (B).

A. Un choix encadré en raison de la finalité protectrice du mandat

49. Le choix du mandataire de protection future diffère du choix du mandataire de droit commun. Des règles restrictives sont justifiées par la finalité du contrat. Le droit commun du mandat est peu exigeant sur la capacité du mandataire. Toute personne peut être choisie, même un mineur non émancipé ¹⁸⁹, voire, selon une interprétation extensive de la doctrine, un majeur incapable ¹⁹⁰, ce qu'approuvent les tribunaux ¹⁹¹. En droit commun du mandat, il faut mais il suffit que la personne désignée soit douée du discernement requis pour conclure matériellement l'acte juridique envisagé.
50. En matière de protection future, le mandataire se voit conférer des pouvoirs importants, dont l'exercice aura des conséquences pour la personne du mandant ou du bénéficiaire. « *L'accroissement des pouvoirs du mandataire conduit à des exigences beaucoup plus grandes* » ¹⁹². Le mandataire de protection future doit donc répondre à l'exigence justifiée de la capacité civile, traduisant une condition de capacité de droit mêlée d'aptitude de fait (1) et ne pas se trouver dans un cas d'interdiction de plein droit (2).

1. La capacité de droit et l'aptitude de fait

51. **L'incapacité.** — « *Le mandataire doit [...] jouir de la capacité civile* » ¹⁹³. Deux catégories de personnes sont frappées d'une incapacité : les mineurs et les majeurs protégés. Ils sont donc écartés de la désignation.

¹⁸⁹ Art. 1990 C. civ.

¹⁹⁰ A. SERIAUX, *Contrats civils*, Paris, PUF, 200, n° 137, p. 341.

¹⁹¹ Cass. civ., 5 déc. 1933, DH, 1934. 49 ; TI Nîmes, 29 juin 1982, *D.*, 1983. 13, note PANSIER.

¹⁹² C. GIVERDON, *L'Évolution du contrat de mandat*, Thèse Paris, 1947, n° 118, p. 114.

¹⁹³ Art. 480, al. 2 C. civ.

Les textes relatifs à l'exercice des charges tutélaires ¹⁹⁴ renforcent cette règle et écartent les mineurs non émancipés et les majeurs bénéficiant d'une mesure de protection juridique. Le mineur doit être émancipé pour être mandataire et, pour le mandataire majeur, tout régime de « *protection juridique* » ¹⁹⁵ prévu par le Code civil a une incidence ¹⁹⁶. Par conséquent, le mandataire ne doit pas être sous curatelle ni sous tutelle, ni non plus placé sous sauvegarde de justice, ni, enfin, bénéficiant d'un mandat de protection future devenu effectif. La condition de capacité est ici dépassée car il faut remarquer que ni le majeur sous sauvegarde ni le mandant — ou bénéficiaire — du mandat ne voient leur capacité affectée par la mesure dont ils bénéficient. C'est l'altération de leurs facultés, médicalement constatée, qui paraît commander leur éviction.

52. L'accompagnement. — La réforme de la protection des majeurs a opté pour une distinction entre mesures de protection et mesures d'accompagnement. Les premières bénéficient aux majeurs atteints d'une altération de leurs facultés et les secondes sont destinées aux personnes qui ne gèrent pas leurs prestations sociales de manière satisfaisante et dont la santé ou la sécurité « *en est compromise* » ¹⁹⁷. L'article 395 du Code civil, en visant les mesures « *de protection juridique* », peut, dans une acception large, cibler tous les majeurs protégés, réunis sous un même titre du code ¹⁹⁸, ou, dans une acception stricte, viser seulement les majeurs bénéficiant d'une mesure de « *protection juridique* ». Ces mesures sont regroupées dans le titre qui traite des majeurs protégés, dans un chapitre spécialement intitulé « *Des mesures de protection juridique des majeurs* » ¹⁹⁹. Ce chapitre n'inclut pas les bénéficiaires des mesures d'accompagnement, qui font l'objet d'un chapitre spécial. Les majeurs protégés peuvent être considérés comme un ensemble, même disparate, ou au contraire comme deux catégories étanches, les majeurs accompagnés d'une part et les majeurs protégés au sens strict d'autre part. Pour déterminer les personnes qui ne pourront pas être choisies par le mandant, il faut considérer la finalité poursuivie. La position est différente selon que l'on s'intéresse à la préservation des intérêts du mandant ou à la préservation de la pleine capacité du majeur

¹⁹⁴ L'article 480 C. civ. exige que le mandataire remplisse « *les conditions prévues pour les charges tutélaires par l'article 395 et les deux derniers alinéas de l'article 445* ».

¹⁹⁵ Art. 395 C. civ.

¹⁹⁶ La règle relative à la capacité du mandataire majeur est plus exigeante qu'à l'égard du mandant, qui quant à lui n'est empêché de contracter que s'il est placé sous le régime de la tutelle.

¹⁹⁷ Art. 495 C. civ. relatif à la mesure d'accompagnement judiciaire.

¹⁹⁸ Titre XI. — « *De la majorité et des majeurs protégés par la loi* ».

¹⁹⁹ Chapitre II du Titre XI.

accompagné. Le législateur a pris la précaution d'écarter certaines personnes pour garantir des compétences ou juguler des dangers. Il paraît critiquable de pouvoir confier sans entrave ni interrogation la gestion des biens d'autrui à une personne qui ne peut gérer ses propres revenus. Cependant, les incapacités sont de droit étroit et une interprétation qui tendrait à assimiler les majeurs accompagnés aux majeurs protégés serait peut-être assez fragile.

La nouvelle notion de majeur protégé, qui a pourtant remplacé heureusement celle d'incapable majeur, montre ici le flou de ses contours. Son contenu est disparate, ce qui impose des traitements différenciés, appelant la vigilance des praticiens ²⁰⁰.

2. Des interdictions de plein droit

53. Privation. — Des interdictions interviennent comme privation ou prévention. Sont ainsi écartées de la désignation en qualité de mandataire « *les personnes à qui l'autorité parentale a été retirée* » et « *les personnes à qui l'exercice des charges tutélaires a été interdit en application de l'article 131-26 du Code pénal* » ²⁰¹.

54. Prévention. — Par renvoi au dernier alinéa de l'article 445, l'article 480 du Code civil visait aussi à exclure « *les membres des professions médicales et de la pharmacie, ainsi que les auxiliaires médicaux* » ²⁰² [...] à l'égard de leurs patients ». La loi de modernisation de l'économie ²⁰³ avait malencontreusement complété l'article 445 en y ajoutant une interdiction : « *Le fiduciaire désigné par le contrat de fiducie ne peut exercer une charge curatéliaire ou tutélaire à l'égard du constituant.* » Seul le fiduciaire se voyait écarté, non plus le médecin. Le texte avait changé, mais pas l'intention du législateur. Celui-ci, oublieux mais peu fantasque, a du reste corrigé la lettre du Code, la nouvelle loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit ²⁰⁴ prévoyant que le mandataire de protection future devra « *pendant toute l'exécution du mandat, jouir de la capacité civile et remplir les conditions prévues pour les charges tutélaires par l'article 395 et les deux derniers alinéas de l'article 445 du présent code* ». Il fallait assurément éviter les confusions dangereuses, ce

²⁰⁰ J. - E. GARONNAIRE, F. PICOT, Regard notarial sur la mesure d'accompagnement social et la mesure d'accompagnement judiciaire, *Dr. et patr.* 2008, n° 169, 169-42.

²⁰¹ Art. 395 C. civ., 3° et 4°.

²⁰² Ils ne font pas l'objet d'une définition légale. Le Code de la santé publique ne cite que des exemples, ce qui laisse la catégorie ouverte et imprécise.

²⁰³ Loi 2008-776 du 4 août 2008 : art. 18.

²⁰⁴ Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, art. 195. J. O. du 18 mai 2011. Sur ce texte, V. I. MARIA. L'impact de la nouvelle loi de simplification du droit sur le droit des personnes protégées. *Dr. Famille*, 2011, n° 9, comm. 137 : « *Reste qu'il est possible de se demander si des mandats conclus dans l'intervalle au profit de médecins sont validés ou si la loi nouvelle est interprétative et donc rétroactive* ».

qui devait conduire à ne désigner comme mandataire de protection future ni les membres des professions médicales ni non plus les fiduciaires²⁰⁵ qui auraient contracté avec le mandant avant l'établissement du mandat. Les premiers auraient pu abuser d'une situation de fragilité et de besoin, tandis que les seconds auraient été amenés à se rendre compte à eux-mêmes de leur gestion. Si les nécessités de la protection l'emportent sur la liberté contractuelle, l'usage du mandat vient desserrer les contraintes posées par les règles de la protection fondée sur la préférence familiale.

B. Un choix affranchi du principe de préférence familiale

55. Lorsqu'il choisit un tuteur ou un curateur, le juge doit respecter un ordre de désignation, une hiérarchie entre les personnes, qui ne s'impose nullement au mandant, dans le cadre conventionnel qui est le sien. La réforme n'a pas modifié le principe selon lequel les modes d'organisation familiaux doivent supplanter les modes administratifs²⁰⁶. Il n'est pas directement remis en cause mais, parce que le recours au mandataire professionnel est facilité, il est tout de même éprouvé. Les professionnels gagnent du terrain, ils apparaissent maintenant comme une alternative ou un complément à l'offre familiale. Il existe un marché grandissant de la gestion et du conseil, en voie de privatisation et de professionnalisation. Le mandant peut donc faire le choix d'un mode d'organisation (1) ou le choix d'une personne (2).

1. Le choix d'un mode d'organisation

56. **Le choix d'un professionnel.** — Le mouvement de professionnalisation est double. D'abord, et c'est le premier temps de la professionnalisation, l'accès est donné à des protecteurs que le juge ne peut pas désigner d'emblée ou ne peut pas désigner du tout. Par application du principe de préférence familiale, le professionnel ne peut intervenir dans les mesures judiciaires qu'en cas de carence, soit qu'il n'y ait pas de famille, soit qu'elle soit inapte ou en opposition d'intérêts avec le majeur. D'emblée, le juge ne peut pas, sans constater cette carence, se tourner vers un professionnel. Le mandant le peut, sans avoir à justifier son choix.

²⁰⁵ Ils ne peuvent être qu'un établissement de crédit, un établissement ou service autorisé à effectuer des opérations de banque, une entreprise d'investissement ou d'assurance, ou un membre de la profession d'avocat (art. 2015 C. civ.). Les personnes morales visées ne répondent pas aux conditions exigées pour être mandataires de protection future. Les avocats sont les seuls à pouvoir exercer à la fois les missions de mandataire et de fiduciaire.

²⁰⁶ V., p. ex. Cass. civ. 1^{re}, 6 octobre 1998, *D.*, 1999, 402 : le juge du fond doit indiquer les raisons pour lesquelles il déroge au principe de préférence familiale.

57. Le choix d'un professionnel de la protection. — Le juge, lorsqu'il désigne un professionnel, doit impérativement en désigner un qui ait la qualité de mandataire judiciaire à la protection des majeurs. C'est là le deuxième temps de la professionnalisation. Ce corps nouveau, contrôlé à la fois par l'administration et par la justice, est régi par les règles applicables à l'action sociale et médico-sociale, dont il est une composante. Le mandataire judiciaire à la protection des majeurs est ainsi soumis à des procédures d'agrément, d'autorisation, d'évaluation et de contrôle. Contrairement au juge, le mandant peut désigner tout professionnel de son choix, y compris ces mandataires agréés. Quand il est désigné par le mandant, le professionnel, personne physique, peut indifféremment être un mandataire judiciaire à la protection des majeurs ou un membre d'une autre profession. Le choix n'est pas limité sur ce plan.

58. Le choix d'une personne morale. — Lorsque le mandant fait le choix d'un mandataire personne morale, il se heurte en revanche à des limites. La personne morale doit impérativement être inscrite sur la liste des mandataires judiciaires à la protection ²⁰⁷. Cette condition défensive a été posée afin de préserver le mandant des assauts des mouvements sectaires. Elle ne protège cependant pas le mandant des approches faites par une personne physique qui serait envoyée vers lui par les mêmes mouvements sectaires.

Si le mandataire est une personne morale, il donnera délégation à une personne physique, qui doit répondre à des conditions de moralité, d'âge, de formation et d'expérience professionnelle ²⁰⁸. Elle doit aussi prêter serment ²⁰⁹. Des obligations portant sur le recrutement et le suivi des personnes déléguées sont mises à la charge de la personne morale afin d'apporter une garantie maximum ²¹⁰. On en déduit donc que les conditions requises pour le mandataire personne physique doivent être remplies par les salariés. Bien que les textes ne l'indiquent pas de manière directe, il paraît difficile d'accepter que quelqu'un qui ne pourrait pas être désigné personnellement puisse l'être par délégation.

Le recours au professionnel est l'une des branches de l'alternative offerte au mandant. Le recours à l'option familiale n'est toutefois pas exclu.

²⁰⁷ Art. 480 C. civ. : le mandataire peut être « une personne morale inscrite sur la liste des mandataires judiciaires à la protection des majeurs prévue à l'article L. 471-2 du Code de l'action sociale et des familles ».

²⁰⁸ Art. L. 471-4 CASF.

²⁰⁹ Art. L. 471-2 CASF : « Je jure et promets de bien et loyalement exercer le mandat qui m'est confié par le juge et d'observer, en tout, les devoirs que mes fonctions m'imposent. Je jure également de ne rien révéler ou utiliser de ce qui sera porté à ma connaissance à l'occasion de l'exercice du mandat judiciaire ».

²¹⁰ Art. L. 471-4 CASF : Le « service informe le représentant de l'État dans le département des méthodes de recrutement suivies pour se conformer aux dispositions du présent article et des règles internes qu'il s'est fixées pour le contrôle de ses agents dans l'exercice de leur mission ».

2. Le choix d'une personne déterminée

59. La fonction créatrice du choix. — Dire que la protection du majeur est traditionnellement familiale en France est elliptique. La conception de la famille, telle qu'elle apparaît dans la protection des majeurs, a en effet évolué dans le temps, avec des mouvements de restriction et d'élargissement. Ni la désignation anticipée, ni le mandat de protection future ne sont des moyens dirigés contre la famille. Ils sont en revanche des outils mis à la disposition de chacun pour réinterroger la conception qu'il a de sa propre famille, de la nature et de la valeur des liens qui la composent. Un membre de la famille peut ainsi être choisi sans qu'un recours au juge ne l'oblige. Reconnaître le concubin, ou la deuxième épouse, comme la personne la mieux à même de protéger son patrimoine ou sa personne, c'est inscrire dans un acte l'appartenance de cette personne à un cercle de proximité. C'est lui donner une place et un rôle visibles pour l'ensemble de l'entourage, l'investir d'une légitimité mais aussi d'une responsabilité.

La mission est bien contractualisée, le protecteur l'a formellement et personnellement acceptée. Ce travail fait en amont, s'il n'est pas l'expression d'un lien préexistant, vient préciser sa construction. Tout est permis, rien n'est exclu. Le lien entre le protecteur et le protégé sera de préférence un lien de proximité, peu important son horizontalité ou sa verticalité. Du conseil judiciaire au mandataire judiciaire à la protection des majeurs, en passant par l'administrateur, le gérant, le tuteur, le curateur, et maintenant le mandataire de protection future, celui qui protège a pris bien des noms au gré des réformes et au fil du temps. Mais ce changement terminologique manifeste aussi un changement de lien. Celui qui protège n'est plus, pour l'intéressé, une personne « investie, à son égard, d'une autorité légale, ou que ses liens de parenté avec lui désignent comme des protecteurs naturels »²¹¹. Aujourd'hui, c'est le choix qui crée le lien.

60. La nécessité du conseil. — Le professionnel peut alors trouver sa place dans le mandat même lorsqu'un parent ou un proche est mandataire. Il peut agir utilement en qualité de conseiller, de soutien technique. Avant la conclusion du mandat, l'information du mandant mais aussi celle du mandataire devrait être la plus large et la plus précise possible. Cet effort peut seul ouvrir la voie d'un engagement réfléchi, ferme, réunissant toutes les conditions propices à sa bonne exécution ultérieure. Lorsque le juge désigne un protecteur « familial », celui-ci, à condition qu'il le demande, bénéficie obligatoirement²¹² d'une information et d'un

²¹¹ Cass. civ. 1^{re}, 8 novembre 1955, Docteur X... c/ Dlle Beynel, *JCP G*, II. 9014.

²¹² « L'emploi du présent de l'indicatif ayant valeur impérative », selon le Conseil constitutionnel, cf. décision n° 2007-561 DC du 17 janvier 2008. Le décret 2008 -1507 du 30 décembre 2008 relatif à l'information et

soutien ²¹³. Cette disposition en faveur des familles n'est pas prévue pour le mandataire qui, s'il est choisi sur la confiance, peut néanmoins avoir besoin de conforter ses connaissances ou ses pratiques et de développer ses compétences. L'écart est en réalité moins tranché car cette aide est loin d'être effective dans tous les départements ²¹⁴. Le droit doit veiller à soutenir le lien de parenté, d'alliance ou de proximité, afin de contribuer à la bonne exécution des devoirs familiaux. Il doit avoir pour objectif de garantir la connaissance des règles applicables aux majeurs vulnérables, pour que rien de ce qui les concerne ne soit étranger à ceux qui les protègent ²¹⁵. La pratique, par l'intermédiaire de la professionnalisation des mandataires judiciaires à la protection, devrait offrir le même service à tout protecteur, qu'il soit contractuel ou judiciaire. La source du mandat importe peu. Il faut considérer les compétences et aptitudes personnelles.

La liberté prévaut. Elle reste très importante, voire trop importante. Des interrogations ou des inquiétudes demeurent, auxquelles il convient d'apporter des réponses.

§2. UN CHOIX A SECURISER

61. Le risque pour le mandant est de mal évaluer les compétences et l'honnêteté de son mandataire ou de ne pas connaître ses changements de situation. Presque paradoxalement, la menace pèse surtout sur les personnes les plus démunies. Celles qui sont à la tête de patrimoines importants se tourneront plus certainement vers des mandataires professionnels, sous le contrôle d'un notaire rédacteur du mandat. Les moins nantis, pour des raisons d'économie, recourront à un mandat sous seing privé, établi selon le modèle réglementaire. Même si celui-ci ne donne en théorie au mandataire que des pouvoirs limités, il permet tout

au soutien des personnes appelées à exercer ou exerçant une mesure de protection juridique des majeurs en application de l'article 449 du Code civil dispose notamment que « *les personnes appelées à exercer ou exerçant une mesure de protection juridique [...] s'adressent aux greffes des tribunaux d'instance et de grande instance. Les greffes leur remettent la liste des personnes et des structures qui délivrent cette information [...] L'information mentionnée à l'article L. 215-4 est délivrée sous la forme d'un document ou sur internet* ».

²¹³ Art. L. 215-4 et R. 215-14 à R. 215-17 CASF. Ces textes exposent les dispositions diverses en faveur des familles : recul de l'âge limite d'admission dans les corps des administrations de l'État ou dans les cadres des collectivités locales, établissements publics, entreprises publiques et services concédés, congé supplémentaire à l'occasion de la naissance ou de l'adoption d'un enfant, fête des mères, carte nationale de priorité de la famille, médaille de la famille et information et soutien des personnes appelées à exercer ou exerçant une mesure de protection juridique des majeurs en application de l'article 449 du Code civil.

²¹⁴ « *Après trois ans de mise en application de la loi, le constat est sans appel sur l'absence de soutien aux tuteurs familiaux, y compris du côté du Ministère des Affaires sociales qui affirme percevoir une « contradiction entre ce qu'a exprimé le législateur et la réalité de la place de la famille dans le processus*. ». Les services ne disposent pas de budget spécifique pour mettre en place des dispositifs d'aide aux tuteurs familiaux ». CNAPE, FNAT, UNAF, UNAPEI. Le livre blanc sur la protection juridique des majeurs. Septembre 2012.

²¹⁵ TERENCE, *Heauton Timoroumenus*, 77 : « *Homo sum humani nil a me alienum puto* » [Je suis homme et rien de ce qui est humain ne m'est étranger].

de même de dilapider l'intégralité des ressources sans pour autant prendre soin de la personne. On peut regretter que, contrairement à ce qui se passe en matière de désignation anticipée du tuteur ou du curateur, la situation du mandataire ne fasse l'objet d'aucun examen le moment venu. Le mandant risque ainsi de pâtir des insuffisances légales des conditions du choix (A). C'est donc à lui, avec le concours de professionnels, d'assurer une sécurisation contractuelle du choix (B).

A. Les insuffisances légales des conditions du choix

62. Seules les prescriptions écartant de plein droit certaines personnes de la désignation sont efficaces. Au-delà des interdictions, l'appréciation du choix par un tiers n'est pas prévue alors que le mandat de protection future a vocation à se transformer en une mesure de protection. Cela aurait justifié le rapprochement des régimes contractuel et judiciaire. On peut donc regretter l'insuffisance des interdictions fondées sur l'incompatibilité (1) et de celles fondées sur l'incompétence (2).

1. L'insuffisance des interdictions fondées sur l'incompatibilité

63. **La question du non-cumul.** — L'incompatibilité est « *l'impossibilité légale de cumuler [...] deux activités* »²¹⁶. Les exclusions qui pourraient être fondées de manière générale sur la contradiction d'intérêts ne peuvent pas être envisagées puisqu'il n'existe pas d'appréciation du choix. Ainsi, en l'absence d'incompatibilité expressément prévue par les textes, de nombreux cumuls de fonctions demeurent possibles.
64. **Les professions sanitaires et sociales.** — Certaines professions pourraient légitimement être écartées. Dans un domaine voisin, une proposition de loi de mars 2010²¹⁷ vise à élargir le champ des incapacités de recevoir en ajoutant aux médecins « *toutes autres personnes qui, à titre professionnel et rémunérées pour cela, auront soigné, assisté ou hébergé une personne pendant la maladie dont elle meurt* ». Ces textes ont une fonction double : protéger le disposant et protéger, à travers lui, ses héritiers. Par analogie avec la situation des médecins, qui sont écartés de la désignation en qualité de mandataire, il serait légitime d'écartier de ces fonctions les professions d'auxiliaire de vie et d'aide à domicile. Rien n'est prévu non plus à l'égard des

²¹⁶ G. CORNU (Dir.), Vocabulaire juridique de l'Association Henri CAPITANT, PUF, 8^e éd., 2007 (Quadrige), V^o Incompatibilité.

²¹⁷ Proposition de loi n^o 350, visant à la protection des héritiers des personnes malades en fin de vie.

personnes déclarées incapables de recevoir par le Code de l'action sociale et des familles ²¹⁸, alors que la problématique est la même.

65. **Les praticiens du droit.** — Aux termes de l'article 492 du Code civil, l'avocat peut intervenir pour contresigner les mandats de protection future sous seing privé et le Conseil national des barreaux envisage volontiers l'avocat comme un tuteur. « *La consécration du mandat de protection future laisse entrevoir au barreau de nouvelles perspectives d'activité* » et « *l'avocat est ici, sans conteste, éligible à la fonction de mandataire* » ²¹⁹. Certains auteurs pensent, à l'inverse, que « *toutes les situations suspectes, dans le choix du mandataire, devront être évitées* » ²²⁰. Selon eux, en effet, ni le notaire ni l'avocat ne pourraient « *être désignés mandataires de leurs clients* ». Puisque les textes ne l'empêchent pas, il faut garantir que la fonction de mandataire puisse s'exercer dans le respect des règles déontologiques des professions concernées. Ainsi le notaire de famille devrait, à l'instar des membres des professions médicales « *à l'égard de leurs patients* » ²²¹, ne pas accepter la mission de mandataire à l'égard de ses clients. Une proposition de formule commentée diffusée par le Conseil supérieur du notariat précise qu'« *il est évident que le notaire recevant l'acte ne pourra être le mandataire, pas plus que ses associés ou un notaire salarié de l'office* ». L'avocat, qui peut désormais être fiduciaire en vertu du nouvel article 2015 du Code civil ²²², devra quant à lui choisir entre la mission de mandataire et celle de fiduciaire ²²³. L'heure est sans conteste à un renouvellement des interrogations sur les professions du droit.

2. L'insuffisance des interdictions fondées sur l'incompétence

66. **Les causes de retrait.** — Rien n'est dit des empêchements fondés sur l'incompétence du mandataire de protection future qui opèrent en principe comme des causes de retrait ²²⁴. Les seules conditions posées par les textes en vigueur ne suffisent pas à préserver les intérêts du

²¹⁸ Sont notamment visés les personnes physiques, propriétaires, administrateurs ou employés d'un établissement soumis à autorisation, ou les accueillants familiaux.

²¹⁹ N. PETERKA. L'avocat tuteur. *Dr. et patr.* 2009, n° 177, p. 28.

²²⁰ Ph. POTENTIER. Mandat de protection future. *J. -Cl. Civil code*, art. 477 à 494.

²²¹ Art. 445 al. 2 C. civ.

²²² Créé par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 (art. 18), complétée par l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009.

²²³ Conformément à l'art. 445 C. civ.

²²⁴ Art. 396 C. civ.

mandant. Le mandataire peut répondre aux exigences légales tout en étant mal intentionné ²²⁵, ou simplement incompetent ²²⁶.

67. **Les majeurs accompagnés.** — L'article 395 du Code civil ne vise que les majeurs bénéficiant « *d'une mesure de protection juridique prévue par le présent code* ». Ce texte exclut de la désignation les personnes souffrant d'une altération de leurs facultés. Les personnes pour lesquelles le juge prononce une mesure d'accompagnement judiciaire, qui ne sont pas dans ce cas, ne sont pas clairement visées. D'autres majeurs sont accompagnés : il s'agit des bénéficiaires des mesures d'accompagnement social personnalisé. Ces mesures sont l'antichambre des mesures d'accompagnement judiciaires ; elles sont administratives, et régies par le Code de l'action sociale et des familles. Elles n'entraînent pas d'incapacité ²²⁷ et on en créerait une sans texte ²²⁸ si l'on écartait systématiquement les bénéficiaires de la fonction de mandataire. Une protection efficace du mandant doit cependant appeler à la vigilance. Le notaire « *s'interrogera utilement sur les implications de ces mesures sur la vie patrimoniale des personnes qui en bénéficient* » ²²⁹. La limitation du choix entre les personnes physiques pouvant être désignées comme mandataires trouve sa justification dans la finalité du contrat. Il s'agit de protéger. Il paraît donc risqué de s'arrêter au milieu du gué en ne s'interrogeant pas sur la désignation des bénéficiaires des mesures d'accompagnement.
68. **Les majeurs surendettés.** — La même remarque peut être faite pour les personnes surendettées, figurant au fichier des incidents de paiement. Sans mettre en cause leur bonne foi ou leurs bonnes intentions, les difficultés rencontrées devraient *a minima* justifier une attention particulière. Si les compétences de la personne victime d'un surendettement passif ne sont pas en cause, certains débiteurs ont activement participé à leur propre mise en péril ou ont largement fait la démonstration de leurs insuffisances dans la gestion du budget familial. Le législateur s'intéresse à ces situations, assimilables à la déconfiture, et admises

²²⁵ Th. FOSSIER, *op. cit.* : « *ici et là, déjà, des commerçants en nom personnel se pressent pour offrir des services aux mandants. À tout le moins, il aurait fallu faire écrire au mandataire qu'il ne pourra subdéléguer sa mission (C. civ., art. 480 al. 3) : c'eût été un obstacle sérieux au « tutelle-business » qui s'instaure ces temps-ci.* ».

²²⁶ Au sens d'incompétence technique. V. R. HOUIN, *op. cit.*

²²⁷ Art. 495-3 C. civ. : « *Sous réserve des dispositions de l'article 495-7, la mesure d'accompagnement judiciaire n'entraîne aucune incapacité* ».

²²⁸ Pas plus que le mandat de protection future, la sauvegarde de justice n'entraîne d'incapacité du majeur mais celui-ci est écarté de la désignation en qualité de mandataire en vertu de l'art. 395 C. civ.

²²⁹ J. -E. GARONNAIRE, F. PICOT. Regard notarial sur la mesure d'accompagnement social et la mesure d'accompagnement judiciaire. *Dr. et patr.* 2008, n° 169, 169-42.

comme une cause de fin du mandat de droit commun ²³⁰. Il montre désormais que « *le débiteur surendetté est considéré par le Code de la consommation comme une personne qui mérite protection — à certaines conditions — et donc comme une personne vulnérable* » ²³¹. Lorsque le traitement du surendettement conduit à ouvrir une procédure de rétablissement personnel, un suivi social du débiteur peut même être ordonné ²³². Sous l'empire du Code civil dans sa version initiale, la faillite n'était pas retenue parmi les causes d'exclusion des charges tutélaires. Elle ne pouvait d'ailleurs « *produire l'exclusion ou la destitution que parce qu'elle serait une preuve d'incapacité* » ²³³, ce que le conseil de famille ou le magistrat devrait apprécier, dans le respect du principe du contradictoire. Le surendetté, qui ne peut payer ce qu'il doit, doit être considéré en déconfiture ²³⁴ ; celle-ci, « *état apparent et notoire d'insolvabilité* », remet « *en question certains rapports d'obligations intuitus personae* » ²³⁵, comme le mandat, par application de l'article 2003 du Code civil. La déconfiture pourrait donc compromettre le mandat en cours d'exécution. Cependant, elle n'écarte pas la personne au moment de sa conclusion.

Les charges tutélaires sont un devoir mais aussi un droit, dont on n'est écarté que sous certaines conditions. Ni la personne surendettée ni la personne accompagnée ne doivent être écartées à la légère. Le droit positif laisse la possibilité de désigner comme mandataire des personnes se trouvant dans une situation qui peut faire craindre une incompétence ou une incurie. La question de savoir s'il faut ou non « *laisser toute latitude au mandant pour désigner son mandataire* » peut être posée. La doctrine n'a pas manqué de relever cette condition comme « *fondamentale dans la mesure où il s'agirait d'organiser sa propre inaptitude* » ²³⁶. Cette question,

²³⁰ BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction*, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1889, n° 841, p. 408 : « *La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour étendre à la faillite ce que la loi dit de la déconfiture du mandant ou du mandataire* ».

²³¹ J. JULIEN, *Le débiteur surendetté, personne vulnérable*, *Dr. Famille*, 2006, n° 5, étude 23.

²³² Art. L. 332-6 C. consom.

²³³ C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, Tome VII-VIII*, Paris, Imprimerie générale, n° 492.

²³⁴ Bien que l'hypothèse de la déconfiture ait été envisagée par certains comme ne visant que les personnes morales : « *Les situations conduisant à mettre fin au mandat sont au nombre de cinq : - les trois premières sont automatiques : il s'agit du rétablissement des facultés de l'intéressé, de son décès ou d'un empêchement frappant le mandataire lui-même (décès, mise sous protection juridique ou déconfiture s'il s'agit d'une personne morale)* ». (SENAT, Commission des affaires sociales. Avis n° 213, présenté sur le projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs. Paris, Sénat, 2007, p. 63.)

²³⁵ G. CORNU (Dir.), *Vocabulaire juridique de l'Association Henri CAPITANT*, PUF, 8^e éd., 2007 (Quadrige), V° Déconfiture.

²³⁶ J. -P. GATEL, *Le mandat pour inaptitude : Une alternative aux régimes de protection institués par la loi du 3 janvier 1968*, in J. -F. BUGELIN, J. -P. GRIDEL (Dir.), *Viellissement démographique et droit : vers un droit de la vieillesse ?*, Actes du colloque organisé le 26 mars 1999 par la Cour de cassation et l'Université René DESCARTES (Paris V). Paris, Dalloz, 1999.

capitale en effet, n'a guère été examinée lors des débats parlementaires et des différentes concertations pourtant menées durant une dizaine d'années. Les textes laissent la volonté libre et l'homme responsable, exposé à des dangers que les juges ne pourront endiguer, n'ayant pas les moyens d'un contrôle préventif et n'intervenant que sur signalement.

Les conditions qui ne sont pas requises correspondent aux causes d'exclusion ou de destitution facultatives du dispositif judiciaire que sont l'inaptitude, la négligence, l'inconduite, la fraude ou encore un changement de situation important. Elles représentent autant de risques dont il est préférable de se prémunir.

B. La sécurisation contractuelle du choix

69. Il faut sans cesse revenir vers la finalité du mandat pour trouver les moyens d'en faire un instrument sécurisé. Le risque est dans le contrat, il faut donc y inscrire l'antidote.

Pour commencer, il faut préciser le temps des conditions. Le mandat connaît plusieurs périodes. Celle de sa formation d'abord et celle de son exécution plus tard avec, dans l'intervalle, une période de latence, qui s'étend de la conclusion à la prise d'effet. La loi dispose que « *le mandataire doit, pendant toute l'exécution du mandat, jouir de la capacité civile et remplir les conditions prévues pour les charges tutélaires* »²³⁷. Seule la phase d'exécution est visée et rien n'est dit de la désignation lors de la conclusion du mandat dans le Code civil. Le mandant pourrait désigner une personne ne remplissant pas encore toutes les conditions requises lors de la conclusion, mais susceptible de les remplir au jour de la mise en œuvre du mandat, son exécution étant différée²³⁸. Le Code de procédure civile vient cependant préciser que « *le greffier vérifie [...] au vu des pièces produites, que le mandant et le mandataire étaient majeurs ou mineurs émancipés à la date d'établissement du mandat* »²³⁹. La période de conclusion est donc visée, mais la vérification ne porte que sur la capacité, non sur d'éventuelles interdictions ou incompatibilités.

La sécurisation contractuelle du mandat de protection future passe par la définition d'une obligation d'information (1) et l'aménagement de son exécution (2).

²³⁷ Art. 480 al. 2 C. civ.

²³⁸ L'article 812 du Code civil relatif au mandataire du mandat à effet posthume est plus clair : le mandataire doit remplir les conditions requises dès la conclusion du contrat.

²³⁹ Art. 1258-2 CPC.

1. La définition d'une obligation d'information

- 70. Le moment de l'information.** — Il faut manifestement renforcer les conditions relatives aux qualités du mandataire par la détermination de l'objet de l'obligation d'information, tout en considérant bien les deux temps du choix. L'obligation d'information est double. Lorsqu'elle s'intéresse au caractère éclairé du consentement du mandant, elle a une nature précontractuelle. Lorsqu'elle est tournée vers la bonne exécution des obligations, elle a une nature contractuelle. La situation du mandataire est importante, tant du point de vue de ses compétences que de sa personne. Après l'étape de la sélection, lors de la conclusion du mandat, vient celle du contrôle, avant ou après la prise d'effet. Le principe est que toute information pouvant influencer le choix du cocontractant doit lui être délivrée.
- 71. L'objet de l'obligation.** — Dans le mandat de protection future, l'obligation d'information doit porter sur toutes les causes qui pourraient justifier une exclusion ou une destitution dans le cadre d'une mesure judiciaire. L'objet de l'information est ainsi la situation du mandataire, tant personnelle (portant sur ses incapacités ou incompatibilités) que patrimoniale (portant sur l'existence d'une mesure d'accompagnement ou d'une procédure de surendettement). Le recours au mandat contresigné par un avocat, ou au mandat notarié, présente l'avantage de faire émerger les questionnements utiles. Rien ne garantit que les mêmes questions soient abordées pour l'établissement d'un mandat sous seing privé. L'élaboration de ce contrat, conclu selon le modèle réglementaire, n'est pas soumise à une attention vigilante. Le formulaire établissant le modèle de mandat de protection future sous seing privé ²⁴⁰ ne prévoit pas de déclaration quant à cette situation et il n'existe pas de moyen d'information. L'acceptation du mandataire vaut déclaration de connaissance des textes applicables, parce qu'il est simplement écrit « *je suis informé (e) de ce que je dois, pendant toute l'exécution du mandat, disposer de tous mes droits civils et remplir les conditions prévues pour les charges tutélaires fixées par le Code civil* », et « *je suis informé des conditions fixées par l'article 483 du Code civil, dans lesquelles le présent mandat prend fin* ». Il est question de la phase d'exécution du contrat, et les conditions sont évoquées de façon générale. Il conviendrait que le modèle soit au moins complété, afin que le mandataire déclare sur l'honneur n'être concerné par aucune cause intéressant le mandant au moment de l'engagement. Il paraît souhaitable de mettre à la charge de tout mandataire de protection future une obligation précontractuelle spéciale d'information.
- 72. Pérennité de l'obligation d'information.** — Il faudrait aussi que le mandataire ait l'obligation d'informer de tout changement, que celui-ci puisse être considéré comme une

²⁴⁰ Formulaire Cerfa n° 13592*02.

cause légale de fin ou non. Cela serait un moyen de réintroduire par le contrat les causes de retrait ou de remplacement qui existent dans la loi pour les mesures judiciaires mais non pour le mandat de protection future : l'inaptitude, la négligence, l'inconduite, la fraude, le litige, la contradiction d'intérêts ou le changement important de situation. Ce sont les cas d'exclusion ou de destitution que la loi présentait comme facultatifs avant la réforme de 2007.

2. L'exécution de l'obligation d'information

- 73. Le but de l'information.** — L'exécution de l'obligation d'information a pour but d'obtenir une déclaration et de pouvoir en tenir compte, soit pour permettre au mandant de faire un choix éclairé, soit pour lui permettre de modifier le choix initial, directement, par application d'une clause contractuelle ou par décision du juge, saisi par tout intéressé.
- 74. La caducité du mandat ou de la désignation.** — Si, en cours d'exécution, la situation du mandataire est affectée de telle manière qu'il n'est plus la bonne personne, il faut sans doute conclure à la caducité du mandat. Une telle solution s'inscrivait dans le mouvement du projet gouvernemental de réforme du droit des contrats de 2008, qui énonçait le principe selon lequel « *un contrat devient caduc si, en cours d'exécution, l'une des parties est atteinte d'une incapacité ou d'une interdiction* »²⁴¹. Le projet de l'Académie des sciences morales et politiques qui a suivi sanctionnait « *systématiquement la disparition d'un élément constitutif du contrat postérieurement à sa formation* »²⁴².

Ne faut-il pas conclure seulement à la caducité de la désignation ? Le projet gouvernemental de 2008 était en ce sens : il n'y a pas de caducité « *si le contrat peut être exécuté par les autres parties* »²⁴³. Afin d'éviter la caducité du mandat, il paraissait donc utile de prévoir un mandataire de second rang dans le contrat initial, cette solution pouvant toutefois poser un problème de publicité. En effet, rien n'est prévu par les textes pour matérialiser le changement de mandataire, qui doit toutefois pouvoir être porté à la connaissance des tiers. Il n'y a pas de nouveau passage devant le Greffe permettant de faire produire effet à ce type de clause afin de ne pas entraîner de confusion sur l'identité du mandataire. Cette solution n'était pas compromise par l'avant-projet de réforme du droit des obligations de 2013²⁴⁴.

²⁴¹ MINISTERE DE LA JUSTICE, Projet de réforme du droit des contrats, juillet 2008, art. 70.

²⁴² D. HOUTCIEFF, Les sanctions des règles de formation des contrats, *in* F. TERRE (Dir.), Pour une réforme du droit des contrats : réflexions et propositions d'un groupe de travail, Paris, Dalloz, 2009, p. 237.

²⁴³ MINISTERE DE LA JUSTICE, Projet de réforme du droit des contrats, juillet 2008, art. 70, al. 2.

²⁴⁴ Selon l'article 94, « *le contrat devient caduc si l'un de ses éléments constitutifs disparaît* ». L'article 95 prévoit que « *la caducité met fin au contrat entre les parties* ».

Elle a été reprise par le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations présenté en février 2015 ²⁴⁵. La caducité frapperait seulement le contrat ne prévoyant pas de mandataire de second rang.

75. **Une souplesse souhaitable des règles d'éviction.** — Un reproche fait par certains auteurs peut aussi être rappelé : le mandataire se trouve évincé « *même si l'exécution peut fort bien rester possible et satisfaisante pour le contractant* » ²⁴⁶. Il faut en effet toujours considérer la finalité du contrat, et la finalité du choix. Si une personne a été choisie comme mandataire pour protéger la personne du mandant, il n'est pas forcément pertinent ni juste de lui appliquer une clause qui viserait à écarter de la gestion du patrimoine une personne frappée d'une incompétence technique, comme pourrait l'être une personne bénéficiant d'une mesure d'accompagnement. Pour les causes fondées sur une inaptitude à gérer ou pour un surendettement, toute décision peut être admise dès lors qu'elle est prise en connaissance de cause. C'est une solution retenue par le droit espagnol, qui admet une dispense en matière tutélaire. Ainsi, le Code civil espagnol ²⁴⁷ énonce que « *les causes d'inhabilité [...] ne s'appliqueront pas aux tuteurs désignés [...] quand elles auront été connues [...] au moment de la désignation sauf si, par une décision motivée, le juge ordonne un choix différent au bénéfice du mineur ou de l'incapable* ». La volonté déclarée permet de déroger à une inaptitude légale à exercer la mesure.

En France, ni les textes applicables au mandat de droit commun, ni les textes spéciaux relatifs au mandat de protection future n'imposent d'évincer les personnes surendettées des fonctions de mandataire. Le mandat finit en cas de déconfiture du mandataire, mais la doctrine considère que cette règle n'est que supplétive ²⁴⁸. Il est donc possible de confirmer le choix du mandataire lorsque celui-ci est surendetté en cours d'exécution du mandat. Mais la question qui se pose est celle de savoir qui peut procéder à cette confirmation, alors même que le mandant est par hypothèse atteint d'une altération de ses facultés. Cela révèle

²⁴⁵ La Loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures ayant autorisé le Gouvernement à « *prendre par voie d'ordonnance les mesures, relevant du domaine de la loi, nécessaires pour modifier la structure et le contenu du livre III du Code civil afin de moderniser, de simplifier, d'améliorer la lisibilité, de renforcer l'accessibilité du droit commun des contrats, du régime des obligations et du droit de la preuve, de garantir la sécurité juridique et l'efficacité de la norme et à cette fin* ».

²⁴⁶ D. FENOUILLET, Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat, *RDC*, 2009, n° 1, p. 279, n° 27 : l'auteur critique le projet gouvernemental pour cette omission et en ce qu'elle fait de la capacité « *un élément permanent de validité des contrats* ».

²⁴⁷ Art. 246 C. civ. espagnol.

²⁴⁸ R. DE QUENAUDON, Fin du mandat, *J. -Cl. Civil Code*, Art. 2003 à 2010, Fasc. unique.

l'importance de la détermination du destinataire de l'information, qui pourra si besoin saisir le juge.

76. **Le destinataire de l'information.** — Tant que le mandat n'a pas pris effet, le mandant est à même d'apprécier la situation et d'agir en conséquence. Il suffit que le mandataire exécute l'obligation éventuellement mise à sa charge.

Dès lors que le mandat prend ou a pris effet, c'est que le mandant est atteint d'une altération de ses facultés. Le mandat de protection ne fait pas l'objet d'une homologation, et si des vérifications sont opérées lors de sa prise d'effet, elles restent sommaires. Pour ces raisons, il n'est pas certain que le mandant puisse recevoir l'information utilement. Quelqu'un d'autre doit prendre le relais, exercer une vigilance.

Le mandat de protection future impose l'intervention d'un contrôleur. Cette personne apparaît comme le destinataire prioritaire de l'information relative à la situation du mandataire. Mais le contrôle n'est envisagé qu'au stade de l'exécution, et il ne porte que sur l'exercice de la mission par le mandataire, nullement sur sa situation personnelle ou patrimoniale. Le contrôle doit donc être contractuellement étendu d'un point de vue temporel et matériel.

Dans le mandat notarié, le contrôleur est le notaire qui a établi le mandat ²⁴⁹. « *Toute latitude est offerte en ce qui concerne les modalités de contrôle du mandat notarié et de celui sous seing privé avec avocat* » ²⁵⁰. Dans le mandat sous seing privé, établi selon le modèle réglementaire, le contrôleur peut être... n'importe qui ! Le contrôleur peut en effet être toute personne, physique ou morale, sans condition ni restriction ²⁵¹. Une réflexion sur le choix du contrôleur s'impose ²⁵².

77. **Conclusion du Chapitre I.** — Les développements qui précèdent montrent qu'un mouvement de flux et de reflux serait souhaitable. D'une part, il serait envisageable d'ajouter à la liste des mandants possibles les personnes sous tutelle, sous le contrôle du juge. D'autre part, il conviendrait certainement de prévoir un retrait de la liberté de désignation des

²⁴⁹ Art. 491 C. civ.

²⁵⁰ Circulaire JUSCO901677C du 9 février 2009, Direction des affaires civiles et du sceau, application des dispositions législatives et réglementaires issues de la réforme du droit de la protection juridique des mineurs et des majeurs, destinée aux magistrats et aux greffiers.

²⁵¹ Modèle imposé par le décret D., 2009-1628 du 23 décembre 2009 relatif à l'appel contre les décisions du juge des tutelles et les délibérations du conseil de famille et modifiant diverses dispositions concernant la protection juridique des mineurs et des majeurs : « *je peux désigner toute personne de mon choix* ».

²⁵² V. *infra*, n° 369.

mandataires. Le risque est trop grand d'abandonner un mandant impuissant à de basses manœuvres.

CHAPITRE II.

L'OBJET DU MANDAT DE PROTECTION FUTURE

78. Comme dans tout contrat, l'objet du mandat doit être déterminé. Dans le mandat de droit commun, il consiste dans la représentation, pour l'accomplissement d'actes juridiques²⁵³. Dans le mandat de protection future l'objet est, pour le mandant, sa propre représentation ou celle de son enfant majeur. Mais celle-ci comporte alors une finalité spéciale, qui est de protéger les biens ou la personne du bénéficiaire, voire les deux cumulativement. De nombreuses règles s'appliquent à tout mandat de protection future. La plupart sont également applicables à toutes les mesures de protection, qu'elles soient judiciaires ou conventionnelles. La distinction entre actes personnels et actes patrimoniaux est souvent floue, voire impraticable²⁵⁴, ce qui est justifié par la finalité même de la gestion : « *à travers le patrimoine, c'est la personne que l'on protège* »²⁵⁵. Pour autant, la loi dissocie la protection patrimoniale, d'inspiration classique, de la protection personnelle, qui confirme certaines règles légales et consacre des solutions jurisprudentielles tout en créant un régime de droit commun. La protection des biens (Section I) permet des aménagements variés, tandis que la protection de la personne (Section II) est régie par des règles impératives.

²⁵³ L'article 1984 du Code civil énonce que le mandat a pour objet de faire quelque chose pour quelqu'un, en son nom. L'accomplissement d'actes juridiques pour autrui apparaît comme une condition de la qualification du mandat. Or le mandat de protection future permet souvent l'accomplissement d'actes matériels. La qualification peut alors être discutée. Mais elle est surtout remise en cause du point de vue de la représentation, traditionnellement considérée comme étant de l'essence du mandat. Sur ce point, le débat doctrinal reste ouvert. V. M. -L. IZORCHE, À propos du « mandat sans représentation », *D.*, 1999. 369. Cet auteur propose de distinguer entre représentation de la personne, propre au mandat, et représentation des intérêts, qui peut fonder une mission plus qu'un mandat au sens strict. Pour d'autres auteurs, le mandat de protection future est bien un mandat, sous une forme nouvelle. En ce sens, V. S. HEBERT, Le mandat de prévention : une nouvelle forme juridique ? *D.*, 2008, 307.

²⁵⁴ Il faut tenir compte des actes mixtes, qui sont des actes personnels emportant des conséquences patrimoniales. Le choix d'un logement en est un. Le majeur choisit le lieu de sa résidence (art. 459-2 C. civ.) mais, s'il doit être engagé au paiement d'un loyer en qualité de locataire, celui qui a reçu mission de percevoir ses ressources et de payer ses dépenses doit intervenir. La qualification importe dans le cadre de la tutelle, le tuteur pouvant seul exercer les actions relatives aux actes patrimoniaux mais devant obtenir une autorisation judiciaire pour faire valoir les droits extrapatrimoniaux (art. 475 C. civ.). Or les divergences persistent entre juges du fond et Cour de cassation. Dans deux affaires jugées par la Cour de cassation en 2009, les juges du fond ont qualifié d'extrapatrimoniaux les droits relatifs au logement de la personne protégée, tandis que la Cour les a qualifiés de droits patrimoniaux. Cass. 1^{re} civ., 9 décembre 2009, n° 08-16. 836, Bull. civ. I, n° 244 ; Cass. 1^{re} civ., 9 décembre 2009, n° 08-16. 835, Bull. civ. I, n° 243 ; I. MARIA, Des difficultés à qualifier une action en justice de patrimoniale ou d'extrapatrimoniale, *Dr. Famille*, mars 2010, comm. 50.

²⁵⁵ J. -M. PLAZY, La personne de l'incapable, Thèse sous la direction de M. Jean HAUSER, 1998.

SECTION I.

LA PROTECTION DES BIENS

79. L'objet du mandat de protection future est d'abord de prévoir et d'organiser la protection du patrimoine ²⁵⁶. Il se traduit par une mission confiée au mandataire. C'est la délimitation contractuelle de la mission qui fixera, par voie de conséquence, l'étendue des pouvoirs du mandataire. Le mandat permet d'organiser une mission de gestion patrimoniale, mais la recherche de compléments ou d'alternatives est possible, sinon souhaitable. Le mandant peut ainsi envisager la protection des biens exclusivement par le mandat de protection future (§1) ou par la fiducie en tant qu'acte concurrent ou accessoire (§2).

§1. LA PROTECTION DES BIENS PAR LE MANDAT DE PROTECTION FUTURE

80. Le mandataire chargé de la protection des biens est, comme tout mandataire, et comme tout protecteur d'un majeur, obligé d'exécuter sa mission et de rendre des comptes. Il doit, dès la prise d'effet du mandat, dresser un inventaire du patrimoine dont il assure la gestion. L'exécution de la mission engage surtout des jeux de pouvoirs qui posent sans cesse la question de leur répartition et de leur délimitation. La pluralité de décideurs sur le patrimoine est une cause d'imprécision et d'insécurité. La protection des biens par le mandat de protection future est soumise à un régime impératif complexe (A) et laisse, finalement, un espace de liberté résiduel (B).

A. Un régime impératif complexe

81. Le régime impératif découle d'une affirmation répétée dans tous les travaux préparatoires : le mandat de protection future est seulement un régime de représentation, qui laisse subsister la capacité du bénéficiaire (1) en soumettant le mandataire à des dispositions légales impératives (2).

²⁵⁶ Ph. POTENTIER fait justement remarquer que « l'écriture de l'article 479 nouveau du Code civil est révélatrice de cet état d'esprit : « Lorsque le mandat s'étend à la protection de la personne [...] La protection patrimoniale volontaire de l'individu est le premier objet, celle personnelle est seconde et facultative ». Ph. POTENTIER, Mandat de protection future, J. -Cl. Civil code, art. 477 à 494, n° 17.

1. La question du maintien de la capacité du bénéficiaire

82. Une partie de la doctrine considère que le bénéficiaire d'un mandat mis à exécution perd sa capacité juridique dans le champ contractuellement délimité par le mandant ²⁵⁷, parce que la logique impose d'admettre l'incapacité comme en matière de sauvegarde de justice ²⁵⁸. Dans la sauvegarde, dès lors qu'un mandataire est désigné pour effectuer certains actes déterminés, la personne protégée perd la capacité de les accomplir elle-même ²⁵⁹. D'autres auteurs pensent que les règles du mandat empêchent le bénéficiaire d'agir car cela constituerait une révocation tacite du mandataire alors que le droit de révocation est de la compétence exclusive du juge des tutelles ²⁶⁰. La capacité semble maintenue ²⁶¹.

Pour les personnes ayant atteint l'âge de la majorité, le principe de pleine capacité civile est posé par l'article 414 du Code civil. L'article 1123 l'exprime dans le domaine contractuel. L'incapacité est l'exception et « *il ne peut exister d'incapacité qu'en vertu d'une loi* » ²⁶². Ni le texte ni l'esprit de la loi réformant la protection des majeurs ne viennent contredire ces principes fondamentaux. Les travaux parlementaires en témoignent ²⁶³ et la doctrine administrative le confirme expressément ²⁶⁴.

La volonté du législateur a été de préserver la capacité tout en promettant une protection, ce qui supposait de limiter la liberté contractuelle. Ainsi, le bénéficiaire conserve sa capacité et le mandataire est soumis à des dispositions légales impératives. Donner le pouvoir de représentation tout en conservant sa capacité, en l'absence de publicité, est une difficulté pratique importante. La doctrine s'est notamment interrogée sur le point de savoir si l'action du mandant malgré la prise d'effet du mandat pouvait opérer comme une révocation partielle, alors même que la révocation du mandat effectif n'est pas permise. En agissant, le mandant

²⁵⁷ D. FENOUILLET, Le mandat de protection future ou la double illusion, *Deffrénois* 2009, p. 142.

²⁵⁸ D. NOGUERO, Interrogations au sujet du mandat de protection future, *D.*, 2006, p. 1133.

²⁵⁹ « *Elle ne peut, à peine de nullité, faire un acte pour lequel un mandataire spécial a été désigné en application de l'article 437* ». (Art. 435 C. civ.).

²⁶⁰ Art. 483 C. civ. V. A. -M. LEROYER. Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs. *RTD civ.*, 2007, p. 394,

²⁶¹ J. MASSIP, Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs, 2^e édition. Paris, Deffrénois, 2009, n° 563 ; A. DELFOSSE, N. BAILLON-WIRTZ, Le mandat de protection future, *JCP G*, 2007 n° 17, n° 147.

²⁶² J. CARBONNIER, Droit civil, Tome 1, Les personnes, 21^e édition, PUF, 2000. (Thémis Droit privé), n° 103, p. 189.

²⁶³ RICHEMONT (DE), Henri, Rapport Sénat n° 212, 7 février 2007, p. 68 : « *Entre la liberté civile, trop exigeante pour les plus fragiles et la privation des droits ordonnée par le juge, il (le mandat de protection future) offre une solution simple, souple et personnalisée, en créant un régime de représentation qui n'entraîne pas l'incapacité du mandant* ».

²⁶⁴ Circ. DACS n° CIV/01/09/C1, 9 février 2009, BOMJ 28 février 2009, p. 40.

ne remet pas forcément en cause la procuration qu'il a donnée. La concurrence existe plus exactement entre le mandataire et le bénéficiaire, qui peut être le mandant ou qui peut être son enfant majeur ²⁶⁵. La validité de l'acte du mandant dans le champ du mandat n'est pas en cause, mais sa force est amoindrie. La capacité est conservée mais elle n'est pas intacte pour autant. Elle est diminuée, parce que les actes conclus par le bénéficiaire d'un mandat effectif sont susceptibles d'être rescindés pour lésion ou réduits pour excès, comme en matière de sauvegarde. Le bénéficiaire du mandat effectif n'est donc plus tout à fait un majeur comme les autres.

2. La soumission du mandataire à des dispositions légales impératives

- 83.** Certains biens obéissent à un régime particulier, parce qu'ils sont trop liés à la personne, à ses conditions de vie. Les articles 426 et 427 du Code civil, qui font partie des dispositions générales applicables à toutes les mesures de protection juridique des majeurs, portent sur le logement, les meubles dont celui-ci est garni, les souvenirs et objets à caractère personnel, ceux indispensables aux personnes handicapées ou destinés aux soins des personnes malades et les comptes bancaires. À leur égard, le mandat de protection future ne présente pas de spécificité par rapport aux mesures judiciaires. S'agissant du choix du lieu de vie, l'avis du majeur est toujours fondamental, quelle que soit la mesure ²⁶⁶. Cet avis est en principe sollicité et respecté. Un mandat de protection future permet de l'exprimer de façon anticipée, plus précise et détaillée.

Les actes accomplis à titre gratuit à l'initiative du mandataire sont soumis à l'autorisation du juge ²⁶⁷. Le but est « *d'éviter les donations abusives ou sous influence, notamment au profit du mandataire* » ²⁶⁸. Cette règle ne résout pas toute la question de la protection dans ce domaine,

²⁶⁵ D. NOGUERO, Interrogations au sujet du mandat de protection future, *D.*, 2006. 1133. L'auteur invite à se pencher sur la question de la concurrence des capacités et des conflits d'intérêts, en tenant compte de propositions de réforme et, spécialement, de l'article 1120 du « *projet Catala* », qui énonce que : « *l'établissement d'une représentation légale ou judiciaire dessaisit pendant sa durée le représenté des pouvoirs transférés au représentant. La représentation conventionnelle laisse au représenté l'exercice de ses droits, sous réserve de son devoir de loyauté envers son représentant* ». (P. CATALA, Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, La Documentation française, 2005). C'est cette solution qui a été choisie par le projet d'ordonnance réformant le droit des contrats de février 2015 (art. 1158) avec une nuance toutefois : la limite de la loyauté envers le représentant ne figure pas dans le projet d'ordonnance.

²⁶⁶ Civ. 1^{re}, 25 mars 1997, *JCP* 97. 22882.

²⁶⁷ Il convient de s'interroger sur la qualification à donner à certaines opérations d'assurance sur la vie, dans la mesure où elles peuvent être considérées comme des libéralités indirectes.

²⁶⁸ SENAT, Rapport n° 212, présenté par Henri DE RICHEMONT, préc., p. 195.

puisque les donations peuvent encore être valablement faites par le mandant seul, la nullité ou la réduction étant les seules voies possibles de critique.

Certains actes sont interdits au tuteur et, par suite, interdits au mandataire de protection future. Il s'agit, selon l'énoncé de l'article 509 du Code civil, des actes qui emportent une aliénation gratuite des biens ou des droits de la personne protégée ²⁶⁹, tels que la remise de dette, la renonciation gratuite à un droit acquis, la renonciation anticipée à l'action en réduction, la mainlevée d'hypothèque ou de sûreté sans paiement ou la constitution gratuite d'une servitude ou d'une sûreté pour garantir la dette d'un tiers, l'acquisition d'un droit ou d'une créance détenue par un tiers contre la personne protégée, l'achat de biens de la personne protégée ainsi que leur prise à bail ou à ferme, le transfert des biens ou des droits du majeur dans un patrimoine fiduciaire, l'exercice du commerce ou d'une profession libérale au nom de la personne protégée.

La Cour de cassation s'est prononcée sur les limites des pouvoirs du représentant en jugeant que « *le tuteur d'une personne protégée à laquelle a été dévolue la fonction de gérant d'une société n'est pas investi du pouvoir de représenter celle-ci* » ²⁷⁰. Il représente la personne sans pouvoir représenter pour autant la société. La gérante d'une SCI ne peut donc pas être représentée par son tuteur dans l'exercice de son mandat social. Dans la société, il faut pourvoir à son remplacement.

Le mandataire peut réaliser les actes que le tuteur peut accomplir avec autorisation, sans cette autorisation si le mandat est notarié, et avec cette autorisation si le mandat est sous seing privé. Les actes interdits au tuteur sont pareillement interdits au mandataire de protection future.

B. Un espace de liberté résiduel

84. Dans le respect du cadre légal, le mandant peut prévoir des aménagements contractuels et faire des choix relatifs au contenu de sa protection patrimoniale. Deux éléments ont une incidence sur les pouvoirs du mandataire : le contenu de la mission et la forme du mandat.
85. **Le contenu de la mission.** — Le mandant peut préciser la mission du mandataire, pour la limiter, s'il le souhaite, à certains biens ou, par exemple, à ses animaux. Il aménage les conditions du contrôle de l'action menée. Les textes rendent possible un relâchement quant

²⁶⁹ « *Sauf ce qui est dit à propos des donations* ».

²⁷⁰ Cass. civ. 12 juillet 2012, Th. VERHEYDE, Majeurs protégés : représentation sur représentation ne vaut ! *AJ Famille*, 2012. 505.

à l'exigence du contrôle, dans le cadre du mandat sous seing privé. Les prescriptions paraissent devoir rester simples afin d'éviter les problèmes d'interprétation.

La surveillance de la mesure conventionnelle est son écueil le plus saillant. Le mandant qui souhaiterait solliciter le juge ne le pourrait pas *a priori*, la compétence du juge *rationae materiae* étant fixée par la loi, non par les parties au contrat. Il faut cependant distinguer entre le contenu du mandat et le contrôle du mandat. En effet, si le mandant ne peut décider directement du contrôle qui sera exercé, le contenu de son mandat va déterminer, de manière indirecte, la place du juge. En écartant certains pouvoirs de la représentation, le mandataire devra, chaque fois que le mandant n'agira pas, revenir devant le juge pour être autorisé par lui à accomplir ou à faire accomplir certains actes. Par ailleurs, il ne faut pas oublier que tout tiers peut saisir le juge à propos des conditions et modalités d'exécution du mandat, ce qui laisse grande ouverte la porte du tribunal d'instance.

- 86. La forme du mandat.** — Ce choix définit le cadre légal de l'intervention du mandataire. Selon que le mandat est conclu sous seing privé ou par acte notarié, le mandataire peut conclure certains actes avec ou sans l'autorisation du juge des tutelles. Les pouvoirs se déterminent par référence au Code civil et surtout par référence au décret relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle ²⁷¹.

Le mandataire, qu'il soit désigné par mandat sous seing privé ou par mandat notarié, a le pouvoir d'accomplir seul les actes d'administration, qui doivent toujours avoir pour finalité l'intérêt de la personne protégée.

En ce qui concerne les actes de disposition, seul le mandataire désigné par acte notarié est dispensé de requérir l'autorisation du juge des tutelles. Le régime institutionnel est ici dépassé. De larges pouvoirs sont confiés au mandataire. Ils sont exorbitants du droit commun du mandat. Ce dernier, lorsqu'il est « *conçu en termes généraux, n'embrasse que les actes d'administration* » ²⁷². Pour permettre de réaliser certains actes, le mandat de droit commun doit impérativement être exprès. Comme pour l'exercice des mesures judiciaires, il faut composer avec le flou ou certaines incohérences de la distinction entre actes de disposition et actes d'administration. L'opération de qualification est de la compétence du mandataire, sous le contrôle du juge, qui n'intervient qu'*a posteriori*, lorsqu'il intervient. Nombreuses seront les situations où il n'interviendra pas, le mandataire n'étant pas tenu de rendre compte de sa gestion au Greffe. Dans les mandats notariés, le notaire recevra un compte rendu. C'est donc

²⁷¹ Décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du Code civil. JORF n° 0304 du 31 décembre 2008, p. 20631.

²⁷² Art. 1988 C. cv.

lui qui, après première lecture, saisira le juge en cas de doute. La qualification anticipée d'un acte par le mandant n'est pas exclue, mais sa portée est incertaine. Il sera moins hasardeux de prévoir des actes spécifiques, bien que certaines voies paraissent incompatibles avec le mandat de protection future ou laissent subsister d'importantes zones d'ombre, d'autant plus étendues que la distinction entre les actes risque d'être troublée par la dimension personnelle de certains actes, eu égard à leurs répercussions. Certains actes patrimoniaux présentent en effet un caractère personnel accusé, en raison de leur nature ou en raison de leurs conséquences ou, à l'inverse, des actes personnels ont des répercussions patrimoniales significatives. Outre ces interpénétrations, qui devraient faire conclure à une indivisibilité de l'opération afin d'appliquer les règles de protection maximales, la qualification même de certains actes est discutée.

C'est le cas concernant la modification du bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie. Dans une affaire jugée en 2007²⁷³, la Cour de cassation avait opéré un revirement de jurisprudence en répondant à la question de savoir si un gérant de tutelle pouvait être autorisé par le juge des tutelles à modifier la désignation du bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie. Jusque là, un tel acte n'appartenait qu'au stipulant²⁷⁴, du fait de sa qualification d'acte éminemment personnel²⁷⁵. Aujourd'hui, les textes ont consacré le revirement de jurisprudence en le qualifiant d'acte de disposition. Le décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle le classe dans la colonne des actes de disposition de l'annexe 1, consacrée aux actes « *regardés comme actes d'administration ou comme actes de disposition* ». Juridiquement, il s'agit donc d'un acte patrimonial pouvant être conclu avec l'autorisation du juge en tutelle ou l'assistance du curateur en curatelle. Pour autant, la désignation ou la substitution de bénéficiaire comporte très certainement une dimension personnelle. Du reste, la doctrine a justement souligné que l'identité du bénéficiaire était sans incidence sur le montant des primes versées²⁷⁶. La

²⁷³ Cass. 2^e civ., 15 mars 2007/05-21830, D. NOGUERO, La substitution du bénéficiaire d'une assurance-vie par le gérant de tutelle du majeur protégé, *D.*, 2007, 1932 ; *JCP N*, 2007, 1312, note J. -M. PLAZY ; *Dr. Famille*, 2007, comm. 134, obs. V. NICOLAS.

²⁷⁴ Art. L. 132-9 al. 2 C. assur. (Version du texte en vigueur du 17 juillet 1992 au 19 décembre 2007).

²⁷⁵ J. -P. GRIDEL, L'acte éminemment personnel et la volonté propre du majeur en tutelle, Cour de cassation, Rapport année 2000. Cass. 1^{re} civ., 31 mars 1992, n° 90-20. 385 ; J. MASSIP, Le droit de révoquer la stipulation d'un contrat d'assurance-vie selon laquelle le bénéfice de l'assurance est attribué à un bénéficiaire déterminé est un droit personnel au stipulant et ne peut être exercé par un gérant de tutelle, *D.*, 1992, 508 ; J. HAUSER, Des pouvoirs des représentants des incapables, *RTD civ.*, 1993. 101.

²⁷⁶ I. MARIA, Pouvoirs du curateur et modification du bénéficiaire du contrat d'assurance vie, *Dr. Famille*, n° 9, septembre 2009, comm. 114.

qualification des actes, critiquable ou floue, donne au mandataire une marge de liberté ou d'interprétation qui influe concrètement sur ses pouvoirs.

Dans les mandats sous seing privé, le contrôle peut être succinct et, surtout, peut être le fait de non professionnels. Le mandataire se trouve donc investi d'un pouvoir important et peu ou mal contrôlé.

§2. LA PROTECTION DES BIENS PAR LA FIDUCIE

87. Outils contractuels de gestion étrangers à la protection proprement dite des biens. —

De nombreux contrats peuvent être conclus au bénéfice des majeurs protégés, par exemple le crédit viager hypothécaire²⁷⁷, permettant à la fois de financer la dépendance et de relancer la consommation²⁷⁸. Il s'agit d'une hypothèque inversée, dont une version est notamment connue aux États-Unis sous l'appellation de *reverse mortgage*²⁷⁹. Le prêt viager hypothécaire est une opération de crédit qui concerne les particuliers, régie par le Code de la consommation²⁸⁰. Son attrait principal, spécialement pour les personnes âgées, est de permettre une mobilisation d'un actif immobilier à usage d'habitation tout en évitant la dépossession. Le capital et les intérêts de ce prêt ne sont exigibles qu'à l'échéance du terme, qui correspond au décès de l'emprunteur, à l'aliénation ou au démembrement de la propriété de l'immeuble, s'ils surviennent avant le décès²⁸¹. La dette est plafonnée : elle ne peut excéder la valeur de l'immeuble à l'échéance du terme²⁸². L'usage devait en être résiduel²⁸³. Il l'a manifestement été, cette piste, ouverte depuis 2006, semblant assez peu suivie en pratique, peut-être du fait des règles strictes encadrant la publicité²⁸⁴ et interdisant le

²⁷⁷ V. MORIN BRUCKER, Le prêt viager hypothécaire, *JCP N*, n° 19, 11 mai 2007, 1176. La Caisse des dépôts et consignations (CDC) porte depuis la fin 2014 un fonds viager (CERTIVIA) qui a le projet d'acquérir 400 biens immobiliers, afin de répondre aux besoins des personnes retraitées tout en libérant un capital immobilisé. Le fonds ne sollicitera pas les vendeurs mais répondra aux demandes qui lui seront adressées. *Dr. patr.* octobre 2014. 240.

²⁷⁸ V. CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE, Les personnes vulnérables. 102^e congrès de notaires de France, Strasbourg 21-24 mai 2006, Paris : ACNF 2006, qui dresse un panorama très complet des techniques contractuelles à réactiver ou à promouvoir.

²⁷⁹ L. AYNES, La réforme du droit des sûretés par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, *D.*, 2006. 1289.

²⁸⁰ Art. L. 314-1 à L. 314-19 C. consom.

²⁸¹ Art. L. 314-1 C. consom.

²⁸² Art. L. 314-9 C. consom.

²⁸³ Th. de RAVEL D'ESCLAPON, L'hypothèque, une sûreté décidément bien en vue, *D.*, 2008, 2021.

²⁸⁴ Art. L. 314-3 C. consom.

démarchage²⁸⁵, qui limitent la diffusion de la connaissance de ce mécanisme. On a pu redouter un « *risque de voir des personnes âgées dilapider quelque peu leur bien par ce moyen* »²⁸⁶. Dans un rapport remis au Garde des Sceaux en 2005²⁸⁷, ont été émis « *des doutes sérieux sur l'opportunité de transposer en France un système qui, d'une part, risque d'inciter une personne âgée à un endettement indolore, et donc irréfléchi, puisque la charge du remboursement ne pèsera que sur sa succession, et qui, d'autre part, semble ne connaître qu'un succès très relatif aux États-Unis, où pourtant il bénéficierait de la garantie de l'État fédéral [contre le risque d'une longévité exceptionnelle du créancier...]* ». Le Pôle Finance Innovation²⁸⁸, dans une étude de 2010²⁸⁹, mesure bien le risque encouru par l'émetteur de la créance et l'intérêt de la réassurance par l'État fédéral américain, mais insiste surtout sur le potentiel de ces produits, « *complémentaires et riches d'avenir pour améliorer les revenus des personnes en retraite* ». Il semble d'ailleurs que, depuis 2005, la situation ait évolué aux États-Unis, ce qui pourrait inciter la France à revoir son analyse. En 2005, moins de 0,5 % des personnes âgées de plus de 65 ans bénéficiaient du dispositif américain. Ce chiffre aurait quadruplé depuis, montrant une expansion de ce marché²⁹⁰.

Une autre voie reste peu explorée, celle de la gestion du patrimoine par la fiducie. Ce moyen contractuel de protection crée un rapport triangulaire, offre des combinaisons multiples, qui tranchent avec la dualité du rapport de confiance fondamental entre protégé et protecteur qui préside au rapport issu du mandat de protection future. Cet instrument, dont le potentiel doit être présenté (A), peut déployer son utilité dans le champ de la protection des majeurs vulnérables (B).

A. Présentation de l'instrument fiduciaire

88. **Un instrument aux multiples utilisations potentielles.** — La fiducie est un transfert de propriété à une personne chargée d'une mission au profit du constituant lui-même ou d'un

²⁸⁵ Art. L. 314-4 C. consom.

²⁸⁶ Assemblée Nationale, Commission des finances, de l'économie générale et du plan, Compte rendu n° 48, 8 février 2006.

²⁸⁷ Groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés présidé par le professeur GRIMALDI. Rapport au Garde des Sceaux, Ministre de la justice, 28 mars 2005.

²⁸⁸ FINANCE INNOVATION est un pôle composé d'acteurs financiers divers (entreprises, associations professionnelles, centres de recherche, universités, grandes écoles, autorités de marché et collectivités locales). <http://www.finance-innovation.org/legal.htm> (Consulté le 29 mai 2014).

²⁸⁹ Livre blanc « Innovation dans l'assurance », Pôle Finance innovation, juillet 2010.

²⁹⁰ Source : BSI Economics, association de chercheurs et d'actifs : <http://www.bsi-economics.org/index.php/immobilier/item/285-viagers-reverse-mortgages-financer-retraite-grace-a-immobilier> (Consulté le 29 mai 2014).

tiers. Désormais, elle pourrait être un régime de protection en soi ou être utilisée en complément d'une mesure de protection, conventionnelle ou judiciaire. Les biens visés quittent le patrimoine du constituant sans pour autant rejoindre celui du fiduciaire, mais constituent un patrimoine d'affectation.

En d'autres temps et d'autres lieux, la fiducie a connu des applications utiles dans le cadre familial, même si son utilisation actuelle reste principalement commerciale ²⁹¹. Après une exclusion française justifiée par le rejet du droit d'aînesse et le principe de l'unicité du patrimoine, l'idée de réintroduire la fiducie a été discutée au début des années 1990 ²⁹².

L'utilisation de la fiducie tendait prioritairement à faciliter le développement et la relocalisation d'activités en France. Elle a été envisagée comme une source de progrès dans le domaine de la protection des majeurs. Dans la proposition de loi instituant la fiducie, M. Philippe MARINI, sénateur, exposait que l'on « *pense notamment au recours à la fiducie par des "personnes en difficulté" ou "personnes vulnérables" (personnes ayant eu un accident, affectées par les séquelles d'une maladie ou autre), mais qui ne bénéficient pas aujourd'hui de la possibilité de recourir à la tutelle ou à la curatelle notamment. La fiducie, régime volontaire et contractuel, permettra notamment à toute une série de catégories de personnes d'être déchargée de la gestion de biens, tout en les attribuant à une personne de confiance (le fiduciaire) qui devra les gérer avec loyauté et attention (ou diligence) pour leur bénéfice* ».

Le premier intérêt de la fiducie sur les mesures de protection traditionnelles est de constituer, comme le mandat de protection future, un instrument conventionnel offrant une grande liberté. Le deuxième intérêt de la fiducie est de promettre une gestion dynamique des biens, tandis que les mesures habituelles en proposent plutôt la sauvegarde, malgré une tendance de la réforme à admettre davantage de souplesse. La gestion en bon père de famille était sans doute plus statique que la nouvelle gestion qui suppose « *des soins prudents, diligents et avisés* » ²⁹³. Cela étant, la gestion du patrimoine des majeurs protégés reste un élément du droit des personnes tandis que la fiducie relève du droit des contrats ²⁹⁴. Le troisième intérêt

²⁹¹ G. LE BRAS, L'évolution générale du procurateur en droit privé romain, Des origines au III^e siècle, Paris, PUF, 1922, p. 40 : « *On recourt de très bonne heure – cela résulte du style archaïque de la clause rapportée par Cicéron – à la fiducia cum amico, qui permet d'assurer la représentation en justice et la protection des faibles, par une sorte de dépôt ou de prêt à usage* ».

²⁹² F. FRESNEL, La fiducie comme technique de protection des majeurs en difficulté, Thèse, Paris 2, 1995. F. FRESNEL, La fiducie et les personnes vulnérables, *RJPF*, 2005, 4/54.

²⁹³ Art. 496 C. civ. : « *Le tuteur représente la personne protégée dans les actes nécessaires à la gestion de son patrimoine. Il est tenu d'apporter, dans celle-ci, des soins prudents, diligents et avisés, dans le seul intérêt de la personne protégée* ».

²⁹⁴ Respectivement inclus dans le Livre I et le Livre III du Code civil.

serait de « *désencombrer les juridictions tutélaires* »²⁹⁵. Recourir à la fiducie en matière de protection des majeurs révèle une tendance au rapprochement vers la conception des dispositifs de *Common Law*. En tout cas, la fiducie permet aujourd’hui de répondre à des objectifs atteints par des trusts anglo-américains pratiqués en Angleterre ou dans d’autres pays, de *Common Law* mais aussi de droit civil²⁹⁶. Le trust est le produit le plus important de l’*Equity*²⁹⁷. Les fiducies connues de la *Common Law* peuvent être expresse, judiciaires ou d’origine législative. Parmi les premières se trouvent les fiducies d’intérêt privé, qui peuvent naître d’une déclaration, d’une donation, d’un contrat ou d’un testament²⁹⁸. Le but de ces opérations peut être de « *subvenir aux besoins de personnes mineures, incapables ou irresponsables* »²⁹⁹.

89. Un défaut originel. — Dans sa conception initiale issue de la loi du 19 février 2007, la fiducie française ne pouvait pas permettre ces applications. En effet, il n’avait pas été admis, initialement, que le constituant puisse être une personne physique³⁰⁰. Ce choix était sérieusement contestable mais pouvait être regardé comme provisoire³⁰¹. Lors des débats de 2006, Robert BADINTER a déploré les résistances lancinantes opposées à l’introduction de la fiducie en droit français, depuis la première proposition de loi datant de 1989. Il a rappelé la double finalité de cette institution, financière d’une part et familiale d’autre part. « *La finalité humaine de la fiducie, dont le caractère est si précieux, est escamotée plus pour des raisons qui tiennent à la*

²⁹⁵ H. LETELLIER, La fiducie, outil de protection des majeurs vulnérables, *Dr. et patr.*, n° 212, 2012. Mais est-ce toujours l’intérêt des personnes vulnérables ? Le recours au juge est déjà une protection.

²⁹⁶ L. SANCHEZ DE LOZADA, Trusts exprès privés anglo-américains, fidécimmis latino-américains et la fiducie française, Thèse Panthéon-Assas, 2012.

²⁹⁷ L’*equity* émane des juges de la Chancellerie, qui officient dans l’Angleterre des XIV^e et XV^e siècles. Elle prend sa source dans « *une certaine conception de l’équité et de la nécessité de rendre à la justice sa place face au droit, produit des juges de common law* » (J. VANDERLINDEN. Histoire de la common law. Bruylant, 1996). L’un des apports essentiels de l’*equity* à la *Common law* est le trust, dont les applications sont innombrables. Sur ce point, V. F. BARRIERE, Fiducie, *Rép. civ. Dalloz* : l’auteur invite à consulter « *la liste impressionnante rédigée par W. Fratcher, Trust, in : International Encyclopedia of Comparative Law, vol. 6, ch. 11, sous la dir. de F. Lawson, 1972, Mohr* ».

²⁹⁸ A. GRENON, Les fiducies, Cowansville (Québec), Ed. Yvon Blais, 1997, p. 7. (La common law en poche).

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 15. L’auteur donne l’exemple d’un parent désignant parmi ses enfants celui d’entre eux qui sera fiduciaire et détiendra le bien au profit de sa fratrie, lui inclus. Le fiduciaire est également bénéficiaire. Cela est intéressant si l’un des membres de la fratrie est une personne que son handicap empêche de gérer ses affaires. Le constituant peut organiser la distribution du revenu ou confier au fiduciaire un large pouvoir en ce domaine.

³⁰⁰ SENAT, séance du 17 octobre 2006 (compte rendu intégral des débats). M. Pascal CLEMENT, garde des sceaux : « *s’agissant de la protection des personnes, je pense en outre tout particulièrement aux majeurs incapables et aux héritiers réservataires dont les droits doivent impérativement être respectés. Or si nous ouvrons la fiducie aux personnes physiques, ils pourraient être lésés* ».

³⁰¹ B. HOHL, Exclusion critiquable des personnes physiques comme constituants de fiducie, *JCP E*, 2007, n° 36, 2052.

défiance que pour des raisons véritablement juridiques : il y a une sorte d'obsession selon laquelle la fiducie servirait à la fraude, et c'est cela qui paralyse littéralement le progrès du droit. La fiducie est considérée comme l'instrument permettant je ne sais quel détournement de patrimoine ou escamotage, notamment en matière d'impôt sur la fortune. Il est certain que l'on ne peut pas avancer à partir d'un tel postulat ! »³⁰². L'un des arguments en faveur de l'éviction des personnes physiques était en effet l'évasion fiscale³⁰³. Le registre national des fiducies, qui devait être créé peu après, serait de nature à répondre à cette préoccupation. Le premier article du texte prévoyant sa mise en œuvre donne en effet sa finalité, qui est précisément de « faciliter les contrôles permettant la lutte contre l'évasion fiscale, le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme »³⁰⁴.

Certains parlementaires ont préféré une politique des petits pas plutôt qu'un renvoi immédiat du texte aux oubliettes, tout en espérant obtenir un élargissement ultérieur aux personnes physiques³⁰⁵. Cette stratégie s'est avérée fructueuse puisque l'élargissement a été conquis en 2008 avec la loi de modernisation de l'économie. Depuis lors, la fiducie peut être utilisée par les personnes physiques et « compléter la palette d'instruments à leur disposition, en particulier le mandat de protection future et le mandat à effet posthume »³⁰⁶.

Une fois cet élargissement opéré, des conditions et limites subsistaient, empêchant la fiducie de devenir un véritable outil de protection des personnes vulnérables.

B. Utilisations dans le champ de la protection des majeurs

90. **Le cumul limité d'une fiducie et d'une mesure de protection.** — La fiducie est avant tout un outil d'ingénierie juridique. L'actuel article 2011 du Code civil permet le transfert de droits, biens, sûretés, présents ou futurs, à un fiduciaire chargé d'agir dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires. La loi de modernisation de l'économie a permis à

³⁰² R. BADINTER, Séance du 17 octobre 2006. J. O. Sénat 2006, n° 82 S. (C. R.), 18 octobre 2006, p. 6702.

³⁰³ Le même argument a servi pour refuser d'admettre la fiducie-libéralité. On aurait encore pu tenter d'invoquer le principe d'unité du patrimoine, certainement en vain, depuis l'admission de la société unipersonnelle ou par exemple de l'acceptation à concurrence de l'actif net.

³⁰⁴ Décret n° 2010-219 du 2 mars 2010 relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « Registre national des fiducies ».

³⁰⁵ SENAT, séance du 17 octobre 2006 (compte rendu intégral des débats) M. Henri de RICHEMONT : « comme j'ai bien compris aussi que, si le Sénat repoussait votre amendement, la proposition de loi irait aux oubliettes et puisqu'il me paraît très utile d'introduire la fiducie dans notre droit, j'en viens finalement à penser qu'il vaut mieux voter cet amendement afin que l'Assemblée nationale examine la proposition de loi avant la fin de l'année. Ainsi, nous disposerons d'un texte que nous pourrons élargir ensuite aux personnes physiques afin de nous doter d'un dispositif cohérent, attractif et intéressant qui évitera à notre pays d'être le mouton noir de l'Europe ».

³⁰⁶ F. BARRIERE, La fiducie : brèves observations sur sa refonte et sa retouche par la loi de modernisation de l'économie, *JCP E*, n° 35, 28 août 2008, act. 385.

toute personne de constituer une fiducie³⁰⁷. Les personnes physiques peuvent être constituantes. Dans cette hypothèse, le constituant a toujours la faculté de désigner un tiers de confiance afin de « *s'assurer de la préservation de ses intérêts dans le cadre de l'exécution du contrat* »³⁰⁸. Lorsque le constituant est un majeur incapable, le fiduciaire rend compte annuellement à son tuteur ou à son curateur³⁰⁹, qui ne peut cumuler cette qualité avec celle de fiduciaire³¹⁰. La personne sous tutelle ne peut intervenir en qualité de constituant que si le contrat a précédé la mesure de protection. En effet, le majeur sous tutelle ne peut pas être constituant d'une fiducie. Son représentant ne peut pas être autorisé à conclure pour lui ce contrat, qui reste ouvert aux seules personnes sous curatelle, à condition qu'elles soient assistées de leur curateur. Un amendement de la commission des lois du Sénat avait été soumis au Parlement, pour voir insérer un article 500-1 permettant indifféremment au majeur en tutelle ou en curatelle de mettre ses biens en fiducie³¹¹. Le but était de « *permettre, au cours de la tutelle, la gestion des biens du majeur protégé dans le cadre d'un contrat de fiducie. Lorsque les biens du majeur protégé s'avèrent importants, la fiducie peut en effet constituer un instrument de gestion particulièrement efficace et un outil juridique complémentaire au mandat de protection future créé par le présent projet de loi* ». Le choix d'ouvrir cette possibilité aux majeurs sous tutelle était fondé sur l'intérêt du recours à des professionnels de la gestion et à la souplesse du dispositif, vu comme un complément possible du mandat de protection future³¹², auquel il pouvait aussi être une alternative. Le recours à la fiducie pourrait être admis à condition d'être spécialement encadré. Cet amendement a été supprimé en commission mixte paritaire. La Loi de modernisation de l'économie a finalement admis le recours à la fiducie pour les majeurs sous curatelle mais non sous tutelle³¹³. Le majeur sous sauvegarde comme le mandant de protection future, qui conservent leur capacité de contracter, peuvent valablement constituer une fiducie, même si

³⁰⁷ Art. 18.

³⁰⁸ Art. 2017 C. civ.

³⁰⁹ Art. 2022 C. civ.

³¹⁰ Art. 445 C. civ.

³¹¹ Rapport RICHEMONT, Sénat, 212, p. 219 : « *Article additionnel après l'article 500 du Code civil : Possibilité de conclure un contrat de fiducie* ».

³¹² L'utilisation de la fiducie en complément du mandat de protection future est préconisée par H. FABRE. La fiducie comme alternative au mandat de protection future ou comme outil de transmission. Dr. et patr. 2012, n° 212.

³¹³ Art. 468 et 509 C. civ.

ce contrat peut paraître fragile et qu'il est en outre rescindable, réductible ³¹⁴ ou annulable pour trouble mental ³¹⁵.

Le mandant le peut, mais en revanche, l'acte ne paraît pas permis au mandataire. En effet, le mandataire peut passer les actes que le tuteur peut accomplir seul (s'il tient ses pouvoirs d'un mandat sous seing privé) voire avec une autorisation (si le mandat est notarié). Or, le tuteur ne peut pas, même avec une autorisation, constituer une fiducie au nom et pour le compte du majeur en tutelle ³¹⁶. Cette règle, édictée par l'article 509 du Code civil, paraît fermer la voie de la fiducie au mandataire de protection future. Il peut être soutenu que l'alinéa 2 de l'article 490, texte spécial, déroge à l'article 509, règle générale en matière de gestion du patrimoine tutélaire. Ce texte prévoit que « *le mandataire ne peut accomplir un acte de disposition à titre gratuit qu'avec l'autorisation du juge des tutelles* », ce qui pourrait laisser entendre que la fiducie, n'étant pas un acte gratuit, demeurerait possible ³¹⁷. Cela vaudrait pour le mandat notarié. Pour le mandat sous seing privé, l'article 493 du Code civil énonce que, « *si l'accomplissement d'un acte qui est soumis à autorisation ou qui n'est pas prévu par le mandat s'avère nécessaire dans l'intérêt du mandant, le mandataire saisit le juge des tutelles pour le voir ordonner* ». Il pourrait être conseillé d'intégrer la prévision de la fiducie au mandat de protection future. Si une telle clause est valable dans le cadre du mandat sous seing privé, il est incohérent d'écarter la fiducie dans le cadre du mandat notarié. Incohérent et regrettable, car la fiducie présente l'avantage de neutraliser un danger sur lequel la doctrine a donné l'alerte. Il s'agit de la situation de concurrence entre mandant et mandataire ³¹⁸. Plus largement, sur la question de savoir si les actes interdits au tuteur restent ouverts au mandataire, les règles sont imprécises ³¹⁹.

L'interdiction faite au représentant du majeur protégé conduit à constater que la fiducie-gestion n'est pas pleinement favorisée dans le domaine de la protection des majeurs. Cette réserve paraît manquer de cohérence à l'égard du dispositif de protection des majeurs ³²⁰. En

³¹⁴ Art. 435 C. civ. pour la personne sous sauvegarde et art ; 488 C. civ. pour la personne faisant l'objet d'un mandat de protection future mis à exécution.

³¹⁵ Art. 414-1 C. civ.

³¹⁶ Art. 509 C. civ. « *Le tuteur ne peut, même avec une autorisation... 5° Transférer dans un patrimoine fiduciaire les biens ou droits d'un majeur protégé* ».

³¹⁷ C'est l'avis de J. MASSIP, *LPA*, 4 novembre 2010, n° 220, p. 52.

³¹⁸ D. NOGUERO, Interrogations au sujet du mandat de protection future, *D.*, 2006. 1133.

³¹⁹ Ph. POTENTIER, Forces et faiblesses du mandat de protection future, *Dr. patr.* 2008, n° 169.

³²⁰ « *Il n'est guère rationnel non plus, si l'on estime que le contrat de fiducie est tellement dangereux qu'il convient de l'exclure pour les mineurs et les majeurs en tutelle – même si le tuteur a été spécialement autorisé par le juge – de l'admettre en matière de curatelle et, éventuellement, en cas de mandat de protection future, sans aucune autorisation particulière* » (J. MASSIP, Le contrat de fiducie, les mineurs et les majeurs protégés, *Deffrénois* 2009, n° 38982).

même temps, le tuteur est administrateur du patrimoine du majeur, ce qui n'est pas le cas du curateur. Cela peut expliquer une différence de traitement entre eux. Il faudrait éviter que le tuteur ne se décharge trop ou trop facilement de sa mission en confiant la gestion du patrimoine à un fiduciaire.

Toutefois, une telle pratique ne tiendrait pas forcément le juge à l'écart. Les comptes de la fiducie étant rendus annuellement au tuteur, ils ont vocation à être intégrés à l'ensemble des comptes remis au greffe. Quant au mandat de protection future, soit il offre déjà au mandataire les plus larges pouvoirs de gestion, soit le juge est amené à se prononcer sur la constitution de la fiducie.

La doctrine a expliqué le refus d'ouvrir pleinement la fiducie aux majeurs protégés par l'opacité de la gestion et la complexité, voire l'impossibilité du contrôle des comptes par le juge des tutelles ³²¹. Ces arguments paraissent peu convaincants. Il n'y a pas d'opacité de la gestion dès lors que le fiduciaire rend compte et qu'en présence d'un protecteur, celui-ci est pris en compte dans le processus de reddition des comptes. Une question demeure toutefois en suspens car les textes ne prévoient pas de reddition de compte du fiduciaire au mandataire de protection future ³²². Concernant la complexité du contrôle, une réponse pratique simple peut être apportée par le recours à un technicien, tel que prévu par l'article 513 du Code civil. Ce texte montre que la réforme de 2007 a véritablement introduit de la souplesse dans le contrôle des comptes, afin de viser la meilleure efficacité possible. Le magistrat peut tenir compte des particularités de chaque dossier. Il peut notamment confier la vérification et l'approbation des comptes à un technicien (par exemple un expert-comptable), aux frais de la personne protégée si ses ressources le permettent et si l'importance du patrimoine le justifie. Dans cette hypothèse, le juge fixe les modalités de la mission du technicien. Pour ces deux raisons, l'impossibilité du contrôle ne peut être sérieusement soutenue. C'est plutôt le manque de moyens qui fait défaut aux greffes pour exercer les contrôles qui leur resteraient dévolus. Écarter la fiducie parce que les tribunaux ne disposent pas des moyens d'organiser le contrôle mis à leur charge par la loi ne peut être un motif recevable. Et prétendre qu'il n'existerait pas de besoin réel à l'égard de cet outil de gestion est tout aussi fallacieux ³²³.

91. L'option entre la fiducie et une mesure de protection. — La fiducie seule est intéressante et peut prendre effet sans attendre la survenance d'une difficulté. Elle présente l'avantage

³²¹ J. ROCHFELD, Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie, *RTD civ.*, 2007. 412.

³²² N. PETERKA, Enjeux et principales difficultés de la gestion du patrimoine d'autrui, *JCP N*, 19 juillet 2013. 1190. L'auteur se demande s'il ne faut pas voir là un indice en faveur de l'exclusion de la fiducie en cas de mandat de protection future.

³²³ F. FRESNEL, La fiducie et les personnes vulnérables, *LPA*, 1er mars 2005, n° 42, p. 8.

d'opérer une séparation des patrimoines et de donner des pouvoirs exclusifs au fiduciaire, qui peut agir comme il l'entend dès lors qu'il respecte les clauses du contrat de fiducie. Le recours à la fiducie évite, contrairement au mandat de protection future, le risque de conflit d'intérêts et permet de se conformer plus facilement à certaines réglementations, notamment bancaires, dont l'application pourrait être compliquée par les dispositions de la protection des majeurs ³²⁴. L'inconvénient ou le risque est de se soustraire aux règles du régime dit « primaire » de protection des majeurs. Cela peut en particulier avoir pour conséquence de permettre un acte de disposition sur une résidence principale ou secondaire, ce qui n'est pas possible sans autorisation judiciaire pour le mandataire de protection future. Constituer une fiducie assortie d'une condition suspensive d'altération des facultés paraît d'une mise en œuvre difficile. C'est l'une des raisons qui rendent le cumul du mandat de protection et de la fiducie utile, en permettant de réintroduire des dispositions impératives visant à protéger la personne au travers du contrôle de certains actes patrimoniaux. Le mandataire pourrait utilement veiller à la bonne exécution de sa mission par le fiduciaire, dont l'atout est de garantir des compétences particulières.

- 92. Un instrument de protection d'autrui.** — Le mandat de protection future pour autrui pourrait être complété ou remplacé par une fiducie-gestion. Les mêmes avantages et inconvénients que ceux exposés pour la fiducie pour soi valent pour une fiducie pour autrui, constituée au bénéfice d'un parent, d'un allié, ou de tout proche. Le cas du bénéficiaire sous protection n'est pas prévu par la loi. Le fiduciaire doit rendre des comptes au constituant ou au protecteur du constituant, ainsi qu'au bénéficiaire et au tiers désigné le cas échéant. La place du protecteur n'est pas expressément prévue, mais ses pouvoirs de représentation le placent en pratique dans le dispositif. Le bénéficiaire peut être un enfant majeur en situation de handicap ou toute autre personne selon le choix du constituant, sous réserve de la nullité du contrat si la fiducie procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire ³²⁵. Cela en limite nécessairement l'application à des fins protectrices d'autrui. L'intention libérale sera écartée en présence d'un parent d'enfant majeur handicapé, la cause de la fiducie résidant alors dans l'obligation légale d'entretien, ce qui doit permettre le recours à la fiducie-gestion. La limite actuelle de la fiducie-gestion utilisée pour autrui est que le décès du constituant provoque le retour du patrimoine fiduciaire à sa succession.

³²⁴ H. LETELLIER, Fiducie et majeur vulnérable, *AJ Famille* 2015, 205. L'auteur rappelle que la fiducie est publiée, non le mandat, ce qui est un autre avantage de la fiducie.

³²⁵ Art. 2013 C. civ.

93. **L'interdiction actuelle de la fiducie-libéralité.** — Pour que les dispositions prises par le constituant puissent lui survivre, il faudrait admettre la fiducie-libéralité. Or selon l'article 2015 du Code civil, « *le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale* ». La fiducie à des fins de transmission a été écartée par le législateur, afin de ne pas contourner l'ordre public réservataire et au motif que de nouveaux instruments permettaient aux particuliers d'atteindre les objectifs poursuivis : les libéralités graduelle et résiduelle, ainsi que le mandat posthume. Toutefois, les libéralités avec charge ou les libéralités substitutives doivent respecter la réserve et le mandat posthume ne présente pas les mêmes avantages que la fiducie. En effet, le mandat posthume commence là où le mandat de droit commun prend fin, mais le décès du mandant peut aussi être l'occasion de la mise en œuvre d'un mandat de protection future. Le mandat posthume, à la différence de la fiducie, ne crée pas de patrimoine distinct et les pouvoirs du mandataire ne sont pas aussi larges que ceux du fiduciaire. La condition du mandat posthume est l'existence d'un « *intérêt sérieux et légitime* », qui peut être remise en cause par l'héritier concerné. Surtout, le mandat posthume a contre lui l'inconvénient de la durée : il est limité dans le temps et peu propice à une gestion planifiée et optimale pour organiser la protection d'un héritier vulnérable. Le contournement des règles relatives à la réserve héréditaire a été avancé comme véritable argument pour interdire la fiducie-libéralité. L'argument ne tiendrait pas ³²⁶ dans la mesure où le droit positif a montré qu'il savait protéger l'essentiel de l'ordre public successoral ³²⁷.
94. **De la proposition d'une fiducie protection...** — Le 107^e Congrès des notaires a abordé la question de la « *fiducie protection* », envisagée comme un outil mis à disposition des parents d'enfants handicapés. Ils veulent pouvoir mettre en place une gestion sécurisante sans attendre mais aussi anticiper leur propre disparition. L'idée n'est pas la protection directe de la personne vulnérable mais la protection d'un patrimoine au service de cette personne. Le Congrès des notaires s'est exprimé en faveur d'une fiducie-protection généralisée à l'ensemble de la population majeur protégée et, surtout, en faveur de son prolongement au-

³²⁶ L'argument est contré par F. TRIPET, La prohibition de la fiducie-libéralité : pourquoi une telle démesure ? *Gaz. Pal.*, 21 octobre 2006, n° 294, p. 6.

³²⁷ Cass. 1^{re} civ., 20 mars 1985, n° 82-15033, *JCP*, 1986, II, 20630, note F. BOULANGER ; V. aussi, pour un rappel de cette affaire, A. DEVERS, Requiem pour la fraude à la loi, *Dr. et patr.* 2014, n° 236 (à propos du règlement sur les successions transfrontalières - Règl. PE et Cons. n° 650/2012/UE, 4 juillet 2012, JOUE 27 juillet 2012, n° L 201-). Sur le fondement de la fraude à la loi, tenant en échec l'autonomie de la volonté, la Cour de cassation a paralysé les effets d'un trust qui avait été créé dans le seul but d'évincer les règles relatives à la réserve héréditaire.

delà du décès du constituant. Afin de ne pas porter atteinte à la réserve, le Congrès s'est prononcé en faveur d'une imputation de la fiducie sur la quotité disponible ³²⁸.

95. ... **À la défense du testament fiduciaire.** — La possibilité d'un testament fiduciaire, tel qu'il existe déjà dans d'autres pays ³²⁹, pourrait répondre pleinement et efficacement à certaines attentes. Ce testament transférerait les biens en faveur d'une fiducie qui les recueillerait pour l'héritier inapte.

La réforme des successions opérée en 2006 admet, avec les libéralités graduelles ou le mandat posthume, des mécanismes fiduciaires qui ne disent pas leur nom ³³⁰ et dont l'utilité au service des plus faibles est affirmée depuis plus de vingt ans ³³¹. Une partie de la doctrine ³³² soutient ainsi fermement l'admission de la fiducie testamentaire, destinée à assurer la subsistance d'un héritier vulnérable. De la sorte, la fiducie pourrait, à l'instar du *trust*, devenir un « *ange gardien* », qui accompagne la personne « *partout, impassible depuis son berceau jusqu'à sa tombe* » ³³³. Opter pour un rôle social de la fiducie implique sûrement de développer les moyens de contrôle de l'activité du fiduciaire, spécialement quand le constituant ou le bénéficiaire est une personne vulnérable. La fiducie n'a pas encore donné tout ce qu'elle pouvait à la protection des majeurs vulnérables.

96. **Une garantie de compétences.** — L'activité de fiduciaire n'est pas permise à toute personne. Peuvent être fiduciaires les établissements de crédit, les établissements ou services autorisés à effectuer des opérations de banque, les entreprises d'investissement ou d'assurance ou encore, depuis la Loi de modernisation de l'économie, un membre de la

³²⁸ 107^e Congrès des notaires de France, Le financement, Travaux des commissions, Compte rendu juin 2011, p. 141.

³²⁹ Le droit de l'Ontario, à l'instar de la plupart des provinces du Canada, permet de créer une fiducie expresse (en Ontario, toute succession, testamentaire ou non, est automatiquement une fiducie) par testament. Elle prend effet au moment du décès du testateur. Parmi les raisons avancées pour conclure une fiducie, figurent la gestion des biens dont les bénéficiaires sont mineurs (afin d'éviter l'intervention du Tuteur et curateur public), la remise graduelle des revenus ou du capital à des mineurs, des jeunes adultes ou des bénéficiaires éprouvant des difficultés à administrer raisonnablement leurs biens, ou la volonté de subvenir aux besoins de membres de la famille souffrant d'une invalidité ou d'une incapacité.

³³⁰ A. GOBIN, Fiducies sans la fiducie, *JCP N*, n° 44, novembre 1994.

³³¹ J. PATARIN, Le legs *de residuo* peut-il porter sur la réserve héréditaire ? *RTD civ.*, 1993. 865.

³³² G. BLANLUET, La fiducie, une œuvre inachevée. Un appel à une réforme après la loi du 19 février 2007, *JCP G*, 2007, n° 27, I, 169 ; V. également A. GOBIN, De l'utilisation de la fiducie dans la transmission du patrimoine professionnel, *LPA*, 1991, n° 49, p. 32 ; C. LARROUMET, La loi du 19 février 2007 sur la fiducie, *D.*, 2007. 1350.

³³³ Pierre LEPAULLE, Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, droit fiscal et en droit international privé, 1932, Rousseau, p. 114.

profession d'avocat³³⁴. Les avocats sont les seules personnes physiques pouvant être désignées en qualité de fiduciaire. Les règles déontologiques concernant l'avocat fiduciaire ont été intégrées dans le Règlement intérieur national de la profession d'avocat par décision du Conseil national des barreaux³³⁵. Le Règlement intérieur national modifié pose une obligation de compétence. La Commission des lois du Sénat avait proposé que la fonction de fiduciaire « *puisse être exercée par les membres de professions juridiques réglementées, sous réserve que ceux-ci satisfassent à des conditions de formation professionnelle et de garanties en cas de mise en jeu de leur responsabilité civile professionnelle* »³³⁶. Les notaires auraient pu figurer au premier rang des professionnels concernés. Lors des travaux préparatoires de la Loi de modernisation de l'économie, le Sénat se prononçait encore en faveur de cette solution³³⁷. Les professionnels des affaires ont en tout cas toute leur place pour gérer les patrimoines des personnes vulnérables. Si l'on peut redouter une extension du mouvement de privatisation et, surtout, une marchandisation de la protection, les sécurités et les performances qu'ils offrent sont indispensables pour couvrir l'ensemble des besoins³³⁸. Les compléments ou alternatives de gestion patrimoniale³³⁹ présentent l'atout majeur de décharger « *le représentant habituel de la personne vulnérable des soucis et des contingences matériels au profit de personnes plus expérimentées, elles*

³³⁴ Art. 2015 C. civ.

³³⁵ Décision du 24 avril 2009 portant réforme du règlement intérieur national (RIN) de la profession d'avocat (art. 21-1 de la loi du 31 décembre 1971 modifiée). JORF n° 0109 du 12 mai 2009 page 7875.

³³⁶ Rapport RICHEMONT, Sénat, 212, p. 220.

³³⁷ Rapport Sénat n° 413, fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, de modernisation de l'économie, par M. Laurent BETEILLE, Mme Élisabeth LAMURE et M. Philippe MARINI, annexé au procès-verbal de la séance du 24 juin 2008, p. 112.

³³⁸ J. CARBONNIER, Préface à l'ouvrage La réforme de l'administration légale, de la tutelle et de l'émancipation par, p. BLONDY, G. et M. MORIN, Defrénois, 1965. Le Doyen CARBONNIER entendait permettre aux personnes vulnérables de bénéficier de toutes les compétences. La fiducie en matière de protection des majeurs est un outil à encourager (H. LETELLIER, *op. cit.*).

³³⁹ A. -M. LEROYER, Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, *RTD civ.*, 2007, p. 394. La professionnalisation de la gestion des biens des tiers a bien pris corps, avec d'autres techniques, concurrentes, de la fiducie. L'auteur cite la délégation prévue par l'article 452 du Code civil ainsi que le recours à un mandataire de protection future dans la mesure où celui-ci peut être un professionnel, ou évoque encore le mandataire judiciaire à la protection des majeurs. Toutefois, la délégation prévue par l'article 452 manque de clarté, elle a surtout vocation à tempérer le caractère personnel des charges tutélaires. Le concours du tiers pourrait consister en une collaboration, voire en une substitution, pour certains actes, sous la responsabilité du protecteur qui le choisit. V. sur cette question N. PETERKA, La gestion du patrimoine de la personne protégée à l'épreuve de l'urgence, *Gaz. Pal.*, 30 janvier 2010, n° 30, p. 25.

permettent à celui-ci de se concentrer sur la protection de la personne elle-même, de son être et non plus de son avoir. L'alternative patrimoniale devient alors une chance pour la personne vulnérable »³⁴⁰.

La fiducie est « *un formidable outil de gestion et de protection* », « *elle aurait par exemple parfaitement convenu à la sauvegarde des intérêts de Liliane Bettencourt* »³⁴¹. Vulnérable n'est pas misérable, et tout ne peut se décider à l'aune des personnes marginalisées même si elles représentent en fait la plus grande part des usagers des associations tutélaires. Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs n'ont pas, sauf exception, la compétence pour gérer les patrimoines importants³⁴². La fiducie n'a manifestement pas pris l'essor attendu ou souhaitable³⁴³. Un tel outil ne paralyse pourtant pas les dispositifs de protection, ainsi que le rappelle la Convention de la Haye relative au *trust*, signée par la France³⁴⁴.

³⁴⁰ CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE, Les personnes vulnérables, 102^e congrès de notaires de France, Strasbourg 21-24 mai 2006, Paris, ACNF 2006, n° 4386, p. 872.

³⁴¹ A. PANDO, Une association pour promouvoir la fiducie en France. Dr. et patr. n° 212, mars 2012. Mais pas seulement. L'insaisissabilité du bien qu'entraîne son transfert à un fiduciaire peut avoir un intérêt pour une personne dont le patrimoine est de faible importance mais qui, néanmoins, peut être propriétaire de son habitation. L'intérêt pratique de la fiducie peut ainsi être plus large qu'on ne l'imagine.

³⁴² Le programme du module de gestion fiscale et patrimoniale prévu par le référentiel de formation (Arrêté du 2 janvier 2009 relatif à la formation complémentaire préparant aux certificats nationaux de compétence de mandataire judiciaire à la protection des majeurs et de délégué aux prestations familiales) comprend, pour une durée totale de 30 heures :

« a) *Connaissances* :

– *notions en matière patrimoniale et de produits financiers : notions de législation bancaire, fiscale, patrimoniale, successorale ; notions de droit notarié ; décryptage d'un acte juridique ; délais et procédures, recours ; réalisation d'un inventaire patrimonial ;*

– *les professionnels et services compétents (notaires, huissiers, commissaires priseurs, conseillers patrimoniaux, domaines, hypothèques, fichier central, experts financier, patrimonial ou fiscal...).*

b) *Applications pratiques* :

– *les articles de la loi (notamment l'article 30 relatif au droit de l'assurance vie) ;*

– *posture professionnelle : recherche d'un approfondissement ou d'une explication en fonction d'une situation spécifique ; analyse des offres disponibles ; détermination d'un choix conforme aux intérêts de la personne* ».

³⁴³ Encore faut-il considérer que ce n'est pas le nombre de fiducies qui témoignera de leur véritable intérêt. H. LETELLIER, *op. cit.*

³⁴⁴ Convention du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance, article 15 : « *la Convention ne fait pas obstacle à l'application des dispositions de la loi désignée par les règles de conflit du for lorsqu'il ne peut être dérogé à ces dispositions par une manifestation de volonté, notamment dans les matières suivantes : a) la protection des mineurs et des incapables* ».

SECTION II.

LA PROTECTION DE LA PERSONNE

97. **Finalité de la mesure.** — La loi du 5 mars 2007 révèle une conception nouvelle et une signification étendue de la protection de la personne. Là où la loi de 1968 exposait qu'en présence d'une altération des facultés mentales, il devait être « *pourvu aux intérêts de la personne* », la loi de 2007 prévoit une protection qui a pour finalité l'intérêt de la personne protégée, décidée et mise en œuvre dans le respect de ses libertés individuelles, de ses droits fondamentaux et de sa dignité et devant, enfin, favoriser son autonomie ³⁴⁵.

L'obligation de pourvoir, c'est l'obligation d'« *avoir soin de, fournir ce qui est nécessaire, suppléer à ce qui manque* » ³⁴⁶. Dans cette approche, le majeur protégé apparaît comme passif. Dans l'approche renouvelée issue de la réforme, le majeur est à la fois présent et actif, si et autant que son état le permet. Il prend seul les décisions relatives à sa personne et doit pour cela recevoir une information adaptée sur sa situation et les actes à accomplir.

Dans le texte de 1968, les intérêts auxquels il convient de pourvoir peuvent tout aussi bien s'entendre comme une « *considération d'ordre moral (affection, honneur, haine)* » que comme une considération « *économique (argent, possession d'un bien)* » ³⁴⁷. Le texte de 2007 distingue la protection patrimoniale de la protection personnelle. Il dépasse l'intérêt, qui devient une finalité, et renforce les droits du majeur protégé. La protection de la personne est devenue le but de toute mesure. Elle est aujourd'hui expressément sa cause et son principe directeur.

98. **Instruments juridiques.** — Les premières conditions du respect de la volonté d'une personne sont l'encouragement et le soutien de son expression. Différents instruments juridiques existent aujourd'hui. Le mandat de protection future est le plus récent, après la création de la personne de confiance et l'admission des directives anticipées en matière médicale ³⁴⁸, respectivement en 2002 et 2005 ³⁴⁹.

³⁴⁵ Art. 415 C. civ.

³⁴⁶ LITTRE, Dictionnaire de la langue française, V° Pourvoir.

³⁴⁷ G. CORNU (Dir.), Vocabulaire juridique de l'Association Henri CAPITANT, PUF, 8^e éd., 2007 (Quadrige), V° Intérêt.

³⁴⁸ V. *infra*, n° 138.

³⁴⁹ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. JORF du 5 mars 2002, page 4118 et loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie. JORF n° 95 du 23 avril 2005, page 7089.

Il a d'abord paru difficile d'admettre, pour diverses raisons, que la protection de la personne puisse être organisée par le recours au mandat. Certains auteurs y voyaient une contradiction avec le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes³⁵⁰, tandis que d'autres se focalisaient sur le point de l'extinction du mandat en cas de tutelle du mandant³⁵¹. De façon plus générale, la représentation volontaire était difficilement admise en matière personnelle. Ce qui faisait difficulté était que l'objet du mandat soit la protection de la personne. Le mandat, tel qu'il était entendu par le dispositif de protection des majeurs antérieur à la réforme, se limitait d'ailleurs à l'administration des biens³⁵² et l'accomplissement parfois imposé des actes ne concerne toujours que la préservation du patrimoine³⁵³. Le mandat donné par le majeur avant d'être placé sous sauvegarde de justice n'est toujours envisagé que du point de vue de l'administration des biens³⁵⁴, mais l'extension au domaine de la protection de la personne est désormais expressément prévue par le Code civil avec le mandat de protection future³⁵⁵.

Ce contrat peut simplement confier au mandataire une mission de protection de la personne. Il peut aussi prévoir, sur le fondement de l'article 479 du Code civil, qu'il « *exercera les missions que le Code de la santé publique et le Code de l'action sociale et des familles confient au représentant de la personne en tutelle ou à la personne de confiance* ». La mission peut être circonscrite par les dispositions communes à tous les types de mandats de protection future ou être élargie par référence au régime de la tutelle ou à celui de la personne de confiance. La loi permet

³⁵⁰ S. HEBERT, Le mandat de prévention, une nouvelle forme juridique ? *D.*, 2008. 307 : le mandat de protection future « *ouvre une brèche dans le sacro-saint principe de l'indisponibilité de l'état des personnes. En vertu de ce principe, on ne peut notamment donner mandat sur sa personne. Les actes attachés à la personne sont réputés résister à la technique de la représentation* ».

³⁵¹ N. COUZIGOU-SUHAS, Y. LE LEVIER, Le mandat de protection future, *Defrénois* 2006, p. 633. : « *c'est oublier l'article 2003 du Code civil qui rappelle que le mandat prend fin notamment... par la tutelle des majeurs. Cette disposition semble péremptoire et définitive, condamnant toute velléité de rédaction sur ce sujet, même s'il a été jugé qu'il ne suffisait pas que le doute se soit élevé sur la capacité du mandant pour éteindre immédiatement le mandat. La Cour de cassation a précisé à ce propos qu'il fallait qu'une décision de tutelle ou de curatelle soit prononcée en vue de mettre fin au mandat. Toutefois, une interrogation complémentaire apparaît : l'article 2003 du Code civil est-il d'ordre public, ne peut-on y déroger conventionnellement ? On pourrait alors imaginer une libre conception du mandat de protection future. Il faudrait cependant faire preuve d'une rare ingéniosité juridique pour déjouer tous les pièges qu'il est susceptible de contenir. En ce domaine, on s'apercevrait bien vite qu'une rédaction évanescence serait mère de tous les tracas. Dans la pratique, en effet, les difficultés d'application feraient vite renoncer à l'idée* ».

³⁵² Art. 491-3 anc. C. civ., relatif à la sauvegarde de justice.

³⁵³ Art. 436 C. civ., al. 3 : « *Ceux qui ont qualité pour demander l'ouverture d'une curatelle ou d'une tutelle sont tenus d'accomplir les actes conservatoires indispensables à la préservation du patrimoine de la personne protégée dès lors qu'ils ont connaissance tant de leur urgence que de l'ouverture de la mesure de sauvegarde. Les mêmes dispositions sont applicables à la personne ou à l'établissement qui héberge la personne placée sous sauvegarde* ».

³⁵⁴ Art. 436 C. civ.

³⁵⁵ Art. 479 C. civ.

ainsi, tout en conservant sa capacité juridique, de confier à un mandataire une mission générale de protection (§1) et d'étendre son intervention, en l'assortissant de missions optionnelles (§2).

§1. UNE MISSION GENERALE DE PROTECTION

99. En matière personnelle, certaines règles s'imposent quel que soit le régime de protection, judiciaire ou conventionnel. La liberté contractuelle cède devant la logique de protection. Ces règles opèrent comme un régime primaire qui place le dispositif conventionnel à l'épreuve de la loi (A). Cette incursion du mandat dans un domaine déjà largement défriché par la jurisprudence et balisé par l'ordre public met donc le dispositif légal à l'épreuve de la convention (B).

A. Le dispositif conventionnel à l'épreuve de la loi

100. L'objectif donné par la loi de 1968 n'a pas disparu : les personnes s'inquiètent de savoir qui pourvoira à leurs intérêts (ou à ceux de leur enfant majeur handicapé), qui prendra soin d'elles, qui s'occupera d'elles, au cas où... Le pouvoir de la volonté individuelle est affirmé et le mandat se déploie dans ce nouvel espace. Cependant, l'idée de représentation, inhérente au mandat, et celle de liberté, toujours attachée au contrat, s'en trouvent nuancées. La loi dessine fermement les contours de la mission conventionnelle (1) sans écarter le recours au contrôle juridictionnel (2).

1. Les contours de la mission conventionnelle

101. **Une représentation.** — Le Code civil permet à toute personne de charger un mandataire de sa représentation « *pour le cas où, pour l'une des causes prévues à l'article 425, elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts* »³⁵⁶. Il prévoit le cas où « *le mandat s'étend à la protection de la personne* »³⁵⁷.

De ces deux dispositions conjuguées, il peut être déduit que la protection de la personne, dès lors qu'elle est prévue, se fait immédiatement par recours au mécanisme de la représentation. Cette interprétation est soutenue par un auteur, qui fait observer « *que dans le cas d'un mandat de protection future, contrairement aux termes de l'article 459 du Code civil, ce n'est pas l'assistance qui est la règle de manière générale, et donc également pour la protection de la personne. La*

³⁵⁶ Art. 477 C. civ. La désignation peut être faite par des parents au profit de leur enfant majeur.

³⁵⁷ Art. 479 C. civ.

difficulté est alors qu'il y aura systématiquement représentation et non simple assistance : le juge n'intervient pas pour fixer le mode de protection, cela alors même qu'en principe la règle en matière de protection de la personne est celle de l'assistance » ³⁵⁸.

Une autre interprétation consisterait à ne pas dissocier l'article 477 du Code civil de l'article 479, qui précise que « *lorsque le mandat s'étend à la protection de la personne, les droits et obligations du mandataire sont définis par les articles 457-1 à 459-2* ». Cette règle doit être considérée comme impérative, valant quel que soit le mandat de protection future, puisqu'elle figure parmi les dispositions communes ³⁵⁹. Les règles légales s'imposent à tout mandat ³⁶⁰, qu'il soit conclu pour soi ou pour autrui, qu'il soit authentique ou sous seing privé. Elles apparaissent comme un régime primaire de la protection de la personne ³⁶¹. La notice du modèle réglementaire ³⁶² en fait même « *le principe incontournable* » ³⁶³. Le modèle de mandat sous seing privé plaide encore en faveur de cette analyse lorsque la rubrique permettant de définir les pouvoirs du ou des mandataires chargé(s) de la protection de la personne rappelle expressément que le « *mandataire veillera sur ma personne selon les modalités fixées aux articles 457-1 à 459-2 du Code civil, dont j'ai pris connaissance et qui recevront obligatoirement application, sans dérogation possible* » ³⁶⁴. Cette interprétation correspond aux vœux du Gouvernement, dont le projet de loi ³⁶⁵ énonçait que, « *lorsque le mandat s'étend à la protection de la personne, il ne peut comporter de stipulations qui dérogeraient aux dispositions des articles 458 à 462 à peine de voir celles-ci réputées non écrites* ». L'exposé des motifs énonçait expressément que, « *dans les deux types de mandat, les dispositions relatives à la protection de la personne ne pourront jamais déroger aux règles prescrites pour la protection judiciaire de la personne : la personne protégée prendra elle-même les décisions personnelles la*

³⁵⁸ A. BATTEUR, J. -Cl. Civil Code, Art. 457-1 à 463, fasc. unique, n° 28, 2009.

³⁵⁹ L'article 479 figure dans la Section V Du mandat de protection future, Sous-section I Des dispositions communes (art. 477 à 488 C. civ.).

³⁶⁰ Reproduites intégralement dans le formulaire relatif au mandat sous seing privé.

³⁶¹ A. DELFOSSE, N. BAILLON-WIRTZ, Le mandat de protection future, *JCP N*, 2007, n° 1140, p. 18, note 15 : « *les articles 457-1 à 459-2 du Code civil fixent désormais le régime primaire de la protection de la personne du majeur placé en tutelle ou en curatelle* ». V. aussi, p. POTENTIER, Mandat de protection future, J. -Cl. Civil code, art. 477 à 494. « *Le statut personnel de la personne protégée [...] imprime une force intangible contre laquelle il est difficile de lutter* ».

³⁶² Formulaire Cerfa n° 51226#02, Notice d'information du mandat de protection future sous seing privé, annexé à l'arrêté du 23 décembre 2009, JORF du 26 décembre 2009, texte n° 18.

³⁶³ *Ibid.*, p. 5.

³⁶⁴ Formulaire Cerfa n° 13592#02, annexé au Décret no 2009-1628 du 23 décembre 2009 relatif à l'appel contre les décisions du juge des tutelles et les délibérations du conseil de famille et modifiant diverses dispositions concernant la protection juridique des mineurs et des majeurs. JORF du 26 décembre 2009, texte n° 14.

³⁶⁵ Projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs (n° 3462).

concernant si son état le permet, après avoir reçu toute information utile adaptée à sa capacité de compréhension de la part de la personne chargée de sa protection. Ce n'est qu'en cas d'impossibilité pour le mandant de prendre une décision éclairée que le juge pourra prévoir l'assistance voire autoriser la représentation par le mandataire de la personne protégée (article 478 et articles 458 à 459-1) ». Ce projet a été adopté, après deux amendements. Le premier ³⁶⁶ expose que les règles relatives à la protection de la personne sont d'ordre public et le second ³⁶⁷ soumet le mandataire au même régime que tout protecteur en matière de décisions relatives à la personne. Ce régime n'est pas celui de l'assistance mais fait au contraire primer l'autonomie décisionnelle. Un dernier argument conforte cette analyse : la rédaction de l'article 479 alinéa 2 du Code civil. En permettant spécialement de confier au mandataire la mission impartie au tuteur par le Code de la santé publique et le Code de l'action sociale et des familles, il n'entre pas dans les prévisions de la loi que le mandant puisse confier directement au mandataire le pouvoir de représentation que seul un juge peut confier à un tuteur ³⁶⁸.

102. Une mission de proximité. — La marge de liberté du mandant se réduit à pouvoir décider de confier une mission de protection de sa personne à un mandataire. Pour autant, il ne peut pas décider librement des droits et obligations du mandataire, qui sont strictement encadrés par la loi.

³⁶⁶ Amendement n° 81, déposé par M. Émile BLESSIG : « Cet amendement définit le contenu du mandat de protection future, pour ce qui concerne la protection de la personne du mandant, par référence aux règles générales applicables en cas de curatelle ou de tutelle. Non seulement le mandat, qu'il soit notarié ou sous seing privé, ne pourra rien prévoir qui dérogerait à ces règles, mais, en outre, les pouvoirs et les obligations du mandataire seront encadrés strictement par celles-ci. Ainsi, le mandataire sera soumis à l'obligation d'information à l'égard de la personne protégée, à l'obligation d'action en cas de danger et à la nécessité, sauf urgence, de recueillir du juge l'autorisation de faire un acte gravement attentatoire à l'intégrité corporelle ou à l'intimité de la vie privée. Cet amendement confirme le caractère d'ordre public de la protection de la personne : on peut choisir que le mandat ne s'appliquera pas à la personne du mandant, mais on ne peut prévoir une protection qui différerait de celle définie par la loi. En outre, le mandat de protection future n'ayant pas pour objet de priver le mandant de sa capacité, cet amendement supprime la possibilité de prévoir de stipulations relatives au mariage et au PACS ».

³⁶⁷ Amendement n° 96, déposé par M. Émile BLESSIG : « L'article 490 donne au mandataire de protection future le pouvoir d'accomplir des actes qui, en cas de tutelle, requièrent une autorisation du juge ou du conseil de famille. Le mandataire pourra ainsi avoir un pouvoir supérieur à celui d'un tuteur. Si une telle supériorité peut être justifiée pour la gestion des biens, elle soulève des difficultés pour la protection de la personne. Il est en effet inopportun de donner au mandataire la possibilité d'accomplir des actes graves touchant à la personne qui, en cas de tutelle, ne peuvent être faits que sur autorisation du juge ou du conseil de famille. Cet amendement limite donc l'alignement des pouvoirs du mandataire sur ceux du tuteur à la seule gestion du patrimoine ».

³⁶⁸ « Pour délimiter les pouvoirs du mandataire en matière personnelle, le mandat est lié par les articles 457-1 à 459-2 du Code civil, dispositions d'ordre public qui viennent réduire partiellement son pouvoir de représentation » (F. ARHAB-GIRARDIN, La décision médicale du majeur protégé : une articulation complexe des dispositions du Code de santé publique avec la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, *R.D.S.S.*, 2009. 875).

De l'esprit de la loi et des contraintes de la matière, il faut déduire que la mission de protection de la personne doit être distinguée des pouvoirs du mandataire. Le protecteur a pour mission de favoriser l'autonomie de la personne dans la mesure du possible³⁶⁹ et le possible ne devrait avoir d'autre mesure que celle de la personne, dont on a dit combien elle était centrale³⁷⁰. Même s'il est investi d'une mission de protection de la personne, et celle-ci est toujours sous-entendue lorsqu'elle n'est pas exclue, le protecteur n'est *a priori* investi d'aucun pouvoir en matière personnelle. La mission de protection de la personne est avant tout un devoir qui incombe au protecteur. Il doit notamment veiller sur la personne protégée et s'assurer de ses conditions de vie³⁷¹, de l'absence de mise en danger, ce qui n'est pas toujours aisé dans la mesure où elle peut très bien lui opposer le respect de sa vie privée ou lui refuser l'accès à son domicile. La mission de protection est toujours accomplie dans le respect des droits et libertés fondamentaux. Elle fonde une obligation d'agir, à la charge du mandataire, lorsque le mandant se trouve en danger. Elle crée et délimite aussi sa responsabilité. Outre la préservation des intérêts de la personne, la mission du mandataire consiste aussi à soutenir ou exprimer sa volonté, expresse ou tacite, et à la faire prévaloir tant qu'elle ne lui porte pas préjudice. Pour permettre cette connaissance ou cette traduction constante de la volonté, le mandat doit s'envisager comme un rapport de proximité, à concevoir autrement que dans l'espace, à entendre plutôt au sens de parenté³⁷². Le mandataire devient un proche. Cela justifie que la mission de protection de la personne ne puisse pas être déléguée : le mandataire doit l'exécuter personnellement³⁷³. C'est lui qui devra et qui pourra agir en cas de danger, avec des pouvoirs étendus en cas d'urgence. Ces notions vagues laissent une marge d'appréciation nécessaire mais aux contours imprécis. Les définitions qui seront apportées par la jurisprudence tiendront compte de la dimension préventive ou curative de l'intervention et seront inévitablement limitées à l'espèce³⁷⁴.

³⁶⁹ Art. 415, al. 3 C. civ.

³⁷⁰ « Elles (les mesures judiciaires de protection) sont toutefois réformées de telle sorte que la protection soit adaptée au plus près de la situation de chaque majeur et que ce dernier soit placé au centre du dispositif ». Exposé des motifs, Projet de loi, Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.

³⁷¹ L'exposé des motifs de la loi du 5 mars 2007 le prévoit expressément.

³⁷² L'approche étymologique du nom y invite, comme les deux définitions qui en sont données par le LITTRE : 1) « *Voisinage d'une chose à l'égard d'une autre. Avoir une chose à sa proximité, à proximité* » ; 2) « *Parenté* ».

³⁷³ Selon l'article 482 du Code civil, « *le mandataire exécute personnellement le mandat* ». Il n'y a d'exception, donc de substitution, possible qu'en matière patrimoniale.

³⁷⁴ F. FRESNEL, La notion d'urgence en droit de la protection des incapables, des majeurs protégés et des mineurs, *Gaz. Pal.*, 30 janvier 2010, n° 30, p. 21.

103. Une mission à géométrie variable. — La situation de la personne protégée est souvent évolutive, spécialement lorsqu'elle est atteinte d'une maladie dégénérative. Il ne faut pas s'empêcher d'empêcher le malade d'agir seul, bien au contraire. Une difficulté répandue concerne la conduite automobile. En Belgique, les textes imposent aux personnes atteintes d'une maladie neurologique de type Alzheimer de restituer leur permis dans les quatre jours du diagnostic ³⁷⁵. Il sera possible de conduire, à condition de passer un test d'aptitude. Le permis peut être rendu ou non, ou assorti de restrictions (comme conduire dans un rayon limité autour de son domicile). En France, le préfet peut prescrire un examen si des informations révèlent une incompatibilité avec le maintien du permis ³⁷⁶. À cette fin, un texte prévoit un contrôle d'aptitude ³⁷⁷ en présence de certaines affections, au nombre desquelles se trouvent des troubles neurologiques, comportementaux, cognitifs ou des troubles de la sénescence, et, pêle-mêle, l'hypertension artérielle ou le syndrome d'apnée du sommeil ³⁷⁸. La personne peut faire elle-même une déclaration ³⁷⁹, mais l'initiative sera plutôt le fait de l'entourage, ou l'entourage attendra du mandataire qu'il entreprenne cette démarche. Le malade, lui, veut continuer à conduire sa voiture. Il y voit un lien direct avec son indépendance, sa liberté, son identité. À un stade précoce de la maladie, il est d'ailleurs possible de conduire, au besoin en étant accompagné. La limite est celle du danger, celui que la personne court et celui qu'elle fait courir à autrui. Lorsqu'il faut agir, on use bien souvent de subterfuges pour éviter le conflit ou le choc d'une interdiction. On cache les clefs, on dit la voiture en panne. Il se peut que le retrait du permis soit envisagé, même si cette réponse juridique forte ne peut suffire à tout résoudre. Ce débat a d'ailleurs été ravivé par une jurisprudence sur les voitures... sans permis ³⁸⁰ !

³⁷⁵ Arrêté royal du 23 mars 1998 relatif au permis de conduire. [M. B. 30. 04. 1998] Annexe 6. Normes minimales et attestations concernant l'aptitude physique et psychique à la conduite d'un véhicule à moteur.

³⁷⁶ C. route, art. R. 221-14.

³⁷⁷ C. route, art. R. 226-1, créé par le Décret n° 2012-886 du 17 juillet 2012.

³⁷⁸ Arrêté du 21 décembre 2005 fixant la liste des affections médicales incompatibles avec l'obtention ou le maintien du permis de conduire ou pouvant donner lieu à la délivrance de permis de conduire de durée de validité limitée.

³⁷⁹ Circulaire du 3 août 2012 relative à l'organisation du contrôle médical de l'aptitude à la conduite des conducteurs.

³⁸⁰ Jugé que, « eu égard à l'acuité visuelle du majeur protégé, définitivement incompatible avec les impératifs de la sécurité routière, celui-ci ne pouvait être autorisé à acquérir un véhicule ». Cass. civ. 1^{re}, 27 février 2013, pourvoi n° 11-28. 307 ; *AJ Famille*, 2013, p. 304, obs. Th. VERHEYDE ; I. CORPART, Achat d'un véhicule sans permis et recherche de l'intérêt d'une personne en curatelle pour défaut d'acuité visuelle, *LPA*, 14 juin 2013, n° 119, p. 23 ; *RTD civ.*, 2013. 350, note J. HAUSER ; *RLDC*, avril 2013, n° 103, p. 144, note E. POULIQUEN ; *Dr. Famille*, 2013, n° 4, p. 30, note I. MARIA.

Aujourd'hui, on peut penser que, pour les juges, le protecteur est débiteur d'une obligation de sécurité lorsque les facultés de discernement du protégé sont altérées. La protection d'une personne atteinte d'une maladie dégénérative renforce le besoin de vigilance et l'attention à porter aux changements. Il faut mettre en place une veille, des relais. La mission s'en trouve augmentée. Selon la Cour de cassation, le protecteur doit « *veiller au bien-être et à la sécurité de la personne protégée* »³⁸¹. En cas de risque à utiliser le gaz, il convient de remplacer la cuisinière, mais il faut, en plus, s'assurer concrètement que le travail est bien fait et que tout risque a été neutralisé. Cela peut et doit certainement être discuté, mais lorsque la maladie est évolutive, il y a bien une obligation de moyens, un devoir accru de vigilance et il faut davantage ajuster son action, tout en respectant les capacités naturelles de la personne protégée. Cela suppose de solliciter, chaque fois que nécessaire, une extension des pouvoirs du protecteur pour lui permettre d'accomplir sa mission, ou de requérir une révision de la mesure dans le sens de son aggravation. Une fois muni d'un pouvoir étendu, il faut apprendre à ne pas en user : à l'instar du karatéka, le protecteur doit trouver la distance juste et ne pas se servir de ses techniques à la légère. Si la personne protégée est lucide par intermittence, le protecteur doit s'effacer derrière la volonté qui reparait.

2. Le recours au contrôle juridictionnel

- 104. Le juge des tutelles.** — La lecture des travaux parlementaires révèle le souci constant de limiter la liberté contractuelle et de maintenir un contrôle judiciaire pour garantir la protection personnelle du majeur. Le texte du projet de loi interdisait que des stipulations dérogent aux dispositions prévues dans le cadre de la curatelle et de la tutelle et l'actuel article 479 du Code civil confirme cette règle en précisant que « *lorsque le mandat s'étend à la protection de la personne, les droits et obligations du mandataire sont définis par les articles 457-1 à 459-2* », toute stipulation contraire étant réputée non écrite. L'exposé des motifs offre si besoin une interprétation utile³⁸². Il est permis de convenir de clauses en matière personnelle tant que le cadre légal est respecté. Le principe d'autonomie du majeur protégé est affirmé, l'assistance n'est nullement écartée et le juge des tutelles doit nécessairement intervenir pour que le

³⁸¹ Cass., civ. 1^{re}, 27 février 2013, pourvoi n° 11-17. 025, Publié au bulletin. Cette obligation a été analysée par la doctrine comme une obligation de vigilance. G. RAOUL-CORMEIL, La responsabilité du mandataire judiciaire à la protection des majeurs et la sécurité du majeur protégé, *D.*, 2013. 1320.

³⁸² « *Dans les deux types de mandat, les dispositions relatives à la protection de la personne ne pourront jamais déroger aux règles prescrites pour la protection judiciaire de la personne : la personne protégée prendra elle-même les décisions personnelles la concernant si son état le permet, après avoir reçu toute information utile adaptée à sa capacité de compréhension de la part de la personne chargée de sa protection. Ce n'est qu'en cas d'impossibilité pour le mandant de prendre une décision éclairée que le juge pourra prévoir l'assistance voire autoriser la représentation par le mandataire de la personne protégée* ».

mandataire puisse agir. La doctrine fait apparaître des doutes sur l'interprétation des textes finalement adoptés, ce qui est regrettable. Une interprétation légale mettrait fin aux ambiguïtés que cette question pourrait encore soulever. À défaut, la précision des ordonnances des tutelles remplirait une fonction intéressante, ne serait-ce que sur un plan pédagogique.

Il n'y a de pouvoir du mandataire que sur décision du juge des tutelles. Si une « *distinction des actes graves et des actes usuels, à tout le moins n'engageant pas l'avenir personnel du sujet* »³⁸³ présente évidemment un intérêt pour la résolution de questions éthiques, elle ne paraît pas pouvoir fonder une classification des actes en matière personnelle, comparable à celle qui existe en matière patrimoniale. Ici, la casuistique doit être défendue. La nature de l'acte à caractère personnel ne révèle pas la gravité potentielle de ses conséquences.

Le juge judiciaire doit demeurer le garant nécessaire de la liberté individuelle. Il ne faut pas risquer que le simple constat d'une altération des facultés suffise à fonder un régime de représentation en matière personnelle, alors que les plus grandes précautions sont voulues pour les mesures judiciaires de protection. En effet, il n'est pas possible pour le juge d'autoriser un curateur à représenter le majeur protégé pour prendre les décisions relatives à sa personne. Il doit préalablement réviser la mesure et ouvrir une tutelle. Le champ de la représentation en matière de décisions personnelles est circonscrit à la tutelle.

105. Le médecin inscrit. — Pour prévoir la représentation de la personne sous tutelle, ce qui doit nécessairement être considéré comme un renforcement de la mesure, le juge des tutelles doit statuer au vu d'un certificat médical circonstancié³⁸⁴. Cette pièce est établie « *par un médecin choisi sur une liste établie par le procureur de la République* ». Il ne s'agit pas de n'importe quel certificat. Son contenu est déterminé par le Code de procédure civile³⁸⁵ : il est circonstancié en ce qu'il précise notamment les conséquences de l'altération des facultés sur la nécessité d'une assistance ou d'une représentation. Deux conditions sont donc impérativement

³⁸³ F. TERRE, D. LASZLO-FENOUILLET, *Droit civil : Les personnes, la famille, les incapacités*. Paris, Dalloz. 2005 (Précis. Droit privé), n° 1225.

³⁸⁴ Art. 442 C. civ. : « *il (le juge) ne peut toutefois renforcer le régime de protection de l'intéressé que s'il est saisi d'une requête en ce sens satisfaisant aux articles 430 et 431* ».

³⁸⁵ Article 1219 CPC : « *Le certificat médical circonstancié prévu par l'article 431 du Code civil : 1° Décrit avec précision l'altération des facultés du majeur à protéger ou protégé ; 2° Donne au juge tout élément d'information sur l'évolution prévisible de cette altération ; 3° Précise les conséquences de cette altération sur la nécessité d'une assistance ou d'une représentation du majeur dans les actes de la vie civile, tant patrimoniaux qu'à caractère personnel, ainsi que sur l'exercice de son droit de vote. Le certificat indique si l'audition du majeur est de nature à porter atteinte à sa santé ou si celui-ci est hors d'état d'exprimer sa volonté. Le certificat est remis par le médecin au requérant sous pli cacheté, à l'attention exclusive du procureur de la République ou du juge des tutelles* ».

requis pour l'instauration d'un régime de représentation au bénéfice d'un majeur sous tutelle : la production d'un certificat médical spécifique et une décision du juge des tutelles.

Le mandat de protection future prend effet sur production d'un certificat médical lui aussi établi par un médecin inscrit sur la liste. Toutefois, ce certificat doit simplement indiquer que le mandant se trouve dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts en raison d'une altération de ses facultés mentales, de nature à empêcher l'expression de sa volonté ³⁸⁶. Il ne dit rien qui puisse éclairer sur la proportionnalisation et l'individualisation de la mesure. Le juge n'intervient pas lors de la prise d'effet. Un tel certificat n'équivaut pas à celui rédigé en matière de tutelle. Il ne serait ni approprié ni souhaitable qu'il puisse fonder d'emblée une représentation en matière personnelle, sur l'opportunité de laquelle aucun avis n'a été émis.

Pour que le mécanisme de représentation se déclenche en matière personnelle, il faut que le majeur ne puisse plus exprimer sa volonté. Le mandant ne peut l'anticiper et ce n'est pas au mandataire d'apprécier seul la situation et, par suite, de décider seul de l'extension de ses pouvoirs. L'analyse selon laquelle le juge et le médecin doivent intervenir doit être privilégiée.

B. Le dispositif légal à l'épreuve de la convention

106. Cet acte de prévision qu'est le mandat de protection future pourrait presque être qualifié d'acte-condition ou d'acte-règle tant la situation juridique est encadrée ³⁸⁷. Il reste cependant un contrat, parce qu'il est un accord de volontés destiné à produire des effets de droit. « *L'autonomie ainsi reconnue aux parties, qui sont autorisées à régler elles-mêmes, par leur accord, leurs relations, n'est pas indépendance, ni souveraineté. Elle ne s'exerce que dans les limites plus ou moins étroites des compétences qui leur sont reconnues par le droit objectif. [...] Les parties se sont entendues sur l'application des règles impératives.* » ³⁸⁸ Le mandant fait le choix d'adhérer à un régime légal qui s'impose dans toutes ses prescriptions au mandataire. Les effets du mandat de protection future sont *a priori* les mêmes que ceux d'une mesure de tutelle ou de curatelle quant à la protection de la personne. L'ordre public est en cause. Il importe de garantir un égal traitement de la personne, quel que soit le régime de protection considéré. Il ne s'agit pas ici de reprendre dans le détail le régime commun à toutes les mesures, mais de le revisiter pour mémoire et

³⁸⁶ L'article 1258 du Code de procédure civile exige simplement que le certificat établisse que « *le mandant se trouve dans l'une des situations prévues à l'article 425* » du Code civil.

³⁸⁷ L'acte-condition est celui par lequel des personnes se soumettent à des règles ou adhèrent à un statut, tandis que l'acte-règle peut trouver son efficacité dans la conclusion d'un contrat type, modèle régissant les relations et tendant à la protection d'un des contractants. C. BRENNER, *Acte juridique*, *Rép. civ. Dalloz*.

³⁸⁸ J. GHESTIN, *La notion de contrat*, *D.*, 1990, p. 147.

de voir si la convention implique des spécificités ou des incohérences, tant en ce qui concerne les règles générales (1) que les règles spéciales (2).

1. Les règles générales

107. Les règles générales embrassent un vaste domaine de droits et de libertés de la personne protégée. Tout ce qui ne fait pas l'objet de règles spéciales est régi par le principe d'autonomie (a), qui ne prévoit qu'une intervention exceptionnelle du protecteur (b).

a. Le principe d'autonomie du majeur

108. **La notion d'autonomie.** — La notion d'autonomie est multidimensionnelle. Elle est à la fois fonctionnelle, morale et sociale ³⁸⁹. La loi de mars 2007 associe étroitement l'autonomie et le consentement. Cette vision « autonomiste » peut être critiquée, même si son opposition au paternalisme est séduisante au premier abord. En effet, des troubles psychiatriques sont de nature à empêcher une personne de décider de soins qui lui sont pourtant indispensables. Le respect du consentement peut alors ne pas coïncider avec la règle déontologique ³⁹⁰. Le risque est grand de réduire l'autonomie à un consentement purement formel et de permettre ainsi la déresponsabilisation de professionnels trop facilement retranchés derrière une fausse autodétermination du sujet ³⁹¹.

Le contenu de la notion d'autonomie en protection des majeurs est évoqué dans la charte des droits de la personne protégée ³⁹². Celle-ci regroupe dans un article 7, spécialement intitulé « *Droit à l'autonomie* », les articles 458, 459 et 459-2, qui rappellent que le majeur prend seul ses décisions, que certaines ne peuvent être prises que par lui, et qu'il a la possibilité de choisir son lieu de résidence.

Chaque énoncé prévoit des limites. La personne prend seule ses décisions « *dans la mesure où son état le permet* », certains actes ne peuvent être accomplis par elle « *sous réserve des dispositions particulières prévues par la loi* », et le juge « *statue* » « *en cas de difficulté* » sur le choix de la résidence.

³⁸⁹ Deuxièmes rencontres scientifiques de la CNSA. Aide à l'autonomie et parcours de vie. Synthèse du colloque des 15 et 16 février 2012, Palais des Congrès de Paris. [En ligne]. Disponible sur http://www.cnsa.fr/IMG/pdf/Aide_a_lautonomie_et_parcours_de_vie.pdf (Consulté le 5 mai 2015).

³⁹⁰ J. -L. SENON et C. JONAS, Droit des patients en psychiatrie. Encyclopédie médico-chirurgicale, 37-900-A-10, 2004.

³⁹¹ R. DIJOUX, L'autonomie en droit de la protection des majeurs : critiques pratiques, *LPA*, 16 décembre 2011, n° 250, p. 4.

³⁹² ANNEXE 4-3 du Code de l'action sociale et des familles, créée par le décret n° 2008-1556 du 31 décembre 2008 relatif aux droits des usagers des mandataires judiciaires à la protection des majeurs et des délégués aux prestations familiales.

La loi pose un principe d'autonomie en matière personnelle qui permet à la capacité naturelle d'éclipser l'incapacité juridique, même lorsqu'elle est prononcée ³⁹³. La question se pose un peu différemment dans le cas du mandat de protection future parce que la capacité juridique demeure. C'est alors un truisme que d'affirmer que « *la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne* » ³⁹⁴, mais il n'est jamais inutile de répéter ces évidences tant la méconnaissance des régimes de protection est grande et aggravée par le flou de certaines règles. Les tiers doivent pouvoir s'appuyer sur des certitudes pour accepter sereinement d'intervenir auprès d'un majeur protégé, dont la parole doit garder sa portée chaque fois qu'elle conserve un sens. L'autonomie invoquée tend principalement à assurer le respect des droits fondamentaux des personnes protégées, en tenant compte de leur situation concrète ³⁹⁵.

- 109. Une compétence exclusive.** — « *L'accomplissement des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée [...] [ils] sont réputés strictement personnels* » ³⁹⁶. Ils relèvent donc par principe de la compétence exclusive du mandant. Son discernement est nécessaire et suffisant. La jurisprudence antérieure relative aux mesures judiciaires s'était engagée sur la voie de la reconnaissance d'actes « *éminemment personnels* » ³⁹⁷. Cette jurisprudence a donc été consacrée ³⁹⁸. La doctrine considère que cette liste n'est pas exhaustive. Outre la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant, qui sont autant de cas prévus par la loi ³⁹⁹, elle comprend assurément

³⁹³ P. POTENTIER, *loc. cit.* : « *L'incapacité patrimoniale avérée ne déteint pas sur la capacité personnelle du mandant qui reste en principe intacte* ».

³⁹⁴ Art. 459 C. civ.

³⁹⁵ B. FAGES (Dir.) *Lamy Droit du contrat*, Lamy (Collection Lamy droit civil), n° 231-60 (L'impératif d'autonomie).

³⁹⁶ Art. 458 C. civ.

³⁹⁷ J. -P. GRIDEL, *L'acte éminemment personnel et la volonté propre du majeur en tutelle*, Rapport de la Cour de cassation 2000. Doc. fr., 2001.

³⁹⁸ Aujourd'hui, la liste vise des actes relatifs à la famille. Sur six, cinq d'entre eux concernent les enfants du majeur protégé. Le dernier concerne le consentement du majeur à sa propre adoption. L'absence de possibilité de représentation conduit à une incapacité de jouissance qui peut parfois jouer contre l'intérêt du majeur. V., sur les dispositions antérieures à la réforme, le refus d'adoption d'une personne autiste par la nouvelle épouse de son père, malgré les liens « *créés au fil des années* » : Civ. 1^{re}, 8 octobre 2008, Bull. civ. I, n° 223.

³⁹⁹ Art. 458 C. civ.

le droit d'accoucher sous X ou d'avorter ou le droit de divulgation d'une œuvre ⁴⁰⁰. Elle s'étend désormais à la capacité d'agir en justice pour faire valoir les droits reconnus ⁴⁰¹.

L'exploitation de l'image du majeur protégé pourrait venir l'augmenter, exauçant ainsi le vœu d'une partie de la doctrine. Concernant les mineurs, la Cour de cassation avait rendu en décembre 2000 un arrêt de cassation indiquant, sur le fondement de l'article 9 du Code civil, que les droits de la personnalité pouvaient être exercés par les représentants de la personne intéressée ⁴⁰². Elle avait déjà pris position en ce sens dans un arrêt de rejet datant de 1993, concernant la reproduction de l'image de personnes majeures protégées ⁴⁰³. Un auteur s'était alors interrogé sur le point de savoir si l'expression de la volonté de la personne protégée elle-même ne devait pas être un préalable à l'autorisation donnée par le protecteur ⁴⁰⁴. L'idée d'une intervention subsidiaire du représentant, admise seulement en cas d'impossibilité pour la personne protégée de consentir, a ensuite été réaffirmée ⁴⁰⁵.

La notion d'actes dont la nature implique un consentement strictement personnel reste imprécise et l'on peut encore avoir du mal à envisager les actes qu'elle pourrait contenir ⁴⁰⁶. Bien avant les textes aujourd'hui en vigueur et avant même la loi de 1968, certains actes étaient vus comme « *d'ordre trop intime et d'appréciation trop personnelle pour qu'on permette à un représentant légal de les passer [en son nom]* » ⁴⁰⁷. Avec le mariage et le testament, l'aveu, la

⁴⁰⁰ J. -P. GRIDEL, L'acte éminemment personnel et la volonté propre du majeur en tutelle, Cour de cassation, Rapport année 2000.

⁴⁰¹ G. RAOUL-CORMEIL, Les droits éminemment personnels étendus à la capacité d'ester en justice pour leur mise en œuvre, *D.*, 2014. 467.

⁴⁰² Cass. civ. 1^{re}, 12 décembre 2000, pourvoi n° 98-21311. Un enfant avait été photographié lors d'une fête folklorique. Jugé que, même en l'absence d'atteinte à la vie privée, le fait d'isoler l'image d'un mineur et de la publier ne pouvait se faire qu'avec une autorisation des parents, en leur qualité de représentants légaux. J. HAUSER, Vie privée et les nécessités de l'information, *RTD civ.*, 2001. 329 ; J. RAVANAS, Une manifestation publique ne permet pas d'isoler le visage d'un participant, *D.*, 2001. 2064 ; C. CARON, Les droits de la personnalité de l'incapable : pour ou contre la représentation ? *D.*, 2001. 2077.

⁴⁰³ Au sujet de la réalisation d'un film intitulé « *Décompte de la folie ordinaire* ». La Cour emploie pour la première fois l'expression « *actes relatifs à la personne du majeur protégé* » et donne au juge des tutelles le pouvoir de déterminer les conditions dans lesquelles le gérant de tutelle peut les autoriser. Cass. civ. 1^{re}, 24 février 1993. *D.*, 1993, 614, note Th. VERHEYDE. *RTD civ.*, 1993. 326, obs. J. HAUSER ;

⁴⁰⁴ Th. VERHEYDE, L'atteinte illicite à l'intimité de la vie privée d'adultes handicapés par la diffusion d'un film sans l'autorisation de leurs représentants légaux et la nécessité de l'autorisation du juge des tutelles pour la reproduction de l'image de ces handicapés, *D.*, 1993, 614.

⁴⁰⁵ C. CARON, *op. cit.*

⁴⁰⁶ P. SALVAGE-GEREST, Les actes dont la nature implique le consentement strictement personnel du majeur en tutelle (C. civ., art. 458. L. n° 2007-308, 5 mars 2007) : une catégorie à revoir d'urgence, *Dr. Famille*, n° 3, mars 2009, étude 17.

⁴⁰⁷ M. PLANIOL, G. RIPERT, avec le concours de R. SAVATIER, *Droit civil français. Tome I, Les Personnes, état et capacité*. Paris, LGDJ, 1925, n° 258, p. 310.

reconnaissance d'un enfant naturel ou l'adoption ne pouvaient être accomplis que par l'intéressé. Un auteur propose maintenant de retenir le critère de la recherche « *d'une satisfaction d'ordre moral, affectif et personnel et non celle d'une fin économique* »⁴⁰⁸. Il est marquant que presque tous les actes mentionnés concernent l'enfant de la personne protégée⁴⁰⁹. La complexité et les dangers de cette catégorie d'actes ont été dénoncés, soulignant la difficulté de concilier protection des majeurs et protection des mineurs lorsque les seconds sont les enfants des premiers⁴¹⁰.

Trop étendre la catégorie des actes exclusivement réservés au majeur protégé risque de se retourner contre eux. Ce fut le cas concernant une adoption simple. Une jeune femme âgée de 30 ans, autiste, était placée sous la tutelle de son père depuis sa majorité. Celui-ci demanda la désignation d'un administrateur *ad hoc* afin de permettre l'adoption simple de la jeune femme par sa seconde épouse, qui prenait soin d'elle depuis des années. L'adoptée, étant âgée de plus de treize ans, devait consentir personnellement à son adoption⁴¹¹. Les juges du fond rejetèrent cette demande au motif qu'aucun texte ne permettait alors de désigner un tiers pour suppléer l'absence de consentement d'une personne à sa propre adoption. Le père soutint vainement que le juge des tutelles pouvait autoriser cet acte. La Cour de cassation, dans un arrêt de rejet de 2008⁴¹², commença par rappeler que cet acte était un acte strictement personnel⁴¹³. Comme tel, il exigeait un consentement qui ne pouvait pas être donné par le tuteur en lieu et place de la personne protégée. Cette décision a certes été rendue avant l'entrée en vigueur de la réforme, sur le fondement de l'article 501 du Code civil qui disposait alors que le juge pouvait permettre au majeur de passer certains actes seul ou assisté⁴¹⁴. La Cour de cassation a fait application de ce texte en admettant que le majeur pouvait être autorisé à consentir, si besoin avec l'assistance d'un tiers. Ce qui est en cause, c'est l'absence de consentement. Le médecin expert a constaté l'absence de capacité d'élaborer un raisonnement, un jugement, et de consentir à l'acte envisagé. La représentation étant exclue s'agissant d'un acte strictement personnel, cet acte, qui paraissait pourtant

⁴⁰⁸ E. MALLET, Actes à consentement strictement personnel et majeur protégé, *Dr. Famille*, n° 3, mars 2014, étude 4.

⁴⁰⁹ Th. VERHEYDE, Le majeur protégé, parent d'enfants mineurs, *AJ Famille*, 2012. 257.

⁴¹⁰ P. SALVAGE-GEREST, *op. cit.*

⁴¹¹ Art. 360 C. civ.

⁴¹² Cass. civ. 1^{re}, 8 octobre 2008, pourvoi n° 07-16094.

⁴¹³ Cette qualification, d'origine jurisprudentielle, avait déjà été retenue par Cass. civ. 1^{re}, 4 juin 2007, pourvoi n° 05-20. 243.

⁴¹⁴ Après avis du médecin traitant.

avantageux pour la majeure protégée, ne pouvait donc pas être effectué. Cette décision, juridiquement incontestable, est humainement regrettable. La doctrine s'accorde à penser qu'elle anticipait aussi la réforme ⁴¹⁵. La solution ne serait pas différente aujourd'hui, puisque la lettre de l'article 458 du Code civil vise expressément le consentement donné à sa propre adoption et précise que les actes strictement personnels ne peuvent jamais donner lieu à représentation. Le texte nouveau exclut même l'assistance. Cette affaire montre que l'exclusion de la représentation, qui a pour noble but la préservation d'une sphère intime de capacité, est *a priori* un choix protecteur mais peut avoir des effets pervers et risque même d'empêcher la défense des droits.

Cet aspect des choses est d'autant plus préoccupant que les actions relatives aux droits compris dans le champ d'application de l'article 458 du Code civil en suivent le régime. Au visa de ce texte, la Cour de cassation a effectivement jugé que « *l'appel d'une décision du juge des enfants qui restreint l'exercice des droits de l'autorité parentale d'un majeur protégé constitue un acte strictement personnel que celui-ci peut accomplir sans assistance ni représentation* » ⁴¹⁶. Que le majeur puisse l'accomplir seul est assurément protecteur de ses libertés et, surtout, de sa volonté. Néanmoins, l'impossibilité de le représenter risque de conduire à des blocages qui lui seront préjudiciables. Inclure le droit à l'image dans la liste des actes visés par l'article 458 conduirait donc à empêcher le représentant d'agir pour la défense de ce droit s'il était violé sans que la victime ne puisse agir personnellement. L'idée d'une intervention subsidiaire, dans des cas laissés à l'appréciation du juge, prend à cet égard tout son sens.

110. Un droit à l'information. — L'information conditionne l'autonomie. Il faut savoir pour comprendre, réfléchir et exprimer une volonté efficace. Le mandant reste apte à recevoir directement et personnellement toute information le concernant. En outre, le mandataire lui doit « *toutes informations sur sa situation personnelle, les actes concernés, leur utilité, leur degré d'urgence, leurs effets et les conséquences d'un refus de sa part* » ⁴¹⁷. Aucune clause ne peut dispenser le mandataire de cette obligation. Il doit l'exécuter de façon adaptée à l'état du mandant, se soucier de sa lucidité, de ses capacités réelles de compréhension.

⁴¹⁵ D., 2008. 2663, note V. NORGUIN ; V. EGEE, Consentement d'un majeur protégé à sa propre adoption, D., 2008. 2663 ; *AJ Famille*, 2008. 430, obs. F. CHENEDE ; *RTD civ.*, 2008. 652, obs. J. HAUSER ; F. GRANET-LAMBRECHTS, D., 2009. 773

⁴¹⁶ Cass. civ. 1^{re}, 6 novembre 2011, pourvoi n° 12-23766 ; *AJ Famille*, 2013. 717, obs. Th. VERHEYDE ; D., 2014. 467, note G. RAOUL-CORMEIL ; *RTD civ.*, 2014. 84, obs. J. HAUSER.

⁴¹⁷ Art. 457-1 C. civ.

Ce droit à l'information est la règle s'agissant des effets de toute mesure quant à la protection de la personne. Il est affirmé dans une section relative à la curatelle et à la tutelle mais il est applicable par renvoi au mandat spécial ordonné dans le cadre de la sauvegarde et donc au mandat de protection future ⁴¹⁸. Pour que la personne protégée puisse prendre seule les décisions relatives à sa personne, elle doit avoir connaissance de tous les éléments susceptibles de l'aider à élaborer sa décision. Avec les tiers, le protecteur doit souvent mener une action pédagogique afin de rendre ce droit effectif. De nombreux professionnels ignorent toujours la présence du protégé ou lui refusent toute communication. Les textes doivent aider le protecteur à opposer les droits du protégé aux tiers, qui se montrent facilement partisans du « *gouvernement de la personne en tutelle par la seule volonté du représentant légal* », même lorsque la personne est en état d'exprimer sa volonté ⁴¹⁹. Des bailleurs sociaux demandent encore le « *placement en maison de retraite* » du protégé « *qui n'a pas besoin de savoir et qui n'a pas son mot à dire puisqu'il est sous tutelle* » (*sic*). Ces façons de penser sont un stéréotype qui risque de contaminer l'exécution du mandat de protection future. Les mêmes exigences et la même vigilance doivent être apportées, pour permettre l'information de tout protégé, quel que soit son régime de protection.

La personne protégée, bien qu'atteinte d'une altération de ses facultés, conserve des capacités de compréhension. La loi fait bien plus que permettre une information sur mesure : elle l'impose. Cet impératif contraint le protecteur à accorder sa parole à la faculté de son protégé d'en saisir la signification. Il y a profusion d'informations et l'art du protecteur consiste à les rendre accessibles.

b. L'intervention exceptionnelle du protecteur

111. En principe, le mandataire n'intervient pas. Il doit exercer une surveillance générale, mais il n'a aucun pouvoir de décision. Ses moyens de connaître la situation du mandant sont limités car il ne semble pas qu'il ait un droit d'ingérence dans les affaires relevant de l'intimité de sa vie privée. Cette analyse repose sur la jurisprudence fixée antérieurement à l'égard du mandataire spécial désigné à l'occasion d'une sauvegarde. Les pouvoirs du mandataire étaient considérés comme « *impliquant qu'il n'exerce pas de contrôle sur le courrier personnel* » ⁴²⁰. Dans la mesure de ce qu'il peut savoir, le mandataire a un devoir d'action et un pouvoir de signalement lorsque le mandant n'est plus, en fait, en état de prendre seul les décisions

⁴¹⁸ Pour la sauvegarde, art. 438 C. civ. Pour le mandat de protection future, art. 479 C. civ.

⁴¹⁹ J. -P. GRIDEL, L'acte éminemment personnel et la volonté propre du majeur en tutelle, Cour de cassation, rapport annuel 2000.

⁴²⁰ Civ. 1^{re}, 11 juin 1991, *JCP*, 1992. II. 21879, note Th. FOSSIER.

relatives à sa personne. Le mandataire doit alors saisir le juge, comme s'il se trouvait dans le cadre d'une mesure judiciaire de protection.

- 112. L'assistance.** — La saisine du juge des tutelles permettra de requérir une double signature des actes si la situation requiert d'en conclure. Lorsqu'une telle décision est prise dans le cadre d'une mesure judiciaire, elle a pour effet de limiter la capacité du majeur. Mais lorsqu'une telle mesure est prise dans le cadre du mandat, elle devrait conduire à investir le mandataire d'un pouvoir sans dessaisir le mandant, qui resterait juridiquement pleinement capable. Le contenu de cette assistance interroge et le sort d'une décision préjudiciable est incertain. Si la décision n'est pas irrémédiable, elle ne peut être contestée que sur le fondement de l'article 414-1 du Code civil, en invoquant l'insanité d'esprit. On voit mal en effet quelles applications pourraient être faites ici des actions en réduction ou en rescision. Le droit du majeur demeure exercé par le majeur lui-même. Encore une fois, l'importance d'un contact rapproché avec lui apparaît.
- 113. La représentation.** — Parfois, et même souvent, « *il est nécessaire d'admettre que, même si leur personnalité juridique est incontestable, certains individus ne peuvent plus participer à un acte les concernant, même intime. Cependant, l'incapacité ne les brime pas ; elle les protège. C'est, au fond, l'altération de leurs facultés qui, pratiquement, dresse des obstacles pas toujours évitables* »⁴²¹ : Autant sur le plan des actes patrimoniaux, un désir excessif de protection risque de produire un effet contraire à celui recherché en exposant les tiers à une trop grande insécurité, autant sur le plan des décisions personnelles, le credo de la protection doit être de « *protéger sans jamais diminuer* »⁴²². Le mandataire devra recourir au juge. Dès lors que le régime de la protection personnelle est calqué sur celui des mesures judiciaires, il convient de produire un certificat médical justifiant de l'aggravation de l'état du mandant et de la nécessité de le représenter. Au-delà, les mêmes remarques que celles formulées à propos de l'assistance pourraient être faites. Le mandant reste capable, bien que le mandataire soit investi du pouvoir de le représenter. La solution est contraire dans le mandat spécial, où la décision de justice prive le majeur « *du droit d'accomplir les actes entrant dans les pouvoirs du mandataire spécial* »⁴²³. Finalement, si le majeur, exprime malgré tout une volonté, la seule question qui importe est de savoir si cette volonté est contraire à ses intérêts. Si elle ne l'est pas, elle doit primer. Si elle l'est, le mandataire a le devoir et le pouvoir d'intervenir.

⁴²¹ D. NOGUERO, Interrogations au sujet du mandat de protection future, *D.*, 2006, p. 1133, note 57.

⁴²² Th. FOSSIER, L'objectif de la réforme du droit des incapacités : protéger sans jamais diminuer, *Defrénois*, 2005, n° 1, p. 3.

⁴²³ Civ. 1^{re}, 9 novembre 1982, *D.*, 1983. 358, note MASSIP.

Si le mandant a exprimé le souhait d'être représenté le cas échéant par son mandataire, il conviendrait que celui-ci justifie des conditions de mise en œuvre de la représentation, qui pourrait être décidée par le juge seul. Le mandataire aurait ainsi un pouvoir de représentation, mais cette mission ne vaudrait que si le mandant venait effectivement à se trouver hors d'état de prendre ses décisions. Chaque fois que, de fait, le mandant n'est pas ou plus hors d'état, la mission doit tomber. Il se pourrait ainsi que l'on rencontre des cas de représentation en matière personnelle hors le cadre strict de la tutelle, mais en tout état de cause, une clause autorisant par avance le mandataire à prendre des décisions en matière personnelle et, a fortiori, concernant des actes strictement personnels, devrait être réputée non écrite ⁴²⁴.

Si le mandant n'a rien précisé, il faut sans doute conclure à l'application de l'article 485 du Code civil, selon lequel « *lorsque la mise en œuvre du mandat ne permet pas, en raison de son champ d'application, de protéger suffisamment les intérêts personnels ou patrimoniaux de la personne, le juge peut ouvrir une mesure de protection juridique complémentaire confiée, le cas échéant, au mandataire de protection future. Il peut aussi autoriser ce dernier ou un mandataire ad hoc à accomplir un ou plusieurs actes déterminés non couverts par le mandat* ». Ce texte fait référence au champ d'application du mandat et aux actes non couverts par le mandat. Les prévisions contractuelles fixeront des points de repère pour l'avenir, qui seront de nature à éclairer le juge.

Cette vue d'ensemble des règles générales montre que l'existence d'une convention de mandat de protection future est sans incidence particulière, en dehors du point, non négligeable, du maintien de la capacité du protégé. Il en va différemment à l'égard des règles spéciales.

2. Les règles spéciales

114. Les règles spéciales sont à la fois nombreuses et éparses. Elles se trouvent aussi bien dans le Code civil (a) que dans d'autres Codes (b).

a. Les règles du Code civil

115. **Les dispositions applicables à toutes les mesures de protection juridique.** — Le mandat de protection future est une mesure de protection juridique ⁴²⁵. Certaines

⁴²⁴ E. BLESSIG, Réforme de la protection des majeurs, Rapport à la Commission des lois de l'Assemblée nationale, Doc. AN 2007, n° 3557, p. 191.

⁴²⁵ Il figure dans une Section V du Chapitre II du Titre XI du Code civil. Ce chapitre concerne l'ensemble des mesures de protection juridique des majeurs, soit la sauvegarde, la curatelle, la tutelle et le mandat de protection future.

dispositions, dites générales, sont applicables à l'ensemble de ces mesures ⁴²⁶. L'article 426 du Code civil portant sur le logement des personnes protégées est l'une de ces dispositions. Il est donc applicable à l'ensemble des mesures et par conséquent applicable au mandat de protection future. Le logement est un bien, mais sa protection particulière a vocation à préserver les repères des personnes protégées ⁴²⁷.

Conclure un mandat de protection future ne permet pas de déroger à ces règles fondamentales ⁴²⁸. Le mandataire, même désigné par acte authentique, ne doit pas avoir le pouvoir de disposer du logement du mandant sans solliciter l'autorisation du juge des tutelles, qu'il s'agisse d'une résidence principale ou secondaire ⁴²⁹. La règle est étendue aux meubles garnissant le logement ⁴³⁰. Certains biens sont exclus de tout acte de disposition et doivent être « *gardés à la disposition de l'intéressé* ». Le Code civil vise « *les souvenirs, les objets à caractère personnel, ceux indispensables aux personnes handicapées ou destinés aux soins des personnes malades* » ⁴³¹.

Comparé aux autres mesures, le mandat est sans incidence particulière, tous les protecteurs de la personne sont soumis au même régime. Sur ce point, le fait que le majeur conserve sa pleine capacité ne crée pas en soi de différence de régime. Sous l'empire de la loi antérieure, il était admis que la protection ne s'opposait pas à un acte du majeur sous sauvegarde ou même sous curatelle, mais visait son protecteur. L'ancien article 490-2 du Code civil ne distinguait pas selon que l'acte était accompli par le majeur ou son protecteur. Ce texte a été interprété en tenant compte notamment de la généralité de ses formules pour en déduire que « *le danger contre lequel le législateur a entendu prémunir l'incapable est celui provenant*

⁴²⁶ Les dispositions générales composent la Section I du même chapitre.

⁴²⁷ Le logement est l'une des « *attaches les plus importantes* » dont la personne protégée ne peut être privée. L. PECAUT-RIVOLIER, Logement et majeur protégé, *AJ Famille*, 2008. 384. Ce qui est protégé, c'est le droit fondamental au logement. Th. VERHEYDE, Le logement dans la réforme de la protection juridique des majeurs, *AJ Famille*, 2009. 448. Le logement est « *un point d'ancrage du majeur protégé dans la société* » (Circulaire de la DACS n° CIV/01/09/C1 du 9 février 2009 relative à l'application des dispositions législatives et réglementaires issues de la réforme du droit de la protection juridique des mineurs et des majeurs).

⁴²⁸ Pour certains auteurs, dont Jacques MASSIP, l'article 426 ne serait pas d'ordre public (J. MASSIP, Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs, 2e édition. Paris : Defrénois, 2009, p. 483). Cet avis n'est cependant pas unanime : V., p. ex., p. POTENTIER, Mandat de protection future. J. -Cl. Civil code, art. 477 à 494, n° 29 : « *le mandat de protection future ne peut déroger à cette règle intangible* ».

⁴²⁹ Contrairement à la solution retenue sur le fondement de la loi antérieure, qui ne protégeait pas la résidence secondaire : Civ. 1^{re}, 18 février 1981, n° 80-10. 403, Bull. civ. I, n° 60 ; *JCP N*, 1981. II. 155, note REMY ; *RTD civ.*, 1982, 140, obs. NERSON et RUBELLIN-DEVICHI ; *Defrénois* 1981. 964, obs. CHAMPENOIS.

⁴³⁰ Il est à noter qu'un enlèvement de meubles peut être régularisé par une autorisation de vente ultérieure et qu'une « *vente partielle de meubles de la personne protégée maintenue à son domicile* » ne requiert pas l'avis du médecin (Civ. 1^{re}, 17 mars 2010, FS-P+B, n° 08-20. 771).

⁴³¹ Art. 426 C. civ.

des actes qui n'émanent pas de l'intéressé lui-même »⁴³². Quant à l'intéressé, soit il n'était pas capable, en fait, d'accomplir valablement l'acte en cause, et les conséquences juridiques en étaient tirées, soit il était capable, en fait, de le conclure et, restant capable juridiquement, il devait exécuter les obligations contractées. Le mandataire de protection future qui voudrait disposer du logement devrait donc obtenir préalablement l'autorisation du juge des tutelles et établir pour cela qu'il est nécessaire ou qu'il est de l'intérêt de la personne protégée de le passer⁴³³.

De la même façon, sauf exception ou décision du juge, le mandataire ne peut pas non plus modifier les comptes et livrets du mandant. L'appréciation de l'intérêt du majeur protégé à ce type d'opérations vise à « *ne pas perturber les personnes* » parce que « *les habitudes prises par les personnes vulnérables constituent des repères importants qu'il ne faut envisager de modifier qu'avec précaution et pour de justes motifs* »⁴³⁴.

116. Les dispositions relatives à la famille. — Le dispositif légal n'est pas modifié par la convention. Le bénéficiaire du mandat de protection future est traité tantôt comme toute personne protégée tantôt comme une personne non protégée.

Les travaux parlementaires⁴³⁵ et la doctrine⁴³⁶ sont unanimes pour affirmer que le mandat ne permet pas de prévoir des clauses aménageant les règles relatives au mariage, au PACS, au divorce ou à l'autorité parentale. Le mariage et le PACS sont expressément organisés par le Code civil en ce qui concerne les majeurs sous tutelle ou sous curatelle. Rien n'est dit concernant le mandant. Il y a donc ici une différence de régime entre les majeurs judiciairement protégés et ceux qui le sont par convention. Le mandant, comme tout majeur capable, ne peut disposer d'éléments qui relèvent de son état, en raison du principe d'indisponibilité. Il ne peut rien prévoir par anticipation dans le cadre du mandat, mais il conserve en revanche son autonomie décisionnelle en la matière. Le bénéficiaire du mandat mis à exécution peut donc se marier sans restriction particulière, sa situation ne diffère pas de celle des personnes juridiquement non protégées.

Pour le divorce, il n'existe de règles spécifiques que pour les mesures de sauvegarde, curatelle et tutelle. Le régime du mandat diffère donc *a priori* de celui des mesures judiciaires.

⁴³² J. MASSIP, *Les incapacités*, Defrénois, 2002, n° 462.

⁴³³ En application de l'art. 426 C. civ. La question de savoir si le bénéficiaire du mandat pourrait, seul, disposer des droits relatifs à son logement est la même que celle posée pour le majeur protégé par une mesure judiciaire. La réforme n'a pas apporté de précision sur ce point. Il n'est donc pas exclu que le majeur protégé par un mandat de protection puisse valablement résilier son bail ou vendre sa maison.

⁴³⁴ Circulaire de la DACS du 9 février 2009, précitée.

⁴³⁵ E. BLESSIG, *op. cit.*, p. 191.

⁴³⁶ I. BARRIERE-BROUSSE, *La vie de couple du majeur protégé*, *RLDC*, 2011, n° 83, p. 74.

Il le rejoint pourtant à l'article 249-4 du Code civil, qui expose qu'il ne peut être présenté aucune demande de divorce par consentement mutuel ou acceptation du principe de la rupture du mariage « *lorsque l'un des époux se trouve placé sous l'un des régimes de protection prévus au chapitre II du titre XI* » ⁴³⁷. La référence au chapitre II rend cette exception applicable au mandat de protection future. Le mandant n'est pas traité ici différemment des autres majeurs protégés.

b. Les règles issues d'autres codes

- 117. Le Code électoral.** — Le droit de vote n'est plus affecté de manière systématique lors de l'ouverture d'une mesure de protection. Cela tend à rapprocher la situation de l'ensemble des majeurs, qu'ils soient judiciairement ou conventionnellement protégés. Le mandant conserve donc comme tout majeur non protégé son droit de vote. Il ne peut pas être privé de ce droit tant qu'il reste protégé par le mandat. La privation du droit de vote ne peut intervenir qu'en cas d'ouverture d'une mesure de tutelle ⁴³⁸, et dans le cadre d'une décision individualisée, conformément à la récente jurisprudence européenne ⁴³⁹.
- 118. Le Code pénal.** — La réforme de la protection des majeurs a esquissé un statut pénal du majeur protégé. Le Code de procédure pénale ne fait mention du mandat de protection future que dans un seul article, qui prévoit que les prérogatives reconnues au curateur ou au tuteur par l'article 706-113 ⁴⁴⁰ sont également reconnues au mandataire de protection future. Ainsi, le fait d'être protégé par convention permet de faire une place au protecteur dans la procédure mais ne fait pas bénéficier le majeur des spécificités liées à sa situation. Le

⁴³⁷ Article 249-4 C. civ. dans sa rédaction issue de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, art. 10, 3°.

⁴³⁸ Art. L. 5 C. élect., dans sa rédaction issue de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 : « *lorsqu'il ouvre ou renouvelle une mesure de tutelle, le juge statue sur le maintien ou la suppression du droit de vote de la personne protégée* ».

⁴³⁹ Alajos Kiss c. Hongrie (33), 20 mai 2010, req. n° 38832/06. [En ligne] Disponible sur <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-99159#%7B%22itemid%22:%5B%22001-99159%22%7D> (Consulté le 5 mai 2015) : un ressortissant hongrois est placé sous un régime de tutelle partielle. Il se voit par conséquent privé du droit de vote, par application de l'article 70(5) de la Constitution hongroise qui prévoit une privation automatique du droit de vote pour les personnes sous tutelle. La radiation des listes électorales en raison de ses troubles constitue pour le ressortissant hongrois une atteinte injustifiée et discriminatoire à son droit de vote, insusceptible de recours car inscrit dans la Constitution, et par essence discriminatoire. Pour la CEDH, aucune restriction absolue au droit de vote ne peut être imposée à toutes les personnes placées sous tutelle sans prise en compte des facultés réelles de ces personnes. Selon elle, toute restriction aux droits de ces personnes doit donc être dûment justifiée et le retrait automatique du droit sans contrôle juridictionnel individualisé, uniquement fondé sur l'existence d'un trouble mental, n'est pas compatible avec l'exigence de proportionnalité figurant à l'article 3 du Protocole n° 1.

⁴⁴⁰ Ce texte organise l'information du protecteur, son accès au dossier, lui accorde un permis de visite et lui permet d'être entendu à l'audience.

mandataire bénéficie d'une information délivrée par le procureur de la République ou le juge d'instruction, il peut prendre connaissance du dossier pénal, être entendu en qualité de témoin, et il bénéficie de plein droit d'un permis de visite si le mandant est placé en détention provisoire. Pour le reste, tout se passe comme s'il n'y avait pas de mesure, exception faite de l'intervention du mandataire dont la mission est reconnue. L'expertise médicale n'est pas prévue ⁴⁴¹, ni l'assistance obligatoire d'un avocat ⁴⁴². Il n'y a pas de règle particulière lorsque le mandant est victime. De façon générale, le droit pénal n'a pas encore envisagé la situation du majeur protégé victime ⁴⁴³.

119. Le Code de la santé publique. — Ce code ne connaît pas le mandat de protection future. Certains de ses articles visent parfois la situation du majeur protégé, sans autre précision, comme en matière de recherche biomédicale. Dans ce cas, le texte peut s'appliquer au mandant. Parfois, le rôle du protecteur est expressément assimilé à celui de représentant légal ⁴⁴⁴. Il paraît alors difficile d'admettre que le mandataire puisse intervenir, n'étant pas représentant, sauf clause contractuelle conduisant à une situation contraire ⁴⁴⁵. Le mandant se trouve dans la même situation que le majeur sous sauvegarde, demeuré lui aussi pleinement capable. Cependant, il faut relever des incohérences.

Selon l'article L. 1122-2 du Code de la santé publique, « *une personne faisant l'objet d'une mesure de sauvegarde de justice ne peut être sollicitée aux fins de participer à une recherche biomédicale* » et des règles spéciales de consentement sont prévues pour les majeurs sous tutelle ou sous curatelle. Pour le majeur non protégé hors d'état d'exprimer sa volonté, la personne de confiance, la famille, voire une personne entretenant avec le majeur des liens étroits et stables, est consultée. Ainsi, pour le mandant atteint d'une altération de ses facultés, mais qui n'est pas hors d'état de s'exprimer, le régime de droit commun est mis en œuvre. Il n'y a ni interdiction ni spécificité. Pour le mandant hors d'état de s'exprimer, il sera fait appel à la personne de confiance, la famille, voire une personne entretenant avec le majeur des liens étroits et stables... La place du mandataire n'est pas expressément prévue, bien qu'il puisse intervenir en tant que proche... mais alors, il n'intervient qu'à défaut de personne de confiance et à

⁴⁴¹ Comme c'est le cas en tutelle ou en curatelle (art. 706-115 C. pr. pén.).

⁴⁴² Même remarque, fondée sur art. 706-116 C. pr. pén.

⁴⁴³ J. -P. MARGUENAUD, J. -M. PLAZY, D ROETS, Les majeurs protégés, parties au procès pénal. Mission de recherche Droit et Justice, 2004, toujours d'actualité.

⁴⁴⁴ V. not. Art. R. 4127-42, al. 1 C. santé publ. : « *sous réserve des dispositions de l'article L. 1111-5, un médecin appelé à donner des soins à un mineur ou à un majeur protégé doit s'efforcer de prévenir ses parents ou son représentant légal et d'obtenir leur consentement* ».

⁴⁴⁵ V. *infra*, n° 121 et s., sur l'octroi des pouvoirs d'un tuteur ou la désignation en qualité de personne de confiance.

défaut de famille. Le droit de la santé publique gagnerait, ou plutôt les majeurs protégés gagneraient à ce que le code soit actualisé et précisé, afin de dissiper les doutes des soignants et de clarifier les missions de l'entourage.

- 120. Une mission générale insuffisamment définie.** — *A priori*, il n'existe pas de spécificité du régime du mandat par rapport aux mesures judiciaires de protection. Un examen plus attentif des dispositions, et surtout des contradictions de celles-ci, montre d'une part que dans l'application des règles générales, la protection peut être fragilisée par la préservation de capacité du mandant et, d'autre part, que les règles spéciales se trouvent un peu bousculées par l'apparition du mandat de protection future qui n'est que rarement visé directement. Des précisions seraient utiles à une plus grande sécurité juridique. Les règles légales ont un caractère largement impératif, qui limite les aménagements contractuels. C'est pourquoi il peut s'avérer intéressant pour le mandant d'envisager le rattachement à une institution connue et balisée, en chargeant son mandataire de missions optionnelles.

§2. DES MISSIONS OPTIONNELLES

- 121.** L'article 479 du Code civil se réfère au Code de la santé publique et au Code de l'action sociale et des familles et dispose que le mandat peut prévoir que le mandataire exercera les missions dévolues au tuteur (1) ou à la personne de confiance (2).

A. Les missions du tuteur

- 122.** L'intérêt est de faire référence à des institutions dont les contours et les régimes sont mieux définis, ce qui est une source de sécurité. Cependant, la question de la distinction entre missions et pouvoirs peut être à nouveau posée ici ⁴⁴⁶. Clairement, le mandataire devra intervenir dans les domaines prévus par le mandat, dans le cadre légal. L'intervention est limitée à l'un ou l'autre des codes visés. Elle suppose une information du mandataire, une présence de celui-ci, une surveillance de sa part. Il aura peut-être le pouvoir de conclure des actes mais, pour autant, le mandant ne sera pas privé de sa capacité. Un conflit peut donc surgir. Si le mandant n'est pas en état d'agir personnellement, une extension de la mission permettra au mandataire d'agir efficacement en matière d'action sociale (a) ou en matière de santé (b).

⁴⁴⁶ V. *supra*, n°104.

1. Les missions du tuteur en matière d'action sociale

- 123. Quelques missions diverses.** — Le Code de l'action sociale et des familles connaît assez peu le tuteur de la personne majeure. Il y fait référence pour résoudre des situations de conflit d'intérêts, par exemple le cas où le tuteur se trouverait être en même temps l'accueillant familial, à titre onéreux, de la personne âgée ou handicapée ⁴⁴⁷. Ce Code prévoit que le tuteur signe certains documents, comme le contrat de soutien et d'aide par le travail ⁴⁴⁸, ce qui n'est que l'application du droit commun de la tutelle, qui prévoit que les actes sont signés par le tuteur. Il est destinataire d'informations dans l'élaboration des plans d'aide personnalisée à l'autonomie. Il est aussi entendu pour l'élaboration des plans de compensation du handicap ⁴⁴⁹, sur lesquels il peut formuler des observations ⁴⁵⁰ et se voit reconnaître un droit d'opposition au traitement du dossier par procédure simplifiée ⁴⁵¹. Un événement difficile peut aussi être prévu et organisé. Le Code de l'action sociale et des familles impose aux établissements sociaux et médico-sociaux de passer un contrat écrit avant d'accueillir une personne. Le Code précise que le signataire peut être la personne ou son représentant légal ⁴⁵². La signature d'un contrat de séjour est un acte important, qui mérite attention et qui marque le début d'une nouvelle prise en charge, concurrente, de la personne.
- 124. Une mission centrale.** — Surtout, le tuteur a une place dans l'exercice des droits des usagers reconnus par la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002, rénovant l'action sociale et médico-sociale. Il intervient dans le processus d'élaboration des documents, consent le cas échéant à la prise en charge, reçoit les documents d'information, a le pouvoir de faire appel à une personne qualifiée pour faire valoir les droits de son protégé ⁴⁵³. Cette mission peut s'avérer importante, en ce qu'elle donne au mandataire les moyens d'exercer une vigilance contre la maltraitance. Sa place est ainsi reconnue, imposée aux établissements d'hébergement ou aux établissements et services sociaux et médico-sociaux dans leur ensemble. Ce rôle du tuteur est un élément essentiel mais hélas bien souvent négligé. Lorsque le majeur vit au sein d'un établissement, il est indispensable qu'un intervenant puisse faire le lien avec l'extérieur et

⁴⁴⁷ Art. 443-7 CASF.

⁴⁴⁸ Annexe 3-9 créée par D. -1752 du 23 décembre 2006 (contrat de soutien et d'aide par le travail).

⁴⁴⁹ L. 146-8 CASF.

⁴⁵⁰ R. 146-29 CASF

⁴⁵¹ L. 241-5 CASF.

⁴⁵² L. 311-4 CASF, et pour les établissements hébergeant des personnes âgées, L 342-1 CASF.

⁴⁵³ L. 311-3 s. CASF.

vienne s'assurer que tout se passe bien à l'intérieur. La prise en charge par les services mandataires judiciaires à la protection des majeurs permet rarement d'entretenir une relation de proximité satisfaisante. Les visites assurées ne sont pas assez nombreuses. Bien des services ne rencontrent les personnes âgées résidant en maison de retraite que deux ou trois fois par an. Outre le manque à l'égard de la protection de la personne, un fossé se creuse avec certains établissements, qui reprochent au protecteur « *que le suivi des mesures n'est pas satisfaisant et qu'il repose en fait sur l'établissement* »⁴⁵⁴. D'où l'intérêt de la contractualisation : donner des pouvoirs au protecteur mais aussi prévoir le rôle qui sera le sien selon la situation envisagée, ou bien choisir un protecteur précisément parce que l'on sait quelle présence sera la sienne le moment venu. Cela pourrait permettre d'éviter de voir sa protection confiée à un service qui, bien que judiciairement chargé d'une mission de protection de la personne, n'assure celle-ci que de manière superficielle ou prétendue, au motif d'une insuffisance de moyens budgétaires⁴⁵⁵.

⁴⁵⁴ G. LE QUINQUIS, La gestion des mesures de protection juridique des personnes hébergées en établissement, Mémoire CAFDES, ENSP, 2001.

⁴⁵⁵ Outre le prélude à une normalisation qui peut paraître en contradiction avec la personnalisation souhaitée du service, et bien qu'il s'agisse de minima, les instructions données par les services mandataires à leurs salariés reflètent la rareté permise des rencontres. UDAF de la Vienne. Documentation qualité, processus accompagnement de la personne, fiches processus et procédures qualité validées, fiche procédure vad, version du 12 juin 2009 : « *Rythme minimum des rencontres avec les personnes à leur domicile demandé par le service, pour tous les MP, quelle que soit la localisation dans le département* :

- *Domicile : rythme minimum d'une rencontre par usager tous les 2 mois, soit 5 par an.*
- *EHPAD : 3 par an minimum.*
- *CAT, Foyers-logements et Familles d'accueil : 4 par an minimum.*
- *TPSA – MAJ : 8 par an.*
- *MASP : 2 par mois*

Ces règles sont modulables en fonction des PI (possibilité de rencontres au cours des permanences) et des demandes spécifiques des personnes et de celles qui les encadrent (éducateurs de CAT, ...).

Une modification de cette règle peut être effectuée si on observe une évolution significative du nombre de mesures ».

Soit 5 visites par an à domicile (pas les mois d'été ?), une visite quadrimestrielle en EHPAD, et une trimestrielle en famille d'accueil ou en foyer-logement (les deux situations sont pourtant peu comparables et il n'y a pas de surveillance quotidienne des accueillants familiaux, qui œuvrent seuls auprès des personnes âgées ou handicapées qui leur sont confiées). Pour les mesures d'accompagnement social personnalisé (MASP), le rythme des visites est imposé par le cahier des charges rédigé par le département (V. *infra*, n° 171) ; pour la mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ), qui vient à la suite de la précédente, le rythme est brusquement divisé par trois puisque l'on passe de 24 visites par an à 8, alors même que la situation de la personne protégée, plus que « *compromise* », est jugée « *menacée* ». Des modifications sont possibles selon l'évolution du nombre de mesures gérées : on ne peut que s'interroger sur la légitimité de cette répercussion sur le majeur protégé dont le besoin relationnel n'a pas changé et qui continue de participer de la même manière au financement de sa mesure de protection.

2. Les missions du tuteur en matière de santé

125. Le Code de la santé publique fait une place au représentant du majeur en tutelle d'autant plus importante que ce Code ignore la plupart des autres régimes de protection, sauf cas particuliers.
126. **Le cumul.** — Permettre au mandant de confier les missions du tuteur au mandataire dans ce domaine, c'est lui permettre d'être un interlocuteur connu des services de santé. Il pourra ainsi accéder à l'information médicale ⁴⁵⁶, au dossier ⁴⁵⁷, et consentir aux soins ⁴⁵⁸ dès lors que le consentement du mandant aura été recherché préalablement. Il ne sera pas fait échec au refus de soins éventuellement émis par le mandant. S'il n'est pas en état d'exprimer sa volonté, le protecteur se prononcera. C'est un rôle et une responsabilité importants qui peuvent être confiés au mandataire. Ce qui n'est pas précisé, et qui mériterait de l'être, ici comme en règle générale pour la protection de la personne, c'est si le mandataire doit saisir le juge des tutelles pour l'accomplissement d'actes « graves ». La difficulté reste que l'on ne sait pas ce qui peut être qualifié de grave ⁴⁵⁹. En effet, un acte *a priori* bénin comporte toujours

⁴⁵⁶ Art. L. 1111-2, C. santé publ.

⁴⁵⁷ Art. L. 1111-7, C. santé publ.

⁴⁵⁸ Art. L. 1111-4, C. santé publ.

⁴⁵⁹ Un éclairage a été proposé par les députés à l'occasion des débats sur la proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant. L'article 4 de cette proposition prévoit de rétablir ainsi l'article 372-1 du Code civil : « *Tout acte de l'autorité parentale, qu'il ait un caractère usuel ou important, requiert l'accord de chacun des parents lorsqu'ils exercent en commun l'autorité parentale. Cet accord n'est pas présumé pour les actes importants. Constitue un acte important l'acte qui rompt avec le passé et engage l'avenir de l'enfant ou qui touche à ses droits fondamentaux* ». Cette définition est inspirée de la jurisprudence. Elle fait référence au changement de résidence (M. KARAMANLI), à la sortie du territoire, au changement d'établissement scolaire (A. LE HOUEROU). Tout acte non important est un acte usuel (L. ROSSIGNOL). B. GERARD rappelle la liste établie par le rapport ROSENCZVEIG et se dit étonné des mesures préconisées. Ce rapport reproduit en annexe un tableau récapitulatif des actes et classe parmi les actes importants : l'autorisation d'une intervention chirurgicale, le franchissement d'une frontière, l'orientation scolaire, le redoublement, l'exercice d'une profession après 16 ans, l'orientation dans le choix de la religion de l'enfant, le mode de déplacement (mobylette, scooter), les actes touchant au droit à l'image, les vaccinations non obligatoires (J. -P. ROSENCZVEIG, D. YOUNG, F. CAPELIER. De nouveaux droits pour les enfants ? Oui... dans l'intérêt même des adultes et de la démocratie. Rapport rédigé dans le cadre Groupe de travail « De nouveaux droits pour les enfants » et des travaux préparatoires au projet de loi Famille. Rapport remis à sa demande à Mme Dominique BERTINOTTI, Ministre de la Famille le 29 janvier 2014, tableau récapitulatif, p. 197). Pour les mineurs, toute intervention chirurgicale serait un acte important. Pour les majeurs, il faut distinguer des autres les décisions « *ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée ou à l'intimité de sa vie privée* ». Seules de telles décisions nécessitent une autorisation spéciale du juge ou du conseil de famille (art. 459, al. 3 C. civ.). La référence faite aux droits fondamentaux concernant les mineurs est intéressante.

des risques ⁴⁶⁰. Sauf actes particuliers (comme la stérilisation), le Code de la santé publique n'impose pas une telle procédure.

127. **La dissociation.** — Si le mandant ne prévoit pas cette extension des pouvoirs, une mesure de protection judiciaire peut venir en complément ou en remplacement. La cohabitation entre un tuteur *ad hoc* ou un tuteur à la personne et le mandataire n'est pas forcément la meilleure solution, même si elle est envisageable et peut s'avérer utile dans certains cas d'espèce. La communication entre eux poserait notamment problème à l'égard du secret médical. En effet, le secret n'est pas opposable au tuteur, mais il le reste à l'égard des autres protecteurs, comme le curateur, qui n'a connaissance de l'état de santé de son protégé que si celui-ci veut bien lui en faire part ⁴⁶¹. Le mandant peut encore choisir de ne pas aller jusqu'à confier à son protecteur le pouvoir de consentir mais simplement celui d'être informé et consulté. Pour cela, il pourra le désigner en qualité de personne de confiance.

B. Les missions de la personne de confiance

128. Le Code de l'action sociale et des familles est muet sur la mission de la personne de confiance. Cela pourrait évoluer avec l'adoption du projet de loi relatif à l'adaptation de la société au vieillissement, tel qu'adopté par l'Assemblée nationale en première lecture le 17 septembre 2014 ⁴⁶². Ses compétences sont énoncées par le Code de la santé publique, dans le berceau duquel cette possibilité de désignation est née.

⁴⁶⁰ La vaccination illustre bien l'écart entre un acte bénin, consistant en une injection, et son effet, qui peut être de provoquer une encéphalite. Le Conseil d'État a eu à se prononcer sur les conséquences de gestes courants à caractère bénin. En cas de conséquences anormales d'une intervention en principe bénigne, il considère que celles-ci « *révèlent une faute commise dans l'organisation et le fonctionnement du service* ». (Pour un cas de vaccination obligatoire, V. CE Ass., 7 mars 1958, Secrétaire d'État à la Santé publique c/ Sieur DEJOURS, n° 38230, p. 153). Le tatouage fournit un exemple intéressant, même s'il concerne d'autres professionnels que les médecins (Art. R. 1311-2 C. santé publ.). Il a une vocation esthétique (sans toutefois accéder à la qualification d'œuvre d'art ! - CE 21 octobre 2013, n° 358183, Lebon 2013 -) et peut passer pour un acte bénin, ce qu'il n'est pas pour autant. De nombreuses complications ont été signalées : réactions allergiques dues aux métaux lourds contenus dans les pigments, complications septiques, abcès périodurax, transmission d'une hépatite B ou C, brûlures légères, neuropathies ; un cas de pneumopathie a même été relié à l'encre d'un tatouage (cas rapportés par M. GENTILI, A. DELEUZE. Tatouage et anesthésie. Le Praticien en Anesthésie Réanimation, septembre 2007, Vol. 11, p. 313).

⁴⁶¹ La commission d'accès aux documents administratifs (CADA) a estimé que le Code de la santé publique ne donnait « *aucun droit d'accès particulier au profit du curateur d'une personne faisant l'objet d'une mesure de curatelle renforcée. Dans ces conditions, le curateur ne peut prétendre exercer de plein droit le droit d'accès de sa pupille à son dossier médical. Ce n'est que si cette dernière lui a délivré un mandat exprès en ce sens que son dossier médical peut être transmis au curateur* ». CADA, Directeur du centre hospitalier de Sarrebourg, conseil 20053559, séance du 6 octobre 2005.

⁴⁶² L'art. 22 de ce projet prévoit d'insérer dans le Code de l'action sociale et des familles un article L. 311-5-1. Permettant à « *toute personne majeure* » de « *désigner une personne de confiance, qui peut être un parent, une personne*

129. Actes accessoires et décisions capitales. — Certains actes permettent de franchir les limites du mandat. Ils peuvent être pris de façon accessoire ou complémentaire. Accessoires, ils se conjugueront avec le mandat et pourront se fondre dans le même support. Complémentaires, ils pourront être pris à part, dans un autre document, et pourront confier une mission à une personne autre que le mandataire de protection future. Ces actes sont une possibilité offerte de créer des normes externes au mandat afin d’orienter l’action du protecteur et de donner des indications aux soignants. Ils sont l’expression de droits récents, affirmés par la loi du 4 mars 2002, mais construits bien en amont par la pratique. Ces droits des patients sont une déclinaison du droit des personnes ⁴⁶³.

L’absence d’acte n’empêche pas le respect de la volonté des malades ⁴⁶⁴, mais les moyens réduits des établissements de santé n’offrent hélas pas toujours la possibilité de faire le point collégalement sur la conduite à tenir, dans le respect des souhaits exprès ou tacites du patient. Il est important que sa volonté soit extériorisée par avance. La personne peut, par des instruments juridiques, transmettre des informations la concernant. Cette transmission peut surtout être l’occasion d’envisager un devenir qui, tout en s’imposant avec force, ne peut être tout à fait maîtrisé.

La cristallisation de la volonté dans un acte juridique est le moyen de demeurer présent dans le processus décisionnel de soins et de prendre certaines garanties, contre les tiers ou contre soi-même. Pour cela, on peut recourir à la désignation d’une personne (a) ou à la formalisation de directives (b).

entretenant avec elle des liens étroits et stables, le médecin traitant ou la personne de confiance mentionnée à l'article L. 1111-6 du Code de la santé publique et qui est chargée, si la personne majeure le souhaite, de l'accompagner dans ses démarches et de l'aider dans ses décisions relatives à sa prise en charge. La personne de confiance est consultée au cas où la personne intéressée rencontre des difficultés dans la connaissance et la compréhension de ses droits ». Il s’agit d’une transposition des dispositions connues du domaine médical. Il n’y aurait pas lieu à application de cette disposition en présence d’une mesure de protection judiciaire prévoyant l’assistance ou la représentation par le protecteur pour les décisions personnelles. Le cumul serait possible avec le mandat de protection future. En revanche, en cas de mandat et de mesure judiciaire complémentaire, le mandataire serait exclu par le protecteur désigné par le juge en cas de pouvoir en matière personnelle.

⁴⁶³ « *Les droits des patients ne sont jamais qu’une adaptation de la question générale du droit des personnes dans la structure particulière de l’établissement de santé et dans le contexte de la confrontation avec la maladie* ». G. DEVERS, Une approche des droits des patients, le point de vue de l’avocat, *Droit Déontologie & Soins* n° 9, 2009, p. 500. Article issu d’une communication présentée dans le cadre d’un colloque organisé par le Centre hospitalier intercommunal du pays de Cognac, le 23 janvier 2009, à l’initiative de Jérôme EGGERS, directeur des soins, dont le thème était les droits des patients. Disponible en ligne sur www.sciencedirect.com (Consulté le 5 mai 2015).

⁴⁶⁴ N. VESCOVALI, En quoi la procédure collégiale de prise de décision de fin de vie en soins palliatifs sur les lieux de vie des malades est-elle une démarche pertinente ? Mémoire, Master recherche en éthique médicale, Université René Descartes, Paris V, 2008. V. Annexes, Observation n° 2, p. 1. Disponible en ligne sur : http://www.ethique.sorbonne-paris-cite.fr/sites/default/files/m2_vescovali.pdf (Accès libre. Consulté le 5 mai 2015).

1. La désignation d'une personne

130. Un droit du patient. — *« Toute personne majeure peut désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant, et qui sera consultée au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin »*⁴⁶⁵. Cette désignation est proposée par la loi en complément du mandat de protection future⁴⁶⁶. Le mandat de protection future tel qu'il est organisé par le modèle prévoit une rubrique permettant de déclarer que le *« mandataire exercera les missions que le Code de la santé publique et le Code de l'action sociale et des familles confient à la personne de confiance »*. De façon plus générale, le mandant garde la capacité de désigner valablement une personne de confiance. En effet, la limite qui vise le majeur sous tutelle ne l'atteint pas, puisqu'il confie une mission traditionnellement dévolue au tuteur sans pour autant être placé sous tutelle. Le principe de la préservation de sa capacité est très fort et a été affirmé et confirmé à de nombreuses reprises.

C'est là un atout du mandat de protection future par rapport à la tutelle. Il est néanmoins pertinent de se demander pourquoi les dispositions relatives à la désignation d'une personne de confiance demeurent inapplicables *« lorsqu'une mesure de tutelle est ordonnée »*⁴⁶⁷. Depuis la réforme de mars 2007, deux raisons militent en effet pour que le majeur sous tutelle ne soit plus empêché de désigner une personne de confiance. La première est qu'il prend seul, comme le majeur sous curatelle, les décisions relatives à sa personne⁴⁶⁸ ; la seconde, plus pragmatique, est que cette désignation a des vertus que la tutelle n'a pas. En effet, la personne de confiance ne doit justifier que de sa désignation, ce qui n'est pas le cas du tuteur. Juridiquement, seule une lecture attentive du jugement permet de connaître les pouvoirs d'un tuteur. Or, il est rare que du temps puisse être pris pour lire et interpréter cette décision avant

⁴⁶⁵ Art. L. 1111-6, CSP.

⁴⁶⁶ Art. 479, al. 2, C. civ.

⁴⁶⁷ Art. L1111-6, C. santé publ.

⁴⁶⁸ Les textes du Code civil et du Code de la santé publique ne devraient pas être opposés mais conciliés en vue d'une meilleure protection et non en vue d'un plus large pouvoir du tuteur. J. MASSIP, Règles applicables aux actes personnels et médicaux concernant une personne en tutelle. *Defrénois*, 15 avril 2010 n° 7, p. 870 : *« le Code civil n'énonce nulle part que le tuteur peut accomplir à la place de son protégé les actes personnels et médicaux courants »*. A. BATTEUR, Recherche d'une articulation entre le Code de la santé publique et le Code civil : un défi à relever en faveur des personnes vulnérables, *Dr. Famille*, n° 2, février 2011, dossier 5 : *« la première proposition qu'il nous semble raisonnable d'exclure est celle qui repose sur l'idée que le Code civil n'a pas à être appliqué lorsque se pose une question de santé du majeur (...) La solution qui y est retenue doit alors l'emporter sur le Code civil : autrement dit, même si l'état de la personne lui permet d'agir seule, il faut faire intervenir l'organe de protection suivant les seules modalités mises en place dans le Code de la santé publique ; même si l'acte ne porte pas gravement atteinte à l'intégrité corporelle du majeur protégé, dès lors que le Code de la santé publique prévoit une autorisation du juge des tutelles, celle-ci doit être demandée »*.

de pouvoir discuter de la situation du majeur protégé malade ⁴⁶⁹, même si une récente recommandation de la Haute Autorité de Santé préconise que le professionnel de santé vérifie la mesure de protection prise par le juge des tutelles ⁴⁷⁰. Sauf à considérer que la désignation d'une personne de confiance constitue un acte strictement personnel ⁴⁷¹, il suffirait que le protecteur veille à ce que cette désignation corresponde à l'expression d'un choix réel et ne s'oppose pas aux intérêts du protégé. Pourquoi ne choisirait-il pas celui qui sera consulté s'il ne peut plus extérioriser sa volonté ou celui qui tiendra sa main lors des rendez-vous médicaux ou des séjours à l'hôpital ? Il serait cohérent que toute personne protégée conserve la possibilité de désigner une personne de confiance⁴⁷².

- 131. La mission de la personne de confiance.** — La mission de la personne de confiance est de faire émerger la volonté, en la soutenant ou en la révélant, par la connaissance des valeurs et repères du patient. Le consentement est assisté. La personne de confiance « sera consultée au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin ». « Si le malade le souhaite, la personne de confiance l'accompagne dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions. » ⁴⁷³ Elle a donc un rôle consultatif ou un rôle d'accompagnement et d'assistance destiné à aider le malade dans ses choix ⁴⁷⁴. La personne de confiance est chargée « de présenter en son nom, ses refus de certains traitements et ses préférences thérapeutiques, au cas où elle sombrerait dans un état d'inconscience » ⁴⁷⁵. Certains textes spéciaux lui

⁴⁶⁹ A. GABRIEL, La personne de confiance dans la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades, PUAM, 2004, n° 92.

⁴⁷⁰ H. A. S., Recommandation de bonne pratique, Délivrance de l'information à la personne sur son état de santé, mai 2012, p. 10 et 11.

⁴⁷¹ L. CIMAR, Considérations juridiques sur l'expression de la volonté en fin de vie, Médecine & Droit 2012, n° 115, p. 104. Et si cette désignation devait suivre le régime des actes impliquant un consentement strictement personnel, elle serait alors permise, alors que, malgré la réforme et contrairement à son esprit, son régime demeure celui de l'interdiction pure et simple. Pourquoi ne pas éliminer le dernier alinéa de l'article L. 1111-6 du Code de la santé publique ?

⁴⁷² Ce n'est pas l'orientation prise par la proposition de loi créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie telle qu'adoptée par l'Assemblée nationale le 17 mars 2015, qui ne revient pas sur la règle posée.

⁴⁷³ Art. L. 1111-6 C. santé publ.

⁴⁷⁴ D'autres pays ont investi cet interlocuteur de pouvoirs spécifiques. La loi sur la santé (K 1 03) du Canton de Genève prévoit notamment que le représentant thérapeutique est désigné par la personne « pour prendre en son nom les décisions de soins si elle venait à perdre le discernement » (Art. 47, 2 Choix libre et éclairé – Directives anticipées – Principes).

⁴⁷⁵ J. LEONETTI, Rapport fait au nom de la mission d'information sur l'accompagnement de la fin de vie, Paris, Assemblée nationale, 2004, n° 1708, p. 123. D'autres documents parlementaires évoquent cette mission de porte-parole. V. G. DERIOT, Rapport fait au nom de la Commission des Affaires sociales sur la proposition de loi, adoptée par l'assemblée nationale, relative aux droits des malades et à la fin de vie,

confient un rôle différent, plus important, puisque les termes de « *consentement* », et même d'« *autorisation* » sont notamment employés en matière de recherche biomédicale ⁴⁷⁶. Le rôle de la personne de confiance est différent selon que le patient est ou non capable d'exprimer sa volonté.

La notice relative au mandat sous seing privé, dans sa deuxième version, précise que, si les missions de la personne de confiance sont exercées par le mandataire, « *cela signifie qu'il sera consulté à l'occasion de tout acte médical* » quand le mandant ne sera « *plus du tout en état d'exprimer votre volonté, mais il ne donnera qu'un avis et ne pourra, en aucun cas, consentir* » à sa place. L'arrêté de 2009 ⁴⁷⁷ a donc revu l'erreur qui figurait dans la première mouture, énonçant que ces missions signifiaient que le mandataire pourrait consentir à la place du mandant à tout acte médical lorsqu'il ne serait plus du tout en état de le faire lui-même. Cette affirmation était erronée, elle est désormais corrigée.

132. Exclusion. — Une autre précision a été apportée en 2009 ⁴⁷⁸, qui vient répondre indirectement à une question posée en doctrine. La désignation en qualité de personne de confiance n'est possible, dans le cadre du mandat de protection future, « *que si le mandataire désigné est une personne physique* ».

Cette règle tranche, au moins ici, mais peut-être plus largement, une question demeurée en suspens. Il était jusque là déduit de la rédaction de l'article L. 1111-6 du Code de la santé publique, qui cite des exemples, que la personne de confiance devait être une personne physique, mais cela ne figure pas expressément dans le texte. Il est écrit que la personne de confiance « *peut être un parent, un proche ou le médecin traitant* ». Le parent peut être le père ou la mère, ou tout membre de la famille. La proximité est caractérisée par les liens affectifs : un ami, un intime peut être choisi.

Paris, Sénat, 2005, n° 281, p. 32 : « *L'article L. 1111-6 du Code de la santé publique prévoit qu'une personne majeure peut désigner une personne de son choix – parent, proche, médecin traitant pour exprimer, en son nom, ses préférences thérapeutiques, au cas où elle ne serait plus en mesure de le faire elle-même* »

⁴⁷⁶ Art. 1122-1-2. C. santé publ. : « *En cas de recherches biomédicales à mettre en œuvre dans des situations d'urgence qui ne permettent pas de recueillir le consentement préalable de la personne qui y sera soumise, le protocole présenté à l'avis du comité mentionné à l'article L. 1123-1 peut prévoir que le consentement de cette personne n'est pas recherché et que seul est sollicité celui des membres de sa famille ou celui de la personne de confiance mentionnée à l'article L. 1111-6 dans les conditions prévues à l'article L. 1122-1-1, s'ils sont présents* ».

Art. L. 1122-2 C. santé publ. : « *Lorsqu'une recherche biomédicale satisfaisant aux conditions édictées par l'article L. 1121-8 est envisagée sur une personne majeure hors d'état d'exprimer son consentement et ne faisant pas l'objet d'une mesure de protection juridique, l'autorisation est donnée par la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6, à défaut de celle-ci, par la famille, ou, à défaut, par une personne entretenant avec l'intéressé des liens étroits et stables* ».

⁴⁷⁷ Arrêté du 23 décembre 2009 relatif à la notice d'information jointe au modèle de mandat de protection future sous seing privé. JORF n° 0299 du 26 décembre 2009 page 22338.

⁴⁷⁸ Arrêté du 23 décembre 2009 précité.

Mais une personne est un être qui jouit de la personnalité juridique et l'article L. 1111-6 ne précise pas si la personne doit être physique ou morale. La désignation d'une personne morale paraissait toutefois devoir être écartée par la plupart des auteurs, la confiance impliquant selon eux que la personne désignée soit une personne physique⁴⁷⁹. Cet argument vaut de moins en moins et la désignation d'une personne morale comme mandataire de protection future confirme cette orientation. La désignation d'une personne morale en qualité de personne de confiance pourrait apporter du secours à des personnes seules qui n'ont aucune personne physique vers qui se tourner. La personne de confiance est avant tout celle sur qui l'on peut compter. La confiance n'est citée que six fois dans le Code civil⁴⁸⁰ : en matière d'autorité parentale, d'assistance éducative et de mandat de protection future. C'est donc exclusivement à propos des personnes *a priori* les plus fragiles que sont les mineurs et les majeurs protégés que ce terme est employé.

En écartant les personnes morales de cette option, l'arrêté de 2009 empêche le cumul chaque fois que le mandataire est un service mandataire judiciaire à la protection des majeurs. Le seul complément possible restera de lui confier les missions revenant au tuteur, soit un pouvoir plus important. Il n'y aura donc pas de demi-mesure.

- 133. Alternative.** — Si le mandataire est une personne physique qui se voit confier la mission revenant au tuteur, le Code de la santé publique lui reconnaît déjà une place et un rôle. Le cumul avec la désignation en qualité de personne de confiance est inutile. La loi prévoit que le mandant peut charger son mandataire de l'une ou de l'autre de ces missions, et non des deux cumulativement.

La mission de personne de confiance peut aussi être dissociée du mandat de protection future pour être confiée à une autre personne que le mandataire. Si ces organes de protection sont dissociés, le Code de la santé publique qui ne connaît pas le mandataire de protection future, même investi d'une mission de protection de la personne, fera une place privilégiée à la personne de confiance. Le domaine médical lui serait donc réservé, avec les conséquences attachées au secret.

- 134. Forme.** — Aucune forme n'est requise pour désigner une personne de confiance, il suffit d'un écrit, quel qu'il soit. Donc soit une clause du mandat opère cette désignation, soit c'est un écrit séparé qui y pourvoit. Un écrit est plein de silences. S'il est nécessaire, il ne peut suffire à une bonne information du patient quant à l'acte qu'il signe. Pourtant, cette

⁴⁷⁹ A. GABRIEL, La personne de confiance dans la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades, PUAM, 2004, n° 57 et n° 58.

⁴⁸⁰ Dans sa version en vigueur au 18 juillet 2010.

désignation devrait être l'occasion d'un dialogue entre patient et personne de confiance et entre patient et équipe soignante.

135. Durée. — Le choix fait par le patient doit être maintenu, voire renouvelé. Les soignants doivent s'assurer de l'absence de changement. Le Code de la santé publique prévoit une désignation lors de chaque hospitalisation. Le patient peut revenir sur sa décision, s'en remettre à une autre personne de confiance ou décider de mettre un terme à la mission de celle qu'il avait choisie. La désignation faite est révocable *ad nutum*. À cet égard, l'opportunité de coupler la désignation du mandataire et celle de la personne de confiance dans un seul et même acte paraît discutable. En cas de difficulté, le mandat serait en cause et le recours au juge des tutelles serait requis. La désignation par acte séparé, même si le mandataire et la personne de confiance ne font qu'un, semble préférable. C'est davantage de souplesse mais tout autant de sécurité.

136. Information. — Le ministère de la Santé s'est préoccupé en juillet 2009 de l'information relative aux droits des usagers en exposant que « *les droits sont toujours d'autant mieux respectés qu'ils sont connus de ceux qui en bénéficient. C'est dans cet esprit que la charte de la personne hospitalisée qui traite de l'ensemble des droits essentiels de l'usager dans les établissements de santé a été rédigée. Toutefois, il s'avère que l'usager recherche souvent l'information sur un seul thème. Afin de répondre à cette attente, il est paru utile de proposer aux usagers du système de santé — qu'ils soient hospitalisés ou pris en charge dans le cadre de la médecine de ville — une information spécifique sur un droit particulier qui soit à la fois complète et accessible* ». Une collection de fiches pédagogiques a donc été élaborée. Parmi les cinq premières ⁴⁸¹, figure une fiche sur la personne de confiance. La fiche est sans doute utile, mais l'information est en fait souvent réduite à la remise de documents écrits ⁴⁸², sans adaptation aux capacités de compréhension du patient et sans possibilité d'interroger l'équipe soignante sur les conséquences de la désignation ou de l'absence de désignation. En outre, l'information délivrée est parfois noyée parmi de nombreux documents d'admission.

⁴⁸¹ Ces cinq premières fiches sont : les règles d'accessibilité aux informations de santé à caractère personnel ; l'instruction des plaintes ou des réclamations et la commission des relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge ; les directives anticipées ; la personne de confiance ; le congé de représentation. Elles sont disponibles sur : <http://www.sante-sports.gouv.fr/dossiers/sante/usagers-du-systeme-sante/collection-editoriale/fiches-informatives-droits-usagers.html> (consultation le 19 juillet 2010).

⁴⁸² Livret d'accueil et formulaire de désignation.

2. La formalisation de directives

- 137. Volonté anticipée.** — Le mandant peut prévoir que son état ne lui permettra plus de prendre aucune décision en matière personnelle. Il peut alors exprimer par avance certains souhaits précis, relativement à son lieu de vie, comme le choix anticipé d'un établissement d'hébergement. Ce choix anticipé guidera le mandataire et légitimera son action, spécialement lors d'une entrée en maison de retraite. Il peut aussi exprimer par avance son acceptation ou son refus de certains soins. Sur ce point, il existe un instrument juridique spécifique : les directives de fin de vie, dites directives anticipées.
- 138. Directives anticipées.** — « *Toute personne majeure peut rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté. Ces directives anticipées indiquent les souhaits de la personne relatifs à sa fin de vie concernant les conditions de la limitation ou l'arrêt de traitement* »⁴⁸³. Comme toute personne majeure, même protégée, le mandant peut rédiger des directives anticipées⁴⁸⁴. Il pourrait rédiger ces directives même en l'absence de mandat. Le consentement doit être lucide. C'est très certainement un acte requérant un consentement strictement personnel. Il a été suggéré qu'en cas d'ouverture d'une tutelle, le juge puisse se prononcer sur la validité des directives antérieures, en vue de les maintenir ou de les écarter.

⁴⁸³ L. 1111-11 C. santé publ., créé par Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 :

⁴⁸⁴ Aujourd'hui, l'article L. 1111-1 du Code de la santé publique ouvre les directives anticipées à toute personne majeure, sans aucune exclusion. De récentes propositions de lois, qui tendent pourtant à faire une plus grande place à la volonté en fin de vie, viennent paradoxalement restreindre cet accès aux seules personnes majeures et capables. (Proposition de loi visant à assurer aux patients en fin de vie le droit de mourir dans la dignité, Doc. Assemblée nationale 13 juin 2013, n° 1140 ; Proposition de loi relative à l'assistance médicalisée pour mourir. Doc. Sénat 5 juin 2013, n° 629 et surtout proposition de loi créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, adoptée par l'Assemblée nationale le 17 mars 2015 (texte adopté n° 486)). Outre qu'il est étonnant de réduire l'espace de liberté quand on veut l'étendre, cela est contraire à la lettre comme à l'esprit de la réforme de la protection des majeurs. Les remarques faites *supra*, à l'égard de l'exclusion de la personne sous tutelle de la désignation d'une personne de confiance peuvent être faites ici. Ces questions si personnelles appellent plus que jamais l'expression de la volonté de la personne. Les directives sont un moyen de limiter les déchirements familiaux et d'empêcher une prise de pouvoir du juge qui peut être considérée comme illégitime. I. CORPART, Valse-hésitation entre les médecins et les juges face à l'interruption des suppléances vitales. *RJPF*, n° 3, mars 2014. D. BROUSSOLLE, L'aide à la mort. À qui de dire le droit ? *JCP G*, 2014. 552. Sur ces questions, voir les décisions successives rendues sur requête de la famille de Vincent Lambert, dont la situation a été fortement médiatisée : TA Châlons-en-Champagne, ord. réf., 11 mai 2013, n° 1300740, *Juris-Data* n° 2013-009426 ; TA Châlons-en-Champagne, ord. réf., 16 janvier 2014, n° 140029, *Juris-Data* n° 2014-000119 ; CE, 14 février 2014, n° 375081, 375090, 375091, *JurisData* n° 2014-002723. V. aussi F. VIALLA, *Perinde ac cadaver*, *JCP G*, 2014. 150. Avec d'autres, cet auteur estime que le juge ne se substitue pas au médecin mais exerce seulement un contrôle sur la légalité de la décision. La décision peut être abordée sous l'angle procédural ou sous celui de la conciliation des droits (droit à la vie contre refus de l'acharnement thérapeutique).

Il n'y aura pas de contrôle en matière de mandat de protection future. Il faut donc conclure à leur maintien.

139. Contenu. — Dès lors que le consentement ou le refus de soins est lucide et éclairé, il peut aussi être anticipé. Les directives permettront notamment d'éviter le recours à certaines pratiques ou d'obtenir le recours à d'autres. C'est en tout cas leur finalité première pour le patient.

Un médecin de l'université de Harvard ⁴⁸⁵, le docteur Susan MITCHELL expose que « 34 % des patients, parvenus au stade ultime d'une maladie d'Alzheimer (ou d'autres démences), sont systématiquement placés sous alimentation artificielle parce que la pose d'une sonde est moins onéreuse et occupe moins de personnel qu'une alimentation manuelle à la petite cuillère ; or ce traitement invasif est essentiellement mis en place pour des personnes n'ayant laissé aucune directive anticipée » ⁴⁸⁶. Une récente étude publiée par le *Journal of the American Medical Association* ⁴⁸⁷ a mis à jour que de telles pratiques pouvaient avoir lieu, même en présence de souhaits exprimés par écrit ⁴⁸⁸. Mieux vaut tout de même rédiger des directives, à condition qu'elles soient suffisamment précises pour être exploitables par le corps médical. On peut regretter que « le décret [décret n° 2006-119 du 6 février 2006 relatif aux « directives anticipées »] n'apporte pas de précisions quant au contenu des directives fixé par la loi, par souci d'éviter des directives stéréotypées. Il semble qu'un médecin sera davantage enclin à considérer comme l'expression d'une volonté antérieurement affirmée des directives anticipées, non pas de portée générale (comme par exemple un formulaire préétabli) mais, au contraire, précises et circonstanciées, en lien direct avec la situation vécue par le malade au moment où le choix des conditions de fin de vie advient » ⁴⁸⁹.

À trop vouloir éviter de donner des directives pour formuler les directives, on a laissé la place à l'élaboration de formulaires. Certains ne prévoient qu'un intitulé (« mes directives anticipées ») suivi des mentions « je soussigné(e) », « né(e) le » « à », « adresse », « énonce ci-dessous mes

⁴⁸⁵ Citée par J. LEONETTI, Rapport fait au nom de la mission d'information sur l'accompagnement de la fin de vie, Paris, Assemblée nationale, 2004, n° 1708, p. 122 s.

⁴⁸⁶ Propos également rapportés sur : <<http://www.cbsnews.com/stories/2003/07/02/health/main561453.shtml>> (Consultation le 19 juillet 2010).

⁴⁸⁷ Citée par Reuters, en ligne sur : <http://www.reuters.com/article/2010/02/10/us-feeding-tubes-idUSTRE6195RD20100210> (Consultation le 5 mai 2015).

⁴⁸⁸ *Ibid.* « In fact, Dr. Joan M. Teno of Brown University in Providence, Rhode Island, and her colleagues found that hundreds of patients who had specified, in writing, that they did not want a feeding tube received one anyhow ».

⁴⁸⁹ Question publiée au JO le 03/07/2007, page : 4786. Réponse publiée au JO le 25/09/2007, page : 5848.

directives anticipées pour le cas où je serais un jour hors d'état d'exprimer ma volonté », « fait à », « le », « signature »⁴⁹⁰.

La proposition d'un espace d'expression libre paraît insuffisante à deux titres : d'abord, elle ne renseigne pas assez précisément le praticien, qui reste décisionnaire *in fine*, ensuite elle n'éclaire pas suffisamment l'expression de la volonté du malade.

De nombreuses précisions peuvent, et sans doute doivent, être consignées. Il peut être fait mention de valeurs religieuses, de préférence pour l'intervention de tel ou tel médecin, de confiance particulière en telle ou telle personne, d'acceptation ou de refus de certains soins, de don d'organe post-mortem. Une proposition de modèle aurait une utilité, à titre d'exemple. Un accompagnement pour l'expliquer et le compléter pourrait aider à la rédaction de directives efficaces. Pour cela, des entretiens avec des membres des équipes soignantes seraient nécessaires.

Interrogé sur la loi de 2005, un monsieur de 87 ans a sans doute bien résumé les enjeux : « Cette loi, ça donne à réfléchir sur plein de choses [...] Faut être prudent dans son application, faut faire attention avec certaines personnes âgées. Quand vous allez les interroger, vous aurez l'impression qu'elles n'ont rien à dire, mais c'est juste que tout le monde n'arrive pas à s'exprimer comme je le fais. Vous, en tant que psychologue, vous devez les amener à une réflexion personnelle. Il faut leur donner une écoute, les entendre, les aider à penser tout ça. C'est certain, cette loi, il y a beaucoup de réticences, moi ça m'effraie, je n'y suis pas favorable, mais ça ouvre sur plein de choses. Il y a plein de choses à penser encore à partir de tout ça... »⁴⁹¹

140. Péremption et mandat. — Les directives pourraient être incluses dans le mandat conclu pour soi, mais alors se pose la question de leur péremption. En effet, il n'y a pas de coïncidence de durée entre ces actes. Le mandat est un contrat à durée indéterminée, tandis que les directives ont une durée de validité de trois ans. Sans doute est-il préférable d'indiquer dans le mandat de protection future que le mandant a rédigé des directives et, éventuellement, que le mandataire en est dépositaire.

141. Portée. — L'article 9 de la Convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine du 4 avril 1997 dispose que : « *Les souhaits précédemment exprimés au sujet d'une intervention médicale par un patient qui, au moment de l'intervention, n'est pas en état d'exprimer sa volonté, seront pris en compte.*

⁴⁹⁰ Tel est notamment le formulaire proposé par la Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés (Cnamts). Disponible en ligne sur http://www.ameli.fr/fileadmin/user_upload/documents/Formulaire_directives_anticipees.pdf (consultation le 5 mai 2015).

⁴⁹¹ Propos transcrits par L. MOLLI, B. CADEC, M. MYLINSKI, Les directives anticipées et la personne de confiance en gériatrie : de l'émergence de mouvements défensifs à une possibilité d'élaboration psychique sur le vieillissement et la mort proche pour le sujet âgé et sa famille, *Pratiques psychologiques* n° 13, 2007, p. 137-151

» C'est ainsi que le droit français l'entend : « *tenir compte* », dit la loi. Cela ne donne pas une valeur contraignante, mais seulement une valeur indicative, consultative, aux directives, qui priment tout de même les avis exprimés par l'entourage. Le mandataire ou la personne de confiance pourront les conserver, avoir un rôle de gardiens et peut-être de garants. Ce qui est regrettable, c'est que, comme pour la désignation de la personne de confiance, le malade est laissé seul avec une documentation fournie, donc standardisée et souvent totalement inadaptée ou inefficace.

Par ces actes juridiques, la volonté du patient peut être enregistrée et valoir contre la volonté d'autrui, voire contre la volonté future du patient lui-même. Ainsi, sa volonté figée à un instant donné pourra s'imposer à sa volonté nouvelle mais, peut-être, devenue irrationnelle. C'est ce qu'un centre de bioéthique américain ⁴⁹² a nommé contrat d'Ulysse ⁴⁹³, avant que cette appellation soit reprise cinq ans plus tard à propos des malades psychiatriques et de leur aptitude à consentir aux soins. Les périodes d'inter crise sont l'occasion de prendre des dispositions. Bien que des personnes ou des documents soient consultés, c'est toujours au médecin que revient la mission de trancher. Il faut déplorer un manque d'information sur ces dispositifs qui inspirent spontanément des réactions de défense ⁴⁹⁴. L'information préalable est insignifiante. La valeur juridique de la volonté anticipée en matière personnelle est faible, et elle ne peut qu'être faible ⁴⁹⁵. Les demandes sont rarement précises. Il faut immanquablement les « contextualiser ». Mieux vaudrait « procéduraliser » en informant, en

⁴⁹² Hastings centers, 1982. Cité par M. -L. BOURGEOIS, *Manie et dépression : comprendre et soigner les troubles bipolaires*, Paris, Odile Jacob, 2007, p. 123 s.

⁴⁹³ L'origine de ce contrat est à rechercher dans l'Odyssée d'HOMERE (Livre XII), où Circé conseille Ulysse pour le protéger du charme des Sirènes. Il lui dit qu'il pourra les écouter, mais à la seule condition de se laisser par avance attacher les pieds et les mains au mât de son navire et de donner ordre à ses guerriers de ne pas le délier même s'il les en implore.

⁴⁹⁴ M. -L. BOURGEOIS, *loc. cit.* : « *Outre les nombreuses craintes concrètes exprimées et les problèmes soulevés (problèmes d'information et de compréhension concernant la loi actuelle), la rédaction de directives anticipées et la désignation d'une personne de confiance font naître chez la personne âgée des mouvements défensifs divers, signes d'un travail du négatif, d'un travail du non, à la vieillesse, à la mort* ».

⁴⁹⁵ Pour autant, ce n'est pas la voie suivie par des pays voisins, notamment la Suisse. V. SENAT. Les droits du malade en fin de vie. LC n° 139, 2004 : « *En Suisse, les directives médico-éthiques de l'Académie suisse des sciences médicales affirment l'obligation du médecin de tenir compte des directives anticipées, en particulier lorsqu'elles sont récentes et formulées clairement, et qu'aucun indice ne laisse supposer que l'intéressé a changé d'avis. De plus, comme la santé publique relève de la compétence des cantons, dans plusieurs cantons, surtout en Suisse romande, la loi sur la santé publique affirme la force obligatoire des directives anticipées. Le projet de loi portant révision des articles du Code civil relatifs à la tutelle, actuellement en cours d'élaboration, vise à ancrer dans la législation fédérale la pratique des directives anticipées, dont la valeur juridique, identique dans tous les cantons, dépendrait du degré de précision* ». Selon la loi sur la santé du Canton de Genève (K 1 03), le principe est que « *le professionnel de la santé doit respecter la volonté que le patient a exprimée dans des directives anticipées, pour autant que ce dernier se trouve dans une situation qu'elles prévoient* » (Art. 48 Choix libre et éclairé – Directives anticipées - Effets).

vérifiant la qualité du consentement ou du refus exprimé, en accompagnement, en aidant à l'expression ⁴⁹⁶, par un questionnaire détaillé ou une écoute spécialisée. Cela permettrait de mesurer la faculté de comprendre et de décider du patient, de faire produire à cette volonté un effet plus vigoureux, sans pour autant occulter la possibilité de pressions de l'entourage.

En tout cas, une fois les directives écrites et rendues accessibles, il faut encore veiller à leur respect effectif. Cette mission peut assurément revenir au mandataire de protection future. C'est une mission exigeante et trop souvent délaissée, faute de moyens par certains mandataires professionnels, particulièrement les services. Le contrat peut donc permettre d'éviter certains écueils, à condition d'être vraiment voulu, compris, bien rédigé et, surtout, exécuté selon ce qui a été déterminé ou ce qui est déterminable.

L'absence de contrôle fait peur. Si le mandataire est défaillant, la protection du mandant risque fort de rester lettre morte. La désignation anticipée du curateur ou du tuteur peut sembler tentante. Cette solution offre *a priori* moins de formalisation des choix, mais une plus grande sécurité. Au choix du protecteur, la loi pourrait ajouter la formalisation des vœux, la prise de dispositions par acte notarié, et assurer la publicité de cette volonté ainsi exprimée par avance. C'est le choix proposé par l'article 223 du Code civil espagnol, qui ouvre la voie d'une « autotutelle », donnant valeur juridique à toutes dispositions relatives à la personne ou aux biens. Il faut tenir compte du fait que les magistrats sont débordés et que le contrôle espéré risque d'être insatisfaisant ⁴⁹⁷.

Les dispositifs permettant d'organiser et d'anticiper sa protection dans le domaine médical demeurent largement méconnus plusieurs années après leur introduction en droit français.

⁴⁹⁶ *Ibid.* Après admission de l'utilité d'un acte de prévision, il faut encore établir le contenu. À la question, posée par le psychologue, de savoir ce que les personnes souhaiteraient exprimer dans leurs directives anticipées, il a notamment été répondu : « Je... je ne sais pas, je... je n'ai pas d'avis sur la question [...] Je n'ai jamais pensé, je ne vois pas... Je ne vois pas grand-chose à dire [...] Vraiment je ne sais pas. Je ne peux pas. On ne pense pas à ce genre de fin, euh, à ce genre de choses je veux dire [...] On ne parle pas de ça ! C'est l'affaire d'un moment, ça ne va pas plus loin ! On n'y pense pas du tout ». (Mme P., 92 ans) ou... : « Si je suis perdu, quels seraient mes souhaits... Et bien je ne voudrais pas de légumes moulins ! ». (M. L., 90 ans). « Par le recours à l'humour, le principe de plaisir trouve moyen de s'affirmer en dépit des réalités, repoussant ainsi la perspective de la mort ».

⁴⁹⁷ F. FRESNEL, La fiducie et les personnes vulnérables, LPA, 2005, n° 42, p. 8 : « Les tribunaux d'instance qui traitent déjà au moins 600. 000 mesures de protection (dixit le garde des Sceaux dans son discours du 15 mai 2004, repris le 9 décembre 2004) vont être submergés par des demandes de mesure de protection. Déjà le ministre de la Justice en a fait la démonstration en soulignant que la totalité des heures consacrées par les juges des tutelles à ces justiciables pouvaient être chiffrée sur le territoire national à 80 magistrats/ temps plein, qui divisé par le nombre de jours ouvrables (200) et par le nombre d'heures de travail par jour permet à chaque justiciable de savoir ce que le magistrat peut avoir consacré à son dossier (en moyenne, ce qui se révèle faux puisque certains dossiers nécessitent des heures de travail pour les magistrats en sorte que d'autres dorment pendant des années). Moyenne annuelle : 600. 000 dossiers : 80 juges des tutelles = 7. 500 dossiers par juge. 7. 500 dossiers : 200 jours = 37, 5 dossier par jour. 37, 5 dossiers : 8 heures de travail quotidien = 4 minutes trente secondes par an, par dossier et par magistrat. Rapporté au chiffre actuel de 800. 000 à 850. 000 dossiers, le temps consacré est donc, environ, de trois minutes et vingt secondes ».

La Commission de réflexion sur la fin de vie en France a proposé de « réaliser régulièrement une campagne d'information majeure auprès des citoyens, des médecins et des soignants sur l'importance des directives anticipées, la qualité de leur rédaction et l'effectivité de leur usage ; et sur la possibilité de désigner une personne de confiance et sur le rôle qui peut lui être confié » ⁴⁹⁸.

142. Conclusion du Chapitre II. — Le mandat de protection future permet de confier à un tiers une mission de protection de la personne, pour soi ou pour son enfant. Il permet d'enregistrer certains souhaits. Les aménagements contractuels du mandat de protection future s'imposent au mandataire comme le guide de son intervention. L'espace de liberté apparaît d'abord comme résiduel mais, ce qui distingue le mandat d'une mesure judiciaire, c'est la possibilité d'exprimer des souhaits précis, d'exercer un droit de prévoir. Le cadre légal opère comme des conditions générales imposées tandis que les aménagements contractuels vont équivaloir à des conditions particulières, spécialement adaptées, individualisées par avance.

La protection de la personne laisse peu de place aux aménagements contractuels relatifs aux pouvoirs du mandant. Ce régime monolithique imposé au mandant contraste à première vue avec la gamme de possibilités qui s'offre à lui en matière patrimoniale, dans un cadre qui reste cependant dominé par la loi. L'objet du mandat de protection future peut être la protection du patrimoine, cette protection se conjuguant ou non avec la protection de la personne ⁴⁹⁹. Quoi qu'il en soit, la frontière entre la protection personnelle et la protection patrimoniale ne peut être conçue comme étanche.

143. Conclusion du Titre I. — Le mandat de protection future présente des spécificités et des points d'achoppement. Ses spécificités font de lui un contrat solennel, encadré, contrôlé et modifiable. Ces caractères s'expliquent par la faiblesse de l'une des parties et par la finalité qu'elles déclarent poursuivre. Le cumul de ces caractères paraît éloigner le mandat du contrat de droit commun. Ses points d'achoppement ⁵⁰⁰ font parfois douter de l'efficacité de sa fonction protectrice. En l'état du Droit, la « double illusion » dénoncée par la doctrine ⁵⁰¹ risque bien de provoquer de grandes déceptions. L'organisation privée de la protection par le

⁴⁹⁸ D. SICARD, Penser solidairement la fin de vie. Rapport au président de la République française, 18 décembre 2012.

⁴⁹⁹ N. COUZIGOU-SUHAS, *Deffrénois*, 2006. 663 : « L'objet du mandat peut être dissocié et le rester ».

⁵⁰⁰ Absence d'homologation, de publicité, concurrence entre les pouvoirs du mandataire et la capacité maintenue du bénéficiaire, risques de conflits entre plusieurs protecteurs.

⁵⁰¹ D. FENOUILLET, Le mandat de protection future ou la double illusion, *Deffrénois*, 30 janvier 2009, n° 2, p. 142, n° 38882.

contrat n'est pas exclue, à condition d'accepter de considérer la réalité, en proposant une redéfinition des termes qui la définissent et d'éliminer les risques déjà perceptibles. Sous ces réserves, le contrat pourrait permettre une individualisation maximale de la protection par la construction de montages complexes, à la croisée des solutions patrimoniales et personnelles, en combinant mandat, désignation d'une personne de confiance et fiducie ⁵⁰². Il peut aussi constituer une riposte aux réponses appauvries des solutions publiques, souffrant de rationalisation budgétaire et du monopole des associations tutélaires absorbant les nouveaux modèles gestionnaires.

⁵⁰² La perspective d'une habilitation intrafamiliale se dessine également. Elle pourrait venir, avec le mandat de protection, compléter l'offre alternative à l'ouverture d'une mesure de protection judiciaire. Elle opèrerait comme une représentation générale ou limitée à certains actes ou catégories d'actes serait ouverte aux « *membres proches de la famille d'un majeur hors d'état de manifester sa volonté* ». Cette solution a été proposée par le gouvernement (Projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures. Doc. Sénat 27 novembre 2013, n° 175) et défendue par le rapport DELMAS-GOYON (P. DELMAS-GOYON. « Le juge du 21^e siècle ». Un citoyen acteur, une équipe de justice. Rapport à Mme la garde des sceaux, ministre de la justice, décembre 2013). L'Association Nationale des Juges d'Instance (ANJI) a proposé, dans un message adressé à la Chancellerie le 24 juillet 2013 de limiter cette habilitation aux seuls descendants et à un ou plusieurs actes particuliers. Cette option répond à la Recommandation n° R (99) 4 du comité des ministres du Conseil de l'Europe insiste sur la nécessité et la subsidiarité des mesures. L'ANJI estime que l'instauration de ce dispositif pourrait réduire de 15 à 20 % le nombre de dossiers de tutelle gérés par les juridictions.

TITRE II.

L'ORGANISATION PUBLIQUE DE LA PROTECTION DU MAJEUR

144. L'avènement de nouvelles figures contractuelles. — Les modèles d'organisation ont changé. L'action publique ⁵⁰³ et l'économie ⁵⁰⁴ ont été modernisées, l'action sociale ⁵⁰⁵ a été renouvelée et la protection des majeurs ⁵⁰⁶ réformée. La sémantique du contrôle a également évolué. Les termes de projet, de participation, de partenariat, de réseau, de mission, d'acteur, d'évaluation se sont substitués à ceux qui évoquaient le travail, la subordination et la contrainte. Cette *novlangue* est décrite par des juristes ⁵⁰⁷, analysée par des consultants en entreprise ⁵⁰⁸ et raillée par les militants de l'éducation populaire ⁵⁰⁹. Le contrôle social s'exerce désormais avec l'adhésion des usagers. L'action prend appui sur les compétences, les capacités de chacun, pour déployer les potentiels et guider vers l'autonomie. Ce n'est plus la loi, norme extérieure, qui commande directement la conduite, c'est le contrat, norme intériorisée, qui vient veiller au respect de la loi. Ce mouvement de contractualisation, qui a débuté dans les années 1960, repose sur l'idée qu'une norme négociée est plus facilement acceptée. Il s'est d'abord répandu dans les relations entre l'État et les administrations, puis entre l'État et ses partenaires, jusqu'à atteindre ses rapports avec les citoyens, faisant du contrat un outil d'assujettissement, de responsabilisation, d'intégration, voire de protection ⁵¹⁰. Avec la loi de 2007, ce mouvement s'étend au domaine de la protection juridique des majeurs par la mesure d'accompagnement social personnalisé et le document individuel de protection.

145. L'usage du contrat dans la mission sociale de protection des majeurs. — Depuis la fin des années 1970, le contrat occupe dans l'organisation publique de la protection des adultes une part croissante parmi les techniques d'intervention mises à disposition de l'action sociale. La loi du 5 mars 2007 prend acte de ce mouvement spontané de contractualisation de l'exécution de missions d'utilité sociale en ouvrant deux voies. La première est la création d'un accompagnement en matière sociale et budgétaire, qui est une forme d'action sociale ;

⁵⁰³ Loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, cherchant à raviver l'esprit de la décentralisation entreprise dans les années 1980.

⁵⁰⁴ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

⁵⁰⁵ Loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale.

⁵⁰⁶ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.

⁵⁰⁷ P. LEGENDRE (Dir.), *Tour du monde des concepts*, Fayard,

⁵⁰⁸ N. DUPUIS-HEPNER, G. LE GENDRE, *Re-penser, co-crée ou la fin du management standardisé*, *Les Échos*, 28 mai 2014.

⁵⁰⁹ V. sur ce sujet la prestation de F. LEPAGE, militant de l'éducation populaire, <http://www.dailymotion.com/video/x9wwg5_franck-lepage-langue-de-bois_fun> (Consulté le 9 juillet 2014).

⁵¹⁰ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011 (Thémis), p. 450 et s. ;

la seconde est la constitution d'une profession nouvelle, issue de la fusion de divers statuts d'intervenants tutélaires. L'action sociale est une compétence disponible exercée par le département. Elle se traduit par la mesure d'accompagnement social personnalisé (MASP). Quant à la profession nouvelle, il s'agit du corps des mandataires judiciaires à la protection des majeurs (MJPM) ⁵¹¹. La contractualisation s'opère d'une part en faisant de la mesure d'accompagnement un contrat et, d'autre part, en rattachant les mandataires aux professions et activités sociales, ce qui les soumet mécaniquement aux règles relatives aux droits reconnus aux usagers en 2002 ⁵¹². Parmi ceux-ci, figurent le droit de l'usager à une prise en charge individualisée respectant leur consentement éclairé et le droit de participer à la conception et à la mise en œuvre de leur projet d'accompagnement ⁵¹³. Ce droit est formalisé par un document génériquement dénommé « contrat de séjour » et décliné sous la forme d'un document individuel de protection des majeurs.

L'organisation publique de la protection des adultes vulnérables s'articule donc autour de deux actes juridiques à coloration contractuelle, qui sont utilisés comme un support du projet de protection (Chapitre I) et qui se présentent comme une expression du contrat pédagogique (Chapitre II).

⁵¹¹ La réforme de la protection des majeurs a regroupé les professionnels exerçant des mesures de protection sous l'appellation unique de mandataire judiciaire à la protection des majeurs. Les mandataires sont ceux qui « *exercent à titre habituel les mesures de protection des majeurs* ». En cela, ils participent à l'administration de la justice et sont des auxiliaires de justice (Bien que ne figurant pas sur les listes établies par le ministère de la Justice - Cf. Les chiffres-clefs de la Justice. Ministère de la Justice et des Libertés, Sous-direction de la Statistique et des Études, 2011 -, les MJPM répondent à leurs critères de qualification. V. L. RASCHEL, Qu'est-ce qu'un auxiliaire de justice ? Colloque Université de Caen, 19 octobre 2012). Cette activité n'a pas été créée par la réforme mais reconnue par elle. Ses conditions d'exercice ont été harmonisées par des dispositions figurant dans le Code de l'action sociale et des familles. En faisant son entrée dans ce Code, elle est devenue une activité sociale parmi d'autres et les associations tutélaires ont vu confirmer leur appartenance à la catégorie des établissements et services sociaux et médico-sociaux, placés, aventureusement, sous une double autorité : judiciaire pour l'exercice des mesures et administrative pour son autorisation et, surtout, pour son financement. V. J. -C. LAPOUBLE, Une nouvelle profession réglementée : les mandataires judiciaires à la protection des majeurs, Droit Administratif n° 10, octobre 2009, étude 18. La qualification est discutée : Cf. contre cette qualification : G. RAOUL-CORMEIL, Le statut de MJPM, vers une profession réglementée, Colloque EHESP, Université de Rennes, FHF. Paris, 14 et 15 juin 2012 et, ni pour ni contre, bien au contraire... : M. COUTURIER, Qu'est-ce qu'une profession réglementée ? Colloque Caen, 19 octobre 2012.

⁵¹² Par la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale.

⁵¹³ Art. L. 311-3 CASF.

CHAPITRE I.

UN SUPPORT DU PROJET DE PROTECTION

146. Deux actes à coloration contractuelle sont désormais utilisés par le dispositif public de protection des majeurs. Ils poursuivent des finalités différentes, selon des méthodes qui peuvent être distinguées. Ces actes ont en commun une dimension pédagogique. Néanmoins, le premier relève davantage de la pédagogie par objectif et le second de la pédagogie de l'accompagnement. D'une part, la pédagogie par objectif est davantage tournée vers le but à atteindre. Elle consiste à conduire le bénéficiaire à faire face seul à ses difficultés au terme d'un processus. On veut le conduire à adopter un comportement nouveau ⁵¹⁴. D'autre part, la pédagogie de l'accompagnement crée une relation plus centrée sur une méthode que sur un but ⁵¹⁵. On aide le bénéficiaire à définir des choix, à élaborer et assumer ses réponses. Tel est l'esprit de la réforme de 2007 : favoriser l'autonomie de la personne protégée. Le premier de ces actes juridiques, instrument de gestion directe, est le support de la mesure d'accompagnement social personnalisé (Section I), tandis que l'autre, instrument d'équilibre et de surveillance, prend la forme d'un document individuel de protection (Section II).

⁵¹⁴ V. p. ex. J. ARDOINO, Pédagogie de projet ou projet éducatif, *Pour*, n°94, 1984; M. BRU, L. NOT (Dir.), Où va la pédagogie du projet ?, Toulouse, Editions Universitaires du Sud, 1987.

⁵¹⁵ V. p. ex. M. PAUL, L'accompagnement dans le champ professionnel, *Savoirs*, 2/2009, n° 20, p. 11.

SECTION I.

LA FIGURE CONTRACTUELLE, INSTRUMENT DE GESTION DIRECTE : LA MESURE D'ACCOMPAGNEMENT SOCIAL PERSONNALISE

147. Une loi de 1966 ⁵¹⁶ a créé, à partir du modèle de la tutelle aux allocations familiales destinée à protéger les enfants, une tutelle aux prestations sociales applicable aux majeurs. Comme l'indiquait son intitulé, cette tutelle, à entendre comme une institution de contrôle, ne visait que les prestations sociales ⁵¹⁷. Sans créer d'incapacité juridique, elle permettait au juge des tutelles de verser à un tiers agréé les sommes à percevoir, si leur bénéficiaire ne les utilisait pas dans son intérêt ou, si, en raison de son état mental ou de sa déficience physique, celui-ci vivait dans des conditions ⁵¹⁸ manifestement defectueuses. Le but d'une telle mesure était l'exercice « *d'une action éducative en vue de la réadaptation des intéressés à une existence normale* » ⁵¹⁹. L'objectif de ces mesures décidées par le juge mais exercées par des travailleurs sociaux induisait une forte coopération entre le tuteur et le majeur, une relation d'aide excluant la passivité du bénéficiaire. Son adhésion était d'abord recherchée par les magistrats, avant de l'être par les tuteurs. Ce mouvement de contractualisation qui s'est notamment traduit dans les dispositions relatives au revenu minimum d'insertion s'est ensuite poursuivi ⁵²⁰. La loi du 5 mars 2007 a complété le livre II du Code de l'action sociale et des familles, relatif aux « *différentes formes d'aide et d'action sociale* », en lui ajoutant un titre VII intitulé « *accompagnement de la personne en matière sociale et budgétaire* ». Ce titre comprend un chapitre unique portant sur la mesure d'accompagnement social personnalisé ⁵²¹. Cette dernière « *prend la forme d'un contrat* » ⁵²² conclu pour six mois à deux ans et modifiable par avenant. La tutelle aux prestations sociales instaurée en 1966 a été abandonnée en raison de l'évolution de la société, mais aussi et surtout en raison de l'évolution des techniques d'intervention sociale. Pour adapter la

⁵¹⁶ Loi n° 66-774 du 18 octobre 1966 et décret d'application n° 69-399 du 25 avril 1969. Leurs dispositions figuraient alors dans le Code de la sécurité sociale.

⁵¹⁷ Pas toutes. La loi en avait dressé une liste limitative.

⁵¹⁸ Alimentation, logement et hygiène.

⁵¹⁹ Anc. art. R. 167-28, al. 2 CSS.

⁵²⁰ L'article 31 de la Loi du 1er décembre 1988 recherche le consentement au suivi et à la gestion par un tiers.

⁵²¹ Les dispositions réglementaires sont issues des décrets 2008-1506 du 30 décembre 2008 et 2008-1498 du 22 décembre 2008.

⁵²² L. 271-1 CASF.

réponse de la collectivité aux besoins et attentes de certains publics en difficulté, la tutelle aux prestations a été scindée en deux autres mesures, dont la première, étape préalable impérative, est de nature expressément contractuelle. Seul l'échec de cette forme de prise en charge peut justifier le recours à une mesure contrainte et sous contrôle judiciaire.

La mesure d'accompagnement social personnalisé est un nouveau contrat dont les sujets (§1) et l'objet (§2) sont définis par le Code de l'action sociale et des familles.

§1. LES SUJETS DE LA MESURE

148. Selon l'article L. 271-1 du Code de l'action sociale et des familles, le contrat d'accompagnement est conclu entre, d'une part, « *toute personne majeure qui perçoit des prestations sociales et dont la santé ou la sécurité est menacée par les difficultés qu'elle éprouve à gérer ses ressources* » et, d'autre part, « *le département, représenté par le président du conseil général* ». La mesure d'accompagnement social personnalisé est donc un contrat conclu entre le bénéficiaire de prestations sociales (A) et le département (B).

A. Le bénéficiaire de prestations sociales

149. Les destinataires de la mesure d'accompagnement sont au premier chef des personnes surendettées, oisives, en voie de marginalisation ou déjà marginalisées. Chaque fois que des prestations ont été conçues, la collectivité a toujours accompagné leur versement d'un dispositif de contrôle. Les conditions pour bénéficier d'une mesure d'accompagnement social personnalisé sont de deux ordres : elles dépendent tout à la fois de la nature des ressources perçues et de leur mauvais emploi. Ainsi, les personnes éligibles à ce dispositif sont d'abord celles qui entrent dans un champ défini par la nature des ressources qu'elles perçoivent (A) et qui font, par ailleurs, de celles-ci un usage inefficace ou non conforme à leur affectation (B).

1. Le champ de la mesure défini par la nature des ressources de la personne protégée

150. Sociologiquement, les mesures d'accompagnement social personnalisé sont surtout mises en œuvre pour des personnes âgées de moins de quarante-cinq ans, isolées, de sexe féminin ⁵²³. Le champ de la mesure a fait l'objet de discussions parlementaires animées. Ce qui étonne ou inquiète, c'est la limitation de l'étendue de la mesure aux bénéficiaires de prestations sociales. Cette limitation de la protection aux seuls bénéficiaires des prestations sociales conduit à l'exclusion de personnes en difficulté (a). Les moins de 25 ans et les retraités sont de fait exclus, faute de percevoir des prestations sociales ⁵²⁴. Le choix de ne viser que des prestations sociales dévoile l'objectif de contrôle de leur emploi (b).

⁵²³ CNAPE, FNAT, UNAF, UNAPEI, Le livre blanc sur la protection juridique des majeurs, septembre 2012, p. 19.

⁵²⁴ *Ibid.* : 4 700 MASP étaient conclues en 2009 et seulement 10 000 en 2010.

a. L'exclusion de personnes en difficulté

151. **La perception de prestations sociales, condition de la conclusion d'une mesure d'accompagnement social personnalisé.** — Le texte adopté pose la perception de prestations sociales comme la condition de l'entrée dans le dispositif d'accompagnement social personnalisé. Les personnes majeures qui perçoivent des prestations sociales sont expressément et exclusivement visées. En sélectionnant si restrictivement ses destinataires, la loi exclut de nombreuses personnes de l'ensemble du dispositif de protection juridique des majeurs. Certaines personnes pouvaient jusqu'alors bénéficier de mesures de curatelle pour prodigalité, intempérance ou oisiveté. Ce motif d'ouverture étant supprimé, les sortants de la curatelle et ceux qui auraient été inclus dans son ancien champ d'application, ne peuvent se tourner vers l'accompagnement social que s'ils perçoivent des prestations, ce qui n'est pas toujours le cas. La mauvaise gestion peut exister en l'absence de prestations sociales et avoir les mêmes conséquences dommageables pour la personne ou pour son entourage ⁵²⁵. Telle est la conséquence du passage d'une prodigalité civile à une prodigalité sociale ⁵²⁶, dont le champ est plus restreint. En 1804, défense était faite au prodigue d'accomplir certains actes risquant d'entamer son patrimoine ⁵²⁷. La préoccupation du législateur n'était donc pas tant la protection du prodigue que la préservation de ses biens, dans la perspective de leur transmission successorale. En 1968, l'intempérance et l'oisiveté sont venues rejoindre la prodigalité parmi les conditions d'ouverture d'une mesure de protection. La mesure tendait encore à préserver un autre intérêt que celui du majeur seul, puisque les intérêts de la société ou ceux de la famille devaient être menacés pour motiver une décision d'ouverture ⁵²⁸. En 2007, le prodigue quitte le Code civil pour entrer complètement dans le Code de l'action sociale et des familles. La finalité sociale de la mesure s'en trouve accentuée : c'est désormais

⁵²⁵ « Ainsi, certaines personnes prodigues ou intempérantes percevant des revenus liés à un héritage ou un traitement régulier mais ne touchant pas de prestations sociales, par exemple, ne relèveront pas du dispositif, alors qu'on ne peut nier qu'elles aussi nécessitent un suivi personnalisé pour leur permettre d'assumer plus directement et durablement leurs charges de la vie courante ». (E. BLESSIG. Rapport AN n° 3557, p. 233).

⁵²⁶ L. MAUGER-VIELPEAU, Le retour du prodigue, *JCP N*, n° 36, 5 septembre 2008, 1269.

⁵²⁷ Art. 513, Code Napoléon.

⁵²⁸ L'esprit de la loi a changé. Interpellé par un député, le ministre de la Justice (attributaire d'une question initialement posée à Mme la ministre des affaires sociales et de la santé) a estimé non opportun d'avertir la famille d'un majeur protégé lors de la mise en vente d'un bien lui appartenant. Cette proposition émanait d'associations de familles et tendait à permettre aux proches de se rendre acquéreur des biens en question, « à prix égal ou supérieur avec d'autres ». Le ministère rappelle par sa réponse qu'une mesure de protection protège les intérêts du majeur et non ceux de ses héritiers (JOAN Q 27 mai 2014, p. 4354 Rép. min. n° 3370).

la nature des ressources qui fonde l'intervention publique ou son retrait. C'est alors moins l'intérêt de la personne que l'intérêt de la société qui préside à ce dispositif.

152. Une justification théorique fragile. — Les travaux parlementaires ne distinguent pas toujours entre la condition d'entrée dans le dispositif de la mesure d'accompagnement et le domaine de la gestion de prestations pour autrui, contractuelle ou contrainte. Les justifications avancées reposent le plus souvent sur la capacité des majeurs concernés. Les rapports et débats parlementaires répètent à l'envi que le champ de la mesure d'accompagnement est réduit à bon droit parce qu'une personne « *non reconnue incapable d'accomplir des actes de la vie civile ne saurait être privée de la possibilité d'utiliser comme bon lui semble ses revenus* »⁵²⁹. Cependant, conclure un contrat d'accompagnement n'empêche pas d'utiliser ses revenus librement. Il permet seulement, dans un deuxième temps éventuel, d'autoriser le département à percevoir et gérer tout ou partie de ses prestations sociales, ce qui demande alors l'expression et la formalisation d'un nouveau consentement pour donner spécialement un mandat de gestion. En procédant comme il le fait, le législateur pose donc une condition d'accès qui élimine du dispositif toutes les personnes qui ne bénéficient pas de prestations sociales. Paradoxalement, cela apparaît négativement comme une limitation de la liberté contractuelle. En effet, si la personne en difficulté est bien capable, elle n'est empêchée de contracter avec le département que pour cette raison. Un sous-amendement visant à « *déconnecter entièrement l'accès à la mesure d'accompagnement social personnalisé de la perception d'une ou plusieurs prestations sociales* » a été soutenu devant le Sénat⁵³⁰. Il a été rejeté, ce qui est critiquable⁵³¹.

153. La perception de prestations suffisantes, condition de l'entrée dans la mesure d'accompagnement judiciaire. — La mesure d'accompagnement judiciaire qui peut être ouverte après l'échec ou le refus d'une mesure d'accompagnement social personnalisé répond aussi à la condition de perception de prestations sociales⁵³². Cette mesure ne peut porter

⁵²⁹ *Ibid.*, p. 234.

⁵³⁰ Par Mme Bernadette DUPONT, lors de la séance du 15 février 2007. JO Sénat n° 19 (CR), vendredi 16 février 2007.

⁵³¹ Il est « *très paradoxal d'arriver à une situation où les titulaires de prestations sociales peuvent bénéficier d'une mesure légère d'aide, sans atteinte à leur capacité civile, tandis que seul le recours à une mesure d'incapacité civile pourrait être envisagé pour les salariés en difficulté* ». (M. BAUER, T. FOSSIER, L. PECAUT-RIVOLIER, *La réforme des tutelles : ombres et lumières*. Paris : Dalloz, 2006). Aujourd'hui d'autant plus, cette voie leur étant fermée s'ils ne sont pas atteints d'une altération des facultés médicalement constatée.

⁵³² La mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ) fait suite à une MASP (Art. 495 C. civ.). Selon l'article 495-4 du Code civil, elle « *porte sur la gestion des prestations sociales choisies par le juge [...] dans une liste fixée par décret* ».

que sur des prestations sociales visées par décret. Cette condition est légalement nécessaire et suffisante. La pratique judiciaire l'écarte cependant en raison de son manque d'efficacité. Dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Rennes à l'automne 2013 ⁵³³, les magistrats se sont en effet intéressés à l'utilité concrète de la mesure. Dans cette affaire, les deux membres d'un couple avaient chacun bénéficié d'une mesure d'accompagnement social personnalisé. Après que les deux mesures se soient soldées par un échec, le procureur avait saisi le juge des tutelles aux fins d'ouverture d'une mesure d'accompagnement judiciaire au profit des deux personnes. Par jugement rendu en novembre 2012, le juge des tutelles de Quimper a fait droit à cette requête et a prononcé l'ouverture d'une mesure d'accompagnement judiciaire dans les deux cas. Le couple a interjeté appel, considérant que de telles mesures étaient inutiles en raison du faible montant des prestations sociales pouvant être visées par la décision. De plus, une mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial (MJAGBF) avait été mise en place entre temps par le juge des enfants. Cette dernière a pour but de contraindre les parents à l'utilisation des prestations familiales ou du revenu de solidarité active « *pour les besoins liés au logement, à l'entretien, à la santé et à l'éducation des enfants* » ⁵³⁴. Lorsque le juge ordonne le versement des prestations à un tiers délégué pour leur gestion, il n'exclut pas l'ouverture d'une mesure d'accompagnement judiciaire mais les prestations gérées dans le cadre du budget familial ne peuvent être saisies par la mesure d'accompagnement. Une information mutuelle des intervenants est prévue, afin de permettre la bonne coordination de leurs actions ⁵³⁵. La mesure de gestion du budget familial pouvait peut-être suffire, mais le mandataire judiciaire chargé de la mesure d'accompagnement considérait que les problèmes financiers justifiaient son intervention, dont l'inefficacité était due au manque de collaboration des personnes concernées. Le Parquet était allé en ce sens en concluant à la confirmation de la décision du juge des tutelles. La cour d'appel pouvait relever que les conditions de la mesure d'accompagnement étaient réunies. La mesure d'accompagnement social avait échoué à rétablir une gestion satisfaisante des prestations et la santé ou la sécurité des personnes pouvait s'en trouver compromise. Mais la cour d'appel n'a pas entendu user de cette faculté sans s'interroger sur l'efficacité de la mesure qu'elle avait le pouvoir de prononcer. Elle a finalement infirmé le jugement attaqué, en constatant d'une part le manque d'adhésion à la mesure d'accompagnement et, d'autre part, la non-éligibilité au dispositif de « *nombre de ressources perçues* » (cette expression visant les salaires et allocations chômage). Selon

⁵³³ CA Rennes, 6^e ch. B, 29 octobre 2013, n° 13/00789 : JurisData n° 2013-025506.

⁵³⁴ Article 375-9-1 C. civ.

⁵³⁵ Art. 495-5 C. civ.

les juges du fond, la mesure ne pouvait pas, en pareilles conditions, avoir un effet suffisant. Cette décision souligne l'éviction de certaines personnes en poussant le raisonnement à son terme et en montrant ainsi l'inutilité de fait d'une protection cantonnée à certaines prestations. Les exclus de l'accompagnement sont ainsi la cible potentielle d'un nouveau marché en expansion ⁵³⁶.

154. Les dangers du coaching — Afin d'endiguer tout risque de voir la tutelle devenir un *business*, les conditions de l'activité de protection des majeurs et son financement sont encadrés par la loi. L'accès à la profession de mandataire judiciaire est réglementé, comme le sont les modalités de sa rémunération. Si le coût des mesures est laissé à la charge totale ou partielle de leurs bénéficiaires selon leurs ressources, un financeur public ⁵³⁷ intervient en complément ou en remplacement, sous la forme d'une dotation globale ou d'un tarif mensuel forfaitaire. Ces précautions placent en théorie les majeurs vulnérables à l'abri de prédateurs sans compétences démontrées, qui prétendraient leur apporter une aide au conseil budgétaire en échange d'une rémunération libre et peut-être excessive. Le fait de laisser des majeurs hors du champ du dispositif de protection juridique les expose du même coup à devenir une clientèle disponible et facilement influençable.

À côté des offres institutionnelles contrôlées, des activités privées de coaching sont en développement. Certaines présentent des garanties et d'autres non, l'activité n'étant pas réglementée et pouvant constituer une sorte de marché parallèle, substitut d'une protection des majeurs restée partielle. Le coaching fait partie des moyens d'action connus des pouvoirs publics, qui ont su adapter leurs modes d'accompagnement ⁵³⁸, mais il est aussi un outil en plein essor dans le domaine du management, où il apparaît notamment comme levier du changement de l'individu et, à sa suite, des organisations. Son but avoué est la performance ⁵³⁹. Le coaching s'étend peu à peu à tous les domaines du quotidien et

⁵³⁶ Les exclus de l'accompagnement sont d'abord les jeunes de moins de 25 ans puisqu'ils ne peuvent percevoir certaines prestations (Revenu de solidarité active –RSA–). Les mesures d'accompagnement concernent des personnes de plus de 45 ans, mais les plus de 60 ans ne représentent que 8 % des bénéficiaires. En 2009, 4700 mesures avaient été conclues, et 10000 en 2010. (Source : CNAPE, FNAT, UNAF, UNAPEI. Le livre blanc sur la protection juridique des majeurs. Septembre 2012, p. 19). Quant aux mesures d'accompagnement judiciaires, seules 1000 personnes en bénéficiaient selon le Rapport de la Cour des Comptes sur la Réforme de la protection juridique des majeurs déposé en novembre 2011.

⁵³⁷ État, organismes de sécurité sociale ou département.

⁵³⁸ En matière de recherche d'emploi, p. ex., V. M. VERICEL, *L'accompagnement vers l'emploi*, *RDSS*, 2012, 985.

⁵³⁹ J. -L. DENIER, *Le coaching aujourd'hui : entre mode, mainmise et manipulation*, Les cahiers du DRH 2006 ; B. LEFEBVRE, J. -M. MORIN, *Coaching individuel : un levier de transformation de l'organisation*. Les Cahiers du DRH 2014, p. 59.

transforme la relation d'aide en prestation de service tarifiée, supposée rendre autonome et efficace l'individu que sa situation rend fragile. L'entreprise *Comptes & Bonheur* par exemple, propose des prestations de suivis de comptes à partir de 45 € par mois, des analyses de comptes à partir de 120 € et du coaching à raison de 20 € par session ⁵⁴⁰. Des sociétés de crédit communiquent également sur internet en proposant des pages dites de coaching manifestement destinées à capter une nouvelle clientèle ⁵⁴¹. Il faut noter que, si l'activité de conseiller en gestion de patrimoine est sérieusement organisée, celle de coach est totalement libre.

- 155. Le sauvetage manqué des surendettés.** — Les mesures d'aide initialement prévues pour les personnes surendettées risquent de demeurer exceptionnelles et elles ne pourront être dirigées vers une mesure d'accompagnement social personnalisé que si elles sont éligibles à son dispositif, donc à condition de percevoir des prestations sociales ⁵⁴².

Les personnes que la réforme de la protection des majeurs ne prend pas en charge restent éligibles à un suivi social si leur situation est compromise. Il faut alors qu'elles aient déposé une déclaration de surendettement devant la commission de surendettement des particuliers et que leur situation ait été jugée « *irréremédiablement compromise* ». Ce n'est en effet que si leur faillite est consommée qu'elles peuvent encore bénéficier d'un suivi social, celui-ci n'étant prévu que dans le cadre d'une procédure de rétablissement personnel ⁵⁴³. Depuis la loi de 2003 ⁵⁴⁴, il est vainement rappelé que le principe de ce suivi est prévu sans qu'aucune réalisation concrète ne s'ensuive. Le Conseil économique et social s'en est encore fait l'écho en 2007 ⁵⁴⁵. Selon lui, si le suivi est ordonné par le juge, « *il doit s'effectuer dans le respect de la personne. Il doit s'agir dans tous les cas d'une démarche volontaire qui ne peut être imposée. En l'espèce, pour accompagner les personnes surendettées aux différents stades de la procédure, le suivi ne peut être socio-judiciaire. Il y a donc un véritable travail social à construire avec la personne ce qui suppose la mobilisation de moyens adaptés. Convaincu de l'efficacité d'un accompagnement respectueux de la personne, le Conseil*

⁵⁴⁰ <www.a2c-31.com> (Consulté le 21 avril 2014).

⁵⁴¹ COFIDIS, p. ex., <<http://www.coachez-votre-budget.fr/>> (Consulté le 21 avril 2014).

⁵⁴² Dans le bilan qu'il a fait de l'application de la loi de 2007, le syndicat de la magistrature a milité pour l'extension du domaine de la MASP. BUREAU NATIONAL DU SYNDICAT DE LA MAGISTRATURE. Note sur la protection des majeurs pour la commission des affaires sociales de l'assemblée nationale. 10 octobre 2011.

⁵⁴³ Art. L. 332-9 du C. consom., dernier alinéa : « *Le juge peut ordonner des mesures de suivi social du débiteur* ».

⁵⁴⁴ Loi n° 2003-710 du 1er août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine, art. 35. JORF n° 177 du 2 août 2003 page 13281.

⁵⁴⁵ Conseil Économique et Social, Le surendettement des particuliers, Rapport, 2007.

économique et social demande que les moyens soient mis en œuvre pour le rendre effectif [...] le législateur dispose que le juge peut prendre des mesures de suivi social, mais sans préciser le contenu [...] la loi Borloo constitue incontestablement un progrès, elle n'a pas pour autant défini clairement les contours de ce suivi ni sa force obligatoire. L'état d'esprit de la loi est d'offrir au débiteur, par ce suivi, une réelle seconde chance. C'est pourquoi sa mise en œuvre est particulièrement importante alors qu'elle est, actuellement, très largement ignorée ». Ainsi, le suivi envisagé par la loi comme une mesure judiciaire est conçu par le Conseil économique et social comme une mesure volontaire. Cette analyse, soutenue par le milieu associatif, a été entendue par le législateur qui est revenu sur ce suivi social dans la loi de 2010 portant réforme du crédit à la consommation ⁵⁴⁶. Les rapporteurs de ce texte ont souhaité associer les traitements juridiques et comptables du surendettement et une action sociale correctrice. Ils se sont spontanément intéressés à la voie ouverte par la mesure d'accompagnement social personnalisé, sans se pencher concrètement sur d'autres dispositifs ⁵⁴⁷. La situation des surendettés qui ne bénéficient pas de prestations sociales n'a donc guère évolué, comme celle de la vague grandissante des travailleurs pauvres, surendettés passifs mais parfois dépassés par la complexification des démarches permettant l'ouverture de droits, les reports d'échéances, etc. Le texte prévoit désormais que « *si la situation du débiteur l'exige, le juge l'invite à solliciter une mesure d'aide ou d'action sociale qui peut comprendre un programme d'éducation budgétaire, notamment une mesure d'accompagnement social personnalisé, dans les conditions prévues par le livre II du Code de l'action sociale et des familles* » ⁵⁴⁸. La démarche volontaire irradie donc maintenant la procédure de surendettement jusqu'à son aboutissement et au-delà. Du même coup, la situation des surendettés a perdu sa spécificité. Ils rejoignent l'ensemble des personnes en difficulté, dans les mêmes conditions et limites. L'accompagnement des débiteurs surendettés est bien l'arlésienne décrite par le Sénat ⁵⁴⁹.

Cette position étonne si elle est mise en relation avec le phénomène préoccupant du non-recours aux droits ⁵⁵⁰. Une circulaire de 2013 ⁵⁵¹ a rappelé aux préfets leur responsabilité

⁵⁴⁶ Loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation. JORF n° 0151 du 2 juillet 2010, p. 12001, art. 45.

⁵⁴⁷ SENAT, Rapport n° 447 (2008-2009) sur le projet de loi portant réforme du crédit à la consommation, présenté par M. Philippe DOMINATI, fait au nom de la commission spéciale, déposé le 2 juin 2009.

⁵⁴⁸ L. 332-1 C. consom. (et L. 332-9 C. consom. En cas de procédure de rétablissement personnel).

⁵⁴⁹ M. DINI, A. -M. ESCOFFIER, Crédit à la consommation et surendettement : une réforme ambitieuse à compléter, Rapport d'information n° 602 fait au nom de la commission pour le contrôle de l'application des lois. Sénat, 19 juin 2012, p. 72.

⁵⁵⁰ V. *infra*, n° 373 et s.

⁵⁵¹ Circulaire du Premier ministre du 7 juin 2013 relative à la mise en œuvre du plan pluriannuel de lutte contre la pauvreté et pour l'inclusion sociale.

dans l'amélioration de l'accès aux droits et leur devoir d'identifier les raisons du non-recours pour y remédier. Le caractère essentiel de cette mission est confirmé en 2014, le recours aux droits devenant un objectif prioritaire ⁵⁵². Réduire l'accompagnement à une démarche volontaire est assurément grossir les rangs des délaissés des politiques sociales. Le glissement vers la responsabilisation est grandement perceptible dans un système où celui qui ne demande rien n'obtient finalement rien. Si l'inertie de la personne en difficulté, compréhensible, se double d'une inertie des pouvoirs publics, indigne, bien des droits seront privés d'effectivité. Cela est déjà une réalité ⁵⁵³.

b. Le contrôle de l'emploi des prestations sociales

156. Prestations et contrôle. — Le « *contrôle est consubstantiel à l'idée de prestations sociales : sans lui, les prestations risquent fort de manquer leur but* » ⁵⁵⁴. Lorsque la loi de 1932 ⁵⁵⁵ a instauré les allocations familiales obligatoires, elle a également prévu leur insaisissabilité de principe et, aussitôt, l'exception à ce principe. Les allocations retrouvent en effet leur caractère saisissable face à une dette de nature alimentaire, fondée sur l'article 203 du Code civil. C'est un pas initial qui opère comme une première justification du contrôle. L'idée de sanction vient ultérieurement ⁵⁵⁶. Elle consiste en un retard ou une suspension d'un mois du versement des allocations si les enfants sont élevés dans des conditions d'alimentation, d'hygiène et de logement manifestement défectueuses. En 1939, il est prévu que la prime de naissance puisse être versée à un tiers si la prestation risque de ne pas être utilisée dans l'intérêt de l'enfant. En 1940, d'autres cas de versement à un tiers sont prévus, pour des motifs différents ⁵⁵⁷. Parce qu'il faut un contrôle et que le régime doit être simplifié, se fait jour l'idée que le bénéficiaire est l'enfant et qu'il faut savoir, si besoin est, le protéger des manquements de l'attributaire en confiant les prestations à un tiers. La création d'un tuteur aux allocations est rapidement envisagée par la doctrine, qui la conçoit comme une déclinaison nécessaire du

⁵⁵² Circulaire DGCS/SD1B n° 2014-14 du 16 janvier 2014 relative à la mise en place d'actions visant à améliorer l'accès aux droits sociaux. BO Aff. soc. n° 2014/02, 15 mars 2014.

⁵⁵³ Selon l'Observatoire des non-recours aux droits et services (ODENORE), le non-recours concerne en moyenne 33 % des prestations (ce taux atteint 68 % pour le revenu de solidarité active). < <https://odenore.msh-alpes.fr/> > (Consulté le 9 juin 2014).

⁵⁵⁴ T. FOSSIER, M. BAUER, L'utilisation des prestations sociales : contrôle ou assistance ? *RDSS*, 1994. 657.

⁵⁵⁵ JORF du 12 mars 1932 page 2626.

⁵⁵⁶ Avec le décret-loi du 12 novembre 1938.

⁵⁵⁷ Le risque que l'enfant soit privé des prestations et la condamnation pour abandon, maltraitance ou ivresse.

trust anglo-saxon ⁵⁵⁸. Cette création est réalisée par la loi du 18 novembre 1942. En 1966, la tutelle est étendue à toutes les prestations sociales, sauf exceptions légales. L'intention du législateur est notamment de mettre fin à la dissipation des prestations sociales et la mise sous tutelle des allocations est une mesure qui se veut positive, constructive.

157. Un objectif général de la mesure. — Pour l'instauration de la mesure d'accompagnement social personnalisé, la logique n'est pas très différente. Le ministre délégué à la Sécurité sociale, aux personnes âgées aux personnes handicapées et à la famille a déclaré lors des débats que « *nous poursuivons un seul objectif, très simple, très pragmatique, c'est que les ressources soient bien employées* » ⁵⁵⁹. Au-delà de l'aide apportée à la personne en difficulté, la doctrine voit poindre des objectifs politiques, se demandant si « *la finalité du dispositif* » ne serait pas, « *en définitive, de favoriser l'insertion ?* » ⁵⁶⁰.

158. Le respect des objectifs spécifiques des prestations. — Chaque prestation, dans ses conditions d'attribution et de mise en œuvre, révèle une intention que la notion de contrôle vient conforter. Certaines conditions d'ouverture des droits « *contiennent ce que l'on pourrait appeler une injonction comportementale : cela signifie qu'elles pourraient agir en effet, directement ou indirectement, comme un mécanisme d'incitation à destination des allocataires pour qu'ils adoptent telle ou telle attitude ou se conforment à telle ou telle pratique. Elles agiraient, potentiellement, dans le sens de ce que Jürgen Habermas a appelé la colonisation du monde vécu* » ⁵⁶¹. Les prestations servent les objectifs des politiques publiques. La volonté est de prévenir, de gérer le social, voire d'intégrer les bénéficiaires à un modèle ⁵⁶². Pour plusieurs prestations, l'affectation est d'ailleurs imposée, « *conformément à l'objet pour lequel elles ont été attribuées à leur bénéficiaire* » ⁵⁶³.

⁵⁵⁸ R. SAVATIER, L'affectation des allocations familiales, *JCP*, 1941, étude 227. La conception des allocations familiales, perçues comme un instrument de justice sociale, destiné à permettre au chef de famille de disposer pour celle-ci de moyens de subsistance, conduisait à veiller à leur bonne affectation. Dès lors que les parents ne respectaient pas celle-ci, en raison d'un « *instinct incontrôlé* », voire « *développé par le vice ou la boisson* », il convenait de confier les allocations à un séquestre, ou *trustee* : à un tuteur aux allocations familiales.

⁵⁵⁹ Assemblée nationale, 3^e séance du mercredi 17 janvier 2007. JO AN, n° 5 [3] (CR), p. 450.

⁵⁶⁰ Y. FAVIER, Les mesures d'accompagnement des personnes vulnérables : nouvelles « *tutelles sociales* » ? *Dr. et patr.* n° 180, avril 2009, p. 101.

⁵⁶¹ R. LAFORE, Les contrôles d'ordre social préalable à l'attribution des prestations familiales : logique protectrice et logique intégratrice, *RDS*, 1994. 640.

⁵⁶² U. BECK, La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité, Paris, Aubier, 2001.

⁵⁶³ Art. R. 271-4 CASF. Il s'agit de l'aide personnalisée au logement, de l'allocation de logement sociale, de l'allocation personnalisée d'autonomie, de l'allocation compensatrice, de la prestation de compensation du handicap, de l'allocation représentative de services ménagers (sauf certains cas de versement à un tiers-bailleur ou établissement-).

159. Les destinataires de la mesure d'accompagnement social personnalisé. — La personne qui a, selon la loi, qualité pour conclure une mesure d'accompagnement social personnalisé est celle « *qui perçoit les prestations sociales* ». Il s'agit donc de l'attributaire des prestations, qui peut être l'allocataire, son conjoint, ou son concubin. On retrouve la distinction, voire la discussion relative à la personne du bénéficiaire : l'allocataire ou le prestataire. Pour les prestations familiales, il a été défendu qu'elles « *reçoivent une affectation inviolable : elles sont destinées à assurer la vie de la famille, et spécialement la vie des enfants qui y donnent droit* »⁵⁶⁴ : l'enfant serait donc le bénéficiaire des prestations. Une incursion dans le dispositif du revenu de solidarité active (RSA) peut soutenir la réflexion sur la personne qui a qualité pour conclure le contrat avec la collectivité. Dans ce domaine, lorsqu'un membre du foyer est déjà allocataire, c'est lui qui devient le bénéficiaire du RSA⁵⁶⁵. Les engagements sont formalisés dans un acte juridique qui est, selon les cas, un projet personnalisé d'accès à l'emploi ou un contrat d'insertion. Dans l'un comme dans l'autre, l'acte est signé par le conjoint, concubin ou partenaire lié par un PACS⁵⁶⁶. Une telle disposition est absente des textes relatifs à la mesure d'accompagnement social personnalisé. Ceux-ci ne qualifient expressément personne pour cosigner le contrat avec la personne qui perçoit les prestations. Pour rester dans le domaine de l'accompagnement, on sait que les règles de procédure relatives à la mesure d'accompagnement judiciaire fixent la compétence du juge selon la résidence habituelle de la personne qui perçoit les prestations. Seule son audition est obligatoire, celle des autres personnes n'ayant lieu que lorsqu'elle présente une utilité. La personne qui a le droit de consulter le dossier, qui reçoit notification de la décision, qui a qualité pour faire appel est encore celle qui perçoit les prestations. Rien n'empêche de recueillir sa signature bien que cela ne soit pas prévu par les textes. Dans le département de la Vienne, les contrats d'accompagnement social personnalisé sont cosignés par le conjoint. Si le sens et l'importance de cette signature se comprend en tant qu'outil du travail social, sa valeur juridique est plus incertaine. *A priori*, le cosignataire ne devient pas pour autant partie

⁵⁶⁴ R. SAVATIER, L'affectation des allocations familiales, *JCP*, 1941, étude 227.

⁵⁶⁵ Art. R. 262-32 CASF, modifié par le Décret 2009-404 du 15 avril 2009 – art. 2 : « *lorsque, au sein d'un foyer, un des membres ou son conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou concubin est déjà allocataire au titre des prestations familiales, il est également le bénéficiaire au titre de l'allocation de revenu de solidarité active. Dans le cas contraire, le bénéficiaire est celui qu'ils désignent d'un commun accord. Ce droit d'option peut être exercé à tout moment. L'option ne peut être remise en cause qu'au bout d'un an, sauf changement de situation. Si ce droit d'option n'est pas exercé, le bénéficiaire est celui qui a déposé la demande d'allocation* ».

⁵⁶⁶ Art. L. 262-27 CASF : « *Le bénéficiaire du revenu de solidarité active a droit à un accompagnement social et professionnel adapté à ses besoins et organisé par un référent unique. Pour l'application de la présente section, les mêmes droits et devoirs s'appliquent au bénéficiaire et à son conjoint, concubin ou partenaire lié par un pacte civil de solidarité, qui signent chacun le projet ou l'un des contrats mentionnés aux articles L. 262-34 à L. 262-36* ».

au contrat d'accompagnement. Sa signature matérialise sa connaissance de l'engagement pris, ce qui emporte peut-être les conséquences suffisantes qui sont recherchées. On pense au principe d'opposabilité du contrat. Seul celui qui perçoit les prestations a la qualité de cocontractant du département selon les prévisions de la loi et il est seul tenu des obligations contractées. Le tiers, quant à lui, devra respecter l'existence du contrat et ne pas empêcher qu'il atteigne son but. Cela ne lui donnera pas forcément plus de poids pour se plaindre d'une inexécution par le département ⁵⁶⁷. Il faut considérer la finalité du contrat, qui peut fonder l'utilité de l'intervention du conjoint, partenaire ou concubin, même si la mesure reste une mesure individuelle.

Les dispositifs sociaux recherchent la mise en cohérence des actions menées ; cependant le cumul du revenu de solidarité active et de la mesure d'accompagnement social personnalisé peut contrarier leur rationalité. Un effet domino est toujours possible. Dans le cadre du RSA, le conjoint cosignataire est soumis à des obligations contractuelles, tandis que dans le cadre de la mesure d'accompagnement, les textes ne prévoient pas de tels engagements de sa part. En cas de séparation, il s'agira d'identifier la personne qui connaît des difficultés de gestion mettant en évidence un besoin d'aide. Une séparation a des répercussions sur les allocations et chaque membre du couple peut alors devenir allocataire séparément. Or, un seul a signé le contrat d'accompagnement social personnalisé, tandis que l'autre a pu y apposer sa signature. Un ou deux nouveaux contrats devront sans doute être élaborés. La mesure d'accompagnement concerne une personne majeure située dans un environnement familial mouvant qui suppose le cas échéant une adaptation de la situation contractuelle. Si les premiers liens de droit s'éteignent, ils doivent être remplacés par d'autres. Une deuxième série de questions peut se présenter ensuite, dans le cas où une autorisation de percevoir et gérer les prestations a été envisagée, de façon contractuelle ou contrainte ⁵⁶⁸.

2. L'usage inefficace ou non conforme des prestations sociales

- 160.** Il s'agit des conditions de fond spécialement requises pour recourir à une mesure d'accompagnement social personnalisé. Une cause précise doit être à l'origine d'une situation présentant un risque pour le majeur. La loi vise à traiter les difficultés de gestion dès le constat de leur symptôme ⁵⁶⁹.

⁵⁶⁷ La nature de la responsabilité du Département s'en trouverait cependant modifiée : de délictuelle si le conjoint est un tiers, elle deviendrait contractuelle s'il est considéré comme une partie au contrat.

⁵⁶⁸ *Infra*, n° 185.

⁵⁶⁹ Art. L. 271-1 CASF.

161. La cause : des difficultés de gestion. — Les difficultés de gestion menacent la santé et la sécurité si certaines dépenses ne sont pas honorées. L'exemple le plus souvent donné est celui du paiement du loyer, qui permet d'assurer la satisfaction du droit fondamental au logement. Souvent, la menace pesant sur la santé ou la sécurité agit comme le révélateur d'une gestion défailante. Il y a dans ce cas contraction des conditions de recours à la mesure d'accompagnement social personnalisé, qui se réduisent à la perception des prestations et à la menace pesant sur la santé ou la sécurité. Le lien apparemment nécessaire entre la mauvaise gestion et les conditions de vie est alors absorbé ⁵⁷⁰, tandis que la loi de 1966 ⁵⁷¹ prescrivait une tutelle aux prestations sociales lorsque les allocations n'étaient pas utilisées « *dans l'intérêt du bénéficiaire ou lorsque, en raison de son état mental ou d'une déficience physique, celui-ci vit (vivait) dans des conditions d'alimentation, de logement et d'hygiène manifestement défectueuses* ».

En cas de difficultés mais en l'absence de mauvaise gestion, il n'y a, en principe, pas lieu à la conclusion d'une mesure d'accompagnement social personnalisé, dont l'objectif est nécessairement le retour à une gestion autonome. Si l'aide à la gestion des prestations ne lui est pas utile, le majeur socialement vulnérable perd du même coup l'accès au volet de l'accompagnement social. Une frontière est finalement tracée entre les situations de difficultés sociales actives et passives. La responsabilité du bénéficiaire sur sa situation se situe dans sa manière de gérer ses ressources. Parce qu'il intervient dans le processus de création de sa propre vulnérabilité, il peut être le sujet et l'objet d'un projet de réadaptation. Si sa gestion n'est pas en cause et qu'il n'a fait que subir les conséquences d'une rupture professionnelle ou familiale, le majeur en difficulté ne sera pas la cible d'une mesure d'accompagnement.

162. Le symptôme : une menace sur la santé ou la sécurité. — Un changement de terminologie est constaté dans le temps. La formule « tutelle aux prestations sociales » est désormais remplacée par celle de « menace pesant sur la santé ou la sécurité ». La formule nouvelle englobe certainement les conditions anciennes.

Elle est proche des dispositions relatives aux mineurs, qui visent le « *danger* » portant sur leur santé, leur sécurité ou leur moralité ⁵⁷². Dans son objet, le danger est défini de la même

⁵⁷⁰ La fiche d'orientation établie par le département de la Vienne précise que la personne doit « *rencontrer des difficultés de gestion de ses ressources menaçant sa santé ou sa sécurité* ».

⁵⁷¹ Loi n° 66-774 du 18 octobre 1966 relative à la tutelle aux prestations sociales. Art. L. 167-1 ancien du Code de la sécurité sociale.

⁵⁷² Art. 375 C. civ. : « *si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises, des mesures*

façon par les dispositions civiles, sociales et pénales ⁵⁷³. Les tribunaux interprètent largement cette notion, sans véritablement distinguer santé et sécurité. L'interprétation est téléologique. La soustraction de l'enfant à des soins requis par son état est constitutive d'un danger ⁵⁷⁴. Cette même notion de danger permet de motiver le retrait de l'autorité parentale à l'encontre du parent auteur du comportement en cause ⁵⁷⁵. La santé physique est protégée, aussi bien que la santé psychique ⁵⁷⁶.

B. Le département

163. C'est le département qui est en principe le co-contractant de la personne faisant l'objet d'une mesure d'accompagnement. La loi du 5 mars 2007 ne visait initialement que lui. Le décret du 30 décembre 2008 ⁵⁷⁷ a ensuite spécifié que le contrat était conclu au nom de la collectivité par « *le conseil général* ». Enfin, la loi du 12 mai 2009 ⁵⁷⁸ a précisé que le contrat était conclu par « *le département, représenté par le président du conseil général* ». Depuis cette loi, la personne habilitée à engager le département est donc spécialement désignée ⁵⁷⁹. Le président du conseil général peut désormais conclure directement un contrat d'accompagnement social

d'assistance éducative peuvent être ordonnées par justice à la requête des père et mère conjointement, ou de l'un d'eux, de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié ou du tuteur, du mineur lui-même ou du ministère public ».

- ⁵⁷³ Article L. 221-1 CASF : « *Le service de l'aide sociale à l'enfance est un service non personnalisé du département chargé des missions suivantes : 1° Apporter un soutien matériel, éducatif et psychologique tant aux mineurs et à leur famille ou à tout détenteur de l'autorité parentale, confrontés à des difficultés risquant de mettre en danger la santé, la sécurité, la moralité de ces mineurs ou de compromettre gravement leur éducation ou leur développement physique, affectif, intellectuel et social, qu'aux mineurs émancipés et majeurs de moins de vingt et un ans confrontés à des difficultés familiales, sociales et éducatives susceptibles de compromettre gravement leur équilibre* ». Le Code pénal sanctionne la mise en péril des mineurs d'une peine de deux ans d'emprisonnement et 30 000 € d'amende lorsque le parent se soustrait à ses obligations « *au point de compromettre la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de son enfant mineur* ». (Art. 227-17 C. pén.).
- ⁵⁷⁴ Cass. civ. 1^{re}, 25 novembre 1981, n° 80-80. 02, JCP, 1983, II, 19952, note BOULANGER.
- ⁵⁷⁵ Art. 378-1 C. civ.
- ⁵⁷⁶ Cass. civ. 1^{re}, 22 juin 2004, n° 02-05. 079, inédit. Juris-Data 2004-026340 : justifie ainsi la décision de retrait de l'autorité parentale « *un profond traumatisme et une grande souffrance du fait des actes commis par son père sur son frère et ses demi-sœurs, [...] la gravité de son mal-être, les troubles du comportement et les difficultés à structurer sa personnalité* ».
- ⁵⁷⁷ Décret n° 2008-1506 du 30 décembre 2008 relatif à la mesure d'accompagnement social personnalisé et à la mesure d'accompagnement judiciaire, art. 1 JORF n° 0304 du 31 décembre 2008 page 20659.
- ⁵⁷⁸ Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures. JORF n° 0110 du 13 mai 2009 page 7920.
- ⁵⁷⁹ Les dispositions réglementaires ont été corrigées dans le même sens en 2011. Art. R. 271-1CASF, modifié par le Décret n° 2011-936 du 1er août 2011, art. 2 : « *Le contrat mentionné à l'article L. 271-1 est conclu par le département, représenté par le président du conseil général* ».

personnalisé, sans délibération collégiale des instances du département ⁵⁸⁰. Cette compétence étant une compétence disponible du département, ce dernier dispose d'une option quant à l'exécution de sa mission de service public. Deux situations peuvent se présenter. Il peut ainsi être tout à la fois celui qui conclut et exécute le contrat ou bien il peut dissocier la conclusion de l'exécution en recourant aux services d'un tiers pour la mise en œuvre du contrat. Il faut donc envisager successivement le cas dans lequel le département fait le choix, souhaitable, d'une gestion directe (1) et celui d'une externalisation (2), source d'interrogations.

1. La gestion directe de la mesure d'accompagnement

164. La gestion directe présente l'avantage de la cohérence, les travailleurs sociaux concernés opérant déjà sur le même territoire pour la mise en œuvre d'autres dispositifs. Ainsi, ils seront plus à même de les traiter par comparaison avec la mesure d'accompagnement social personnalisé ou de les conjuguer avec eux. Divers modes de gestion s'inscrivent dans la gestion directe, qui peut n'être que partielle.

165. Les modes de gestion directe. — Différents modes de gestion ont d'abord été envisagés. Celui de la gestion en régie directe est apparu comme le plus compliqué à mettre en œuvre, en raison du maniement nécessaire des fonds privés des bénéficiaires. Le droit positif faisait apparaître des lacunes ou des règles qu'il était préférable d'écarter en raison de leur complexité et de leur rigueur ⁵⁸¹. Un décret du 7 janvier 2010 est venu définir des modalités de gestion en comptabilité publique spécialement adaptées aux prestations sociales des bénéficiaires des mesures d'accompagnement social personnalisé ⁵⁸². Ce texte permet notamment la tenue d'une comptabilité spéciale et l'ouverture de comptes particuliers par le comptable public. Son contrôle en matière de dépenses porte seulement sur la qualité de l'ordonnateur, la disponibilité des fonds et le caractère libératoire du règlement. La responsabilité relèvera donc surtout de l'ordonnateur.

Les départements ont aussi la possibilité de créer un organisme dont l'objet exclusif est la gestion des mesures d'accompagnement. Dès lors qu'ils créent l'organisme, qu'ils lui donnent les moyens de fonctionner et qu'ils le contrôlent comme ils contrôlent leurs services propres,

⁵⁸⁰ Dans le département de la Vienne, une délégation de signature est consentie aux responsables des maisons de la solidarité.

⁵⁸¹ Étude conduite par l'association des départements de France et la DGFIP le 4 juin 2008.

⁵⁸² D., 2010-26 du 7 janvier 2010 relatif aux modalités de gestion en comptabilité publique des prestations sociales des bénéficiaires d'une mesure d'accompagnement social personnalisé.

ils sont considérés par les juridictions comme gérant directement le service public ⁵⁸³. Cette solution, sans écarter la responsabilité de la collectivité, présente l'inconvénient de multiplier les situations de conflit d'intérêts et de gestion de fait. En pareil cas, l'organisme n'a pas d'autonomie concrète à l'égard de la collectivité. Un faisceau d'indices permet de parler d'associations écrans, de « faux-nez » de l'administration ⁵⁸⁴. Ces associations peuvent alors être déclarées fictives, perdre ainsi la personnalité morale. Leurs actes et contrats sont donc administratifs et engagent la responsabilité de la collectivité, notamment pour gestion de fait, puisque les gestionnaires se trouvent agir sans aucun titre pour cela. Ce mode de gestion présente trop de risques pour être conseillé.

Le département de la Vienne a décidé de créer un service dédié à cette nouvelle compétence. En mars 2009, la solution de la régie directe avait été retenue par dix-sept départements ⁵⁸⁵. Beaucoup avaient cependant retenu une solution mixte, consistant à ne conserver que l'exécution directe d'une partie de la mission.

- 166. Gestion directe partielle.** — En mars 2009, vingt-huit départements avaient opté pour une gestion partielle, en choisissant de ne déléguer que la gestion comptable des prestations ou seulement la mesure d'accompagnement social personnalisé dite de niveau II, comportant à la fois une action éducative et la gestion des prestations. Le département de la Vienne a choisi de distinguer entre les différents niveaux de la mesure d'accompagnement social personnalisé. Il gère directement le premier niveau, celui de l'aide et de l'accompagnement, parce que « *les MASP "accompagnement budgétaire" font appel à des compétences proches de celles exercées par les conseillères en économie sociale et familiale (CESF) du département. La gestion directe présente donc l'avantage de développer les liens avec les autres dispositifs de l'action sociale départementale et d'éviter les surcoûts liés à l'externalisation* » ⁵⁸⁶. Le département de la Vienne délègue en revanche toutes les mesures d'accompagnement social personnalisé qui comprennent une gestion des prestations ⁵⁸⁷.

⁵⁸³ CE Sect. 6 avril 2007, Commune d'Aix en Provence. *AJDA* 2007, p. 1020 ; *Lebon*, p. 155 ; *RFD Adm.* 2007, p. 812 et 821 ; *JCP A*, 2007, n° 2111.

⁵⁸⁴ A. de LAUBADERE, Les associations et la vie administrative, *AJDA* 1980, n° spécial, les associations et la vie administrative, p. 115.

⁵⁸⁵ Document de travail UNAF – EDA, mars 2009.

⁵⁸⁶ Conseil général de la Vienne. Réunion du CG du 19 décembre 2008 – BP 2009, p. 3.

⁵⁸⁷ *Ibid.* : « *Les MASP « accompagnement et gestion des prestations » nécessitent des nouvelles compétences en matière de gestion budgétaire. Les associations tutélaires sont les plus expérimentées pour conduire ces missions, car elles gèrent des comptes de particuliers. La gestion déléguée dans le cadre d'un marché public semble donc plus pertinente car elle permet de bénéficier de l'expérience de ces associations et d'éviter la complexité d'une gestion publique de comptes individuels* ».

La grande majorité des départements a cependant fait le choix de déléguer sa mission par convention ou marché public.

2. L'externalisation de la mesure d'accompagnement

167. Les départements peuvent recourir à la gestion déléguée ou à la conclusion d'un marché public. Le Code de l'action sociale et des familles prévoit que « *le département peut déléguer, par convention, la mise en œuvre de la mesure d'accompagnement social personnalisé à une autre collectivité territoriale, à un établissement public de coopération intercommunale ou à un centre communal ou intercommunal d'action sociale, une association ou un organisme à but non lucratif ou un organisme débiteur de prestations sociales* »⁵⁸⁸. Ce mode de gestion doit prévoir le rapport entre le département et son prestataire (a) et permettre la mise en œuvre du contrat par le prestataire (b).

a. Le rapport entre le département et son prestataire

168. La délégation prévue par la loi peut *a priori* s'inscrire dans des modes traditionnels de gestion, bien que la fonction en cause milite pour l'exclusion des règles applicables aux opérateurs économiques.

169. **Les modes traditionnels d'externalisation.** — Le Code général des collectivités territoriales définit la délégation comme un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public à un délégataire, dont la rémunération est « *substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service* »⁵⁸⁹. Le département pourrait donc décider que l'usager est obligé de verser une contribution⁵⁹⁰. En réalité, la participation financière de l'usager étant souvent écartée, cela revient à une reconnaissance de fait de la gratuité de ce service public, malgré la question épineuse du défaut d'attribution de ressources nouvelles aux départements pour faire face à ce transfert de compétence opéré par la réforme de la protection des majeurs⁵⁹¹.

⁵⁸⁸ L. 271-3 CASF.

⁵⁸⁹ Art. L. 1411-1 CGCT.

⁵⁹⁰ Ce qu'il peut faire sur le fondement de l'article L. 271-4 CASF, le montant étant fixé en fonction des ressources du bénéficiaires selon le plafond prévu pour chaque tranche de revenu pour l'exercice des mesures de protection judiciaires. (D. 471-5 CASF)

⁵⁹¹ Des départements ont saisi le Conseil d'État sur ce point. Le Conseil d'État a décidé qu'il y avait lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité du département du Val-de-Marne : « *la question de la conformité de ces dispositions aux droits et libertés garantis par la Constitution, et notamment au quatrième alinéa de son article 72-2 selon lequel toute création ou extension de compétences ayant pour conséquence d'augmenter les dépenses des collectivités territoriales est accompagnée de ressources déterminées par la loi et qui*

Selon le Code des marchés publics, l'accompagnement social n'entre pas dans le cadre des marchés de service. Dès lors, la collectivité peut recourir à une procédure adaptée ⁵⁹² assez libre, sous réserve de respecter « *les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics* » ⁵⁹³. La jurisprudence et la doctrine doutent que la collectivité soit impérativement soumise à ces règles qui ne s'adressent théoriquement qu'aux opérateurs économiques, ce que les services sociaux ne sont pas. Néanmoins, le département de la Vienne a publié en novembre 2008 un avis d'appel public à la concurrence « *pour la réalisation des mesures d'accompagnement social personnalisées comprenant la gestion de tout ou partie des prestations sociales du bénéficiaire* », selon la procédure adaptée. La prestation n'étant réservée à aucune profession particulière, des personnes non agréées ni autorisées en qualité de mandataire judiciaire se trouvent potentiellement réintroduites dans la protection des majeurs. Les personnes exerçant des mesures contractuelles se trouvent alors affranchies des conditions d'accès et des contrôles administratifs pesant sur les professionnels de la protection ⁵⁹⁴. Le département est ainsi le seul responsable de l'exercice d'un contrôle, et de l'évaluation qu'il peut faire de l'action de son prestataire.

- 170. L'exclusion des règles applicables aux opérateurs économiques.** — L'administration a apporté des précisions sur la nature de la convention de délégation passée entre les départements et leurs prestataires ⁵⁹⁵. D'une part, la convention passée par le département ne peut être qualifiée de délégation de service public parce que l'organisme n'est pas chargé de l'exploitation du service public en cause et, surtout, ne supporte aucun risque financier. D'autre part, les règles relatives aux marchés publics sont écartées parce que les prestataires ne sont pas des opérateurs économiques, en raison de la nature de leur activité et de l'absence de but lucratif. Ils n'entrent donc pas dans le champ de l'article 1^{er} du Code des marchés publics et la convention passée entre le département et son prestataire n'est pas un marché

insti-tue, contrairement à ce que soutient le ministre du travail, de la solidarité et de la fonction publique, un droit au sens de l'article 61-1 de la Constitution, présente un caractère sérieux ». (CE, 19 juillet 2010, n° 340028).

⁵⁹² Art. 30 C. marchés publ.

⁵⁹³ Art. 1 C. marchés publ.

⁵⁹⁴ Tandis que le volet judiciaire (MAJ) de la mesure d'accompagnement est exclusivement confié à des MJPM.

⁵⁹⁵ Note MINEFE CAB n° 2226, 4 décembre 2008, citée par le Dictionnaire permanent de l'action sociale, bull. février 2009, p. 15.

public. Cette interprétation de la loi rejoint des analyses doctrinales⁵⁹⁶ et jurisprudentielles⁵⁹⁷. Elle exempte donc le département des règles de publicité et de mise en concurrence. Le département peut ne pas passer de contrat de délégation de service public ou de marché public pour confier la gestion des mesure d'accompagnement social personnalisé à un tiers⁵⁹⁸. La transparence risque donc d'être moindre, mais le risque n'est-il pas plus grand de provoquer une dispersion du travail conduit par le département sur son territoire, où il exerce désormais des compétences étendues⁵⁹⁹ ? Si la cohésion sociale⁶⁰⁰ peut, paradoxalement, être assurée par une action morcelée, c'est à la condition que la collectivité en conserve la maîtrise. Des mesures générales doivent servir de guide, même si des mesures locales spécifiques sont souhaitables et adaptées⁶⁰¹.

b. La mise en œuvre du contrat par le prestataire

171. **Cahier des charges.** — Ce document doit être rédigé soigneusement par les départements, afin de formaliser le plus complètement et clairement possible ses attentes à l'égard de son prestataire. Le département de la Vienne a élaboré un cahier des clauses techniques particulières assez complet qui détaille les engagements à respecter à chaque phase de l'exécution d'une mesure d'accompagnement social personnalisé. Il est prévu que le titulaire du marché négocie les objectifs du contrat avec le bénéficiaire en prenant appui sur les conclusions de l'évaluation faite au préalable par les services du département. Les délais et

⁵⁹⁶ A. MENEMIS, Code des marchés publics 2006 : quelques points forts, AJDA 2006, p. 1754 : « *Si, comme on le sait, la jurisprudence, en particulier la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, a une conception très large de la notion d'entreprise, un certain nombre d'organismes, notamment associatifs, qui interviennent dans le domaine des « services sociaux » (en particulier en matière d'insertion sociale) ne sauraient être regardés, compte tenu de leur objet et des conditions dans lesquelles ils exercent leur activité, comme des opérateurs économiques sur un marché concurrentiel. À ceux-là, le code n'est pas applicable* ».

⁵⁹⁷ CE 6 avril 2007, Commune d'Aix-en-Provence, n° 284736.

⁵⁹⁸ Cela est possible « *lorsque, en égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions particulières dans lesquelles il exerce, le tiers auquel elles s'adressent ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel* » (CE, 6 avril 2007, Commune d'Aix-en-Provence).

⁵⁹⁹ H. RIHAL, La mesure d'accompagnement social personnalisé, création et gestion d'une nouvelle compétence par le département, in GRALE, Droit et gestion des collectivités territoriales, l'action sociale des collectivités territoriales, Paris, Le Moniteur, 2009, p. 135 : « *Au-delà, l'externalisation est-elle la solution adéquate ? Ne risque-t-elle pas de conduire à une fragmentation de l'action sociale qu'éviterait la prise en charge par les services territorialisés du département ? Convient-il d'encourager systématiquement la privatisation de l'action publique ?* ».

⁶⁰⁰ Selon le Conseil de l'Europe, la cohésion sociale est « *la capacité de la société à assurer le bien-être de tous et éviter les disparités, et met l'accent sur la nécessaire coresponsabilité des acteurs pour y parvenir* ». Stratégie de cohésion sociale du Conseil de l'Europe, version révisée, Comité des Ministres, 31 mars 2004.

⁶⁰¹ Cela est conforme à l'orientation du Conseil de l'Europe. Nouvelle stratégie et Plan d'action du Conseil de l'Europe pour la cohésion sociale approuvés par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 7 juillet 2010.

démarches, les éventuels plans d'apurement devront être précisés, ainsi que les moyens d'action. Ils comprennent les visites à domicile, l'accompagnement pour l'accomplissement de démarches. La fréquence des rencontres doit être formalisée et, ensuite, adaptée aux besoins de l'utilisateur. Le département de la Vienne a posé l'exigence d'un rythme moyen de cinq heures de rencontre par mois pour chaque mesure. Des états mensuels doivent être transmis au département et le titulaire du marché doit encore participer à des réunions trimestrielles donnant lieu, le cas échéant, à un ajustement des prestations.

172. Évaluation. — Le département de la Vienne effectue des vérifications qualitatives et quantitatives tout au long de la durée du marché. Outre le respect de ses obligations liées à l'exercice des mesures à l'égard des bénéficiaires, le prestataire communique des états mensuels et un bilan annuel « *permettant de mesurer l'action menée* » ⁶⁰². Les contacts entre le pouvoir adjudicateur et son prestataire sont nombreux et réguliers. En cas d'inexécution, appréciée selon le cahier des charges, le département peut résilier le contrat aux torts du titulaire, soit sans indemnisation ⁶⁰³.

173. Organisation du réseau départemental. — Des partenariats sont à définir avec tous les intervenants du département, et spécialement avec les magistrats. Le juge d'instance est compétent pour prononcer le versement direct des prestations en cas de défaillance dans le paiement des loyers. Le procureur de la République peut saisir le juge des tutelles aux fins du prononcé d'une sauvegarde de justice ou de l'ouverture d'une curatelle, d'une tutelle ou d'une mesure d'accompagnement judiciaire et, pour lancer une passerelle avec les mesures judiciaires, l'intervention des médecins est requise. Ils ont à décrire avec précision l'altération des facultés de l'intéressé, à se prononcer sur son évolution prévisible et à préciser ses conséquences sur la nécessité d'une assistance ou d'une représentation du majeur dans les actes de la vie civile ⁶⁰⁴. Il reste à voir comment les médecins aborderont des situations qui auraient pu auparavant être traitées au titre de l'intempérance, de l'oisiveté ou de l'alcoolisme et qui ne relèvent plus de la curatelle. Les intervenants de la protection des majeurs sont intéressés par la qualification de ces situations, qui conditionne les suites de la mesure d'accompagnement social personnalisé. Les médecins s'intéressent aux conséquences de l'alcoolisme ou l'abordent en le situant dans un contexte pathologique. Un arrêt de la cour d'appel de Grenoble rendu en 2013 rend compte du point de vue du médecin ⁶⁰⁵. Un jeune

⁶⁰² Conseil général de la Vienne. Cahier des clauses techniques particulières.

⁶⁰³ Contrat valant marché public passé entre le département de la Vienne et l'UDAF de la Vienne, art. 13.

⁶⁰⁴ Art. 1219 CPC.

⁶⁰⁵ C. A. Grenoble, Chambre des affaires familiales, 5 mars 2013, n° 12/05481.

homme avait souhaité être placé sous protection et avait présenté une requête accompagnée d'un certificat médical circonstancié daté du 2 juillet 2012. Sur la foi de ce document, le juge des tutelles du tribunal d'instance de Gap avait placé le demandeur sous curatelle en novembre 2012. Les parents du majeur protégé, rejoints par celui-ci, interjetèrent appel en se prévalant d'une évolution de la situation et d'un retour à l'autonomie. La cour d'appel examine le dossier et, spécialement, le certificat médical circonstancié initial, selon lequel le majeur « *manque de capacités d'élaboration mais il est cohérent et adapté. Il présente une vulnérabilité relationnelle notable : difficultés à vivre seul et incapacité à mettre une limite à l'envahissement par un entourage plus ou moins malveillant. Il existe des angoisses massives, quasi permanentes* », le médecin concluant que l'intéressé « *présente un trouble de la personnalité décompensé sous forme d'angoisses invalidantes, et un alcoolisme sévère. Cet état justifie qu'il soit assisté et contrôlé dans les actes de la vie civile à caractère patrimonial seulement* ». Pour la cour, ces constatations justifient la confirmation du jugement attaqué. Elle ne s'interroge pas sur une évolution de la situation, qui pourrait relever d'une modification de la mesure par le juge des tutelles, sur le fondement de l'article 442 du Code civil. Ici, l'alcoolisme est invoqué par le médecin, mais il ne justifie pas à lui seul la mesure de protection.

D'autres décisions retiennent l'alcoolisme comme un élément justifiant le placement sous protection, sans être retenu en soi comme une manifestation de l'altération des facultés ⁶⁰⁶.

174. Organisation des relations entre le prestataire et des tiers. — Lorsque les prestations sont gérées par un tiers, les organismes débiteurs ⁶⁰⁷, tout comme les banques, doivent connaître en théorie les nouvelles mesures d'accompagnement et les mettre en pratique avec le prestataire choisi par le département. L'information préalable est nécessaire au bon fonctionnement de la mesure contractuelle, afin de ne pas fragiliser la relation nouvelle entre le bénéficiaire et son interlocuteur. La désignation de référents dédiés, au sein de chaque institution, est un moyen efficace d'organiser les échanges. Des difficultés techniques sont aussi à résoudre afin de ne pas compliquer l'exécution de la mission ⁶⁰⁸.

La détermination des parties au contrat d'accompagnement social personnalisé est une question plus complexe à l'examen qu'elle ne l'est à première vue. Elle emporte des conséquences sur l'exercice et le contrôle de la mission par la collectivité. Ici, la

⁶⁰⁶ V., p. ex. C. A. Rouen, 23 mars 2012, n° 11/05961. Le certificat fait état de « *troubles cognitifs entrant dans le cadre d'un syndrome démentiel encore modéré, d'un alcoolisme chronique, d'une neuropathie invalidante et d'un état de dépendance mettant la personne dans la nécessité d'être assistée, conseillée et contrôlée dans les actes de la vie civile* ».

⁶⁰⁷ Dans la Vienne, la CAF était le principal organisme concerné en septembre 2009.

⁶⁰⁸ Les Caisses primaires d'assurance maladie doivent procéder à des manipulations spécifiques, notamment pour faire une distinction entre les sommes dues au titre des remboursements de frais de santé et celles dues au titre des prestations sociales, comme le fonds spécial d'invalidité.

problématique est celle, plus large, de la contractualisation de l'action publique. Elle vient réellement modifier le rôle de la collectivité, qui cesse d'assurer directement des services publics, pour endosser des fonctions de surveillance portant principalement sur la réalisation de l'objet même de la mesure.

§2. L'OBJET DE LA MESURE D'ACCOMPAGNEMENT

175. La finalité d'une mesure d'accompagnement social personnalisé résulte de la conjugaison des articles L. 271-1 et L. 271-6 du Code de l'action sociale et des familles. Les conditions d'ouverture ainsi que la définition de l'échec de cette mesure font expressément apparaître que son but est de permettre au bénéficiaire de prestations sociales de « *surmonter ses difficultés à gérer les prestations sociales* »⁶⁰⁹, afin que ni sa santé ni sa sécurité ne s'en trouvent compromises⁶¹⁰. L'intervention peut être proposée dès l'apparition d'une menace sur la santé ou la sécurité. Elle vise à enrayer un processus de marginalisation. Elle « *prend la forme* »⁶¹¹ d'un contrat d'accompagnement qui formalise et individualise l'aide à la gestion des prestations et l'accompagnement social, dans un but de responsabilisation. Ce contrat s'inscrit dans un contexte dont il est indissociable. Une grande attention est portée par le législateur à la nécessité de coordonner l'ensemble des mesures d'action sociale mises en œuvre. Une participation active de l'utilisateur est requise, puisque le contrat « *repose sur des engagements réciproques* »⁶¹². La définition de la mesure d'accompagnement posée par l'article L. 271-1 du Code de l'action sociale et des familles est une définition opératoire, qui précise ses propres conditions d'application et donne au contrat son objet, consistant à prévoir des actions au service de la protection de la personne (A). Le contenu de la mesure met surtout en évidence sa finalité sociale (B).

⁶⁰⁹ Art. L. 271-6 CASF.

⁶¹⁰ Le formulaire rédigé dans la Vienne énonce dans son article 1, que « *ce contrat, conclu pour la mise en œuvre d'une mesure d'accompagnement social personnalisé, prévoit des actions en faveur de l'insertion sociale tendant à rétablir les conditions d'une gestion autonome des prestations sociales* ». Dans le département des Yvelines, l'article 1 du formulaire précise que « *le contrat a pour objet de mettre en place une Mesure d'Accompagnement Social Personnalisé (MASP) qui comporte une aide à la gestion des prestations sociales et un accompagnement social individualisé dans la perspective d'un retour à l'autonomie, au bénéfice de l'intéressé, M. ... dont la santé ou la sécurité est menacée par les difficultés qu'il éprouve à gérer ses prestations sociales. Cette mesure a pour objectif de l'aider dans sa gestion budgétaire et de l'accompagner de façon individualisée dans son parcours d'insertion sociale* ».

⁶¹¹ Art. L. 271-1 CASF.

⁶¹² *Id.*

A. Des actions au service de la protection de la personne

176. L'objet de la mesure d'accompagnement social personnalisé est hérité du modèle de la tutelle aux prestations sociales adultes, qui prévoyait que le délégué devait percevoir les prestations, payer les dépenses et assurer une mission éducative visant à la réadaptation. Ces deux axes demeurent dans la nouvelle mesure, sous une forme un peu différente. Le contrat prévoit deux types d'actions : celles « *en faveur de l'insertion sociale* » et celles « *tendant à rétablir les conditions d'une gestion autonome des prestations sociales* »⁶¹³. Elles illustrent le déploiement de la notion d'accompagnement (1) et favorisent la contractualisation des actions en faveur de l'insertion et de la gestion autonome (2).

1. Le déploiement de la notion d'accompagnement

177. **Diversité des usages de la notion d'accompagnement.** — L'accompagnement irradie dans des domaines divers. Il est déployé auprès des consommateurs⁶¹⁴, des parents⁶¹⁵, des demandeurs d'emploi ou des salariés⁶¹⁶, des créateurs ou repreneurs d'entreprise⁶¹⁷. Il est encore présent en droit pénal⁶¹⁸ ou dans le secteur de la formation⁶¹⁹. C'est un mode d'intervention particulièrement connu dans la prise en charge de la fin de vie⁶²⁰. Dans ces domaines d'émergence de l'accompagnement, sa réalisation est souvent sous-traitée⁶²¹, déléguée⁶²², voire privatisée⁶²³ et ce, dans de nombreux pays⁶²⁴. Les usages et les champs

⁶¹³ Art. L. 271-2 CASF.

⁶¹⁴ Notamment les consommateurs surendettés, art. L. 332-1 C. consom.

⁶¹⁵ Art. L. 141-2 CASF (accompagnement parental).

⁶¹⁶ Service public de l'emploi (Art. L. 5311-1 C. trav.) ; Licenciement économique (Art. L. 1233-65 C. trav.) ; Accompagnement personnalisé pour l'accès ou le maintien dans l'emploi (Art. L. 5131-1 C. trav.), ou contrat d'accompagnement dans l'emploi (Art. L. 5134-20 C. trav.).

⁶¹⁷ Art. L. 5141-1 et s. C. trav.

⁶¹⁸ Accompagnement des mineurs détenus (Art. R. 57-9-13 C. pr. pén.).

⁶¹⁹ G. AMADO, Le coaching ou le retour de Narcisse ?, *Connexions*, 2004/1 n° 81, p. 43.

⁶²⁰ Depuis la Loi n° 99-477 du 9 juin 1999, visant à garantir le droit à l'accès aux soins palliatifs. V. aussi l'article R. 4127-38 C. santé publ. : « *Le médecin doit accompagner le mourant jusqu'à ses derniers moments* ».

⁶²¹ En France.

⁶²² Ce mouvement d'externalisation concerne largement la mesure d'accompagnement social personnalisé. V. *supra*, n° 169.

⁶²³ En Australie, aux Pays-Bas, au Royaume-Uni. V. N. GEORGES, L'externalisation de l'accompagnement des demandeurs d'emploi : modalités d'un marché en plein essor, Document de travail Centre d'Études et de l'Emploi, février 2007, n° 81.

⁶²⁴ C. GRATADOUR, M. MANSUY, Sous-traiter l'accompagnement des chômeurs : éléments d'évaluation, *Travail et Emploi* n° 112, 2007, p. 21.

dans lesquels se fait la promotion de l'accompagnement sont variés. Le phénomène est repéré et le terme employé sans que, pour autant, une définition précise en soit proposée.

178. Éléments de définition. — Le mot et l'idée sont extrêmement courants et encouragés par les politiques publiques. Envisagé sous la diversité de ses formes ⁶²⁵, il est le fait de « *se joindre à quelqu'un pour aller où il va en même temps que lui* » ⁶²⁶. Il est avant tout un « *processus dynamisant trois logiques* » ⁶²⁷ : relation, déplacement et synchronicité. Il permet de travailler à l'autonomisation. C'est l'objectif affiché. Toutefois, un tel travail suppose une dépendance, une interdépendance entre accompagnant et accompagné. Celui qui reçoit la fonction d'accompagner doit encore prendre concrètement la posture de l'accompagnement. Il faut mettre l'accompagné en situation de s'exprimer, d'agir personnellement. L'accompagné est le sujet actif de ce processus négocié. La contractualisation apparaît alors comme une caractéristique de l'accompagnement ⁶²⁸.

179. Accompagnement, assistance, représentation. — Selon le Code de l'action sociale et des familles, le nouveau contrat prévu par l'article L. 271-1 comporte un « *accompagnement social individualisé* » ⁶²⁹. Les actions en faveur de l'insertion sociale prévues par le contrat constituent son volet « accompagnement ».

Au sens commun, l'accompagnement est le fait d'aller avec quelqu'un ⁶³⁰, d'être présent auprès de lui. Au sens technique, tel qu'il est entendu ici, il est un mode d'intervention sociale auprès de la personne. L'accompagnement peut être rapproché de l'assistance et de la représentation mises en œuvre dans les mesures de curatelle et de tutelle. Ensemble, ces trois modes d'action distincts bâtissent le dispositif de protection des majeurs. Du reste, l'accompagnement n'est pas cantonné aux mesures sociales ⁶³¹. Il existe une part d'accompagnement, spécifique, dans les mesures judiciaires qui ne supposent pas la substitution mais plutôt le suivi, le soutien, la sollicitude ⁶³².

⁶²⁵ Tutorat, coaching, consulting, mentorat, etc.

⁶²⁶ M. PAUL, *L'accompagnement : une posture professionnelle spécifique*, L'Harmattan, 2004, p. 308.

⁶²⁷ M. PAUL, *loc. cit.*

⁶²⁸ M. PAUL, *loc. cit.*

⁶²⁹ Art. L. 271-1 CASF.

⁶³⁰ LAROUSSE, *Dictionnaire de français*, V° Accompagner, III.

⁶³¹ Que sont la mesure d'accompagnement social personnalisé et la mesure d'accompagnement judiciaire.

⁶³² L. PECAUT-RIVOLIER, *Les mesures de protection du Code civil comme dispositif d'accompagnement*, *RDSS*, 2012, 1010.

La représentation laisse le protecteur faire les actes pour la personne protégée, l'assistance place le protecteur à ses côtés pour agir avec elle lorsqu'elle en prend l'initiative. L'accompagnement est plus proche de l'assistance mais il s'en distingue en ce qu'il apporte une aide à accomplir les actes, du moment de leur conception à celui de leur concrétisation. Certains auteurs font le départ entre ces deux notions par le contrôle, présent dans l'assistance et absent dans l'accompagnement⁶³³, car l'accompagnement suppose une mise à distance du pouvoir, une extériorité nécessaire de l'accompagnateur⁶³⁴. Il peut être difficile d'accorder la protection et l'accompagnement. La première impose un cadre au protecteur, qui l'incite à limiter les risques pour limiter l'engagement de sa responsabilité, tandis que le second invite à l'expérimentation nouvelle ou retrouvée de la liberté⁶³⁵, qui induit une responsabilité.

180. Un passage. — La répartition entre les mesures de protection et les mesures d'accompagnement s'opère par le constat d'une altération des facultés. La distribution peut aussi être faite en s'intéressant aux notions de vulnérabilité structurelle et culturelle⁶³⁶. Ces lignes de partage doivent être combinées pour épouser la réalité. Et la loi montre bien l'avantage qu'il y a à permettre le passage d'une mesure d'accompagnement à une mesure de protection, en prévoyant que « *lorsque les actions [...] n'ont pas permis à leur bénéficiaire de surmonter ses difficultés à gérer les prestations sociales qui en ont fait l'objet et que sa santé ou sa sécurité en est compromise [...]* le procureur de la République saisit le juge des tutelles aux fins du prononcé d'une sauvegarde de justice ou de l'ouverture d'une curatelle, d'une tutelle ou d'une mesure d'accompagnement judiciaire »⁶³⁷. La difficulté à gérer les prestations sert souvent de révélateur à d'autres difficultés ou à d'autres causes de difficultés, parmi lesquelles l'altération des facultés. Si l'accompagnement présente un caractère transitoire, c'est aussi parce qu'il peut servir d'antichambre à une mesure judiciaire de protection.

⁶³³ F. PETIT, L'émergence d'un droit à l'accompagnement, *RDSS*, 2012. 977. Pour M. PAUL, *op. cit.*, l'accompagnement a une dimension de contrôle, qui est présente dans la notion de « suivi ». Il s'agit d'un contrôle à distance, de l'accomplissement du plan élaboré avec l'accompagné. Ce contrôle est d'une autre nature que celui qui consiste à valider des actes ou à les remettre en cause juridiquement.

⁶³⁴ L. BASCO, Pour une pédagogie de l'accompagnement, *RDSS*, 2012. 1026.

⁶³⁵ *Ibid.* Ce qui doit inclure une certaine acceptation de la prise de risque.

⁶³⁶ B. LAVAUD-LEGENDRE, La paradoxale protection de la personne vulnérable par elle-même : les contradictions d'un « droit de la vulnérabilité » en construction, *RDSS*, 2010, p. 520.

⁶³⁷ Art. L. 271-6 CASF.

La notion d'accompagnement paraît bien avoir un caractère provisoire, par opposition à l'assistance et à la représentation des mesures judiciaires qui, si elles n'ont plus vocation à être permanentes ⁶³⁸, présentent malgré tout le caractère d'une plus grande stabilité.

L'accompagnement donne à l'intervention son aspect dynamique. L'évolution est au cœur de la démarche, elle en est même le but. L'utilisateur est pris en compte dans sa situation et son état actuels considéré dans une situation et un état futurs, et envisagé dans une trajectoire dont l'inscription dans le contrat est formalisée par l'énoncé d'objectifs à atteindre.

181. Une intervention sur-mesure. — L'accompagnement est une démarche singulière parce que spécifiquement adaptée à l'utilisateur concerné. Il est personnalisé, individualisé. L'individu est pris en tant que tel, au sein de son environnement familial, social, professionnel.

L'accompagnement est d'abord une relation et une façon d'adapter l'aide à son bénéficiaire et au contexte. Il apparaît comme l'instrument d'un renouvellement des pratiques, au-delà desquelles il convient de se demander si l'horizon est brodé d'un contrôle accru des comportements ou, plutôt, d'un raffermissement de l'éthique du travail social ⁶³⁹.

2. La contractualisation des actions

182. Actions en faveur de l'insertion sociale. — Les actions à réaliser sont présentées comme des objectifs communs des cocontractants, qu'ils s'engagent à atteindre ensemble. Le formulaire conçu par le département de la Vienne traduit les engagements réciproques par des objectifs « *que les parties s'efforcent d'atteindre* ». Ces objectifs sont détaillés dans des rubriques. Celle intitulée « *insertion sociale* » propose, de façon non exhaustive, des actions telles que la « *stabilisation de la situation par rapport au logement* », la « *démarche d'accès aux soins* », ou une « *utilisation des ressources de son environnement en fonction du projet* ». Conformément à la loi, les actions sont bien prévues directement par le contrat, donc immédiatement négociées entre le département et le bénéficiaire, le prestataire étant associé le cas échéant. D'autres départements ont une approche différente et ne précisent pas le contenu des actions dans le contrat initial. Ils conçoivent ces actions comme un engagement du département ⁶⁴⁰ et non

⁶³⁸ Leur durée est nécessairement déterminée : elle est de cinq ans maximum pour la décision initiale (art. 441 C. civ.) et d'une même durée ou d'une durée plus longue que le juge détermine pour les renouvellements (art. 442 C. civ.).

⁶³⁹ Un auteur voit dans l'accompagnement la voie vers un renouveau du principe de fraternité, le moyen d'humaniser la règle de droit : M. BORGETTO, La portée juridique de la notion d'accompagnement, *RDSS*, 2012, 1029.

⁶⁴⁰ Conseil général des Yvelines. « *Contrat d'Accompagnement Social Personnalisé... 5. Les engagements réciproques. Le Département s'engage [...] à proposer des actions en faveur de l'insertion sociale, tendant à rétablir les conditions d'une gestion autonome des prestations sociales* ». [En ligne]. Disponible sur : <http://www.hauts-de->

comme des projets négociés. La négociation est renvoyée à plus tard, dans le cadre de l'élaboration d'un plan d'aide destiné à réaliser les actions déterminées par le département.

- 183. Aide à la gestion.** — La mesure comporte un volet proposé au bénéficiaire, qui est « *une aide à la gestion de ses prestations sociales* » ⁶⁴¹. Cette aide comporte plusieurs niveaux, selon les besoins évalués et selon la volonté ou, au contraire, en considération du refus du bénéficiaire. Trois niveaux d'aide sont prévus, le dernier palier étant situé hors du champ conventionnel. Les présentations de la mesure d'accompagnement mettent toutes l'accent sur la bifurcation de la mesure, marquée par le refus du bénéficiaire ou une inexécution de sa part, que cette dernière soit ou non fautive, puisque la loi ne donne aucune précision sur ce point en prévoyant seulement le « *cas de refus par l'intéressé du contrat d'accompagnement social personnalisé ou de non-respect de ses clauses* » ⁶⁴².
- 184. Premier niveau contractuel d'aide à la gestion.** — La première action est une aide contractualisée. Elle peut simplement consister en un apprentissage de techniques de gestion budgétaire. La formation du bénéficiaire peut être assurée par la personne chargée de son accompagnement. L'individualisation de cette action permet de cibler les besoins et d'adapter l'aide. Ce niveau d'action concrétise les engagements de chacune des parties au contrat de « faire avec » l'autre. Le bénéficiaire participe à la restauration de sa situation.
- 185. Deuxième niveau : aide par la gestion.** — « *Le bénéficiaire du contrat peut autoriser le département à percevoir et à gérer pour son compte tout ou partie des prestations sociales qu'il perçoit, en les affectant en priorité au paiement du loyer et des charges locatives en cours.* » ⁶⁴³ L'aide reste de nature contractuelle. L'initiative peut être prise tant par le département après évaluation des difficultés du bénéficiaire, mais elle peut aussi émaner du bénéficiaire lui-même, parce qu'il souhaite se rassurer, ou obtenir un soutien plus important afin de clarifier ou d'assainir une situation matérielle complexe. Le texte prévoit une autorisation donnée par le bénéficiaire. Il est ainsi espéré que la représentation conventionnelle en matière de gestion budgétaire est de nature à favoriser l'autonomie, étant entendu qu'elle reste limitée à la perception de certaines prestations ⁶⁴⁴.

seine.net/fileadmin/PDF/Solidarites/Prevention_Protection/MASPCONTRAT.pdf (Consulté le 5 mai 2015).

⁶⁴¹ Art. L. 271-1 CASF.

⁶⁴² Art. L. 271-5 CASF.

⁶⁴³ Art. L. 271-2 CASF.

⁶⁴⁴ Conformément au décret n° 2008-1498 du 22 décembre 2008 fixant les listes de prestations sociales mentionnées aux articles L. 271-8 et L. 361-1 du Code de l'action sociale et des familles et à l'article 495-4

La mesure avec gestion se présente comme une délégation de pouvoirs consentie par l'attributaire des prestations sociales. Il charge un tiers d'accomplir en son nom une double opération, qui consiste d'une part à percevoir tout ou partie des prestations et, d'autre part, à gérer tout ou partie des prestations. Cette pratique contractuelle n'est pas nouvelle en travail social. On la désignait autrefois sous le nom de « *tutelle officieuse* »⁶⁴⁵. Ce mandat conventionnel, auparavant ignoré du législateur, produisait les mêmes effets que les mesures judiciaires de tutelle aux prestations sociales. L'administration veillait ainsi au contrôle des conditions de vie des enfants en évitant autant que possible une saisine du juge, considérée comme stigmatisante. « *Dans les cas les moins graves où l'on se trouve en présence de parents qui ne sont ni tarés ni animés de mauvaises intentions mais seulement incapables de tenir un ménage ou d'équilibrer un budget, l'action préventive ou rééducative du service social, pouvant aller jusqu'à l'organisation d'une tutelle officieuse, doit suffire le plus souvent. Le concours qualifié de monitrices d'enseignement ménager et d'aides familiales a permis à certains services sociaux d'obtenir d'excellents résultats dans de semblables circonstances.* »⁶⁴⁶ Le recours au juge des enfants n'était envisagé que pour les autres, les « *inamendables* ».

Les tutelles officieuses avaient été écartées, après qu'on en ait constaté la désaffection grandissante. Si elles réapparaissent, c'est désormais sous le sceau officiel de la réforme de mars 2007. Seule l'expérience permettra de dire si une telle mesure est plus efficace qu'autrefois. Le bénéficiaire du contrat, qui peut autoriser la perception et la gestion, est celui qui « *perçoit les prestations* »⁶⁴⁷. Personne d'autre que lui n'a qualité pour donner cette autorisation. Cela est évident lorsque les prestations visées lui sont destinées pour des raisons propres à sa personne. Un mandat signé par le conjoint, le concubin ou le partenaire serait sans valeur, ces parties n'ayant pas de droit sur les prestations. Cela semble moins évident s'agissant notamment des prestations familiales. Elles sont en principe dues à la personne physique qui assume la charge effective et permanente de l'enfant⁶⁴⁸. C'est cette personne qui a la qualité d'allocataire et une seule personne peut avoir cette qualité à l'égard d'un enfant. Dans un couple, il y a désignation de l'allocataire d'un commun accord. C'est une option. Si le droit d'option n'est pas exercé, l'épouse ou la concubine se voit reconnaître la qualité d'allocataire. Si le droit d'option est exercé, l'option peut être remise en cause au bout d'un

du Code civil et le plafond de la contribution des bénéficiaires de la mesure d'accompagnement social personnalisé.

⁶⁴⁵ A ne pas confondre avec la tutelle officieuse organisée par le Code Napoléon, qui consistait à entretenir un mineur durant cinq ans, afin de permettre son adoption.

⁶⁴⁶ Circulaire du 28 octobre 1948 relative à la tutelle aux prestations familiales.

⁶⁴⁷ *Supra*, n°159.

⁶⁴⁸ CSS, art. L513-1.

an, sauf changement de situation. On voit bien, d'une part l'importance de l'affectation de telles prestations, qui concernent les enfants, la famille et, d'autre part, la fragilité d'une mesure d'accompagnement conclue sur ces seules prestations. La séparation du couple, ou la remise en cause de l'option, aura des répercussions. La mesure peut alors disparaître avec le droit aux prestations. Si l'on se réfère aux textes, il n'en reste pas moins que l'attributaire des prestations familiales est la personne entre les mains de laquelle sont versées les prestations. L'attributaire peut être l'allocataire, son conjoint, son concubin, voire la personne qui assure l'entretien de l'enfant. Concernant les prestations familiales, on pourrait prolonger le débat en rappelant que l'enfant en est à la fois la cause et le but et que, par conséquent, l'attributaire n'est qu'un dépositaire, un utilisateur légal. Dès lors, on peut même se demander quelle est sa légitimité à contractualiser, à déléguer la gestion qui lui revient. La doctrine envisageait déjà l'attributaire comme un mandataire dont le mandat pouvait être remis en cause en cas de mauvaise utilisation des prestations⁶⁴⁹. Sous cet angle, l'idée qu'un mandataire défaillant puisse arbitrer seul des suites à réserver à ses manquements et se substituer un tiers paraît peu pertinente. Cela étant, dans la mesure d'accompagnement, les textes ne connaissent que la personne qui perçoit les prestations, par conséquent seul l'attributaire peut valablement signer un mandat de perception et de gestion⁶⁵⁰.

186. Condition commune aux deux premiers niveaux : la *compliance*. — « *L'expression "compliance thérapeutique", apparue dans l'Index Medicus en 1975, a été définie par R. B. HAYNES et coll. comme "le degré de concordance entre le comportement d'un individu — en termes de prise médicamenteuse, suivi de régime ou changement de style de vie — et la prescription médicale".* »⁶⁵¹. La *compliance* est une soumission aux actions fixées dans le contrat, une observance efficace des règles posées. Dès lors que l'accord ou l'efficacité de l'accord font défaut, le niveau contractuel est dépassé.

187. Troisième niveau : l'aide à la gestion contrainte. — En l'absence de consentement, aucun contrat n'étant conclu, le bénéficiaire des prestations peut de fait se retrouver dans la même situation qu'un bénéficiaire ayant conclu un contrat d'accompagnement en cas d'inexécution. Tous deux pourront se voir imposer le versement direct⁶⁵² de leurs

⁶⁴⁹ J. HOCHARD, Le droit personnel des enfants aux prestations familiales, Dr. soc. 1961, n° 1, 51.

⁶⁵⁰ La remarque vaut pour le RSA : celui qui est allocataire et donc bénéficiaire du RSA a seul qualité pour signer une MASP et, a fortiori, une MASP avec gestion.

⁶⁵¹ P. ALVIN, L'adolescent et sa « *compliance* » au traitement, *Enfances & Psy* 2004/1, n25, p. 46.

⁶⁵² Dans une certaine limite, de proportion et de durée, fixée par l'art. L. 271-5 du CASF : la procédure « *ne peut avoir pour effet de le priver des ressources nécessaires à sa subsistance et à celle des personnes dont il assume la charge*

prestations au bailleur de leur logement s'ils ne se sont pas acquittés de leurs obligations locatives durant deux mois ⁶⁵³. Le refus de contracter et l'inexécution contractuelle produisent le même effet : la possibilité de saisine du juge aux fins de versement direct d'une partie des prestations. En cas d'inexécution, le cadre contractuel n'est pas remis en cause. Le recours au juge permet l'exécution forcée. En cas de refus de contracter, la situation est différente. La sanction du refus de contracter laisse entendre qu'une obligation préexistait malgré tout, dont la source ne serait pas contractuelle.

L'objectif poursuivi est le maintien dans le logement. Le moyen importe peu et l'absence de consentement du bénéficiaire des prestations ne le place pas hors du champ de la mesure d'accompagnement. Le consentement n'est pris en compte que s'il peut produire un effet utile à la réalisation du but premier de la mesure. Dès lors que celui-ci est refusé ou que le contrat qui en découle ne produit pas le résultat escompté, le juge est sollicité. Le remède exclut le bénéficiaire des prestations du paiement des loyers. On ne lui demande pas ou plus son autorisation pour percevoir une partie de ses prestations en son lieu et place, pour exercer une gestion partielle contrainte en payant une dette entre les mains du créancier. Après l'engagement réciproque de faire « avec », apparaît la possibilité de faire « pour » le bénéficiaire opposant ou le cocontractant défaillant. Lorsque ce versement direct ne peut suffire et que la mesure d'accompagnement a montré ses limites, soit « *lorsque les actions prévues [...] n'ont pas permis à leur bénéficiaire de surmonter ses difficultés à gérer les prestations sociales qui en ont fait l'objet et que sa santé ou sa sécurité en est compromise* », le cadre contractuel disparaît complètement et le dispositif judiciaire est sollicité. Le président du conseil général saisit le procureur de la République qui, s'il l'estime opportun, « *saisit le juge des tutelles aux fins du prononcé d'une sauvegarde de justice ou de l'ouverture d'une curatelle, d'une tutelle ou d'une mesure d'accompagnement judiciaire* » ⁶⁵⁴.

Les objectifs d'aide affichés ne parviennent pas toujours à masquer le dessein d'un contrôle contractualisé de l'usage des prestations sociales...

B. Une finalité sociale

- 188.** La mesure d'accompagnement ne conduit pas à des actions isolées. Toutes viennent s'inscrire dans un maillage de prestations déjà en place, elles-mêmes développées sur un terrain

effective et permanente. Le juge fixe la durée du prélèvement dans la limite de deux ans renouvelables sans que la durée totale de celui-ci puisse excéder quatre ans ».

⁶⁵³ Art. L. 271-5 CASF.

⁶⁵⁴ Art. L. 271-6 CASF.

contractuel dans un but d'utilité collective. La mesure est prise dans un mouvement général de contractualisation de l'action sociale qui se traduit par une instrumentalisation du contrat.

189. Le mouvement de contractualisation de l'action sociale. — L'organisation de l'action sociale encourage d'abord la coordination des interventions, par différents moyens, notamment la conclusion de conventions entre les opérateurs, fortement encouragée aux échelons régional et départemental.

Une contractualisation est ensuite recherchée entre les opérateurs et les usagers de l'action sociale. Une même personne peut cumuler plusieurs types d'aide. Elle peut, par exemple bénéficier de l'allocation adulte handicapé et vivre dans un établissement d'hébergement. Pour chacune de ces situations, elle participe à l'élaboration d'un acte qui la concerne et qui détermine l'aide mise en place par la collectivité. Dans cette hypothèse, l'intéressé a déjà rédigé un projet de vie ⁶⁵⁵ et signé un contrat de séjour ⁶⁵⁶. Puisque différents projets individuels sont établis, il convient d'en assurer la cohérence dans le contrat d'accompagnement qui vient se joindre à eux.

Un devoir de coordination des actions est enfin exigé des services sociaux chargés de la mesure d'accompagnement, qui doivent explorer toutes les voies et ont l'obligation de rechercher et d'articuler les moyens d'action auprès du bénéficiaire.

190. L'instrumentalisation du contrat. — La mesure d'accompagnement social personnalisé « prend la forme d'un contrat » ⁶⁵⁷. Deux personnes s'obligent l'une envers l'autre à faire ou ne pas faire les choses qu'elles déterminent. La qualité du consentement pourrait être discutée, eu égard à la situation de faiblesse, au moins économique, de l'un des contractants. Le consentement peut tout aussi bien être donné à une autre action éducative budgétaire que la mesure d'accompagnement social proprement dite. Ce que cette mesure a de particulier, c'est surtout le pouvoir de contrainte qu'elle donne aux prescripteurs de l'aide. La contrainte peut

⁶⁵⁵ Conformément à la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées. JORF n° 36 du 12 février 2005 page 2353, dont l'article 11 (aujourd'hui codifié – Art. L. 114-1-1 CASF-) prévoit, notamment, que « les besoins de compensation sont inscrits dans un plan élaboré en considération des besoins et des aspirations de la personne handicapée tels qu'ils sont exprimés dans son projet de vie, formulé par la personne elle-même ou, à défaut, avec ou pour elle par son représentant légal lorsqu'elle ne peut exprimer son avis. »

⁶⁵⁶ Conformément à l'art. L. 311-4 CASF. V. *infra*, n° 194.

⁶⁵⁷ Art. L. 271-1 CASF : « Toute personne majeure qui perçoit des prestations sociales et dont la santé ou la sécurité est menacée par les difficultés qu'elle éprouve à gérer ses ressources peut bénéficier d'une mesure d'accompagnement social personnalisé qui comporte une aide à la gestion de ses prestations sociales et un accompagnement social individualisé. Cette mesure prend la forme d'un contrat conclu entre l'intéressé et le département, représenté par le président du conseil départemental, et repose sur des engagements réciproques ».

rester morale, le majeur signant pour éviter la saisine du juge judiciaire. Elle devient judiciaire s'il refuse de signer ou d'exécuter le contrat.

Cette dimension se retrouve un peu dans le dispositif de protection de l'enfance. Une mesure d'aide est prévue par le Code de l'action sociale et des familles. Cette aide, dite accompagnement en économie sociale et familiale (AESF), est proposée par le conseil général dans le cadre de l'aide sociale à l'enfance ⁶⁵⁸. Elle peut être demandée ou proposée aux parents, mais elle ne prend pas nécessairement la forme d'un contrat. Il faut que le recours à cette aide n'apparaisse pas suffisant pour qu'une mesure judiciaire puisse être ordonnée ⁶⁵⁹. Mais la mise en œuvre ou le refus de la mesure sociale n'est pas expressément une condition préalable de la mesure judiciaire, qui apparaît donc moins comme une sanction.

Avant ces mesures, les acteurs associatifs avaient développé des conventions avec des administrations en vue d'un accompagnement éducatif et budgétaire, dont l'objectif était la prévention de l'endettement des fonctionnaires. Certaines de ces conventions ont été maintenues ⁶⁶⁰. Elles ont l'avantage de préserver la personne en difficulté de l'idée de contrainte.

Au-delà de la forme, la question de savoir si, au fond, la mesure d'accompagnement social est bien un contrat, mérite d'être posée. Si c'est un contrat, celui-ci présente des spécificités. À commencer par le traitement de son inexécution, qui conduit systématiquement à l'information de l'autorité judiciaire par le cocontractant public. Le président du conseil général n'a pas le choix : dès lors que les objectifs fixés ne sont pas atteints, il doit saisir le procureur de la République ⁶⁶¹. La situation du majeur bénéficiant d'une mesure d'accompagnement est clairement sous contrôle de la justice. Dans la relation contractuelle classique, le recours au juge est évité et le droit se trouve dans un mouvement général de déjudiciarisation, dans lequel s'inscrit la réforme de la protection juridique des majeurs. D'autres points incitent à penser que le contrat d'accompagnement n'est peut-être pas un contrat traditionnel. Un contrat classique forme la loi des parties et le principe défendu est

⁶⁵⁸ Art. L. 222-3 CASF.

⁶⁵⁹ Il s'agit de la Mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial (MJAGBF), prévue par l'article 375-9-1 du Code civil.

⁶⁶⁰ UDAF 81 <http://www.unaf.fr/pf/spip.php?article3063> ou UDAF Saône et Loire : action auprès des personnels de l'Économie et des Finances, selon une convention passée avec la Direction départementale des Services Fiscaux en 2005 ; action auprès des personnels de l'Éducation Nationale, selon une convention passée avec le Rectorat en 2004. <http://www.udaf71.fr/qui-sommes-nous/des-services/aeb>.

⁶⁶¹ Art. L. 271-7 CASF.

celui de son intangibilité, tandis que la mesure d'accompagnement, et plus généralement l'intervention sociale, font naître des contrats changeants, adaptables à l'évolution des situations de fait. Ce qui paraît entendu dans l'expression selon laquelle la mesure « *prend la forme d'un contrat* », c'est que le législateur fait avant tout le choix d'une procédure. Il veut privilégier le dialogue, la négociation. La forme permet l'utilisation du concept contractuel à des fins éducatives.

191. L'utilité sociale du contrat d'accompagnement. — Le contrat d'accompagnement social est apparu dans le sillage du contrat de responsabilité parentale. Ils peuvent être groupés avec d'autres, tels que le plan d'aide au retour à l'emploi (PARE), sous l'appellation de contrats pédagogiques ⁶⁶². La nature contractuelle de ces actes est affirmée bien qu'elle fasse discussion. Ce qui caractérise ces actes, c'est principalement le rappel d'obligations préexistantes. Le contrat se fait outil d'une politique de responsabilisation, de donnant-donnant. Il devient un outil de respect de la loi, assis sur une logique d'échange. Le contrat vient à la place de la loi ou au soutien de la loi. Le droit véhiculé par le contrat serait plus accessible, mieux compris, et par conséquent mieux respecté. Le contrat vient se poser sur une situation qui était institutionnelle au départ : celle de l'allocataire de prestations sociales. Le contrat prend le relais du contrôle sans le faire disparaître. Les critères du contrat pédagogique dégagés par la doctrine ⁶⁶³ sont au nombre de trois : l'absence de choix du cocontractant, l'absence de choix du contenu et le caractère non économique de l'échange. Le cadre classique est dépassé. Dans la mesure d'accompagnement, les intérêts économiques servent de levier, de moyen permettant de soutenir l'intérêt collectif, la cohésion sociale. Le contrat vient rappeler des obligations et sollicite l'adhésion de l'allocataire à celles-ci : une prise de conscience est attendue de lui. Les prestations sont finalisées et se traduisent par des obligations mises à la charge de leurs bénéficiaires. Tantôt, elles visent à compenser une situation causée par l'âge ou le handicap. Tantôt, elles sont destinées à compenser des charges familiales importantes ou un faible niveau de revenu. La compensation n'est effective que si l'affectation des sommes versées correspond bien aux prévisions. Les écarts sont signalés et corrigés pour assurer l'efficacité du système.

⁶⁶² V. *infra*, n° 240 et s. J. ROCHFELD, La contractualisation des obligations légales. La figure du « contrat pédagogique », in M. XIFARAS, G LEWKOWICZ, Repenser le contrat. Paris, Dalloz, 2009 (Méthode du droit).

⁶⁶³ J. ROCHFELD, Le contrat de responsabilité parentale, une nouvelle figure du « contrat pédagogique ». *RDC*, 2006/3. 665.

La mesure d'accompagnement exprime deux obligations : en droit, celle de bien employer ses prestations ; en fait, celle de contracter avec le département. Dès lors que l'allocataire accepte de s'engager sur la voie contractuelle, il affirme se donner les moyens d'évoluer positivement.

Par l'expansion de l'accompagnement, s'est propagée l'individualisation des difficultés, dont certaines relèvent sans doute du collectif⁶⁶⁴. L'un des risques que présente ce mouvement est d'exclure ceux qui ne peuvent pas contracter, faute de pouvoir se projeter dans l'avenir⁶⁶⁵ et de pouvoir ainsi être « activés », donc acteurs de leur prise en charge⁶⁶⁶. Si l'accompagnement peut ainsi devenir une norme d'exclusion, il peut, à l'opposé, être vécu comme un moyen d'inclusion et permettre de considérer les personnes en situation de grande dépendance comme des personnes ayant besoin d'un accompagnement constant pour sortir de l'assistanat, voire de l'infantilisation dans laquelle elles avaient pu être maintenues et être reconnues pleinement, comme sujet et citoyen⁶⁶⁷. Il s'agit là d'une évolution des pratiques, passant de la prise en charge à la prise en compte, et prônée par la loi de février 2005⁶⁶⁸.

Si l'accompagnement, envisagé dans sa dimension contractuelle, a sa place pour soutenir les personnes fragilisées, il privilégie facilement les moins affectées d'entre elles. Pourtant, l'objectif de protection doit pouvoir l'emporter sur le principe de liberté contractuelle lorsque cela est nécessaire.

⁶⁶⁴ G. AMADO, Le coaching ou le retour de Narcisse ? *Connexions*, 2004/1 n° 81, p. 43. C'est aussi le problème dans la vie professionnelle, lorsque L'EVALUATION du travail est individuelle alors que celui-ci est effectué collectivement (I. GERNET, C. Dejours, Évaluation du travail et reconnaissance, *Nouvelle revue de psychosociologie*, 2009/2 n° 8, p. 27. Les auteurs dénoncent les effets délétères de ces décalages).

⁶⁶⁵ Opinion soutenue à propos du contrat jeune majeur par J. PETIT-GATS, N. GUIMARD, L'accompagnement du jeune majeur : un contrat qui soutient la sortie des dispositifs de protection de l'enfance, *Enfances & Psy*, 2013/3 n° 60, p. 137.

⁶⁶⁶ M. PAUL, *op. cit.*

⁶⁶⁷ M. NUSS, Propositions pour un accompagnement plus humanisé et humanisant et une formation plus adaptée, Ministère de la sécurité sociale, des personnes âgées, des personnes handicapées et de la famille, juin 2006. L'auteur souligne l'exigence de formation des accompagnants et propose une unification des métiers de l'accompagnement des personnes.

⁶⁶⁸ Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

SECTION II.

LA FIGURE CONTRACTUELLE, INSTRUMENT D'EQUILIBRE ET DE SURVEILLANCE : LE DOCUMENT INDIVIDUEL DE PROTECTION

192. L'usage de la technique contractuelle dans la relation d'aide a d'abord fait ses preuves outre-Atlantique dans les années 1960, avant d'influencer la pratique française du travail social naissant ⁶⁶⁹.

Depuis la loi de rénovation de l'action sociale et médico-sociale de 2002, la législation recourt clairement à la notion de contrat pour répondre à une quête d'égalité et assurer une garantie des droits. Ces droits sont assortis de devoirs réciproques, ce qui répond à une idéologie fondée sur la responsabilisation de l'usager des services sociaux. Le modèle de l'action sociale a changé, une grammaire nouvelle est ainsi promulguée. Les règles de l'État social actif se trouvent désormais inscrites dans les codes et la mesure d'accompagnement social personnalisé en est un exemple saillant.

Jusqu'à la réforme de 2007, les mesures judiciaires de protection des majeurs restaient cependant un îlot dominé par les règles du Code civil, sous le contrôle du juge des tutelles et du procureur de la République ⁶⁷⁰. Ces mesures n'étaient « *pas une action sociale offensive mais une action substitutive* », en ce sens qu'elles étaient différenciées « *notamment des tutelles aux prestations sociales* » ⁶⁷¹. Le travail du protecteur consistait à remplacer la famille défaillante, non à exercer une mission d'action sociale. Toutefois, la pratique se développait en ce sens, par innervation, compte tenu de la désignation croissante d'associations tutélaires employant des travailleurs sociaux. De fait, l'exercice des mesures judiciaires de protection était déjà largement influencé par les techniques du travail social. Les termes d'individualisation, de responsabilisation, de projet, et de contrat ont gagné la relation tutélaire ⁶⁷².

⁶⁶⁹ La création de la Direction de l'action sociale ne date que du décret n° 70-1052 du 21 novembre 1970, art. 1. (J. O. du 15 novembre 1970, p. 10536). Cette direction a eu pour mission d'exercer les attributions de la direction de la famille, de la vieillesse et de l'action sociale, et d'assurer l'action sociale des caisses.

⁶⁷⁰ Même si les professionnels étaient agréés par leur inscription sur une liste établie par le procureur après avis du préfet.

⁶⁷¹ M. BAUER, T. FOSSIER, *Les tutelles. Protection juridique et sociale des enfants et des adultes*, Paris, ESF, 1994, p. 275.

⁶⁷² Tout comme dans l'entreprise et l'école, sous couvert d'une modernisation dont les risques sont dénoncés par de nombreux auteurs, philosophes ou sociologues. Il existe un diktat de l'autonomie, de l'action, voire de la transformation. V. not., pour une critique de ce paradigme : J. -P. LE GOFF, *La barbarie douce*, La Découverte, 2003. (Sur le vif).

La loi du 5 mars 2007 a consacré cette évolution en soumettant expressément les mandataires judiciaires à la protection des majeurs aux règles de l'action sociale et médico-sociale, qui imposent la remise aux usagers de documents spécifiques, parmi lesquels figure un contrat de séjour. Le principe d'un document individuel de protection des majeurs a été conçu par le législateur et son contenu a été défini par le pouvoir réglementaire. Il est une adaptation du contrat de séjour aux acteurs tutélaires (§1) et à l'objet spécifique des mesures de protection (§2).

§1. L'ADAPTATION DU CONTRAT DE SEJOUR AUX ACTEURS TUTELAIRES

193. L'intervention se situe dans un cadre judiciaire non négociable ⁶⁷³. La question est alors de savoir s'il est souhaitable et possible d'ajouter quelque chose au jugement. Dans la négative, ce document ne serait qu'un copier-coller des dispositions en vigueur et du dispositif du jugement exécuté. Dans l'affirmative, le mode d'exécution pourrait encore faire place à la discussion, aux échanges, voire à la négociation sur les voies et moyens d'atteindre l'objectif fixé par la mesure de protection.

Le document individuel de protection n'est pas présenté comme un contrat. Il s'inscrit cependant dans le cadre général de la contractualisation de l'action sociale, et plus précisément dans le processus de développement et d'adaptation du contrat de séjour. Le choix du contractant n'est pas libre mais la signature n'est pas imposée et le contenu, qui correspond aux objectifs personnalisés de l'action tutélaire et aux actions à mener dans ce cadre, est négocié.

Dire que le document individuel n'est pas un contrat apparaît conforme aux affirmations majoritaires des professionnels du secteur social. Toutefois, faire du document individuel un contrat serait peut-être le moyen le plus sûr d'obtenir des engagements réels et précis de la part des professionnels, ainsi conduits à répondre de l'exécution de leur mission déclinée en actions concrètes ⁶⁷⁴. Le document, en ce qu'il incite à une participation active de l'utilisateur, apparaît comme un ersatz du contrat de séjour (A) établi par le service mandataire à la protection des majeurs et la personne protégée (B).

A. Un ersatz du contrat de séjour

194. **Généralisation du contrat de séjour dans le secteur social et médico-social.** — Le contrat de séjour est le document qui formalise la relation entre une personne accueillie ou suivie par un établissement ou un service social ou médico-social au sens de l'article L. 312-1 du Code de l'action sociale et des familles ⁶⁷⁵. Il précise les modalités de la prise en charge

⁶⁷³ Tout comme en matière de protection judiciaire de la jeunesse. V. Note PJJ n° 141/07 du 16 mars 2007 relative à la mise en œuvre de la loi n° 2002-2.

⁶⁷⁴ Sur le plan d'aide au retour à l'emploi (PARE), V. A. SUPLOT, Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? *Dr. soc.*, 2003. 59. L'auteur défend la nature contractuelle du PARE, hors laquelle la contractualisation produirait ses « *pires effets normalisateurs* ».

⁶⁷⁵ CASF, art. L. 312-1, I.

individualisée ⁶⁷⁶. Ce contrat a connu un mouvement d'extension avant de devoir admettre des exceptions.

La notion de contrat de séjour est apparue en 1990 ⁶⁷⁷, d'abord à propos du prix des prestations de certains établissements d'hébergement pour personnes âgées. Son domaine a été élargi une première fois en 1997 ⁶⁷⁸ à l'ensemble de ces établissements et à ceux hébergeant des personnes handicapées ou inadaptées.

En consacrant les droits des usagers du secteur social et médico-social, la loi du 2 janvier 2002 a étendu le champ du contrat de séjour à l'ensemble des établissements et services sociaux. Le contrat est exigé pour tous. De plus, il fait toujours référence au prix des prestations mais, bien plus largement, il « *définit les objectifs et la nature de la prise en charge ou de l'accompagnement dans le respect des principes déontologiques et éthiques, des recommandations de bonnes pratiques professionnelles et du projet d'établissement. Il détaille la liste et la nature des prestations offertes ainsi que leur coût prévisionnel* » ⁶⁷⁹.

195. La substitution au contrat de séjour d'un document individuel à la nature incertaine.

— La conclusion d'un contrat de séjour est en principe obligatoire. Par exception, lorsque l'accueil ou l'accompagnement porte sur une durée continue ou discontinue de moins de deux mois par an ou lorsqu'il ne comprend pas de prestations d'hébergement, le contrat est remplacé par un document individuel de prise en charge. Cette substitution a également lieu lorsque l'usager refuse de signer le contrat. Par ailleurs, pour les usagers de certains établissements, le recours au contrat est écarté d'emblée par la loi, au profit du document

⁶⁷⁶ L'une des pistes de réflexion sur la place des usagers et de leurs familles dans l'actualisation de la rénovation de la loi n° 75-535 du 30 juin 1975 relatives aux institutions sociales et médico-sociales est de réussir à « *imaginer pour chaque personne accueillie la conclusion d'un contrat de séjour garantissant à l'intéressé et à son entourage une prise en charge réellement individualisée tant dans son contenu que dans sa durée* ». Intervention de M. Jacques BARROT, ministre du travail et des affaires sociales devant le Comité national de l'organisation sanitaire et sociale (section sociale), Paris, le 3 octobre 1996.

⁶⁷⁷ Loi n° 90-600 du 6 juillet 1990 relative aux conditions de fixation des prix des prestations fournies par certains établissements assurant l'hébergement des personnes âgées. JORF n° 160 du 12 juillet 1990 page 8226, art. 1 : « *les établissements pour personnes âgées [...] qui ne sont ni habilités à recevoir des bénéficiaires de l'aide sociale, ni conventionnés au titre de l'aide personnalisée au logement, ne peuvent héberger une personne âgée sans qu'au préalable un contrat écrit ait été passé avec cette personne ou son représentant légal* ».

⁶⁷⁸ Loi n° 97-60 du 24 janvier 1997, tendant, dans l'attente du vote de la loi instituant une prestation d'autonomie pour les personnes âgées dépendantes, à mieux répondre aux besoins des personnes âgées par l'institution d'une prestation spécifique dépendance. JORF n° 21 du 25 janvier 1997, page 1280. Ce texte a modifié, notamment, la loi n° 75-535 du 30 juin 1975, relative aux institutions sociales et médico-sociales. JORF du 1 juillet 1975 page 6604.

⁶⁷⁹ Art. L. 311-4 CASF.

individuel ⁶⁸⁰. Enfin, dans le « *cas de mineurs pris en charge au titre d'une mesure éducative ordonnée par l'autorité judiciaire* », même lorsque l'établissement ou le service doit en principe conclure un contrat de séjour, il y a lieu à établissement d'un document individuel ⁶⁸¹.

Le recours à cet acte unilatéral a été imaginé par l'UNAPEI ⁶⁸², qui « *considérerait que les structures associatives pour personnes handicapées étant gérées par des personnes morales représentant les familles* » et qu'il « *était impossible de passer un contrat avec soi-même* » ⁶⁸³. Cet argument doit être écarté puisque le contrat est un acte conclu entre un usager, le cas échéant représenté par son tuteur ou son mandataire de protection future ⁶⁸⁴, et une personne morale gestionnaire distincte des personnes physiques qui représentent les familles en tant qu'administrateurs. Il n'y a pas, juridiquement, de « *contrat avec soi-même* » mais bien un contrat entre deux personnes juridiques distinctes. Toutefois, si le représentant de l'association gestionnaire signe à la fois pour elle et en qualité de représentant contractuel ou judiciaire d'un majeur protégé, il peut y avoir conflits d'intérêts. Le même conflit peut exister en cas d'intérêt personnel direct, voire indirect, si l'administrateur a des liens avec l'usager, mais un tel conflit ne peut exister dans l'absolu, du seul fait que les administrateurs de l'organisme gestionnaire sont aussi des représentants des familles.

Selon l'avis des praticiens, la portée du document individuel de prise en charge est différente de celle du contrat, mais la signature du document pourrait influencer sur sa nature ⁶⁸⁵. Le Code de l'action sociale et des familles précise que le document « *peut être contresigné par la personne accueillie ou son représentant légal* » ⁶⁸⁶.

⁶⁸⁰ Selon l'article D. 311 du CASF, ces établissements sont les centres d'action médico-sociale précoce, les établissements ou services mettant en œuvre les mesures éducatives ordonnées par l'autorité judiciaire, les établissements ou services, dénommés selon les cas centres de ressources, centres d'information et de coordination ou centres prestataires de services de proximité, mettant en œuvre des actions de dépistage, d'aide, de soutien, de formation ou d'information, de conseil, d'expertise ou de coordination au bénéfice d'usagers, ou d'autres établissements et services.

⁶⁸¹ Art. D. 311 CASF.

⁶⁸² L'UNAPEI est l'Union nationale des associations de parents, de personnes handicapées mentales et de leurs amis.

⁶⁸³ J. -F. BAUDURET, M. JAEGER, *Rénover l'action sociale et médico-sociale, Histoires d'une refondation*, Paris, Dunod, 2002, p. 109.

⁶⁸⁴ L'expression devrait être modifiée : lorsque le mandat prend effet, la protection n'est plus future. Parler de mandat de protection, et plus précisément de mandat conventionnel de protection, serait plus approprié.

⁶⁸⁵ A. VIARD (Dir.), *La loi de rénovation de l'action sociale au quotidien*, L'Harmattan, 2005, p. 165.

⁶⁸⁶ Art. D. 311 CASF.

La requalification du document est alors envisageable, le document revêtant de fait deux signatures et portant sur le même contenu que le contrat de séjour. Le contenu est en effet identique à celui du contrat de séjour. Le document comme le contrat comporte la définition des objectifs de la prise en charge, la mention des prestations pouvant être servies sans délai, la description des conditions d'accueil et les conditions de la participation financière. Dans les deux actes, les objectifs sont définis avec l'utilisateur, précisés et actualisés dans un délai de six mois, puis chaque année. Cette participation de l'utilisateur est le point central du dispositif de l'action sociale renouvelée. L'élaboration, « avec la participation de l'intéressé ou de son représentant [...] faisant évidemment droit à l'idée de « contrat » et par là à l'idée de mettre l'utilisateur en position égalitaire avec le service »⁶⁸⁷, l'attente à l'égard du contrat de séjour était « qu'il constitue un véritable engagement de la structure à l'égard du bénéficiaire en ce qui concerne le contenu même de sa prise en charge, ce qui conduirait ainsi à l'instituer en véritable « client » de l'action sociale et médico-sociale »⁶⁸⁸. Ainsi, le document individuel et le contrat de séjour pourraient l'un comme l'autre créer une situation dans laquelle le service se trouverait débiteur d'obligations.

196. Intégration des services tutélaires dans le champ social. — Les travaux préparatoires de la réforme des majeurs concluaient à l'opportunité de l'inscription des organismes tutélaires dans le champ de l'action sociale et médico-sociale : « l'intégration des services tutélaires dans le champ de la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 renouvelant l'action sociale et médico-sociale permettrait aux personnes morales de droit public ou privé ainsi qu'aux personnes physiques exerçant des fonctions de protection des personnes de se situer dans un cadre d'action renouvelé et de bénéficier de l'ensemble des outils prévus par ladite loi. Les dispositifs de contrôle en seraient améliorés et l'activité des services tutélaires plus encadrée, dans le respect des nouveaux principes qui fondent l'action sociale et médico-sociale depuis la loi n° 2002-2 et des spécificités de l'activité des services tutélaires »⁶⁸⁹. L'article 15 de la loi portant réforme de la protection juridique des majeurs soumet plus ou moins les opérateurs professionnels de la tutelle au Code de l'action sociale et des familles, en déclarant notamment que « les services mettant en œuvre les mesures de protection des majeurs ordonnées par l'autorité judiciaire au titre du mandat spécial auquel il peut être recouru dans le cadre de la sauvegarde de justice ou au titre de la curatelle, de la tutelle ou de la mesure d'accompagnement judiciaire » « sont des établissements

⁶⁸⁷ M. BORGETTO, R. LAFORE, Droit de l'aide et de l'action sociales. Paris, Montchrestien, Lextenso éditions, 2009, n° 236. (Domat droit public).

⁶⁸⁸ *Ibid.*

⁶⁸⁹ J. VOISIN, D. ANGHELOU, La réforme de la protection juridique des majeurs. Rapport public du Ministère de la Santé, de la Famille et des Personnes handicapées, 2003.

et services sociaux et médico-sociaux »⁶⁹⁰. La loi de 2007 a ainsi étendu le champ social et médico-social et, du même coup, celui du contrat de séjour. Le terme de contrat n'est pas employé lorsque l'usager ne consent pas à la mise en place du dispositif qui le concerne. Tel est le cas pour les mesures judiciaires de protection des majeurs. Les usagers sont judiciairement placés sous la protection d'une personne qu'ils ne choisissent pas librement⁶⁹¹.

197. Un double contrôle de l'activité des services tutélaires. — L'insertion des services tutélaires dans la catégorie des services sociaux leur a donné un statut et les a soumis à des contraintes nouvelles. Le statut des mandataires judiciaires à la protection des majeurs est aujourd'hui un statut unifié, rassemblant les anciens gérants de tutelle, les préposés d'établissements, les tuteurs ou curateurs d'État et les mandataires spéciaux désignés dans le cadre de la sauvegarde de justice. Il concerne aussi les professionnels pouvant se voir confier des mesures d'accompagnement judiciaire. Les mandataires judiciaires peuvent être des personnes physiques ou des personnes morales. Tous, ils exercent à titre habituel⁶⁹² les mesures de protection ordonnées par le juge des tutelles. Bien qu'unifié, le régime auquel sont soumis les mandataires n'est pas totalement calqué sur celui qui s'applique à tous les établissements et services sociaux. D'abord parce que certains mandataires voient leurs obligations allégées⁶⁹³ et ensuite, parce que les textes relatifs aux droits des usagers, et spécialement au contrat de séjour, ont dû être adaptés au champ de la protection des majeurs.

L'activité des mandataires judiciaires continue aussi de faire l'objet d'un contrôle judiciaire, puisque « *le juge des tutelles et le procureur de la République exercent une surveillance générale des mesures de protection dans leur ressort* »⁶⁹⁴. Le juge des tutelles et le greffier en chef exercent aussi un contrôle particulier sur chaque dossier.

Ce contrôle préexistant et la prévalence des règles du Code civil font de la supervision administrative un niveau supplémentaire et concurrent de vérification. Les deux vont viser la même activité, sous des angles différents. Les magistrats contrôleront les actes, la juste

⁶⁹⁰ Art. 15, L. 2007-308.

⁶⁹¹ Ils peuvent avoir désigné un curateur ou un tuteur par anticipation mais le juge peut l'écartier si l'intérêt de la personne protégée le commande (art. 448 C. civ.). Ses sentiments sont pris en considération par le juge qui désigne le protecteur (art. 449 C. civ.).

⁶⁹² Art. L. 471-1, CASF.

⁶⁹³ Tous les mandataires professionnels ne doivent pas établir un document individuel de protection : seuls les services le doivent, et non les mandataires personnes physiques. La loi précise en effet que cet écrit est remis « *lorsque le mandataire judiciaire est un service mentionné au 14° du I de l'article L. 3121* » (Art. L. 471-8 CASF).

⁶⁹⁴ Art. 416, C. civ.

application des textes relevant de leur compétence, tandis que l'autorité administrative contrôlera l'activité, le recrutement et le suivi des professionnels, en les autorisant à fonctionner et en leur octroyant les moyens financiers de le faire, sur la base d'indicateurs nationaux complexes et changeants ⁶⁹⁵.

198. Le respect de principes et de droits. — Les fédérations d'associations tutélaires se sont nettement prononcées en faveur de l'intégration dans le champ d'application de la loi de rénovation de l'action sociale, dans le but d'ouvrir aux personnes protégées l'accès aux garanties sur les droits des usagers. Elles considèrent que le protecteur est le « *garant de l'accompagnement du projet de vie* » et que le document individuel de protection « *correspond au projet tutélaire individualisé déjà présent dans la pratique des services tutélaires* » ⁶⁹⁶. Les fédérations ont ainsi adhéré pleinement aux principes énoncés par la loi de rénovation, que sont l'autonomie, la protection, la citoyenneté, la cohésion sociale et la prévention des exclusions. Le volet relatif aux droits des usagers a donc été le moteur des choix exprimés. « *Cette position ne méconnaît pas les ajustements à prévoir au niveau des décrets d'application de la loi : le caractère judiciaire des mesures, toutes les conséquences qui y sont attachées, et les limites posées par la représentation de la personne dans tous les actes de la vie civile* » ⁶⁹⁷.

Les textes réglementaires ont prévu un contenu spécifique mais pas forcément adapté aux aptitudes des majeurs protégés. La reprise en l'état de l'ensemble de leurs prescriptions risque de rendre le document indigeste et de le ravalier au rang d'une formalité dénuée de sens et d'utilité. Pour cette raison, l'adaptation du document au domaine de la protection des majeurs a suscité des interrogations. Les premières d'entre elles portaient sur la capacité de compréhension de ses destinataires. Des réflexions ont été conduites par certains professionnels pour rendre accessible l'information délivrée ⁶⁹⁸. Des préconisations en

⁶⁹⁵ Ministère du travail, des relations sociales, de la famille, de la solidarité et de la ville. Indicateurs applicables aux services mandataires judiciaires à la protection des majeurs et aux services délégués. Arrêté du 9 juillet 2009 pris en application de l'article R. 314-29 du Code de l'action sociale et des familles. Bulletin officiel No 2009/6 bis. Douze indicateurs sont utilisés dans le calcul du financement des services, dont : le poids moyen de la mesure (nature, lieu d'exercice, durée), la valeur du point service, la valeur du point personnel ou le nombre de points par ETP.

⁶⁹⁶ ANGT, FNAT, UNAF, UNAPEI et UNASEA selon l'annexe XV du rapport J. VOISIN, D. ANGHELOU, *op. cit.*

⁶⁹⁷ *Ibid.*

⁶⁹⁸ V. En ce sens D. BULGHERESI-DESCUILHES, Cour de cassation, colloque du 18 mars 2010, La protection des majeurs vulnérables : premier bilan de la réforme des tutelles. Table ronde : L'évolution des professions chargées de la protection des majeurs vulnérables, *LPA*, 4 novembre 2010, n° 220, p. 46 : « *Lorsque nous avons commencé à travailler sur ces documents, nous avions un peu tendance, sur le terrain en tant que mandataires judiciaires, à nous demander quel serait l'intérêt de présenter et d'expliquer ces informations à des personnes diminuées, incapables de comprendre leur portée. Il a bien été prévu, initialement, de présenter ces documents en nous adaptant*

faveur d'une information facile à lire et à comprendre ont été faites par les acteurs associatifs ⁶⁹⁹. Les exigences réglementaires se conjuguent *a priori* assez mal avec l'objectif d'accessibilité des informations qui commande l'usage de mots simples et de documents assez courts.

B. Un document établi par le service mandataire et le majeur protégé

199. Un support de la relation tutélaire. — Le service tutélaire doit élaborer un document individuel de protection avec l'utilisateur. Plus exactement, il doit impérativement rechercher sa participation et son adhésion ⁷⁰⁰. L'accomplissement de cette obligation de moyens est souvent rendue difficile pour deux raisons. La première est que les parties en présence ne se sont pas choisies, puisque c'est un jugement qui a désigné le mandataire et lui a confié l'exercice de la mesure. La seconde est que les causes qui ont déterminé l'ouverture de la mesure sont de nature à présenter un obstacle naturel à la participation pleine et entière du majeur. Dès lors, le service doit tout mettre en œuvre pour permettre la plus large expression du majeur. Le document apparaît comme le point initial d'une relation entre le majeur protégé titulaire de droits garantis et le service mandataire débiteur de la garantie de ces droits et libertés individuels.

200. Les professionnels tenus d'élaborer un document individuel. — La protection des majeurs s'inscrit dans les missions de l'action sociale et médico-sociales définies par le Code de l'action sociale et des familles, qui « *sont accomplies par des personnes physiques ou des institutions sociales et médico-sociales* » ⁷⁰¹.

Personnes physiques et personnes morales ont en commun d'être des tiers, étrangers à la famille du majeur et exerçant à titre professionnel, mais le motif de la distinction n'est pas spécifique au domaine de la protection. La distinction vaut pour le contrat de séjour ou le document individuel de prise en charge : ils ne s'imposent qu'aux établissements et services. Les services sont des « *personnes morales de droit public ou privé gestionnaires d'une manière permanente*

aux capacités du majeur. En fait, la charte est devenue un document très important, voire primordial, car même si le majeur n'en comprend pas totalement la portée, l'entourage familial et les professionnels qui les protègent en comprennent eux la portée ».

⁶⁹⁹ INCLUSION EUROPE (Association européenne des organisations de personnes handicapées mentales et leurs familles), L'information pour tous. Règles européennes pour une information facile à lire et à comprendre, UNAPEI, octobre 2009.

⁷⁰⁰ Art. D. 471-8, CASF.

⁷⁰¹ Art. L. 311-1, CASF.

des [...] services sociaux et médico-sociaux mentionnés à l'article L. 312-1 »⁷⁰². La loi consacre la place des associations soumises à la loi de 1901 comme opérateurs traditionnels du social et, par suite, de la protection des majeurs, sans toutefois fermer la porte à d'autres opérateurs⁷⁰³. Tout service est débiteur des mêmes obligations à l'égard des usagers. Lorsque le mandataire est un service, un document individuel est remis « afin de garantir l'exercice effectif des droits mentionnés aux articles L. 311-3 à L. 311-9 du Code de l'action sociale et des familles ». Les mandataires personnes physiques, agréés ou désignés, bien que professionnels, ne sont pas concernés. Leur obligation à l'égard de l'application de la loi n° 2002-2 est limitée à la remise de la notice d'information et de la charte des droits de la personne protégée⁷⁰⁴.

Le document est « établi et signé au nom du service par une personne habilitée à cette fin par son responsable »⁷⁰⁵. Les délégations de signature sont autorisées. Elles sont en principe écrites et nominatives. Le service est engagé par la signature de celui qui a été habilité et sans doute également engagé par la délégation apparente. Sans l'habilitation du responsable du service, le mandataire judiciaire ne peut signer le document. L'effet est celui de la délégation de signature. Le responsable conserve le pouvoir de signer lui-même les documents et il confère ce même pouvoir aux personnes qu'il désigne. Une gestion claire des délégations est attendue du service.

201. Les majeurs concernés. — Les majeurs concernés par le document individuel de protection sont des majeurs protégés représentés ou assistés, voire accompagnés par un service mandataire à la protection des majeurs. Il s'agit de personnes sous tutelle, sous curatelle, sous sauvegarde de justice ou bénéficiaires d'une mesure d'accompagnement judiciaire dont la mesure est exercée par un service mandataire. En droit commun des contrats, ces personnes ne pourraient pas toutes contracter valablement, ou dans certaines limites seulement. Les majeurs sous sauvegarde, les majeurs faisant l'objet d'un accompagnement judiciaire conservent cette capacité, ainsi que les personnes sous curatelle.

⁷⁰² Au nombre desquels figurent les « services mettant en œuvre les mesures de protection des majeurs ordonnées par l'autorité judiciaire au titre du mandat spécial auquel il peut être recouru dans le cadre de la sauvegarde de justice ou au titre de la curatelle, de la tutelle ou de la mesure d'accompagnement judiciaire ».

⁷⁰³ Art. L. 311-1 CASF. La loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 crée un statut d'établissement social et médico-social privé d'intérêt collectif accessible sous certaines conditions à des organismes à but lucratif. La procédure d'appel à projets (art. L. 313-1-1 CASF) vient renforcer l'intervention privée : la personne publique met en concurrence les gestionnaires privés pour la réalisation d'une action publique.

⁷⁰⁴ Art. L. 471-6 CASF. Les mandataires personnes physiques restent des professionnels. S'il est vrai que la pratique contractuelle ou quasi-contractuelle présente une utilité pour le majeur dont la famille ou l'entourage sont absents, il faut regretter cette différence de traitement.

⁷⁰⁵ Art. D. 471-8, III CASF. À rapprocher de l'article D. 311 du même code, relatif au document individuel de prise en charge, qui précise que « ce document est établi et signé par le directeur de l'établissement ou par une personne désignée par l'organisme ou la personne gestionnaire de l'établissement, du service ou du lieu de vie et d'accueil ».

Pour les personnes sous tutelle, l'absence de possibilité de s'engager juridiquement conduit nécessairement à écarter la qualification de contrat de séjour.

202. Le rôle du majeur dans l'établissement du document. — Sous une appellation différente, le document individuel a cependant le même contenu que le contrat de séjour et il poursuit les mêmes objectifs, dans le même environnement juridique. La prise en charge se construit donc pour l'usager, mais elle se construit d'abord avec lui. Il s'agit de prendre en compte des souhaits qui doivent être recherchés. Ainsi, la volonté, qui serait insuffisante à fonder un contrat, n'est-elle pas écartée *a priori*. Au contraire, elle doit être impérativement sollicitée, interprétée si besoin et respectée. Le majeur protégé a donc un rôle actif dans la mise en œuvre de la mesure qui le concerne. L'esprit de la loi est de faire produire un effet utile à la volonté du majeur protégé. Une obligation est mise à la charge du service, qui doit rechercher la participation et l'adhésion du majeur. Le document est donc présenté comme un droit du majeur protégé. Du point de vue du service, c'est surtout une obligation, qui n'est qu'une obligation de moyens.

203. L'intervention d'un tiers dans l'élaboration du document. — Lorsque « *l'état de la personne ne lui permet pas de comprendre la portée du document, un membre du conseil de famille s'il a été constitué ou, à défaut, un parent, un allié ou une personne de son entourage ayant des liens étroits et stables avec la personne protégée et dont le service connaît l'existence ou le subrogé curateur ou tuteur peut être associé à l'élaboration du document* ». L'appréciation de l'état de la personne est surtout une question de fait relevant de la compétence du service, sous le contrôle du juge. Elle peut dépendre du certificat médical à l'origine de la mesure ou du jugement. La participation ou l'adhésion sont susceptibles de degrés. L'évaluation de la compréhension et l'adaptation de la réponse sont de fait laissées à l'appréciation du service. Si un tiers est appelé et qu'un conseil de famille a été constitué, le tiers est prioritairement choisi au sein du conseil. Si le tiers est une personne de l'entourage, il faut que le service connaisse son existence. La lecture des textes réglementaires révèle des possibilités encore plus larges. En effet, l'annexe 4-4 du Code de l'action sociale et des familles prévoit le cas dans lequel la personne présente n'appartient pas à cette liste. Le service mandataire a-t-il une obligation de recherche imposée *a minima* ? Ce n'est vraisemblablement pas une obligation mais seulement une faculté. Même en présence d'un tiers, le service a encore le choix de l'associer ou non à l'élaboration du document ⁷⁰⁶. Sur quels critères le service choisit-il d'associer un tiers ou non ? Les conditions d'élaboration d'un document individuel, en l'absence d'association d'une personne très proche du majeur protégé, pourraient-elles fonder un recours ? Le cas échéant, devant quel juge ?

⁷⁰⁶ Art. D. 471-8, CASF : cet article précise que le tiers « *peut* » être associé.

204. Les conséquences de l'impossibilité ou du refus du majeur de signer le document. —

Quand le majeur participe, il en est fait mention dans le document individuel. Quand il ne peut pas signer le récépissé, cela est mentionné dans le récépissé et la présence d'un tiers est indiquée. Quand le majeur ne veut pas signer, cela fait également l'objet d'une mention dans le récépissé.

L'annexe ne prévoit expressément la signature d'une autre personne que « *si la personne protégée ne peut pas signer le récépissé* ». Si le majeur protégé peut signer mais refuse de le faire, il n'y a pas lieu à l'intervention d'un tiers.

Le refus de signature de la personne présente est aussi envisagé. Le cas échéant, il est mentionné par le mandataire. L'absence de signature laisse le majeur et son entourage dans une position qui n'est régie que par des règles statutaires. Leur signature n'a-t-elle que pour effet d'attester de la remise des documents, comme l'indique le modèle de récépissé, ou vaut-elle acceptation des voies et moyens de réalisation des objectifs fixés ? Selon les dispositions réglementaires, la signature du récépissé par le tiers atteste seulement de la remise des documents ⁷⁰⁷, ou de la prise de connaissance par le majeur lui-même ou la personne présente ⁷⁰⁸.

Pour le document individuel de prise en charge, l'article D. 311 du Code de l'action sociale et des familles fait expressément référence à la pratique du contreséing ⁷⁰⁹. Un contreséing est une « *signature apposée par une autre autorité, auteur de l'acte, afin d'authentifier cette signature et marquer la collaboration des autorités signataires* » ⁷¹⁰. Par la signature, l'utilisateur matérialise un engagement, une coopération avec le service qui le prend en charge. Il est placé en situation d'exercer lui-même un pouvoir propre. Le terme de contreséing n'a pas été repris dans les textes relatifs au document individuel de protection. En droit commun, la signature « *identifie celui qui l'appose* » et « *manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte* » ⁷¹¹. La signature de l'utilisateur n'est envisagée que dans le cadre du récépissé, qui n'a pas d'autre fonction que de constater la réception des documents. Si le service fait signer le document lui-même au majeur, cela peut sans doute en changer la nature. Si le majeur est placé sous tutelle, le document peut en effet être considéré comme un acte strictement personnel ou, à

⁷⁰⁷ Art. D. 471-10, CASF.

⁷⁰⁸ Annexe 4-4, CASF : pour l'un comme pour l'autre, il est précisé de porter la « *signature, précédée de la mention : Je certifie avoir pris connaissance du ou des présent (s) document (s)* ».

⁷⁰⁹ « *Il peut être contresigné par la personne accueillie ou son représentant légal* ».

⁷¹⁰ G. CORNU (Dir.), Vocabulaire juridique de l'Association Henri CAPITANT, PUF, 8^e éd., 2007 (Quadrige), V^o Contreséing.

⁷¹¹ Art. 1316-4, C. civ.

tout le moins, simplement personnel, mais, quoi qu'il en soit, de la compétence du majeur seul, puisque par hypothèse son état le permet. La solution est la même si le majeur est placé sous le régime de la curatelle. Elle vaut *a fortiori* pour les majeurs sous sauvegarde ou bénéficiant d'un accompagnement judiciaire. Son consentement peut donc être juridiquement valable et rien ne s'oppose à la conclusion d'un contrat portant sur les modalités d'exercice de sa mesure.

205. Pratique du document individuel de protection. — Une enquête conduite deux ans après l'entrée en vigueur de la réforme auprès d'un service mandataire géré par une association ⁷¹² a permis de recueillir des données sur l'utilité et l'utilisation concrètes du document. Les différentes obligations posées par les dispositions réglementaires ont fait l'objet de questions ciblées.

À la question de savoir si l'information par la remise de documents à l'ouverture est adaptée au niveau de compréhension des majeurs protégés, 68,18 % des sondés ont répondu « parfois » et 31,82 % « jamais ». 54,55 % pensent que ce document est parfois un bon support pour concevoir un projet individualisé. 31,82 % estiment qu'il est toujours un bon support. Le problème majeur, compte tenu des délais impartis pour l'élaborer, est que la situation du majeur n'est jamais connue avec précision pour 27,27 % d'entre eux. 90,91 % des réponses indiquent que l'élaboration du document permet de formaliser les besoins du majeur. La participation du majeur à ce processus est en revanche peu satisfaisante par rapport aux objectifs. En effet, 27,27 % des mandataires déclarent que les majeurs ne participent jamais et 54,55 % qu'ils participent parfois. Lorsque l'état du protégé ne lui permet pas de participer, les textes prévoient qu'un tiers soit associé. Cependant, 63,64 % des professionnels déclarent ne jamais associer des tiers et 31,82 % le font parfois. Lorsqu'un tiers est associé, il est un membre de la famille dans 45,45 % des cas, et un proche dans seulement 9,09 % des cas.

Sur le respect du délai réglementaire de remise, des écarts sont encore constatés. Seuls 40,91 % des mandataires déclarent le remettre toujours dans les trois mois. 50 % d'entre eux l'expliquent toujours aux majeurs, mais 13,64 % ne l'expliquent jamais. Les autres le font parfois.

Lorsque le document est remis, 27,27 % des professionnels déclarent qu'il n'est jamais signé par le majeur. Pour la majorité d'entre eux, il l'est parfois et pour 18,18 % il l'est

⁷¹² UDAF de la Vienne, avril 2011. Enquête réalisée auprès de l'ensemble des délégués intervenant sur la moitié nord du département de la VIENNE. Cette association exerce plus de 63 % des mesures ouvertes dans le département. (3159 mesures étaient recensées fin 2009 selon le schéma régional de la protection juridique des majeurs, tandis que le nombre de mesures gérées par l'UDAF avoisinait les 2000).

toujours. Les textes prévoient la signature du récépissé, non celle du document. Mais, selon 9,09 % des sondés, le récépissé n'est jamais signé, il l'est parfois pour 40,91 % et toujours pour 50 %. Pour 50 %, un tiers signe le récépissé lorsque le majeur ne peut pas le faire mais lorsque le majeur ne veut pas signer, 77,27 % déclarent trouver un tiers pour signer.

72,73 % des réponses montrent qu'un avenant déterminant les objectifs précis n'est jamais signé. 45,45 % révèlent en outre que la définition des objectifs n'est jamais actualisée actuellement. Une même proportion de professionnel procède parfois à cette actualisation, mais seulement 9,09 % le font toujours.

L'application des textes est assez variable au sein d'un même service. Une disparité existe sans doute également entre différents services. Le défaut d'adaptation aux capacités de compréhension doit particulièrement interroger. Il est soulevé par les professionnels qui conçoivent le plus souvent seuls le document. Lorsque les textes sont respectés, ils le sont donc davantage de façon formelle, sans que cela ne corresponde à une véritable participation du majeur. Les chiffres sur la participation et ceux sur la signature sont identiques. Cela montre que lorsque le majeur élabore le document avec son protecteur, il accepte aussi de le signer, ce qui témoigne de son consentement à ce qui est recueilli est décidé dans ce cadre. Pour 18,18 % des mandataires le majeur signe toujours. Ce sont autant de situations dans lesquelles la contractualisation se trouve matérialisée, mais où la faiblesse de la volonté donne un éclairage particulier au consentement ainsi exprimé.

§2. L'OBJET DU DOCUMENT INDIVIDUEL DE PROTECTION

206. La lecture de l'article L. 471-8 du Code de l'action sociale et des familles assigne au document (conjointement avec la notice d'information, le règlement de fonctionnement ⁷¹³, le recours à une personne qualifiée et la participation au fonctionnement du service), le but général de « *garantir l'exercice effectif des droits mentionnés aux articles L. 311-3 à L. 311-9* » ⁷¹⁴. Le détail du contenu obligatoire du document en montre le but spécifique. Ce document a ainsi un double objet, aux éléments indissociables, qui sont d'offrir des garanties (A) et de soutenir un projet individuel (B).

A. Offrir des garanties

207. **L'effectivité des droits garantis.** — Dans une relation inégalitaire, l'effectivité des droits se conçoit de façon nécessairement contextualisée. Elle tend à un équilibre des relations.

Les droits dont l'effectivité est garantie sont les « *droits des usagers* ». Ils font l'objet d'une section spéciale du Code de l'action sociale et des familles ⁷¹⁵. Le droit fixe aujourd'hui à la fois les buts de l'action sociale et les moyens de les atteindre. Certains auteurs trouvent que la loi réformant la protection des majeurs est dans son ensemble « surjuridicisée » ⁷¹⁶. Le Code énonce ainsi que les établissements et services doivent assurer à la personne, de façon générale, « *l'exercice des droits et libertés individuels* » et de façon spécifique, « *le respect de sa dignité, de son intégrité, de sa vie privée, de son intimité et de sa sécurité [...] le libre choix entre les prestations [...] une prise en charge et un accompagnement individualisé de qualité favorisant son développement, son autonomie et son insertion, adaptés à son âge et à ses besoins, respectant son consentement éclairé qui doit systématiquement être recherché lorsque la personne est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision [...] la confidentialité des informations la concernant ; l'accès à toute information ou document relatif à sa prise en charge [...] une information sur ses droits fondamentaux et les protections particulières légales et*

⁷¹³ Le règlement de fonctionnement « *définit les droits de la personne accueillie et les obligations et devoirs nécessaires au respect des règles de vie collective au sein de l'établissement ou du service* » (art. L. 311-7 CASF).

⁷¹⁴ Sept outils ont été prévus par la loi de rénovation de l'action sociale pour rendre effectifs les droits des usagers : le projet d'établissement ou de service, la participation au fonctionnement de l'établissement ou du service, le recours à une personne qualifiée, la notice d'information (livret d'accueil), la charte des droits et libertés, le règlement de fonctionnement et le contrat de séjour (ou document individuel). Art. L. 311-4 et s. CASF.

⁷¹⁵ Ils font l'objet d'une section du Code de l'action sociale et des familles. Livre III : Action sociale et médico-sociale mise en œuvre par des établissements et des services, Titre Ier : Établissements et services soumis à autorisation, Chapitre Ier : Dispositions générales, Section 2 : Droits des usagers.

⁷¹⁶ Ph. MALAURIE, La réforme de la protection des majeurs, Defrénois 2007. 557, n° 8.

contractuelles dont elle bénéficie, ainsi que sur les voies de recours à sa disposition [...] la participation directe ou avec l'aide de son représentant légal à la conception et à la mise en œuvre du projet d'accueil et d'accompagnement qui la concerne » ⁷¹⁷. La portée de cet article est surtout déclarative, les droits énumérés ayant été constitués par des textes antérieurs et encore confirmé par le Code civil depuis la réforme du 5 mars 2007, puisqu'il énonce clairement que « *cette protection est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne* » ⁷¹⁸. La soumission des services mandataires à l'obligation d'assurer ces droits ne donne qu'une occasion supplémentaire de se pencher sur des pratiques établies, pour les approuver ou les modifier en conséquence. Cette vérification et la bonne observance des règles protectrices des droits et libertés des majeurs font l'objet d'une attention particulière des autorités de contrôle.

208. Les moyens de garantie des droits. — Si l'information est un droit, elle est aussi un moyen. Sous ce double aspect, la notion d'information devient centrale dans tout le dispositif de protection des majeurs. En matière de protection personnelle, le Code civil impose déjà au curateur ou au tuteur de délivrer au majeur « *selon des modalités adaptées à son état et sans préjudice des informations que les tiers sont tenus de lui dispenser en vertu de la loi, toutes informations sur sa situation personnelle, les actes concernés, leur utilité, leur degré d'urgence, leurs effets et les conséquences d'un refus de sa part* » ⁷¹⁹. Une notice d'information est remise au majeur, accompagnée d'une Charte des droits et libertés de la personne majeure protégée et d'un règlement de fonctionnement. Le contenu de ces documents est défini par des textes réglementaires ⁷²⁰. Le service construit son appareil documentaire à partir du texte fondateur qu'est son projet de service. Les moyens documentaires sont considérables, voire pléthoriques. « *Certaines de ces informations sont utiles ; d'autres sont du bavardage* » ⁷²¹. Des moyens humains de garantie des droits les complètent. Ils passent par la possibilité de recours à un tiers, dit personne qualifiée et par l'association du majeur au fonctionnement du service. L'apport de l'affirmation légale de la garantie des droits peut être considéré du point de vue de sa valeur interprétative. Il a pour fonction d'adapter les droits fondamentaux à des domaines précis et très certainement de renforcer ces droits dans la mesure où les intéressés ne sont pas à même de les exercer ou de

⁷¹⁷ Art. L. 311-3, CASF.

⁷¹⁸ Art. 415, C. civ.

⁷¹⁹ Art. 457-1, C. civ.

⁷²⁰ Respectivement Annexe 4-2 et 4-3 du CASF.

⁷²¹ Ph. MALAURIE, Examen critique du projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs, *Defrénois* 2007. 13.

les protéger seuls et il revient aux services mandataires de veiller à leur effectivité. Cela contribue à équilibrer les relations qui s'instaurent avec un protecteur professionnel.

- 209. L'équilibre des relations.** — Les relations ne peuvent être égalitaires. La mesure est judiciaire, donc contrainte. Le majeur n'a pas consenti à sa mise en place. Il est cependant sollicité pour exprimer ses souhaits quant à la mise en œuvre. Il est libre de refuser de participer à l'élaboration de son projet individuel ou à l'organisation et au fonctionnement du service. Aucune sanction ne pouvant être envisagée, le majeur peut n'être débiteur d'aucune obligation de nature contractuelle mais il demeure en revanche créancier de droits fortement affirmés. Sur le plan collectif comme sur le plan individuel, l'usager des services mandataires peut revendiquer des droits à l'encontre de son protecteur.

B. Soutenir un projet individuel

- 210.** C'est sur le plan personnel que le document individuel de protection peut développer ses potentialités, tant à l'entrée dans le dispositif de protection, dans une phase de conception (1) qu'en cours d'exécution, dans la phase d'évaluation de la mesure (2).

1. Le document dans la phase de conception du projet individuel

- 211. Notion de projet individuel.** — Les travailleurs sociaux connaissent et pratiquent assidûment le « projet ». Un « *projet d'accueil et d'accompagnement* » est prévu pour l'ensemble des interventions, par la loi n° 2002-2 de rénovation de l'action sociale ⁷²². L'analyse des résultats produits s'intéresse aussi à la réalisation des « *projets personnalisés* » ⁷²³. Des projets personnalisés existent pour la prise en charge des mineurs ⁷²⁴ et diverses manifestations de cette notion apparaissent dans l'accompagnement médico-social des majeurs. Les services d'accompagnement à la vie sociale et services d'accompagnement médico-social pour adultes handicapés, par exemple, élaborent un « *projet individualisé d'accompagnement* », qui tient lui-même compte du « *projet de vie* » de la personne ⁷²⁵. Pour les services de soins infirmiers, ou les services d'aide et de soins à domicile, les textes évoquent des « *projets individualisés de soins* »

⁷²² Art. L. 311-3 CASF.

⁷²³ Décret n° 2007-975 du 15 mai 2007 fixant le contenu du cahier des charges pour l'évaluation des activités et de la qualité des prestations des établissements et services sociaux et médico-sociaux.

⁷²⁴ Dans les instituts thérapeutiques, éducatifs et pédagogiques (ITEP), dont les conditions d'organisation et de fonctionnement sont fixées par le décret n° 2005-11 du 6 janvier 2005. De la même façon, des projets personnalisés ou individuels existent dans les établissements accueillant des enfants ou adolescents présentant des déficiences intellectuelles (V. décret n° 2005-11 du 6 janvier 2005).

⁷²⁵ D. 312-172 CASF.

⁷²⁶. Dans le même esprit, le plan personnalisé de compensation du handicap ⁷²⁷ est établi au regard des besoins et aspirations exprimés dans le « *projet de vie* » de la personne en situation de handicap. Il ressort de ces textes que le projet ne se confond pas avec le document de prise en charge qui formalise ses principaux éléments. Un projet de vie est d'abord exprimé. À partir de lui, un projet d'accompagnement peut être élaboré par le service avec l'utilisateur. Celui-ci consiste en une démarche dynamique adaptée à cet usager, qui sera ensuite formalisée par un document.

Le document individuel de protection ne se confond pas avec le projet de la personne. Il le prend en compte, il l'absorbe, il l'englobe. Il retient les objectifs et expose les actions à développer pour les réaliser. C'est un outil de coordination dans lequel est intégré le recours aux partenaires intéressés. Il est révisable car il doit être ouvert à des évolutions ou opportunités non connues à l'avance. Il n'a pas pour but de renforcer la contrainte résultant de la décision de justice, mais de permettre un maximum d'autonomie dans ce cadre prédéfini. Trop détaillé, il risque de manquer d'efficacité ; pas assez, il encourt la critique de devenir standardisé.

212. Des travaux préparatoires. — Cette étape est celle d'une construction commune. Le service doit élaborer le document, mais il doit le faire avec le majeur et non pour lui, chaque fois que cela est possible. Le préalable est celui « *d'une connaissance précise de la situation de la personne protégée* » et « *d'une évaluation de ses besoins* » ⁷²⁸. Cela suppose un travail préparatoire d'investigation, en amont de la rédaction du document. Cette phase doit être respectueuse des droits et libertés. Pour autant, des éléments relevant de l'intimité de la vie privée sont collectés et traités par le service. Les textes prévoient que cette première phase se déroule « *dans le respect des principes déontologiques et éthiques, des recommandations de bonnes pratiques professionnelles et du projet de service* » ⁷²⁹. Elle doit encore respecter les prescriptions énoncées par la loi informatique et libertés.

213. Un contenu impératif. — Le document doit comporter un certain nombre d'éléments, recensés par le décret de 2008 ⁷³⁰. Il doit d'abord rappeler la nature de la mesure et ses objectifs généraux et délivrer « *une information personnalisée sur les objectifs personnels de la mesure* ».

⁷²⁶ Décret n° 2004-613 du 25 juin 2004.

⁷²⁷ Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

⁷²⁸ Pour J. -R. LOUBAT, *Rénovation de la loi de 1975 et relation de service*, *Empan* n° 45, p. 47, il faut en finir avec l'idée de besoins présumés et préconçus.

⁷²⁹ Art. D. 478-1 CASF.

⁷³⁰ Décret n° 2008-1556 du 31 décembre 2008, art. 1.

Si le majeur a participé à l'élaboration, il a sans doute déjà reçu une information, au moins orale, sur ce que pouvait être son propre projet. Ici, l'information écrite sera autant que possible adaptée à la capacité de compréhension du majeur. Cette information correspond un peu aux conditions particulières des contrats, contrastant bien avec le caractère non négocié des conditions générales, posées par la loi et la décision de justice. Le document précise les modalités d'accueil et d'échange entre le service et le majeur, ainsi que le coût de la mesure qui sera laissé à sa charge. Ces dernières rubriques sont très impersonnelles mais donnent des renseignements utiles pour poser les bases d'une mesure bien comprise. Si le majeur participe à l'élaboration du document, il en est fait mention.

214. La possibilité d'une contractualisation. — Le mandat judiciaire est premier, il détermine les grands axes de l'intervention. La décision par laquelle la mesure est ordonnée expose la situation du majeur et attribue un rôle au mandataire, dont les attributions ne sont pas détaillées. Le mandat est ensuite combiné avec le document établi par le mandataire, avec la participation de l'utilisateur. Il s'agit de négocier l'action du premier auprès du second et le rôle du second dans la mesure qui le concerne. Cette participation, tout comme la signature du récépissé, pourrait fonder un engagement de nature contractuelle à l'égard du service. C'est pourquoi certains praticiens ont choisi de ne pas détailler le document au-delà des exigences réglementaires, afin d'éviter la formation d'un contrat.

Parmi les droits du majeur, figure le droit à un accompagnement individualisé. Cette individualisation est embryonnaire dans le document individuel. Elle se développe ensuite « *s'il y a lieu* », dans un avenant qui précise les objectifs et détermine les actions à mener. Les services tendent à éviter toute contractualisation de ces actions afin de conserver une liberté d'appréciation et d'action plus grande et, par suite, un pouvoir exclusif sur l'exercice de la mesure. Les majeurs sous sauvegarde ou bénéficiaires d'un accompagnement judiciaire auraient pourtant la capacité juridique de contracter sur les voies et moyens de réaliser les objectifs de la mesure. Les textes recherchent la participation, le consentement du majeur autant que possible, tandis que les services, s'ils souhaitent exploiter le contrat en tant que technique d'intervention, tentent de rejeter les responsabilités que le droit commun du contrat implique. Ils recourent au concept en le réduisant à son efficacité instrumentale. La pratique accueille l'utilité et rejette la responsabilité du contrat.

Il existe des dangers à « *utiliser de façon naïve, c'est-à-dire au premier degré et sans les mettre en perspective, les "technologies" qui se sont développées dans le travail social, en éducation spécialisée, et même aussi dans le soin psychiatrique. On risquerait alors de ne rien entendre de l'interprétation spontanée qu'une personne se propose pour qualifier le lien qu'elle noue avec le professionnel qui intervient auprès d'elle : quand l'utilisateur se croit dans l'univers d'échange par le don, le professionnel se situe dans l'univers de l'échange*

contractuel équilibré, et les effets de cette non-communication sont périlleux »⁷³¹. Renoncer à l'asymétrie du lien instauré entre le professionnel et le majeur protégé fait place au don d'individuation, qui lui permet d'être reconnu en tant que sujet, de sortir d'un anonymat, d'être extrait d'une catégorie à laquelle il se trouve habituellement rattaché. Cependant, là où l'intervention conduite par le professionnel prendra pour lui appui sur des techniques comme celle du projet individualisé, il s'agira pour le majeur de socialité primaire, d'un don auquel ses progrès répondent en tant que contre-don. Dès ce moment, l'échange est faussé et l'étaillage apporté risque de ne pouvoir disparaître sans compromettre le progrès accompli. Il faut sans doute ne pas perdre de vue que le but n'est pas de formaliser des contraintes à la charge de l'utilisateur⁷³².

2. Le document dans la phase d'évaluation de la mesure

- 215. Intérêt pour le majeur protégé.** — Un majeur protégé dont l'état ou la situation permet de formuler des projets et de contribuer à leur réalisation peut trouver intérêt à l'échange qui intervient en principe entre lui et le service mandataire afin d'actualiser « *la définition des objectifs et des actions* »⁷³³. Ainsi, chaque fois que l'état du majeur ne rend pas cet échange impossible, le service doit rechercher son accord, son adhésion, sa participation. Il y a une persistance du consentement, de la recherche de la volonté tout au long de l'exercice de la mesure de protection, ce qui est conforme à l'esprit de la loi réformant la protection des majeurs, qui place résolument celui-ci au centre de la mesure ordonnée pour lui.
- 216. Intérêt pour la collectivité.** — La collectivité a délégué à un service la mission de protection. Elle veille à en contrôler le bon accomplissement, tant dans le souci de vérifier le bon emploi des deniers publics que dans celui de s'assurer de l'accomplissement et aussi de l'efficacité de la prestation. Le service délimite son intervention et les résultats observés permettront de mesurer les réussites et les écarts. Les documents relatifs au financement ne s'intéressent pas à des cas individualisés, ils fonctionnent par catégories, les types d'indicateurs s'intéressent à la nature de la mesure, au lieu de son exercice ou à la phase d'exécution (ouverture, gestion courante et clôture)⁷³⁴. Si la loi ne fait pas de référence

⁷³¹ P. FUSTIER, *Le lien d'accompagnement. Entre don et contrat salarial*, Dunod, Paris, 2000, p. 90.

⁷³² V. En ce sens : J. -F. BAUDURET, M. JAEGER, *Rénover l'action sociale et médico-sociale* ; J. -Y. MATHO ; G. JANVIER, *Mettre en œuvre les droits des usagers* ; J. -R. LOUBAT, *Élaborer son projet d'établissement social ou médico-social* ; D. GACOIN, *Conduire des projets en action sociale*.

⁷³³ Cet échange intervient en principe « *à chaque date anniversaire du jugement* », selon l'art. D. 471-8 CASF.

⁷³⁴ Décret n° 2008-1500 du 30 décembre 2008 relatif à la réglementation financière et budgétaire des établissements et services sociaux et médico-sociaux. JORF n° 0304 du 31 décembre 2008 page 20652 :

expresse au projet de vie du majeur protégé pris en charge par un service, elle s’y intéresse directement et favorise la création d’un droit mou qui trouve ici les voies de sa sanction. Les droits des majeurs protégés sont affirmés et renforcés par divers moyens dont le document individuel fait légalement partie. Les services mandataires étant soumis aux règles relatives aux services sociaux, ils mettent en œuvre le Décret de 2007 fixant le contenu du cahier des charges pour l’évaluation des activités et de la qualité des prestations des établissements et services sociaux et médico-sociaux⁷³⁵. Or l’article 2 de ce texte crée une annexe⁷³⁶ qui précise d’une part que « *les objectifs propres à l’évaluation des établissements et services sociaux et médico-sociaux sont de deux ordres [...] Porter une appréciation sur les activités et la qualité des prestations au regard des droits des usagers, et les conditions de réalisation du projet personnalisé* » et que, d’autre part, « *les conditions dans lesquelles est élaboré le projet personnalisé et la capacité de celui-ci à prendre en compte les besoins et droits de l’usager* » seront examinées. De cette façon, un service qui demande le renouvellement de son autorisation présente les résultats d’une évaluation externe⁷³⁷ à l’autorité compétente. Le document individuel vient ainsi rejoindre les éléments d’évaluation de l’action tutélaire par l’administration, ce contrôle venant s’ajouter au contrôle judiciaire des conditions d’exercice de la mesure.

- 217. Confrontation des intérêts individuels et collectifs.** — Une agence nationale de l’évaluation a été mise en place. Elle publie des recommandations auxquelles les services doivent se conformer. Ces recommandations sont présentées comme « *une méthode de consensus formalisé* »⁷³⁸, plus que comme une méthode autoritaire. Elles ont vocation à servir de référence entre les différents partenaires d’une même activité. Les normes sont considérées comme des usages ou non, selon des analyses divergentes⁷³⁹. Ces recommandations ont des répercussions sur les relations entre institutions et usagers. La protection des majeurs, en se

le financement est prévu selon des indicateurs « *prenant en compte notamment la charge liée à la nature de la mesure de protection, à la situation de la personne protégée et au temps de travail effectif des personnels* ».

⁷³⁵ Décret n° 2007-975 du 15 mai 2007 fixant le contenu du cahier des charges pour l’évaluation des activités et de la qualité des prestations des établissements et services sociaux et médico-sociaux.

⁷³⁶ Annexe 3-10 CASF. Contenu du cahier des charges pour la réalisation des évaluations externes.

⁷³⁷ Réalisée par un prestataire habilité par l’ANESM. L’habilitation est une autorisation administrative qui permet de procéder à l’évaluation externe des activités et de la qualité des prestations des établissements et services visés à l’article L. 312-1 du Code de l’Action sociale et des familles. De nombreux évaluateurs ont été habilités en plusieurs vagues depuis 2010.

⁷³⁸ ANESM (Agence nationale de l’évaluation et de la qualité des établissements et services sociaux et médico-sociaux), Les attentes de la personne et le projet personnalisé, Recommandation de bonnes pratiques, décembre 2008.

⁷³⁹ F. LABARTHE, La notion de document contractuel, Thèse, LGDJ, tome 241. Paris, 1994. N°563, p. 348. D. NGUYEN THANH-BOURGEOIS, Normalisation, Jcl. Concurrence, consommation, Fasc. 870, n° 74.

personnalisant, en s'individualisant, en se contractualisant, confirme la nécessité de son adaptation à chaque cas. Le droit de la protection intègre aujourd'hui dans ce but un « *droit souple* », défini comme un « *droit flou (sans précision), droit doux (sans obligation) et droit mou (sans sanction)* »⁷⁴⁰. La valeur de ce droit en tant que tel est sujette à controverse. Néanmoins, compte tenu des enjeux de l'évaluation, ce droit dit consensuel crée indirectement des obligations parce qu'il peut justifier une sanction administrative.

218. Conclusion du Chapitre I. Du contrat de droit civil à l'usage social du contrat. — Les règles du Code de l'action sociale et des familles ne sont « *plus du droit civil, mais de l'aide sociale, d'une nature différente. D'abord dans leur objet, limité aux prestations sociales pour qu'elles soient convenablement gérées. Puis dans leur esprit : à côté de règles de droit, ces mesures relèvent surtout du conseil, parfois très directif. Plus encore que celles du droit civil, ces règles sont nombreuses, complexes et minutieuses, s'attachant, par nécessité, à des détails, pas toujours clairs. Elles sont faites surtout pour ceux qui les appliquent, essentiellement les travailleurs sociaux* »⁷⁴¹. Ces règles ne sont plus du droit civil mais elles sont devenues du droit des majeurs protégés, désormais composite et affranchi des distinctions traditionnelles entre les matières. À première vue, les contrats ou les démarches d'association des usagers de l'action sociale aux mesures qui les concernent mettent en exergue un usage abusif du concept contractuel. L'exigence de consentement, l'existence et la réciprocité des engagements des majeurs et des professionnels, leur formalisation, sont cependant les manifestations d'un phénomène créateur de conventions d'un nouveau genre, qui doivent être disciplinées plus qu'ignorées. Au-delà des caractéristiques propres à chacune, des points de rapprochements peuvent être dégagés. Par certains côtés, ces conventions paraissent inconciliables avec le droit commun du contrat, sauf à admettre son bouleversement ou à accueillir une nouvelle catégorie de conventions, en son sein ou en appoint.

La mesure d'accompagnement social personnalisé et le document individuel de protection valorisent une fonction pédagogique du contrat dont le revers est le relâchement de sa force obligatoire. De tels usages du contrat sont certainement abusifs mais sont néanmoins intensifs. La contractualisation de la protection sociale ou judiciaire, assurée par des professionnels, tend assez nettement à responsabiliser la personne protégée, à lui faire assimiler la valeur de son engagement à modifier une situation jugée préoccupante. Ce contrat

⁷⁴⁰ C. THIBIERGE, *Le droit souple, Réflexion sur les textures du droit*, *RTD civ.*, 2003, p. 599.

⁷⁴¹ Ph. MALAURIE, *Examen critique du projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs*, *Defrénois* 2007, art. 38510, p. 13.

semble éloigné du modèle du Code civil mais révèle un bouleversement de la hiérarchie des normes.

CHAPITRE II.

UNE EXPRESSION DU CONTRAT PEDAGOGIQUE

219. La pratique et le droit de l'action sociale sont riches de références au contrat et, plus largement, au consentement de l'utilisateur. Dans cet environnement, la mesure d'accompagnement social personnalisé « *prend la forme d'un contrat* » et le document individuel de protection requiert pour son élaboration la recherche de la participation ou de l'adhésion du majeur protégé. La notion de contrat est ainsi utilisée pour ses vertus pédagogiques. Cet usage se répand jusqu'à en paraître abusif. Le mouvement de contractualisation est d'une amplitude qui dépasse les contrats de protection et l'action sociale. Avec d'autres, ces instruments constituent, en effet, de nouvelles figures contractuelles (Section 1) qui révèlent une nouvelle fonction du contrat (Section 2).

SECTION I.

DE NOUVELLES FIGURES CONTRACTUELLES

220. La mise en œuvre des politiques publiques peut être réalisée au moyen d'instruments juridiques qui ont l'apparence sensible du contrat (§1) sans en avoir nécessairement la nature (§2).

§1. L'APPARENCE CONTRACTUELLE

221. L'apparence contractuelle est tantôt créée par l'emploi du terme de contrat dans la désignation ou la définition de certaines de ces figures, tantôt par leur composition même, quoi que le terme ne soit pas utilisé. Tous ces usages confinent au « *mirage* », entre le « *dire* » (A) et le « *faire* » contractuel ⁷⁴² (B).

A. Le « *dire* » contractuel

222. Avant le contrat d'accompagnement qui donne forme à la mesure d'accompagnement social personnalisé, plusieurs instruments ont été désignés par les textes comme des contrats, pour servir à d'autres fins que la réalisation d'un échange économique. L'usage du contrat le plus souvent évoqué est le contrat adossé au revenu minimum d'insertion (RMI). À sa suite, sont apparus le contrat d'insertion dans la vie sociale (CIVIS), le contrat de responsabilité parentale (CRP) ou encore le contrat d'accueil et d'intégration (CAI).

⁷⁴² M. MEKKI, Le discours du contrat : quand dire, ce n'est pas toujours faire, *RDC* 2006/2, p. 297.

223. Le contrat d'insertion. — En 1988, la loi consacre un « *droit d'obtenir [...] des moyens convenables d'existence* » aux personnes privées d'emploi pour quelque raison que ce soit. Afin de permettre leur insertion, elle crée un revenu minimum d'insertion ⁷⁴³, prévoit de faciliter les démarches des demandeurs d'emploi et leur impose de prendre certains engagements, sous la forme d'un document dénommé « contrat » ⁷⁴⁴. Ces engagements peuvent être toutes actions susceptibles de favoriser leur insertion. Ils peuvent porter sur la socialisation, l'estime de soi ou la formation. Cela constitue le cœur de la démarche, c'est « *la pédagogie de la réussite* » ⁷⁴⁵. Le recours à la notion de contrat pour mettre en œuvre une politique publique, celle de la lutte contre l'exclusion, est ainsi consacré. Le contrat sert alors de support au plan d'insertion qui est élaboré à partir d'éléments de connaissance de la situation de chaque personne concernée. La conclusion du contrat conditionne le maintien ⁷⁴⁶ ou le renouvellement ⁷⁴⁷ du droit à allocation. L'inexécution du contrat est sanctionnée par la suspension du paiement de l'allocation, décidée par le Préfet ⁷⁴⁸.

On pourrait à première vue penser que ces engagements sont la contrepartie de l'allocation servie. Mais l'Administration le nie catégoriquement en affirmant qu'ils n'en sont « *pas la contrepartie* » mais qu'ils en sont « *la condition* ». Il n'y a, dit-elle, de caractère contractuel (et synallagmatique) qu'à l'égard des « *engagements mutuels relatifs aux actions d'insertion* » ⁷⁴⁹. L'Administration va plus loin puisqu'elle déclare nettement que « *le contrat d'insertion n'est pas un contrat au sens du droit civil* » ⁷⁵⁰. Elle explique cela par le fait que, si la création d'obligations est recherchée, il faut néanmoins que ce contrat soit particulièrement flexible, faisant ainsi de l'adaptation une cause d'impossibilité de la qualification contractuelle.

⁷⁴³ Loi n° 88-1088 du 1^{er} décembre 1988 relative au revenu minimum d'insertion, J. O. 3 décembre 1988, p. 15119.

⁷⁴⁴ Loi n° 88-1088, art. 36. Ce contrat associe l'allocataire et « *les personnes prises en compte pour la détermination du montant de cette allocation* » et la commission locale d'insertion.

⁷⁴⁵ Le terme est employé dans les échanges entre les membres du gouvernement et les préfets, pour la mise en œuvre du RMI (Circulaire du 9 mars 1989 relative à la mise en œuvre du revenu minimum d'insertion (RMI), J. O. 11 mars 1989, p. 3201).

⁷⁴⁶ Loi n°88-1088, art. 13.

⁷⁴⁷ Loi n°88-1088, art. 14.

⁷⁴⁸ Pour une reprise des droits, il faut conclure un nouveau contrat.

⁷⁴⁹ Circulaire du 9 mars 1989 préc., p. 3201, art. 3. 2. 1. 1. Pourtant, le Conseil d'État saisi sur le refus de signature d'un bénéficiaire du revenu minimum n'a pas mis en doute la qualification contractuelle du contrat d'insertion (CE 29 novembre 1999, Lipmanov, *R.D.S.S.* 2000. 403, obs. Ph. LIGNEAU).

⁷⁵⁰ *Idem*, art. 3. 2. 1. 2.

Malgré des discussions et des critiques ⁷⁵¹, l'efficacité de l'instrument contractuel a été démontrée ⁷⁵² et son utilisation n'a cessé d'être étendue, accompagnant le déclin de la logique d'assistance ⁷⁵³. Parce que le contrat est perçu comme « *un outil de suivi et de responsabilisation* », il met en avant la qualité de citoyen des bénéficiaires du revenu minimum plutôt que de leur faire porter la stigmatisation de l'échec. Le revenu de solidarité active (RSA) a succédé au RMI en conservant le principe de la signature d'un contrat d'engagements réciproques ⁷⁵⁴. Pour le parlementaire, il « *va de soi* » que le bénéficiaire a des devoirs, mais ceux-ci sont tout de même rappelés dans un contrat et ainsi « *librement consentis* » ⁷⁵⁵.

224. Le contrat d'insertion dans la vie sociale (CIVIS). — Le contrat d'insertion dans la vie sociale ⁷⁵⁶ se présente comme une déclinaison du contrat d'insertion du revenu minimum d'insertion destinée aux jeunes. Régi par le Code du travail, il concerne principalement l'insertion professionnelle. Il est signé entre l'État, un organisme délégué par celui-ci ⁷⁵⁷ et le bénéficiaire ⁷⁵⁸ et a pour objet un accompagnement ⁷⁵⁹ permettant aux jeunes de seize à vingt-cinq ans, peu ou pas qualifiés, de trouver un emploi, de créer une entreprise, d'entrer en formation et de percevoir une petite allocation mensuelle ⁷⁶⁰. Dans ce cadre, le bénéficiaire prend « *des engagements* », « *en vue de son insertion professionnelle* » ⁷⁶¹. Des contacts entre l'organisme et le jeune sont organisés. La durée de cet accompagnement est d'un an ⁷⁶².

⁷⁵¹ L'insertion est-elle un droit ? Un devoir ? V. A. SUPLOT, *Homo juridicus*, Essai sur la fonction anthropologique du droit, Seuil, 2005.

⁷⁵² J. -F. CHEVALLERAU, M. LAROQUE, M. MOLEUX, I. ROUGIER, Rapport de synthèse sur la gestion du revenu minimum d'insertion (RMI), IGAS, Rapport n° RM2007-165P, novembre 2007.

⁷⁵³ 541 000 contrats d'insertion signés en 2006 (Bilan annuel 2006 de la direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques – DREES - du ministère de la santé, de la jeunesse et des sports, novembre 2007), soit un taux de signature de 53%.

⁷⁵⁴ En application de la Loi n° 2008-1249 du 1^{er} décembre 2008 généralisant le revenu de solidarité active et réformant les politiques d'insertion.

⁷⁵⁵ Assemblée nationale, Compte rendu intégral, 3^e séance 7 octobre 2008, JO AN, n°75 [3] A. N. (C. R.).

⁷⁵⁶ Prévu par la loi de finances pour 2004 (n° 2003-1311 du 30 décembre 2003, art. 138), V. J. OSTERMANN, Rapport général n° 73 (2003-2004), fait au nom de la commission des finances, 20 novembre 2003 ; le CIVIS a finalement été mis en place à la suite de la Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale, par le Décret n°2005-241 du 14 mars 2005 relatif à l'accompagnement des jeunes vers l'emploi et au contrat d'insertion dans la vie sociale.

⁷⁵⁷ Une mission locale p. ex., ou une Permanences d'Accueil, d'Information et d'Orientation (PAIO).

⁷⁵⁸ Art. D. 5131-16, C. trav.

⁷⁵⁹ Art. D. 5131-11, C. trav.

⁷⁶⁰ Son montant, variable, est plafonné à 450 €.

⁷⁶¹ Art. D. 5131-14 C. trav.

⁷⁶² Durée renouvelable. Art. D. 5131-18 C. trav.

Si le bénéficiaire ne respecte pas ses engagements, l'organisme peut mettre fin au contrat ⁷⁶³. Un lien est également fait entre le versement de l'allocation et les engagements du bénéficiaire. Ainsi, si une allocation est servie, sa suspension ou sa suppression peut être décidée en cas d'inexécution ⁷⁶⁴. Le contrat sert ici de support à l'accompagnement, à l'initiative du jeune majeur en situation difficile, en vue de son insertion ⁷⁶⁵.

225. Le contrat de responsabilité parentale. — Le contrat de responsabilité parentale ⁷⁶⁶, créé en 2006 pour disparaître en 2013 ⁷⁶⁷, organisait une immixtion de la collectivité publique justifiée par une carence dans l'exercice de l'autorité parentale ⁷⁶⁸. Il visait au contrôle de l'assiduité scolaire, à la gestion des troubles portés « *au fonctionnement d'un établissement scolaire ou de toute autre difficulté liée à une carence de l'autorité parentale* » ⁷⁶⁹. À cette fin, il rappelait les devoirs liés à l'autorité parentale et prévoyait des mesures d'aide. Le refus - ou l'inexécution - du contrat était sanctionné par la suspension des allocations familiales ou la saisine du juge. Ce contrat était instauré dans un domaine d'ordre public, jusque là réservé aux parents. La volonté affichée était de se placer en rupture avec la passivité liée au système de l'assistance et de donner un rôle actif aux parents. Un glissement important continue donc de s'effectuer, puisque l'on est passé de la puissance paternelle à l'autorité parentale, ensuite saisie sous l'angle de la responsabilité parentale, mettant l'accent sur les devoirs des parents ⁷⁷⁰. Le

⁷⁶³ D. 5131-19 C. trav.

⁷⁶⁴ L. 5131-6 C. trav.

⁷⁶⁵ C'est un dispositif qui a surtout bien fonctionné au début de sa mise en œuvre. Au cours des sept premières années, il a permis d'accompagner 1, 4 million de jeunes, dont un tiers a pu trouver un emploi durable (DARES, Analyses, avril 2014, n°27).

⁷⁶⁶ S. LAMBERT, Le nouveau contrat de responsabilité parentale : où l'autorité de l'État prend le relais de l'autorité parentale, *Dr. Famille* 2007, étude 25 ; F. ROLIN, Les visages menaçants du nouveau contractualisme : le contrat de responsabilité parentale, *RDSS* 2007. 38 ; B. BEIGNIER, La famille entre autorité parentale et autorité, *Dr. Famille* 2006, Repère 2. J. ROCHFELD, Le contrat de responsabilité parentale, une nouvelle figure du contrat pédagogique, *RDC* 2006. 665. Le législateur est revenu sur le contrat de responsabilité parentale par la Loi n° 2013-108 du 31 janvier 2013 tendant à abroger la loi n° 2010-1127 du 28 septembre 2010 visant à lutter contre l'absentéisme scolaire. L'inspecteur d'académie peut toujours saisir le procureur de la République des infractions aux règles sur l'obligation scolaire (art. L. 131-9 C. éduc.).

⁷⁶⁷ Par la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances, suivie du décret n° 2006-1104 du 1^{er} septembre 2006 relatif au contrat de responsabilité parentale et complétée par la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance.

⁷⁶⁸ Cette notion n'est pas légalement définie, ce qui laisse un large pouvoir d'appréciation au département, qui est la collectivité compétente.

⁷⁶⁹ Ancien art. L. 222-4-1 CASF, abrogé en 2013.

⁷⁷⁰ La puissance publique a ainsi successivement mis l'accent sur les droits, puis sur les droits et devoirs, puis sur les devoirs.

contrat de responsabilité parentale a été supprimé en 2013 pour des raisons diverses. Il peut être soutenu que son utilité n'a pas véritablement été remise en cause ⁷⁷¹ et que sa disparition serait plutôt justifiée par la concurrence d'un texte ultérieur ⁷⁷², prévoyant une suspension automatique des allocations en cas d'absentéisme scolaire, sur demande de l'inspecteur d'académie, venant vider le contrat de son objet ⁷⁷³. Toutefois, ce contrat était resté peu appliqué ⁷⁷⁴ et accusé de porter une idéologie ⁷⁷⁵ critiquable de la sanction comme seule réponse à des incivilités et des négligences respectivement imputées aux élèves et à leurs parents.

Le rétablissement du contrat de responsabilité parentale est aujourd'hui proposé par un groupe de députés ⁷⁷⁶. Cette proposition fait suite aux incidents survenus dans plusieurs établissements scolaires après les attentats perpétrés à Paris en janvier 2015. Des élèves s'étaient alors montrés irrespectueux des valeurs de la République. Le nouveau contrat de responsabilité parentale ne vise plus l'absentéisme mais un comportement jugé irrespectueux des valeurs républicaines, effet d'une carence de l'autorité parentale ⁷⁷⁷.

226. Le contrat d'accueil et d'intégration. — Le contrat d'accueil et d'intégration ⁷⁷⁸ est conclu entre l'État et l'étranger admis au séjour en France et qui souhaite s'y maintenir. Il organise l'intégration républicaine dans la société française. L'engagement consiste à suivre une formation civique et, si besoin, linguistique. Si l'intégration concerne une famille ⁷⁷⁹, une

⁷⁷¹ *Dr. Famille* n°12, décembre 2012, alerte 65.

⁷⁷² Loi n° 2010-1127 du 28 septembre 2010 visant à lutter contre l'absentéisme scolaire.

⁷⁷³ Sénat, Comptes rendus de la Commission de la culture, de l'éducation et de la communication, 17 octobre 2012. (Position de D. ASSOULINE, rapporteur).

⁷⁷⁴ 38 contrats de responsabilité entre 2006 et 2010 et 194 entre 2010 et 2012 (dont 184 dans le seul département des Alpes-Maritimes).

⁷⁷⁵ J. -B. MAGNER, V. Sénat, Comptes rendus de la Commission de la culture, de l'éducation et de la communication, 17 octobre 2012.

⁷⁷⁶ Proposition de loi visant à lutter contre les comportements irrespectueux des valeurs fondamentales de la République à l'école Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 11 février 2015.

⁷⁷⁷ L'exposé des motifs affirme que « *les actes de ces enfants reflètent parfois des propos et attitudes de leurs parents* ». La proposition vise donc à la correction des effets du comportement des parents.

⁷⁷⁸ L'idée de fonder l'intégration sur le contrat est évoquée dans un discours du président de la République de 2002 (cité par Haut conseil à l'intégration, *Le bilan de la politique d'intégration*, La Documentation française, 2006). Ce contrat a été expérimenté dès 2003 Il figure aujourd'hui aux articles L. 311-9 et s. CESEDA. V. L. GROSCLAUDE, *Bref (et libre) propos sur la loi du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, *Dr. Famille* 2007. 7. J. ROCHFELD, Une nouvelle manifestation du contrat pédagogique : le contrat d'accueil et d'intégration, *RDC* 2008. 193.

⁷⁷⁹ L'intégration de la famille est prévue depuis la Loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile.

formation sur les droits et devoirs des parents en France doit être suivie et les parents doivent s'engager à respecter l'obligation scolaire. Ce contrat a été porté par le Haut conseil à l'intégration ⁷⁸⁰. Il formalise des engagements réciproques de l'État et de la personne étrangère, destinés à favoriser le respect du pacte républicain ⁷⁸¹.

B. Le « faire » contractuel

- 227.** La première manifestation de la pratique contractuelle en matière d'aide sociale est bien antérieure au contrat d'insertion du RMI ⁷⁸². Dans les textes, elle date de la loi fixant à dix-huit ans l'âge de la majorité ⁷⁸³ et révèle le lien pouvant s'établir entre la vulnérabilité et le contrat. La pratique existe alors mais sans être consacrée par une dénomination légale. Il faudra attendre les années 2000 pour que l'ambiguïté soit levée et soumise à l'appréciation des juges.
- 228. Le « contrat » jeune majeur.** — Le « contrat jeune majeur » n'est pas désigné comme tel par la loi. Il est un prolongement de la protection de l'enfance au-delà de la majorité. Les personnes sont majeures ⁷⁸⁴ mais jeunes ⁷⁸⁵ et « *confrontés à des difficultés familiales, sociales et éducatives susceptibles de compromettre gravement leur équilibre* » ⁷⁸⁶. À la suite de l'abaissement de l'âge de la majorité à dix-huit ans, un décret a aménagé le Code de l'action sociale pour ne pas abandonner brusquement ces jeunes. Ils peuvent demander à bénéficier de l'aide dont ils ne disposent pas « *faute de ressources ou d'un soutien familial suffisant* » ⁷⁸⁷. Le soutien aux jeunes majeurs en difficulté est une mission de l'aide sociale à l'enfance ⁷⁸⁸ mais l'actuel article L. 222-5 du Code de l'action sociale et des familles donne seulement au service de l'aide sociale

⁷⁸⁰ Haut conseil à l'intégration, Les parcours d'intégration, La Documentation française, 2002; Le contrat et l'intégration, La Documentation française, 2003 (Rapports officiels).

⁷⁸¹ Le Haut conseil précise que le respect de ce pacte s'impose à tous. Tout citoyen, et pas seulement l'étranger, est concerné par l'intégration.

⁷⁸² Sans oublier l'utilisation dans le secteur associatif (ATD quart-monde recourait à des contrats-projets dès la fin des années 1970 afin d'accompagner des familles en relogement temporaire).

⁷⁸³ Loi n°74-631 du 5 juillet 1974 fixant à 18 ans l'âge de la majorité, JO 7 juillet 1974, p. 7099.

⁷⁸⁴ Anc. art. 488 C. civ., modifié par Loi n°74-631 du 5 juillet 1974 (auj. art. 414 C. civ.) : « *La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, on est capable de tous les actes de la vie civile* ».

⁷⁸⁵ Ils ont moins de vingt et un ans et peuvent bénéficier des interventions de la protection de l'enfance (art. L. 112-3 CASF).

⁷⁸⁶ Art. L. 221-1 CASF.

⁷⁸⁷ Décret n°75-1118 du 2 décembre 1975 modification des art. 1 à 5 du décret 59-100 du 7 janvier 1959 relatif à la protection sociale de l'enfance en danger.

⁷⁸⁸ Art. L. 221-1 CASF.

la faculté de prendre en charge les jeunes majeurs ⁷⁸⁹. Ce n'est donc pas un devoir de la collectivité ni un droit du jeune, comme l'est la protection des majeurs souffrant d'une altération de leurs facultés ⁷⁹⁰. Un jeune majeur doit pouvoir solliciter cette aide et l'obtenir s'il remplit les conditions prévues par la loi ⁷⁹¹. Le « contrat » jeune majeur comporte des engagements réciproques. Il serait toutefois « *indûment* » qualifié de contrat ⁷⁹². Ce dispositif fait, le premier, le lien entre protection et contrat.

Le modèle a été étendu aux relations entre les parents et l'Administration en matière d'aide sociale à l'enfance ⁷⁹³. Dans les cas d'admission libre, la loi demande que l'accord des parents soit recueilli. Le texte n'emploie pas le terme de contrat. Il était en revanche utilisé dans les travaux parlementaires ⁷⁹⁴.

La dénomination de « contrat jeune majeur » a été diffusée par la pratique et figure dans les règlements départementaux d'aide sociale ⁷⁹⁵. La protection de l'enfance a ainsi porté et fait grandir le contrat pour organiser l'intervention publique dans la sphère privée.

⁷⁸⁹ Ils « *peuvent [...] être pris en charge* ».

⁷⁹⁰ Qui est un droit de la personne et un devoir des familles et de la collectivité. Art. 415 C. civ.

⁷⁹¹ Il se trouve que certains règlements départementaux d'aide sociale ajoutent leurs conditions aux conditions légales, se déchargeant ainsi de leur mission en refusant le bénéfice du « contrat ». V. P. VERDIER, Le « contrat jeunes majeurs » : mythe et réalité, *JDJ* n°320, décembre 2012. Cet auteur soutient qu'il n'existe pas de contrat mais seulement une décision administrative. Il est exact que le département instruit la demande et procède à l'admission avant de formaliser l'accord par un « *contrat* ». P. VERDIER pense que le département est obligé de conclure le « *contrat* » parce qu'il s'agit d'aide sociale légale (dont les conditions sont prévues par la loi).

⁷⁹² P. VERDIER, *op. cit.* : M. BADEL, La participation de l'utilisateur, *RDSS*, 2004, 804.

⁷⁹³ Avec le contrat d'accueil provisoire imaginé par la Loi n°84-422 du 6 juin 1984 relative aux droits des familles dans leurs rapports avec les services chargés de la protection de la famille et de l'enfance, et au statut des pupilles de l'État.

⁷⁹⁴ J. BERANGER, Rapport sur le projet de loi relatif aux droits des familles dans leurs rapports avec les services chargés de la protection de la famille et de l'enfance et au statut des pupilles de l'État, Sénat, Rapport n° 245, 6 avril 1984, spécialement p. 22 : le contrat constitue « *la volonté des deux parties d'aboutir à la réinsertion familiale de l'enfant en soulignant à chacune la nature des obligations qu'entraîne la réalisation d'un tel projet et les conséquences éventuelles de leur violation* ». Les éléments de ce contrat sont mentionnés sur un formulaire qui précise, la nature, les modalités, la durée de la mesure et les conditions de sa révision (Décret n°85-936 du 23 août 1985 relatif aux droits des familles dans leurs rapports avec les services chargés de la protection de la famille et de l'enfance).

⁷⁹⁵ V. p. ex. Règlement d'aide sociale à l'enfance de la Vienne (2012), Section 5. Le jeune s'engage à se former, se soigner, s'insérer et la collectivité lui apporte une aide matérielle et un suivi éducatif (art. 98). Le schéma régional montre que les jeunes concernés par ce dispositif sont plus tard sur-représentés « *parmi les bénéficiaires du RSA* » (Schéma Enfance-Famille 2015-2019, Département de la Vienne, p. 51). Ils passeront dans ce cas d'un contrat à l'autre, pour s'engager à réaliser des démarches relatives à leur insertion sociale et/ou professionnelle (art. L. 262-27 et s. CASF).

229. Le plan d'aide au retour à l'emploi (PARE). — Le Code du travail renvoie la mise en œuvre de l'assurance chômage aux conventions adoptées par les partenaires sociaux ⁷⁹⁶. Ces accords collectifs concernent toute personne entrant dans leur champ d'application.

Une convention d'assurance chômage a institué le PARE ⁷⁹⁷. Le fait d'avoir cotisé et de se trouver involontairement privé d'emploi ne suffisait plus à ouvrir droit aux allocations de chômage. Ce droit était conditionné par la signature du PARE entre le demandeur d'emploi et l'ASSEDIC ⁷⁹⁸. Le Plan d'aide au retour à l'emploi mettait à la charge de chacune des parties des engagements réciproques. Le demandeur d'emploi s'obligeait à rechercher activement un emploi et l'ASSEDIC s'engageait en contrepartie à l'indemniser et à lui procurer une aide ⁷⁹⁹. Pour le demandeur d'emploi, ses engagements consistaient en un rappel des « *droits et obligations [...] résultant des obligations légales et réglementaires* » ⁸⁰⁰. Cela donnait une allure contractuelle à la relation établie avec l'ASSEDIC, voulue par les auteurs de la réforme ⁸⁰¹, bien que le gouvernement ait finalement choisi d'écarter la qualification de contrat ⁸⁰².

⁷⁹⁶ V. actuel art. L. 5422-20 C. trav.

⁷⁹⁷ G. LYON-CAEN, Un agrément, des désagréments..., *Dr. soc.* 2001. 364 ; M. BORGETTO, La réforme du système d'indemnisation du chômage : vers un retour en force de la logique d'assistance ? *Dr. soc.* 2001. 355. J. ROCHFELD, Le Pare ou les virtualités du contrat pédagogique, *RDC* 2005. 237 ; Ph. JACQUES, De la distinction des genres: contrat légalement formé et législation contractuellement présentée, *RTD civ.*, 2007. 503. Le PARE a été remplacé par le projet personnalisé d'accès à l'emploi depuis la convention d'assurance chômage du 18 janvier 2006. Ce dispositif a été réformé par la Loi n°2008-126 du 13 février 2008 relative à la réforme de l'organisation du service public de l'emploi. Le demandeur d'emploi bénéficie toujours d'un accompagnement et s'engage à participer à l'élaboration d'un projet et à rechercher activement un emploi (art. L. 5411-6 et s. C. trav.). Sa situation personnelle et familiale est prise en compte (Circulaire DGEFP n° 2008/18 du 5 novembre 2008 relative à la mise en œuvre du projet personnalisé d'accès à l'emploi et à l'offre raisonnable d'emploi). La réalisation des démarches prévues est contrôlée (art. R. 5411-12 C. trav.). Le fait de ne pas élaborer ou de ne pas actualiser un PPAE est un manquement sanctionné par la radiation (art. L. 5412-1 C. trav.) et la suppression de l'allocation (art. R. 5426-3 C. trav.).

⁷⁹⁸ Règlement annexé à la Convention du 1er janvier 2001 relative à l'aide au retour à l'emploi et à l'indemnisation du chômage, art. 14.

⁷⁹⁹ *Idem.*

⁸⁰⁰ Convention Union nationale interprofessionnelle pour l'emploi dans l'industrie et le commerce (Unédic) du 1er janvier 2001 relative à l'aide au retour à l'emploi et à l'indemnisation du chômage. Le demandeur d'emploi s'engageait également à l'égard de l'ANPE par la signature d'un projet d'action personnalisé (PAP), visé par l'ASSEDIC (Règlement annexé à la Convention du 1er janvier 2001, art. 15). Les devoirs du demandeur d'emploi se trouvaient ainsi modelés par des actes gigognes.

⁸⁰¹ A. SUPIOT, La valeur de la parole donnée, *Dr. soc.* 2004. 541.

⁸⁰² V. M. -Ch. DALLOZ, Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi relatif aux droits et aux devoirs des demandeurs d'emploi, juillet 2008.

Cette question prit de l'importance avec la signature d'un nouvel accord venant remettre en cause les droits des demandeurs d'emploi ⁸⁰³. Cette affaire, dite des « *recalculés* », opposait les tenants de la qualification contractuelle, en faveur du maintien des droits acquis, aux tenants de la qualification statutaire, partisans d'une révision de ces droits ⁸⁰⁴. Lorsque le terme de contrat n'est pas employé par la loi mais évoqué par l'Administration, il pourrait se créer à tout le moins une apparence susceptible de fonder l'obligation de maintenir les droits que les demandeurs d'emploi avaient légitimement pu croire intangibles ⁸⁰⁵.

Les conséquences du recours impropre à la notion de contrat dépendent de sa qualification.

§2. LA NATURE CONTRACTUELLE

- 230.** La nature des actes qualifiés de contrat ou se référant à des éléments de la pratique contractuelle est débattue. À première vue, la qualification contractuelle paraît devoir être écartée tant en raison des entorses faites à la liberté (A) qu'au regard des critères traditionnels du contrat (B).

A. Les entorses à la liberté contractuelle

- 231.** La liberté contractuelle se manifeste sous les variantes que sont la liberté de contracter, de choisir son cocontractant, le contenu du contrat, auxquelles il faut ajouter le choix de la forme. Dans tous les cas examinés, les contrats ne sont pas solennels mais sont conclus au moyen d'un support écrit conçu par l'administration. Le contractant n'a pas d'influence sur la forme, voire les formulaires employés.
- 232. L'atteinte à la liberté de contracter.** — Le demandeur de revenu minimum d'insertion est théoriquement libre de contracter ou non. Toutefois, s'il veut obtenir le versement de l'allocation, il doit signer un formulaire qui l'engage à conclure un contrat d'insertion dans le délai de trois mois. Sa liberté est de fait assez limitée compte tenu de la pression économique à laquelle il est soumis ⁸⁰⁶. Pour le contrat d'insertion dans la vie sociale, le jeune n'est pas *a*

⁸⁰³ Protocole d'accord du 20 décembre 2002 ; Convention et règlement d'assurance chômage du 1er janvier 2004, agréé par arrêté ministériel du 5 février 2003.

⁸⁰⁴ Réduction de la durée d'indemnisation, passant de 30 à 23 mois.

⁸⁰⁵ En ce sens, CA Caen, 1^{re} ch., sect. civ., 24 avril 2007, Assedic Basse Normandie, Commentaire G. RAOUL-CORMEIL, À propos du Pare : conséquences d'une présentation fallacieuse du dispositif, *JCP S* n° 40, 2007, 1752.

⁸⁰⁶ Les débats soulevés lors du vote de la loi instaurant le RSA ont souligné la difficulté de respecter des engagements « *présentés comme librement consentis* » et l'interrogation sur une « *réelle latitude pour négocier ces*

priori obligé de contracter. Il a l'initiative de la démarche. Toutefois, en raison de l'absence de transferts sociaux pour les moins de vingt-cinq ans, la perspective de la perception de l'allocation exerce certainement une contrainte du même ordre. La liberté de conclure le contrat de responsabilité parentale est vraiment réduite. Ici, le refus « *sans motif légitime* » est un cas de suspension du versement des allocations ou de saisine du juge. Dans cette hypothèse, le juge peut déléguer le paiement des prestations à un tiers, dans le cadre d'une mesure d'aide à la gestion du budget familial⁸⁰⁷. L'argent et la crainte de la contrainte judiciaire créent une pression en faveur de la conclusion du contrat, dont les parlementaires ont admis qu'il était « *un outil intermédiaire entre la médiation et la répression* », entre le soutien et la sanction⁸⁰⁸. Dans le cas du contrat d'accueil et d'intégration, l'article L. 311-9 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ne laisse guère place au doute : l'étranger qui veut se maintenir sur le territoire national est obligé de le conclure⁸⁰⁹. Les actes portant le nom de contrat dans les textes sont, du point de vue de la liberté contractuelle, plutôt imposés à l'un des contractants. Le contrat d'accompagnement social personnalisé qui donne sa forme à la mesure éponyme, reflète le même esprit autoritaire. La suspension des allocations n'est pas prévue mais une mesure peut être imposée par le juge et prévoir leur versement à un tiers. Le refus de perdre la libre disposition des prestations incitera à conclure le contrat sans pour autant avoir une réelle volonté d'en respecter les termes. Le « contrat jeune majeur », non dénommé contrat par le Code de l'action sociale, est à rapprocher du CIVIS en ce qui concerne sa conclusion. Si le jeune veut bénéficier d'une aide, y compris financière, il n'a guère le choix. Quant au PARE, si le demandeur d'emploi ne le signe pas, il refuse par suite de concrétiser ses engagements et ne peut donc pas prétendre au paiement de ses allocations⁸¹⁰. Le document individuel de protection, qui pourrait donner lieu à un contrat s'il était signé par les deux parties, n'a pas besoin de la signature du majeur protégé pour exister. Les actions conduites sont au mieux définies avec le majeur, sinon elles sont

dispositions ». Assemblée nationale, Compte rendu intégral 3e séance 7 octobre 2008, JO AN n°75 [3] A. N. (C. R.), p. 5399.

⁸⁰⁷ Par renvoi de l'art. L. 222-4-1 CASF (dans sa version antérieure) à l'art. L. 552-6 du Code de la sécurité sociale qui prévoit cette possibilité.

⁸⁰⁸ Assemblée nationale, Compte rendu intégral des séances du mercredi 8 mars 2006, JO AN n° 21 (C. R.), p. 1631.

⁸⁰⁹ Il s'expose au refus de renouvellement de son titre de séjour. Le CAI a été critiqué comme étant une technique déguisée d'immigration choisie.

⁸¹⁰ CE, n° 194040, Lipmanov, Inédit au Recueil Lebon.

déterminées pour lui mais sans lui. De ce point de vue, il n'est nullement question de liberté contractuelle.

La liberté de contracter fait défaut dans d'autres contrats sans pour autant affecter leur qualification, qui reste contractuelle. Des contrats peuvent être imposés, c'est le cas de l'assurance automobile, dont la nature n'est pas discutée.

233. L'atteinte au libre choix du contractant. — Tous les contrats nommés ou évoqués sont conclus avec un représentant de l'Administration ⁸¹¹. L'administré n'a donc aucun choix. Il existe d'autres situations dans lesquelles le choix du contractant est imposé, sans remise en cause de la qualification contractuelle. On peut citer par exemple ici le droit de préemption, qui affecte la liberté de choix, au profit de la commune ⁸¹² ou du locataire ⁸¹³.

234. L'atteinte au libre choix du contenu contrat. — Sur ce point, un espace de négociation existe certainement dans les nouvelles figures contractuelles citées. La liberté est toutefois guidée, pour ne pas dire réduite, les grands axes de l'accord étant définis par les textes, ce qui peut faire douter la doctrine de l'existence d'une véritable liberté quant à la détermination du contenu dans ces contrats ⁸¹⁴, qui rappellent essentiellement des obligations préexistantes mais ne défendent pas les intérêts des parties, en se servant précisément de ces intérêts comme d'un moyen d'imposer les actions correctives d'un comportement ⁸¹⁵.

Dans d'autres domaines, les contrats d'adhésion imposent aussi un contenu sans que cela n'affecte leur qualification. De façon générale, le fait que l'une des parties domine l'autre tend à réduire la liberté contractuelle, ce qui justifie une intervention.

La liberté de déterminer le contenu du contrat ne cesse pour autant d'être affirmée, alors même que la loi exige de plus en plus de mentions obligatoires, notamment en droit de la consommation. Elle est sans doute à relativiser ⁸¹⁶ mais elle est réaffirmée par le projet

⁸¹¹ ASSEDIC pour le PARE, Département par l'intermédiaire du président du Conseil général pour le CRP, État français, par l'intermédiaire du préfet, pour le CAI.

⁸¹² Pour assurer le maintien d'un locataire p. ex. (art. L. 210-2 C. urb.) ou pour les communes dotées d'un plan d'occupation des sols (art. L. 211-1 C. urb.).

⁸¹³ Art. 15 de la Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs.

⁸¹⁴ TGI Paris, 2 juillet 2002. *D.* 2003. 2923, obs. Y. ROUSSEAU ; *RDC* 2005. 257, obs. J. ROCHFELD. CA Paris, 21 septembre 2004. *D.* 2004. 2444 ; *RDC* 2005. 257, note J. ROCHFELD.

⁸¹⁵ J. ROCHFELD, Le contrat de responsabilité parentale, une nouvelle figure du « contrat pédagogique », *RDC* 2006/ 3, p. 665 ; A. SUPIOT, *Homo juridicus*, préc.

⁸¹⁶ M. MEKKI, Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations, *D.* 2015. 816.

d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, qui réserve la limite de l'ordre public et des droits et libertés fondamentaux ⁸¹⁷.

B. Les critères du contrat

- 235. La référence à la notion de contrat.** — L'utilisation du terme « contrat » pour mettre en œuvre des politiques publiques pourrait ne pas suffire à retenir la qualification contractuelle, sauf à constater la mutation de la notion. L'actuel article 1101 du Code civil dispose que « *le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* ». Le contrat est certes un accord de volontés ⁸¹⁸, mais cet accord ne peut suffire à sa qualification. Encore faut-il qu'il crée une obligation. Deux éléments s'additionnent pour définir le contrat. L'un, procédural, consiste en un échange de consentements et l'autre, substantiel, s'intéresse au contenu.
- 236. En faveur de la qualification contractuelle.** — En faveur de la qualification contractuelle, on peut d'abord retenir qu'il existe une procédure contractuelle ⁸¹⁹. Elle comporte un échange de consentements : l'usager du service public consent ⁸²⁰, adhère ⁸²¹ et l'usager signe un document, ce qui permet de rapporter la preuve de son consentement. Dans les contrats conclus par l'Administration avec ses usagers, la procédure a une part importante. Elle masque peut-être les défauts de la qualité du consentement ⁸²². La procédure tient en quelque sorte lieu de contenu dans la mesure où le contrat donne des indications sur les initiatives qui peuvent être prises, la forme et le temps des interventions de chacune des parties, la manière de réguler les éventuels conflits. C'est, au fond, une ouverture à la discussion. Le

⁸¹⁷ Sauf atteinte légitime et proportionnée. Projet, art. 1102 : « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. Toutefois, la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public, ou de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, à moins que cette atteinte soit indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché* ».

⁸¹⁸ *Conventio* signifiant « accord de volontés », de *convenire*, être d'accord. V. J. GHESTIN, La notion de contrat, D. 1990. 147.

⁸¹⁹ Il y a contrat pour TGI Marseille, 15 avr. 2004, RJS 2004/6, n° 729, Dr. soc. 2004, p. 541, note A. SUPLOT, RTD civ. 2004. 594, obs. R. ENCINAS DE MUNAGORRI, RDC 2005. 257, obs. J. ROCHFELD : c'est la procédure contractuelle qui compte.

⁸²⁰ Art. L. 311-3 CASF.

⁸²¹ Art. D. 471-8 CASF.

⁸²² Sur ce point, un argument peut-être tiré de la fonction assignées aux règles procédurales en matière de décision unilatérale. Elles ont vocation à remplacer la volonté, à prévenir, à expliquer et, *in fine*, à permettre un contrôle de ce qui a motivé la décision. P. LOKIEC, La décision et le droit privé, D. 2008. 2293.

contrat, « *emprise sur l'avenir* »⁸²³, poursuit un but. Dans une approche procédurale du contrat, il importe de prévoir les conditions de la révision. La prévisibilité s'en trouve amoindrie et la norme interindividuelle qu'est le contrat se trouve renforcée par rapport à la norme collective qu'est la loi, ce qui peut être jugé critiquable⁸²⁴.

On peut ensuite considérer que la personnalisation du contrat, par la définition d'engagements pris par l'utilisateur, a valeur contractuelle⁸²⁵. L'Administration peut aussi prendre des engagements, ce qui l'inscrit avec l'utilisateur dans une logique d'échange.

Enfin, d'un point de vue idéologique ou stratégique, il serait légitime que l'instrumentalisation du contrat par l'État puisse être invoquée contre lui. L'intérêt de la qualification est en effet de pouvoir mettre des obligations à la charge de la partie se trouvant en position de force et par exemple, dans le contrat de responsabilité parentale, de reconnaître un véritable engagement de l'Administration à apporter une aide concrète à la famille en difficulté⁸²⁶. Pour cette raison, il est souhaitable de défendre la qualification contractuelle, ce qui peut contribuer à limiter l'usage abusif de la notion de contrat⁸²⁷.

- 237. Contre la qualification contractuelle.** — La signature de l'utilisateur ne manifesterait pas une volonté de contracter parce que l'acte ne comporte que le rappel d'obligations

⁸²³ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949, n°84 p. 151.

⁸²⁴ « *La loi dit le droit, les procédures définissent les droits, au besoin en méconnaissance de la loi* » (X. LAGARDE, Pourquoi le droit est-il complexe ?, *Le Débat*, 2003/5 n° 127, p. 132).

⁸²⁵ En faveur de la qualification contractuelle du PARE pour cette raison, TGI Marseille, 15 avril 2004. RTD civ. 2004. 594, obs. R. ENCINAS DE MUNAGORRI ; RDC 2005. 257, note J. ROCHFELD.

⁸²⁶ A. BATTEUR, La carence de l'autorité parentale, RLDC 2008, n°51 sup. 63. « *si ce pacte contient des obligations relatives au respect de l'obligation parentale qui sont en principe hors du champ contractuel, il contiendra sans doute fréquemment des engagements de l'Administration à apporter un concours administratif à la famille : rendez-vous avec les services du département, obligation de rendre compte aux travailleurs sociaux. Une telle concrétisation des obligations marque une addition à la loi, même si elle n'était pas envisageable dans un contexte de droit privé* ».

⁸²⁷ Le suivi de la procédure contractuelle serait suffisant. Si l'état instrumentalise la qualification contractuelle elle doit valoir pour les deux parties et les obliger également. (A. SUPIOT, Un faux dilemme : la loi ou le contrat ?, *Dr. soc.* 2003, p. 68).

préexistantes ⁸²⁸. Il ne produit donc aucun autre effet que ceux prévus par les textes ⁸²⁹. Alors que le doute plane déjà sur la liberté des engagements, c'est leur contenu même qui peut être mis en question. En effet, ce contenu est indissociable de la loi, soit qu'il rappelle des obligations légales ⁸³⁰, soit qu'il soutienne une institution ⁸³¹ ou défende les valeurs républicaines ⁸³². Il peut donc être constaté que les engagements pris ont tous une coloration institutionnelle, une « *texture institutionnelle* » ⁸³³.

238. De lege ferenda, l'évolution de la notion de contrat. — Il est intéressant de noter que le dernier projet de réforme du droit des contrats propose de modifier la définition du contrat. La proposition de nouvel article 1101 énoncerait ainsi que « *un contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer des effets de droit* ». La doctrine y voit « *une notion de contrat plus réaliste* » ⁸³⁴. Le contrat reste une convention mais, entendu au sens strict, laisse de côté l'exigence d'un contenu obligationnel. La proposition d'article 1101 vise l'accord de volontés et rapproche sensiblement la notion de contrat de la notion de convention. Le fait qu'aucune prestation précise ne soit prévue ne ferait donc plus obstacle à la qualification contractuelle. Il n'est plus besoin de donner, de faire ou de ne pas faire quelque chose. Seule

⁸²⁸ CA Paris, 21 septembre 2004, D. 2004. 2444; J. ROCHFELD, Le PARE ou les virtualités du « contrat pédagogique », RDC 2005/2, p. 257. De la même façon, la Charte des thèses est signée par le doctorant, le directeur de thèses et les responsables des structures d'accueil (arrêté du 3 septembre 1998, visé par l'arrêté du 7 août 2006 relatif à la formation doctorale). Néanmoins, les usagers du service public de l'enseignement supérieur restent placés dans une situation réglementaire et non contractuelle (avis CE 28 juillet 1995, Kilou, Lebon p. 315) ; la signature atteste seulement de la prise de connaissance de la situation (CE 21 novembre 2001) ; position confirmée par CE 20 mars 2000, n° 202295, inédit : « *Considérant qu'en énonçant que la charte des thèses est signée notamment par le directeur de thèse et par le doctorant l'arrêté attaqué n'a pas pour objet et ne pourrait d'ailleurs avoir légalement pour effet d'établir une relation de nature contractuelle entre les signataires ; que, par suite, il ne porte atteinte ni à la liberté contractuelle des enseignants-chercheurs ni au caractère réglementaire qui s'attache à la situation du doctorant par rapport au service public de l'enseignement supérieur* ». Concernant le PARE, le débat a été tranché par la Cour de cassation, qui a rejeté la qualification contractuelle et tout engagement de l'ASSEDIC à ce titre. Cass. soc., 31 janvier 2007, pourvoi n° 04-19464, Bull. civ. V, n° 15, p. 13, D. 2007. 988, rapp. CHAUVIRE et 1469, note C. WILLMANN, Dr. soc. 2007, p. 403, chr. X. PRETOT, JCP G 2007, act., 86, obs. P. MORVAN ; J. ROCHFELD, Le refus de la qualification contractuelle du PARE : la fin de l'hypothèse du « contrat pédagogique » ?, RDC, 2007/4 p. 1085.

⁸²⁹ Pour CA Paris, 21 septembre 2004, D. 2004. 2444, ; TGI Paris, 2 juillet 2002, D. 2003. 2923, obs. Y. ROUSSEAU, Dr. soc. 2002, p. 881, obs. X. PRETOT : il faut plus qu'une procédure contractuelle, il faut qu'il y ait création d'une norme de droit.

⁸³⁰ C'est le cas du PARE.

⁸³¹ La famille, avec le contrat de responsabilité parentale, qui se réfère nettement aux devoirs qui composent l'autorité parentale (art. 371-1 C. civ.).

⁸³² C'est le cas du contrat d'accueil et d'intégration.

⁸³³ J. ROCHFELD, D'une nouvelle manifestation du contrat pédagogique ? Le contrat d'accueil et d'intégration, RDC 2008/2, p. 193.

⁸³⁴ J. -P. CHAZAL, Quel programme idéologique pour la réforme du droit des contrats ?, D. 2015. 673.

demeure la force obligatoire, marque véritable du contrat. La doctrine avait déjà admis que le contrat ne pouvait être réduit aux obligations qu'il définissait, pour mettre à jour le rapport global s'établissant entre les parties ⁸³⁵. Le contrat crée des obligations ⁸³⁶ mais crée également une norme à laquelle les parties se trouvent assujetties ⁸³⁷.

Les termes du projet de réforme de 2015 sont cohérents avec l'usage extensif du contrat par l'État. Il lui sera certainement plus difficile de prétendre qu'il n'y a pas de contrat là où l'accord de volontés se sera effectivement réalisé. Dès lors que l'on est en présence d'un contrat, la bonne foi s'impose, tant au stade de la formation que de l'exécution ⁸³⁸. Cet élargissement de la notion de contrat semble aller de pair avec les nouvelles fonctions qui lui sont assignées.

SECTION II.

UNE NOUVELLE FONCTION DU CONTRAT

239. Les exemples cités montrent que le contrat opère comme symbole et sert à principalement à individualiser des accompagnements. En ce sens, le contrat est un outil de proximité ⁸³⁹. Le contrat est utilisé comme un relais de la loi ou comme l'un des instruments de « gestion » d'une société devenue extrêmement complexe. Le contrat se trouve en limite de la contractualisation, d'une part, qui est une technique assumée mettant au jour la fonction pédagogique du contrat (§1) et, d'autre part, de l'idéologie du contractualisme, se traduisant plutôt par une fonction « managériale » du contrat (§2).

§1. UNE FONCTION PÉDAGOGIQUE

240. **Le contrat pédagogique, un remède aux difficultés.** — Si ces figures contractuelles sont des contrats, elles sont alors des contrats d'un nouveau genre : le contrat pédagogique. Le contrat pédagogique est défini comme « *l'adhésion de la volonté à des droits et obligations existants*

⁸³⁵ J. -L. AUBERT, *Le contrat*, Dalloz, coll. *Connaissance du droit*, 1996 ; P. ANCEL, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, *RTD civ.* 1999. 71.

⁸³⁶ Et encore, pas nécessairement : V. J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, 21e éd. 1998.

⁸³⁷ P. ANCEL, *Op. cit.* L'auteur s'interroge sur l'application de la distinction aux actes unilatéraux, ce qui peut éclairer la réflexion sur le document individuel de protection des majeurs (ou sur le document individuel de prise en charge susceptible de remplacer le contrat de séjour en droit de l'aide et de l'action sociale).

⁸³⁸ Proposition d'article 1103, *Projet d'ordonnance*. Ce qui fait écho à l'affirmation selon laquelle l'obligation civile n'est pas seulement un rapport entre deux patrimoines (G. RIPERT, *Op. cit.*, n° 203, p. 397).

⁸³⁹ M. MEKKI, Lucien MAURIN, *Contrat et droits fondamentaux*, *RTD civ.* 2012. 404.

aux fins de prise de conscience »⁸⁴⁰. Le schéma qui conduit au recours au contrat pédagogique est le suivant. Une situation critique est constatée, à laquelle l'Administration propose de remédier par la conclusion d'un contrat. La démarche est éducative. La doctrine a proposé d'expliquer ce contrat en le qualifiant de pédagogique soit, étymologiquement, relatif à l'éducation des enfants⁸⁴¹. Cette théorie a été construite à propos du plan d'aide au retour à l'emploi (PARE), qui n'était que le contenant de règles obligatoires antérieures⁸⁴².

Le contrat sert une fonction pédagogique lorsqu'il est employé au soutien de la loi. Pour servir ce but, le moyen est de prendre appui sur les intérêts de chacun, qui ne sont pas nécessairement en opposition avec ceux de la collectivité⁸⁴³. Ainsi, la loi est-elle intériorisée, conscientisée.

- 241. Un contrat au soutien de la loi.** — Le contrat pédagogique ne sert pas à créer une norme mais à en faire admettre, sinon comprendre, une autre⁸⁴⁴. Le PARE incorporait la loi, le CAI porte les valeurs républicaines, le CRP rappelle les devoirs imposés par l'autorité parentale, le contrat adossé au RMI et le CIVIS mettent en œuvre une politique d'insertion, la MASP impose l'affectation des prestations sociales aux dépenses qu'elles sont censées couvrir. Quant au DIPM, il individualise une mesure qui est « *un devoir des familles et de la collectivité publique* »⁸⁴⁵. Il permet aussi de faire accepter l'aide, de faire consentir à la protection.
- 242. Une logique de contrepartie.** — Le contrat pédagogique concrétise une vision particulière de l'assistance. Cette vision est en partie inspirée du *workfare* apparu dans les années 1980 aux États-Unis, qui consiste à exiger l'accomplissement d'un travail en échange d'une aide sociale⁸⁴⁶. Cette logique de contrepartie se conçoit si l'on se demande comment « *parler des*

⁸⁴⁰ J. ROCHFELD, Le PARE ou les virtualités du contrat pédagogique, *RDC* 2005/2, p. 257. La théorie a été affinée avec le CRP : J. ROCHFELD, Le contrat de responsabilité parentale, une nouvelle figure du « contrat pédagogique », *RDC* 2006/3, p. 665.

⁸⁴¹ Du grec *paidagogia*. Selon le LITTRE, le pédagogue était, « *dans l'antiquité, l'esclave qui menait à l'école les jeunes garçons* ».

⁸⁴² J. ROCHFELD, La contractualisation des obligations légales : la figure du contrat pédagogique, in G. LEWKOWICZ, M. XIFARAS (Dir.), *Repenser le contrat*, Dalloz, 2009 (Méthode du droit), p. 261.

⁸⁴³ Contrairement à l'idée selon laquelle le contrat supposerait nécessairement des intérêts opposés. L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., 1927, T. 1, cité par J. GHESTIN, *D.* 1990.

⁸⁴⁴ F. ROLIN, Les visages menaçants du nouveau contractualisme : le contrat de responsabilité parentale, *RDSJ* 2007. 38.

⁸⁴⁵ Art. 415 C. civ.

⁸⁴⁶ Avant cela, dès les années 1950, la Suède avait mis au point une « *activation des dépenses* ». L'allocation payée au demandeur d'emploi fait partie d'une stratégie permettant de fluidifier la main d'œuvre et de la diriger vers les secteurs en développement, notamment par la formation professionnelle. Le dispositif a évolué vers davantage de contrôle et une volonté de responsabilisation en 2000. Sur cette évolution, V. C.

droits en restant muet (ou presque) sur les devoirs ? »⁸⁴⁷. La contrepartie est énoncée dans l'ensemble des figures contractuelles qui peuvent être regroupées dans la catégorie des contrats pédagogiques. Toutefois, la contrepartie semble bien fictive⁸⁴⁸. L'aide est donc individualisée afin d'inciter son bénéficiaire à l'action mais le recours au contrat qui découle de cette individualisation vient surtout conforter un pouvoir, parce que la contrepartie est souvent réduite à la formulation d'un objectif.

- 243. Une prise de conscience.** — Le contrat pédagogique est un moyen de responsabiliser le bénéficiaire d'une aide ou d'un accompagnement. Les règles consenties ont une efficacité meilleure que les règles imposées. Le bénéficiaire se sent concerné. Dans l'esprit de ce dernier, le contrat assujettit plus que la loi. L'exécution des obligations est assurée par le recours à une deuxième source qui vient les conforter, les ancrer dans l'esprit de l'utilisateur. Si le contrat pédagogique dilue la notion de contrat et paraît l'affaiblir, il attire dans le même temps l'attention sur un affaiblissement de la loi. La doctrine estime ainsi que le lien contractuel peut sans doute être porteur d'une contrainte plus grande⁸⁴⁹. Le contrat est peu à peu devenu la modalité d'une action publique⁸⁵⁰.

Selon la « Loi de MAINE »⁸⁵¹, l'évolution d'une société doit logiquement aller du statut vers le contrat⁸⁵². Il fonde sa thèse sur les règles de la vie en société dans l'ancien droit romain, essentiellement dictées par la parenté. L'enfant qui est sous la puissance paternelle et s'en trouve délivré en raison du décès de son père se voit aussitôt placé, par l'effet de la loi, sous la tutelle d'un tiers, ce qui permet de répondre immédiatement à son « incapacité

COULET, Les dispositifs d'activation de la politique suédoise de l'emploi dans une perspective historique, *Travail et Emploi*, 2007/112, p. 63.

⁸⁴⁷ Y. MADIOT, *Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 19.

⁸⁴⁸ D. ROMAN, *Devoir de travailler et protection sociale : d'une problématique de la dette sociale à la question des « devoirs sociaux »*, *RDSS* 2009. 63.

⁸⁴⁹ F. ROLIN, *Op. cit.*

⁸⁵⁰ Dans le monde des affaires, ces modalités ont fait l'objet d'une réflexion particulière. Un rapport de 1967 (dit Rapport NORA, en référence à son auteur, Simon NORA, inspecteur général des finances), préconise de redéfinir le rôle de l'État pour entrer dans une logique de marché ce qui conduit à prescrire que l'État crée « *les conditions de l'autonomie des entreprises* ». Il est question de contrepartie quand l'État consent des avantages et que les bénéficiaires acceptent des « disciplines ». Parlant des nationalisations, NORA déclare que « *l'économie de commandement n'est plus adaptée aux objectifs et aux moyens nouveaux* » (Groupe de travail du Comité ministériel des entreprises publiques, Rapport sur les entreprises publiques, avril 1967).

⁸⁵¹ Du nom de son auteur, Henry SUMNER MAINE, 1822-1888, Professeur de droit à Cambridge.

⁸⁵² « *From status to contract* », selon la formule qu'il publie dans son ouvrage *Ancien Law : its connection with the early history of society, and its relation to modern ideas*, New York, Ch. Scribner, 1864, spécialement *Chapter 5, Primitive Society and Ancient Law*, p. 165.

intellectuelle »⁸⁵³. L'ancien droit romain réglait totalement la condition des personnes mais le relâchement progressif des liens familiaux a permis la création de rapports individuels fondés sur le consentement. Peu à peu, les droits et devoirs qui trouvaient leur origine dans la famille se sont déplacés sur le terrain contractuel⁸⁵⁴. D'après Sumner MAINE, les dispositions de la loi qui régissent les situations de l'enfant, de l'orphelin sous tutelle ou de l'aliéné sont des exceptions qui viennent confirmer la règle selon laquelle les relations tendent toutes à devenir contractuelles. Le contrôle externe qui s'opère sur leur situation est justifié par leur inaptitude à former un jugement à propos de leurs propres intérêts. Pour cette raison, ils ne peuvent valablement consentir ni, par suite, contracter. Sumner MAINE pense qu'il existe une loi de progrès exprimée par un mouvement de contractualisation.

Aujourd'hui, les exceptions du XIXe siècle relevées par Sumner MAINE paraissent en recul eu égard à la recherche du consentement dans toute relation d'aide, plutôt conçue, désormais, comme un accompagnement. On a donc, quantitativement, plus de contrats qu'auparavant, puisque le contrat sert à peu près à tout depuis une quarantaine d'années⁸⁵⁵. Toutefois, les actes sont moins libres. L'autonomie de la volonté a été critiquée⁸⁵⁶ et c'est encore la société qui confère sa force obligatoire au contrat. Parallèlement, les lois sont plus nombreuses mais également affaiblies du fait de leur prolifération. Finalement, ni le contrat ni la loi ne l'emportent tout à fait. La loi a besoin du contrat et les contrats se rapprochent des actes-conditions. En ce sens, ils resteraient des contrats, en considération du maintien de la liberté d'adhérer ou non au statut proposé. On n'a pas choisi entre liberté et sécurité. Ou plutôt, le vœu de sécurité peut conduire à renoncer à la liberté, ce qui invite à s'interroger sur les dangers du contractualisme.

§2. UNE FONCTION « MANAGERIALE »

244. L'idéologie du contractualisme. — L'idéologie du contractualisme exprimerait le progressisme et la liberté. Elle serait surtout la marque d'une nouvelle conception de la société et du rôle de l'État, préférant le contrat au statut et la gouvernance au gouvernement,

⁸⁵³ « *Intellectual incapacity* ».

⁸⁵⁴ SUMNER MAINE évoque la disparition de l'esclavage et son remplacement par le lien direct de serviteur à maître.

⁸⁵⁵ Conseil d'État, Le contrat, mode d'action publique et de production de normes, La Documentation française, 2008.

⁸⁵⁶ E. GOUNOT, Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé ; contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, thèse, Dijon, 1912.

la régulation au règlement ⁸⁵⁷. Ainsi, le terme de contractualisme « désigne un phénomène politico-juridique qui consiste, d'une part, à voir des contrats, dans de nombreuses relations en apparence étrangères à l'idée d'accord de volonté, d'autre part à introduire effectivement le contrat dans des domaines où il n'avait pas pénétré antérieurement » ⁸⁵⁸. Il s'agit d'une approche dogmatique qui promeut un modèle gestionnaire (A) et valorise le consentement de l'utilisateur (B).

A. La promotion d'un modèle gestionnaire

245. Un renouvellement du contrat social. — Les politiques d'insertion ou d'intégration, comme le droit de l'utilisateur de l'action sociale à la participation ⁸⁵⁹, traduisent des recompositions du lien social. Cela est particulièrement prononcé en ce qui concerne le contrat d'accueil et d'intégration puisque la référence au contrat social y est expresse, l'étranger devant adhérer au contrat qui lie les membres de la société. Le Haut conseil à l'intégration évoque en effet la doctrine du contrat social et cite, avec d'autres, GROTIUS, HOBBS et ROUSSEAU pour dire que la citoyenneté est fondée sur le contrat, que « *le peuple institué a pour nature et origine le contrat* ». Le Haut conseil évoque ainsi le consentement des citoyens à la loi ⁸⁶⁰. Le contrat d'intégration a pour but l'intégration politique, l'adoption des principes reconnus par la Constitution ⁸⁶¹. Chacun est ainsi amené à exprimer individuellement son adhésion au contrat social. Le sens de cette adhésion est ambigu. S'agit-il, en effet, d'adhérer à un dispositif collectif et donc de recréer du lien social ⁸⁶² ou s'agit-il, au contraire, d'un acte concrétisant une privatisation de la situation, marquant une sortie du

⁸⁵⁷ A. SUPLOT, Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale, in Sandrine CHASSAGNARD-PINET et David HIEZ (Dir.), Approche critique de la contractualisation, LGDJ, 2007 (Droit et Société).

⁸⁵⁸ L. RICHER, Droit des contrats administratifs, 6^e éd., LGDJ, 2008, p. 44.

⁸⁵⁹ Le Code de l'action sociale et des familles consacre la participation à la vie en société (art. L. 114), la participation des personnes sans domicile à la définition du dispositif de leur prise en charge (art. L. 115-2-1), la participation des personnes handicapées à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques du handicap (art. L. 146-1), la participation des personnes hébergées au fonctionnement de l'établissement (art. L. 311-6), etc.

⁸⁶⁰ HAUT CONSEIL A L'INTEGRATION, Le contrat et l'intégration, La Documentation française, 2003 (Rapports officiels). Le Haut conseil ne donne pas de précision sur la conception du contrat qu'il retient. Historiquement pourtant, deux approches s'opposent. La première, qui entre dans les vues de ROUSSEAU, KANT, SPINOZA ou John RAWLS, est démocratique, parce que le contrat n'opère pas un transfert de pouvoir : le pouvoir est conservé par le peuple. La seconde, envisagée par HOBBS, est absolutiste : le pouvoir est remis au Léviathan en échange de la sécurité.

⁸⁶¹ Par opposition à l'intégration éthique ou à l'assimilation : vouloir l'intégration ne consiste pas à nier ses origines.

⁸⁶² C'est p. ex. le cas du droit du travail : je signe un contrat qui est soumis à des règles protectrices qui lui sont supérieures et qui sont négociées collectivement et démocratiquement.

collectif ? Le contrat peut indifféremment servir l'une ou l'autre de ces motivations : adhérer à un statut et signifier son appartenance au groupe social ou, au contraire, s'en affranchir.

246. Une logique gestionnaire. — Même si le contrat n'est pas le fruit d'une volonté tout à fait autonome ni univoque, il a assurément une fonction sociale. La pratique se situe aux confins du droit privé et du droit public et tente de mêler un « *interventionnisme souple* »⁸⁶³ de l'État et une activation douce du citoyen. Ce n'est plus une sanction venant après le contrôle mais un traitement⁸⁶⁴, de la gestion⁸⁶⁵. Il ne s'agit plus seulement de respecter la loi mais d'atteindre des objectifs.

On « gère », on met en œuvre un idéal de gestion, qui est une autre idéologie. Des techniques de gestion créées dans le domaine des affaires sont importées dans le service public. Elles relèvent d'une autre culture, qui négocie, persuade, formalise et, par suite, juridicise mais tout en déjudiciarisant, parce que la logique gestionnaire tend à l'élimination du juge. La hiérarchie s'efface discrètement devant les contrats d'objectifs. Le droit est adapté par ces contrats, par les procédures qui en découlent⁸⁶⁶.

Les objectifs fixés sont ensuite évalués de façon régulière pour permettre une responsabilisation des agents de l'administration⁸⁶⁷ et pour comparer la rentabilité du secteur public par rapport au secteur privé. Le contrat sert à concentrer les différentes conceptions des politiques publiques et a pour effet de soutenir davantage une rationalité managériale que la rationalité juridique⁸⁶⁸. Cette pratique s'est répandue dans toute l'administration, dans de nombreux pays et dans les relations entre l'Administration et ses usagers.

Quant aux procédures, elles sont réductrices et risquent de faire prévaloir un discours technocratique qui tient pour peu de chose la relation d'aide. Procéduraliser, c'est en effet

⁸⁶³ S. LAMBERT, Le nouveau contrat de responsabilité parentale : où l'autorité de l'État prend le relais de l'autorité parentale, *Dr. Famille* n° 6, juin 2007, étude 25.

⁸⁶⁴ *Idem*.

⁸⁶⁵ P. LEGENDRE, A. COLLOVALD, B. FRANÇOIS, Qui dit légiste, dit loi et pouvoir, Entretien avec Pierre LEGENDRE, *In Politix*, Vol. 8, n°32, 1995, p. 23.

⁸⁶⁶ Ch. ROTHMAYR ALLISON, Le droit et l'administration de la justice face aux instruments managériaux, *Droit et société* 2/2013 n° 84, p. 275.

⁸⁶⁷ Circulaire du 26 juillet 1995 relative à la préparation et à la mise en oeuvre de la réforme de l'État et des services publics, JO 28 juillet 1995, p. 11217.

⁸⁶⁸ L. CHATY, La responsabilisation et le contrat managérial : figures et outils de la performance administrative en Europe, *In Politiques et management public*, vol. 17 n° 2, 1999, La performance publique, Actes du neuvième colloque international organisé en collaboration avec l'IUP management public, Institut d'Études Politiques d'Aix-en-Provence et avec le concours du ministère de l'Éducation nationale, de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, Aix-en-Provence, 1998, T. 1, À la recherche de la performance publique, p. 85.

laisser entendre que l'identité de chacun importe peu⁸⁶⁹. Le modèle gestionnaire dépersonnalise⁸⁷⁰, ce qui peut paraître en contradiction avec l'affirmation de son intention d'individualiser.

En droit civil et en droit de l'action sociale, l'État nie son « *pouvoir généalogique* », il poursuit une politique qui « *ne dit pas son nom* », qui peut évoquer un « *totalitarisme soft* »⁸⁷¹, qui impose *a minima* une soumission au modèle de l'anticipation, du moindre coût et de l'utilité.

247. Une soumission volontaire. — Le contrat pourrait ne plus exprimer la liberté mais, au contraire, porter la soumission⁸⁷², ce qui évoque la servitude volontaire, ou la liberté se niant elle-même⁸⁷³. La contradiction entre ces termes de soumission d'une part et de volonté d'autre part n'est qu'apparente, parce que c'est bien le consentement qui, souvent, permet la domination. En démocratie, la servitude volontaire peut prendre une forme contractuelle. La contractualisation a son idéologie (celle du marché, qui se répand dans tous les domaines de la vie), ses codes (de déontologie, des chartes) sa sémantique, ses experts⁸⁷⁴, ses modes de contrôle et de régulation, la contrainte est intériorisée, le contrat sert à la fois de support de diffusion et de persuasion. Dans cette société flexible où les familles peinent à se recomposer, l'individu isolé accepte facilement la contrainte⁸⁷⁵. L'isolement, le besoin de sécurité, les inégalités et la pauvreté croissantes, l'injonction faite à l'individu d'être libre et de devoir se justifier pour, en quelque sorte, « *s'instituer lui-même* » ont pu faire dire que la société était exposée à une « *désobjectivisation de masse, nouveau nom de la tyrannie* »⁸⁷⁶. Les contraintes sont souvent nombreuses et parfois très fortes. Si l'on peut considérer que se soumettre sans

⁸⁶⁹ « *Ce qui risque donc de se réaliser à travers l'extension du mode procédural à l'ensemble des secteurs de la vie sociale et des pratiques privées et publiques, c'est la production programmée de cyborgs entièrement formatés par l'intériorisation des prescriptions inscrites dans la logique du faire et des discours désobjectivés dans lesquels ils sont pris* » (E. DIET, 2003, L'homme procédural. De la perversion sociale à la désobjectivation aliénante, Connexions, n° 79, 1, p. 11).

⁸⁷⁰ G. GAILLARD, J. -P. PINEL, L'analyse de la pratique en institution : un soutien à la professionnalité dans un contexte d'emprise gestionnaire, *Nouvelle revue de psychosociologie*, 2011/1 n° 11, p. 85.

⁸⁷¹ P. LEGENDRE, A. COLLOVALD, B. FRANÇOIS, Qui dit légiste, dit loi et pouvoir, Entretien avec Pierre LEGENDRE, *In Politix*, Vol. 8, n°32, 1995, p. 23.

⁸⁷² A. SUPIOT parle de re-féodalisation de la société. *Homo Juridicus*, Essai sur la fonction anthropologique du Droit, Seuil, 2005 (La couleur des idées), p. 164.

⁸⁷³ E. de la BOETIE, Discours de la servitude volontaire, Bordeaux, Ed. Mille et une nuits, 2010.

⁸⁷⁴ Et « *la société des experts est en même temps une société de fonctionnaires* » (R. GORI, Les scribes de nos nouvelles servitudes, *Cités*, 2009/1, n°37, p. 192).

⁸⁷⁵ H. ARENDT, Le système totalitaire, Les origines du totalitarisme, Seuil, 2005.

⁸⁷⁶ P. LEGENDRE, Les enfants du texte. Leçons 6, étude sur la fonction parentale des États, Fayard, 1993.

limite n'aurait rien de contractuel⁸⁷⁷, des juristes ont admis que l'on puisse renoncer à sa liberté contre sa subsistance, voire contre davantage de confort⁸⁷⁸. C'est donc bien souvent par le consentement que se créent les rapports de domination, ce qui doit alerter sur l'emploi pléthorique de cette notion.

B. La valorisation du consentement de l'usager

- 248. Une médiatisation de la contrainte.** — Des matières auparavant exclusivement régies par l'ordre public ont été rendues accessibles au contrat. C'est par le contrat que l'État réalise une immixtion dans la sphère privée et obtient le consentement des usagers ou des citoyens. Le consentement finit par apparaître comme la justification nécessaire mais suffisante de toute intervention⁸⁷⁹. Le contrat médiatise ainsi la relation entre la loi et la contrainte. On finit par se contenter de l'expression d'un consentement qui n'est peut-être pas intègre ou qui ne correspond peut-être pas à la volonté.
- 249. Un consentement nécessaire.** — Les références au consentement sont nombreuses. Le Code de l'action sociale vise notamment le consentement des personnes âgées pour leur placement en famille d'accueil ou en établissement⁸⁸⁰. Le respect du consentement doit, plus généralement, être assuré dans toute prise en charge⁸⁸¹ et le travailleur handicapé accueilli en établissement d'aide et de soutien par le travail doit consentir à l'élaboration de son contrat⁸⁸². Le même code se réfère aussi à l'accord⁸⁸³, à l'adhésion ou à la participation⁸⁸⁴. Le Code de la santé publique insiste sur la nécessité, la liberté et le droit de retrait du

⁸⁷⁷ C'est l'opinion de ROUSSEAU, qui pense que la loi naturelle empêche que l'on se soumette sans limite et que l'on puisse valablement « *renoncer à sa qualité d'homme* » (Du contrat social).

⁸⁷⁸ GROTIUS et PUFENDORF, cités par R. DERATHE, Jean-Jacques ROUSSEAU et la science politique de son temps, Paris, PUF, 1950 (Bibliothèque de la science politique). L'auteur soutient que « *quand on considère la manière dont se font tous les établissements humains, et les circonstances où bien des gens devaient se trouver par une suite nécessaire de la multiplication du Genre humain; on ne peut guère douter que la Servitude ne se soit introduite peu à peu, et par degrés, et qu'elle n'ait été d'abord fondée sur des Conventions libres, quoique la nécessité pût souvent y donner lieu* ».

⁸⁷⁹ En ce sens, A. BATTEUR, La carence de l'autorité parentale, *RLDC* juillet/août 2008, suppl. au n° 51, 3089, p. 63.

⁸⁸⁰ Art. L. 231-4 CASF.

⁸⁸¹ Art. L. 311-3 CASF.

⁸⁸² « *Dans toute la mesure du possible* ». Modèle de contrat de soutien et d'aide par le travail établi entre l'établissement ou le service d'aide par le travail et chaque travailleur handicapé, Annexe 3-9 CASF.

⁸⁸³ Celui des représentants légaux pour l'admission à l'aide sociale d'un mineur (art. L. 2213-2 CASF).

⁸⁸⁴ Pour le document individuel de protection (art. D. 471-8 CASF). La charte des droits et libertés de la personne majeure protégée (Annexe 4-3, art. 9) évoque le « *droit de participer à la conception et à la mise en œuvre du projet individuel de protection* ».

consentement du patient, qui doit être recherché même si le patient est mineur ou majeur sous tutelle ⁸⁸⁵. La règle est désormais traduite à l'article 16-3 du Code civil qui protège l'intégrité du corps humain. Le consentement doit avoir été exprimé du vivant de la personne pour pouvoir procéder à une recherche biomédicale après son décès ⁸⁸⁶. Des règles particulières sont destinées à éclairer le consentement de la personne qui se prête à des recherches biomédicales ⁸⁸⁷. C'est parfois le terme d'accord qui est visé, en matière d'accompagnement de fin de vie ⁸⁸⁸. L'adhésion personnelle du mineur doit être recherchée pour sa participation à une recherche biomédicale ⁸⁸⁹. En droit civil, le consentement est l'une des conditions de validité du contrat ⁸⁹⁰ mais il est aussi requis pour le mariage ⁸⁹¹, nécessaire au changement de nom du mineur ⁸⁹². Dans le domaine de la protection des majeurs, un consentement qualifié est requis pour l'accomplissement de certains actes ⁸⁹³. Les décisions prises dans le cadre d'une mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial doivent autant que possible faire l'objet du recueil de l'adhésion des bénéficiaires ⁸⁹⁴. La terminologie varie mais l'idée est présente que, au-delà de la loi ou de la décision de justice, le recours au consentement est nécessaire. Il faut, pour l'obtenir, informer, adapter, connaître, discuter, négocier.

250. Consentir n'est pas toujours vouloir. — Un auteur a montré l'utilité de la distinction entre les notions de consentement et de volonté ⁸⁹⁵. Elles ne seraient pas fongibles. La volonté est la part intérieure, intime, tandis que le consentement est son expression. Il y aurait une nuance entre le fait de vouloir, qui correspond à l'exercice d'un pouvoir et le fait de consentir, qui correspond davantage au fait d'admettre, d'accepter quelque chose. Le consentement exprimerait la soumission, le fait de s'engager à l'égard d'un tiers. Aussi la discussion en cours

⁸⁸⁵ Art. L. 1111-4 C. santé publ.

⁸⁸⁶ Il s'agit de la mort cérébrale et le témoignage du consentement, rapporté par la famille, suffit (art. L. 1121-14 C. santé publ.).

⁸⁸⁷ Art. L. 1122-1 C. santé publ. V. art. 16-10 C. civ.

⁸⁸⁸ Art. L. 1110-1 C. santé publ.

⁸⁸⁹ Art. L. 1122-2 C. santé publ.

⁸⁹⁰ Art. 1108 C. civ.

⁸⁹¹ Art. 146 C. civ.

⁸⁹² Art. 61-3 C. civ.

⁸⁹³ Un consentement strictement personnel, art. 458 C. civ.

⁸⁹⁴ Art. 375-9-1 C. civ.

⁸⁹⁵ M.-A. FRISON-ROCHE, Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats, *RTD civ.* 1995. 573.

au parlement au sujet du projet de loi d'adaptation de la société au vieillissement est-elle intéressante en ce qu'elle montre une confusion entre consentement et volonté. En effet, les parlementaires entendent garantir « *l'expression du consentement* » en permettant l'intervention d'une personne de confiance pour l'entrée en maison de retraite ⁸⁹⁶. Ce point fait difficulté car des députés redoutent les refus d'admission si le consentement doit être recueilli par le directeur de la maison de retraite. On voudrait éviter au directeur de devoir apprécier la qualité du consentement. Le terme de consentement fait peur, si bien qu'un amendement propose son remplacement par « *la décision de la personne pour son admission* », afin de pouvoir se contenter d'un « *acquiescement à l'admission, soutenu par les proches et validé par les professionnels* » ⁸⁹⁷. Les débats montrent que certains parlementaires trouvent plus exigeante la notion de décision. Si le projet a retenu le terme de consentement, ces débats montrent que la volonté est absente de la réflexion et que l'attention se porte sur la responsabilité des professionnels plus que sur la validité du contrat ou le choix de la personne âgée ⁸⁹⁸. Il est toutefois difficile d'accepter que l'admission puisse être décidée pour autrui sans aucun pouvoir, hors de toute mesure de protection et de tout contrôle. Le risque est bien de se contenter d'une procédure d'admission en lieu et place d'un consentement personnel ou substitué (mais contrôlé). Il faut mais il suffit que le consentement soit exprimé pour créer des obligations. Le risque d'un « *consentement des faibles à la domination totale des forts* » ⁸⁹⁹ ne peut être ignoré. Lorsque les contractants sont en situation d'inégalité, la nécessité d'un cadre légal se trouve renforcée afin de garantir une relation de confiance.

251. Conclusion du Chapitre II. — Les nouvelles figures contractuelles qui peuvent être rassemblées sous l'étiquette du contrat pédagogique ont en commun de formaliser un accord permettant d'assurer l'assimilation par un usager du service public de ses droits et de ses devoirs. La règle est ainsi individualisée et intégrée, sa violation étant sanctionnée par la privation d'une prestation, le retrait d'un droit ou l'exclusion du dispositif d'aide ⁹⁰⁰.

⁸⁹⁶ AN, Compte rendu intégral 9 septembre 2014.

⁸⁹⁷ Un parlementaire expose que « *changer le mot de consentement pour celui de décision montre d'autant mieux que l'on considère la personne âgée comme un véritable acteur de son parcours de vie. On veut à tout prix maintenir l'autonomie de la personne âgée jusqu'au bout ; mais maintenir l'autonomie, c'est lui laisser le droit de décider ce qui est bon pour elle* ».

⁸⁹⁸ AN, Compte rendu intégral 10 septembre 2014.

⁸⁹⁹ A. SUPLOT, *Op. cit.* On se retranche facilement derrière le consentement pour neutraliser une protection, notamment en droit du travail.

⁹⁰⁰ Le contrat pédagogique sert à faire respecter la loi en la présentant dans une relation de donnant-donnant. Selon la définition proposée par J. ROCHFELD, La contractualisation des obligations légales. La figure du « contrat pédagogique », in M. XIFARAS, G LEWKOWICZ, Repenser le contrat. Paris, Dalloz, 2009 (Méthode du droit).

252. Conclusion du Titre II. — La Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 a placé l'utilisateur au centre de la mesure en cherchant à faire autant que possible de la protection une démarche volontaire, tendue vers le maintien ou la reprise de l'autonomie. La mesure d'accompagnement social invite la personne à gérer ses allocations conformément aux attentes sociales tandis que le document individuel de protection matérialise le projet dont la mesure doit permettre l'élaboration. Il sert à formaliser l'exercice du mandat. Dans les deux cas, l'adhésion de l'utilisateur est recherchée. Le consentement est nécessaire à la conclusion du contrat d'accompagnement mais pas à l'élaboration du document individuel de protection, où il est plutôt l'occasion d'une expression. Toutefois, lorsque le majeur participe à son élaboration, le document individuel peut avoir des effets juridiques et la dimension contractuelle, latente, peut alors se manifester. Le contrat d'accompagnement et le document individuel auquel le majeur a participé formalisent un accord sur des objectifs, au regard d'attentes à la fois personnelles et sociales, pour individualiser une action et concrétiser un projet. En ce sens, ils sont certainement de nouveaux contrats pédagogiques.

253. Conclusion de la première partie. — Le contrat introduit dans la protection juridique des majeurs vulnérables est loin de se présenter comme un matériau monolithique.

Il y a loin, en effet, entre les contrats de l'organisation privée et ceux de l'organisation publique. Les premiers sont de bons outils au service des plus privilégiés tandis que les seconds sont les moyens de construction d'une action sociale et de son discours, permettant de transmettre des impératifs et d'organiser des échanges ⁹⁰¹ avec les personnes en difficulté n'ayant pas ou plus de proches susceptibles de leur venir en aide.

Les contrats pédagogiques, comme les contrats de l'organisation privée que sont les mandats de protection future, voire, la fiducie, sont avant tout des contrats relationnels, englobés dans une évolution de la société qui encourage le contrat tout en l'encadrant de plus en plus. Par leur durée et par l'équilibre qu'ils parviennent à acquérir, ils montrent que le contrat peut parfois s'avérer plus fiable que la loi.

⁹⁰¹ En cela, ils servent principalement à communiquer. J. PERRIAULT, *La logique de l'usage : Essai sur les machines à communiquer*, Flammarion, 1992 (Documents). Derrière le moyen technique, on recherche un usage. L'analogie a été proposée par R. JANVIER, *Le contrat en action sociale : un nouvel objet technique : impacts sur les pratiques professionnelles, incidences sur les formes et les processus organisationnels*, Communication au colloque *Pratiques et usages organisationnels des sciences et technologies de l'information et de la communication*, Cersic, Université Rennes 2, 2006, [En ligne] Disponible sur <http://www.rolandjanvier.org/droit-usagers/302-le-contrat-en-action-sociale-un-nouvel-objet-technique-impacts-sur-les-pratiques-professionnelles-incidences-sur-les-formes-et-les-processus-organisationnels-27-09-2006/> (Consulté le 1er mai 2015).

PARTIE II.

LE RENOUVELLEMENT DU MODELE CONTRACTUEL

254. Introduction du contrat en droit des personnes. — L'utilisation du contrat hors du domaine économique, à des fins de création ou d'organisation de l'ensemble des mesures de protection juridique des personnes opère un franchissement de barrières idéologiques. En effet, le contrat est d'abord envisagé comme le moyen de permettre des échanges entre les personnes et concerne le monde des choses. Il oblige à donner quelque chose, à faire quelque chose ou à ne pas faire quelque chose ⁹⁰². Au contraire, le contrat de protection est centré sur la personne et n'envisage les choses qu'à travers elle ⁹⁰³.

255. Particularisme du contrat de protection juridique des majeurs. — Les contrats apparus en matière de protection juridique sont des contrats polymorphes, qui diffèrent des contrats traditionnels, s'inspirent de sources diverses et poursuivent des objectifs particuliers, intimement liés à la personne. Leur unité et leur spécificité sont deux questions conséquentes. Le foisonnement des contrats, ou plus exactement les usages abusifs de la notion de contrat, causent un trouble notionnel.

Il existe en effet un paradoxe apparent entre le contrat et le concept auquel on veut l'associer et cette spécificité invite à réfléchir à un regroupement de contrats ⁹⁰⁴. La famille est souvent associée, parfois absente, mais toujours concernée lorsque l'un des siens vient à avoir besoin du soutien d'un tiers, mais c'est la personne elle-même et elle seule qui est véritablement au cœur des rapports de droit qui se créent. Cet engagement de l'être suscite des inquiétudes légitimes et incite à édifier des remparts contre des dérives réelles ou supposées. Dans les formes que produisent les organisations privée et publique, ces contrats se distinguent sans s'opposer tout à fait et des points de convergence permettent d'opérer entre eux de premiers rapprochements. Les figures contractuelles de la protection juridique des personnes peuvent être regroupées pour constituer une catégorie nouvelle, susceptible de faire émerger une théorie générale des contrats de protection. Progressivement mais sensiblement, se dessinent des caractéristiques qui permettent d'associer les contrats de protection sous la notion encore flottante de contrat relationnel. Parce que le concept de contrat recouvre des réalités modernes, il appelle un renouvellement de sa compréhension et une adaptation de son régime. L'observation des contrats de protection créés par la réforme de la protection des majeurs de 2007 montre que les contrats de protection transfigurent la compréhension du concept de contrat en offrant une illustration du contrat

⁹⁰² Art. 1101 C. civ.

⁹⁰³ V. A. SUPIOT, La contractualisation de la société, *Courrier de l'environnement de l'INRA* n° 43, mai 2001, p. 51.

⁹⁰⁴ Un tel phénomène a déjà été constaté pour le contrat de famille : V. C. LUCAS, Du contrat de famille à la famille contractuelle, Thèse de doctorat en Droit privé, Poitiers, 2000.

relationnel (Titre I), et puisent leur justification et leurs techniques dans des sources renouvelées (Titre II).

TITRE I.

LA NAISSANCE D'UN NOUVEAU CONTRAT RELATIONNEL

256. Exposition et recherche d'unité. — L'examen des contrats de protection des personnes nécessite de dépasser la diversité que dissimulerait une notion unique. Entre des contrats passés sous seing privé par des particuliers et des contrats conclus par une personne publique avec une personne privée, l'écart peut sembler grand. À première vue, ces contrats sont un magma composé de pratiques hétérogènes et de tentatives de théorisation audacieuses mais préoccupantes. Leur conclusion et leur exécution obéissent à première vue à des régimes disparates. Chaque élément doit être examiné pour tenter de recomposer un ensemble par des rapprochements et des distinctions. Cet effort pourra favoriser une utilisation pertinente du contrat en protection des majeurs et à garantir l'application des règles de fond et de forme justifiées par ses finalités.

Avec la réforme de la protection juridique des majeurs, le concept de contrat recouvre des réalités nouvelles qui paraissent l'éloigner du modèle classique, à moins de changer de grille de lecture ou de considérer qu'une théorie des contrats spéciaux de protection émerge. Le concept de contrat étend son domaine et s'étend, voire s'étire jusqu'à se distordre. Du moins le contrat prend-il, avec ces applications, une signification différente, que la notion de contrat relationnel est susceptible d'éclairer, sinon d'absorber. Le contrat relationnel permet de repenser le contrat classique, de dépasser le modèle volontariste, afin de tenir pour essentielle la relation entre les parties, envisagée comme productrice de normes. Le droit des affaires a permis le développement du contrat relationnel, mais il déborde aujourd'hui ce domaine. Le contenu notionnel des contrats de protection permet de les classer parmi les contrats relationnels sans pour autant laisser ignorer le domaine dans lequel ils se développent, dont les objectifs imposent un inflexionnement du régime. La notion nouvelle de contrat de protection (Chapitre I) appelle un régime spécifique (Chapitre II).

CHAPITRE I.

LA NOTION NOUVELLE DE CONTRAT DE PROTECTION

257. Les contrats de protection ont pour objet de créer des obligations spécifiques en vue d'accomplir des actes matériels ou juridiques destinés à remédier aux difficultés causées par une situation de vulnérabilité. L'une des parties au contrat est ou risque de se trouver en situation de vulnérabilité. Cet état de fait détermine son engagement et l'attente d'une prestation spécifique. Le contrat ne paraît pas contenir à lui seul tout le lien créé entre les contractants ⁹⁰⁵. La recherche de critères permettant d'affirmer l'émergence de la catégorie des contrats de protection (Section I) est utilement complétée par une analyse relationnelle de ces nouvelles figures contractuelles (Section II).

⁹⁰⁵ « *La relation entre les parties au contrat, qu'elle induise des considérations de confiance, de coopération ou encore de temps, ne peut être réduite au contrat qui l'institue* », P. LOKIEC, La décision médicale, *RTD civ.*, 2004. 641.

SECTION I.

L'EMERGENCE DE LA CATEGORIE DU CONTRAT DE PROTECTION

258. À l'instar du contrat de consommation ou du contrat de travail, le contrat de protection est de fait un contrat inégal. La loi prévoit la mise en œuvre d'une protection à condition que la vulnérabilité de l'un des contractants soit reconnue. Plus qu'un élément constitutif de ces contrats, la vulnérabilité apparaît comme leur condition préalable. Elle pose un cadre et détermine les situations dans lesquelles le droit peut assumer une fonction protectrice, par un procédé contractuel. La vulnérabilité paraît constituer le critère général du contrat de protection (§1). Parce qu'elle est le trait distinctif d'une situation, elle appelle des moyens de protection diversifiés (§2).

§1. LE CRITERE GENERAL DU CONTRAT DE PROTECTION : LA VULNERABILITE

259. Toutes les figures contractuelles issues de la réforme de mars 2007 définissent les conditions de désignation du protecteur et visent à protéger des personnes vulnérables. Pour autant, ni le substantif « vulnérabilité » ni l'adjectif « vulnérable » n'apparaissent dans le Code civil. Ce dernier ne qualifie pas expressément les majeurs protégés de majeurs vulnérables, bien que les deux soient souvent confondus⁹⁰⁶, et encore que l'on puisse être vulnérable sans être protégé (voire sans être protégeable⁹⁰⁷), car le majeur peut ne pas être protégé en raison de l'absence d'un signalement, d'une requête, ou en raison de sa fuite devant le médecin⁹⁰⁸. Et on peut ne pas être protégeable parce que la prodigalité n'est plus une cause d'ouverture des mesures de protection depuis la loi de 2007 et que la prise en charge des personnes en difficulté ne s'adresse désormais qu'aux bénéficiaires de prestations sociales.

⁹⁰⁶ V., p. ex. circulaire JUSCO 911895 C du 26 mai 2009 relative à la loi du 12 mai 2009 ; F. FIECHTER-BOULVARD, La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit, in F. COHET-CORDEY (Dir.), *Vulnérabilité et droit*, PUG, 2000, p. 18 : « *les incapacités apparaissent comme la traduction juridique d'une vulnérabilité préalablement tenue pour acquise par le droit* ».

⁹⁰⁷ J. HAUSER, *Vulnérable ou protégeable : deux notions à ne pas confondre*, *RTD civ.*, 2010. 761.

⁹⁰⁸ Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 2011, n° 10-21. 879, décision citée *supra*, n° 17, aboutissant à l'absence de mesure à cause du refus de l'examen médical par la personne à protéger ; les juges du fond, résolument pragmatiques, admettent la production d'un certificat de carence (CA Douai, 11 janvier 2013, n° 12/05941 ; *RTD civ.*, 2013. 348, obs. J. HAUSER ; *AJ Famille*, 2013. 136, obs. G. RAOUL-CORMEIL ; *Dr. Famille*, 2013, obs I. MARIA).

La notion de vulnérabilité innervait cependant tout le droit nouveau de la protection juridique de la personne. L'exposé des motifs de la loi du 5 mars 2007 emploie seize fois le terme de « vulnérable ». Quinze fois, cet emploi vise les majeurs protégés entendus comme les personnes sous sauvegarde, curatelle, tutelle ou mandat de protection future. La seizième fois, il sert à présenter le dispositif global en rappelant les textes antérieurs que sont la loi de 1966 relative à la tutelle aux prestations sociales et la loi du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs⁹⁰⁹. Dans l'esprit du législateur, l'adjectif « vulnérable » qualifie ainsi prioritairement les personnes dont les facultés sont altérées et englobe les personnes en difficulté sociale.

C'est ce terme de vulnérabilité qui permet d'envisager l'existence de contrats de protection ou, à tout le moins, de fonder un droit de la protection des personnes.

Ici, les contrats de protection sont envisagés subjectivement, du point de vue du contractant à protéger. Cette approche semble différer de celle du droit commun du contrat qui ne considère qu'abstraitement les parties, supposées égales et également libres de consentir au contrat. Dans les contrats portant sur la protection, la vulnérabilité de l'une des parties existe présentement ou par conjecture. Elle est leur critère subjectif, imposant une vision concrète, située, du contractant. Malgré l'hétérogénéité de la notion et les doutes sur son utilité⁹¹⁰, la vulnérabilité, en quête de définition (A), peut assurément jouer un rôle dans le champ de la protection des majeurs (B).

A. La définition de la vulnérabilité dans le champ de la protection des majeurs

260. Au plan linguistique, est vulnérable celui qui est « *exposé à recevoir des blessures, des coups* », « *qui est exposé aux atteintes d'une maladie, qui peut servir de cible facile aux attaques d'un ennemi* », celui « *qui, par ses insuffisances, ses imperfections, peut donner prise à des attaques* »⁹¹¹. En droit, il n'existe pas de définition juridique générale, mais des illustrations particulières de la vulnérabilité, variables selon les domaines. Un auteur expose que « *la vulnérabilité représente une fragilité mentale ou physique d'une personne au regard d'une norme abstraite de comportement de l'homo sapiens* »⁹¹².

⁹⁰⁹ Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968.

⁹¹⁰ F. FIECHTER-BOULVARD, La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit, in F. COHET-CORDEY (Dir.), Vulnérabilité et droit, PUG, 2000, p. 13.

⁹¹¹ LAROUSSE, Dictionnaire de français, V° Vulnérable, III. Le LITRE est en ce sens quand il vise celui « *qui peut être blessé* », du lat. *vulnerabilis*, de *vulnerare*, blesser, qui vient de *vulnus*, blessure, qu'on rapproche de l'allemand. *Wunde* ; goth. *wund* ; isl. *und* ; sanscr. *vrana*, plaie.

⁹¹² S. HENNION, Violences, vulnérabilités et responsabilités des travailleurs sociaux, RDSS, 2012. 1109.

L'exposition à un risque est nécessaire pour définir la vulnérabilité mais ne peut suffire à la caractériser. Tout risque ne rend pas obligatoire la mise en œuvre d'actions de prévention. Il convient de « *s'en tenir à des risques d'une particulière gravité. Sans doute est-il nécessaire de faire la part entre le normal et le pathologique* »⁹¹³. Il est vrai que « *nous sommes tous vulnérables* » et que si l'enfant, l'infirme, ont besoin de soins constants, tous, « *chaque jour nous avons besoin de soin pour préserver nos vies* »⁹¹⁴. Il est impératif d'écarter une conception qui serait trop extensive et non opératoire, pour trouver un seuil de vulnérabilité qui légitime une intervention du droit.

De nombreuses personnes bénéficient d'une protection accrue au moyen de dispositions discriminantes, fondées sur des caractéristiques qui leur sont propres ou sur leur position dans la relation contractuelle mais, surtout, sur leur appartenance à une catégorie prédéfinie. Dans le domaine de la protection des majeurs, la notion de vulnérabilité reste *a priori* imprécise. L'évolution des textes permet toutefois d'en tracer les contours et de distinguer des éléments personnels et conjoncturels de vulnérabilité⁹¹⁵. Aujourd'hui, les mesures de protection et d'accompagnement sont ouvertes sans nécessairement affecter la capacité juridique. Les majeurs atteints d'une altération de leurs facultés et ceux qui se trouvent dans des « *situations sociales de précarité et d'exclusion* »⁹¹⁶ peuvent bénéficier respectivement d'une mesure de protection juridique et d'une mesure d'accompagnement. Les textes et la jurisprudence font apparaître que ces mesures sont justifiées par des éléments communs, constitués de facteurs personnels (1) et contextuels (2).

1. Des facteurs personnels

261. La vulnérabilité de la personne, condition de sa protection. — La vulnérabilité se présente comme une notion passive, « *un substantif polysémique* »⁹¹⁷. Elle est surtout révélée par les atteintes qu'elle subit, ce qui explique que sa prise en compte soit plus perceptible en droit pénal que dans les autres branches du droit.

⁹¹³ COUR DE CASSATION, Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation : rapport annuel 2009, Paris, la Documentation française, 2010, p. 58.

⁹¹⁴ P. MOLINIER, S. LAUGIER, p. PAPERMAN, Qu'est ce que le *care*? Souci des autres, sensibilité, responsabilité, Ed. Payot et Rivages, 2009. (Petite bibliothèque Payot), p. 50 et s.

⁹¹⁵ Le rapport de la Cour de cassation consacré aux personnes vulnérables a opéré cette distinction. COUR DE CASSATION. Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Rapport 2009.

⁹¹⁶ Exposé des motifs de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.

⁹¹⁷ Th. FOSSIER, Peut-on légiférer sur la vulnérabilité, *Dr. Famille*, 2011, n° 2, février 2011, dossier 2.

Si la vulnérabilité apparaît trop floue pour être admise comme concept, elle bénéficie d'une autonomie qui s'exprime déjà dans la casuistique. Sa mutation perpétuelle rend légitime le pouvoir d'appréciation laissé au juge. Le Code pénal fait jouer un rôle à la vulnérabilité mais la présente sous l'angle des causes qui empêchent la victime de se défendre seule ⁹¹⁸. Le droit pénal se soucie de la vulnérabilité en général ⁹¹⁹ mais surtout de la « *particulière vulnérabilité* » en faisant effectivement référence à son origine : l'âge, la maladie, une infirmité, une déficience physique ou psychique, voire un état de grossesse ⁹²⁰. Ce sont des causes directement liées à la personne. L'exigence d'éléments concrets par les juges montre l'insuffisance de la seule référence à l'une des causes limitativement énumérées ⁹²¹.

Dans le domaine de l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation, un traitement privilégié est réservé à certaines victimes. Il s'agit de celles qui sont « *âgées de moins de seize ans ou de plus de soixante-dix ans, ou [...] titulaires, au moment de l'accident, d'un titre leur reconnaissant un taux d'incapacité permanente ou d'invalidité au moins égal à 80 %* » ⁹²².

En matière de baux d'habitation, l'âge du locataire, son état de santé, la précarité de sa situation et la modicité de ses ressources lui permettent de bénéficier d'une durée de préavis réduite ou d'une offre de relogement ⁹²³. L'âge du bailleur peut également avoir une incidence sur les droits du locataire. Ainsi, le droit à une offre de relogement du locataire âgé cède devant celui du bailleur lui-même âgé de plus de soixante-cinq ans ou dont les ressources annuelles sont inférieures à une fois et demie le montant annuel du salaire minimum de

⁹¹⁸ Comme circonstance aggravante en matière de violence ou de viol, ou d'élément constitutif de l'infraction en matière d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse.

⁹¹⁹ En matière de conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne : art. 225-13 et s. C. pén.

⁹²⁰ Art. 223-15-2 C. pén. La vulnérabilité, qui devait être apparente « et » connue, doit seulement être apparente « ou » connue, depuis la modification apportée par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009. La prise en compte des caractéristiques personnelles des victimes de l'infraction s'en trouve donc augmentée.

⁹²¹ Cass. crim., 8 juin 2010, n° 10-82. 039, Bull. crim., n° 102 ; M. VERON, L'âge ne rend pas nécessairement vulnérable, *Droit pénal* n° 10, octobre 2010, comm. 106.

⁹²² Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, art. 3. Ce texte prévoit que la faute inexcusable commise par ces personnes ne peut leur être opposée, même si elle est la cause exclusive du dommage.

⁹²³ Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, art. 15 dans sa version issue de la Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 : « *Lorsqu'il émane du locataire, le délai de préavis applicable au congé est de trois mois. Le délai de préavis est toutefois d'un mois :... En cas d'obtention d'un premier emploi, de mutation, de perte d'emploi ou de nouvel emploi consécutif à une perte d'emploi ; Pour le locataire dont l'état de santé, constaté par un certificat médical, justifie un changement de domicile ; Pour les bénéficiaires du revenu de solidarité active ou de l'allocation adulte handicapé* ». Ce même article prévoit que le bailleur ne peut pas s'opposer au renouvellement du bail lorsque le locataire est âgé de plus de soixante-cinq ans et que ses ressources annuelles sont inférieures à une fois et demie le montant annuel du salaire minimum de croissance, sans que lui soit présentée une offre de logement adaptée à ses besoins.

croissance⁹²⁴. Le droit de rompre le contrat est ainsi apprécié au regard de la situation concrète de chacune des parties.

Le débiteur surendetté peut lui aussi être considéré comme une personne vulnérable. En effet, la procédure de surendettement n'est pas polarisée sur le paiement des dettes mais sur la situation du débiteur, qui est un consommateur en difficulté⁹²⁵. Il est tenu compte de sa situation sociale tout autant que de sa situation économique⁹²⁶. En matière de protection des majeurs, les causes de vulnérabilité qui légitiment l'intervention du droit sont liées « à la personne ou à son patrimoine » et ses « conséquences affectent de manière générale les droits et libertés de l'intéressé »⁹²⁷. Le Code civil voit prioritairement une vulnérabilité protégeable là où apparaît une altération des facultés, sans que la référence à des causes d'altération des facultés soit désormais requise.

Les mesures de protection que sont le mandat de protection future, la sauvegarde de justice, la curatelle et la tutelle sont mises en œuvre au bénéfice du majeur lorsqu'il ne peut pourvoir seul à ses intérêts en raison d'une altération de ses facultés personnelles. Les mesures de protection s'intéressent à cette altération en tant que limitation de la capacité à administrer ses biens, gérer ses affaires, se préserver personnellement et matériellement. L'altération des facultés est ainsi une condition légale de mise en place d'une mesure de protection⁹²⁸.

262. Les causes d'ouverture d'une mesure de protection. — Le Code Napoléon permettait l'interdiction des personnes se trouvant « dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur »⁹²⁹. Ces causes médicales relevaient de l'appréciation souveraine des juges du fond. Un tribunal civil avait ainsi pu interdire une personne au vu d'une correspondance médicale et au terme de son interrogatoire, ces éléments permettant alors d'établir un état habituel de démence. Cette affaire a donné à la Cour de cassation l'occasion d'exprimer qu'en l'absence

⁹²⁴ SMIC.

⁹²⁵ Le premier niveau de protection constitué par les droits du consommateur s'est avéré inefficace. Le niveau subséquent met en œuvre les droits de la personne surendettée. Et la procédure de surendettement peut ensuite ouvrir la voie aux mesures d'accompagnement social. Le modèle des *matriochkas* est ainsi reproduit, passant discrètement du symbole de la fertilité à celui, voisin, de la prodigalité.

⁹²⁶ J. JULIEN, Le débiteur surendetté : personne vulnérable, *Dr. Famille*, 2006, n° 5, chron. 23, p. 28.

⁹²⁷ Ces définitions sont données par le rapport annuel de la Cour de cassation consacré aux personnes vulnérables. COUR DE CASSATION, Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation : rapport annuel 2009, Paris, la Documentation française, 2010

⁹²⁸ Sans certificat médical circonstancié, la requête n'est même pas recevable.

⁹²⁹ Art. 489 C. Nap.

de définition légale des « conditions caractéristiques de l'état d'imbécillité ou de fureur [...] la plus grande latitude est laissée aux tribunaux pour apprécier les manifestations révélatrices de cet état »⁹³⁰. Ils pouvaient ainsi fonder leur décision sur les conclusions d'un rapport unanime des médecins et plus généralement sur tous « faits et documents de la cause »⁹³¹.

Avec la loi de 1968, le législateur a préféré déterminer autrement les causes d'altération des facultés pouvant motiver l'ouverture d'une mesure de protection. Le but de cette loi était de couvrir la plus grande diversité des situations tout en ne subordonnant plus la loi à la médecine, en ne faisant plus dépendre son application des évolutions de la science. Le Code civil délimitait alors le champ de la protection par référence à trois causes d'altération des facultés⁹³² : la maladie, une infirmité, un affaiblissement dû à l'âge. Aucun placement sous protection ne pouvait être déterminé sans référence à l'une de ces causes. Une affaire illustre cette règle stricte. Une jeune femme venait de rejoindre un mouvement déclaré sectaire. Sa personnalité était décrite par les médecins comme de type « états limites ». À la demande de ses parents, le tribunal avait ordonné l'ouverture d'une mesure en relevant l'altération des facultés mais pas la maladie qui aurait pu la causer. Sa décision a été cassée⁹³³. Cette position stricte a suscité des remarques doctrinales justifiées car il ne convenait pas d'abandonner ceux qui, sans relever de l'une des causes légales, n'en étaient pas moins vulnérables⁹³⁴. Compte tenu de la finalité de l'instance, des conditions plus souples pouvaient être jugées préférables à ces refus de protection causés par un contrôle formel de la Cour de cassation⁹³⁵.

263. Un élargissement des conditions d'ouverture. — La loi de 2007 a apporté cet élargissement des conditions d'ouverture, puisque le Code civil ne vise désormais que l'altération des facultés médicalement constatée, sans autre précision⁹³⁶. Sont prises en

⁹³⁰ Req. 23 février 1898, *DP*, 1898, I, 220.

⁹³¹ Req. 5 novembre 1900, *DP* 1901, I, 21 ; 6 juillet 1909, *DP* 1909, I, 535.

⁹³² Anc. Art. 490 C. civ.

⁹³³ Cass. civ. 1^{re}, 2 octobre 2001. Bull. civ. I, n° 238 ; *D.*, 2002, p. 2161, obs. Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE ; *RTD civ.*, 2002, p. 74, obs. J. HAUSER ; *RDSS*, 2002, p. 120. ; DEFRENOIS 2002, p. 197, obs. J. MASSIP ; *LPA*, 2002, note CHAILLE DE NERE.

⁹³⁴ Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, Placement d'une personne sous le régime de la curatelle renforcée, *D.*, 2002, p. 2161 : « Le besoin de protection, c'est peut-être aussi ne pas s'arrêter aux seules causes invoquées pour l'altération des facultés mentales ! ». Sur un terrain voisin, cette remarque a malheureusement repris toute son actualité avec un arrêt de la 1^{re} Chambre civile de la Cour de cassation en date du 29 juin 2011, pourvoi n° 10-21879, publié au bulletin. Sur cet arrêt, laissant sans protection un majeur refusant de se soumettre à l'examen médical, v. not. J. CASEY et F. FRESNEL, *RJPF*, 2011, n° 09.

⁹³⁵ J. HAUSER, Conditions d'ouverture de la curatelle, *RTD civ.*, 2002, p. 74.

⁹³⁶ Art. 425 C. civ. V. E. BLESSIG, Rapport à la Commission des lois de l'Assemblée nationale, Doc. AN 2007, n° 3557, p. 129 : « Cette suppression vise à permettre la prise en compte des causes d'altération qui ne relèvent pas

compte l'altération des facultés mentales et l'altération des facultés corporelles si cette dernière empêche l'expression de la volonté. Les travaux parlementaires ont montré que l'intention du législateur était de ne placer sous protection que les personnes que l'altération de leurs facultés corporelles plaçait dans une impossibilité absolue d'exprimer leur volonté. Le verbe « entraver », qui figurait dans le projet de loi, a pour cela été remplacé par le verbe « empêcher »⁹³⁷. Ce choix conforte la jurisprudence antérieure, solidement ancrée, qui se montrait très rigoureuse. En effet, la Cour de cassation n'admettait pas le prononcé d'une mesure motivée par la très mauvaise vision d'une personne, empêchant la lecture, sans précision sur l'empêchement de celle-ci à exprimer sa volonté⁹³⁸. Cette position a été confirmée, la Cour de cassation ayant notamment rappelé au sujet d'une personne malvoyante la nécessité de préciser en quoi l'altération des facultés corporelles empêche l'expression de la volonté⁹³⁹. Toutefois, cette juridiction a su, en d'autres occasions, se montrer moins exigeante dans son contrôle en jugeant, notamment, que l'empêchement est suffisamment caractérisé par des troubles entravant gravement la communication orale⁹⁴⁰.

Les juges du fond ont pris parti sur une situation dans laquelle l'intéressé, âgé de 58 ans, avait été victime d'un accident l'ayant lourdement handicapé⁹⁴¹. Le majeur souffrait depuis d'un *locked-in syndrome* ou syndrome d'enfermement, qui se manifeste par une tétraplégie et par une paralysie de la langue, du pharynx, du larynx et du visage. Il pouvait néanmoins s'exprimer au moyen d'un appareil de synthèse vocale. Saisi par le procureur de la République, le juge des tutelles l'avait placé sous tutelle sans le rencontrer, en considération d'un avis médical captieux, selon lequel l'audition aurait été de nature à porter préjudice à sa santé. L'intéressé, s'étant vu notifier son placement sous tutelle sans avoir été entendu ni même informé, a interjeté appel de cette décision⁹⁴². Son tuteur, désigné pour exercer la

de façon évidente et notoire de l'une de ces catégories. Est notamment visée la dépression ou le stress post-traumatique qui est défini comme un trouble mais pas toujours comme une maladie, et qui pourtant altère les facultés mentales en modifiant le discernement. Les progrès médicaux permettent de repérer les altérations des facultés mentales qui n'entrent pas forcément dans la classification limitative actuellement en vigueur ».

⁹³⁷ *Ibid.*

⁹³⁸ Civ. 1^{re}, 9 mars 1994, Bull. civ. I, n° 93 ; RTD civ., 1994, 323, obs. J. HAUSER ; Defrénois 1994, 1103, obs. MASSIP.

⁹³⁹ Cass. civ. 1^{re}, 30 septembre 2009, n° 09-10127.

⁹⁴⁰ Cass. civ. 1^{re}, 1er décembre 2010, n° de pourvoi 09-17039 (non publié), arrêt rendu sous l'empire des textes antérieurs.

⁹⁴¹ CA Douai, 9 novembre 2012, n° 12/00091. JurisData n° 2012-024694.

⁹⁴² Une telle procédure paraît contraire aux droits de la défense et à l'intérêt même du majeur à protéger. La Cour de cassation a rappelé le droit de toute personne à ce que sa cause soit entendue contradictoirement et, par conséquent, le droit d'avoir connaissance des pièces produites et de répondre aux observations du

mesure avec exécution provisoire, a rapporté qu'il pouvait s'exprimer avec une aide technique et continuer de gérer ses comptes. Une audition réalisée sur commission rogatoire donnée par la cour d'appel a permis à la personne protégée d'exprimer sa vive opposition à la mesure de tutelle et son acceptation d'une mesure de curatelle simple, permettant d'assurer une protection suffisante. La cour a infirmé le premier jugement et ordonné une curatelle simple. Dans cette affaire soumise à la cour d'appel de Douai en 2012, l'altération des facultés était bien « *de nature à empêcher l'expression de la volonté* », conformément à la lettre de l'article 425 du Code civil. Cependant, elle ne l'empêchait pas effectivement, grâce à l'utilisation d'un appareil de communication par synthèse vocale.

Quelques décisions paraissent s'affranchir assez naturellement de la condition d'altération des facultés et laissent une place, sans doute par réminiscence, à la curatelle pour prodigalité, intempérance ou oisiveté de l'ancien article 488 du Code civil. La cour d'appel de Poitiers a ainsi estimé fondé le placement sous protection d'un jeune homme au motif que les conclusions du médecin avaient « *mis en exergue* » une « *personnalité impulsive et immature entraînant des achats compulsifs* »⁹⁴³. Cette même juridiction, par une décision rendue le même jour, a considéré que le besoin de représentation dans le cadre d'une sauvegarde de justice était constitué eu égard à « *des problèmes d'intempérance* », associés au fait que l'intéressée « *voyait ses revenus dissipés par un neveu* »⁹⁴⁴.

Dans d'autres cas, le départ est fait entre les conduites excessives et une véritable altération des facultés. Un lien de corrélation ou de causalité est possible. La Cour de cassation ne l'a pas exclu, en exigeant des juges du fond, sur le fondement des textes antérieurs à la réforme, qu'ils précisent si l'alcoolisme entraînait une altération des facultés mentales et nécessitait que

ministère public. Le principe du contradictoire doit ainsi primer la procédure spéciale. Cass. 1^{re} civ., 20 nov. 2013, n° 12-27218 ; Cass. 1^{re} civ., 20 novembre 2013, n° 12-29474 ; Cass. 1^{re} civ., 12 février 2014, n° 13-13581, Juris Data n° 2014-002259. S. MAUCLAIR, Respect du principe du contradictoire et intervention du ministère public, *RJPF*, février 2014 ; I. MARIA, Contrôle drastique du principe du contradictoire en matière de protection juridique des majeurs, *Dr. Famille*, avril 2014, comm. 65 ; G. RAOUL-CORMEIL, Nature juridique de la procédure devant le juge des tutelles, *AJ Famille*, 2014. 148. Il est possible que le majeur ne soit pas entendu. Une ordonnance de non audition peut être rendue sur le fondement de l'article 432 du Code civil. Pour cela un avis du médecin inscrit sur la liste du procureur est requis et le juge doit considérer soit que l'audition est de nature à porter atteinte à la santé du majeur soit que ce dernier est hors d'état d'exprimer sa volonté. Il ne serait pas inutile de prévoir la désignation d'un avocat en pareil cas.

⁹⁴³ CA Poitiers, 4^e Ch., 8 décembre 2010, n° 110/01580, JurisData n° 2010-028852, commentaire I. MARIA, Le retour de la curatelle pour prodigalité ?, *Dr. Famille*, n° 6, 2011, comm. 101.

⁹⁴⁴ CA Poitiers, 4^e Ch., 8 décembre 2010, n° 10/0248, n° 10/02884, JurisData n° 2010-028856, commentaire I. MARIA, Le retour de la curatelle pour prodigalité ?, *Dr. Famille*, n° 6, 2011, comm. 101.

la personne soit représentée de manière continue⁹⁴⁵. Plus récemment, la cour d'appel de Caen a admis que soit placée sous protection une personne dont le médecin avait estimé qu'elle était « *affectée d'altérations mentales par suite d'un alcoolisme chronique sur fond dépressif* »⁹⁴⁶. La curatelle pour intempérance a bien disparu, on est libre de « boire son argent », tant que cela ne cause pas d'altération des facultés empêchant de pourvoir seul à ses intérêts. Tout repose sur une mesure médicale autorisée de la démesure...

La personne protégée est aujourd'hui celle qui, parce qu'elle souffre d'une déficience, a perdu la compétence d'analyser seule sa situation, de définir les actions et moyens requis et de les mettre en œuvre pour préserver ses droits.

264. L'inaptitude au gouvernement de sa personne ou à la conduite de ses affaires, un phénomène pluricausal. — Dans le cadre des mesures de protection, ce n'est qu'après le constat d'altération des facultés que l'analyse peut se porter sur les conséquences de celle-ci. Le besoin de représentation ou d'assistance et le cas échéant l'inaptitude à percevoir ses revenus et à en faire une utilisation normale ne sont appréciés qu'ultérieurement. Toutes ces étapes sont nécessaires mais il n'y a pas lieu au prononcé d'une mesure de protection si l'altération des facultés n'entraîne pas de difficulté quant à la préservation de la personne ou à l'administration des biens. L'article 425 du Code civil n'envisage de mesure qu'en cas d'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts et l'article 477 du même Code, spécifique au mandat de protection future, requiert que la personne ne puisse plus pourvoir seule à ses intérêts. Ce qui ne peut être accompli, c'est l'action de « pourvoir à ». Le Dictionnaire de l'Académie française définit ce verbe intransitif comme le fait de « *subvenir à* », « *d'aviser aux mesures nécessaires à* », de « *remédier à* », de « *parer à* ». Il prend pour exemple « *l'obligation des parents de pourvoir à l'entretien, à l'instruction de leurs enfants* ». D'autres dictionnaires définissent plus simplement cette action comme consistant à « *faire ou fournir ce qui est exigé par (un besoin, une situation)* »⁹⁴⁷. Les juridictions ne caractérisent pas toujours les situations justifiant d'ordonner que les ressources soient perçues et gérées par un tiers. Ainsi, certaines personnes dont l'inaptitude à la gestion n'a pas été constatée s'en trouvent pourtant dessaisies⁹⁴⁸. De

⁹⁴⁵ Civ. 1^{re}, 14 avril 2010, n° 09-13851.

⁹⁴⁶ CA Caen 28 avril 2011, n° 11/00002. JurisData n° 2011-021073 : Bien que soulignant le caractère temporaire des altérations, le médecin avait néanmoins conclu à un besoin de représentation continue dans les actes patrimoniaux et à caractère personnel de la vie civile. Plus étrange ou inquiétant encore, la juridiction a maintenu le placement sous protection malgré la production d'un nouveau certificat médical concluant que la mesure de tutelle autrefois justifiée ne l'était plus.

⁹⁴⁷ Trésor de la Langue Française informatisé.

⁹⁴⁸ I. MARIA, Des justiciables inégaux quant au choix de la mesure de protection ? *Dr. Famille*, n° 12, décembre 2011, comm. 182.

telles décisions troublent inutilement l'édifice législatif qui peine parfois à se défaire de ses anciens réflexes.

Ce cheminement n'existe pas pour les mesures d'accompagnement. Les textes n'identifient nullement ce qui cause les difficultés de gestion. Ils s'intéressent directement à la gestion comme condition, support et objectif de l'aide apportée par la collectivité. Les causes de mauvaise gestion peuvent être personnelles mais peuvent tout aussi bien être conjoncturelles, ce qui devrait conduire à s'interroger sur la possibilité d'une bonne gestion dans les situations de grande précarité, qui exposent à la pauvreté. Les compétences de l'individu ne sont pas en cause lorsque l'on recense plus de cinq cent millions de travailleurs pauvres dans le monde. Un tel abaissement du niveau de vie dans les pays développés conduit les États à vouloir prévenir plus qu'à devoir guérir. C'est une stratégie récente qui nécessite une détection fine et précoce de la vulnérabilité. La valeur prédictive de la vulnérabilité est alors mise en évidence. On ne se contente pas d'assister les pauvres, on tente de faire en sorte qu'ils ne le deviennent pas, en leur donnant assez tôt les moyens de faire face aux aléas ⁹⁴⁹.

Pour la mesure d'accompagnement social personnalisé, la menace est constituée par les difficultés éprouvées à gérer ses ressources. Le bénéficiaire est aidé à gérer ses prestations sociales ⁹⁵⁰ et le contrat d'accompagnement prévoit des actions « *tendant à rétablir les conditions d'une gestion autonome des prestations sociales* » Celles-ci peuvent être temporairement perçues et gérées par le département ⁹⁵¹. Le bénéficiaire de prestations sociales est inapte à les gérer, la collectivité l'aide alors à le faire afin qu'il puisse, à brève échéance, le faire seul et, surtout, de façon correcte. Lorsque, en effet, les actions menées « *n'ont pas permis une gestion satisfaisante* » des prestations, il y a lieu au prononcé d'une mesure d'accompagnement judiciaire visant à « *rétablir l'autonomie de l'intéressé dans la gestion de ses ressources* » ⁹⁵². La mesure d'accompagnement judiciaire porte alors sur la gestion de prestations sociales ⁹⁵³ qu'un mandataire perçoit et gère en tenant compte de l'avis de l'intéressé et de sa situation familiale. La mesure sert de cadre à « *une action éducative tendant à rétablir les conditions d'une gestion autonome des prestations*

⁹⁴⁹ Sur cette question, N. SIRVEN, De la pauvreté à la vulnérabilité : Évolutions conceptuelles et méthodologiques. Mondes en développement, 2007/4 n° 140, p. 9.

⁹⁵⁰ Art. L. 271-1 CASF.

⁹⁵¹ Art. L. 271-2 CASF.

⁹⁵² Art. 495 C. civ.

⁹⁵³ Art. 495-4 C. civ.

sociales »⁹⁵⁴. La vulnérabilité est constituée d'éléments personnels qui ne sont pas exclusifs. Elle dépend tout autant de facteurs environnementaux et conjoncturels.

2. Des facteurs contextuels

265. Des situations créatrices de vulnérabilité. — Certaines circonstances créent une vulnérabilité. Le droit positif considère qu'une personne peut se trouver fragilisée en exerçant simplement ses droits, mais dans un cadre contractuel qui la désavantage⁹⁵⁵. C'est ainsi qu'en droit de la consommation, le consommateur est réputé vulnérable par comparaison avec le professionnel avec qui il traite⁹⁵⁶ et, plus précisément, lorsqu'il n'est pas concrètement en mesure d'apprécier la portée de ses engagements ou de déjouer les pièges qui lui sont tendus. La vulnérabilité du salarié est ainsi traditionnellement constatée en droit du travail. Ce déséquilibre dans le rapport contractuel le place en effet en situation de faiblesse par rapport à son employeur. C'est donc la condition de consommateur face à un professionnel ou de salarié face à son employeur qui peut créer la vulnérabilité. Au contraire, la vulnérabilité des personnes que la loi de 2007 vise à protéger n'est pas créée, mais révélée par les circonstances et l'environnement.

266. Des situations révélatrices de vulnérabilité. — La vulnérabilité apparaît lorsqu'une personne ne peut pourvoir seule à ses intérêts, d'ordre personnel ou d'ordre patrimonial⁹⁵⁷. Lorsque la gestion est défaillante ou défectueuse, on peut *a priori* y remédier. La mesure d'accompagnement social personnalisé vise à permettre une gestion satisfaisante des prestations sociales⁹⁵⁸, pour répondre à la menace qui pèse sur la santé ou la sécurité de la personne. Si la « gestion satisfaisante » n'est pas légalement définie, elle est délimitée car restreinte au domaine des prestations sociales. La gestion du budget n'est donc pas envisagée dans sa globalité. La volonté du législateur a été de s'assurer du bon emploi des prestations.

⁹⁵⁴ Art. 495-7 C. civ.

⁹⁵⁵ C'est l'approche retenue par la Cour de cassation dans son rapport de 2009, précité.

⁹⁵⁶ CA Bourges, 5 octobre 1998, *JCP E*, 1999, p. 1417 ; juris-data n° 043611 : la Cour a jugé, à propos d'un document publicitaire laissant croire à l'obtention d'un gain, « *que le consommateur moyen, au regard notamment du Code de la consommation ne peut plus être considéré comme l'homme actif, instruit, diligent, avisé qu'était "le bon père de famille" dans le Code Napoléon mais comme un être plus vulnérable auquel doivent être présentés de façon claire tous les termes du marché et tous les risques auxquels il s'expose* ».

⁹⁵⁷ Définis *supra*, n° 97, par référence aux travaux de l'Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, PUF, 2007, V° Intérêt : une « *considération d'ordre moral (affection, honneur, haine)* » aussi bien qu'une considération « *économique (argent, possession d'un bien)* ».

⁹⁵⁸ Lorsqu'elle n'atteint pas son objectif, l'une des conditions d'ouverture de la mesure d'accompagnement judiciaire se trouve remplie : art. 495 C. civ.

Ces revenus de transfert sont finalisés, affectés à la couverture des besoins essentiels et à l'insertion professionnelle ou sociale. Dans le Code civil, les besoins correspondent à la notion d'aliments visée par les articles 205 et suivants. Ils comprennent tout ce qui est nécessaire à la vie ⁹⁵⁹. Une mauvaise gestion serait alors une gestion ne permettant pas aux prestations d'atteindre leur but ⁹⁶⁰. Lorsque, de fait, il n'est pas possible de remédier aux difficultés de gestion, il se peut que toute aide soit exclue. Pas d'altération, pas de protection : tel est le cas des prodigues depuis la réforme de la protection des majeurs. Parfois, la mauvaise gestion est réparable mais non traitée. Une personne en difficulté, ne connaissant pas d'altération mais se trouvant confrontée à une situation momentanément complexe ne bénéficiera pas d'aide si elle ne perçoit pas de prestations sociales ⁹⁶¹. Au fond, la prodigalité rejetée par le Code civil en tant que motif d'incapacité d'exercice a trouvé une place dans le Code de l'action sociale et des familles parmi les conditions d'instauration d'un contrôle social. L'excès est sanctionné, non plus parce que la personne « *s'expose à tomber dans le besoin* » ni parce qu'elle « *compromet l'exécution de ses obligations familiales* » mais parce qu'elle dilapide des aides considérées comme affectées à des dépenses jugées prioritaires ⁹⁶². Qu'une personne soit prodigue, intempérante ou oisive, elle peut aujourd'hui l'être aux dépens de sa famille ou aux siens propres tant que cela ne confine pas à l'altération des facultés et dès lors qu'elle ne se laisse pas aller au dérèglement de sa conduite et à la dissipation de ses biens aux frais de la société. Le livre blanc sur la protection juridique des majeurs publié en 2012 a montré les limites de l'accompagnement tel que la réforme l'avait conçu. Les professionnels du secteur réunis lors des assises de la protection des majeurs ont trouvé « *aberrant de voir que les nouveaux dispositifs MAJ et MASP se limitent aux personnes bénéficiant de prestations sociales* ». Ils ont proposé d'« *étendre la Mesure d'Accompagnement Social Personnalisé (MASP) et la Mesure d'Accompagnement Judiciaire (MAJ) à toutes les ressources, au-delà des prestations sociales* ». Cette demande est activement relayée auprès des élus afin d'obtenir sur ce point une réforme de la réforme.

⁹⁵⁹ Civ. 28 février 1938. DH 1938. 241. Pour une application récente : V. CA Nîmes, Ch. civile, 5 décembre 2012, 10/05935. Il faut, pour avoir droit à des aliments, « *être dans le besoin, c'est à dire être dans l'impossibilité de pourvoir par ses propres ressources à sa subsistance. Une simple gêne ne suffit pas. Les besoins du créancier dans tout ce qui est nécessaire à la vie doivent excéder ses ressources* ».

⁹⁶⁰ La loi n° 66-774 du 18 octobre 1966 relative à la tutelle aux prestations sociales permettait une intervention sur décision judiciaire dès lors que le bénéficiaire vivait « *dans des conditions d'alimentation, de logement et d'hygiène manifestement défectueuses* ».

⁹⁶¹ V. *supra*, n° 151

⁹⁶² Art. 488 et 508-1 anciens C. civ. L. MAUGER-VIELPEAU, Le retour du prodigue, *JCP N*, 2008, n° 36, p. 27.

Toutes les situations visées ont en commun une forme d'incapacité à la gestion. Cela est moins flagrant dans la curatelle dite simple, car si la personne n'est pas en état d'agir seule elle n'est pas non plus hors d'état d'agir elle-même. C'est pourquoi elle n'est assistée ou contrôlée que dans les actes importants de la vie civile. Elle continue de percevoir seule ses revenus et d'assurer le règlement de ses dépenses. Cela n'est pas le cas de la personne placée sous le régime de la curatelle renforcée ⁹⁶³, dont la situation est à rapprocher de celle du bénéficiaire de prestations sociales éligible à une mesure d'accompagnement, qu'elle soit contractuelle ou judiciaire. Le majeur sous tutelle est quant à lui représenté par son tuteur pour tous les actes de la vie civile. Le majeur sous sauvegarde, enfin, conserve sa capacité juridique mais il faut préciser que cette mesure est souvent assortie de la désignation d'un mandataire spécial ⁹⁶⁴ dont la mission porte presque systématiquement sur la perception et la gestion des ressources.

- 267. Une flexibilité opérante.** — La complexification de la société laisse inmanquablement à la traîne ceux qui ne parviennent pas à s'adapter. Des réponses ont été offertes par la tutelle aux prestations sociales créée en 1966 ⁹⁶⁵, puis par des textes satellites proposant une intervention administrative pour les personnes en difficulté. La doctrine a pu s'interroger sur l'existence d'une « *incapacité sociale* », d'une « *inadaptation patrimoniale* » côtoyant les incapacités juridiques du Code civil ⁹⁶⁶. Aujourd'hui, l'effet produit par la mauvaise gestion des ressources continue d'intéresser la protection juridique des majeurs. Sont aidés ceux qui compromettent leur santé ou leur sécurité.

L'évolution des dispositifs de droit interne qui nous renseignent sur la notion de vulnérabilité est concurrencée par une approche internationale renouvelée au début du XXI^e siècle. L'OMS considère comme vulnérables les personnes qui sont incapables de protéger leurs intérêts, en raison notamment d'une insuffisance de pouvoir, d'intelligence, d'instruction, de ressources ou de force ⁹⁶⁷, tandis que la Commission européenne reconnaît

⁹⁶³ Art. 472 C. civ.

⁹⁶⁴ Art. 437 C. civ.

⁹⁶⁵ Loi n° 66-774 du 18 octobre 1966 et décret n° 69-399 du 25 avril 1969.

⁹⁶⁶ J. HAUSER, Conditions d'ouverture de la curatelle : bis repetita, *RTD civ.*, 1998, p. 882.

⁹⁶⁷ Conseil des Organisations internationales des Sciences médicales (CIOMS), Organisation mondiale de la Santé (OMS). Lignes directrices internationales d'éthique pour la recherche biomédicale impliquant des sujets humains. Genève, 2003.

la vulnérabilité de catégories de personnes : les étrangers, les enfants, les personnes handicapées, malades, illettrées, les alcooliques et les toxicomanes ⁹⁶⁸.

La vulnérabilité est une notion qui n'a pas achevé son extension. Peut-être ne faut-il pas s'intéresser à l'évolution de la notion de vulnérabilité dans le droit mais davantage à une évolution du droit par la notion de vulnérabilité, qui permet de saisir toutes les situations et de prendre des décisions qui, au-delà de la personne, visent à défendre l'ordre public.

268. Une définition finalisée de la vulnérabilité. — Le dispositif d'accompagnement se limite à la surveillance de la santé et de la sécurité de la personne, tandis que le dispositif de protection stricto sensu s'intéresse plus largement à ses conditions d'existence en visant ses « intérêts ». Une mesure de protection tend à la satisfaction des besoins de la personne protégée, qui comprennent au premier chef son alimentation, son logement, son hygiène, et son insertion. Le protecteur se verrait aussi imposer une obligation de veiller à la sécurité du protégé et, au-delà, de veiller à son bien-être. Dans une affaire jugée par la Cour de cassation en février 2013 ⁹⁶⁹, un sinistre avait été causé à la suite du remplacement d'une cuisinière à gaz par un équipement électrique chez une personne placée sous protection. Le tuteur avait organisé cette opération afin d'éviter toute mauvaise manipulation du gaz, ce qui était une mesure de précaution préconisée par l'entourage. Un premier professionnel avait changé le matériel mais le robinet d'arrivée du gaz devait être neutralisé par un autre professionnel le lendemain. Dans l'intervalle, la personne protégée a manipulé le robinet demeuré accessible, provoquant un incendie. La Cour a jugé que le tuteur « *devait veiller au bien-être et à la sécurité de l'incapable* » et avait l'obligation de s'assurer de la suppression de tout risque, s'agissant d'une « *personne dont les facultés de discernement étaient altérées* », « *une telle vérification ne nécessitant pas de connaissances techniques particulières* ». La référence au bien-être et à la sécurité envisagée comme des obligations mises à la charge du protecteur, vraisemblablement fondée sur des prescriptions du Code de l'action sociale et des familles ⁹⁷⁰, a suscité des réactions vives et des inquiétudes sérieuses chez les tuteurs professionnels. La doctrine l'a jugée excessive, lui préférant un devoir de vigilance ⁹⁷¹. En l'espèce, ce n'étaient pas les conditions d'exercice de

⁹⁶⁸ Commission européenne. Livre vert. Garanties procédurales accordées aux suspects et aux personnes mises en cause dans des procédures pénales dans l'Union européenne. Bruxelles, 19 février 2003.

⁹⁶⁹ Cass., civ. 1^{re}, 27 février 2013, n° 11-17. 025, Publié au bulletin.

⁹⁷⁰ Art. L. 472-10, al. 2 CASF : « *lorsque la santé, la sécurité ou le bien-être physique ou moral de la personne protégée est menacé ou compromis par les conditions d'exercice de la mesure de protection judiciaire, le représentant de l'État dans le département, après avoir entendu l'intéressé, lui adresse, d'office ou à la demande du procureur de la République, une injonction assortie d'un délai circonstancié qu'il fixe* ».

⁹⁷¹ G. RAOUL-CORMEIL, La responsabilité du mandataire judiciaire à la protection des majeurs et la sécurité du majeur protégé, *D.*, 2013. 1320.

la mesure qui avaient compromis la sécurité de la personne protégée. Au contraire, le tuteur avait pris une décision utile et nécessaire et il ne lui incombait certainement pas de réaliser directement une intervention technique, aussi simple soit-elle. Le danger avait été créé par l'intervention elle-même, confiée à des professionnels. Il eût été plus approprié que le tuteur alerte spécialement ces derniers sur la nécessité de sécuriser le chantier plus qu'à l'accoutumée, compte tenu de l'altération des facultés de leur cliente.

Si l'existence et la nature de l'obligation du tuteur peut être discutée, cet arrêt confirme les buts d'une mesure de protection. Sans que l'on puisse parler d'une obligation de sécurité de résultat, il est légitime de penser qu'une mesure tend à assurer la sécurité, voire le bien-être, de la personne protégée. C'est son intérêt, et l'autonomie favorisée vise tout autant à permettre à la personne de communiquer, de se réaliser, de s'épanouir. Si la personne protégée est dépendante, cet état est d'abord une relation que l'ouverture de la mesure fait naître et que la loi encadre. Le protecteur agit à cette fin, dans l'intérêt de la personne⁹⁷² et selon sa volonté, dans une action toujours guidée par les droits fondamentaux, qu'il doit respecter et faire respecter. La mission du protecteur consiste à protéger inconditionnellement la personne de son protégé, en ce sens qu'il doit la reconnaître comme sujet, préserver sa dignité, composer avec ses limites et tout mettre en œuvre pour les compenser, sans nier *a priori* des désirs qui peuvent être exprimés de façon anarchique ou violente⁹⁷³.

Les dispositions du Code de l'action sociale, qui trouvent leur prolongement dans le Code civil avec la mesure judiciaire d'accompagnement, s'intéressent aux besoins situés à la base de la pyramide de MASLOW⁹⁷⁴. Autrement dit, elles s'attachent prioritairement à répondre aux besoins physiologiques de la personne. Les mesures de protection portent une ambition plus grande, qui doit conduire à se demander si la logique de l'action sociale ne devrait pas être remise en question, afin de défendre la primauté du sens et des valeurs, qui font exister

⁹⁷² A rapprocher de l'intérêt de l'enfant, notion subjective restant difficile à cerner. V. notamment sur cette question, J. BIGOT, Les droits de l'enfant : la vision du Conseil de l'Europe, *LPA*, 9 mars 2012 n° 50, p. 21.

⁹⁷³ Sur ce sujet, V. B. DAL PALU, Une personne âgée dépendante reste un sujet désirant. Projet, n° 1/2012, n° 326, p. 43. L'auteur est psychologue et docteur en psychanalyse. Il œuvre à la garantie de la bientraitance au sein d'établissements accueillant des personnes dépendantes.

⁹⁷⁴ A. MASLOW, A theory of human motivation. *Psychological Review*, Vol. 50, p. 370. MASLOW hiérarchise les besoins humains et montre qu'il est nécessaire de satisfaire prioritairement les besoins physiologiques avant de chercher à satisfaire les besoins de sécurité, sociaux, d'estime, et, enfin les besoins d'accomplissement personnel.

la personne et la conduisent à assumer ses responsabilités, à reprendre les rênes de ses affaires ⁹⁷⁵.

La porte d'entrée de l'accompagnement social passe par le constat de besoins. En faisant émerger la parole de l'accompagné, un glissement vers ses attentes et ses demandes, peut permettre de passer à la quête de ce qui fait sens pour lui et qui peut déclencher un processus global d'insertion.

À s'en tenir aux finalités des mesures de protection et d'accompagnement, la vulnérabilité peut être définie comme l'état de la personne adulte qui n'exerce pas ses droits conformément à ses intérêts, soit en raison d'une altération de ses facultés personnelles soit en raison d'une difficulté à gérer ses prestations sociales.

269. Risque réalisé ou réalisable. — La vulnérabilité peut exister en des temps différents. Lors de la formation du contrat, le majeur peut déjà se trouver dans une situation de vulnérabilité ou simplement s'y projeter. Ces deux cas appellent des précautions particulières. Comme élément actuel, la vulnérabilité peut être la cause d'un contrat qui organise les conditions d'exercice d'une mesure judiciaire ou qui tend à faire barrage à une telle mesure par application du principe de subsidiarité ⁹⁷⁶. Comme élément futur, elle est la cause du contrat qui sert à anticiper un état. Du même coup, elle crée un risque de dépendance. Lorsque la vulnérabilité est contemporaine de la conclusion du contrat, elle peut apparaître comme le moyen d'abuser de l'état de la personne. Lorsque la vulnérabilité est future, son évocation peut devenir un épouvantail permettant d'obtenir la conclusion d'un contrat à des conditions déséquilibrées ou de réaliser un abus en cours d'exécution du contrat. Vulnérabilité présente et vulnérabilité future sont la cause de contrats qui peuvent se révéler dangereux pour la personne. Là où le droit pénal sanctionne la réalisation d'un risque, le droit civil se préoccupe du risque seul ⁹⁷⁷. Contracter en considération de sa vulnérabilité et pour en « gérer » les conséquences est la concrétisation de l'autodétermination défendue par les instances internationales. Il faut distinguer entre les cas où la vulnérabilité préexiste, et ceux où elle est un horizon plus ou moins lointain.

270. La vulnérabilité existante. — Elle peut être révélée ou cachée, mais elle précède ou est concomitante de l'acte ou du fait juridique en cause. Le régime pénal ou civil des actes passés

⁹⁷⁵ J. -B. PATURET, Exister et résister, *Empan* 2005/1, n° 57, p. 12.

⁹⁷⁶ Art. 428 C. civ.

⁹⁷⁷ F. FIECHTER-BOULVARD, La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit, *in* F. COHET-CORDEY (Dir.), *Vulnérabilité et droit*, PUG, 2000, p. 13.

par les personnes vulnérables a été modifié par la réforme de la protection des majeurs. Au pénal comme au civil, la vulnérabilité existante ne produit *a priori* aucun effet. Le majeur vulnérable est capable et le droit pénal ne prendra en compte le risque que lorsqu'il sera réalisé.

En droit pénal, la vulnérabilité est d'abord une circonstance aggravante⁹⁷⁸, puis l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse constitue une infraction dès lors que la vulnérabilité de la victime est « *apparente ou connue* »⁹⁷⁹. La vulnérabilité cachée est sans incidence en droit pénal. Il importe que la vulnérabilité existe et soit perceptible au moment de l'accomplissement de l'acte, peu important d'ailleurs que cet acte réalise une volonté antérieurement exprimée⁹⁸⁰. Il est à noter que la tentative de l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse n'est pas punissable. Il faudrait en effet, s'agissant d'un délit, que la loi le prévoie expressément⁹⁸¹. Dans une affaire jugée par la cour d'appel de Pau, un prévenu a pu être relaxé parce qu'aucun préjudice n'avait pu être réalisé, du fait d'une provision insuffisante ayant empêché le paiement des chèques remis et du fait de l'intervention d'un employé de banque avisé, un tel acte s'analysant en une tentative non punissable⁹⁸². Cette décision, justement critiquée par la doctrine⁹⁸³, a heureusement été contredite par un arrêt plus récent de la Cour de cassation, qui a jugé que « *si l'acte obtenu de la victime doit être de nature à lui causer un grave préjudice, il n'exige pas que cet acte soit valable, ni que le dommage se soit réalisé* »⁹⁸⁴. La prise en compte par les tribunaux du préjudice moral dans l'abus de faiblesse⁹⁸⁵ est aussi de nature à étendre la protection mais, encore une fois, celle-ci n'intervient qu'*a posteriori*.

En droit civil, les jugements prononçant une mesure de protection sont opposables aux tiers « *deux mois après que la mention en a été portée en marge de l'acte de naissance de la personne protégée [...] Toutefois, même en l'absence de cette mention, ils sont opposables aux tiers qui en ont personnellement*

⁹⁷⁸ Dans les actes érigés par le Code pénal en infractions contre la personne (tortures et actes de barbarie, meurtre, coups mortels, viol, agression sexuelle, prostitution, violences) ou contre les biens (vol, escroquerie, extorsion).

⁹⁷⁹ Art. 223-15-2 C. pén.

⁹⁸⁰ Crim. 26 mai 2009, n° 08-85. 601, *AJ Pénal* 2009, p. 357.

⁹⁸¹ Art. 121-4 C. pén.

⁹⁸² CA Pau, 17 septembre 1997 : *JurisData* n° 1997-049112.

⁹⁸³ Ph. SALVAGE, *JurisClasseur Pénal*, Fasc. 20, Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse.

⁹⁸⁴ Cass. crim. 12 janvier 2000. n° 99-81. 057. *Bull. crim.* 2000 n° 15, p. 33 ; *D.*, 2001, p. 813, note J. -Y. MARECHAL.

⁹⁸⁵ Cass. crim., 21 octobre 2008, n° 08-81. 126, *Juris-Data* n° 2008-045769. M. VERON, L'obtention frauduleuse d'un testament en sa faveur, *Dr. pén.* n° 1, janvier 2009, comm. 12.

connaissance »⁹⁸⁶. Lorsqu'un régime de protection est mis en place, les actes passés par le majeur sont annulables dès lors que le jugement est connu, quelle que soit la façon dont il est porté à la connaissance des tiers. D'autres textes viennent au secours du majeur vulnérable, qu'il s'agisse de faire valoir l'insanité d'esprit⁹⁸⁷ ou de dénoncer des pratiques abusives. Vulnérabilité et protection ne se confondent pas nécessairement et l'instauration d'une période suspecte permet de revenir sur les actes passés par le majeur protégé dans les deux années précédant la mesure, alors qu'il était déjà vulnérable mais pas encore protégé. Ce temps est un temps de pré-incapacité, qui apparaît rétroactivement, et qui permet la prise en compte de la vulnérabilité de fait, chaque fois que l'inaptitude du majeur à défendre ses intérêts était « *notoire ou connue du cocontractant à l'époque* »⁹⁸⁸. En matière de responsabilité civile délictuelle, la vulnérabilité est parfois indifférente, dans la mesure où les prédispositions de la victime ne modifient pas l'étendue de la réparation⁹⁸⁹. Le principe est que les conséquences normales et prévisibles du fait causal font l'objet d'une réparation intégrale.

Le régime des actes n'empêche pas qu'une personne vulnérable mais capable conclue valablement un contrat, ni n'empêche la conclusion de tout acte par un majeur frappé d'une incapacité d'exercice. C'est précisément dans ces interstices que se loge le contrat de protection.

L'aménagement des effets d'une vulnérabilité connue pose alors problème. Lorsque la volonté du majeur ne fait pas totalement défaut, il reste une marge de manœuvre qui est « *opérationnalisée à travers la notion de contrat dont le sens multivoque est à la fois source de dérives et potentiellement riche de garanties pour l'avenir* »⁹⁹⁰. Là où il est possible de préserver et de formaliser l'autonomie du majeur, il est possible aussi de jouer de sa vulnérabilité. La même personne peut donc être envisagée comme un être humain perçu au travers de sa capacité à être auteur ou coauteur de ses actes ou comme une proie facile, visée au travers de son inaptitude à défendre ses intérêts. Le contrat n'a de sens que par rapport à sa cause subjectivement, concrètement entendue. Il s'agit ici de la cause du contrat, définie comme « *le mobile concret qui a déterminé chaque partie à contracter* »⁹⁹¹.

⁹⁸⁶ Art. 444 C. civ.

⁹⁸⁷ Art. 414-1 C. civ.

⁹⁸⁸ Art. 464 C. civ.

⁹⁸⁹ Des lois spéciales peuvent néanmoins en tenir compte pour faire exception à la cause d'exonération traditionnelle qu'est le fait fautif de la victime : loi de 1985 sur les accidents de la circulation, citée *supra*.

⁹⁹⁰ R. CASTEL, *Le RMI, une dette sociale*, L'Harmattan, 1992. (Logiques sociales).

⁹⁹¹ H. -L. et J. MAZEAUD, et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, t. II. Obligations : théorie générale*. Vol. I, 9e éd., Montchrestien, 1998, n° 255 et 268.

Une personne sentant ses capacités décliner peut donner mandat à l'un de ses proches pour gérer ses biens et même lui donner décharge dans un temps où sa lucidité est sujette à caution⁹⁹². Elle peut tout aussi bien contracter avec un professionnel qui l'aurait démarchée ou encore accepter de négocier les conditions de sa prise en charge selon les règles de l'action sociale. Parfois, le cocontractant rend un service d'ami, d'autres fois il abuse d'une situation de faiblesse pour en tirer un profit personnel. D'autres fois encore, cette faiblesse favorise un déséquilibre contractuel. La Cour de cassation s'est prononcée sur la question des mandats de protection future conclus alors même que le mandant était peut-être déjà atteint d'une altération de ses facultés. Dans un cas, elle a évincé le choix exprimé par le majeur vulnérable⁹⁹³ mais, dans l'autre, elle a rendu un avis peu protecteur en refusant de prendre position sur la validité d'un mandat de protection future conclu au cours d'une instance de mise sous protection, alors même que les éléments du dossier faisaient état d'une altération des facultés mentales de nature à justifier l'instauration d'une mesure⁹⁹⁴.

271. La vulnérabilité virtuelle. — Le contrat de protection prend ici la forme de procurations permanentes et de directives anticipées, qui sont d'une part « *un mandat conféré par un majeur capable dont l'objet est de rester ou d'entrer en vigueur en cas d'éventuelle incapacité du mandant* » et, d'autre part, « *les instructions données ou les souhaits émis par un majeur capable sur des questions que peut soulever son incapacité future* »⁹⁹⁵. En principe, lors de la conclusion d'un contrat tendant à une protection future, le majeur n'est pas encore vulnérable. En phase de pré-incapacité, il est vulnérable sans être protégé et fortement exposé à conclure un contrat à des conditions désavantageuses. Pour le cas où le majeur disposerait de toutes ses facultés, l'absence de préparation ou l'ignorance de certains écueils peut créer un danger qui demeurera latent jusqu'à la survenance de la situation de vulnérabilité. C'est en cours d'exécution que l'abus de vulnérabilité pourra se réaliser presque sans entrave. Le mandat de protection future sous

⁹⁹² C. DEMOLOMBE, Examen doctrinal de la jurisprudence française, Revue des revues de droit publiées à l'étranger, 1851, Vol. 14, p. 287 : « *il est fort ordinaire de voir un parent âgé confier à l'un de ses héritiers présomptifs l'oncle ou la tante à l'un de ses neveux, le père ou la mère surtout à l'un de ses enfants, l'administration de sa fortune ; la lui confier, soit en vertu d'un mandat régulier, soit même sans aucun acte en forme* ».

⁹⁹³ Cass. 1^{re} civ, 12 janvier 2011, n° 09-16519 : *D.*, 2011, AJ, 239 ; *D.*, 2011, 1204, note D. NOGUERO ; *JCP N*, 2011, 168, p. 6 ; *JCP N*, 2011, 1115, p. 37, note D. BOULANGER ; *JCP*, 2011, 416, p. 691, note N. PETERKA ; *Dr. Famille*, 2011, n° 42, note I. MARIA ; *AJ Famille*, 2011, 110, note Th. VERHEYDE ; *Defrénois* 2011, art. 39224, p. 690, note J. MASSIP ; *RJPF*, avril 2011, 11, note A. CARON-DEGLISE ; *LPA*, 17 février 2011, p. 10, note L. GATTI.

⁹⁹⁴ Cass. avis, 20 juin 2011, n° 011-00007. D. NOGUERO, Privatisation procédurale de la protection des majeurs sans bémol, *LPA*, 22 juillet 2011, n° 145, p. 10. F. FRESNEL, J. CASEY, *RJPF*, 2011, n° 9.

⁹⁹⁵ Conseil de l'Europe. Recommandation CM/Rec (2009) 11. Les principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité.

seing privé, établi selon le modèle réglementaire, présente les plus grands risques. Parce que le contrat de protection trouve sa cause dans la vulnérabilité et a pour objet d'y remédier, des garanties solides doivent être recherchées. Tout ne peut être prévu, mais le pire doit être empêché. Cette prudence nécessaire peut se concrétiser par l'utilisation de la notion de vulnérabilité comme critère d'appréciation des situations et, avant tout, comme critère subjectif des contrats de protection ⁹⁹⁶.

Le champ d'application de dispositions protectrices de la personne passe par la définition des personnes vulnérables, auxquelles il s'adresse.

B. Le rôle de la notion de vulnérabilité dans le champ de la protection des majeurs

272. En ce qu'elle est cause d'inégalité entre les contractants, la notion de vulnérabilité joue théoriquement un rôle explicatif et concrètement un rôle curatif. Elle est à l'origine de l'inégalité (1) et peut devenir un instrument de prévention (2).

1. La vulnérabilité, origine de l'inégalité

273. L'horizontalité idéale du droit des contrats. — Le principe du droit des contrats est l'horizontalité. Des contractants égaux s'obligent et le rapport de soumission n'est pas envisagé par le Code civil, qui envisage l'interdépendance, non la dépendance. Les règles ont évolué vers le déclin de « *la doctrine contractuelle libertaire au profit d'une justice législativement orientée et judiciairement contrôlée* » ⁹⁹⁷. Une approche subjective et concrète du contrat a de plus en plus été promue, montrant une préoccupation grandissante à l'égard des inégalités de fait entre cocontractants. Si le contrat de droit commun est abstraction, il mute clairement avec les contrats de protection, en abordant un champ qui n'est pas le sien traditionnellement.

274. Des dispositions spéciales pour un équilibre des forces. — Le droit interne s'est progressivement enrichi de dispositions particulières qui ont eu pour effet de diminuer la

⁹⁹⁶ De la même façon, le droit européen de la consommation cherche à délimiter clairement le champ d'application de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs mais bute encore sur l'homogénéisation de la notion de consommateur. Or cette définition est indispensable à une protection assurée dans toute l'Europe. Sur cette question, v. le Livre Vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs. E3447 - COM (2006) 744 final du 08/02/2007, notamment, p. 13, 16 et 17.

Disponible sur http://www.senat.fr/europe/textes_europeens/e3447.pdf (Consulté le 20 janvier 2013).

⁹⁹⁷ C. BOISMAIN, Les contrats relationnels, Aix-en-Provence, PUAM, 2005, p. 913.

liberté contractuelle. L'inégalité est ainsi présumée entre certaines personnes et pour certaines opérations, en droit de la consommation ou en droit des affaires, dans les contrats de dépendance économique ⁹⁹⁸. La loi ⁹⁹⁹ et le juge ¹⁰⁰⁰ interviennent dans ces relations dont le maintien conditionne bien souvent l'activité de l'entreprise.

Comme d'autres contrats spéciaux, le contrat de protection ne peut pas être le contrat désincarné que connaît le Code civil. La présence toujours plus fréquente de l'être concret dans le contrat finit par estomper ses présupposés idéalement égalitaires. À cet égard, la théorie générale du contrat se trouve remise en cause. Dans les opérations tendant à la protection ou à l'accompagnement, l'inégalité est admise en faveur du majeur présentement ou virtuellement vulnérable. Du reste, il est notable que les contrats de protection sont largement, à l'instar des contrats de consommation, conclus entre un professionnel et un non-professionnel.

Dans le mandat de protection future en effet, le choix du mandataire personne physique peut se porter sur un professionnel, même si un non-professionnel peut être désigné. Mais si le mandataire est une personne morale, il est nécessairement un professionnel autorisé à exercer des mesures ¹⁰⁰¹. Dans la fiducie, le fiduciaire est obligatoirement un professionnel ¹⁰⁰². S'agissant de la mesure d'accompagnement social personnalisé, la personne publique ou son délégataire intervient en qualité de professionnel. Quant au document individuel de protection, il ne s'impose que dans les relations entre les services mandataires professionnels et les majeurs protégés. La création d'un statut de mandataire judiciaire à la protection des majeurs avait pour but de surveiller cette activité, de donner des garanties aux personnes protégées. La poursuite de ces objectifs contribue à la recherche de comportements vertueux tenant compte l'inégalité entre contractants. Le contrat de protection est certes l'œuvre d'une conception commune du majeur et de son protecteur, mais ce dernier est soumis à de nombreuses obligations portant sur les modalités et les résultats attendus de son action. Le majeur vulnérable est protégé par des dispositions

⁹⁹⁸ Tels que les contrats de distribution, de concession ou de franchise.

⁹⁹⁹ V., p. ex. la réglementation assez minutieuse des clauses d'exclusivité, aux art. L. 330-1 et s. C. com.

¹⁰⁰⁰ V. pour la dépendance économique d'une salariée : Cass. civ. 1, 3 avril 2002, n° 00-12932. Bull. civ. I 2002, n° 108, p. 84. En l'espèce, l'abus de dépendance ne s'est pas trouvé constitué, mais la Cour a précisé qu'une contrainte d'ordre économique pouvait, à condition d'être déterminante, constituer le vice de violence sanctionné par l'art. 1112 C. civ.

¹⁰⁰¹ Art. 480, al. 1 C. civ.

¹⁰⁰² Art. 2015 C. civ.

spéciales qui font du protecteur l'instrument d'une politique qu'il met en œuvre mais qui le dépasse largement.

275. La situation de dépendance, source de maltraitance. — La difficulté de trouver un partenaire équivalent ¹⁰⁰³ et l'*intuitus personae*, bien qu'étant des concepts différents, peuvent avoir une importance et une incidence similaires. Le majeur vulnérable peut se sentir fortement attaché à son contractant, d'abord choisi pour des raisons d'ordre affectif ou pour ses compétences techniques. Il a ensuite tendance à vouloir maintenir la relation contractuelle tant qu'il est en état d'exprimer le souhait affirmé lors de la conclusion du contrat. Ici, la difficulté de trouver un partenaire équivalent se présente davantage comme un phénomène d'ordre psychologique. Les sentiments du majeur seront pris en compte en cas d'intervention judiciaire mais le maintien de la relation ne sera pas décidé à ses dépens, la finalité du contrat étant la protection de ses intérêts.

La dépendance affleure dans la plupart des contrats de protection. Dépendre de quelqu'un, c'est finalement lui être subordonné, être tributaire de lui, lui être assujéti, vassal. La dépendance est l'« *absence d'autonomie de comportement d'une personne par rapport à une autre* » ¹⁰⁰⁴. Dans un contrat de dépendance économique, la relation est indispensable à la survie du contractant dépendant. Le contractant qui se trouve en position dominante a tendance à renforcer encore celle-ci par des clauses imposant un engagement de longue durée ou une situation d'exclusivité. La position dominante est source d'abus, c'est pourquoi elle justifie une vigilance particulière ¹⁰⁰⁵.

Les critères de la dépendance que sont l'existence d'un contrat, l'importance de la relation et le caractère durable du lien contractuel ¹⁰⁰⁶ sont présents dans les contrats de protection. Le majeur vulnérable confie la défense de tout ou partie de ses intérêts et la protection de sa personne à son contractant. Dans un contrat de protection, le protecteur filtre en quelque sorte les rapports entre le protégé et le monde, les accompagnant lorsqu'il a un rôle d'assistance ou les initiant lorsqu'il a un rôle de représentation. Tantôt, le majeur s'est montré

¹⁰⁰³ V. *infra*, n° 323.

¹⁰⁰⁴ G. CORNU (Dir.), Vocabulaire juridique de l'Association Henri CAPITANT, PUF, 8^e éd., 2007, (Quadrige), V° Dépendance.

¹⁰⁰⁵ Cette asymétrie de la relation explique la détermination du législateur à mettre en place des remparts contre la maltraitance. La lutte contre la maltraitance motive l'obligation d'élaborer un document individuel de protection. L'art. D. 474-5 CASF renvoie à l'art. L. 311-4 CASF qui fixe la prévention de tout risque de maltraitance comme finalité de la remise de divers documents (notamment charte, livret d'accueil, et contrat de séjour ou document individuel de prise en charge).

¹⁰⁰⁶ G. VIRASSAMY, Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique, Thèse, Paris, LGDJ, 1986, n° 188 et s., p. 135.

inapte à gérer seul ses ressources, il n'est pas autonome et a besoin de l'accompagnement qui lui est offert par le contrat. Tantôt, la réalisation des actes du majeur dépend de son protecteur, soit qu'il les autorise, soit qu'il les décide. Dans un contrat de protection, il y a une dépendance de fait ou une dépendance de droit. Il existe une interdépendance parce que la participation du majeur à la mesure qui le concerne doit être recherchée. Mais l'interdépendance ne démarque pas ces contrats des contrats conformes à la théorie classique. C'est la dépendance qui est le critère de ces contrats spéciaux et la source d'éventuels abus.

Il existe une dépendance conventionnelle ou judiciaire vis-à-vis du cocontractant, pour réaliser des actes juridiques ou matériels et, finalement, exister sur la scène juridique, économique ou sociale.

D'une façon générale, tant que la volonté n'est pas viciée, il y a place pour un contrat valable. Mais dès lors que, loin de réaliser une volonté véritable, le contrat est instrumentalisé par une partie qui abuse de sa position par rapport à l'autre, la partie vulnérable est protégée des conséquences préjudiciables de l'acte ¹⁰⁰⁷.

276. La vulnérabilité comprise dans une analyse relationnelle du contrat. — Le contrat de protection place une personne vulnérable dans la dépendance d'une personne chargée de la protéger. L'*instrumentum* instaure une relation entre deux personnes dont l'égalité est affirmée mais artificiellement obtenue. C'est une approche différente du contrat qui s'impose et qui passe par la reconnaissance de la notion de vulnérabilité.

Elle peut être prise en compte de deux façons. La première peut consister à considérer que certains contrats doivent recevoir la qualification de contrats relationnels, se distinguant de la conception classique du contrat ¹⁰⁰⁸ et la seconde est de saisir l'ensemble des contrats dans leur contexte particulier, afin de mieux garantir le respect de leur finalité, plus vaste que

¹⁰⁰⁷ Les principes directeurs des offres de lois contractuelles sont en ce sens. Ainsi, p. ex., « l'état de dépendance » ou « l'inexpérience ou l'inaptitude à la négociation » permet d'invoquer la nullité du contrat si l'autre en a tiré un avantage excessif (Principes UNIDROIT, art. 3. 2. 7.) et la situation de faiblesse d'un contractant est appréciée « d'après l'ensemble des circonstances en tenant compte, notamment, de la vulnérabilité de la partie qui la subit, de l'existence de relations antérieures entre les parties ou de leur inégalité économique » (Art. 1114-3 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations. Rapport à Monsieur Pascal CLEMENT, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 septembre 2005) ce qui rend conciliables la justice contractuelle et la sécurité juridique. Le projet d'ordonnance réformant le droit des contrats de février 2015 admet la violence dès lors qu'une « partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance » de son contractant (art. 1142).

¹⁰⁰⁸ V. la proposition faite par I. R. MACNEIL, présentée par C. BOISMAIN, Les contrats relationnels, Aix-en-Provence, PUAM, 2005.

le seul objet du contrat ¹⁰⁰⁹, ce qui rend ce dernier perméable à d'autres normes que les seules normes juridiques ¹⁰¹⁰.

Ces approches proposent un recentrage du contrat sur les sujets et leur environnement. Elles permettent de rendre compte de l'hétérogénéité des contractants.

La théorie du contrat relationnel et la théorie relationnelle du contrat envisagent en effet le rapport de droit dans les interactions de fait entre les contractants. Elles traduisent une volonté de créer et de maintenir une dépendance ou une interdépendance finalisée, ancrée et développée dans le réel.

L'inégalité qui peut naître en son sein est appréciée concrètement, à l'aune des abus ou des attentes de l'une et l'autre des parties. Elle est surtout corrigée selon les besoins, par les parties elle-même ou par le juge, si et dans la mesure où cela s'avère nécessaire.

Le contrat de protection est plus qu'un rapport de droit entre deux contractants. Il est avant tout une relation nécessairement asymétrique entre un protecteur et son protégé, qui prescrit la prise en considération d'une éthique appliquée.

Le traitement de l'inégalité contractuelle n'est évidemment pas issu des théories relationnelles. Il découle d'impératifs supérieurs que le droit commun des contrats avait permis de faire respecter.

L'apport des approches relationnelles est de donner à voir le contractant dans sa réalité. Elle est en faveur de l'admission d'un principe d'égalité contractuelle concrète, qui élargirait avec d'autres « *la théorie générale du contrat en permettant d'expliquer des règles en contradiction avec les principes classiques et de déduire de nouvelles applications propres à favoriser l'évolution du droit des contrats* ». Ainsi serait favorisée « *une plus grande adaptabilité du contrat aux besoins des parties* » et « *à l'évolution des circonstances* » ¹⁰¹¹.

La vulnérabilité peut enrichir la théorie contractuelle en lui apportant des assouplissements mais c'est surtout l'effectivité de la protection de la personne qui commande son admission au rang des notions juridiques.

¹⁰⁰⁹ J. BORESTEL-LILL, *Essai sur une théorie relationnelle du contrat*, Thèse de doctorat, Droit privé, Paris 1, 2008.

¹⁰¹⁰ A. BAREGE, *L'éthique et le rapport de travail*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, 2008. (Bibliothèque de droit social, t. 47). À propos du contrat de travail, l'auteur propose d'admettre qu'un rapport relationnel se superpose au rapport contractuel et que cette dimension peut être efficacement régulée par l'éthique.

¹⁰¹¹ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, *RTD civ.*, 1997, p. 357.

2. La vulnérabilité, instrument de prévention

277. Le concept de vulnérabilité a pu être jugé inutile et dangereux. Dans le champ de la protection des majeurs il aurait au contraire toute sa place car il pourrait avoir un rôle complémentaire et unificateur (a) mais également, un rôle compensateur (b).

a. Le rôle complémentaire et unificateur des dispositions spéciales

278. Tout être humain est vulnérable par nature. Pour cette raison, « *dans son acception première, elle (la vulnérabilité) ne peut qu'envahir inutilement le droit* »¹⁰¹². Elle n'apporterait rien, puisqu'elle concerne tout le monde et parce qu'elle est déjà prise en compte par des textes spéciaux.

279. **L'inutilité prétendue de la notion.** — La notion de vulnérabilité ne présenterait ainsi aucune utilité, d'autant qu'il existe d'autres mécanismes permettant d'obtenir l'annulation d'actes conclus aux dépens de personnes vulnérables ou permettant d'engager la responsabilité d'un cocontractant malhonnête.

Au pénal, les dispositions réprimant l'abus frauduleux de l'état d'ignorance et de faiblesse¹⁰¹³ permettent la condamnation du délit commis sur « *une personne dont la particulière vulnérabilité est apparente ou connue de son auteur* », lorsque celle-ci est conduite « *à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables* ». La situation est appréciée au moment de l'accomplissement de l'acte, ce qui est une solution protectrice, à rapprocher des règles civiles exigeant que le consentement du contractant ne soit pas vicié.

Une affaire jugée par la Cour de cassation en 2009 illustre cette interprétation. Une femme s'était fait remettre des chèques¹⁰¹⁴ et avait épousé un homme dont la vulnérabilité était connue et dont l'état mental n'avait pu être « *ordinaire lors du mariage* ». La défense exposait que les actes dont l'obtention lui avait été reprochée étaient conformes à une volonté antérieurement et publiquement exprimée et témoignaient d'une affection réciproque et du souhait de la victime d'assurer sa sécurité matérielle. La Cour de cassation a cassé l'arrêt de la cour d'appel qui relaxait l'auteur des faits, au motif que « *l'abus de faiblesse doit s'apprécier au regard de l'état de particulière vulnérabilité au moment où est accompli l'acte gravement préjudiciable à la personne* »¹⁰¹⁵. En rejetant l'efficacité du consentement de la victime, la Cour a retenu une

¹⁰¹² F. FIECHTER-BOULVARD, La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit, in F. COHET-CORDEY (Dir.), *Vulnérabilité et droit*, PUG, 2000, p. 13

¹⁰¹³ Art. 223-15-2 C. pén.

¹⁰¹⁴ Pour une somme totale de 130 000 €.

¹⁰¹⁵ Cass. crim. 26 mai 2009, n° de pourvoi : 08-85601 : *D.*, 2009. 1830, obs. A. DARSONVILLE ; *RSC*, 2009. 594, commentaire Y. MAYAUD ; *AJ Famille*, 2009. 405, obs. V. AVENA-ROBARDET ; J. HAUSER,

solution qui se rapproche de la règle civile qui admet la nullité en cas de « *trouble mental au moment de l'acte* »¹⁰¹⁶. Cette décision conduit tout de même à s'interroger sur le traitement pénal des intervalles lucides et, au-delà, sur la portée d'une telle condamnation sur la qualité du consentement au mariage¹⁰¹⁷.

Dans une affaire plus ancienne, la chambre criminelle avait déjà montré sa volonté de sanctionner les atteintes à la personne en retenant la condamnation même dans le cas où l'infraction n'aurait pas atteint son but¹⁰¹⁸. Ainsi, les intérêts de la victime sont protégés même si les faits commis n'ont pas eu pour résultat de la conduire « *à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables* »¹⁰¹⁹. Cette solution est cohérente avec la place du texte punissant l'abus de faiblesse dans le Code pénal puisqu'il figure dans le chapitre consacré à la mise en danger de la personne. Aujourd'hui, droit pénal et droit civil visent tout autant à protéger la personne que ses biens¹⁰²⁰.

La protection pénale a ainsi une efficacité non négligeable mais elle ne peut être que curative. La protection *a posteriori* est une protection qui a échoué en ce sens qu'elle est impuissante à soustraire la personne vulnérable à un danger. Elle consiste seulement en une compensation du préjudice subi une fois le risque réalisé.

La protection ne paraît pas aussi importante en droit de la consommation. En effet, un comportement qui serait considéré comme répréhensible en droit pénal pourrait échapper à toute sanction en droit de la consommation¹⁰²¹.

L'intégrité du consentement et le droit pénal : vers une théorie générale civile et pénale de la vulnérabilité ?, *RTD civ.*, 2010. 83.

¹⁰¹⁶ Art. 414-1 C. civ.

¹⁰¹⁷ Art. 146 C. civ. : « *Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement* ».

¹⁰¹⁸ Cass. crim., 21 octobre 2008, pourvoi n° 08-81126. *D.*, 2009. 911, note G. ROUJOU DE BOUBÉE. Dans cette affaire, une personne âgée, placée sous un régime civil de protection en raison de la maladie d'Alzheimer, avait rédigé un testament. Le légataire ayant été poursuivi, il convenait de répondre à la question de savoir si un testament constituait l'acte gravement préjudiciable visé par le Code pénal. La cour d'appel l'avait exclu, au motif « *qu'un testament, qui ne prend effet qu'au décès de son auteur, ne peut porter préjudice qu'aux héritiers évincés de la succession, qu'il peut être révoqué par le testateur et être soumis à une action en nullité par les héritiers qui s'estimeraient lésés* ». Cassation.

¹⁰¹⁹ Art. 223-15-2 C. pén.

¹⁰²⁰ Même si le droit civil pose l'existence d'un préjudice comme condition de nullité des actes antérieurs à la mesure de tutelle et de curatelle (Art. 464 al. 2 C. civ.).

¹⁰²¹ L'article 223-15-2 du Code pénal protège de l'abus de faiblesse la personne infirme ou atteinte d'une déficience physique, tandis que l'article L. 122-8 du Code de la consommation ne tiendra compte du handicap physique que si la personne n'était pas en « *mesure d'apprécier la portée des engagements qu'elle prenait ou de déceler les ruses ou artifices déployés pour la convaincre à y souscrire* » (CA Douai, 7 décembre 2006, E. et E. c/ G. : *Juris-Data* n° 2006-325915 ; G. RAYMOND. Faiblesse et handicap physique. *Contrats, conc., consom.* n° 5, mai 2007, comm. 136.).

Au civil, il faut relever que la nullité des actes pour trouble mental est admise de façon stricte. La loi prévoit que toute personne atteinte d'un trouble mental lors de la conclusion d'un acte juridique peut en poursuivre l'annulation. Cette disposition est intéressante et permet *a priori* de défendre les intérêts d'une population plus large que celle des majeurs protégés. La difficulté est que toute personne vulnérable n'est pas nécessairement atteinte d'un trouble mental et que l'insanité d'esprit est un fait dont la preuve est difficile à rapporter.

Quant à la mesure de protection, elle n'offre elle-même qu'une protection... limitée. Elle ne protège pas de tout et ne permet pas non plus d'ignorer la vulnérabilité. Il faut bien souvent une grande vigilance du protecteur et de l'entourage pour repérer et faire cesser des agissements coupables et obtenir leur sanction par les tribunaux.

Il a été vainement soutenu devant la Chambre criminelle de la Cour de cassation que la protection dont bénéficiait le majeur sous tutelle « *interdisait de le qualifier de personne vulnérable ou dépendante* ». Mais la Cour de cassation n'a pas invalidé directement cette argumentation. Elle a jugé que l'état de vulnérabilité ou de dépendance se trouvait caractérisé par une expertise psychiatrique et par « *la constatation de son incapacité à dénoncer les conditions [...] subies pendant de nombreuses années* »¹⁰²². Par une telle réponse, la juridiction évite de se prononcer sur l'incidence directe de la mesure de protection quant à son lien avec l'état de vulnérabilité. Le majeur protégé ne sera pas automatiquement reconnu comme une personne vulnérable devant la juridiction pénale. Les mécanismes existants ont une visée curative dont l'efficacité est souvent restreinte, ce qui plaide en faveur de l'autonomie de la notion de vulnérabilité voire, plus largement, pour une réflexion sur la reconnaissance d'une branche du droit consacrée aux personnes vulnérables¹⁰²³.

280. L'utilité de la notion-cadre. — La notion de vulnérabilité ne se confond pas avec les notions voisines qu'elle a vocation à englober et à dépasser. Elle propose une analyse *in concreto* de la situation juridique, relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond en raison de l'influence des éléments de fait.

Loin d'empêcher la conceptualisation, la particularité y invite au contraire. C'est sans doute l'office du juge que de contribuer à l'élaboration d'un concept à partir de solutions d'espèce. Des constantes existent et permettent d'admettre l'autonomie de la notion de

¹⁰²² Cass. crim., 15 juin 2010, n° 09-83. 185, F-D : JurisData n° 2010-011621 ; M. VERON. Un majeur placé sous tutelle est-il encore « vulnérable » ? Droit pénal n° 10, octobre 2010, comm. 104.

¹⁰²³ Cette idée a été émise à plusieurs reprises par le professeur J. HAUSER, Des incapacités aux personnes vulnérables, *Dr. Famille*, 2007, p. 5. J. HAUSER, L'incapable, le protégé, le vulnérable. *RTD civ.*, 2009, 298.

vulnérabilité ¹⁰²⁴. La notion existe en droit pénal et son transfert dans l'application des règles civiles est possible ¹⁰²⁵, voire souhaitable, en tant qu'outil de protection. Le juge ne se limite pas à constater la vulnérabilité, il la caractérise. Sous le général de cette notion, il expose le particulier de la situation.

La notion juridique de vulnérabilité a sa place dans le dispositif de protection juridique. Elle doit rejoindre l'arsenal des notions non moins floues mais pourtant retenues par le législateur de 2007 ¹⁰²⁶. Il conviendrait de la considérer comme une notion-cadre ¹⁰²⁷, envisagée dans sa fonction d'éveilleur, de facteur évolutif de la protection des majeurs. Présente dans les débats parlementaires, elle demeure absente du Code civil. Sa flexibilité serait pourtant de nature à déclencher l'application d'une protection préventive de l'intégrité du consentement, par le renforcement de la nullité ou de l'obligation précontractuelle d'information. Cette souplesse favoriserait l'esprit de la loi plutôt que sa lettre, et non plus le droit au détriment de la justice ¹⁰²⁸.

b. Le rôle compensateur de l'inégalité de fait

281. Sécurité contre égalité. — Un autre argument en faveur du rejet de la notion de vulnérabilité serait sa contrariété avec la sécurité juridique. Pour cette raison, cette donnée subjective devrait être jugée inopposable ¹⁰²⁹.

Cependant, en admettant de plus en plus de catégories de personnes présumées faibles ¹⁰³⁰, le droit français a, sous couvert d'objectivité, franchement bafoué le principe d'égalité devant la loi. Cette évolution des protections catégorielles a été justement

¹⁰²⁴ C. DUTHEIL-WAROLIN, La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé, Thèse Limoges, 2004, n° 20 et s.

¹⁰²⁵ T. FOSSIER, Droits de la défense et personnes vulnérables, *RSC*, 1998, n° 1, p. 57.

¹⁰²⁶ Comme le « danger » ou l'« urgence », qui justifient ou imposent une intervention du curateur ou du tuteur en matière personnelle.

¹⁰²⁷ P. HENAFF, L'unité des notions-cadre, *JCP G*, 2005, I, 189.

¹⁰²⁸ La Cour de cassation, tant dans son avis du 20 juin 2011 que dans son arrêt du 29 juin 2011, a montré comment l'application rigoureuse des textes pouvait causer la perversion des fondements de la réforme. Ainsi, l'application des règles générales de la procédure civile conduit-elle en l'état du droit à admettre l'efficacité du désistement d'une demande d'ouverture d'une mesure de protection. Ce droit des parties au procès se retourne contre le majeur à protéger, dont le sort peut être abandonné à la volonté incertaine du requérant.

¹⁰²⁹ « À trop aller vers le concret et l'individuel, les besoins ne risquent-ils pas de se muer en simples convenances personnelles, dont il serait peu équitable de faire supporter à autrui les exigences capricieuses ? ». N. DEJEAN DE LA BATIE, Appréciation *in abstracto* et appréciation *in concreto* en droit civil français, *LGDJ* 1965, n° 214.

¹⁰³⁰ Parfois de façon irréfutable comme en matière de consommation.

critiquée ¹⁰³¹. Il conviendrait de pouvoir concilier ces deux impératifs que sont la sécurité et l'égalité sans sacrifier la partie faible.

Les personnes dont le handicap est reconnu ont, depuis la loi de modernisation du 17 janvier 2002, un droit à la compensation de ses conséquences ¹⁰³². En 2005, il est précisé que ce droit est mis en œuvre en fonction du projet de vie de l'intéressé ¹⁰³³. La loi a donc posé un principe selon lequel les personnes handicapées doivent pouvoir accéder aux droits reconnus à tous les citoyens, ce qui appelle des droits spécifiques, destinés à compenser les inégalités de fait. C'est encore par l'appartenance à une catégorie que la personne peut bénéficier de droits. Mais de nombreuses voix ¹⁰³⁴ s'élèvent en faveur d'un décloisonnement, pour un droit universel à la compensation, qui permette un chacun de voir ses besoins satisfaits, qu'il soit une personne âgée ou handicapée ¹⁰³⁵.

Lors de la campagne présidentielle de 2007, l'idée d'une cinquième branche de la Sécurité sociale avait été émise. La Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie (CNSA) avait alors proposé la création d'un droit universel à l'autonomie ¹⁰³⁶. Au fond, ce qui reste attendu, c'est la reconnaissance d'un droit universel à des réponses personnalisées.

La logique pourrait être la même pour l'admission d'une notion juridique de vulnérabilité. Une protection garantie à tous, pour permettre un égal accès aux droits, mais une mise en œuvre adaptée à la situation.

282. Une protection concrète. — L'admission d'une notion de vulnérabilité autonome, affranchie des catégories, permettrait de proposer une prophylaxie contractuelle, respectueuse du Code civil tout en étant soucieuse du maintien des équilibres et de la protection des plus faibles.

¹⁰³¹ T. IVAINER, Le contrat moderne face à la prolifération des statuts de personnes, *JCP*, 1977, I, 2876.

¹⁰³² Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, art. 53, L. 114-1 CASF.

¹⁰³³ Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, art. 11 ; L. 114-1-1 CASF.

¹⁰³⁴ Union nationale interfédérale des œuvres et organismes privés sanitaires et sociaux (Uniopss), Union Nationale de l'Aide, des Soins, et des Services aux Domiciles (UNA), Fédération nationale des associations de retraités (FNAR).

¹⁰³⁵ Une situation n'excluant pas l'autre, c'est d'ailleurs une réalité préoccupante, malgré l'annonce de la disparition des barrières d'âge en 2005 : avant 60 ans, on est une personne handicapée. Après, on est une personne âgée. Les personnes dont le handicap est reconnu après l'âge de 60 ans ne peuvent pas bénéficier d'aides humaines et surtout techniques, d'aménagement du domicile ou du véhicule, faute d'application de la loi.

¹⁰³⁶ Pour la vie quotidienne et la participation sociale.

Parce que la loi ne peut décider de tout par avance, il faut attendre encore de l'équité, « *qui est le vrai supplément de la législation, et sans laquelle le ministère du juge, dans le plus grand nombre des cas, deviendrait impossible* »¹⁰³⁷. C'est donc au juge qu'il revient de « *donner consistance à une conception juridique de la vulnérabilité* »¹⁰³⁸. Des pistes sont ouvertes pour amorcer une politique jurisprudentielle. Le rapport de la Cour de cassation publié en 2009 invite à considérer comme personnes vulnérables « *celles qui, dans une situation pathologique ou hors norme, ne sont de fait pas en mesure d'exercer correctement leurs droits et libertés* »¹⁰³⁹. Les majeurs protégés, en raison de l'altération de leurs facultés, se trouvent en pareille situation. Il convient d'englober dans cette définition les personnes âgées ou malades qui ne sont pas protégées.

Depuis la Révolution, l'équité inspire la méfiance. Le juge est nécessairement tenu au respect du droit¹⁰⁴⁰ mais la surabondance des textes le perd parfois et l'équité est rarement absente du travail judiciaire. En principe, le juge doit avoir reçu l'autorisation de la loi pour pouvoir fonder sa décision sur l'équité¹⁰⁴¹. Mais, même en l'absence de base légale, l'appréciation des faits ou la qualification d'un comportement laisse une place importante à la subjectivité du magistrat. L'équité donne à la loi son expression humaine. La part de souffre que contient l'équité peut être dissipée si on la sépare de l'arbitraire pour la fondre dans la juste mesure¹⁰⁴².

Une illustration en est donnée par l'article 270 du Code civil relatif aux prestations compensatoires¹⁰⁴³. Ce texte prévoit que « *le juge peut refuser d'accorder une telle prestation si l'équité le commande* ». La Cour de cassation est attachée au respect du pouvoir d'appréciation accordé aux juges du fond¹⁰⁴⁴. Une cour d'appel a ainsi pu rejeter la demande de prestation compensatoire d'une épouse en retenant, d'une part, que celle-ci avait la possibilité de

¹⁰³⁷ J. E. PORTALIS, Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil, Paris, Joubert, 1844, p. 158.

¹⁰³⁸ COUR DE CASSATION, Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation, Rapport 2009, p. 61.

¹⁰³⁹ *Ibid.*

¹⁰⁴⁰ Art. 12 C. pr. civ. : « *Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* » ; Conseil supérieur de la magistrature. Recueil des obligations déontologiques des magistrats. 2010. Art. d. 3 : « *Le droit d'être garanti contre l'arbitraire du juge, gage de l'égalité devant la loi, fonde l'obligation du magistrat de privilégier, en toutes circonstances, l'application de la loi. Il ne peut s'arrêter à l'idée qu'il se fait de l'équité* ».

¹⁰⁴¹ C'est le cas en matière de clause pénale (Art. 1152 C. civ.), d'accession (Art. 565 C. civ.), d'amélioration d'un bien indivis (Art. 815-3 C. civ.), de conventions (Art. 1135 C. civ.) et de liquidation du régime de la participation aux acquêts (Art. 1579 C. civ.).

¹⁰⁴² H. HELFRE, Peut-on juger avec objectivité ? *Gaz. Pal.*, 16 juin 2005 n° 167, p. 2 ; L'auteur distingue entre équité subjective et équité objective. Il montre que l'équité n'est pas exempte d'objectivité.

¹⁰⁴³ Dans sa rédaction issue de la Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce.

¹⁰⁴⁴ Pourtant très large puisque fondé, notamment, sur la notion de « *circonstances particulières de la rupture* ».

retrouver un emploi et, d'autre part, que le père assumait la prise en charge financière des trois enfants du couple ¹⁰⁴⁵. Une protection que déclencherait le constat de la situation de vulnérabilité serait soumise au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. C'est la caractérisation de cette notion qui fonderait le recours à l'équité et permettrait de prendre en compte concrètement la faiblesse du contractant.

283. Vers une protection généralisée. — Une thèse consacrée à la protection de la personne fondée sur une catégorisation ¹⁰⁴⁶ a mis en évidence un mouvement de recul de l'incapacité. Celui-ci a été confirmé par la loi du 5 mars 2007 qui a redonné vigueur aux capacités naturelles des majeurs protégés. Ces capacités leur permettent donc d'être présents et actifs sur la scène juridique, selon leur état. Les majeurs protégés, dans le cadre d'un mandat de protection future, conservent en outre leur capacité juridique, comme les majeurs sous sauvegarde de justice. Les majeurs accompagnés par le département contractuellement, ou par un mandataire sur décision de justice, aussi.

Une notion de vulnérabilité permettrait de proposer une protection efficace et généralisée. Sa définition, bien que conservant nécessairement un certain flou, doit surtout ne pas être absolument indistincte, afin d'éviter que, « *forte en extension* », la notion de vulnérabilité ne devienne « *faible en compréhension* » ¹⁰⁴⁷. L'appréciation *in concreto* de la vulnérabilité paraît s'imposer, conduisant le juge à prendre fortement parti. Une protection par la notion de vulnérabilité permettrait de répondre au refus d'opposabilité d'éléments subjectifs considérés comme des sources d'insécurité juridique. Elle permettrait aussi de dépasser l'usage des catégories qui ont permis de faire évoluer le droit. En quelque sorte, la reconnaissance de la vulnérabilité ferait tomber les catégories pour faire émerger une notion fonctionnelle universelle, en harmonie avec la culture grandissante des droits de l'Homme ¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴⁵ Cass. civ. 1^{re}, 30 avril 2014, pourvoi n° 13-16649.

¹⁰⁴⁶ V. GITTARD, Protection de la personne et catégories juridiques : Vers un nouveau concept de vulnérabilité, Université Panthéon-Assas (Paris), 2005.

¹⁰⁴⁷ COUR DE CASSATION, Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation, Rapport 2009, p. 64.

¹⁰⁴⁸ Bien que, selon la doctrine, la vulnérabilité peine à s'imposer parce qu'« *elle sent l'Europe [...] le droit mou* », même si « *légiférer sur la vulnérabilité est possible et même nécessaire* ». T. FOSSIER, Peut-on légiférer sur la vulnérabilité, *Dr. Famille*, 2011, n° 2, février 2011, dossier 2.

§2. LA DIVERSITE DES MOYENS DE LA PROTECTION

284. La qualité des parties ne permet pas à elle seule de créer une catégorie de contrats. Cela a été démontré pour les contrats de consommation ¹⁰⁴⁹. Il existe néanmoins un droit de la consommation et des contrats régis par celui-ci. De la même façon, l'existence d'un droit de la protection juridique des personnes tend aujourd'hui à devenir une réalité ¹⁰⁵⁰.

Un contrat de protection est établi sur mesure. Des prestations de service relatives à la gestion du budget familial sont proposées par des entreprises privées. Il arrive qu'elles ne se cantonnent pas à dispenser des conseils ou à vendre des logiciels de gestion destinés aux particuliers, mais qu'elles aillent jusqu'à établir des documents personnalisés. Pour autant, ces entreprises n'offrent pas de prestations dont la spécificité se montre très poussée. Elles s'adressent à un ensemble assez disparate, comprenant des personnes prudentes et d'autres inconséquentes ou subissant des revers de situation. Les éléments qui fondent les analyses et conseils de ces entreprises se limitent souvent aux derniers relevés des comptes bancaires de leurs clients ¹⁰⁵¹. Bien qu'il y ait une individualisation du service, il n'est pas tenu compte des projets personnels ou familiaux des clients ni des particularités de leur situation.

Ainsi, la spécificité du travail fourni paraît-elle susceptible de degrés. Très superficielle pour certaines prestations de services, elle se montre en revanche bien plus approfondie dans les contrats de protection. L'objectif général qu'ils poursuivent est la protection de la personne et de ses biens. La détermination des obligations de celui qui apporte une aide est le fruit d'une réflexion préalable et d'une négociation portant sur les besoins et attentes du majeur vulnérable, qui ont la particularité d'être évolutifs.

En matière de protection, l'adéquation et l'adaptation sont exprimées par le principe de proportionnalité, lui-même complété par un principe d'individualisation. Si le principe de proportionnalité n'a, *a priori*, pour champ d'application que les mesures judiciaires, le principe d'individualisation déborde ce domaine en intervenant aussi dans le jeu des conventions. Un critère de spécificité de l'objet s'exprime ainsi de diverses manières dans le cadre judiciaire où le juge, donneur d'ordre, s'efface derrière le majeur destinataire de la protection (A). Dans le cadre conventionnel, le majeur protégé est, directement, le donneur d'ordre (B).

¹⁰⁴⁹ G. RAYMOND, Contrats de consommation, J. -Cl. Concurrence- Consommation, fasc. 800.

¹⁰⁵⁰ Des principes composent une théorie générale en construction, puisée dans les sources encore éparées du droit de la protection des majeurs. Des dispositions spécifiques existent en divers codes, le Code civil, le Code de l'action sociale et des familles, le Code de la santé publique le Code de procédure pénale, le Code électoral, etc. V. not. J. HAUSER. Une théorie générale de la protection du sujet vulnérable ? *RLDC*, 2011. 83.

¹⁰⁵¹ V., p. ex. <http://www.budget-express.com/coach-budgetaire/> (Consulté le 18 janvier 2015).

A. La spécificité des moyens de protection dans le cadre judiciaire

285. Si une mesure de protection est nécessaire en raison des effets de l'altération des facultés médicalement constatée, cette mesure doit encore être « *proportionnée et individualisée en fonction du degré* » de cette altération ¹⁰⁵². Le droit interne semble ainsi mis au diapason des recommandations du Conseil de l'Europe ¹⁰⁵³. La spécificité de l'intervention du protecteur découle du panachage judiciaire (1) et des ajustements développés par le protecteur (2).

1. Le panachage judiciaire

286. **Un chatoiement** ¹⁰⁵⁴. — La recherche d'une concordance entre l'état du majeur et le degré de protection dont il bénéficie n'est pas une innovation de la loi de 2007. Tel était déjà l'esprit de la loi en 1968, tant dans la phase d'ouverture de la mesure qu'au cours de son exécution. De cette volonté naquit la diversité que la loi de 2007 n'a fait que renforcer. La révision obligatoire des mesures est aujourd'hui une nouvelle occasion de vérifier ce qui était déjà attendu auparavant : « *constater l'état pathologique qui justifie, hic et nunc, une tutelle* » ¹⁰⁵⁵.

287. **L'adéquation de la mesure de protection.** — En 1968, le magistrat disposait de trois régimes de protection, avec leurs ramifications ¹⁰⁵⁶. Ce dispositif était appelé des vœux des professionnels parce qu'ils considéraient qu'un régime unique « *devait a priori mal convenir à tant de cas cliniques foncièrement différents* ». Aujourd'hui, le principe de proportionnalité est expressément affirmé. Il signifie que « *la mesure doit être adaptée aux facultés de discernement de la personne* ». Le certificat médical est la pièce première de la procédure ¹⁰⁵⁷. Cette règle est affirmée parmi les dispositions communes aux mesures judiciaires ¹⁰⁵⁸ et assortie de ses applications en matière de curatelle et de tutelle ¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵² Art. 428 C. civ.

¹⁰⁵³ Conseil de l'Europe. Recommandation n° R(99) 4 du Comité des ministres aux États-membres sur les principes concernant la protection juridique des majeurs : « *Principe 6 – Proportionnalité. Lorsqu'une mesure de protection est nécessaire, elle doit être proportionnelle au degré de capacité de la personne concernée et adaptée aux circonstances particulières et aux besoins de cette dernière* ».

¹⁰⁵⁴ J. CARBONNIER parlait de chatoiement pour exprimer la diversité des combinaisons possibles, les mesures « dosables à la tête du client » et le « va-et-vient » de l'ensemble.

¹⁰⁵⁵ J. CARBONNIER, Droit civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple, PUF, 2004. (Quadrige), n° 344, p. 676.

¹⁰⁵⁶ Selon l'expression de J. CARBONNIER, dans sa préface de 1968.

¹⁰⁵⁷ Il est un pivot, une pièce maîtresse.

¹⁰⁵⁸ Art. 428, C. civ.

¹⁰⁵⁹ Art. 440, C. civ.

288. Le choix de la moindre mesure. — La règle vaut donc d'abord pour l'arbitrage entre les différentes mesures. Si, en raison de l'altération de ses facultés, la personne a besoin d'une protection temporaire ou limitée à certains actes, la mesure de sauvegarde est préférée à toute autre, parce qu'elle ne produit aucune incapacité et suffit à atteindre le but envisagé ¹⁰⁶⁰. Ce n'est que si cette mesure ne permet pas d'« *assurer une protection suffisante* » qu'elle ouvre la voie à une mesure de curatelle ¹⁰⁶¹, et ce n'est que lorsque l'assistance ne peut suffire et que la représentation continue s'impose que la tutelle devient possible ¹⁰⁶². Cette règle de la moindre mesure pourrait tout aussi bien s'expliquer par le principe de nécessité ou de subsidiarité. Se poser la question de savoir si l'assistance est nécessaire permettrait de savoir s'il convient de prononcer l'ouverture d'une curatelle, tandis que se poser la question de savoir si l'assistance est suffisante permettrait de savoir si la mesure envisagée est la mesure idoine.

289. Le métissage des réponses. — La règle vaut ensuite du point de vue des aménagements dont le juge dispose pour préciser et doser la mesure. Il recherche si la protection est requise tant pour la personne que pour ses biens, ou pour l'un de ces deux aspects seulement. Le juge tient compte des sentiments exprimés par le majeur et de l'intérêt ou des aptitudes de son entourage pour la gestion dans le choix du protecteur et des combinaisons possibles. Ensuite, il peut prévoir dès la décision initiale que le majeur a la capacité ou non de faire seul les actes qu'il énumère ¹⁰⁶³. En curatelle comme en tutelle, il peut aggraver ou alléger la mesure en réglant son incapacité juridique sur sa capacité naturelle. Ce faisant, il place la personne au cœur du dispositif ¹⁰⁶⁴, d'où l'importance particulière de l'audition du majeur, qui doit être entendu ou appelé, sauf si cela peut porter atteinte à sa santé ou s'il ne peut pas exprimer sa volonté ¹⁰⁶⁵.

L'atteinte à la santé n'est pas légalement définie. Elle peut consister en un stress occasionné par l'audition, par crainte du juge ou par refus de la décision. Bien que les textes ne le précisent pas, il ne semble pas que l'avis de non-audition du médecin inscrit lie le juge,

¹⁰⁶⁰ Art. 433, C. civ.

¹⁰⁶¹ Art. 440, al. 2, C. civ.

¹⁰⁶² Art. 440, al. 3, C. civ.

¹⁰⁶³ Art. 471, 472 et 473, C. civ.

¹⁰⁶⁴ Conformément au souhait exprimé par les sénateurs lors de la séance du 14 février 2007.

¹⁰⁶⁵ Art. 432 C. civ. La dispense d'audition fait l'objet d'une décision spécialement motivée fondée sur l'avis d'un médecin inscrit sur la liste établie par le procureur. Les risques qui pourraient justifier la dispense d'audition ne sont pas légalement définis. Le médecin éclaire le juge qui apprécie la situation.

tout comme le constat de l'altération des facultés ne conduit pas impérativement à l'ouverture d'une mesure ¹⁰⁶⁶.

Le cas échéant, la décision de dispense d'audition doit être soigneusement motivée et se fonder sur des rapports médicaux récents. La Slovaquie a sur ce point été condamnée pour violation de l'article 6§1, de la Convention européenne des droits de l'Homme, pour s'être appuyée sur une expertise datant de plus d'un an au moment du jugement ¹⁰⁶⁷. Même lorsque la dispense est décidée, le majeur peut encore, lorsqu'il est en état de le faire, choisir un avocat pour présenter ses observations. En effet, la dispense d'audition ne bannit pas le majeur à protéger de la scène judiciaire. Elle est seulement destinée à lui épargner une épreuve inutile ou à constater une impossibilité de fait. L'avocat du majeur ne peut être écarté, sous peine d'annulation de la décision pour non respect du principe du contradictoire ¹⁰⁶⁸.

290. L'ambiguïté de l'individualisation. — Les travaux parlementaires avaient traduit l'individualisation par un choix du régime « *au mieux des intérêts du majeur* » en précisant que « *toutes les incapacités de jouissance de droits sont supprimées et remplacées par des incapacités d'exercice pouvant être levées avec une autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles* » ¹⁰⁶⁹.

La question de savoir si l'esprit de la recommandation européenne a bien été respecté peut être posée. En effet, ce texte déclinait le principe de proportionnalité en deux propositions. La première était que la mesure soit en rapport avec le degré de capacité et la seconde qu'elle soit adaptée aux circonstances et aux besoins du majeur. Le projet de loi déposé en 2006 énonçait que « *la mesure est proportionnée au degré d'altération des facultés personnelles de l'intéressé et individualisée en fonction de celui-ci* ». Par un amendement rédactionnel adopté en février 2007, le Sénat a modifié ce texte en lui donnant pour formulation définitive que « *la mesure est proportionnée et individualisée en fonction du degré d'altération des facultés personnelles de l'intéressé* ». Dans la version initiale, « *celui-ci* » pouvait tout aussi bien déterminer le degré d'altération des facultés ou l'intéressé lui-même. La commission des affaires sociales du Sénat exposait que l'article 428 du Code civil soumis aux parlementaires demandait « *au juge, en*

¹⁰⁶⁶ En ce sens, L. PECAUT-RIVOLIER, Mise en place d'une mesure de protection, en cas d'altération des facultés corporelles, si elle empêche la personne d'exprimer sa volonté. Cour de cassation, 1^{re} civ., 30/09/2009, *AJ Famille*, 2009. 457.

¹⁰⁶⁷ CEDH, 4^e section, 8 novembre 2005, affaire H. F. c/ Slovaquie (requête n° 54797/00). Dans cette affaire, l'avocate de la majeure avait contesté avec succès l'avis du tribunal selon lequel l'audition de la majeure « *était susceptible de nuire à sa santé, relevant que sa cliente l'avait elle-même engagée et n'éprouvait aucune difficulté à lui exposer l'affaire* ».

¹⁰⁶⁸ CA Versailles, Ch. 01, Sect. 01, 23 septembre 2010, n° 10/04044.

¹⁰⁶⁹ AN, Rapport n° 3557, p. 45.

application du principe de proportionnalité, de déterminer de façon individualisée, l'étendue des actes couverts par la protection : le juge doit donc décider au cas par cas si la mesure s'étend aux biens, à la personne ou aux deux, et s'il est nécessaire d'ajouter ou de soustraire certains actes nécessitant la représentation ou l'assistance du mandataire »¹⁰⁷⁰. Il est question de ce que la personne ne peut faire seule et par conséquent de l'action spécifique qui doit être conduite dans son intérêt. Dans la version du texte finalement adoptée, seul le degré d'altération des facultés paraît avoir une incidence sur l'adaptation de la mesure, ce qui ne paraît correspondre ni à l'intention du projet ni à la pratique actuelle. Le choix du juge des tutelles n'est pas exclusivement guidé par cet élément. Lorsqu'il individualise la mesure, le juge s'intéresse largement à l'environnement du majeur, aux faits particuliers qui l'entourent, ainsi qu'à ce qui l'embarrasse ou, au contraire, lui fait défaut. L'idée est ici d'examiner les besoins, voies et moyens de compensation de l'altération des facultés. Ce dosage, s'il n'est pas réalisé dès le début, peut intervenir à tout moment.

2. Les ajustements développés par le protecteur

291. Une mission générale d'adaptation. — La protection doit être dosée dès son prononcé, ainsi que l'exprime l'article 428 du Code civil, rédigé à l'attention du juge des tutelles, et qui lui impose d'individualiser la mesure. L'individualisation de la mesure confiée à un protecteur professionnel est réalisée par l'élaboration d'un document individuel de protection. La décision de justice est donc le préalable nécessaire de ce document administratif.

Une fois la mesure décidée, tout protecteur, familial ou professionnel, peut à tout moment requérir sa mainlevée, sa modification ou sa substitution¹⁰⁷¹. Ce pouvoir peut être analysé en un devoir à la lumière de la disposition générale contenue dans l'article 415 du Code civil, qui s'intéresse à la période d'exécution de la mesure autant qu'à sa phase de mise en place¹⁰⁷². Ainsi les majeurs doivent-ils toujours recevoir « *la protection de leur personne et de leurs biens que leur état ou leur situation rend nécessaire* ». Pas plus, pas moins. L'équilibre doit être maintenu. Par conséquent, il est flottant. Les tentatives de retour à l'autonomie, les difficultés nouvelles, chaque événement est l'occasion d'une adaptation. Il faut connaître la personne et sa situation. L'une ou l'autre influe sur la mesure, ces deux éléments sont indissociables et

¹⁰⁷⁰ SENAT, Avis n° 213 (2006-2007) de Mme Bernadette DUPONT, fait au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 7 février 2007, p. 38.

¹⁰⁷¹ Puisqu'il figure parmi les personnes pouvant solliciter l'ouverture, selon l'art. 442 C. civ. renvoyant à l'art. 430 C. civ.

¹⁰⁷² L'art. 415 C. civ. énonce que la « *protection est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne* ».

interdépendants ¹⁰⁷³. Le protecteur doit se renseigner sur le parcours et le présent familial, amical, social de son protégé, s'intéresser à ses conditions matérielles et morales d'existence. Ces données doivent être constamment actualisées et analysées, elles forment le matériau de la construction d'une mesure sans cesse réévaluée. Le but poursuivi par le législateur a clairement été de ne laisser subsister aucune atteinte à la liberté qui ne trouverait sa pleine justification dans la situation concrète du majeur ¹⁰⁷⁴.

En matière de protection personnelle, le protecteur est susceptible d'apprécier l'état de son protégé pour moduler ou modeler la protection, ce qui peut lui conférer de larges pouvoirs. Le protecteur doit adapter son intervention à cet état, qui seul conditionne l'étendue de ses pouvoirs, sous le contrôle du juge des tutelles.

En matière de protection patrimoniale, le curateur peut solliciter une extension de ses pouvoirs ou l'ouverture d'une tutelle lorsqu'il s'aperçoit que le majeur compromet ses intérêts ¹⁰⁷⁵. Cette possibilité est pour lui le moyen de ne pas être le spectateur impuissant d'actes inconsidérés ou de troubles morbides. Elle révèle l'utilité de sa fonction de contrôle. Lorsque la demande d'extension porte sur les biens immobiliers, spécialement sur le logement, l'action engagée sur le fondement de l'article 469 du Code civil a de nombreux points de contact avec la protection de la personne, régie par les articles 457-1 à 463. Un arrêt rendu en 2014 par la cour d'appel de Douai ¹⁰⁷⁶ met cela en évidence. Dans cette affaire, une personne âgée de 76 ans avait été placée sous curatelle, sur requête du procureur de la République. Cette requête avait notamment été motivée par un amoncellement d'ordures dans le logement, peu à peu transformé en taudis. Après avoir été hospitalisée au sein d'un service de psychiatrie, la personne avait accepté de rechercher un autre logement. En attendant, le curateur désigné souhaitait pouvoir se rendre dans l'immeuble dont elle était propriétaire et qui, jusque là, avait constitué sa résidence principale. La personne protégée opposant un refus, le curateur avait saisi le juge des tutelles sur le fondement de l'article 469 du Code civil lui permettant d'être autorisé à accomplir seul un acte déterminé. Il demandait à pouvoir ouvrir et pénétrer dans le logement afin de vérifier si des travaux étaient

¹⁰⁷³ B. LAVAUD-LEGENDRE, La paradoxale protection de la personne vulnérable par elle-même : les contradictions d'un « droit de la vulnérabilité » en construction, *RDSS*, 2010, p. 520 : « le processus d'individualisation ne pouvait être dissocié de l'appartenance à un groupe ». L'auteur cite Norbert Elias, in *La Société des individus*, Paris, Fayard, 1991, p. 57. : « Chaque individu est par nature fait de telle sorte qu'il a besoin des autres qui étaient là avant lui pour pouvoir grandir ».

¹⁰⁷⁴ Th. FOSSIER, La réforme de la protection des majeurs. Guide de lecture de la loi du 5 mars 2007, *JCP G*, 2007, I, 118.

¹⁰⁷⁵ Art. 469 C. civ.

¹⁰⁷⁶ CA Douai, 17 avril 2014, RG n° 13/07115, minute n° 2014/129.

nécessaires, prendre des mesures conservatoires et faire estimer le bien dont la personne protégée était propriétaire. Cela fut autorisé par le juge des tutelles. Cette décision, contestée par la personne protégée, fut confirmée par la cour d'appel au motif que les actes autorisés devaient recevoir la qualification d'actes conservatoires et que ceux-ci ne portaient « *nullement atteinte à l'intégrité du patrimoine, bien au contraire* ».

La fréquence de ce type de cas, principalement rapportés sous l'appellation de syndrome de DIOGENE ¹⁰⁷⁷, est importante. Il s'agit d'une pathologie conduisant les personnes qui en sont atteintes à entasser des objets ou des déchets dans des proportions telles que leur santé s'en trouve menacée. Le plus souvent, elles s'isolent, refusent l'aide et se montrent méfiantes. L'accès au logement est refusé au protecteur qui, même informé de difficultés, ne peut se saisir de la situation pour tenter d'apporter des réponses efficaces.

Que le majeur soit placé sous curatelle ou sous tutelle, le protecteur est amené à qualifier les actes juridiques à passer. Il applique les dispositions du décret relatif aux actes de gestion ¹⁰⁷⁸, qui lui laisse une marge d'appréciation importante. La qualification de nombreux actes est réglementairement imposée. Il s'agit des actes recensés dans l'Annexe 1 du décret. L'Annexe 2 établit une liste des actes regardés comme des actes d'administration ou de disposition sauf circonstances d'espèce. Dans ce cas, il revient au protecteur, au regard de certains critères, parmi lesquels les circonstances ou l'incidence sur le mode de vie du majeur, d'estimer l'importance des actes pour leur reconnaître la nature d'acte d'administration ou de disposition. Ainsi, le prélèvement sur le capital ou les actes relatifs à la vie professionnelle sont des actes de disposition sauf cas particulier apprécié par le protecteur, et, à l'inverse, le paiement des dettes ou la conclusion et la rupture d'un contrat de travail sont simplement qualifiés d'actes d'administration mais peuvent être considérés comme des actes de disposition si les circonstances le justifient.

¹⁰⁷⁷ Ou insalubrité morbide, incurie domestique, clochardisation à domicile... « *Le terme de syndrome de Diogène a été proposé en 1975 pour désigner les tableaux cliniques des sujets âgés qui se négligent sur le lieu de leur domicile, transformé en une vaste poubelle* ». (J. -M. LEGER, J. -P. CLEMENT, J. WERTHEIMER, Psychiatrie du sujet âgé, Paris, Flammarion Médecine, 1999). De nombreuses personnes recueillent aussi, en quantité, des animaux qui envahissent le logement. Une mesure de protection peut être un moyen de veille et de prévention de l'aggravation des situations, mais le refus du majeur est un obstacle à surmonter pour l'instaurer ou l'exercer. V. F. MAES-BIEDER, J. BIEDER, Le syndrome de Diogène. Annales Médico Psychologiques 2007, n° 165, p. 504. Les auteurs évoquent le cas d'une femme vivant seule, sans famille, dans un appartement encombré. Les interventions au domicile sont difficiles en raison de son caractère autoritaire et de sa manie processive, dirigée contre les soignants et contre le gérant de tutelle. Malgré les prises en charge organisées pour elle, cette femme mettra accidentellement le feu à son appartement.

¹⁰⁷⁸ Décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du Code civil.

292. Une mission sociale d'individualisation. — Lorsque le protecteur est un service mandataire, sa fonction d'adaptation est précisée et formalisée par le document individuel de protection qu'il doit élaborer avec le majeur. Les textes de l'action sociale expriment concrètement que ce protecteur doit proposer et faire évoluer son intervention selon la situation du majeur protégé et au gré de ses changements.

Il peut être considéré que deux degrés de spécification existent. Le premier, commun à tous les protecteurs, serait du ressort du juge et le second, propre aux protecteurs professionnels, supposerait l'intervention du majeur.

Il faut sans doute davantage voir là une formalisation de l'intervention. Le document de protection est une déclinaison du jugement, ou plus exactement sa stricte application, permettant une surveillance par les organes judiciaires et administratifs des actions promises et des actions conduites par le protecteur professionnel ¹⁰⁷⁹. Sa finalité est légalement fixée : elle est de contribuer à garantir l'exercice effectif des droits ¹⁰⁸⁰. Les objectifs généraux sont déclinés en objectifs personnels après analyse de la situation, en considération de l'état de la personne, dont la participation et l'adhésion doivent être recherchées. Au-delà de cette spécification formalisée à l'ouverture de la mesure, des ajustements sont possibles dans le délai d'un an et d'autres sont exigés à la date anniversaire du jugement : il convient alors de procéder à une réactualisation des objectifs et des actions menées dans le cadre de la mesure judiciaire, en formalisant celle-ci par la rédaction d'un avenant ¹⁰⁸¹.

La garantie des droits paraît nécessaire à l'égard d'un professionnel. En revanche, elle n'est pas requise de tous les professionnels. Une défiance plus grande serait apparemment exprimée à l'égard des services, à moins que la différence entre les mandataires personnes physiques et les mandataires personnes morales ne se justifie seulement par la capacité plus grande des seconds à faire face à cette obligation supplémentaire et peut-être paperassière, ou par la difficulté qu'auraient exprimée les mandataires personnes physiques à l'assumer. Il est discutable de faire dépendre les droits des majeurs du statut de leur protecteur. Dès lors qu'ils sont en rapport avec un professionnel, ils devraient bénéficier des mêmes garanties. S'il se justifie, l'encadrement des pratiques doit s'imposer dans tous les cas, et le document

¹⁰⁷⁹ Art. D. 471-8 CASF, VII : « *Le service conserve copie des pièces prévues au présent article* ».

¹⁰⁸⁰ Art. L. 471-8 CASF.

¹⁰⁸¹ Art. D. 471-8 CASF.

individuel de protection, s'il est réellement « *garant de l'individualisation de l'intervention* » ¹⁰⁸², doit alors être établi par tout professionnel du secteur.

Le *Livre blanc sur la protection des majeurs rédigé par l'interfédération* ¹⁰⁸³ juge regrettable que les mandataires individuels ne soient pas tenus d'élaborer un document individuel de protection, « *alors qu'il permet de garantir la bonne participation de la personne à son projet d'accompagnement* ». Les membres de l'interfédération demandent donc que tous les mandataires, quel que soit leur statut, soient soumis aux mêmes obligations.

Les mandataires indépendants, par la voix de la Fédération des mandataires judiciaires indépendants, ont répondu à cette proposition. Selon eux, ce sont principalement, sinon exclusivement les associations tutélaires qui se plaignent de cette « *différence de traitement* ». Les mandataires indépendants estiment que le document individuel est sans raison d'être dans leur organisation. C'est l'organisation des services qui rend cet outil nécessaire du fait de la rotation de l'emploi, du renouvellement fréquent de leur personnel et compte tenu de l'exigence de continuité de la prise en charge. La Fédération des mandataires indépendants se dit favorable à la formalisation du projet de vie tel qu'il est compris dans le document individuel de protection en rappelant néanmoins que la garantie des droits est assurée par les observations rapportées au juge par les personnes protégées ou par leurs proches. La fédération exprime ainsi se trouver déjà sous la surveillance de l'autorité judiciaire, ce qui tend à présenter les obligations relevant de l'organisation médico-sociale comme redondantes.

Sur cette question, l'absence d'exigence concernant le tuteur familial peut tout autant être source d'interrogation, sachant que les dysfonctionnements ou la maltraitance ne sont nullement l'apanage des professionnels ¹⁰⁸⁴. L'obligation de rédiger un plan d'action

¹⁰⁸² A.-M. DAVID, À quand une véritable harmonisation de la profession de mandataire judiciaire à la protection des majeurs ?, *AJ Famille*, 2011, p. 191.

¹⁰⁸³ CNAPE, FNAT, UNAF, UNAPEI, *Le livre blanc sur la protection juridique des majeurs*, septembre 2012.

¹⁰⁸⁴ Commission nationale consultative des droits de l'homme. Avis sur l'effectivité des droits des personnes âgées. Journal Officiel du 31 juillet 2013, n° 176 : « *La maltraitance de personnes âgées est un phénomène discret en France mais présent. Il peut s'agir de maltraitance active ou passive par la famille ou l'environnement proche. En outre, la maltraitance ne se limite pas aux personnes résidant à domicile. Elle s'observe aussi au sein des établissements accueillant des personnes âgées... L'une des difficultés d'ordre juridique posée par l'article 311-12, premier alinéa, du Code pénal, est l'immunité accordée par cet article en cas de vol commis au préjudice de l'ascendant ou du descendant ou au préjudice du conjoint. Or, la maltraitance financière est le plus souvent le fait de proches. La CNCDH recommande de lever l'immunité pénale en cas de vol sur la personne âgée par un membre de sa famille* » ; Médiateur de la République. Rapport de la mission sur la maltraitance financière à l'égard des personnes âgées dans les établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux. Février 2011 ; G. SALEM. *La maltraitance familiale*. Armand Colin, 2011 ; (Regards psy) ; J. GRACIA IBAÑEZ, *La violence familiale envers les personnes âgées en Espagne*, *Déviante et Société*, 2013/1 Vol. 37, p. 67. C'est une réalité cachée dans la plupart des sociétés que l'on peut qualifier

personnalisé pourrait s'adresser à tout protecteur et faire l'objet d'une dispense selon la situation du majeur, celle de son protecteur et la nature de leur relation, comme en matière de reddition des comptes ¹⁰⁸⁵, selon l'appréciation du juge.

B. La spécificité des moyens de protection dans le cadre conventionnel

293. Une liberté sous surveillance. — Dans le cadre conventionnel, les expressions complémentaires du critère de spécificité que sont la proportionnalité et l'individualisation vont s'exprimer de façon différente. Le majeur vulnérable est à l'initiative de sa propre protection et en détermine théoriquement l'étendue et les limites. Le droit émergent de la vulnérabilité laisse cependant la porte largement entrouverte aux magistrats.

294. Une proportionnalité dormante. — Le principe de proportionnalité est *a priori* hors de propos dans les mesures conventionnelles. En effet, si celui-ci a pour but de permettre une juste détermination de la mesure de protection suffisante et, surtout, de restreindre le moins possible la capacité du protégé, une mesure conventionnelle ne peut créer d'incapacité, la capacité étant indisponible. L'article 428 du Code civil qui pose le principe de proportionnalité figure dans une section du Code civil relative aux mesures judiciaires.

Tant dans le mandat de protection future que dans la mesure d'accompagnement social, la volonté des parties est impuissante à influencer sur la capacité présente ou future de l'une d'elles. Le juge peut cependant être sollicité pour modifier, compléter ou remplacer le dispositif conventionnel par une mesure judiciaire. Dans le mandat de protection future, il intervient en cas de risque d'atteinte aux intérêts du mandant ou à l'occasion d'une contestation sur la mise en œuvre ou l'exécution du mandat. Il intervient à la requête de toute personne intéressée, sans pouvoir se saisir d'office.

Dans la mesure d'accompagnement social, le juge peut être saisi en cas de refus ou d'échec du dispositif contractuel. L'initiative appartient au département. Il peut saisir directement le juge d'instance pour déclencher un premier niveau de contrainte ¹⁰⁸⁶ ou le procureur de la République pour lui faire connaître la situation du majeur lorsque celle-ci est compromise ¹⁰⁸⁷. Ce n'est donc qu'indirectement que le département peut faire intervenir le

d'âgistes. Une société âgiste place les personnes âgées en position de subordination, ce qui se manifeste par la pauvreté et la solitude. L'auteur parle d'une « *théorie de l'iceberg* : on ne connaît qu'un pourcentage très réduit des situations à travers les institutions sociales et sanitaires, et aussi (à un moindre degré) l'administration judiciaire ».

¹⁰⁸⁵ Le tuteur non professionnel peut être dispensé de la remise des comptes par le juge au regard de la modicité des revenus et du patrimoine (Art. 512 C. civ.).

¹⁰⁸⁶ Le versement direct des prestations au bailleur : art. L. 271-5 CASF.

¹⁰⁸⁷ Art. L. 271-5, CASF.

juge des tutelles puisqu'il revient in fine au Parquet d'apprécier l'opportunité de sa saisine. Selon l'appréciation de ces magistrats, le passage d'une mesure conventionnelle à une mesure judiciaire peut s'opérer, ce qui fait retrouver son empire au principe de proportionnalité.

295. Une individualisation ostensible. — Dans la mesure judiciaire, le cahier des charges est écrit par le juge. Ici, il est élaboré en commun. Le mandat de protection future est une protection sur mesure. Le mandant choisit son étendue et octroie au mandataire les pouvoirs nécessaires à sa mise en œuvre. Les possibilités d'aménagement sont importantes, sans être infinies, étant rappelé que la protection de la personne répond au régime impératif fixé pour la curatelle et la tutelle ¹⁰⁸⁸. C'est bien l'individualisation qui fait la valeur du mandat et qui le différencie de la désignation anticipée du curateur ou du tuteur. Ici, le choix porte sur cette désignation et sur le contenu de la protection, sur les pouvoirs permettant l'accomplissement de la mission.

Le contrat de protection comporte une prestation caractéristique traduite par des prestations concrètes, mais cette obligation fondamentale par nature laisse une large place à des obligations qualifiées de fondamentales « *par la volonté des parties* » ¹⁰⁸⁹. Ces obligations secondaires ou accessoires peuvent conduire l'ordre public contractuel à se substituer à l'ordre public du droit des personnes dont le retrait est source d'inquiétude.

Les parties peuvent en effet expressément rendre fondamentales des obligations qui ne le seraient pas *a priori*. Le mandat de protection future peut par exemple vouloir ériger en obligation son maintien à domicile, quel qu'en soit le coût financier. Ce faisant, le mandat respecte la fonction qui lui est théoriquement assignée et aménage l'obligation essentielle de manière individualisée. L'inexécution ou l'exécution défectueuse serait considérée comme grave du fait de l'atteinte à cette obligation. La protection de la personne ou la protection du patrimoine envisagée dans sa finalité personnelle sont des objets complexes ; composés d'obligations nées ou à naître mais définies par leur but. L'interprétation du contrat conduira à rechercher la volonté figée lors de la conclusion et peut-être la volonté qui ne peut plus être exprimée mais qui a cependant évolué. Elle donnera une grille de lecture des obligations regardées comme fondamentales par la personne vulnérable.

Dans la mesure d'accompagnement social, l'accompagnement est expressément « personnalisé ». Ce terme doit sans doute être distingué de l'individualisation proprement dite, bien qu'il en soit proche. Il s'agit de tenir compte du cas particulier de chacun, mais cela

¹⁰⁸⁸ *Supra*, n° 107 et s.

¹⁰⁸⁹ Ph. JESTAZ, L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale, Mélanges Pierre Raynaud, Dalloz, 1985, p. 273 s.

n'écarter pas l'usage d'un document type. Une définition de ce terme indique que la personnalisation est le fait d'« *apporter à un objet (notamment à un objet de série) des modifications ou des marques personnelles qui le distinguent* » et, pour les affaires publiques, d'« *insérer dans un document type des éléments propres au destinataire* » ¹⁰⁹⁰. L'individualisation serait une adaptation plus poussée de la prestation et de sa formalisation.

Dans la pratique, le document individuel de protection est le plus souvent issu d'un modèle préétabli comportant les mentions obligatoires, les mandataires judiciaires intégrant les données collectées sur le majeur et son environnement. L'individualisation et la personnalisation annoncées dans le secteur de l'action sociale sont loin des réalisations de la liberté contractuelle dans le cadre d'un mandat de protection future bien pensé. Il faut cependant en rapprocher le mandat établi selon le modèle réglementaire. Des documents type ¹⁰⁹¹ peuvent permettre un « service personnalisé » ¹⁰⁹² mais risquent aussi de présenter l'intervention comme une prestation sur-mesure alors qu'elle est largement standardisée. Si ces contrats formels figurent moins l'individualisation que la relation concrète qui peut s'établir entre le protecteur ou le travailleur social et le majeur vulnérable, ils fixent néanmoins des objectifs et des engagements qui servent à mesurer l'efficacité de la mesure.

D'autres contrats que ces contrats nommés peuvent concourir à la protection d'un majeur vulnérable. Le contrat de travail de l'aide à domicile ou consenti à l'aidant familial ¹⁰⁹³, le contrat de séjour liant la personne avec l'établissement qui l'héberge, les mandats de gestion de valeurs mobilières, l'assurance-vie, le bail à nourriture ¹⁰⁹⁴, le prêt viager hypothécaire, etc. Ces contrats ne sont soumis à aucun régime particulier. Les règles du droit commun suffisent en principe à compenser la vulnérabilité d'un contractant, mais dès lors que ce n'est pas le

¹⁰⁹⁰ ACADEMIE FRANÇAISE, TLFi, V° Personnaliser, B, 2.

¹⁰⁹¹ Modèles de contrat dans les mesures d'accompagnement social personnalisé, formulaire type pour le document individuel de protection, modèle de mandat de protection future.

¹⁰⁹² Des entreprises de téléphonie, de construction, des banques, etc. communiquent sur le « service personnalisé » offert dans le cadre d'un « contrat type ».

¹⁰⁹³ Le lien de parenté n'exclut pas la qualité de salarié, malgré la difficulté de principe à admettre un lien de subordination dans ce cas. Il existe une présomption d'entraide familiale mais la preuve de l'activité salariée peut être rapportée. Direction de la réglementation du recouvrement et du service. Lettre circulaire n° 2003-121, 24 juillet 2003. La Cour de cassation a admis qu'un fils était allé au-delà de son devoir d'assistance envers son père et qu'une relation de travail s'était nouée entre eux, alors que le fils avait quitté son emploi pour venir s'installer chez son père, duquel il recevait une indemnité mensuelle. Cass. soc., 7 décembre 1995, n° de pourvoi 94-10408.

¹⁰⁹⁴ L'intérêt en a été rappelé par le notariat. CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE. Les personnes vulnérables. 102^e congrès de notaires de France, Strasbourg 21-24 mai 2006. Paris : ACNF 2006.

cas, la liberté contractuelle doit trouver sa limite dans la nécessité de protéger les plus faibles, y compris d'eux-mêmes.

La fiducie-gestion comporte une mission spécifique que le contrat doit impérativement décrire ¹⁰⁹⁵. Des contrôles sont organisés pour l'exécution de ce contrat. Le constituant peut notamment désigner quand il le veut « *un tiers chargé de s'assurer de la préservation de ses intérêts dans le cadre de l'exécution du contrat* ». Ce tiers peut disposer « *des pouvoirs que la loi accorde au constituant* » ¹⁰⁹⁶. Dès lors que le constituant est une personne physique ; cette faculté lui est toujours offerte, il ne peut y renoncer par clause contraire. Lorsque la fiducie-gestion est employée en complément d'une mesure de curatelle ou de tutelle, il est nécessairement rendu compte de la mission accomplie au curateur et au tuteur. La loi ne dit cependant rien d'un droit de regard du mandataire de protection future. Il est utile de lui octroyer conventionnellement ce pouvoir de représentation pour assurer un bon niveau de surveillance et une gestion globale cohérente. Lorsque le majeur vulnérable n'est pas protégé, le fiduciaire n'est tenu de rendre compte qu'au constituant qui n'est peut-être pas en état de recevoir utilement le compte rendu. La solution est contraire au choix retenu par le législateur pour le mandat de protection future, qui requiert en principe la désignation d'un tiers contrôleur ¹⁰⁹⁷. La protection réside ici dans la limitation des personnes pouvant avoir la qualité de fiduciaire. La précision de la mission confiée au fiduciaire, rendant apparente sa dimension protectrice d'un majeur vulnérable, pourrait opportunément déclencher une obligation d'information renforcée et l'obligation de désignation d'un tiers contrôleur. Le choix de la protection conventionnelle des majeurs offrirait ainsi les mêmes garanties que celles affirmées pour la protection judiciaire ¹⁰⁹⁸.

Dès que le contrat quitte le domaine de la prestation de service ordinaire et exprime sa spécificité dans les besoins du majeur et dans les prestations que le protecteur doit exécuter en réponse, de telles obligations s'imposent. Il y a spécificité de l'objet du contrat dans le

¹⁰⁹⁵ Art. 2018, C. civ.

¹⁰⁹⁶ Art. 2017, C. civ.

¹⁰⁹⁷ Sauf dans le cas du mandat sous seing privé contresigné par un avocat. Le devoir de conseil est présumé rempli. La loi n° 2011-331 du 28 mars 2011, parue au JO du 29 mars 2011, a consacré le contreseing de l'avocat sur un acte sous seing privé. Une plus grande protection des parties en est attendue, puisque l'avocat « *atteste avoir éclairé pleinement la ou les parties qu'il conseille sur les conséquences juridiques de cet acte* ». Article 66-3-1 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, créé par la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011, art. 3. Cette création est reçue de façon mitigée par la doctrine. V. l'appréciation critique de Ph. THERY. L'acte contresigné par un avocat. Dr. et patr. 2011, 203.

¹⁰⁹⁸ Pour la reddition des comptes et le régime de responsabilité.

choix entre conseil et représentation pour assurer la protection du majeur, mais encore spécificité de l'objet des obligations qui en découlent, celle-ci ne pouvant se concevoir indépendamment de la cause entendue comme l'intérêt de la partie vulnérable au contrat. L'analyse structurelle du contrat, entendue comme l'articulation des obligations en fonction de la finalité du contrat ¹⁰⁹⁹, vient s'ajouter à l'analyse relationnelle pour révéler les contrats de protection.

Le cœur du contenu contractuel est la gestion pour autrui. Elle peut intervenir dans le cadre de la mesure d'accompagnement social, par la signature d'un mandat de percevoir et de gérer les prestations donné par le majeur au département ou à la personne déléguée par lui. Ce mandat relève du droit commun du mandat. La gestion a encore lieu par représentation dans le mandat de protection future. Elle est par contre assurée en qualité de propriétaire dans une fiducie-gestion. Ce sont là trois cas de gestion pour autrui, qui forment le cœur du contrat mais répondent à des régimes différents.

296. Des contrats centrés sur les sujets. — Le contrat de protection n'est pas réductible à un échange. Ce qui importe en premier lieu, c'est la vulnérabilité du contractant dont la protection est visée. Retenir la qualification de contrat de protection permettrait, comme en matière de consommation, d'appliquer un régime impératif, ne remettant pas en cause les règles de droit commun mais s'y ajoutant sauf incompatibilité et, en cas d'incompatibilité, privilégiant l'application des règles protectrices. Un tel dirigisme paraît justifié par sa finalité. La définition opératoire du contrat de protection peut être formulée ainsi : un contrat ayant pour objet une mission d'aide, de gestion ou de représentation, définie selon une procédure concertée d'individualisation par les contractants et visant à remédier à des difficultés de gestion ou à compenser une limitation des capacités de son bénéficiaire.

Cette prestation répond exclusivement aux besoins du donneur d'ordre, entendu comme le majeur vulnérable, bénéficiaire potentiel ou actuel d'une mesure de protection. La promesse faite à un bénéficiaire en situation de faiblesse doit être entourée de garanties. Le contrat de protection est centré sur le sujet. C'est une caractéristique qu'il partage avec le contrat relationnel. Avec ce dernier, il partage d'autres critères, dont la doctrine a commencé à considérer les enjeux, tels que la durée et la flexibilité du lien contractuel.

¹⁰⁹⁹ S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération : contribution à la théorie générale du contrat*, *Economica*, 2012. (Recherches juridiques). Afin de qualifier le contrat-coopération, l'auteur met en évidence la nécessité de conjuguer les approches fondées sur l'objet et sur la cause du contrat, la première ne pouvant, à elle seule, être significative.

SECTION II.

LA NATURE RELATIONNELLE DU CONTRAT DE PROTECTION

297. À s'en tenir à l'analyse classique, on peut douter de la nature contractuelle de la mesure d'accompagnement ¹¹⁰⁰, plus encore de celle du document individuel de protection ¹¹⁰¹ et s'étonner des dérogations du mandat de protection future au droit commun du contrat ¹¹⁰².

Le contrat est ordinairement défini comme un accord de volontés visant la production d'effets de droit et, surtout, la création d'obligations ¹¹⁰³. Fondé sur la théorie de l'autonomie de la volonté, il vacille avec sa remise en cause. L'utilité sociale ou la justice contractuelle invitent plutôt à considérer le contrat comme « *un lien de droit* » ¹¹⁰⁴. La préservation de ce lien en vue de faire produire au contrat son utilité maximale justifie la souplesse de son régime. Or selon les règles traditionnelles, le contrat est complet dès sa formation. Ainsi, sauf accord des parties, il doit être pleinement exécuté conformément à sa lettre initiale. Certes, l'article 1135 du Code civil nuance cette affirmation, les parties se trouvant en vérité liées tant par ce qu'elles ont stipulé que par « *toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* ».

Malgré cela, les contrats de protection paraissent encore s'écarter sensiblement du modèle habituel. Il existe des pratiques diverses, éloignées du modèle théorique. Soit l'on considère que l'usage de la notion de contrat est abusif et ne désigne alors que des réalités sociologiques

¹¹⁰⁰ *Supra*, n°231 et s. Les engagements pris ne sont que le rappel d'obligations légales., p. ex. la signature d'un plan d'aide au retour à l'emploi (PARE), (CA Paris, 21 septembre 2004. *D.*, 2004, 2444 ; *RDC*, 2005, p. 257, note J. ROCHFELD) ou d'un contrat de responsabilité parentale ne manifesterait pas une volonté contractuelle (S. LAMBERT, Le nouveau contrat de responsabilité parentale : où l'autorité de l'État prend le relais de l'autorité parentale, *Dr. Famille*, juin 2007, n° 6, étude 25).

¹¹⁰¹ E. LUISIN-PAGNOD, M. SOULARD-PECHBERTY, F. DURIEZ, Protéger les personnes vulnérables. L'Harmattan, 2014, p. 255 : « *le DIPM n'est pas un contrat* » ; A. BEN ABDALLAH, Le document individuel de prise en charge : du contractuel à l'unilatéral, *RDSS*, 2012, n° 1, p. 18. L'auteur l'analyse davantage comme un acte unilatéral.

¹¹⁰² Elles sont nombreuses (à l'égard de la capacité, de la liberté ou de l'effet relatif). V. D. FENOUILLET, Le mandat de protection future ou la double illusion, *Deffrénois* 2009, article 38882, p. 142.

¹¹⁰³ J. GHESTIN, La notion de contrat, *D.*, 1990, 147.

¹¹⁰⁴ G. BUSSEUIL, Contribution à l'étude de la notion de contrat en droit privé européen. LGDJ, 2009. (Collection des Thèses), n° 161, p. 174.

ou psychologiques ¹¹⁰⁵, soit l'on admet que les actes en cause sont des contrats au sens juridique et il faut par suite revisiter l'approche classique.

Les spécificités des contrats de protection ne doivent pas fatalement conduire au rejet d'un droit commun du contrat ¹¹⁰⁶ mais peuvent être expliquées par référence à la théorie du contrat relationnel. Cette théorie propose de différencier les contrats relationnels des contrats impersonnels selon des critères encore incertains. Les critères originaires, bien qu'offrant une première analyse, se révèlent incommodes (§1), et inspirent la recherche doctrinale de critères plus synthétiques (§2).

§1. LES CRITERES ORIGINAIRES DU CONTRAT RELATIONNEL

- 298.** La théorie du contrat relationnel est issue des travaux menés par Ian R. MACNEIL ¹¹⁰⁷. Le point de départ de sa recherche est une étude pragmatique des contrats. Il constate ainsi l'existence de relations d'échange enchevêtrées, constitutives de réseaux complexes et, surtout, éloignées de l'approche classique ou néoclassique décrite par la doctrine ¹¹⁰⁸. Le droit a une vision figée et impersonnelle du contrat qui ne peut rendre compte des réalités observées ¹¹⁰⁹. À partir du concret sur lequel il a élaboré sa théorie relationnelle (A), Ian R. MACNEIL a proposé douze critères permettant de définir le contrat relationnel, dont il convient de faire application aux contrats de protection (B).

¹¹⁰⁵ H. MUIR-WATT, Du contrat relationnel, in *La relativité du contrat*, Travaux de l'Association CAPITANT, LGDJ, 1999, p. 169.

¹¹⁰⁶ S. MOULAY-LEROUX, Le contrat avec l'utilisateur : paradigme ou parasite de la relation d'aide ? *RDSS*, 2012, n° 1, p. 5.

¹¹⁰⁷ I. R. MACNEIL (20 JUIN 1929 - 16 FEVRIER 2010). Professeur de droit émérite, Northwestern University (Illinois). Il était spécialiste du contrat et de l'arbitrage, auteur de la « théorie du contrat relationnel » ultérieurement renommée « *théorie du contrat essentiel* ». Après des études de sociologie, Ian R. MACNEIL a rédigé une thèse sur le droit des contrats.

¹¹⁰⁸ I. R. MACNEIL. *Whither contracts ?*, *Journal of Legal Education* 1969, vol. 21, n° 4, p. 403 : contribution lors d'une conférence de l'Association of American Law Schools qui s'est tenue en 1967 ; *Id.*, *The many future of contract*, *Southern California Law Review*, 1974, n° 47, p. 681 ; *Id.*, *Contracts : Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law*, Northwestern University Law Review 1978, vol. 72, p. 854 et s. ; *Id.*, *The new social contract. An inquiry into Modern Contractual Relations*, Yale University Press 1980 ; *Id.*, *The relational theory of contract : Selected works of Ian MacNeil*, David Campbell éd., Londres (GB), Sweet & Maxwell Limited, 2001 : cet ouvrage propose une présentation de la théorie et des écrits successivement publiés sur le sujet.

¹¹⁰⁹ I. R. MACNEIL, *Commentary : Restatement (Second) of contracts and presentation*, 60 *Virginia Law Review* (1974), 589 (592).

A. La théorie relationnelle de Macneil

299. **Un regard empirique.** — Si l'origine du contrat relationnel reste emprunte d'incertitudes ¹¹¹⁰, sa théorisation dans les années 1970 est attribuée à Ian Roderick MACNEIL ¹¹¹¹. Il constate que le contrat classique est figé et fermé, qu'il n'évolue pas en fonction des circonstances et ne fait pas, en principe, de place aux tiers. Pour lui, assez peu de contrats correspondent en réalité à ce modèle, si ce n'est par exemple l'achat d'essence, effectivement réduit à l'échange. Dans ce cas, le contrat est bien détaché de toute relation ¹¹¹². Il relève que d'autres contrats, qu'il qualifie de néoclassiques, tiennent compte de la longue durée des relations et prévoient des adaptations en conséquence ¹¹¹³.

Quand il élabore la notion de contrat relationnel, MACNEIL montre que, concernant la prise en compte de la durée, les parties vont bien au-delà d'un accord sur des mécanismes de révision. Elles acceptent d'être liées mais de ne pas (pouvoir) tout prévoir dès la conclusion du contrat. Elles décident en effet de résoudre de façon souple les difficultés éventuelles, par la renégociation ou par l'intervention d'un tiers, en tenant compte de leurs comportements respectifs ¹¹¹⁴.

MACNEIL remarque que la réalité du phénomène contractuel donne à voir de nombreux contrats ainsi contextualisés et personnalisés. Le lien et le contenu contractuels comptent manifestement autant l'un que l'autre, ce qui doit naturellement conduire à envisager le contrat comme une relation visant à produire des échanges. De ce point de vue, le rôle de la confiance dans la formation et l'exécution du contrat se trouve accru et les sanctions s'écartent des remèdes habituels, strictement encadrés, de l'inexécution.

MACNEIL dresse l'inventaire des normes applicables à tout contrat. Il s'intéresse à la façon dont les parties intègrent leurs engagements et montre qu'elles ajustent leurs comportements selon le type de transaction, en respectant des normes diverses, non exclusivement juridiques ¹¹¹⁵. À trop s'attacher à l'observation empirique, il a fini par troubler sa conception du contrat et par nourrir des auteurs qui ont dénié à ses travaux la qualité même de

¹¹¹⁰ Il a été dit qu'il « *serait venu d'outre Atlantique* ». V. L. AYNES, Rapport de synthèse, in V. -L. BENABOU, M. CHAGNY (Dir.), *La confiance en droit privé des contrats*, Dalloz, 2008, p. 157.

¹¹¹¹ C. BOISMAIN, *Les contrats relationnels*, Aix-en-Provence, PUAM, 2005, n° 200.

¹¹¹² I. R. MACNEIL, *The many future of contract*, *Southern California Law Review*, 1974, n° 47, p. 720.

¹¹¹³ Les clauses d'indexation ou le recours à l'arbitrage font partie des techniques utilisées.

¹¹¹⁴ Ces trois types de contrats (classiques, néoclassiques et relationnels) identifiés par MACNEIL sont présentés par L. GRYNBAUM, *Doctrines américaine contemporaine : le droit des contrats partagé entre l'empire de l'économie et l'aspiration à la justice sociale*, *RDC*, 2008, n° 4, p. 1383.

¹¹¹⁵ V. *infra*, n° 299.

théorie ¹¹¹⁶. Néanmoins, MACNEIL a, dès ses premiers écrits, pressenti que le contrat allait se répandre pour tendre à couvrir toujours plus d'activités humaines ¹¹¹⁷. Le contrat atteint jusqu'aux relations familiales et même, de couple, balisant les rapports durant la relation ¹¹¹⁸ et menant naturellement à une interrogation sur l'effet des situations d'altérité sur le rapport d'obligation ¹¹¹⁹. Surtout, les travaux de MACNEIL ont essaimé sur l'ensemble des domaines de gestion, servant à la fois à expliciter et à améliorer des pratiques ¹¹²⁰, bénéficiant ainsi d'une large diffusion.

300. La diffusion du contrat relationnel. — Le contrat relationnel a donc été systématisé aux États-Unis mais il semble plonger plus loin ses racines et trouver des prolongements dans la construction du droit européen¹¹²¹. La construction d'un droit privé européen impose de conjuguer des conceptions qui paraissent très différentes mais un rapprochement des droits nationaux est rendu possible par une vision rénovée du contrat. Le contrat relationnel est une notion concrète et transnationale pouvant contribuer à ce projet ambitieux ¹¹²². Le droit européen est marqué par cette approche. Pour interpréter le contrat, il ne se limite d'ailleurs pas à l'*instrumentum* mais considère les circonstances, le comportement des parties, la nature

¹¹¹⁶ K. J. BLOIS, B. S. IVENS, Method issues *in* the measurement of relational norms. *Journal of Business Research* 2007, vol. 60, n° 5, p. 556. Cité par M. MANDARD. *Théorie du contrat relationnel et gouvernance des relations interentreprises*. Autour de l'œuvre de Ian MACNEIL. *Annales des Mines. Gérer et comprendre*, 2012/3 n° 109, p. 13.

¹¹¹⁷ *Whither contracts ?*, *op. cit.*

¹¹¹⁸ A. ROY, La charte de vie commune ou l'émergence d'une pratique réflexive du contrat conjugal, *Revue juridique Thémis* 2007, 41, p. 399 : l'auteur montre l'existence d'une normativité morale ayant vocation à réguler la relation entre les membres du couple. Dans un autre article, le même auteur souligne que le contrat relationnel déborde le champ des affaires d'autant plus aisément que, contrairement aux principes classiques, il est compatible avec les relations étroites, au sein d'un groupe familial ou d'un couple, dans lequel les parties ne sont pas ennemies mais partenaires (A. ROY, *Le contrat en contexte d'intimité*, *Revue de droit de McGill*, 2002, 47, p. 855).

¹¹¹⁹ D. MARTEL, *Le rapport d'obligation dans une communauté de personnes*. IRJS Éditions, 2012. (Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André TUNC, Tome 34). L'auteur démontre que les rapports de proximité entre les contractants loin d'être indifférents, ont une incidence sur le droit des contrats, faisant notamment une place à l'équité plus grande que dans les rapports entre contractants étrangers l'un à l'autre.

¹¹²⁰ En marketing inter-organisationnel, en marketing bancaire, concernant spécialement les relations commerciales et les relations de dépendance ou la performance des entreprises, dans des contextes divers (logistique, industrie, etc.). L. AMBROISE, I. MAQUE, I. PRIM-ALLAZ. Ian MACNEIL et la théorie du contrat social : Proposition d'un outil d'analyse des relations pour l'ensemble des domaines de gestion. *Communication*. Congrès de l'Association internationale de management stratégique (AIMS), Grenoble, juin 2009. Disponible sur <http://halshs.archives-ouvertes.fr> (Consulté le 2 juillet 2014).

¹¹²¹ Ce phénomène est excellemment présenté par G. BUSSEUIL. *Contribution à l'étude de la notion de contrat en droit privé européen*. Thèse Nanterre 2008. LGDJ, 2009 (Collection des Thèses).

¹¹²² C'est la thèse soutenue par G. BUSSEUIL.

et le but du contrat ¹¹²³. Les circonstances matérielles qui ont forgé le contrat relationnel ont inspiré des réflexions doctrinales convergentes et l'on retrouve, dans des cultures distinctes, des éléments semblables qui témoignent de la diffusion d'analyses et de valeurs partagées. L'approche américaine ¹¹²⁴ s'est nourrie de la doctrine allemande ¹¹²⁵, qui a elle-même inspiré les juristes français ¹¹²⁶, avant d'être réintroduite en Angleterre ¹¹²⁷. Ce qui est commun, c'est une critique du contrat formel et la recherche de pragmatisme, d'utilité et de justice.

301. L'ancrage doctrinal du contrat relationnel. — La pensée de MACNEIL est clairement en gestation chez JHERING et DEMOGUE. De telles références peuvent favoriser la convergence des droits nationaux vers un droit européen.

Selon JHERING, si le contrat peut être correctement défini comme un concours de consentements, cette définition est insuffisante à le caractériser car ce qui importe, c'est ce qui détermine la volonté et non la volonté seule. Il évoque le « *but pratique d'une coopération* » et met en évidence l'utilité sociale du contrat, en retenant que « *l'idée de but est toute relative* » et qu'« *amener la réalisation des buts de la société, est de l'intérêt de tous ; c'est assurer l'existence de tous ; le droit, en leur accordant la forme de l'obligation, ne fait qu'assurer l'existence de la société entière* » ¹¹²⁸. Jhering défend ainsi une application du droit finalisée et vivante, soucieuse des nécessités sociales. Pour lui, le contrat d'échange est « *un acte d'affirmation de soi* » et cet acte est l'élément d'un tout, contenu dans un tissu de relations. L'accroissement des relations augmente l'affirmation économique de l'homme. Le droit intervient pour garantir le but originnaire du contrat et, au-delà, le but de la société.

Partant de l'inadaptation du droit aux mutations déjà soulevées par SALEILLES, DEMOGUE a une conception du droit et du contrat constamment référée à l'utilité publique ¹¹²⁹. Avant

¹¹²³ Principes du droit européen du contrat, article 5 :102.

¹¹²⁴ L'École réaliste américaine a ouvert la voie à MACNEIL, grâce en particulier à R. POUND. *The Spirit of the Common Law*. Marschall Jones Company, Boston, 1921. Pour la doctrine réaliste le droit doit être compris par son fonctionnement social. Pour POUND, le droit doit viser la conciliation des intérêts en présence.

¹¹²⁵ R. VON JHERING, *L'évolution du droit*, Marescq, Paris, 1901, p. 48.

¹¹²⁶ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*. I. Sources des obligations (suite). t. III. Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1923. L'auteur montre le but social du contrat et fait primer l'utilité sur la volonté.

¹¹²⁷ Notamment au travers de la thèse défendue par H. COLLINS. *Regulating contracts*. Oxford University Press, 1999. Cet auteur considère le droit des contrats comme le moyen de réguler le marché mais il l'envisage de façon dynamique. Le droit des contrats ne doit pas uniquement servir à formaliser des opérations commerciales mais il doit aussi tenir compte des attentes légitimes des parties.

¹¹²⁸ JHERING, *L'évolution du Droit*, Paris, A. MARESQ, 1901, n° 36, p. 48 et s. ; n° 135, p. 196.

¹¹²⁹ V. R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général ou Les notions fondamentales du droit privé*. Paris, A. ROUSSEAU, 1911 : l'utilité sociale, publique, et même l'altruisme traversent son œuvre.

MACNEIL, il aborde comme lui le contrat en observateur et est amené à critiquer les théories individualistes. Parce que le contrat a un but social, il ne peut être dominé par la liberté mais il doit l'être par la solidarité ¹¹³⁰. Il sert à organiser l'interdépendance, la coopération entre les hommes ¹¹³¹. DEMOGUE écrit que le seul côté exact de la théorie de Jean-Jacques Rousseau est que « *l'état naturel en société est la solidarité* », la liberté pouvant « *simplement être considérée comme souhaitable dans une certaine mesure* » ¹¹³². L'individu solidaire a ainsi succédé à l'individu solitaire, ce qui lui donne des droits mais lui impose également des devoirs. Le contrat peut contribuer à mettre en œuvre un projet de société solidariste ¹¹³³ et il n'est d'ailleurs respectable qu'en raison de la solidarité. DEMOGUE fonde la solidarité sur l'intérêt social et, en droit, sur l'article 1134 du Code civil, en faisant ainsi un prolongement de la bonne foi ¹¹³⁴. Des auteurs contemporains ont remonté ce courant, qui rejoint aujourd'hui, au moins en partie, les expressions du contrat relationnel.

302. Les expressions modernes du contrat relationnel. — La tendance amorcée au XIX^e siècle reparait sous la plume d'auteurs contemporains ¹¹³⁵, à la faveur de décisions de justice qui peuvent résonner comme un encouragement. Les exigences de modération, de loyauté, de cohérence, et de coopération ¹¹³⁶, paraissent parfois saisies par la jurisprudence qui tient compte de l'inégalité de fait entre les contractants et sait assouplir les règles en faveur du plus faible. L'homme n'est pas seul et tous ne sont pas égaux. La volonté, pour être efficace, doit respecter les valeurs d'utilité économique et de justice sociale qui lui sont supérieures ¹¹³⁷. Cette pensée s'oppose franchement au courant autonomiste et s'expose à

¹¹³⁰ R. DEMOGUE, De la classification des sources des obligations, *in* Études G. CHIRONI, Fratelli Bocca, Rome, 1915.

¹¹³¹ R. DEMOGUE, Traité des obligations en général, T. 1.

¹¹³² *Ibid.*, n° 10, p. 19. Plus loin, à propos de la lésion il oppose la liberté à l'idée interventionniste fondée sur la « *solidarité sociale entre les contractants* » (p. 612). Celle-ci exige que nul ne puisse ruiner son cocontractant. DEMOGUE suggère d'étendre la lésion au contrat de travail (p. 633).

¹¹³³ Fin XIX^e et début XX^e, en droit, en sociologie comme en politique, avec des auteurs parmi lesquels SALEILLES, DURKHEIMBOURGEOIS, la solidarité fonde un courant fort.

¹¹³⁴ Traité des obligations en général, T. 6, p. 17 et 18.

¹¹³⁵ D. MAZEAUD, Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? *in* L'avenir du droit, Mélanges Terré, Dalloz-JurisClasseur, 1999, p. 603 ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, Libres propos sur la transformation du droit des contrats, *RTD civ.*, 1997, 357 ; C. JAMIN, Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, *in* Le contrat au début du XXI^e siècle, Études J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 441 ; Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique, *in* Le solidarisme contractuel (dir. L. GRYNBAUM, M. NICOD), *Économica*, 2004, p. 159.

¹¹³⁶ Il s'agit de devoirs sensiblement renforcés par les textes et les juges, qui ont ainsi concouru à la construction d'un nouvel ordre contractuel. D. MAZEAUD, Le nouvel ordre contractuel, *RDC*,

¹¹³⁷ C. THIBIERGE, Libres propos sur la transformation du droit des contrats, *RTD civ.*, 1997, 357.

une critique assez virulente ¹¹³⁸. La pensée solidariste est soutenue par les textes protégeant les intérêts des consommateurs face aux professionnels, des locataires face aux bailleurs ou encore des salariés face aux employeurs. Quant au juge, il veille au respect de la bonne foi tant au stade de la formation qu'à celui de l'exécution du contrat ¹¹³⁹.

Les contempteurs du solidarisme estiment que cette pensée ne peut au plus qu'avoir un rôle explicatif de certaines décisions dont il n'est pas l'inspirateur, la doctrine classique suffisant à les motiver. La fonction interrogative du solidarisme est revendiquée par ses représentants ¹¹⁴⁰. De nombreux arrêts cités à l'appui du solidarisme seraient des arrêts de rejet non destinés à faire jurisprudence, n'exprimant pas une évolution de la doctrine de la Cour de cassation ¹¹⁴¹. Ce courant serait donc inutile et, qui plus est, dangereux, comme menaçant la sécurité des transactions ¹¹⁴².

La pensée solidariste peut être vue comme le prolongement des mouvements de critique de la théorie classique. Elle rejoint en de nombreux points la conception relationnelle du contrat. Cette dernière se ramifie en racines secondaires qui tendent à l'utiliser comme le moyen d'assurer la stabilité des contrats de longue durée ¹¹⁴³.

¹¹³⁸ Y. LEQUETTE, Bilan des solidarismes contractuels, *in* Mélanges, p. Didier, 2008, *Économica*, p. 247 s. ; Retour sur le solidarisme contractuel : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique, *in* Mélanges J. HAUSER, 2012, Dalloz, p. 87. DEMOGUE avait déjà encouru les critiques sévères de F. GENY. Comptes rendus critiques. Nouvelle revue historique de droit français et étranger 1911, p. 110 (GENY lui reproche une confusion entre la vie juridique et la vie ordinaire).

¹¹³⁹ Il sanctionne les abus ou invalide les clauses abusives en matière de rupture, de limitation ou d'exclusion de responsabilité.

¹¹⁴⁰ C. JAMIN, « Quelle nouvelle crise du contrat ? » *in* La nouvelle crise du contrat, Actes du colloque du 14 mai 2001, organisé par le centre René-DEMOGUE de l'Université de Lille II, Dalloz, 2003 (Thèmes et commentaires). Cette fonction est primordiale pour une saine critique des institutions. R. BADINTER a écrit « *le talmudiste a raison : Toutes les réponses sont dans le livre, mais où sont les questions ?* » (L'Exécution. Fayard, rééd., 1998). Il revient certainement à la doctrine d'assumer une fonction sociale permettant d'encadrer le droit, plus que de veiller à son adéquation aux réalités ou de simplement l'explicitier. Mais ce choix relève des conceptions de la doctrine, entendue comme théorie ou comme philosophie du droit (Sur cette question, V. J. -P. CHAZAL, Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique. Archives de Philosophie du Droit, 2001, vol. 45, p. 303).

¹¹⁴¹ J. CEDRAS, Liberté - Égalité - Contrat. Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation, C. cass. Rapport annuel 2003, p. 186. Mais au-delà des frontières nationales, une décision récente de la Cour européenne des Droits de l'Homme témoigne d'une évolution en faveur du solidarisme contractuel, les États devant protéger les citoyens en imposant aux banques une obligation d'information permettant d'assurer l'équilibre entre les exigences de l'intérêt général et celles de la sauvegarde des droits fondamentaux (CEDH, 29 janv. 2013, n° 66610/09, Zolotas c/Grèce ; *RTD civ.* 2013. 336, obs. J. -P. MARGUENAUD, *RDC*, 2013, n° 3, p. 837, note J. ROCHFELD). Ce mouvement serait une illustration de la constitution progressive d'un droit contractuel subordonné aux droits fondamentaux.

¹¹⁴² J. FLOUR, J. -L. AUBERT, E. SAVAUX, Droit civil, Les obligations, 1, L'acte juridique, Sirey, 2012, 15^e éd.

¹¹⁴³ C. BOISMAIN, Les contrats relationnels, Aix-en-Provence, PUAM, 2005 : la contribution de l'auteur est comparatiste. Elle défend l'interventionnisme du juge dans les contrats relationnels. J. BORESTEL-LILL,

Ces approches ont en commun de modifier le rapport entre le juge et le contrat et d'admettre l'ingérence du juge quand elle est justifiée. Au droit commun qui croit trouver la stabilité dans l'immutabilité du contrat, les approches critiques et, spécialement, la théorie relationnelle, répondent par la promotion d'une flexibilité contrôlée.

303. Le contrat à travers le prisme du contrat relationnel. — L'approche proposée par MACNEIL reconnaît la relation en tant que telle et lui fait produire des effets. L'usage de la bonne foi par les juges a déjà rejoint cette conception. Prenant appui sur les principes généraux, ils ont par exemple admis que le salarié était tenu d'une obligation de loyauté lui interdisant de concurrencer son employeur ¹¹⁴⁴. Avant que la loi n'impose la bonne foi dans l'exécution du contrat de travail ¹¹⁴⁵, les juges du fond avaient consacré cette solution ¹¹⁴⁶. La relation de travail ainsi entendue suppose donc l'existence d'une confiance réciproque ¹¹⁴⁷. Ainsi, un salarié ne peut pas dénigrer impunément son employeur sur les réseaux sociaux ¹¹⁴⁸. Le contrat de travail produit une exigence éthique forte, il est enserré dans une relation dont il ne peut être extrait, ce qui fait dire à la doctrine qu'il convient plutôt de parler de « contrat relationnel de travail ». Le contrat relationnel est plus large que le seul contenu obligationnel du contrat de travail, ce qui justifie que chaque partie se soucie des attentes de l'autre et que la pérennité du lien contractuel soit favorisée ¹¹⁴⁹. Ce lien n'est pas réductible aux obligations

Essai sur une théorie relationnelle du contrat. Thèse de doctorat, Droit privé, Paris 1, 2008 : à partir des théories américaine et anglaise (cette dernière étant développée par H. Collins *in* The Law of contract. Cambridge University Press, 2008), l'auteur montre l'importance du contexte et de la régulation du contrat et propose une nouvelle vision du contrat et une extension du pouvoir du juge permettant des ajustements raisonnés.

¹¹⁴⁴ Cass. soc., 21 septembre 2010, pourvoi n° 09-41. 440, non publié au bulletin, JurisData 2010-016605.

¹¹⁴⁵ Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, art. 168 (actuel article L. 1222-1 C. trav.).

¹¹⁴⁶ CA Versailles, 15^e ch., 4 novembre 1994. *D.*, 1995, 257.

¹¹⁴⁷ En vertu de cette obligation, l'employeur doit notamment s'assurer du maintien ou du développement des compétences des salariés pour pouvoir conserver leur poste.

¹¹⁴⁸ Conseil de prud'hommes Boulogne-Billancourt, Section encadrement, 5e chambre, 19 novembre 2010 N° F 09/00343, JurisData 2010-021303. En l'espèce, une salariée a été licenciée pour « *incitation à la rébellion contre la hiérarchie et dénigrement envers la société sur le site facebook* ». D'autres salariés avaient eu accès à la page internet et avaient rapporté les propos tenus à l'employeur. Ces propos avaient été échangés en dehors des heures de travail, sur une page non accessible à l'ensemble des internautes mais pouvant être largement consultée par des personnes non destinataires (« *amis et leurs amis* », soit un accès ouvert dépassant la sphère privée). De tels actes constituent un abus du droit d'expression et une atteinte à l'image de l'entreprise qui justifient le licenciement.

¹¹⁴⁹ A. BAREGE, L'éthique et le rapport de travail, LGDJ, 2008. LGDJ (Collection : Thèses, Tome 47).

exprimées dans le contrat ¹¹⁵⁰. Le contrat de travail, en ce qu'il met en présence deux parties inégales en force, semble encourager le développement de l'approche relationnelle. Cette asymétrie entre les contractants est présente dans de nombreux contrats, parmi lesquels les contrats de protection. L'analyse relationnelle est alors de nature à permettre leur appréhension.

- 304. Le contrat de protection, un contrat relationnel ?** — Ian R. MACNEIL a exposé les critères pouvant selon lui permettre de qualifier un contrat de relationnel ou d'impersonnel, selon une échelle de nuances tenant compte de son contexte et de son ambiance générale. Cette théorie a été présentée par Corinne BOISMAIN, dans sa thèse soutenue en 2004 ¹¹⁵¹. Une analyse des contrats de protection peut être réalisée à partir de son travail, afin d'évaluer leur correspondance avec le modèle relationnel.

B. L'application des critères du contrat relationnel aux contrats de protection

- 305.** L'auteur de la théorie du contrat relationnel a présenté un appareil de classification complexe, reposant sur douze critères permettant de différencier les contrats relationnels des contrats impersonnels. Ces critères, qui sont autant de concepts composant sa théorie, permettent un nouvel examen des contrats de protection en vue de déterminer leur position sur cette échelle de « rationalité » ¹¹⁵².

- 306. Nature générale de la relation.** — Il s'agit d'une relation communicante, qui établit, favorise, développe la communication. Le contrat relationnel requiert cet échange entre les contractants, en vue d'une connaissance mutuelle et d'engagements à caractère personnel.

L'élaboration et l'exécution du mandat de protection future répondent fortement à ce critère. La fiducie requiert une confiance dans la personne du fiduciaire ou dans ses compétences et la détermination du but de l'opération requiert la communication d'éléments précis. Le contrat d'accompagnement social personnalisé et le document individuel de

¹¹⁵⁰ La distinction a été exposée par, p. ANCEL, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, *RTD civ.*, 1999. 771. Le lien de droit est lui-même créateur de normes individuelles qui s'imposent aux contractants.

¹¹⁵¹ Les contrats relationnels. Aix-en-Provence, PUAM, 2005.

¹¹⁵² Ce terme est emprunté aux sciences de la communication. D. MEUNIER. La médiation comme « lieu de relationnalité ». *Questions de communication*, 2007, n° 11, p. 323 : « L'usage du terme « relationnalité » plutôt que « relation » permet à la fois de souligner la nature relationnelle des liens entre les éléments mobilisés mais aussi de renforcer l'idée de l'action, de quelque chose qui se passe, qui surgit au moment où il y a mise en relation ». Le terme exprime à la fois la dynamique et la complexité.

protection nécessitent une connaissance préalable de la personne accompagnée ou protégée et un examen circonstancié de sa situation. À l'égard de ce premier critère, tous ces modes d'intervention se situent sur un plan relationnel.

307. Nature peu quantifiable en argent. — Si des rémunérations sont prévues ou peuvent l'être dans l'ensemble des contrats de protection, le contrat n'est pas vu comme le moyen de réaliser un échange. Le professionnel y trouve d'abord la concrétisation de ses propres objectifs ¹¹⁵³ ou d'objectifs politiques plus larges ¹¹⁵⁴. Il ne reçoit pas seulement de l'argent, mais développe aussi une expérience et une crédibilité capitalisables pour le développement de son activité ¹¹⁵⁵. La mesure d'accompagnement peut faire l'objet d'une contribution dont le versement est demandé au bénéficiaire ¹¹⁵⁶ et le document individuel de protection est établi dans le cadre d'une mesure financée selon des dispositions réglementaires, sans intérêt spécifique pour le professionnel en charge de la mesure ¹¹⁵⁷. Lorsque le contractant n'est pas un professionnel, son intérêt ne peut être réduit au paiement d'une somme d'argent, qui correspond souvent au simple remboursement de frais ou débours. Le mandataire de protection future personne physique est un proche soucieux du bien-être de son mandant et attentif à la préservation de ses biens, *a fortiori* s'il en est l'héritier présomptif. Cela est sans doute moins vrai dans la fiducie. Si le fiduciaire peut s'engager à titre gratuit, sa qualité de professionnel laisse à penser qu'il sera le plus souvent rémunéré pour les prestations rendues. Cette rémunération est en principe à la charge du constituant, tandis que, dans le mandat de protection future, elle est à la charge du bénéficiaire, qui, dans le cas du mandat pour autrui, n'est pas le mandant. Le lien contractuel n'est pas valorisable *a priori*, il dépend des relations et des circonstances de fait.

308. Volonté de maintenir la relation. — Cette volonté opère comme un renforcement des garanties d'exécution du contrat.

La réussite du projet d'accompagnement ou de protection justifie que la sauvegarde du contrat soit particulièrement recherchée dans l'intérêt de la partie vulnérable.

¹¹⁵³ Selon le projet associatif et le projet de service qui ont été élaborés, pour ce qui concerne les services médico-sociaux.

¹¹⁵⁴ Services sociaux et conseils généraux.

¹¹⁵⁵ Mandataire ou fiduciaire.

¹¹⁵⁶ Art. L. 271-4 CASF.

¹¹⁵⁷ Art. L. 471-5 CASF.

Dans le mandat et la fiducie, la poursuite du contrat est même très importante pour celui qui en bénéficie, dans un but de protection. Leur durée est indéterminée ou très significative ¹¹⁵⁸. La poursuite de la relation est ainsi exprimée dès la conclusion du contrat.

Le contrat d'accompagnement et le document de protection sont l'expression d'une mesure dont le but nécessite un temps de réalisation, un travail commun en vue d'une finalité. Ces deux contrats durent ce que dure la mesure et le maintien de la relation au-delà du terme de cette dernière paraît peu probable, encore que les échanges avec les services sociaux prescripteurs ou acteurs demeurent possibles pour orienter ou rassurer les bénéficiaires après la fin de leur prise en charge. Les services départementaux de la solidarité ne cessent pas brutalement de rencontrer les bénéficiaires, qu'un accompagnement momentané peut encore aider à l'occasion. La volonté des contractants de faire le choix d'une relation durable est contenue dans le choix du contrat, dont l'exécution et la rupture sont légalement encadrées. Cela se manifeste surtout dans l'organisation privée de la protection. Dans l'organisation publique, la relation est contrainte dès son origine, en droit ou en fait. La volonté de maintenir la relation peut encore exister, mais elle consiste surtout à vouloir faire produire à ce lien de droit son plein effet utile et vient alors simplement conforter le régime légal.

- 309. Durée de l'engagement.** — Sur un axe allant de l'impersonnel au relationnel, les contrats de longue durée se situent *a priori* du côté relationnel. Aucun des contrats de protection nommés n'est instantané ni de très courte durée. Le mandat de protection future est à durée indéterminée, la fiducie est à durée déterminée ¹¹⁵⁹ mais nécessairement assez étendue pour être utile. Le contrat d'accompagnement social personnalisé est conclu pour une durée minimale de six mois ¹¹⁶⁰ et le document individuel de protection dure ce que dure la mesure qu'il définit et précise ¹¹⁶¹. Les actes relevant du domaine de la santé, tels la désignation de la personne de confiance et la rédaction de directives anticipées s'inscrivent également dans une durée, indéterminée ou déterminée mais utile et raisonnable. La désignation de la personne de confiance est à durée déterminée mais le terme est imprécis, puisqu'elle « *est valable pour la*

¹¹⁵⁸ Dans la fiducie, la durée est déterminée mais peut aller jusqu'à quatre-vingt-dix-neuf ans (art. 2018 C. civ.). Les textes relatifs au mandat de protection future ne prévoient pas la détermination de sa durée par les contractants. La durée est indéterminée. Le contrat prend fin en cas de décès ou le placement sous protection de l'une des parties, de déconfiture du mandataire, de rétablissement des facultés du mandant ou de révocation judiciaire (art. 483 C. civ.).

¹¹⁵⁹ Cf note précédente.

¹¹⁶⁰ Art. L. 271-2, CASF : « *Le contrat est conclu pour une durée de six mois à deux ans* ».

¹¹⁶¹ Art. D. 471-8, CASF : « *Le document individuel de protection des majeurs est établi pour la durée du mandat judiciaire* ».

durée de l'hospitalisation » ¹¹⁶², ce qui permet de lui faire produire effet aussi longtemps que nécessaire. Les directives anticipées ont également une valeur juridique limitée dans le temps, puisque leur prise en compte par le médecin est soumise à la condition d'avoir « *été établies moins de trois ans avant l'état d'inconscience de la personne* » ¹¹⁶³. Une proposition de loi visant à assurer aux patients en fin de vie le droit de mourir dans la dignité ¹¹⁶⁴ va au-delà et prévoit que les directives anticipées « *demeurent valables sans conditions de durée* ». Une autre proposition, relative au choix libre et éclairé d'une assistance médicalisée pour une fin de vie digne ¹¹⁶⁵ retient la même orientation.

310. Formation et disparition graduelles du lien contractuel. — Un temps d'imprécision entoure le début et la fin du contrat. Ceci est vrai du début de chacun des contrats de protection, dont la formation est progressive et nécessite des échanges d'informations, des temps de réflexion, auxquels des tiers peuvent être associés, entourage, médecins, ou travailleurs sociaux. Le contrat d'accompagnement est précédé d'une phase d'orientation et d'évaluation et le document de protection est « *établi en fonction d'une connaissance précise de la situation de la personne protégée et d'une évaluation de ses besoins* » ¹¹⁶⁶. L'élaboration et la signature sont précédées de phases de découverte et d'adaptation des engagements. Les contrats de l'organisation privée ne sont pas moins préparés, spécialement le mandat de protection future lorsqu'il est rédigé sur mesure. La mesure peut mettre en place l'organisation de sa propre fin ou laisser persister des liens après la survenance du terme. La sortie de l'accompagnement ou de la protection est préparée lorsque le retour à l'autonomie en est l'issue. D'autres fois, la disparition du contrat suivra son inexécution et son abandon de fait.

311. Souplesse de la planification. — Le contrat initial ne peut tout prévoir et organise les conditions de sa révision ou en admet simplement le principe. Si le mandat de protection future peut juridiquement faire l'objet d'un accord en vue de modifier les conditions et modalités de son exécution, l'altération des facultés du mandant ferme en fait cette voie et contraint à se diriger vers le juge afin qu'il statue sur ce point ¹¹⁶⁷. Le contrat de fiducie peut être complété par des avenants ¹¹⁶⁸. Le contrat d'accompagnement et le document de

¹¹⁶² Art. L. 1111-6, C. santé publ.

¹¹⁶³ Art. L. 1111-11, C. santé publ.

¹¹⁶⁴ Proposition n° 1140, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 13 juin 2013.

¹¹⁶⁵ Proposition n° 182, enregistrée à la Présidence du Sénat le 2 décembre 2013.

¹¹⁶⁶ Art. D. 471-8, CASF.

¹¹⁶⁷ Art. 484, C. civ.

¹¹⁶⁸ Art. 2018-2 et 2019, C. civ.

protection font de leur propre révision un principe. Cette adaptation traduit une méthode de travail. Inscrire la conduite de projet dans un cadre contractuel pousse à la mutabilité de l'acte juridique. Cela doit faire admettre sa plasticité. Au long de l'exécution, les parties ajustent leurs engagements, repoussent les échéances ou conviennent d'actions nouvelles.

312. Coopération en cours d'exécution. — Ce critère du contrat relationnel voisine avec la vision solidariste du contrat en ce sens qu'il fait peser sur les contractants « *une obligation (positive) de collaborer à la réalisation de l'objet du contrat* »¹¹⁶⁹. Il faut réaliser l'objet et chacun doit œuvrer positivement en ce sens.

Cette vision est particulièrement adaptée au contrat d'accompagnement social. Elle paraît moins réaliste s'agissant du document individuel de protection, du mandat de protection future ayant pris effet ou de la fiducie mise au service d'un majeur vulnérable. Du fait de l'état du bénéficiaire, la coopération peut sembler achopper sur l'aptitude de fait de la personne et s'opposer à ce qu'une coopération puisse être véritablement attendue, ou, a fortiori, exigée. Cependant, la faiblesse d'une partie tend d'abord à renforcer l'obligation positive de l'autre partie.

Cela va dans le sens de l'approche solidariste qui tient compte de l'inégalité de fait entre cocontractants.

La possibilité de recours au juge, pour permettre un rééquilibrage dans la perspective de la réalisation de la prestation promise, et non dans une optique réparatrice, heurte le refus de la révision judiciaire du contrat. Pour autant, il s'agit moins de réviser le contrat que de rechercher l'intention exprimée en son temps, au besoin en prenant appui sur des documents entrés dans le champ contractuel. Les actes unilatéraux peuvent être pris en compte par le juge dans son œuvre d'interprétation.

Ainsi, la Cour de cassation a admis l'effet de propositions antérieures¹¹⁷⁰ et de comportements ultérieurs¹¹⁷¹. Elle a surtout invoqué le devoir de bonne foi pour reconnaître l'existence d'obligations. Sur ce fondement, en octobre 2013¹¹⁷², la Cour de cassation a fait

¹¹⁶⁹ J. CEDRAS, Liberté, égalité, contrat : le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation, Rapport annuel 2003, La Documentation française, 2004. L'auteur cite DEMOGUE, voyant le contrat comme « *une sorte de microcosme, une petite société où chacun doit travailler dans un but commun* ».

¹¹⁷⁰ Civ. 1^{re}, 18 février 1986, Bull. civ. I, n° 31 : contrat d'édition interprété à la lumière des propositions antérieurement faites.

¹¹⁷¹ Civ. 1^{re}, 23 mai 1995, n° de pourvoi : 92-20763, non publié au bulletin : « *Mais attendu que la cour d'appel, à laquelle il appartenait de rechercher l'intention commune des parties dans les termes employés par elle comme dans tout comportement ultérieur de nature à la manifester* ».

¹¹⁷² Cass. com., 8 octobre 2013, n° 12-22. 952.

peser sur une partie une obligation négative, celle de s'abstenir de passer un acte contraire à l'intérêt de son contractant. Dans cette affaire, un concédant avait résilié un contrat de concession en respectant le préavis convenu. Les concessionnaires avaient dénoncé un abus du droit de résiliation en raison des investissements qu'ils avaient réalisés et de négociations en cours pour la vente des fonds de commerce. La Cour de cassation a admis que les juges du fond aient pu condamner le concédant parce que celui-ci ne s'était pas acquitté de son obligation de bonne foi dans l'exécution de son droit de résiliation. La doctrine a pu voir là une sanction du devoir de coopération, qualifié de « *version hard du devoir de bonne foi* » ¹¹⁷³.

Ce devoir prend naissance avec le contrat et persiste jusqu'à son extinction.

Potentiellement, tout contrat peut faire naître un tel devoir. Plus précisément, certains contrats seraient en réalité par nature des actes hybrides. Le contrat de concession en serait un exemple tout à fait révélateur. À mi-chemin entre le marché et la firme, il trouve sa place entre des « *contrats-permutation* » ¹¹⁷⁴ et des « *contrats-concentration* » ¹¹⁷⁵ et peut recevoir la qualification innovante de « *contrat-coopération* ». Chaque partie a un rôle et des obligations propres, qu'un objectif commun détermine. Cela tend à montrer l'émergence d'un « *nouveau modèle économique* », admettant le caractère fluctuant des contrats, dont l'exécution est affectée par les changements de circonstances, au service d'une cause commune ¹¹⁷⁶.

Les contrats de protection rejoignent les contrats-coopération en ce qu'ils tendent à faire converger des intérêts en vue d'un objectif. Ils ne sont pas davantage des contrats d'échange, ni des contrats tendant à la fusion d'intérêts. D'un genre nouveau, ils ont pour cause la protection d'une personne vulnérable.

Le critère de coopération doit être abordé en considération du critère de souplesse de la planification qui fait que « *les parties doivent nécessairement coopérer après la conclusion du contrat. Ce critère est donc du côté relationnel de l'axe* » ¹¹⁷⁷.

313. La répartition des bénéfices et des charges. — L'intéressement n'est pas exclu de tous les contrats de protection.

¹¹⁷³ D. MAZEAUD, Un tout petit éclair solidariste dans le ciel de la rupture des contrats de distribution, *D.*, 2013. 2617

¹¹⁷⁴ Correspondant au modèle de l'échange.

¹¹⁷⁵ Dont la société est le modèle achevé.

¹¹⁷⁶ S. LEQUETTE, Le contrat-coopération : Contribution à la théorie générale du contrat, Thèse, 2010. *Economica*, 2012.

¹¹⁷⁷ C. BOISMAIN, Les contrats relationnels. Aix-en-Provence, PUAM, 2005, n° 205.

Dans le contrat de fiducie, c'est le patrimoine fiduciaire qui réalise un résultat. La répartition de celui-ci dépend ensuite de la convention ¹¹⁷⁸. Le fiduciaire peut être rémunéré par le constituant ou par des montants retenus sur les recettes, proportionnellement à celles-ci.

Dans le mandat de protection future, le mandataire personne physique ayant des intérêts communs avec le mandant peut d'une certaine façon, même indirectement, subir les effets de sa gestion. Les modalités de sa rémunération, si elle est prévue, peuvent aussi l'organiser directement.

Dans le contrat d'accompagnement ou le document de protection, cette approche est peu appropriée, bien que l'on puisse considérer que la collectivité trouve intérêt à ce que le majeur gère correctement ses prestations. De la même façon, une mesure permettant un retour à l'autonomie est une économie pour l'État qui ne se verra plus sollicité à titre subsidiaire pour le financement de la mesure de protection.

314. La source des obligations. — Ce critère montre que les obligations nées dans le cadre d'un contrat relationnel sont modulées, sinon modifiées, par rapport à l'engagement initial. Dans le contrat classique, le contenu et les sanctions sont prévus par le contrat tel qu'il a été conclu. Ian R. MACNEIL admettait l'existence d'engagements imprécis et la naissance de promesses nouvelles. S'il est vrai que les seuls éléments pris en compte peuvent difficilement permettre la pleine exécution du contrat de protection, il n'en reste pas moins que les précisions indispensables doivent avoir été prévues ou consenties par les parties d'un commun accord. Les requêtes adressées au juge et l'évolution de la pratique juridique ou sociale accompagneront la volonté des contractants et l'éclaireront d'un jour nouveau. Les notaires et les avocats font évoluer les contrats de l'organisation privée tandis que les travailleurs sociaux produisent ou interprètent des normes selon l'évolution du contexte. Les changements dans la situation personnelle du majeur conduisent à l'adjonction apparente d'obligations qui peuvent cependant n'être qu'une suite imposée par l'équité. L'intangibilité des conventions n'est pas nécessairement atteinte dès lors que les différents paramètres et évolutions ont été pris en considération par les parties, dès lors que sont révélées des attentes légitimes.

315. Absence de transférabilité. — Les contrats de protection ne sont pas transférables. *L'intuitus personae* y est fort et il est parfois même impossible de substituer un contractant à un autre. L'identité des parties est d'autant plus importante que le contrat porte sur des décisions qui ont des conséquences sur la vie du contractant et que l'appréciation de l'étendue

¹¹⁷⁸ Bien que le résultat soit fiscalement imposé chez le constituant.

des obligations, voire de leur contenu précis, est laissée aux parties en cours d'exécution. La confiance, la bonne connaissance du créancier protégé par son débiteur s'opposent à une libre transmission du contrat de protection. De plus, « *la tutelle est une charge personnelle* »¹¹⁷⁹, ce qui signifie que le protecteur est seul tenu de rendre compte et endosse seul la responsabilité de cette fonction, qui ne se transmet pas à ses héritiers. Cela signifie également qu'il reste seul responsable s'il choisit de déléguer la réalisation d'un acte¹¹⁸⁰. En tout cas, le protecteur ne peut pas donner un mandat général d'administration. La règle, admise en jurisprudence¹¹⁸¹, est rappelée par la loi¹¹⁸².

- 316. Nombre de contractants.** — Le contrat relationnel concerne plutôt plus de deux parties. Sur ce point, les contrats de protection se rangent *a priori* du côté impersonnel. Toutefois, si le contrat est limité à deux ou trois parties, ses effets rayonnent bien souvent au-delà. La famille est impliquée ou affectée par la mesure de protection, ses droits peuvent se trouver modifiés par son exercice.
- 317. Vision commune du contrat.** — Les parties ne vivent pas le contrat de protection comme un contrat d'échange. Hormis pour le contrat de fiducie ou, plus largement, hormis le recours à des mandataires judiciaires à la protection des majeurs, le rôle du protecteur n'est ni voulu ni vécu comme un contrat d'échange. Il est un service gratuit¹¹⁸³.
- 318. Des critères peu opératoires.** — Les critères du contrat relationnel proposés par Ian R. MACNEIL se voient assez justement reprocher leur imprécision¹¹⁸⁴. Ne permettant pas de distinguer à coup sûr les contrats relationnels des contrats transactionnels, ils peuvent difficilement fonder sa définition en tant que catégorie de contrat¹¹⁸⁵. À la suite de MACNEIL,

¹¹⁷⁹ Art. 418 C. civ.

¹¹⁸⁰ Sous sa responsabilité, arg. art. 500 C. civ.

¹¹⁸¹ TGI Seine, 23 mai 1966, Journ. not. et av. 1968, art. 48752.

¹¹⁸² Art. 482 C. civ. Pour le mandat de protection future : « *Le mandataire exécute personnellement le mandat. Toutefois, il peut se substituer un tiers pour les actes de gestion du patrimoine mais seulement à titre spécial. Le mandataire répond de la personne qu'il s'est substituée dans les conditions de l'article 1994* ».

¹¹⁸³ Art. 419 C. civ. : « *Les personnes autres que le mandataire judiciaire à la protection des majeurs exercent à titre gratuit les mesures judiciaires de protection* ».

¹¹⁸⁴ La distinction est jugée « *impraticable* », et les critères tantôt « *inadéquats* », tantôt « *trop flous ou trop complexes pour être mis en œuvre concrètement* » : Y. -M. LAITHIER, À propos de la réception du contrat relationnel en droit français. *D.*, 2006, 1003.

¹¹⁸⁵ Y. -M. LAITHIER, *op. cit.* pense que « *c'est moins une nouvelle catégorie qui est proposée qu'un éclairage de la notion de contrat* ». Cet avis est adopté par G. BUSSEUIL dans sa thèse parue en 2010 (Contribution à l'étude de la notion de contrat en droit privé européen LGDJ, 2010, n° 157, p. 171) : « *Il s'agit moins d'une nouvelle catégorie que d'un éclairage sur la notion de contrat et la proposition d'un modèle contractuel renouvelé* ».

la doctrine française s'est donc essayée à dégager les traits spécifiques qui feraient du contrat relationnel un contrat spécial, appelant un régime particulier.

§2. LES CRITERES SYNTHETIQUES

319. La doctrine a proposé des critères synthétiques destinés à surmonter l'abstraction reprochée aux critères dégagés par la doctrine américaine ¹¹⁸⁶. Tout en incluant certains des critères analytiques proposés, la doctrine française a spécialement mis en avant l'incertitude contractuelle (A) et la difficulté de trouver un partenaire équivalent (B).

A. L'incertitude contractuelle

320. De nombreuses variables prises en compte lors de la formation des contrats ne sont pas vérifiables. Les situations de choix sont complexes et l'information des contractants est limitée ¹¹⁸⁷. L'incertitude naît du fait que plus la durée du contrat est importante, plus l'incomplétude favorise la flexibilité et, partant, la pérennité du contrat.
321. **La durée du contrat relationnel.** — La durée trouve d'abord à s'exprimer dans la formation progressive du contrat, longuement négocié lorsqu'il est relationnel. Elle est ensuite présente dans l'exécution du contrat. Les deux éléments coexistent alors, mais c'est bien l'exécution successive du contrat qui le caractérise en tant que contrat relationnel.

Le Code civil ne fonde aucune distinction entre les contrats sur le critère de la brièveté ou de la durée. Pour autant, cette dernière s'invite en donnant du temps à l'élaboration des contrats et en les faisant exister longtemps ou durablement, que leur durée soit déterminée ou non. Il a été affirmé et démontré que, pour le contrat relationnel, le critère de durée était insuffisant sinon inutile ¹¹⁸⁸, et se trouvait parfois absent alors même que le contrat comportait une dimension relationnelle ¹¹⁸⁹. En effet, un contrat relationnel peut exister malgré une courte durée ou, à l'inverse, une longue durée n'exclut pas le caractère

¹¹⁸⁶ Y. -M. LAITHIER, *op. cit.*

¹¹⁸⁷ Les théories économiques (spécialement la théorie des coûts de transaction) mettent en avant les contrats incomplets et la rationalité limitée. Cette dernière notion, introduite par Herbert Simon (prix Nobel d'économie 1978. H. A. SIMON. A behavioral model of rational choice. *Quarterly journal of economics* 1955, 69, p. 99), s'oppose à l'idée d'anticipations rationnelles. Simon a démontré que la prise de décision était issue de la raison et du calcul mais aussi de l'équité, de l'expérience, de l'habitude. Le décideur ne sait pas tout et ne peut tout savoir.

¹¹⁸⁸ Y. -M. LAITHIER, *op. cit.*

¹¹⁸⁹ C. BOISMAIN, *Les contrats relationnels*, Aix-en-Provence, PUAM, 2005.

impersonnel d'un contrat ¹¹⁹⁰. Ainsi, un contrat de travail de courte durée est relationnel tandis qu'un contrat d'abonnement à un magazine est plutôt impersonnel. *A priori*, ce n'est pas sur ce terrain que peut être tenté un rapprochement sérieux entre contrat de protection et contrat relationnel. Pourtant, ce critère, retenu par la doctrine américaine, est en réalité souvent un élément du contrat relationnel et toujours un critère du contrat de protection. Les contrats relationnels sont même réduits aux contrats de longue durée par une partie de la doctrine ¹¹⁹¹. La durée a certainement une incidence puisqu'elle va confronter les attentes de sécurité aux nécessités d'adaptation ¹¹⁹².

La formation progressive des contrats a d'abord été confortée et encadrée par la jurisprudence, qui a fait produire effet aux volontés exprimées. S'agissant des contrats conclus par une partie faible, la loi a prévu des mesures favorisant l'équilibre et la réflexion. Dans le cas d'un contrat à durée déterminée, si cette durée est longue, la question de la renégociation par les contractants ou sur intervention du juge peut se poser ensuite, en vue de son adaptation. Dans le cas d'un contrat à durée indéterminée, les mêmes questions se posent, mais celle de la rupture peut s'y ajouter.

Les contrats de protection sont tous des contrats à exécution successive. Certains sont à durée déterminée et d'autres sont à durée indéterminée.

Dans le cadre judiciaire où s'inscrit le document individuel de protection, la durée de celui-ci est naturellement calquée sur celle de la mesure judiciaire. Les mesures de protection judiciaires sont aujourd'hui prononcées pour une durée de cinq ans au maximum ¹¹⁹³ et sont caduques à leur échéance ¹¹⁹⁴. Le juge peut renouveler la mesure pour une durée identique à la durée initiale ¹¹⁹⁵. Si aucun réexamen n'a eu lieu depuis la décision initiale, le renouvellement est une occasion forcée de réévaluer la situation. Ainsi, il est nécessairement vérifié qu'un juste rapport demeure établi entre le régime de protection et la situation de son bénéficiaire. La proportionnalité est ainsi une exigence continue des régimes judiciaires de

¹¹⁹⁰ *Ibid.*, n° 199 et s.

¹¹⁹¹ J. BELL, L'incidence du changement de circonstances. Rapport anglais, *in* Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises, LGDJ, t. 196, 1987, p. 233. (Bibliothèque de Droit Privé).

¹¹⁹² Les auteurs relèvent les spécificités des contrats à exécution successive que sont la nécessité de flexibilité et d'adaptation (J. CARBONNIER, Droit civil T. 4, Les Obligations, Paris, PUF, 198, n° 141 (Thémis) ou « *la part faite au devenir social, à la nécessité de modifier les obligations de chacun* », importante et, « *à mesure que l'on envisage des contrats, des actes juridiques de plus longue durée, on la voit devenir plus grande* » (R. DEMOGUE, Les notions fondamentales du droit privé, Paris, A. ROUSSEAU, 1911, p. 93).

¹¹⁹³ Art. 441, C. civ.

¹¹⁹⁴ Art. 443, C. civ.

¹¹⁹⁵ Art. 442, C. civ. Le juge peut ordonner une durée plus longue « *par décision spécialement motivée et sur avis conforme du médecin mentionné à l'article 431* ».

protection. La mesure peut être levée, modifiée ou substituée à tout moment. La procédure prévoit le recueil de l'avis de la personne chargée de la protection. Cette personne, qui peut prendre l'initiative de la procédure de révision, est sans doute la plus à même de donner un avis sur la personne du majeur, son évolution, ses perspectives d'avenir ou la résolution de ses difficultés. En cours d'exécution de la mesure, elle doit faire preuve d'observation, d'analyse et de réactivité afin d'ajuster en permanence la mesure à la situation.

Le contrat conclu pour formaliser la mesure d'accompagnement social personnalisé est limité dans le temps mais s'inscrit lui aussi dans la durée.

La fiducie a besoin de temps et est mise en place pour une durée limitée qui peut être très longue.

Le mandat, ou plutôt les mandats de protection future sont les seuls contrats de la protection des majeurs qui sont à durée indéterminée.

La dimension relationnelle s'exprime surtout dans le régime de la rupture du lien contractuel et par la place réservée aux intérêts du cocontractant. Pour les contrats de protection, l'idée de précaution à prendre en cas de rupture du lien contractuel est au moins aussi forte qu'en droit de la concurrence ¹¹⁹⁶. Le mandataire de protection future n'est délié de son engagement que sur décision de justice. La fin d'une mesure d'accompagnement peut déclencher une intervention du parquet. Pour la fiducie, soit elle arrive à son terme, soit l'accord du constituant est requis pour modifier ou révoquer le contrat, soit une décision de justice est nécessaire ¹¹⁹⁷. Quant au document individuel de protection, il dure ce que dure la mesure de protection et celle-ci n'est transformée ou ne prend fin que sur décision du juge des tutelles. Comme dans la loi NRE ¹¹⁹⁸, la fin brutale, sans préavis, est proscrite. Dans le droit commun, la loi reste silencieuse mais la jurisprudence tient compte depuis déjà longtemps de l'intérêt du cocontractant ¹¹⁹⁹.

¹¹⁹⁶ En droit de la concurrence, la rupture est un droit dont la notion de relation commerciale établie vient limiter l'exercice. Cet abus est sanctionné par l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (NRE). Une stabilité est légitimement attendue et, par suite, elle est légalement protégée. La durée est vue comme un « *bon indice de la possibilité que se noue une relation* ». V. J. ROCHFELD, *Au croisement du droit de la concurrence et du droit civil : l'avènement de la « relation » contractuelle ? RDC*, 2006 n° 4, p. 1033.

¹¹⁹⁷ Art. 2028 C. civ.

¹¹⁹⁸ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

¹¹⁹⁹ V., p. ex. Cass. com., 20 janvier 1998, n° 96-18. 353, *D.*, 1998. 413. Sur cet arrêt : D. MAZEAUD, *Résiliation abusive d'une concession par le concédant qui ne laisse pas le temps suffisant au concessionnaire pour amortir les investissements qu'il a exigés de lui*, *D.*, 1999. 114. En l'espèce, un contrat de concession avait été conclu à durée indéterminée. Malgré des investissements très importants qu'il n'avait pu amortir, le concessionnaire s'était vu notifier la résiliation du contrat par le concédant, après seulement deux ans

322. L'« incomplétude ». — Ce critère rejoint celui de la souplesse de planification prise en compte par Ian R. MACNEIL¹²⁰⁰. Bien que la durée ne puisse caractériser à elle seule le contrat relationnel, elle en est un élément. La théorie classique se réfère à une volonté « cristallisée »¹²⁰¹ lors de la formation du contrat, une volonté qui tente de tout prévoir, réservant à l'interprétation les voies de l'équité, de l'usage ou de la loi. La lettre du contrat relationnel ne peut renfermer tous les éléments utiles à sa mise en œuvre. Ils sont à renégocier en cours d'exécution ou à rechercher par référence aux comportements des parties et plus largement à l'économie ou à l'esprit du contrat. Une caractéristique du contrat relationnel est en effet son « incomplétude », du fait de la difficulté de prendre en compte des événements futurs ou de pouvoir prévoir par avance des mécanismes efficaces d'adaptation du contrat. Ce caractère est inhérent au contrat de protection, par nature révisable, modifiable, flexible. Son existence même est fragile. Il lui est notamment reproché de tenir pour rien ou presque la nécessaire interprétation des contrats, qui ne peuvent que rarement être tout à fait précis et qui, bien que précis, n'excluent pas pour autant toute interprétation¹²⁰². Dire d'un contrat qu'il est incomplet peut avoir une connotation négative. Parler pour le décrire d'une convention à « *texture ouverte* »¹²⁰³ paraît plus approprié et montre la volonté de créer un échange à renouveler. Le contrat classique se suffit à lui-même, n'oblige pas à la renégociation et exclut en principe l'intervention du juge. Dès lors que ce cadre est débordé, le modèle paraît ne plus fonctionner et le recours à la notion fonctionnelle de contrat relationnel donne une clef de compréhension pour faire face aux changements de circonstances. La doctrine a examiné les conséquences produites par la durée, au nombre desquelles il faut retenir la baisse de la « *présentation* »¹²⁰⁴. Cette notion, connue des économistes, est employée par Ian Roderick MACNEIL. Elle explique la volonté de prendre en compte le futur lors de l'élaboration du contrat. MACNEIL¹²⁰⁵ remarque que le but poursuivi par les parties dans un contrat classique est d'apporter dans le présent, par une double « *présentation* », tout ce qui vient du passé et tout ce qui appartient à l'avenir. Plus la durée du contrat est longue, moins

d'exécution. Jugé sur le fondement du droit commun des contrats que l'exercice du droit de résiliation unilatérale était abusif.

¹²⁰⁰ V. *supra*, n° 311.

¹²⁰¹ H. MUIR-WATT, Du contrat relationnel, Réponse à François OST, in *La relativité du contrat*, Association H. Capitant, t. IV, LGDJ, 1999, p. 169.

¹²⁰² Y. -M. LAITHIER, *op. cit.*

¹²⁰³ H. MUIR-WATT, Du contrat relationnel, Réponse à François OST, in *La relativité du contrat*, Association H. Capitant, t. IV, LGDJ, 1999, p. 174.

¹²⁰⁴ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011, (Thémis), p. 463.

¹²⁰⁵ I. R. MACNEIL, *The many futures of contracts*, 47 S. Cal. L. Rev. 691 1973-1974.

la précision est possible, moins la planification est envisageable. Plus le contrat peut être admis comme un acte incomplet, plus l'exigence de « présentation » diminue. Un contrat de protection doit tenir compte à la fois des modifications de l'environnement et des évolutions de l'état de la personne protégée. Or, la personne même du contractant change. La mesure qui la protège est individualisée à un moment donné, au commencement de la prise en charge. Ensuite, l'identité de la personne sera à la fois même et autre. Qu'un accident survienne, ou que le processus de vieillissement s'accélère, et la référence au passé doit aider à se projeter dans un avenir modifié. La lettre du contrat ne peut contenir toutes les réponses, mais il importe qu'elle contienne les questions essentielles. La définition des questions est de la responsabilité des parties ¹²⁰⁶.

B. La difficulté de trouver un partenaire équivalent

- 323.** Il n'est pas établi que la durée puisse permettre de définir une catégorie de contrats. Il est en revanche établi qu'elle est de nature à créer un lien particulier entre les parties ¹²⁰⁷.
- 324. Un critère original et dynamique.** — La filiation du critère que serait celui de « *la difficulté, au moins pour une partie, de trouver un partenaire équivalent* » ¹²⁰⁸ avec le critère macneilien de l'absence de transférabilité est manifeste. L'absence de transférabilité, ou l'incessibilité du contrat, se trouve aisément expliquée par l'*intuitus personae*. Toutefois, l'*intuitus personae* fait de la qualité d'une partie un élément essentiel du contrat dès sa formation. La difficulté à trouver un partenaire équivalent qui caractériserait le contrat relationnel peut, quant à elle, n'apparaître qu'en cours d'exécution. L'auteur de ce concept y voit un aspect dynamique, par opposition au caractère statique de l'*intuitus personae*. En droit des affaires, cet aspect du contrat relationnel signifie qu'une « *solution alternative est difficile à trouver pour celui qui est économiquement dépendant ou elle requiert un minimum de temps pour l'être* » ¹²⁰⁹. Plus largement, la difficulté est causée par le développement de pratiques communes et une connaissance réciproque des contractants ayant pour effet une facilitation des échanges.
- 325. Un critère enveloppé dans l'intuitus personae des contrats de protection.** — Dans les contrats de protection, la dose de considération personnelle est essentielle. La difficulté de

¹²⁰⁶ « *Le Talmudiste a raison. Toutes les réponses sont dans le livre, mais où sont les questions ?* ». R. BADINTER, L'exécution, Fayard, 1998.

¹²⁰⁷ J. ROCHFELD, Les modes temporels d'exécution du contrat, *RDC*, 2004, n° 1, p. 47.

¹²⁰⁸ C. BOISMAIN, Les contrats relationnels, Aix-en-Provence, PUAM, 2005.

¹²⁰⁹ J. ROCHFELD, Nouvelles régulations économiques, Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (JO 16 mai 2001, p. 7776). *RTD civ.*, 2001, p. 671.

trouver un partenaire équivalent peut exister, mais elle paraît absorbée par l'*intuitus personae* qui a fondé la relation contractuelle. Au-delà du coût ou du risque qu'il y aurait à changer de cocontractant ¹²¹⁰, il y a surtout la perte d'un élément constitutif du contrat, qui n'a été conclu qu'en considération d'un lien affectif ou de compétences spécifiques sur quoi reposait la confiance requise par la nature du contrat. C'est bien la relation qui a une valeur déterminante pour le contractant vulnérable. Le choix du contractant est limité par des règles protectrices dans l'ensemble des contrats de protection, quand il n'y a pas monopole, comme c'est le cas du département pour les mesures d'accompagnement social. Le fiduciaire est nécessairement un professionnel, le mandataire personne morale est nécessairement un service mandataire judiciaire à la protection des majeurs, et seul un tel service élabore un document individuel de protection des majeurs.

Dans le cas d'un mandat de protection future ayant pris effet, il y a aussi une impossibilité de fait à rechercher efficacement un partenaire équivalent. Le contractant a perdu l'aptitude à porter un jugement conforme à la défense de ses intérêts. Nécessairement, un tiers doit intervenir en cas de fin de mission du mandataire.

326. Conclusion du Chapitre I. L'émergence d'un modèle de convention. — Selon notre définition, un contrat de protection a pour objet une mission d'aide, de gestion ou de représentation. Cette mission est accomplie dans la durée et repose largement sur la confiance. La difficulté de rompre la relation et de trouver un partenaire équivalent existe donc, comme pour le contrat relationnel, même si les premiers obstacles sont davantage d'ordre personnel et affectif plutôt que d'ordre économique. Ces obstacles sont engendrés par l'état de la partie faible au moment considéré. La difficulté de remplacer le cocontractant, considéré comme un critère suffisant pour retenir la qualification de contrat relationnel, révèle la position dominante de l'un des contractants. Il affirme le caractère vertical du contrat, les parties n'étant pas en situation d'égalité.

De cette inégalité ou de l'importance de la considération de la personne naît un risque d'abus qui justifie une surveillance de l'exercice de la liberté contractuelle et, au-delà, appelle à admettre un modèle contractuel tenant compte de la vulnérabilité du contractant.

¹²¹⁰ L'élaboration du mandat de protection future, bien conduite, suppose une réflexion préalable approfondie, une rédaction soignée et la mise en place d'un contrôle.

CHAPITRE II.

LE REGIME SPECIFIQUE DES CONTRATS DE PROTECTION

327. Protection par un droit relationnel des contrats. — Contrairement au modèle de contrat du Code civil, le contrat de protection est inégalitaire par nature, en raison de la vulnérabilité de l'un des contractants qu'il a vocation à pallier. La protection est un droit de la partie faible. Il est alors justifié de vouloir empêcher la mainmise d'un contractant sur la personne ou le patrimoine de l'autre et de permettre un contrôle du contrat, en encadrant son élaboration (Section I) et en veillant à l'existence et à la persistance de son utilité pour la partie faible (Section II).

SECTION I.

UNE ELABORATION ENCADREE

328. Le contrat du Code civil est un contrat qui comprend dès sa formation tous les éléments nécessaires à son exécution. Il peut être qualifié de complet, ce qui montre sa distance d'avec le contrat relationnel, par définition incomplet au sens où « *certaines obligations pourtant essentielles au succès de la relation* » ne peuvent être spécifiées dès la conclusion, ce qui nécessitera une action interprétative ¹²¹¹. Il est librement formé. Le contrat de protection ne peut être complet mais doit atteindre son objectif. Le consentement doit pouvoir porter sur l'essentiel de façon certaine, tout en permettant toutes adaptations rendues nécessaires par les changements de situation personnelle, familiale ou sociale. Le régime du contrat est infléchi en raison de son objectif de protection. Il se distingue de celui du contrat classique sans pouvoir *a priori* se confondre avec celui proposé pour les contrats relationnels, tant en ce qui concerne le consentement contractuel (§1) qu'en ce qui concerne le contenu contractuel (§2).

§1. LA PROTECTION DU CONSENTEMENT CONTRACTUEL PAR LE FORMALISME

329. Le contrat classique est consensuel. L'expression du consentement suffit à sa formation, sans exigence particulière de forme. Cela procède naturellement du principe d'autonomie de la volonté et de la conception égalitaire des parties contractantes. L'inégalité de fait a été révélée et accentuée par l'essor de la société de consommation. L'une des réponses apportées par le législateur a été de ne pas décourager les échanges mais de déployer un bouclier protecteur, constitué par des mentions informatives obligatoires ¹²¹². Théoriquement, le contrat relationnel ne déroge pas à ce principe. Il admet même que le silence produise effet, dès lors que celui-ci s'accompagne de pratiques révélatrices de la volonté des parties ¹²¹³. Pour autant, certains contrats qualifiés de relationnels, tel le contrat de travail à durée déterminée, sont

¹²¹¹ E. BROUSSEAU, La sanction adéquate en matière contractuelle : Une analyse économique, *LPA*, 19 mai 2005, n° 99, p. 43.

¹²¹² V., p. ex. les conditions de formation du contrat de crédit à la consommation prévues par les articles L. 311-18 et s. C. consom.

¹²¹³ Cass. com., 18 janvier 2011, n° 09-69831, Bull. IV, n° 3. Dans le cadre de relations contractuelles liant des médecins à une clinique et pour permettre la continuation de son activité, ceux-ci avaient pris l'engagement personnel d'un apport en compte courant en capital. Jugé que, si le silence ne vaut pas à lui seul acceptation, il n'en est pas de même « *lorsque les circonstances permettent de donner à ce silence la signification d'une acceptation* ».

soumis à de strictes exigences de forme ¹²¹⁴. L'introduction du contrat dans le champ de la protection des majeurs crée de nouvelles situations inégalitaires. Les fonctions sociales du contrat ont pour conséquence une approche solidariste et légitime des règles interventionnistes ¹²¹⁵. Les contrats de protection doivent être distingués des contrats classiques pour au moins deux raisons. La première est que le droit des personnes est un domaine dans lequel règne traditionnellement l'ordre public et la seconde est que l'inégalité est l'une des caractéristiques de ces contrats. Leur régime pose des exigences formelles qui ont pour but de faire coïncider la volonté exprimée et la volonté réelle. Ainsi, un contrat de protection doit procéder des attentes véritables des parties et, surtout, des besoins de la partie vulnérable au bénéfice duquel il est conclu. Le formalisme est appelé à remplir une fonction protectrice nécessaire (A) qui peut en pratique se révéler illusoire (B).

A. Une protection nécessaire

330. Soutien du consensualisme. — Le consentement est fondamental. En principe, il est même suffisant. Le principe reste celui du consensualisme. Le formalisme n'élude pas le consentement, il s'y ajoute. Sans consentement, il n'est pas de contrat valable, même si la forme a été respectée. En 2010, la Cour de cassation a jugé que « *l'autorisation donnée par le juge des tutelles de vendre la résidence d'un majeur protégé ne fait pas obstacle à l'action en annulation, pour insanité d'esprit, de l'acte passé par celui-ci* » ¹²¹⁶. Dans cette affaire, une personne placée sous le régime de la curatelle était hospitalisée dans le secteur psychiatrique d'un centre hospitalier. Sur la demande du curateur, et conformément aux règles relatives à la disposition des droits sur l'habitation, l'acte devait être autorisé par le juge des tutelles ¹²¹⁷. Le régime de la curatelle supposant la participation du majeur à l'acte, celui-ci devait nécessairement consentir. La formalité habilitante venait seulement s'ajouter à ce consentement, sans pouvoir se substituer à lui ni pouvoir faire échec à une action en nullité, que ce fût sur le fondement de l'absence de consentement ou sur celui de l'insanité d'esprit. C'est l'application des règles fondamentales du contrat posées par le Code civil : le consentement doit exister et être exempt de vice. Cet arrêt illustre le fondement du formalisme, qui est ici d'assurer la

¹²¹⁴ Art. L. 1242-12 C. trav. : « *Le contrat de travail à durée déterminée est établi par écrit et comporte la définition précise de son motif. À défaut, il est réputé conclu pour une durée indéterminée* ».

¹²¹⁵ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011 (Thémis), p. 442.

¹²¹⁶ Cass. 1^{re} civ., 20 octobre 2010, n° 09-13635, Bull. civ. I, n° 209 ; *D.*, 2011. 50, note G. RAOUL-CORMEIL ; *D.*, 2011. 2501 ; *RTD civ.*, 2011. 103 ; *AJ Famille*, 2010. 496 ; *RDC*, 2011/2. 407, note E. SAVAUX.

¹²¹⁷ Selon l'application du texte alors en vigueur (anc. art. 490-2 C. civ.), dont la solution a été reprise dans son ensemble, avec une extension et des précisions, par l'actuel article 426 du Code civil.

protection du consentement de la partie vulnérable, de garantir que les conditions auxquelles elle contracte respectent ses intérêts. La Cour révèle ici que « *l'idée simple du formalisme, c'est le consensualisme* »¹²¹⁸. Les projets de réforme du droit des contrats ne remettent pas en cause le principe¹²¹⁹. Par exception, une forme spécifique est requise. Il y a place pour une coexistence du consensualisme et du formalisme, afin de rendre le contrat utile aux forts comme aux faibles¹²²⁰. Pour faire un contrat valable, il faut avoir exprimé un consentement libre et éclairé. Une information complète et adaptée est l'un des moyens d'assurer la qualité du consentement de la personne vulnérable. Ainsi, le recours au contrat est rendu possible par le soutien apporté à l'expression d'un consentement valable. Si le contractant est vulnérable, il peut consentir valablement et sans risque, à condition que des mesures destinées à soutenir son consentement soient mises en place. Le formalisme est présent sous ses divers aspects en matière de protection des majeurs. De l'exigence de l'acte authentique à celle de mentions obligatoires, le formalisme des contrats de protection est tantôt direct, tantôt atténué, car informatif. Tout en témoignant d'une évolution de la société et du contrat, il est source de quelques interrogations et créations juridiques.

331. Exigence d'un acte authentique. — La validité des contrats de protection n'est soumise à la solennité que dans deux cas. Le premier vise le mandat de protection future pour autrui¹²²¹ et le second la fiducie portant sur des biens objets de droits partagés, quelle que soit leur nature¹²²². Dans le cas du mandat, cette sécurité est pleinement justifiée s'agissant d'organiser la représentation d'un tiers. Dans le cas de la fiducie, le souci de protection du tiers est en filigrane. Il peut être considéré qu'un époux commun en biens ou un indivisaire peut avoir une ascendance sur le co-titulaire des droits transférés dans la fiducie. Le rapport

¹²¹⁸ P. MALAURIE, Regards sur le formalisme en droit privé, Defrénois, 2005, art. 38129, p. 481.

¹²¹⁹ Avant-projet CATALA, de réforme du droit des obligations (C. civ., art. 1101 à 1386) et du droit de la prescription (C. civ., art. 2234 à 2281), 22 septembre 2005. Art. 1127 : « *En principe, les conventions sont parfaites par le seul consentement des parties, sous quelque forme qu'il soit exprimé* ». Ministère de la Justice. Projet de réforme du droit des contrats. Juillet 2008. Art. 45 : « *Les contrats sont parfaits par le seul échange des consentements quelle qu'en soit la forme* ». Selon le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats de février 2015, « *le contrat est parfait par le seul échange des consentements des parties* ».

¹²²⁰ Ph. MALAURIE, *op. cit.*

¹²²¹ Selon l'art. 477 C. civ., le mandat de protection future par des parents pour leur enfant « *ne peut être conclu que par acte notarié* ».

¹²²² Art. 2012 C. civ., al. 2 : « *Si les biens, droits ou sûretés transférés dans le patrimoine fiduciaire dépendent de la communauté existant entre les époux ou d'une indivision, le contrat de fiducie est établi par acte notarié à peine de nullité* ». Pour la communauté entre époux, la règle de cogestion est déjà prévue depuis la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008. Elle figure à l'article 1424 C. civ.

remis au président de la République sur l'ordonnance réformant la fiducie ¹²²³ expose que cet acte « peut avoir de lourdes conséquences pour le patrimoine des époux mariés sous un régime de communauté, en cas de dissolution de celle-ci avant le terme du contrat de fiducie (...) ou dans des circonstances assimilables, pour les personnes propriétaires d'un bien indivis » et que « l'intervention d'un notaire est dans cette hypothèse indispensable à l'établissement du contrat de fiducie », afin « de veiller à ce que les constituants bénéficient des informations nécessaires quant aux conséquences d'un tel contrat ». Le rapport dit expressément qu'il s'agit là d'une mesure de protection. Cependant, il n'y a pas *a priori* plus de risques à s'engager à plusieurs qu'à s'engager seul. La cogestion prévue pour les biens communs et la nécessité du consentement de tous les indivisaires pour les actes autres que ceux relevant de la gestion normale ¹²²⁴ paraît une première garantie. C'est donc une sécurité supplémentaire qui est imposée par l'exigence d'authenticité. La doctrine doute de la pertinence de cette condition de validité ¹²²⁵. Il eût été plus cohérent de ne pas l'exiger du tout ¹²²⁶ ou de l'exiger chaque fois que le constituant est une personne physique, que les droits sur les biens soient communs ou pas, mais de l'écarter pour les personnes morales ¹²²⁷.

332. Acte sous seing privé contresigné par un avocat. — Une forme solennelle avait d'abord été envisagée pour la conclusion du mandat de protection future. Même si cette solution recueillait l'approbation de la doctrine ¹²²⁸, le formalisme a été retenu, mais pas la solennité. La loi réformant la protection des majeurs a prévu des règles formalistes pour la conclusion du mandat de protection future, au nombre desquelles figure le contreseing de l'avocat ¹²²⁹. Cette disposition a suscité des débats au Parlement. L'acte contresigné par un avocat apparaît plus protecteur que l'acte sous seing privé mais il reste en deçà de l'acte notarié dans ses effets, puisqu'il ne peut conférer autant de pouvoirs au mandataire et ne donne pas non plus

¹²²³ Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie. Journal Officiel 31 janvier 2009.

¹²²⁴ Art. 815-3 C. civ.

¹²²⁵ F. VAUVILLE, Le transfert de biens communs ou indivis dans un patrimoine fiduciaire doit être établi par acte authentique, *RJPF*, 2009/4. 22.

¹²²⁶ Dans la mesure où elle peut être jugée superfétatoire, sa justification véritable suscite des interrogations. V. G. PILLET, Le gouvernement parachève la réforme de la fiducie par voie d'ordonnance, *EDCO* 1er mars 2009, n° 3, p. 3 : « Cette précaution intrigue. En effet, en droit patrimonial de la famille, les actes graves sont traditionnellement encadrés par l'exigence du consentement de tous les intéressés et non par l'exigence d'un acte authentique. S'agissant par exemple du régime de la communauté, des actes de dispositions plus graves que la fiducie car irréversibles sont simplement soumis à la cogestion, c'est-à-dire à l'accord des deux époux (...). Au fond, il s'agit essentiellement d'éviter que les avocats soient les seuls à profiter du développement de la fiducie ».

¹²²⁷ M. GRIMALDI, R. DAMMANN, *La fiducie sur ordonnances*, D., 2009, 670.

¹²²⁸ J. -M. PLAZY, Le mandat de protection future, *JCP N*, 2004, 1275.

¹²²⁹ Art. 492 C. civ.

date certaine à l'acte. Ce qui a emporté la conviction du législateur, c'est la confiance accordée à une profession encadrée, soumise à des règles strictes. Forts de cette avancée, les avocats ont milité pour l'instauration d'un acte d'avocat dont la sécurité serait supérieure à celle des actes sous seing privé.

La loi du 28 mars 2011 ¹²³⁰ a effectivement fait entrer dans le droit français cet acte nouveau, inséré dans la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques. Elle comprend désormais un chapitre consacré au contreseing de l'avocat. Selon une réponse ministérielle ¹²³¹, l'objectif de l'acte contresigné était clairement « *d'encourager le recours plus fréquent à des professionnels du droit tenus d'informer les parties à un acte sur les conséquences de leur engagement* ». La signature de l'avocat vaut attestation de sa part sur l'information délivrée aux parties sur les conséquences juridiques de l'acte qu'elles passent ¹²³². Si les parties à un contrat de protection font appel à un seul avocat, il a, à l'égard de chacune, un devoir de conseil ¹²³³. L'obligation mise à la charge de l'avocat doit le conduire à apprécier l'ensemble des circonstances et des raisons pour lesquelles l'acte est passé, ainsi qu'à orienter la décision des parties dans le sens approprié à leur cas ¹²³⁴. Par conséquent, cette forme dispense des mentions obligatoires, y compris manuscrites ¹²³⁵, imposées par les dispositions en vigueur. Ce conseil est particulièrement intéressant en matière de protection des majeurs parce qu'il permet de s'en remettre à un professionnel véritablement indépendant, ce que ne sont pas tous les autres professionnels, spécialement dans le champ de la gestion patrimoniale. La force probatoire de cette signature paraît supérieure à celle d'un acte sous seing privé. L'acte d'avocat fait foi de l'écriture et de la

¹²³⁰ Loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées.

¹²³¹ Publiée au JO AN, du 20 octobre 2009n, p. 9849.

¹²³² Art. 66-3-1 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971.

¹²³³ L'acte d'avocat s'inscrit dans le fil d'une jurisprudence bien ancrée, selon laquelle « *les avocats rédacteurs d'actes sont, afin d'assurer l'efficacité des conventions, tenus à l'égard de toutes les parties d'un devoir de conseil dont la mesure et la portée dépendent des circonstances* » (Cass. 1^{re} civ., 24 mars 1987, n° 85-11. 576. Bull. I n° 104, p. 77). Cette solution a été largement confirmée, not. par Cass. 1^{re} civ., 27 novembre 2008, n° 07-18. 142. Bull. civ., I, n° 267. La solution est surtout conforme au Décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat selon lequel « *l'avocat seul rédacteur d'un acte veille à l'équilibre des intérêts des parties. Lorsqu'il a été saisi par une seule des parties, il informe l'autre partie de la possibilité qu'elle a d'être conseillée et de se faire assister par un autre avocat* ».

¹²³⁴ Cette obligation est jugée très lourde. V. not. J. HAUSER, Les limites d'ordre public, *AJ Famille*, 2011, 292.

¹²³⁵ Art. 66-3-3, loi de 1971, modifiée par la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011. Cette même loi de 2011 a (sauf disposition expresse dérogatoire au nouvel article 13171 du Code civil), édicté la même règle relativement aux actes reçus en la forme authentique par les notaires.

signature ¹²³⁶. En effet, pour être contesté, un tel acte doit faire l'objet d'une procédure de faux ¹²³⁷. Cependant, des auteurs font justement remarquer que, faute de procédure spécifique à l'acte d'avocat, la procédure qui reste ouverte est celle relative à tout acte sous seing privé ¹²³⁸. L'acte d'avocat n'a, pas davantage que son précurseur de la loi du 5 mars 2007, la force exécutoire reconnue à l'acte authentique, puisque les avocats, tout en se trouvant investis indirectement et partiellement d'une mission de protection des personnes revenant à l'État, n'ont cependant pas reçu de délégation de puissance publique.

La doctrine appelait de ses vœux l'acte d'avocat et s'interrogeait avant son admission sur l'effet que cette dernière pourrait avoir sur le mandat de protection future ¹²³⁹. Ce qui se dessine nettement, en tout cas, c'est la présence à divers titres de l'avocat dans les contrats intéressant la protection des majeurs. Il intervient par son contreseing dans l'élaboration des mandats de protection, il peut développer une activité de fiduciaire ¹²⁴⁰ et il peut endosser lui-même la charge de protecteur. Les avocats réfléchissent activement et collectivement à une réforme de la réforme qui leur permettrait d'être désignés par le juge des tutelles au même titre que les mandataires judiciaires. En qualité d'avocat-protecteur, ils sollicitent la dispense du Certificat national de compétence de mandataire judiciaire à la protection des majeurs, mention « mesure judiciaire à la protection des majeurs » (CNC mention MJPM) et de l'agrément de l'État. Leurs travaux prévoient également que, en cas de création d'un ordre des mandataires judiciaires à la protection des majeurs ¹²⁴¹, ils puissent être exclus de son champ d'application. Des avocats sont titulaires du Certificat national de compétence et certains ont même obtenu leur agrément. Un témoignage fait néanmoins part de la difficulté pour l'avocat candidat aux fonctions de mandataire à la protection de trouver un stage. Cette

¹²³⁶ Mais non du contenu, ce qui reste le propre de l'acte notarié, pour les faits qui se sont passés en sa présence (Cass. com., 20 octobre 1958. *D.*, 1958, 748.)

¹²³⁷ Art. 66-3-2, loi de 1971.

¹²³⁸ C. JAMIN, L'acte d'avocat, *D.*, 2011. 960. C'était la solution envisagée initialement. Réponse ministérielle publiée au JO AN, du 20 octobre 2009, p. 9849 : « *En particulier, la procédure de remise en cause par la voie de l'inscription de faux, réservée aux actes authentiques, demeure attachée à la qualité d'officier public* ».

¹²³⁹ C. JAMIN, Mandat de protection future et contreseing de l'avocat : une préfiguration de l'acte sous signature juridique ?, *D.*, 2007, 1004.

¹²⁴⁰ Depuis la loi n° 2008-776 du 4 août 2008.

¹²⁴¹ Comme cela est envisagé dans une proposition de loi du 18 août 2011 relative à la création d'un ordre professionnel des mandataires judiciaires à la protection des majeurs, présentée Par Mme J. GARRIAUD-MAYLAM. Cette perspective est également mise à l'ordre du jour de commissions créées par des associations, notamment l'Association Française de Formation et d'Étude des Curatelles et des Tutelles. (AFFECT). Proposition de travail sur l'éthique du MJPM. Processus d'élaboration d'une réflexion sur la pertinence d'une déontologie au sein de la pluri-unicité de la pratique des MJPM. Document de travail, mars 2013.

difficulté est analysée comme un repli des mandataires sur l'entrée des avocats dans ce secteur. Une réticence du Parquet de Paris est même évoquée comme cause de refus de l'agrément demandé par un avocat ¹²⁴². La Cour européenne des droits de l'Homme envisage la situation très différemment. L'une de ses positions récentes conduit même à imposer aux avocats d'assumer les fonctions de curateur. Dans une décision rendue en 2011 ¹²⁴³, la Cour admet en effet clairement que l'exercice de telles fonctions entre dans les activités normales de représentation des personnes devant les tribunaux et autres autorités administratives. L'avocat, qui souhaitait en l'espèce s'en voir déchargé, considérait que sa désignation équivalait à un travail forcé. Une telle jurisprudence encourage les avocats à se saisir de l'activité de protecteur.

Ils font justement remarquer que la formation initiale et l'expérience des mandataires actuels ne répond pas à tous les besoins. Le constat des fédérations d'associations tutélaires est également en ce sens ¹²⁴⁴.

Il y a sans aucun doute place pour les mandataires judiciaires reconnus comme exerçant une activité sociale et les avocats exerçant en qualité d'avocat, séparément ou en coopération. Le Conseil de l'Ordre des avocats de Paris a voté en 2013 la création du statut d'avocat protecteur ¹²⁴⁵. Un deuxième vote est prévu avant transmission au Conseil national des barreaux. Le rapport soumis au vote exposait que l'avocat pouvait être investi d'une mission de protection sous diverses formes et qu'il devrait pouvoir protéger les intérêts d'une personne vulnérable dans le cadre existant des missions de justice définies par la loi du 31 décembre 1971 ¹²⁴⁶. Ayant la qualité d'auxiliaire de justice, il n'aurait pas à se soumettre au statut établi pour les mandataires judiciaires et serait contrôlé par son Ordre. Afin de permettre la désignation de l'avocat, il faudrait modifier l'article 450 du Code civil en ajoutant, après « *lorsqu'aucun membre de la famille ou aucun proche ne peut assumer la curatelle ou la tutelle, le juge désigne un mandataire judiciaire à la protection des majeurs* », la proposition « *ou un avocat* »

¹²⁴² Il faut cependant préciser que la liste des mandataires est de la compétence du représentant de l'État dans le département (Art. L. 471-2 CASF). Selon l'article D. 471-1 du Code de l'action sociale et des familles, l'ouverture d'un service, l'agrément d'une personne et la prise d'effet de la désignation d'un mandataire valent inscription sur la liste dressée et tenue à jour par le représentant de l'État dans le département.

¹²⁴³ CEDH, 18 octobre 2011, Graziani-Weiss c. / Autriche - 31950/06.

¹²⁴⁴ CNAPE, FNAT, UNAF, UNAPEI. Le livre blanc sur la protection juridique des majeurs. Septembre 2012.

¹²⁴⁵ Rapport de Me M. -H. ISERN-REAL et de Me L. POTTIER sur « *la création d'une nouvelle activité d'avocat : l'avocat protecteur* ». Bulletin n° 24 du Barreau de Paris, 12 juillet 2013, p. 4.

¹²⁴⁶ Art. 6, RIN.

et l'article L. 472-1 du Code de l'action sociale et des familles, en ajoutant que « *sont dispensés d'agrément les avocats* ».

Les personnes protégées trouveraient certainement avantage à un foisonnement de compétences qui ne pourrait qu'enrichir les uns au contact des autres. Le contreseing de l'avocat n'était peut-être qu'un premier pas dans ce parcours protecteur ¹²⁴⁷.

333. L'admission du modèle réglementaire. — L'utilisation du contrat-type est bien connue du droit des affaires et spécialement du droit de la consommation ¹²⁴⁸. Elle a également cours dans le domaine de l'action sociale ¹²⁴⁹. Elle a principalement pour but de favoriser la rapidité des échanges tout en ne sacrifiant pas la sécurité des contractants. En droit de la protection des majeurs, le mandat de protection future sous seing privé doit, s'il n'est pas contresigné par un avocat, être rédigé selon un modèle préétabli ¹²⁵⁰. Jusqu'à la réforme de 2007, le recours au modèle de contrat n'était pas pratiqué en droit civil. Le modèle est défini par décret en Conseil d'État. Ici, la forme influe directement sur le contenu du contrat et conduit à une définition administrative de celui-ci. L'intervention du pouvoir réglementaire fait aussi du contrat-type une norme, soumise en tant que telle au contrôle de légalité ¹²⁵¹.

La nature réglementaire du contrat-type conduit à s'interroger sur l'incidence de sa modification en cours d'exécution du contrat. Le mandat de protection future pouvait être conclu dès 2007, sur la base du formulaire issu du décret n° 2007-1702. Ce formulaire a été

¹²⁴⁷ Sur ces questions, v. les travaux de la Sous-commission Protection des personnes vulnérables de l'Ordre des avocats de Paris. L'avocat protecteur, Lexbase hebdo n° 143, 6 février 2013, éd. Professions, N5669BT7.

¹²⁴⁸ Depuis le début de ce siècle, en matière de transport routier, pas moins de neuf contrats-types ont été élaborés par le Gouvernement en concertation avec les organisations professionnelles (p. ex. sur les véhicules citernes, le transport des marchandises périssables, des animaux vivants, ou le transport de fonds). En droit de la consommation, des modèles existent pour l'offre préalable d'ouverture de crédit sous forme de découvert en compte de dépôt, l'offre préalable de crédit accessoire à une vente ou l'offre préalable de prêt personnel (V. Annexe à l'article R. 311-6 C. consom.).

¹²⁴⁹ L'art. D. 442-3 CASF prévoit que « *le contrat passé entre la personne accueillie à titre onéreux au domicile d'un particulier et l'accueillant familial est conforme au modèle de contrat type mentionné à l'article L. 442-1 du présent code et publié à l'annexe 3-8-1* ».

¹²⁵⁰ Art. 492 C. civ.

¹²⁵¹ G. CHANTEPIE, De la nature contractuelle des contrats-types, *RDC*, 2009/3. 1233. L'auteur cite une décision du Conseil d'État rendue au sujet des contrats-types des médecins du travail. Jugé qu'ils « *constituent des actes réglementaires pouvant être l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant la juridiction administrative* ». (CE, 13 mai 1987, *D.*, 1989, p. 65, obs. D. CHELLE et X. PRETOT, *Dr. soc.*, 1987, p. 749, concl. J. DE CLAUDE). Il cite des affaires plus récentes ayant donné l'occasion au Conseil d'État de confirmer la compétence de la juridiction administrative pour contrôler contrats-types, aussi bien en matière de transport que d'assurance.

remplacé par un autre en 2009 ¹²⁵². Soit le contrat-type régit le mandat de protection future, et dans ce cas sa modification se répercute sur le mandat en cours d'exécution, soit le contrat-type en vigueur lors de la conclusion du mandat est intégré dans celui-ci et cette incorporation fige les règles applicables à la relation contractuelle. Dans une matière aussi sensible que la protection vulnérable, la première solution doit l'emporter. Cela montre que, par la forme, le contenu du contrat est dirigé par la puissance publique et peut se trouver modifié par elle en cours d'exécution. Dans un but protecteur, une unification du traitement des personnes protégées paraît légitime. Le mandat de protection future paraît devoir échapper à la seule volonté individuelle ¹²⁵³. La doctrine n'exclut pas que l'instauration de ce modèle laisse néanmoins une marge de manœuvre aux parties, l'analysant plutôt comme « *un modèle à vertu pédagogique* » ¹²⁵⁴. Au moyen du modèle, des mentions sont rendues obligatoires. Le législateur a voulu s'assurer que ces mentions soient effectivement prises en compte par les contractants. Pour venir au soutien de ce souhait, il a prévu la rédaction d'une notice. Cette bonne intention n'en laisse pas moins les contractants seuls aux prises avec un texte dont ils ne maîtrisent pas complètement le sens ni les enjeux.

334. Les informations obligatoires. — L'information est envisagée comme un droit de la partie vulnérable, protégée ou à protéger. Ce droit de savoir « *tend à compenser le déséquilibre des connaissances entre contractants* » ¹²⁵⁵. Dans le mandat de protection future, sa clarté, sa loyauté et son adaptation sont confiées à un professionnel ou assurées par le support du formulaire obligatoire et de sa notice.

Dans la fiducie, le notaire intervient dans certains cas ci-dessus énumérés. Hors ces cas, le Code civil prévoit des mentions obligatoires. L'article 2018 précise que le contrat doit déterminer les biens, droits ou sûretés, la durée du transfert de propriété, l'identité des parties et celle du bénéficiaire ainsi que la mission et les pouvoirs du fiduciaire. Le contrat doit également indiquer les conditions de reddition des comptes ¹²⁵⁶. L'exigence de mentions obligatoires a été jugée indispensable par les parlementaires en raison des effets de la fiducie.

¹²⁵² Par le Décret n° 2009-1628.

¹²⁵³ A.-M. LEROYER, Mandat de protection future, Acte sous seing privé, *RTD civ.*, 2008, 167.

¹²⁵⁴ *Idem.*

¹²⁵⁵ COUR DE CASSATION, Rapport annuel. Le droit de savoir, Paris, Documentation française, 2010, p. 107.

¹²⁵⁶ Art. 2022, C. civ.

La détermination claire des obligations de chaque partie au contrat permet de faciliter le contrôle sur la pratique de ce contrat ¹²⁵⁷.

Les contrats d'accompagnement prévoient « *des actions en faveur de l'insertion sociale et tendant à rétablir les conditions d'une gestion autonome des prestations sociales* » ¹²⁵⁸. La loi n'est pas plus précise. La rédaction du document individuel de protection est soumise à des exigences bien supérieures. En effet, l'article D. 471-8 du Code de l'action sociale et des familles impose le noyau dur des mentions à inclure, en énonçant qu'il doit « *notamment* » comporter « *un rappel de la nature et des objectifs généraux de la mesure de protection* », « *une information personnalisée sur les objectifs personnels de la mesure de protection* », « *une description des modalités concrètes d'accueil de la personne protégée par le service et des conditions dans lesquelles ont lieu les échanges entre le service et la personne protégée* », « *une présentation des conditions de participation de la personne au financement de sa mesure de protection et une indication sur le montant prévisionnel des prélèvements opérés, à ce titre, sur ses ressources* ». Tant pour la mesure d'accompagnement social que pour le document individuel de protection, l'ensemble des mentions est repris dans des modèles élaborés par les professionnels. Ici, le modèle s'inscrit de fait dans des contrats d'adhésion.

Un phénomène de standardisation et de normalisation se développe, du fait de la diffusion des formulaires établis par les notaires, de la préparation de modèles par les conseils généraux et les services tutélaires, mais aussi du fait de l'admission en droit civil du modèle réglementaire. Les premiers ont pour support le contrat conclu par les parties et peuvent traduire des usages, tandis que le modèle réglementaire a une force normative propre dans la mesure où il est amené à régir l'ensemble des mandats de protection conclus sous seing privé sans le contreseing de l'avocat. Il n'est pas certain que la finalité protectrice soit effectivement atteinte dans tous les cas.

B. Une protection illusoire

335. Indétermination de la sanction. — Les actes passés dans le domaine de l'intervention sociale ne déterminent pas de sanction du non-respect des règles relatives aux mentions obligatoires.

Le contrat d'accompagnement qui ne comprendrait pas d'action pour l'insertion ou le retour à une autonomie de gestion serait manifestement nul faute d'objet.

Le document individuel ne serait pas nul mais la responsabilité du service pourrait se trouver engagée pour manquement à une obligation d'information. C'est parce que la

¹²⁵⁷ Proposition de loi instituant la fiducie. Rapport n° 11 (2006-2007) de M. Henri DE RICHEMONT fait au nom de la commission des lois, déposé le 11 octobre 2006.

¹²⁵⁸ Art. L. 271-2, CASF.

participation et l'adhésion du majeur protégé à l'élaboration de ce document doivent être recherchées que cette information s'impose. Dans l'hypothèse où la nature contractuelle du document individuel de protection serait retenue, l'obligation qui serait mise à la charge du service serait, comme la responsabilité qui l'accompagne, de nature contractuelle. À défaut, l'obligation, sans disparaître, serait de nature légale. Le fondement légal de l'obligation permettrait de sanctionner le manquement.

La sanction des conditions de forme de la fiducie est la nullité de plein droit ¹²⁵⁹.

S'agissant du mandat de protection future, celui consenti pour autrui hors la forme notariée doit être considéré comme nul, l'article 477 du Code énonçant qu'il ne peut être conclu que sous cette forme.

La nullité n'est pas expressément prévue concernant l'acte sous seing privé établi pour soi sans respecter les formalités prévues, bien qu'elle se justifie eu égard à la finalité protectrice de l'obligation d'information. Il n'est pas précisé si la sanction est celle de la nullité relative, propre à l'ordre public de protection, ou celle de la nullité absolue. Cette question a pourtant une incidence directe sur l'effectivité de la protection. L'ordre public de protection qui est en jeu incite à pencher en faveur d'une nullité relative mais ce choix ne permet pas d'atteindre le but poursuivi par la loi. En effet, il implique que la personne vulnérable agisse elle-même alors qu'elle n'est précisément plus en état d'apprécier sa situation. L'ordre public social impose la nullité absolue ¹²⁶⁰, ce qui ouvre l'action à d'autres personnes que le majeur protégé, dès lors qu'elles justifient d'un intérêt pour agir. Selon l'article 1258-2 du Code de procédure civile, le greffier vérifie la capacité des contractants, l'inscription sur la liste des mandataires en cas de désignation d'une personne morale, la détermination des modalités du contrôle de l'activité du mandataire et l'existence du contreseing de l'avocat ou du curateur lorsque celui-ci est requis. Ce faisant, il vérifie que les conditions du mandat de protection future sont réunies. Il devrait donc refuser la mise en œuvre d'un mandat de protection future non conforme aux exigences légales.

- 336. Insuffisances de la protection formelle.** — Concernant le mandat de protection future, la doctrine se prononce en faveur d'une clarification de la sanction des conditions de formation et tend vers la reconnaissance d'une nullité absolue qui permettrait à tout intéressé d'agir

¹²⁵⁹ Art. 2018, C. civ. V. F. BARRIERE, Fiducie, *Rép. Civ. Dalloz*.

¹²⁶⁰ V. En ce sens A.-M. LEROYER, Mandat de protection future, Acte sous seing privé, *RTD civ.*, 2008. 167.

devant le juge des tutelles ¹²⁶¹. Cette solution paraît d'autant plus souhaitable que, dans le cas du mandat conclu selon le modèle réglementaire, la notice d'information ne peut suffire à garantir un consentement éclairé ¹²⁶². Il se peut que les formes requises aient été respectées sans que, pour autant, l'intégrité du consentement ne soit assurée. Il y a encore place pour l'admission d'un vice du consentement, dont la preuve doit être rapportée. Le respect de l'obligation d'information écarte le droit spécial, inopérant, pour remettre le droit commun au premier plan des sanctions.

Finalement, le formalisme croissant est peut-être un formalisme de façade. Il se juxtapose au droit commun jusqu'à se confondre avec lui. Sur le plan des sanctions, c'est encore le droit commun qui gouverne. Le formalisme est surtout utile pour faire la preuve d'un vice du consentement. Il facilite cette preuve ou fait présumer le vice. Le droit commun conserve donc une belle place. L'autonomie de la volonté n'est pas compromise, elle est soutenue par l'exigence d'un consentement éclairé. En cas d'échec, le droit commun demeure efficace.

L'information permet de déterminer avec précision les droits et devoirs des parties. L'abus de faiblesse ou la violence économique peuvent se traduire par un contenu contractuel déséquilibré ou dangereux. En protection des majeurs, ce contenu est largement dirigé.

§2. LA DIRECTION DU CONTENU CONTRACTUEL

337. Environnement contractuel relationnel. — Les contrats de protection présentent un intérêt particulier dont le respect doit être assuré. Les mandats, la fiducie aux fins de protection, les mesures d'accompagnement et le document individuel de protection des majeurs sont autant d'espèces qui, sous leur diversité, démontrent ensemble l'utilité commune, tant objectivement que socialement, des contrats de protection.

Entendu comme un contrat relationnel, le contrat de protection n'est pas conçu comme un échange par les contractants. Dans la vision que les parties ont du contrat, la contrepartie n'est pas envisagée en tant que telle. Ce n'est pas un bénéfice économique qui est recherché prioritairement. Dans la relation instaurée au moyen du contrat, le contractant recherche un développement personnel plutôt qu'une contrepartie matérielle. Les relations qui s'instaurent

¹²⁶¹ A. -M. LEROYER. Mandat de protection future. Acte sous seing privé. *RTD civ.*, 2008, 167. L'auteur propose une retouche de l'article 492 du Code civil afin de tenir compte de l'impératif de protection qui préside à ces contrats.

¹²⁶² D. FENOUILLET. Le mandat de protection future ou la double illusion. *Defrénois* 2009, article 38882, p. 142 « *La notice n'est pas théoriquement très éclairante pour un non-juriste ; elle ne permet pas, en outre, d'informer suffisamment le mandant pour lui permettre de choisir la formule adéquate au regard de sa situation particulière. En outre, la copie du formulaire ne garantit en rien la liberté de la volonté. Bref, ni le caractère éclairé, ni le caractère libre du consentement ne sont garantis par cette forme là* ».

sont en lien avec la notion de relations dites primaires de l'individu, qui sont ses relations interpersonnelles, développées avec ses parents, voisins, amis et relations sociales ou professionnelles ¹²⁶³. L'insertion dans ces relations conditionne l'insertion dans la société. Lorsque les inaptitudes d'un individu compromettent sa place, ses conditions d'existence, son équilibre, son rôle dans la société, le contrat peut contribuer à restaurer ou compenser ce qui a disparu. Il vient alors formaliser une relation née « *en contexte d'intimité* » ¹²⁶⁴ ou instaurer une aide proposée par les dispositifs d'intervention sociale. La première peut se passer du contrat, bien que le recours à cet outil soit précisément encouragé, et la seconde puise aujourd'hui sa force et sa légitimité dans le contrat. Le contrat est une réponse à la vulnérabilité, voire à la désaffiliation ¹²⁶⁵. L'offre de contrat permet de proposer un lien de remplacement là où ceux qui existaient se sont distendus. La dimension sociale qui en découle explique les points de rapprochement de ces actes avec la théorie du contrat relationnel que sont l'absence de transférabilité du contrat, la volonté de maintenir la relation, la nécessité de coopération et l'élaboration progressive, évolutive, du contenu du contrat.

La liberté contractuelle permet d'individualiser les prestations mais l'impératif de protection et la présence d'une partie vulnérable peuvent légitimer une forme de standardisation. La loi contraint ou empêche, dans le but de diriger le contenu contractuel. Dans le contrat classique, la liberté prévaut par principe et le juge n'a pas le pouvoir de déterminer ses composantes. Un contrat de protection, contrat relationnel, permet de s'accorder sur le principe et sur les éléments que les parties considèrent comme essentiels. L'inégalité et la dépendance que le contrat installe dans la durée justifient l'interventionnisme correcteur assuré par la loi (A) et par le juge (B).

A. L'intervention de la loi dans la détermination du contenu contractuel

- 338. Double dérogation au droit commun du mandat.** — De prime abord, le mandat de protection future se présente comme une solution permettant de décider de l'étendue de sa protection par la personne de son choix, en déterminant ses pouvoirs et en convenant de sa rémunération et des modalités de son contrôle. En réalité, le choix du mandataire est

¹²⁶³ Selon l'analyse sociologique présentée par A. CAILLE. Splendeurs et misères des sciences sociales : esquisses d'une mythologie, Genève, Droz, 1986, (Pratiques sociales et théories), p. 363 et s.

¹²⁶⁴ A. ROY, Le contrat en contexte d'intimité, *Revue de droit de Mc Gill*, 2002, n° 47.

¹²⁶⁵ Lorsque l'isolement social se conjugue avec l'absence de travail. R. CASTEL. De l'indigence à l'exclusion, la désaffiliation. Précarité du travail et vulnérabilité relationnelle, in J. DONZELOT (Dir.), Face à l'exclusion. Le modèle français, Paris, Esprit, 1991.

largement encadré ¹²⁶⁶, tout comme le sont ses pouvoirs. Les dispositions générales applicables qui valent pour les mesures judiciaires valent pour la mesure contractuelle. Les effets de la mesure quant à la protection de la personne sont régis par des dispositions impératives applicables à l'ensemble des mesures. Ainsi, les pouvoirs du mandataire peuvent porter sur les comptes bancaires ou le logement mais il ne peut pour autant ni ouvrir ni modifier de compte ou de livret sans autorisation du juge ¹²⁶⁷ ni disposer sans une telle autorisation des droits relatifs au logement ¹²⁶⁸. Il dispose donc du pouvoir d'effectuer des opérations sur les comptes bancaires appartenant au mandant comme dans le cadre d'une procuration classique, qui ne permet pas davantage la clôture par le mandataire. La différence véritable consiste dans la possibilité de mettre fin à la procuration. Elle est sans condition pour le mandant s'agissant de la procuration bancaire classique, tandis que des formalités sont imposées pour mettre un terme au mandat de protection future. Elles consistent à établir un rétablissement des facultés personnelles attesté par un certificat médical ¹²⁶⁹ ou à obtenir une révocation judiciaire ¹²⁷⁰. Le mandataire peut se voir chargé de représenter le mandant pour l'exercice de ses droits sur son logement mais, alors, le mandataire ne peut ni résilier un bail, ni rompre un contrat de placement familial, ni résilier un contrat de séjour, ni décider de vendre le bien, ni conclure un bail d'habitation, donnant au preneur les droits prévus par la loi tendant à améliorer les rapports locatifs ¹²⁷¹, sans autorisation préalable du juge et, dans le cas d'une entrée du mandant en établissement, sans produire un avis médical. Dans ce domaine, ses pouvoirs ne sont pas librement déterminés et sont au contraire totalement définis par les règles impératives de la protection des majeurs. Ils se résument au paiement des loyers et charges, ou à leur encaissement, aux actes concernant l'entretien et la réparation du logement, à la possibilité de conclure une convention de jouissance précaire. Ne pouvant disposer des droits relatifs au logement, le mandataire est même privé de passer des actes qui sont, en droit commun, des actes d'administration ¹²⁷² dès lors que, portant sur le logement du mandant, ils changent de nature et deviennent des actes de disposition soumis à un régime

¹²⁶⁶ *Supra*, n° 49.

¹²⁶⁷ Art. 427 C. civ.

¹²⁶⁸ Art. 426 C. civ.

¹²⁶⁹ Art. 483, 1° C. civ.

¹²⁷⁰ Art. 483, 4° C. civ.

¹²⁷¹ Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989.

¹²⁷² Décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du Code civil, Annexe 1.

spécial ¹²⁷³. Ceci exclut même que le mandataire désigné par acte authentique puisse passer seul l'acte, alors qu'il peut passer sans autorisation tout acte de disposition, sauf à titre gratuit ¹²⁷⁴. Le contrat de protection ne peut librement aménager les pouvoirs du mandataire sur le logement du mandant ¹²⁷⁵. Ceux-ci sont strictement encadrés.

Le contenu du mandat ne permet pas davantage de décider de l'étendue des pouvoirs en matière personnelle. Comme pour les comptes bancaires et le logement, ceux-ci sont régis par les dispositions prévues pour les mesures judiciaires. Le résultat est que le mandat, qui permet de confier au mandataire des pouvoirs de représentation ¹²⁷⁶, a dans ce domaine une efficacité réduite. Le mandant peut choisir d'étendre le mandat à la protection de sa personne mais, en cette matière, il ne peut pas donner directement de pouvoir de représentation. L'article 479 du Code civil dispose que les droits et obligations du mandataire sont, dans ce cas, exclusivement définis par le régime applicable aux mesures judiciaires, toute stipulation contraire étant réputée non écrite. Le mandataire peut être chargé de protéger le mandant, de faire valoir ses souhaits, de lui délivrer toutes informations, mais il n'a *a priori* aucun pouvoir. Il peut assister le mandant si son état le justifie, sur autorisation du juge. Le mandat, qui avait vocation à permettre la représentation, peut ainsi aboutir à une assistance. La représentation paraît exclue en cette matière puisque, supposant l'ouverture préalable d'une tutelle, elle met en principe fin au mandat ¹²⁷⁷. La loi promet d'abord la possibilité de se faire représenter et ne tient pas cette promesse pour les décisions relatives à la personne. Un tel résultat peut encore être atteint, à condition de convenir d'une clause spéciale prévoyant l'exercice des missions confiées au tuteur ou à la personne de confiance, conformément à l'article 479, alinéa 2, du Code civil. Néanmoins, ce texte prévoit que les missions sont cantonnées au domaine médical et au domaine social. Cela signifie qu'il ne peut y avoir de représentation pour des décisions à intervenir dans d'autres domaines, comme le lieu d'hébergement ou les aides à la personne, ce qui peut être permis dans le cadre d'une mesure judiciaire.

¹²⁷³ Les actes de disposition des droits relatifs au logement de la personne protégée, par aliénation, résiliation ou conclusion d'un bail envisagés par l'article. 426, al. 3, du Code civil sont des actes regardés comme actes de disposition quelles que soient les circonstances d'espèce. En effet, ils figurent sur la liste de l'Annexe 1 créée par le Décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du Code civil.

¹²⁷⁴ Art. 490 C. civ.

¹²⁷⁵ Entendu au sens large puisque le texte protège maintenant la résidence secondaire.

¹²⁷⁶ Art. 477 C. civ.

¹²⁷⁷ Art. 483 C. civ.

En matière patrimoniale, les pouvoirs du mandataire sont également encadrés, particulièrement dans le cas du mandat sous seing privé. Il opère comme le mandat conçu en termes généraux, qui n’embrasse que les actes d’administration ¹²⁷⁸. Dans le mandat de droit commun, le mandant peut valablement charger le mandataire de passer en son nom et pour son compte un acte de disposition. Il suffit que ce mandat soit exprès. Cela n’est pas permis dans le cadre du mandat de protection future sous seing privé. Pour qu’un tel pouvoir soit confié au mandataire, le recours au mandat notarié est requis. Par conséquent, celui-ci, bien qu’exprimé en termes généraux, permet de passer sans contrôle judiciaire préalable tous les actes de disposition, sauf ceux à titre gratuit ¹²⁷⁹. Il est donc doublement dérogé aux règles du mandat de droit commun en accordant tantôt moins de droits, tantôt davantage de droits. Ces aménagements sont justifiés par la nécessité de protéger, *a priori*, les intérêts de la partie faible.

339. Gradation de l’encadrement de la fiducie. — Le contrat de fiducie laisse davantage de place à la liberté contractuelle (bien qu’il détermine tout de même les personnes pouvant avoir la qualité de fiduciaire ¹²⁸⁰), impose des mentions obligatoires ¹²⁸¹ et certaines obligations. Les mentions visent à rendre parfaitement lisibles les pouvoirs octroyés au fiduciaire, en considération de sa mission. Les stipulations obligatoires ont pour but d’encadrer la durée du transfert et les pouvoirs, en les finalisant et en précisant leur portée. Lorsque le constituant est une personne physique, il a toujours le droit de désigner un tiers ¹²⁸² chargé de défendre ses intérêts et d’exercer ses droits. Ce droit est d’ordre public ¹²⁸³. Le fiduciaire a obligation de rendre compte de sa mission. Cette obligation est imposée, seules les modalités d’exécution restent à définir. L’hypothèse d’un placement ultérieur du constituant sous tutelle ou curatelle est envisagée. En pareil cas, le fiduciaire est

¹²⁷⁸ Art. 1988 C. civ.

¹²⁷⁹ Art. 490 C. civ.

¹²⁸⁰ Art. 2015 C. civ.

¹²⁸¹ Art. 2018 C. civ.

¹²⁸² Le mot « tiers » a été retenu par les sénateurs après qu’ils aient contesté la juridicité du mot « protecteur » employé dans le texte qui leur était soumis. Le sénateur R. Badinter a fait remarquer que le mot « protecteur » ne figurait « *ni dans la table des matières du Code civil, ni dans les dictionnaires de vocabulaire juridique* » et qu’« *il serait plus simple d’utiliser le mot « tiers » et de se référer à la mission donnée à ce tiers, qui est une mission de protection* ». Il a donc proposé le remplacement du mot « protecteur », « *qui, dans certains milieux, à une très mauvaise résonance, par le mot « tiers », qui a l’avantage à la fois de renvoyer à une notion connue dans le droit et d’être d’une neutralité absolue* ». La commission s’est rangée à cet avis, estimant qu’en effet, « *le terme imagé « protecteur » n’a en effet rien de juridique* ». Sénat, séance du 17 octobre 2006 (compte rendu intégral des débats), p. 6712.

¹²⁸³ Art. 2017 C. civ.

tenu de rendre compte de sa mission au tuteur ou au curateur chaque année ¹²⁸⁴. Un contrat de fiducie utilisé pour gérer les biens d'une personne vulnérable comprend donc un contenu obligatoire tenant déjà compte de sa coexistence éventuelle avec un régime de protection judiciaire. Dans toute fiducie, le fiduciaire se voit interdire de se rendre adjudicataire de biens ou droits composant le patrimoine fiduciaire ¹²⁸⁵. Les grandes obligations du contrat de fiducie sont ainsi prévues par la loi, dans un but protecteur, particulièrement accentué lorsque le constituant est une personne physique, plus encore si cette personne est placée sous tutelle ou curatelle. La tentative de conciliation entre liberté et protection se montre ici assez fructueuse.

340. Action sociale et relations d'adhésion. — Dans l'organisation publique de la protection, la contractualisation se traduit par la détermination d'actions tendues vers la réalisation de l'objectif de la mesure d'accompagnement ou de protection. Il n'y a pas de choix du contractant ni, en fait ou en droit, de liberté de contracter. Le contenu de l'acte est vague et périodiquement actualisé. La durée des obligations, dans le cadre général de la mesure, est significative mais limitée temporellement. La loi s'intéresse à la fin plus qu'aux moyens, déterminables et négociables. En pratique, les opérateurs (conseils généraux ou service mandataires judiciaires à la protection des majeurs) élaborent des modèles de documents qui donnent forme aux prescriptions de la loi.

Dans la mesure d'accompagnement social, l'identité des parties est totalement déterminée par la loi. Il s'agit du conseil général d'une part et d'une personne physique bénéficiaire de prestations qu'elle ne parvient pas à utiliser de façon satisfaisante d'autre part ¹²⁸⁶. Ce contrat comporte nécessairement des engagements réciproques ¹²⁸⁷ et son contenu est obligatoirement composé d'actions en faveur de l'insertion sociale et tendant à rétablir les conditions d'une gestion autonome, dont la durée est légalement comprise entre six mois et deux ans ¹²⁸⁸.

Le document individuel de protection contient des engagements liés aux objectifs personnels de la mesure de protection. Les obligations du service, au-delà du respect des obligations légales et réglementaires directement liées à la mesure de protection, sont concrètement traduites par des prestations d'aide dont les modalités sont expressément

¹²⁸⁴ Art. 2022 C. civ.

¹²⁸⁵ Art. 1596 C. civ. La règle est la même que pour les tuteurs ou les mandataires.

¹²⁸⁶ V. *supra*, n° 149.

¹²⁸⁷ Art. L. 271-1 CASF.

¹²⁸⁸ Art. L. 271-2 CASF.

définies. La personne protégée est amenée à envisager des actions à mener dans le cadre de la mesure ¹²⁸⁹, voire à respecter des obligations comportementales spécifiques, découlant de l'ensemble des normes applicables à la relation entre elle et son protecteur ¹²⁹⁰.

Les obligations comportementales évoquent l'alliance thérapeutique développée en médecine. En son temps, Freud expose déjà que la guérison passe par l'amour ¹²⁹¹. Pour lui, la collaboration entre le patient et son thérapeute est un élément indispensable du soin. Ses écrits ont montré l'efficacité du pacte analytique ¹²⁹². Cette conception du traitement a été généralisée dans les années 1960, par un médecin, Elisabeth ZETZEL, qui a permis le développement de la notion d'alliance thérapeutique ¹²⁹³. Une relation de confiance permet d'élaborer une alliance destinée à atteindre la guérison. Elle suppose collaboration et négociation entre le patient et le médecin. Le patient, se sentant écouté, compris et respecté, adhère mieux aux traitements qui lui sont présentés. Une étude a établi l'incidence de l'alliance thérapeutique sur la perception de l'utilité du traitement et le « *taux d'adhérence thérapeutique* » ¹²⁹⁴.

Ces techniques illustrent que la relation est un bon vecteur d'intégration des normes, ce qui rappelle la logique du contrat pédagogique. Elles ont inspiré des pratiques diverses, et notamment les théories du coaching, prenant appui sur le consentement, la soumission volontaire ou la contractualisation pour obtenir une normalisation des comportements.

Les dérives de ces méthodes, ou les craintes qu'elles peuvent légitimement inspirer, sont aujourd'hui dénoncées par des observateurs, psychanalystes, philosophes ou sociologues, qui y voient les prémices d'une « *traçabilité des parcours de vie* », conduisant à « *un véritable contrôle des conduites et des styles de vie* ». Ils voient là le moyen facile de « *disculper l'environnement de ses virtualités pathogènes, tout en substituant au lien social fondé sur l'esprit de solidarité une relation d'aide personnalisée qui fait du sujet un segment de population toujours plus isolé* ». L'autocontrainte, les injonctions paradoxales et la préoccupation de l'autonomie sont au cœur de leurs interrogations sur le

¹²⁸⁹ Art. R471-8 CASF.

¹²⁹⁰ S. MOULAY-LEROUX, Le contrat avec l'utilisateur : paradigme ou parasite de la relation d'aide ? *RDSS*, 2012. 5.

¹²⁹¹ S. FREUD, C. G. JUNG, Correspondance (1906-1914), Gallimard, 1975 (Connaissance de l'inconscient).

¹²⁹² S. FREUD, Abrégé de psychanalyse, Paris, PUF, 1938.

¹²⁹³ Sur cette notion, v. A. BIOY, M. BACHELART, L'alliance thérapeutique : historique, recherches et perspectives cliniques, *Perspectives Psy*, 2010/4 Vol. 49, p. 317.

¹²⁹⁴ FUERTES JN, MISLOWACK A, BENNETT J, *et al.* *The physicianpatient working alliance. Patient Educ Couns* 2007 ;66 : 29—36. Étude citée par M. BAUDRANT-BOGA, A. LEHMANN, B. ALLENET, Penser autrement l'observance médicamenteuse : d'une posture injonctive à une alliance thérapeutique entre le patient et le soignant. *Concepts et déterminants ? Annales Pharmaceutiques Françaises* (2012) 70. 15.

devenir de notre société ¹²⁹⁵. La relation d'aide contractualisée entre l'utilisateur et les services sociaux est mâtinée de ces concepts. En effet, la loi du 2 janvier 2002 a appréhendé la notion de projet individuel comme un moyen d'intervention sur les conditions de vie. La « vie » occupe une bonne partie des articles de ce texte, qui l'emploie une trentaine de fois. Le « projet », qui tend à l'amélioration de la qualité de la vie, qu'elle soit sociale, personnelle, familiale ou professionnelle, est le cœur du contrat de séjour ou de son substitut, le document individuel de prise en charge. Après la loi de 2002, celle du 11 février 2005 relative au handicap puis les deux lois du 5 mars 2007 portant, l'une sur la protection de l'enfance et l'autre sur la protection des majeurs, ont également fait référence au projet comme support principal de l'action sociale. Des auteurs déplorent la réduction de cette expression de la vie à un document ¹²⁹⁶. Cela revient à confondre l'objet et sa représentation. Le projet est devenu un « outil » permettant aux établissements et services d'ajuster leurs prestations et de justifier de leur activité.

Un projet de vie n'est pas exigé de tout un chacun. Il est demandé à des personnes handicapées, parce qu'elles sont handicapées. Il est maintenant attendu de l'ensemble des usagers de l'action sociale. Aux autres, il n'est rien demandé et, le plus souvent, un projet de vie serait flou, voire inexprimable, sinon inavouable ¹²⁹⁷. L'obsession de l'autonomie, de la responsabilisation et de l'épanouissement individuel contraignent à s'exposer, à faire le récit de sa vie, afin d'obtenir une aide qui, pour être efficace, nécessitera en plus d'être ou de paraître actif. Il faut être partie prenante. Un tel système conduit à gouverner les conduites. Michel FOUCAULT y voyait une politique comprise comme une « *conduite des conduites* », faite de contrôle social, apparaissant sous une forme incitative, positive, plus que sous l'aspect de la sanction. Le travail « sur soi » est presque devenu un impératif intériorisé et ouvre la voie à de nouveaux métiers, des intermédiaires, des « facilitateurs » ¹²⁹⁸.

¹²⁹⁵ R. GORI, p. LE COZ, *L'empire des coachs. Une nouvelle forme de contrôle social*, Albin Michel, 2006, spéc., p. 77 et s.

¹²⁹⁶ M. JAEGER, Focus. Quand le législateur découvre la notion de projet de vie, *Informations sociales*, 2009/6 n° 156, p. 142.

¹²⁹⁷ J.-L. SIMON, À propos du « projet de vie », *Reliance* 4/2006, n° 22, p. 44. : « *Ce projet de vie me paraît être une obsession de la part de nos personnels éducatifs, comme si, étant handicapé, il fallait que l'on ait un projet de vie spécifique ! Cela me dérange. Moi-même, j'ai un projet de vie : avoir un loft bien situé aux Champs-Élysées ! Si l'on me demande mon projet de vie, je ne saurai pas comment l'exprimer* ».

¹²⁹⁸ D. VRANCKEN, De la mise à l'épreuve des individus au gouvernement de soi, *Mouvements* 1/2011, n° 65, p. 11. « *des médiateurs, des évaluateurs, des conseillers, des agents d'accueil, des coachs, des case managers, des gestionnaires de projet, des accompagnateurs, enseignants, conseillers et formateurs de tous bords. La présence massive de ces métiers et de ces acteurs atteste combien les États sociaux sont devenus des États d'intervention sur soi et sur autrui, des États sociaux actifs visant à inscrire les sujets dans l'ordre des régulations publiques. Tout un ensemble de dispositifs est dorénavant mis en place au sein du corps social pour tenter de produire des individus autonomes et en principe capables de s'autogouverner* ».

En protection judiciaire des majeurs, les objectifs et actions à mener dans le cadre du projet concerté à élaborer sont actualisés à chaque date anniversaire du jugement ¹²⁹⁹. Les professionnels ont l'obligation de renseigner des rubriques réglementaires, avec la participation de l'utilisateur, dans la mesure du possible. L'espace laissé à la rédaction des objectifs est libre. Il sera comblé de ce que les professionnels sauront imaginer. Il ne faudrait cependant pas oublier que le besoin premier du majeur vulnérable est de recevoir une protection.

Les contrats ou les actes à coloration contractuelle devront parfois faire l'objet d'une interprétation judiciaire. Cette hypothèse devrait en fait se vérifier davantage à propos des contrats de l'organisation privée.

B. L'intervention du juge dans la détermination du contenu contractuel

341. Visées spécifiques de l'objet des contrats de protection. — La loi du 5 mars 2007 fonde un droit à la protection ¹³⁰⁰, dont toute personne peut bénéficier sous certaines conditions ¹³⁰¹, si elle le décide ou si un juge le décide pour elle. Un contrat de protection crée des obligations destinées à répondre à un besoin de protection. En ce sens, le contrat crée aussi une situation permettant de compenser l'inaptitude d'une personne majeure à pourvoir seule à ses intérêts. Ainsi, le mandat de protection future porte-t-il sur des actes, patrimoniaux ou extrapatrimoniaux, la fiducie aux fins de protection porte sur la gestion de droits, la mesure d'accompagnement social personnalisé offre une aide et un accompagnement et le document individuel de protection des majeurs porte sur les droits de l'utilisateur ¹³⁰². Un contrat de protection a pour objectif d'organiser la protection ou l'accompagnement d'une personne majeure. Les obligations qu'il crée visent à remédier aux difficultés causées par une inaptitude. Toute action ou omission doit être mesurée par rapport à cet objectif. Le mandat de protection future, par exemple, ne confère de pouvoir de représentation qu'en considération de la mission de protection. Le mandat de droit commun

¹²⁹⁹ Art. R. 471-8, CASF.

¹³⁰⁰ Art. 415 C. civ.

¹³⁰¹ L'altération des facultés et l'impossibilité de pourvoir à ses intérêts pour la protection organisée par le Code civil ou la perception de prestations et une difficulté à les gérer qui menace la santé ou la sécurité pour l'accompagnement prévu par le Code de l'action sociale et des familles.

¹³⁰² L'art. L. 311-3 du CASF disposant que l'utilisateur bénéficie de la « *garantie des droits et libertés individuels* » et de l'assurance d'un « *accompagnement individualisé de qualité favorisant son développement, son autonomie et son insertion, adaptés à son âge et à ses besoins, respectant son consentement éclairé qui doit systématiquement être recherché lorsque la personne est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision* ».

exige que le mandataire agisse au mieux des intérêts du mandant ¹³⁰³. Ces intérêts peuvent être diversement appréciés. Si un mandat a pour objectif de protéger, ce but doit servir de guide à l'interprétation des intérêts du mandant, qui ne sont pas abstraitement envisagés, des considérations d'ordre affectif pouvant tout à fait l'emporter sur des considérations matérielles.

Reconnaître l'existence d'un type de contrat ayant pour objet l'organisation d'une protection permet non seulement d'exiger le respect des attentes du contractant mais aussi de greffer une obligation renforcée d'information et une obligation particulière de rendre compte à un tiers. Le système donne à voir une grande variété de l'objet des obligations, tandis que l'objet du contrat est la protection, entendue comme un objectif. La détermination des obligations ne suffit pas à emporter la qualification du contrat de protection, parce que l'intention des contractants ne trouve guère sa place dans cette définition trop générale. Pourtant, elle est centrale dans la formation comme dans l'exécution des contrats de protection.

L'une des conditions légales de validité du contrat est l'existence d'un « *objet certain qui forme la matière de l'engagement* » ¹³⁰⁴. Il faut que l'objet soit déterminé ou déterminable et, dans ce dernier cas, que la détermination ne soit pas au pouvoir d'une seule partie au détriment de l'autre. Les contrats de protection ont pour objet une activité humaine : il convient de déterminer la prestation promise et de définir la qualité attendue. La loi et les pratiques professionnelles peuvent servir de guide, bien que le contrat n'ait rien spécifié, ce qui est assez compréhensible. En effet, le contrat de protection est par nature incomplet. Les obligations qu'il prévoit ou qu'il sous-tend comportent une part d'imprécision. Il importe d'examiner le rôle du juge quant à l'interprétation d'un acte juridique relatif à la protection d'une personne vulnérable. Au-delà de son domaine d'intervention traditionnel, le juge étend son action et contribue à un équilibre des forces.

342. L'interprétation, remède à l'obscurité. — L'appel au juge pour interpréter le contrat suppose un contrat valable et des stipulations ambiguës. L'obscurité, l'imprécision, le manque d'intelligibilité des termes du contrat justifient l'intervention du juge. Cette règle est elle-même imprécise mais il ne peut en être autrement. « *Aucun terme n'est clair ou obscur en lui-même ; ces deux attributs renvoient nécessairement à une relation particulière et précaire d'adéquation ou*

¹³⁰³ Sur le fondement de l'art. 1992 C. civ., v., p. ex. Cass. Civ. 3^e, 21 octobre 2009, n° 08-19. 111. Bull. III, n° 227.

¹³⁰⁴ Art. 1108 C. civ.

d'inadéquation »¹³⁰⁵. Le juge doit dire en quoi la clause n'est pas claire et précise. Avant tout, l'acte doit être situé dans son contexte. Les contrats de protection sont facilement obscurs et imprécis. Ils sont, déjà, incomplets pour deux raisons principales. La première parce que la matière qu'ils régissent résiste à l'application rigide de stipulations contractuelles et la seconde parce que la durée de leur exécution confronte inmanquablement à des changements de circonstances significatifs. Une raison annexe tient au langage, sinon aux langages, des personnes concernées, parties ou tiers au contrat. Celui des travailleurs sociaux, celui des juges, celui des avocats, celui de la personne à protéger, celui de l'administration. La rédaction peut être très soignée, spécialement en cas d'élaboration de l'acte par le notaire ou l'avocat. Elle peut aussi résulter de l'utilisation d'un modèle préétabli par l'administration ou un service gestionnaire. Elle peut encore être le fait de personnes privées ne maîtrisant pas les subtilités des termes juridiques. La compréhension d'un langage spécialisé peut dérouter une personne déjà vulnérable. La mise en œuvre des mesures d'accompagnement ou celle des objectifs du document individuel de protection se heurtent facilement aux difficultés de compréhension causées par la maladie, le handicap. Un décalage entre la lettre de l'acte et l'intention de la personne protégée n'est pas rare. Ce phénomène est favorisé par le contexte national, qui révèle l'illettrisme de 2 500 000 personnes, soit 7 % de la population adulte. Au-delà, 16 % de la population adulte rencontre encore des difficultés avec l'écrit¹³⁰⁶. Si le contrat du droit commun est consensuel, les contrats de protection sont tous écrits et accompagnent une culture de l'écrit, émergente en travail social. Cela est si nouveau et complexe que des ouvrages viennent en aide aux travailleurs sociaux eux-mêmes, parce qu'ils rencontrent des difficultés pour rédiger leurs propres textes¹³⁰⁷. Une mutation continue de s'accomplir, depuis l'entrée en vigueur de la loi de rénovation de l'action sociale en 2002, « avec notamment le passage de la culture de l'oral à la culture de l'écrit, la transformation du savoir-être en savoir-faire et l'introduction de la transparence »¹³⁰⁸. Le législateur n'est pas en reste, qui emploie un jargon parfois peu accessible ou qui recourt bien volontiers de plus en plus de notions floues, malgré l'appel réitéré du Conseil constitutionnel¹³⁰⁹. Sans qu'il soit question d'adapter le contrat,

¹³⁰⁵ Th. IVAINER, La lettre et l'esprit de la loi des parties, *JCP G*, 1981, I, 3023.

¹³⁰⁶ N. JONAS, Division Emploi, INSEE. Pour les générations les plus récentes, les difficultés des adultes diminuent à l'écrit, mais augmentent en calcul, INSEE Première, n° 1426, décembre 2012.

¹³⁰⁷ Ph. CROGNIER, Précis d'écriture en travail social. Des ateliers d'écriture pour se former aux écrits professionnels, ESF 2011 (Actions sociales).

¹³⁰⁸ J. TREMINTIN, La place des usagers : où en est-on avec l'application de la loi 2002-2 ? Lien social n° 742, 24 février 2005. [En ligne] Disponible sur <<http://www.lien-social.com>> (Consulté le 19 mars 2013).

¹³⁰⁹ Cons. const. Décision n° 99-421 du 16 décembre 1999 et Décision n° 2006-540 du 27 juillet 2006 : « l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la

son imprécision, son manque d'intelligibilité ou ses contradictions, quelle qu'en soit l'origine, rend l'interprétation utile, sinon indispensable, à son application.

- 343. *Contra proferentem.*** — Il est intéressant de noter que le Code civil prévoit, en cas de doute, d'interpréter le contrat en faveur de celui qui a contracté l'obligation ¹³¹⁰. Dans un contrat de protection, le débiteur des obligations permettant de réaliser le but du contrat sera souvent celui qui a stipulé ou qui a utilisé un modèle de contrat. Il paraît donc inefficace de le favoriser, cet arbitrage se faisant au détriment du contractant potentiellement vulnérable. L'article 1162 n'ayant pas un caractère impératif ¹³¹¹, le but recherché conduit à l'écarter. C'est la démarche aujourd'hui retenue par le droit de la consommation. Depuis 1995 ¹³¹², l'article L. 133-2 du Code de la consommation énonce que les clauses des contrats proposés par les professionnels « *s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non-professionnel* ». La Cour de cassation en a fait application en matière d'assurances ¹³¹³. Dans l'affaire soumise à la Cour de cassation, le débiteur, qui avait stipulé, était l'assureur. L'application pure et simple de la directive d'interprétation du Code civil aurait conduit à le favoriser. La possibilité pour le juge d'écarter cette règle supplétive du Code civil est devenue pour lui une obligation, par application du droit de la consommation. En effet, cet arrêt rendu en 2011 a été considéré par la doctrine comme une illustration du caractère impératif de l'article L. 133-2 du Code de la consommation ¹³¹⁴. Une telle interprétation devrait s'imposer en faveur du contractant vulnérable dans les contrats de protection. Plus largement, cette règle pourrait être étendue à l'ensemble des rapports contractuels afin de faire respecter un principe d'égalité entre contractants. Le droit de la consommation, et le droit naissant de la protection des personnes vulnérables à sa suite, peuvent servir de laboratoire à l'expérimentation de ces règles correctrices, compensatrices d'une inégalité de fait ¹³¹⁵. L'avant-projet de réforme du droit des obligations favorisait une telle généralisation, en

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui (le législateur) imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques » ; « il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi ».

¹³¹⁰ Art. 1162 C. civ.

¹³¹¹ Cass. soc., 20 février 1975, Bull. civ. V, n° 93.

¹³¹² Loi n° 95-96 du 1 février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial.

¹³¹³ Cass. civ. 2^e, 1er juin 2011, n° 09-72. 552. Bull. 2011, II, n° 126 ; Obs. H. GROUDEL. *D.*, 2012, 1980.

¹³¹⁴ V. Obs. T. RAVEL D'ESCLAPON, *D.*, 2011, 1612.

¹³¹⁵ Suggestion en est faite par C. THIBIERGE, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, *RTD civ.*, 1997. 357.

énonçant que « lorsque la loi contractuelle a été établie sous l'influence dominante d'une partie, on doit l'interpréter en faveur de l'autre »¹³¹⁶. Le projet d'ordonnance de février 2015 retient seulement que, « en cas d'ambiguïté, les clauses d'un contrat d'adhésion s'interprètent à l'encontre de la partie qui les a proposées »¹³¹⁷.

- 344. Une extension utile du domaine de l'interprétation judiciaire.** — À s'en tenir au Code civil, et par application du principe de la force obligatoire du contrat, le juge ne doit interpréter les termes du contrat que lorsque ceux-ci ne sont pas clairs¹³¹⁸. Le jeu des directives d'interprétation données par le Code répond largement, mais pas totalement, aux besoins en matière de protection juridique. Le juge quitte le terrain des termes obscurs pour intervenir en cas d'absence de volonté réelle, de manque ou d'erreur.
- 345. L'examen des clauses de style.** — Ce sont parfois les clauses de style, ou le maniement des contrats-types qui risquent de poser problème pour les raisons ci-dessus évoquées, tenant notamment au niveau de compréhension du sens et de la portée des termes du contrat. En principe, dès lors que ces stipulations sont claires et non contradictoires, elles s'imposent. Si toutefois elles ne correspondent pas à la commune intention des parties et que cela peut être établi par la matière, la cohérence ou les usages du contrat, il n'est pas exclu de les neutraliser. L'utilité peut sembler théorique en l'absence de contentieux sur l'exécution des contrats d'accompagnement ou des documents individuels de protection, mais dans ces deux cas les actes sont élaborés par les professionnels et c'est aussi le cas pour le mandat de protection future et la fiducie. Ils utilisent des modèles qu'ils aménagent, mais rien n'exclut l'insertion d'une clause non négociée passant inaperçue à première vue.
- 346. Le comblement des lacunes.** — Le contrat de protection comporte presque nécessairement, du fait de la matière, des lacunes qu'il peut revenir au juge de combler pour lui faire produire son plein effet. Un simple oubli peut être corrigé par les directives traditionnelles d'interprétation proposées par le Code civil. Le juge peut associer des obligations non prévues par les parties en tenant compte de comportements ultérieurs¹³¹⁹. Dans l'approche relationnelle du contrat, l'ensemble des comportements est créateur de

¹³¹⁶ Art. 1140-1 avant-projet de réforme du droit des obligations présenté par, p. CATALA, 2005. Cette règle d'interprétation complète la sanction des vices du consentement en soutenant la recherche d'un plus grande justice contractuelle.

¹³¹⁷ Art. 1193.

¹³¹⁸ Civ. 3^e, 14 octobre 1987, Bull. III, n° 169 : « aucune juridiction n'a le pouvoir de modifier les clauses même accessoires d'un bail commercial ».

¹³¹⁹ Art. 1156 C. civ.

normes. Surtout, le contrat peut prévoir des obligations sans préciser la manière dont elles devaient être exécutées.

Gérer les biens d'autrui suppose, en matière tutélaire, une obligation d'apporter dans la gestion « *des soins prudents, diligents et avisés, dans le seul intérêt de la personne protégée* »¹³²⁰. Ces obligations de prudence, de diligence et, pour le caractère avisé, de compétence et de prévoyance peuvent être considérées comme des clauses d'usage¹³²¹, ne faisant pas naître de nouvelles obligations essentielles, mais exprimant la qualité attendue de la prestation. Elles font partie intégrante de la mission¹³²². Il faut aussi considérer, compte tenu de l'importance accordée à l'information de la personne protégée, que le protecteur a un devoir de s'informer lui-même, d'actualiser ses connaissances. Il faut noter ici que le référentiel de formation des mandataires judiciaires à la protection des majeurs¹³²³ comporte un module relatif à la déontologie et à l'analyse des pratiques, dont le programme comprend la « *prise en compte dans son travail des diverses évolutions des textes, des organisations, des partenaires, etc.* » et, plus particulièrement « *l'identification de ses besoins d'information ou de formation, curiosité professionnelle, actualisation des connaissances* ». Ce n'est pas encore une obligation, alors que la plupart des professions appelées à prendre soin de la personne ou à représenter et défendre ses intérêts patrimoniaux sont tenues d'entretenir et d'actualiser leurs connaissances. Il n'est pas exclu, cependant, que le juge reconnaisse la responsabilité du protecteur qui ne se serait pas informé de façon satisfaisante.

La jurisprudence récente est en ce sens. À l'obligation d'informer, légale, s'ajoute sa suite nécessaire : l'obligation de s'informer¹³²⁴. À propos du contrat de fiducie, la doctrine a relevé

¹³²⁰ Art. 496 C. civ.

¹³²¹ Art. 1160 C. civ.

¹³²² Certaines professions sont soumises à de telles obligations. L'avocat, notamment, fait preuve à l'égard de son client « *de compétence, de dévouement, de diligence et de prudence* ».

¹³²³ Établi par l'arrêté du 2 janvier 2009 relatif à la formation complémentaire préparant aux certificats nationaux de compétence de mandataire judiciaire à la protection des majeurs et de délégué aux prestations familiale.

¹³²⁴ Cass. 1^{re} civ., 20 décembre 2012, n° 11-28. 202. JurisData n° 2012-030407. La Cour de cassation érige en principe que « *celui qui a accepté de donner des renseignements a lui-même l'obligation de s'informer pour informer en connaissance de cause* ». L'obligation d'entretenir et d'actualiser ses connaissances est imposée à diverses professions, à commencer par le médecin, qui doit se former en permanence et se tenir informé pour satisfaire à son obligation d'information envers les patients (Art. R. 4127-11 C. santé publ. : « *Tout médecin entretient et perfectionne ses connaissances dans le respect de son obligation de développement professionnel continu* »). Cela vaut pour le praticien hospitalier (Art. R. 6152-34 C. santé publ.), y compris exerçant à temps partiel (Art. R. 6152-226 C. santé publ.), le chirurgien-dentiste (Art. R. 4127-214 C. santé publ.), ou le masseur-kinésithérapeute (Art. R. 4321-62 C. santé publ.). Depuis la Loi n° 2004-130 du 11 février 2004 réformant le statut de certaines professions judiciaires ou juridiques, des experts judiciaires, des conseils en propriété industrielle et des experts en ventes aux enchères publiques, la formation continue est obligatoire pour

le silence de la loi sur la manière d'exécuter les prestations, tout en estimant que le constituant pouvait légitimement attendre « *un degré élevé de diligence et de loyauté* » de la part du fiduciaire, rappelant « *les fiduciaries duties du trustee anglo-américain* ». Le droit anglo-américain met à la charge du *trustee* un devoir spécifique, incluant la loyauté et l'impartialité à l'égard du constituant ¹³²⁵.

347. La correction des erreurs. — Si les termes du contrat manquent de clarté ou de précision, il est admis depuis longtemps de substituer une clause licite à une clause illicite ¹³²⁶. La Cour de cassation est allée plus loin en admettant la correction d'une clause illicite mais claire ¹³²⁷. Cette intervention est à la limite de ce que permet l'interprétation du contrat classique. Elle paraît plus acceptable pour l'interprétation du contrat de protection.

348. L'interprétation raisonnable des clauses claires. — Malgré le principe *interpretatio cessat in claris*, on peut défendre l'idée qu'une règle claire puisse être interprétée dans la mesure où il est établi qu'elle est en discordance avec la volonté réelle des contractants ou si elle ne répond pas aux besoins ou intérêts en présence. Une méthode d'interprétation politique, téléologique, trouverait alors à se justifier afin d'éviter les conséquences incongrues d'un texte mal écrit ou mal compris. Mais une telle orientation s'écarte des directives d'interprétation du Code civil qui, tout en admettant une large recherche de la volonté, dans les faits et le contexte, restent néanmoins sous l'autorité de la lettre du contrat, supposée exprimer la volonté. Toutefois, la volonté, créatrice d'un rapport contractuel dont elle est le critère, ne détient ce pouvoir que tant qu'elle s'inscrit dans le cadre posé par le législateur et tend à

l'avocat inscrit au tableau. Le Décret n° 2011-1230 du 3 octobre 2011 relatif à la formation professionnelle continue de certaines professions judiciaires ou juridiques réglementées, pris pour l'application de la loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires, étend l'obligation de formation continue aux huissiers de justice, notaires, greffiers des tribunaux de commerce, commissaires-priseurs judiciaires et avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation. L'ensemble des praticiens du droit est maintenant soumis à cette obligation. Sur cette question, v. Y. BROUSSOLLE, De la formation professionnelle continue de certaines professions judiciaires ou juridiques réglementées, *LPA*, 6 mars 2012 n° 47, p. 3.

¹³²⁵ F. BARRIERE, Fiducie, *Rép. Civ. Dalloz*.

¹³²⁶ Pour une clause d'indexation illicite : Cass. com., 7 janvier 1975, Bull. civ. IV, n° 3 ; *D.*, 1975, 516, note, Ph. MALAURIE, *JCP G*, 1975, II, 18167, note J. GHESTIN.

¹³²⁷ Cass. civ. 3e, 22 juillet 1987, n° 84-10. 548, Bull. III, n° 151, p. 88 : « *la cour d'appel, recherchant la commune intention des parties, a souverainement retenu que leur volonté a essentiellement porté sur le principe de l'indexation et que la stipulation du choix de l'indice en constituant une application, il y avait lieu de substituer à l'indice annulé un indice admis par la loi* ». La chambre commerciale a quant à elle penché pour la nullité absolue de la clause (Cass. com., 3 novembre 1988, Bull. civ. IV, n° 287 ; *D.*, 1989, 93, note, Ph. MALAURIE ; *D.*, 1989, 234, obs. J. -L. AUBERT).

réaliser les objectifs qu'il poursuit. La volonté est au service du droit objectif¹³²⁸. La solidarité, qui est à la fois une valeur et un but, conditionne ainsi le pouvoir de la volonté. Selon le courant solidariste en effet, s'il n'est pas de contrat sans volonté, il n'est pas de volonté créatrice sans conformité aux valeurs sociales. La question est de savoir si le contrat tire sa force obligatoire de la volonté ou des valeurs sociales qui doivent la diriger. En raison de leur but et de la faiblesse du créancier, il ne paraît pas souhaitable de faire dépendre les contrats de protection de la seule volonté. Il est approprié de leur associer les règles supplétives dont la mise en œuvre est raisonnable, tout comme il est indiqué d'instiller dans ces contrats des éléments d'ordre public, d'équilibrer les rapports contractuels ou le contenu du contrat pour tendre à une meilleure protection des intérêts de la partie faible, qui est le but principal des nouvelles figures contractuelles.

349. La suppression des clauses abusives. — Le droit de la consommation contient des dispositions d'ordre public qui permettent d'éliminer les clauses créant au profit du professionnel un déséquilibre significatif entre les droits et obligations. Certaines clauses sont simplement présumées abusives, d'autres le sont de façon irréfragable. Outre les règles d'interprétation des contrats prescrites par le Code civil, les circonstances, l'ensemble du contrat et le cas échéant l'ensemble contractuel dans lequel il s'insère permettent d'apprécier le caractère abusif des clauses examinées. La sanction est l'invalidation des clauses, réputées non écrites. En principe, le contrat n'est pas affecté par cette sanction.

Entre le protégé et son protecteur, les règles du droit de la consommation ne trouvent pas toujours à s'appliquer dans la mesure où le contrat n'est pas établi entre un professionnel et un consommateur. Il est cependant des cas où le droit de la consommation peut être invoqué utilement. En modifiant la place de l'utilisateur, la loi de rénovation de l'action sociale de 2002 a étendu et renforcé sa situation d'un consommateur de service, disposant du « *libre choix entre les prestations adaptées qui lui sont offertes* » et d'une « *prise en charge et un accompagnement individualisé de qualité favorisant son développement, son autonomie et son insertion, adaptés à son âge et à ses besoins, respectant son consentement éclairé* »¹³²⁹. Les établissements et services font de la prestation de services, leur logique est devenue plus gestionnaire et le droit de la consommation paraît applicable aux contrats de séjour¹³³⁰, parce que l'utilisateur répond à la

¹³²⁸ J. GHESTIN, *L'utile et le juste dans les contrats*, D., 1982, 1.

¹³²⁹ Art. L. 311-3 CASF.

¹³³⁰ En ce sens, E. ALFANDARI, *Le contrat dans le secteur social et médico-social*, *RDSS*, 2012. 595. ou A. - S. HOCQUET DE LAJARTRE, *Quelle place pour les usagers et le personnel dans la gouvernance associative ?* *RDSS*, 2008. 222. Et, pour un questionnement critique nécessaire : S. MOULAY-LEROUX, *Le contrat avec l'utilisateur : paradigme ou parasite de la relation d'aide ? À propos du contrat de séjour des établissements*

définition du consommateur ¹³³¹ et parce que les premiers contrats de séjour ont fait l'objet d'avis du Conseil national de la consommation ¹³³² et de recommandations de la Commission des clauses abusives ¹³³³. D'ailleurs, à titre d'indice supplémentaire, les infractions aux dispositions relatives aux droits des usagers, « *en ce qui concerne le contrat et le livret d'accueil [...] sont constatées et poursuivies dans les conditions fixées par les articles L. 450-1, L. 450-2, L. 450-3, L. 450-7, L. 450-8 et L. 470-5 du Code de commerce* » ¹³³⁴.

Cet ensemble de règles modifie considérablement le rôle du juge à l'égard du contrat. Alors que l'on vient de supprimer la saisine d'office du juge pour l'ouverture des mesures de protection judiciaire des majeurs et que la même défiance a conduit à un encadrement de ses pouvoirs en droit des affaires ¹³³⁵, l'article L. 141-4 du Code de la consommation dispose désormais que « *le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application* ». Ces solutions diffèrent du droit commun des contrats, où la neutralité du juge reste consacrée. Ce pouvoir d'office a été accordé au juge, à condition qu'une action soit engagée devant lui ¹³³⁶, afin d'assurer une protection effective du consommateur ¹³³⁷ en

sociaux et médico-sociaux. *RDSS*, 2012. 5 : « *Saurait-on, raisonnablement, ranger l'usager du secteur social dans la catégorie des consommateurs ? (...) Les populations vulnérables, qui éprouvent au-delà de la fragilité propre à tout être humain, des difficultés particulières momentanées ou durables liées à l'âge, la maladie ou des déficiences résultant d'un environnement familial et social, présentent des caractéristiques spécifiques, non modélisables. Soumis aux exigences des institutions, contraint à leur accorder sa loyauté, faisant encore l'apprentissage de sa représentation collective, l'usager ne peut se réduire à l'« Homo economicus », caractérisé par l'hédonisme et la rationalité, la satisfaction des envies fondée sur des goûts, des préférences et une pleine capacité* ».

¹³³¹ Depuis la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, l'article préliminaire du Code de la consommation donne du consommateur la définition suivante : « *toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* ».

¹³³² Sur ce point, v. J. -M. LHUILLIER, Établissements de personnes âgées. Contrat de séjour. Avis du Conseil national de la consommation sur un modèle de contrat destiné aux gestionnaires d'établissements hébergeant des personnes âgées (BOCC 29 juillet 1994, n° 12), *RDSS*, 1995. 159.

¹³³³ Recommandation n° 85-03 concernant les contrats proposés par les établissements hébergeant des personnes âgées (BOCC du 4/11/1985) et Recommandation n° 08-02 relative aux contrats proposés par certains établissements hébergeant des personnes âgées et non habilités à recevoir des bénéficiaires de l'aide sociale, complétant la recommandation n° 85-03 relative aux contrats proposés par les établissements hébergeant des personnes âgées (BOCCRF du 23/04/2008).

¹³³⁴ Art. L. 313-21 CASF.

¹³³⁵ V. Cons. const., 7 décembre 2012, n° 2012-286 QPC, cité *supra*.

¹³³⁶ Et à condition de respecter le principe du contradictoire. CJCE, 1^{re} Ch., 21 février 2013, n° C-472/11. *D.*, 2013. 568.

¹³³⁷ Faute d'être invoquée par lui, cette protection restait lettre morte. Le législateur a pris parti en accordant ce pouvoir jusque là dénié au juge par la Cour de cassation. Civ. 1^{ère}, 15 février 2000, n° 98-12. 713. *JurisData* n° 2000-000518 ; *Bull. civ.*, I, n° 49 ; *JCP G*, 2001, II, 10477, note O. Gout. « *la méconnaissance des exigences des textes susvisés, même d'ordre public, ne peut être opposée qu'à la demande de la personne que ces dispositions ont pour objet de protéger* ».

faisant respecter, même si c'est en creux, en écartant des stipulations, le contenu du contrat. En 2008 ¹³³⁸, le droit français s'est ainsi conformé aux vues de la Cour de justice des Communautés européennes. L'autonomie du droit de la consommation est vérifiée et fondée sur l'inégalité entre les contractants et le phénomène de masse que favorise cette matière ¹³³⁹. Les contrats de protection, sans être des contrats de masse, bien que la qualification de contrats d'adhésion puisse être retenue pour les contrats de l'action sociale, sont inégalitaires. Leurs conditions de négociation et les risques qu'ils créent appellent une vigilance particulière qui légitime un soutien des contractants vulnérables, afin qu'ils soient protégés. Une extension des pouvoirs du juge peut être admise à cette fin.

350. L'éviction des clauses illicites. — Si les clauses ne peuvent être déclarées non écrites sur le fondement du droit de la consommation, ce qui est notamment le cas lorsque le protecteur est une personne physique agissant à titre privé, elles peuvent encore l'être sur le fondement de l'article 1131 du Code civil relatif à la cause.

Celle-ci est appréciée lors de la conclusion du contrat, mais il a été admis que son existence doit être maintenue en cours d'exécution, sa disparition entraînant d'ailleurs la caducité du contrat.

Dès lors que celui-ci persiste, une clause contraire à la cause doit être réputée non écrite ¹³⁴⁰. C'est le choix opéré par l'avant-projet de réforme du droit des obligations qui prévoit qu'« est réputée non écrite toute clause inconciliable avec la réalité de la cause » ¹³⁴¹. Ce fut aussi la solution retenue par le projet de réforme présenté par la Chancellerie ¹³⁴², jusqu'à sa version de 2013 qui dissipe la notion de cause tout en se défendant d'en éliminer les fonctions ¹³⁴³. Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats de février 2015

¹³³⁸ L'article L. 141-4 a été introduit dans le Code de la consommation par la Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs.

¹³³⁹ Ph. STOFFEL-MUNCK. L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation. *RTD Com.*, 2013. 705.

¹³⁴⁰ Cass. com., 22 octobre 1996, n° 93-18. 632. Bull. IV, n° 261, p. 223 ; *JCP G*, 1996, n° 49, IV, 313 ; *JCP E*, 1996, n° 50-51, 460 ; *D.*, 1996, 256 ; *Gaz. Pal.*, 9 avril 1997, n° 99-100, p. 74 ; *Gaz. Pal.*, 16 août 1997, n° 238, p. 12 ; Defrénois 15 mars 1997, n° 5, p. 333 : jugé, au visa de l'article 1131 du Code civil, « *qu'en raison du manquement à cette obligation essentielle la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite* ».

¹³⁴¹ P. CATALA. Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations. La Documentation française, 2005, art. 1125.

¹³⁴² Ministère de la Justice. Projet de réforme du droit des contrats. Mai 2009. Art. 78 : « *Toute clause qui vide de sa substance l'obligation essentielle du débiteur et contredit ainsi la portée de son engagement est réputée non écrite* ».

¹³⁴³ Pour un tableau d'ensemble de cette révision, V. D. MAZEAUD, *Droit des contrats : réforme à l'horizon !*, *D.*, 2014. 291.

prévoit que « *Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* »¹³⁴⁴.

Les parties ont contracté en ayant en vue un but, celui d'instaurer et d'organiser la protection présente ou future de l'une d'elles. Une fois ce but entendu, elles ont inscrit leur volonté dans un cadre contractuel. *A priori*, la volonté des parties peut être déduite du type de contrat choisi, ce qui permet de modeler les obligations qui découlent de ce choix. La cause du contrat est alors une notion abstraite. Si les parties organisent la protection dans le cadre d'un contrat non prévu par la loi mais créé par la pratique, la recherche de leur volonté, relativement aux attentes des parties, sera de la compétence du juge¹³⁴⁵. Le flou des textes régissant la protection juridique des majeurs peut rendre cette mission particulièrement ardue. Il étend nécessairement le domaine d'action et le pouvoir du juge.

La cause peut s'entendre abstraitement, objectivement, mais l'approche subjective peut aussi permettre au juge de se demander pourquoi la personne protégée a choisi ce protecteur. Si le choix a été fait par erreur, et le contrat conclu sur une fausse cause, il convient de pouvoir prononcer la nullité. En matière de testament par exemple, il appartient au testateur de revenir sur son acte.

La Cour de cassation a, dans ce domaine, jugé qu'il appartenait au testateur de tirer les conséquences de la disparition de la cause. Dans un arrêt rendu le 15 février 2012¹³⁴⁶, la Cour précise que le testateur doit être capable. Que la cause n'ait jamais existé ou qu'elle vienne à disparaître après la rédaction de l'acte, il revient à son auteur d'anéantir le testament, s'il est capable de le faire. La Cour ne précise pas si elle vise la capacité juridique ou la capacité de fait du testateur.

En matière contractuelle, la nullité ou la caducité doivent être invoquées, soit que la cause n'ait pas existé, soit qu'elle ait disparu après la formation du contrat. Si le contractant n'est pas capable de soulever la nullité ou la caducité, il se peut que personne ne le fasse. Le juge, sur le fondement de l'article 1131 du Code civil, pourrait ainsi rendre nulle la désignation d'un mandataire ou réduire ses pouvoirs parce qu'en fait, son intervention s'avère inutile.

¹³⁴⁴ Art. 1168 projet d'ordonnance.

¹³⁴⁵ J. ROCHELD, Cause et type de contrat. Paris, LGDJ, 1999 (BDP n° 311).

¹³⁴⁶ Civ. 1^{ère}, 15 février 2012, n° 10-23. 026, JurisData n° 2012-002040, *JCP G*, 2012, 734, note S. LE NORMAND.

Si, traditionnellement, l'absence de cause était sanctionnée par la nullité absolue du contrat¹³⁴⁷, la jurisprudence a évolué vers l'admission d'une nullité relative¹³⁴⁸. Cette solution limite le pouvoir du juge dans une matière qui nécessiterait pourtant son extension.

351. L'éviction des clauses contraires à l'économie du contrat. — En présence d'une partie faible au contrat, il est utile d'admettre que le juge puisse écarter les clauses sur le fondement des motifs qui l'ont déterminée à contracter. Envisager la cause du contrat comme une condition permanente permet de la considérer comme la traduction de la volonté de la personne et de la faire mieux entendre et respecter en cours d'exécution¹³⁴⁹. Pour cette raison, la cause paraît être un instrument important de la définition des obligations et des modalités d'exécution du contrat. Elle invite à une interprétation souple du contrat, permettant de favoriser la réalisation des choix concrets, qui ont pu être mal exprimés ou peu précisés lors de la conclusion. La caducité du contrat à exécution successive peut être prononcée pour disparition de la cause, ce qui permet de ne pas maintenir des engagements qui n'auraient pas été voulu en son absence¹³⁵⁰.

Le juge est fondé à évincer des clauses contraires à l'économie générale du contrat, à l'intérêt au contrat. Selon le projet de réforme de la Chancellerie de 2008, le contrat doit avoir un « *contenu certain* », cette notion mêlant « *l'objet des obligations contractuelles* » et « *l'intérêt au contrat* »¹³⁵¹. Le projet de 2013 propose le remplacement de la notion de cause par celle d'intérêt, tout aussi polysémique¹³⁵² et le projet d'ordonnance de février 2015 s'intéresse à la « *substance de l'obligation essentielle du débiteur* »¹³⁵³.

La qualification de contrat de protection conduit à retenir comme obligation essentielle une mission d'aide, de gestion ou de représentation, définie selon une procédure concertée

¹³⁴⁷ Pour un exemple : Cass. civ. 1^{re}, 10 février 1993, Defrénois 1993. 1375, obs. AUBERT ; Contrats, conc., consom., 1993, 128, obs. L. LEVENEUR.

¹³⁴⁸ Cass. civ. 1^{re}, 20 février 2001, n° 99-12. 574, Bull. civ. I, n° 39.

¹³⁴⁹ Cette thèse est soutenue par A. CERMOLACCE. Cause et exécution du contrat. Aix-en-Provence, PUAM, 2001.

¹³⁵⁰ Civ. 1^{ère}, 30 octobre 2008, n° 07-17. 646, commentaire A. CERMOLACCE. La disparition de la cause entraîne la caducité de l'engagement. *RLDC*, 2009/57.

¹³⁵¹ Ministère de la Justice. Projet de réforme du droit des contrats. Juillet 2008. Rapport de présentation, p. 5. « *La section relative au contenu du contrat (articles 79 à 109), concept déjà connu en droit européen des contrats et en doctrine, a vocation à accueillir les textes relatifs à l'objet et à la cause (dont la notion est cependant abandonnée)* ».

¹³⁵² En ce sens, V., p. ex. J. MESTRE, B. CAVALIE, L'offre et la cause au cœur du projet de réforme du droit des contrats, *RLDC*, 2009, n° 58.

¹³⁵³ Art. 1168.

d'individualisation par les contractants et visant à remédier à des difficultés de gestion ou à compenser une limitation des capacités de son bénéficiaire.

352. La réception des clauses conformes à l'économie du contrat. — En proposant une approche globale du contrat, la notion d'économie du contrat permet de saisir dans son ensemble l'opération telle que les parties ont pu l'envisager. Elle permet d'identifier la volonté commune des parties et de lui donner un contenu objectif. Au-delà du contrat, le recours à cette notion rassemble les éléments significatifs qui l'entourent et lui donnent sa pleine dimension. Elle est un moyen de déterminer ce qui constitue l'essentiel du contrat. L'économie du contrat peut ainsi révéler la volonté concrète des contractants, faisant notamment produire effet aux comportements développés par eux, et produisant une contextualisation du contrat qui s'inscrit tout à fait dans l'esprit du contrat relationnel. Cette approche met en exergue l'utilité et renforce l'intérêt du contrat ¹³⁵⁴. Tout en concourant à sa qualification, elle contribue à sa rationalisation, en s'attachant à découvrir et à conforter la volonté des parties telle qu'elle devrait être ¹³⁵⁵. Un but a été choisi et l'économie du contrat opère comme une garantie de sa réalisation. Les normes définies par les parties voient ainsi leur application assurée par le concept d'économie du contrat, qui révèle du même coup sa propre finalité.

Des éléments secondaires peuvent importer tout autant au contractant vulnérable. Le choix du protecteur, la durée de la protection, l'étendue de la mission et les pouvoirs conférés, les modalités d'exercice et de contrôle, ou encore le choix d'un lieu de vie ou du sort des animaux domestiques sont autant d'éléments qui, entrés dans le champ contractuel, doivent être respectés. Ces contrats étant formalistes, ces éléments seront en principe aisément prouvés par écrit. La rédaction doit cependant être particulièrement soignée, ajustée aux besoins et aux souhaits de la personne à protéger car l'ambiguïté ou l'imprécision pourraient fonder une mauvaise interprétation judiciaire en cas de difficulté. Il peut alors être craint que des choix personnels soient écartés par le juge, malgré leur caractère exprès. Dans ses travaux sur le contrat relationnel, Corinne Boismain cite un arrêt de la Cour de cassation de 1963 ¹³⁵⁶ dans lequel le juge a contredit la volonté d'ériger en élément essentiel l'élément accessoire du contrat de vente d'un cheval de course, parce que celui-ci était d'ordre sentimental. Une telle

¹³⁵⁴ S. PIMONT, *L'économie du contrat*, Thèse, Poitiers, PUAM, 2004.

¹³⁵⁵ A. ARSAC-RIBEYROLLES. *Essai sur la notion d'économie du contrat*. Thèse de doctorat, Droit privé, Clermont-Ferrand 1, 2005.

¹³⁵⁶ Civ. 15 janvier 1963, *Herblin / Colonel Prince Aly Salomone Khan Et Autres* ; B I n° 32, JurisData : 1963-000032.

police du contrat peut inquiéter. L'arrêt rappelle le pouvoir souverain d'interprétation des juges du fond et confirme la décision par laquelle ils se sont expliqués sur la prétention du vendeur en ne s'attachant pas à certaines conditions, « *d'ordre familial et sentimental* », fixées par lui en les qualifiant « *les unes d'imprécises et les autres d'assez dérisoires* »¹³⁵⁷. La matière du contrat, consistant en la vente d'un cheval de course, a peu à voir avec la matière des contrats de protection. Toutefois, il s'agit toujours d'un contrat, que le juge ne peut, sur le fondement du droit commun, modifier dès lors que la volonté est clairement exprimée, ce qui était le cas dans l'affaire soumise à la Cour de cassation en 1963. Dans un contrat de protection, il faut permettre au contractant de rendre essentielle une obligation qui peut paraître accessoire au regard du type de contrat.

On constate que l'interprétation téléologique a facilement les faveurs du juge. Le juge essaie de ne pas laisser une partie abuser de sa position de force. À cet égard, il donne sa préférence à une interprétation prophylactique, qui prend tout son sens dans les contrats de longue durée.

353. La création d'obligations nouvelles. — Que les termes du contrat soient ou non obscurs, le juge peut faire émerger des obligations que les parties n'avaient pas prévues de façon formelle, parce qu'elles sont tacitement commandées par la nature du contrat. Le juge se situe au-delà de la seule intention commune des parties. Une telle obligation peut s'avérer essentielle. L'obligation de sécurité découverte dans les contrats de transport illustre l'importance de ce pouvoir créateur du juge et de ses conséquences pour le débiteur.

La part potentielle du juge dans la détermination du contrat a manifestement augmenté. La recherche de la commune intention des parties, afin de faire primer la volonté réelle, s'est enrichie de notions plus récentes, comme celle d'économie du contrat. Cet interventionnisme, admis par la théorie relationnelle du contrat, est cependant critiqué, en ce qu'il substitue l'analyse du juge, qualifiée « d'oracle », à la volonté des parties. Au nom de la liberté, un tel pouvoir est critiquable¹³⁵⁸. Au nom de la protection, quand la volonté ne permet plus la détermination du bon choix, l'interventionnisme se justifie. Et si on ne l'admet pas, c'est le recours au contrat pour la protection des personnes vulnérables qui est lui-même ébranlé.

L'examen de ces situations montre que le juge procède au cas par cas. Les lacunes inévitables des contrats de protection se révéleront au cours de l'exécution. Il ne s'agira pas, alors, de

¹³⁵⁷ Le vendeur entendait notamment voir ajouter au prix de vente, des primes sur les gains dans les courses à venir, un cadeau "princier" pour chacun de ses enfants, l'autorisation de donner le nom de l'étalon à un hôtel lui appartenant, une poignée de mains du vendeur en public sur un champ de courses.

¹³⁵⁸ C. JUBAULT, À propos de la thèse de C. BOISMAIN, Les contrats relationnels, *RTD civ.*, 2008, 750.

réviser ou de résilier le contrat mais de l'interpréter, de lui faire exprimer toute sa substance. Il s'agira, le moment venu, de faire éclore les éléments accessoires, voire principaux, qui étaient en germe dans le contrat dès sa conclusion. L'interprétation aura pour but d'encourager l'exécution ou de juguler la mauvaise exécution et de maintenir la relation contractuelle.

354. Une utilité personnelle et sociale. — La notion d'utilité ou d'absence d'utilité sert d'indice en droit des personnes, afin d'apprécier la validité des actes passés. En cours d'exécution d'une mesure de protection, le protégé reçoit toutes informations sur l'utilité des actes relatifs à la protection de sa personne ¹³⁵⁹. L'inutilité d'une opération est retenue pour apprécier la validité des actes conclus par une personne placée sous sauvegarde de justice ¹³⁶⁰ ou bénéficiant d'un mandat de protection future ¹³⁶¹. La notion d'utilité est pertinente pour apprécier les actes passés par une personne vulnérable. Au-delà de l'intéressé, une mesure paraît encore avoir une utilité sociale. Sans devoir se référer à la pensée de Jhering ou de Demogue, le droit positif suffit à rappeler que la protection « *est un devoir des familles et de la collectivité publique* » ¹³⁶². Un contrat conclu dans l'intérêt d'une personne vulnérable qui atteint son but est un contrat conforme à l'intérêt général. La liberté contractuelle est sollicitée pour favoriser l'accomplissement d'actes poursuivant une utilité sociale et permettant d'écartier le recours à la collectivité. Cette amorce de privatisation de la protection invite ainsi à user de l'autonomie contractuelle pour préserver l'autonomie personnelle en s'engageant dans un lien de droit. Le lien choisi serait à la fois l'expression de la liberté et le garant d'une meilleure organisation de la protection.

355. Un contrat concret. — La recherche de la cause des contrats de protection tend à mettre en évidence ce qu'ils ont de commun entre eux. Une telle approche encourt la critique en ce qu'elle peut être réductrice et inefficace à rendre compte de la volonté réelle ou rationnelle des contractants. La notion d'économie du contrat paraît davantage se référer à ce qui permet de distinguer les contrats entre eux, chaque contrat étant propre au projet d'un individu, construit en référence à ses habitudes, à son parcours. Ceci s'exprime pleinement dans un critère de spécificité.

356. L'évolution des sources du droit. — L'interprétation du contrat ne doit trahir ni la volonté ni les intérêts des parties et spécialement ceux de la partie vulnérable.

¹³⁵⁹ Art. 457-1, C. civ.

¹³⁶⁰ Art. 435, C. civ.

¹³⁶¹ Art. 488, C. civ.

¹³⁶² Art. 415, C. civ.

Elle ne doit pas non plus être contraire aux principes soutenus par la Convention européenne des droits de l'Homme. Par l'arrêt *Pla et Puncernau c/ Andorre*, rendu le 13 juillet 2004, la Cour européenne des droits de l'Homme adresse un message aux juridictions nationales en précisant qu'elle interviendrait en cas d'interprétation d'un contrat privé qui se trouverait en flagrante contradiction avec les principes sous-jacents à la Convention ¹³⁶³. L'aspect positif de la démarche de la Cour est de permettre une interprétation évolutive de l'acte juridique et son aspect négatif, redouté, est d'ouvrir la voie à une interprétation déformante. Elle présente en tout cas l'intérêt de faire produire un effet utile au contrat dans une situation nouvelle.

Les appréciations du juge seront certainement éclairées par la référence à différentes normes, qui contribue à une standardisation des contrats. Les professionnels mettent au point des pratiques et proposent des modèles qui viennent alimenter les décisions juridictionnelles prenant, indirectement, force normative.

357. L'évolution de l'interprétation du contrat. — La théorie relationnelle propose au juge de prendre appui sur les comportements développés par les parties dans certains contrats, dits relationnels, tandis que l'approche solidariste invite à la loyauté et à la coopération dans l'ensemble des contrats ¹³⁶⁴. Considérer qu'un contrat de protection est relationnel permet d'expliquer en quoi le rôle du juge peut être étendu et en quoi ses pouvoirs peuvent être accrus, à condition que leur mise en œuvre soit fondée sur des raisons objectives. La volonté initiale compte, mais le contractant ne doit pas décevoir les attentes légitimes du contractant ni, à travers lui, détourner le contrat de ses finalités sociales. Il ne s'agit pas de permettre l'ingérence du juge dans tous les contrats, fussent-ils de longue durée. Il s'agit de respecter l'intégrité du rôle accepté lors de la conclusion du contrat, en exécutant les obligations convenues de la façon attendue, en tenant compte du contexte social.

Le résultat est examiné à l'aune de standards dont la diffusion augmente, notamment par le biais des références et recommandations professionnelles.

358. Des principes d'action. — L'esprit du contrat classique s'exprimait pleinement dans les préceptes fondateurs de la démarche qualité, qui posaient que « *la qualité, c'est écrire tout ce que*

¹³⁶³ §59 : « Elle [la Cour] ne saurait rester inerte lorsque l'interprétation faite par une juridiction nationale d'un acte juridique, qu'il s'agisse d'une clause testamentaire, d'un contrat privé, d'un document public, d'une disposition légale ou encore d'une pratique administrative, apparaît comme étant déraisonnable, arbitraire ou, comme dans le cas d'espèce, en flagrante contradiction avec l'interdiction de discrimination établie à l'article 14 et plus généralement avec les principes sous-jacents à la Convention ».

¹³⁶⁴ La doctrine dénonce les effets pervers du solidarisme parce qu'il propose un traitement global des contrats, sans faire un distinguo fondé sur la qualité concrète des parties. V. D. COHEN. La bonne foi contractuelle : éclipse et renaissance. Le Code civil, un passé, un présent, un avenir, Dalloz, 2004, p. 517.

l'on fait et faire tout ce que l'on a écrit ». Le contrat relationnel accompagne un mouvement qui rénove le management en raisonnant par objectifs. Une place prépondérante est ainsi réservée à des principes d'action qui encouragent l'autonomie de l'opérateur. La finalité est privilégiée, au prix d'une responsabilisation qui peut vite se révéler aliénante. Ce qui apparaît néanmoins, c'est que l'utilisation croissante du contrat conduit à passer des actes dont les effets produits ne correspondent pas aux effets attendus. C'est cette imprécision généralisée qui incite à faire appel au juge afin d'atteindre le but visé sans porter préjudice à la partie faible ¹³⁶⁵. Le contenu, une fois défini, doit encore pouvoir s'adapter aux changements de circonstances.

¹³⁶⁵ M. MEKKI. Le discours du contrat : quand dire, ce n'est pas toujours faire, *RDC*, 2006/2. 297. « *Il faut aujourd'hui compter avec les clauses non contractuelles insérées au sein de véritables contrats et avec les véritables contrats n'ayant qu'une simple fonction pédagogique. La situation devient bien complexe. Prenons garde à ce qu'à l'avenir des contrats et des clauses contractuelles inutiles ne nuisent pas aux contrats et aux clauses contractuelles nécessaires* ».

SECTION II.

UNE FLEXIBILITE CONTROLEE

359. Le contrat a force de loi entre les parties ¹³⁶⁶, qui sont donc tenues de l'exécuter. Ce principe de la force obligatoire est soutenu aussi bien par des valeurs morales que par des considérations techniques. Au respect de la parole donnée s'ajoute le besoin de sécurité contractuelle. La force obligatoire s'impose à tous : législateur, contractant, juge. Toutefois, elle peut être définie de diverses manières et être envisagée du point de vue du débiteur ou du point de vue du créancier. Classiquement, le droit admet que le débiteur est tenu d'exécuter ce qu'il a promis. De façon plus récente, une place est faite dans certaines branches du droit ¹³⁶⁷ aux attentes raisonnables du créancier ¹³⁶⁸. Dans ce cas, la force obligatoire est sensiblement nuancée. Sans aller jusqu'à considérer que cette analyse puisse déborder le droit spécial ¹³⁶⁹, la souplesse qu'elle induit est légitimée par l'objectif de protection d'une partie au contrat. Parce le contrat est incomplet, il a vocation à être complété, parce qu'il est de longue durée il est destiné à être adapté. Ces adaptations interviennent par la régulation (§1) et par la judiciarisation du contrat (§2).

§1. LA REGULATION DU CONTRAT

360. Le terme de régulation reçoit de nombreuses définitions, pour la plupart cantonnées dans le domaine économique. Elle est d'abord définie comme « *action de régler un appareil, d'en corriger le fonctionnement* », ou « *fait d'assurer un fonctionnement correct, un rythme régulier* » ¹³⁷⁰. Elle apparaît aussi comme un « *mécanisme de contrôle faisant intervenir des rétroactions correctrices à l'intérieur d'un système (physique, biologique, social), et assurant l'équilibre de ce système chaque fois que sa stabilité est momentanément perturbée par des causes internes ou externes* » ¹³⁷¹. Cette définition est intéressante

¹³⁶⁶ Art. 1134 C. civ.

¹³⁶⁷ En droit de la consommation, en droit du travail, plus généralement dans les situations d'inégalité contractuelle.

¹³⁶⁸ J. CARBONNIER, *in* L'évolution contemporaine du droit des contrats, journées R. Savatier, 24-25 octobre 1985, PUF, p. 35.

¹³⁶⁹ Cette hypothèse est redoutée en raison d'une évolution jurisprudentielle qui donne effet à la théorie des attentes. Sur cette question, V. H. LECUYER, Redéfinir la force obligatoire du contrat, *LPA*, 6 mai 1998, n° 54, p. 44.

¹³⁷⁰ LAROUSSE, Dictionnaire de français, V° Régulation, I et II.

¹³⁷¹ ACADEMIE FRANÇAISE, TLFi, V° Régulation, B.

et se rapproche de certaines propositions du Vocabulaire Capitant, selon lequel la régulation est, notamment, « *l'équilibrage d'un ensemble mouvant d'initiatives naturellement désordonnées par des interventions normalisatrices* » ou « *l'action de régler un phénomène évolutif* ». Dans le contrat classique, le principe de la force obligatoire s'oppose en principe à tout complément ou toute révision du contrat qui ne serait pas le fruit du consentement mutuel des parties. Dans un contrat relationnel, par nature incomplet, tout ajustement ne peut être exclusivement fondé sur le contrat initial mais doit au contraire faire une place au comportement des parties et au contexte dans lequel elles se trouvent. Dans un contrat de protection, un système est mis en place par le contrat. La situation de la personne protégée, entendue à la fois comme son état et son environnement, l'ensemble de ses conditions de vie, sont évolutives. Tout changement peut compromettre l'équilibre voulu par les parties. Ainsi, des ajustements et un contrôle sont nécessaires. Ils ne se font pas toujours spontanément ou utilement. Selon les cas, l'adaptation du contrat relève du rôle des parties (A) ou du rôle des tiers (B).

A. Le rôle des parties dans l'adaptation du contrat

361. Une discipline programmatique. — Le Code civil impose aux contractants le respect du contrat qu'ils ont conclu. Ils peuvent avoir rédigé des clauses en vue d'en organiser la révision ou la résiliation. À défaut, ils doivent en principe s'accorder pour modifier ou révoquer le contrat ¹³⁷². Dans les contrats de protection, la révision est *a priori* plus favorisée que la rupture mais ni l'une ni l'autre ne sont totalement laissées au libre jeu contractuel.

Les contrats de protection ont « *pour finalité l'intérêt de la personne protégée* » et doivent favoriser son autonomie ¹³⁷³. La personne vulnérable a donc déterminé avec son contractant le contenu du contrat qui organise sa protection. Quelles que soient les clauses de celui-ci, elles doivent être interprétées et ajustées au regard de cette finalité. Le rôle des parties peut sembler limité dans une matière encore largement régie par l'ordre public mais il leur revient de concrétiser, de « personnaliser » le contrat. Dans cette matière où la liberté ne peut tout à fait s'imposer sans danger, le moyen de réguler passe par la procéduralisation. Il s'agit d'un mode de régulation qui sert, non à dicter de façon précise une conduite mais plus exactement à organiser les conditions d'élaboration de ses règles. Le droit initie une discussion et diffère

¹³⁷² Art. 1134 C. civ. La résiliation unilatérale est permise dans certains contrats : mandat de droit commun (art. 2004 C. civ.), contrat de travail à durée indéterminée (mais le licenciement est alors encadré).

¹³⁷³ C'est là le contenu de l'article 415 du Code civil, une disposition générale applicable à l'ensemble des mesures de protection du même Code (sauvegarde, curatelle, tutelle, mandat de protection future et mesure d'accompagnement judiciaire) ; le même esprit doit guider la mesure d'accompagnement social personnalisé et, au-delà, tout contrat ayant pour objet la protection d'une personne vulnérable.

la prise de décision pour s'assurer qu'elle est réfléchie ¹³⁷⁴. Cette technique est utilisée en droit du travail, qui exige par exemple de temporiser pour mûrir la décision de licencier un salarié, en imposant une procédure assortie de délais. Elle est encore appliquée dans les obligations de négociation. Ainsi, employeurs et salariés sont amenés à définir ensemble les règles qui orienteront la politique de rémunération, la durée du travail ou la formation. Ils sont également conduits à réviser périodiquement ces règles ¹³⁷⁵. Le droit pose un cadre normatif évolutif, selon les constats tirés de la pratique. De la sorte, il est manifeste que la loi ne contient pas toutes les règles. La portée de la loi varie avec les choix opérés par les parties et c'est par le contrat que la volonté doit pouvoir se conformer aux grandes vues de la loi. La doctrine donne à voir les répercussions de ces techniques, qui aboutissent à laisser au législateur l'énoncé des principes et à remettre la définition des droits qui en découlent à la négociation. La liberté accordée par la loi est « programmée » pour la réalisation d'objectifs prédéterminés ¹³⁷⁶.

362. Aménagements du contrat de fiducie. — En matière de fiducie, des aménagements conventionnels sont possibles mais encadrés. D'abord, les parties peuvent utilement prévoir des clauses de renégociation, des clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité ¹³⁷⁷, une clause pénale applicable au fiduciaire défaillant ou une clause d'arbitrage destinée tant à constater le manquement contractuel qu'à décider du remède idoine. Elles peuvent aussi organiser par avance le remplacement du fiduciaire ¹³⁷⁸. L'article 2028 du Code civil aménage ensuite la modification ou la révocation du contrat de fiducie en distinguant deux temps. Le premier concerne la phase antérieure à l'acceptation par le bénéficiaire et le second la phase ultérieure. Avant l'acceptation du bénéficiaire, le constituant peut librement révoquer le contrat. Après, soit le bénéficiaire donne son accord à la modification ou à la révocation, soit une décision de justice l'ordonne. La fin de la fiducie peut être décidée par les parties à condition que le bénéficiaire ¹³⁷⁹ renonce à la fiducie. Le rapprochement entre la révocation ouverte au constituant et la renonciation permise au bénéficiaire montre une fragilité de la

¹³⁷⁴ P. LOKIEC. La procéduralisation à l'épreuve du droit privé, *in* Les évolutions du droit (Contractualisation et procéduralisation) (Dir. C. PIGACHE). Publications de l'Université de Rouen, 2004, p. 177.

¹³⁷⁵ L. 2241-1 et s. C. trav.

¹³⁷⁶ A. SUPLOT, Un faux dilemme : la loi ou le contrat ?, *Dr. soc.*, 2003, 59.

¹³⁷⁷ Lesquelles, conformément au droit commun, ne peuvent exonérer le contractant de sa responsabilité en cas de faute intentionnelle ou lourde.

¹³⁷⁸ Art. 2027 C. civ.

¹³⁷⁹ Ou la totalité des bénéficiaires le cas échéant.

fiducie. En effet, si le constituant est en même temps le bénéficiaire, il a de fait la possibilité de révoquer librement le contrat ¹³⁸⁰. Si les juges faisaient obstacle à cette interprétation, il resterait au constituant-bénéficiaire la faculté de renoncer au contrat ¹³⁸¹. Ces règles peuvent être adaptées par des clauses afin de préserver l'irrévocabilité, qui est un atout de la fiducie par rapport au mandat ¹³⁸². Les aménagements du contrat de fiducie sont permis, ainsi que la modification et, sous certaines conditions, la révocation unilatérale.

363. Modification du mandat de protection future. — Les parties au mandat de protection future prévoient les modalités de son contrôle et de son exécution ¹³⁸³. Le cadre est assez « contenant » ¹³⁸⁴. Le mandat peut interdire la substitution du mandataire dans tous les cas ou au contraire l'autoriser dans des conditions qu'il détermine par avance. Il peut contenir des clauses organisant sa modification ou les conditions de sa modification sur des points précis et prévoir par exemple que, quelle que soit la détérioration de l'état de santé de la personne protégée, le maintien à domicile sera privilégié. Il peut au contraire prévoir une admission de la personne au sein d'un établissement en cas de survenance d'une situation particulière ou de l'atteinte d'un seuil d'altération des facultés. Une telle décision pourrait avoir comme corollaire celle de réaliser un actif en vue de financer l'hébergement choisi. La décision de recourir à l'aide sociale à l'hébergement peut ainsi être anticipée. Afin d'éviter un recours en récupération sur la succession du bénéficiaire, il peut être décidé de vendre la maison d'habitation, dont la transmission aux héritiers est souhaitée, plutôt que de solliciter l'aide de la collectivité. Concernant la modification ou la révocation du mandat, les articles 489 ¹³⁸⁵ et 492 du Code civil ¹³⁸⁶ distinguent deux temps et prévoient que le mandant peut modifier le mandat ou le révoquer et que le mandataire peut y renoncer avant la prise

¹³⁸⁰ Il est à la fois constituant et bénéficiaire, son accord est donc évident. Les travaux parlementaires ont bien eu cette intention, afin de permettre au constituant qui serait aussi le bénéficiaire d'« avoir accès au patrimoine fiduciaire, par exemple pour faire face à un imprévu ». H. de RICHEMONT, Rapport sur la proposition de loi de M. Philippe MARINI instituant la fiducie, Sénat, 11 octobre 2006, p. 66.

¹³⁸¹ En imposant des restrictions, comme celle d'exiger que le bénéficiaire soit un tiers (V. C. WITZ. Fiducie. Effets et extinction. Jurisclasseur, Fasc. 20).

¹³⁸² F. BARRIERE, Fiducie, *Rép. civ.*

¹³⁸³ Art. 479 C. civ.

¹³⁸⁴ V. *supra*. Le terme « contenant » est usité en sciences sociales et met en évidence la part contraignante d'une mesure. V., p. ex. M. PIMPETERRE, La Mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial : mesure couronnée, mesure à développer, *Vie sociale* 3/ 2010 (n° 3), p. 23. Si le mandat n'est pas une mesure judiciaire, les contraintes liées à sa conclusion sont importantes.

¹³⁸⁵ Pour le mandat notarié.

¹³⁸⁶ Pour le mandat sous seing privé.

d'effet, dans les mêmes formes. Après la prise d'effet, le juge des tutelles doit être saisi pour statuer le cas échéant sur l'exécution du mandat ¹³⁸⁷. En cours d'exécution, le mandataire ne peut être déchargé de ses fonctions que sur autorisation du juge des tutelles ¹³⁸⁸ et les causes de fin sont légalement déterminées ¹³⁸⁹. La compétence du juge ne peut faire l'objet d'une clause contractuelle, celle-ci étant déterminée par le Code de procédure civile ¹³⁹⁰. En cours d'exécution, si le mandant est aussi le bénéficiaire, il est par hypothèse atteint d'une altération de ses facultés. Si le bénéficiaire est un tiers, enfant du mandant, ce dernier est décédé ou empêché de pourvoir à ses intérêts en raison d'une altération de ses facultés. Il n'y a pas, logiquement, de place pour une véritable concertation sur les conditions d'exécution du contrat.

Tant pour le mandat que les mesures judiciaires de protection, la loi prévoit la participation de la personne protégée à l'élaboration des décisions qui la concerne, soit sur le plan médical, soit plus largement en matière personnelle par ce que l'autonomie reste le principe et que l'assistance sera le premier soutien d'une volonté défaillante, plutôt que de faire disparaître la personne de la scène juridique. Pour permettre un rôle effectif de la personne protégée, son information est toujours requise, on crée les conditions d'une libre parole, d'une discussion entre protecteur et protégé.

364. Révision du document individuel de protection. — Le décret d'application ¹³⁹¹ prévoit que le document individuel de protection « *est établi pour la durée du mandat judiciaire* » et aussitôt qu'il « *prévoit les conditions et les modalités de sa résiliation ou de sa révision ou de la cessation de certaines des mesures qu'il contient* » ¹³⁹². La révision ou la cessation de certaines de ses mesures peut se comprendre dans la logique du travail social, mais la résiliation moins car les parties n'ont pas la maîtrise de la durée du mandat judiciaire. Le document individuel étant obligatoirement élaboré par les services mandataires, il en existe nécessairement un tant qu'il existe une mesure de protection judiciaire, à moins de concevoir le document comme un élément distinct du mandat judiciaire. Dans ce cas, la possibilité d'une succession de documents

¹³⁸⁷ Tout intéressé peut le saisir : art. 484, C. civ.

¹³⁸⁸ Art. 480, C. civ.

¹³⁸⁹ Art. 483, C. civ. : il s'agit du rétablissement des facultés, du décès, du placement sous une mesure de protection et de la révocation du mandataire.

¹³⁹⁰ Art. 1211, CPC : « *Le juge des tutelles territorialement compétent est celui de la résidence habituelle de la personne à protéger ou protégée ou celui du domicile du tuteur* ».

¹³⁹¹ Décret n° 2008-1556 du 31 décembre 2008 relatif aux droits des usagers des mandataires judiciaires à la protection des majeurs et des délégués aux prestations familiales.

¹³⁹² Art. D. 471-8, CASF.

individuels est envisageable ou alors il faut encore détacher le « projet personnalisé » que comprend le document individuel et qui trouve à s'exprimer plus particulièrement dans les avenants. Les documents proposés par les services hésitent un peu sur ce point. L'un d'eux indique que le document est établi pour la durée de la mesure mais que le projet individualisé pourra faire l'objet d'avenants et c'est ce projet qui est actualisé chaque année ¹³⁹³. D'autres rappellent les dispositions réglementaires ¹³⁹⁴. Ni la compétence du tribunal ni le régime de responsabilité ni la modification de la mesure ne relèvent de la compétence des parties.

365. Modification de la mesure d'accompagnement. — L'exécution d'une mesure d'accompagnement social personnalisé suppose manifestement une collaboration forte des parties. La modification du contrat s'opère par avenant ¹³⁹⁵ et le renouvellement est possible ¹³⁹⁶. Le texte ne précisant pas les conditions de ces actes, l'application du droit commun suppose un accord entre le bénéficiaire et le département. La modification peut porter sur le contenu des actions et sur la gestion des prestations. S'agissant du renouvellement, celui-ci requiert qu'une évaluation ait été préalablement réalisée. Le traitement de l'inexécution n'est pas prévu par les textes. Les règles du droit commun sont donc applicables, ce qui permet d'invoquer l'exception d'inexécution ou de solliciter la résolution judiciaire du contrat. La pratique a intégré des clauses organisant la fin de la relation contractuelle. Le département des Hauts de Seine, par exemple, prévoit des causes de fin : le retour à une gestion autonome des prestations, la fin du droit aux prestations, l'absence du bénéficiaire à deux rendez-vous proposés par le référent social, le non-respect du plan d'intervention, l'ouverture d'une mesure judiciaire. Une seule de ces causes, le non-respect du plan, peut viser l'inexécution des obligations du département. La fin du droit aux prestations paraît opérer de plein droit, ce que la clause n'exprime cependant pas. Rien n'est dit non plus des conditions d'appréciation du retour à une gestion autonome, ni sur le fond, ni sur la forme.

L'ouverture d'une mesure judiciaire produit contractuellement le même effet sur la mesure d'accompagnement social que sur la mesure d'accompagnement judiciaire. Elle met fin à la

¹³⁹³ Document Association Tutélaire du Bassin d'Arcachon (ATBA).

¹³⁹⁴ Ce document couvre la durée du mandat, il sera actualisé par avenant ; ce document est résilié en cas de changement de mandataire ou de fin de mesure (Document UDAF 04). Une approche similaire est retenue par l'APM 22 (le document est établi pour la durée du mandat judiciaire, il est précisé ou révisé par avenant et prend fin en cas de mainlevée ou de décès).

¹³⁹⁵ Art. L271-2 CASF.

¹³⁹⁶ *Id.*

mesure d'accompagnement ¹³⁹⁷. À s'en tenir à la lecture du contrat, l'absence à deux rendez-vous opèrerait aussi de plein droit. Cependant, rien n'est exprimé en ce sens et les textes n'ont pas davantage prévu de régime dérogatoire au droit commun. Ceci contrevient au principe de la force obligatoire qui exige un accord mutuel pour révoquer le contrat et qui, s'il permet de convenir d'une clause résolutoire, exige néanmoins quelques précautions. L'application de l'article 1184 du Code civil, qui admet que la condition résolutoire soit toujours sous-entendue en cas d'inexécution, précise en effet que le contrat n'est pas résolu de plein droit mais qu'il est nécessaire de saisir le juge, ce qui vise principalement à sauver le contrat. La jurisprudence fondée sur la gravité de l'inexécution permettant d'envisager une résiliation unilatérale paraît difficilement transposable à l'hypothèse de deux rendez-vous manqués, qui peuvent en outre trouver leur justification dans un événement imprévu. La généralité du non-respect du plan permet de mettre un terme au contrat en cas d'inexécution de n'importe quelle obligation du débiteur, même quelconque. En droit de la consommation, une telle situation est jugée abusive ¹³⁹⁸. L'absence de motif précis caractérise l'abus. La jurisprudence s'est prononcée en ce sens dans le domaine de la téléphonie mobile, en écartant une clause permettant une résiliation immédiate pour un manquement quelconque ou un manquement grave indéterminé du consommateur ¹³⁹⁹. Il faut surtout relever sur ce point une incohérence entre la facilité de résoudre le contrat sans formalité significative ¹⁴⁰⁰ et le fait de mettre en avant la coopération indispensable à la réalisation de l'objectif poursuivi par les parties. Dans les contrats de franchise par exemple, la doctrine estime que le caractère collaboratif du contrat doit faire écarter la clause résolutoire de plein droit sans mise en demeure préalable ¹⁴⁰¹, ce qui paraît plus rationnel.

¹³⁹⁷ Art. 495-1 C. civ. Concernant l'accompagnement judiciaire, cette cause opère de plein droit.

¹³⁹⁸ Recommandation n° 86-01 de la Commission des clauses abusives concernant les contrats de location avec option d'achat ou contrats de location avec promesse de vente de biens de consommation (BOCCRF du 11/03/1986) la résolution du contrat prévue lorsque le consommateur ne respecte pas l'une quelconque de ses obligations contractuelles est considérée comme abusive et peut engendrer des abus, le bailleur pouvant profiter de la moindre défaillance du locataire pour mettre fin au contrat.

¹³⁹⁹ V. not. CA Versailles, 15 septembre 2005, n° 04/05564, AOL France c/ UFC-Que Choisir, citée par J. - A. ROBERT, Q. CHARLUTEAU, *in* Utilité et mise en œuvre des clauses résolutoires, *RLDC*, février 2010, p. 7.

¹⁴⁰⁰ Le contrat prévoit que si le bénéficiaire « décide de mettre fin au présent contrat avant son terme, il (elle) devra en informer le Président du Conseil Général par courrier ». L'intention des parties – et plus certainement celle du Conseil général – est ici de s'affranchir des règles relatives à la mise en demeure, qui supposent une interpellation suffisante du débiteur. Aucun délai n'est requis, ni aucune possibilité de maintenir le contrat, qui aurait pourtant du se poursuivre jusqu'au terme prévu.

¹⁴⁰¹ P. LE TOURNEAU, *Les contrats de franchisage*, Litec, 2e éd., 2007, n° 651.

366. Une invitation au projet. — Dans les contrats de l'organisation privée, les parties ont des pouvoirs limités après l'acceptation et la prise d'effet. Les parties ont surtout des pouvoirs d'anticipation qui trouvent à s'exprimer dans la rédaction des clauses contractuelles. La flexibilité du contrat se traduit ensuite par le principe d'autonomie décisionnelle et par l'intervention du juge, qui a ici des pouvoirs étendus ¹⁴⁰². Dans les contrats de l'organisation publique, la modification des contrats par avenant ¹⁴⁰³ est la règle parce que l'on évolue dans une « démarche de projet », qui s'inscrit parfaitement dans la conception relationnelle du contrat. La complexité et l'incertitude sont consubstantielles au projet, dont les dimensions, le contexte et les attentes sont multiples ¹⁴⁰⁴. Parce que l'altération des facultés ou les difficultés sociales peuvent entamer l'être, le « je suis », les mesures de protection et d'accompagnement doivent soutenir la personne pour qu'elle détermine ce qui lui est essentiel ¹⁴⁰⁵. Le projet est une orientation vers l'avenir définie à partir des aspirations de la personne, dont la vulnérabilité peut justifier le droit de regard des tiers.

B. Le rôle des tiers dans l'adaptation du contrat

367. Le Doyen CARBONNIER avait mis en évidence que les déséquilibres contractuels appelaient un interventionnisme faisant une place aux tiers ¹⁴⁰⁶. Le droit regorge aujourd'hui d'exemples illustrant une telle tendance, dans des domaines aussi divers que l'informatique ¹⁴⁰⁷,

¹⁴⁰² *Infra*, n°376 et s.

¹⁴⁰³ Art. L. 271-2 CASF pour la mesure d'accompagnement social et D. 471-8 pour le document individuel de protection.

¹⁴⁰⁴ M. DURAND, La dimension incertaine du projet dans le processus de modernisation des politiques sociales, *Empan* 2002, n° 45, p. 25.

¹⁴⁰⁵ Le projet est promu quel que soit l'âge ou le handicap. C. DELAMARRE, *Démence et projet de vie*. Dunod, 2007. (Action sociale). R. VERCAUTEREN, B. HERVY, J. -L. SCHAFF, *Le projet de vie personnalisé des personnes âgées : Enjeux et méthode*, Erès, 2008. (Pratiques gérontologiques). J. TREMINTIN, *Construire un projet de vie avec des personnes polyhandicapées : un vrai défi*. *Lien social* n° 989, 14 octobre 2010.

¹⁴⁰⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*. t. 4, PUF, (Thémis), 16^e éd., 1992, n° 5, p. 21.

¹⁴⁰⁷ V., p. ex. le recours à un prestataire de services de certification électronique prévu par le Décret 2001-272, du 30 mars 2001 ; le prestataire de services de confiance, contribuant à la sécurité des informations échangées par voie électronique, visé par l'Ordonnance n° 2005-1516 du 8 décembre 2005, ou le prestataire de services d'horodatage électronique (Décret n° 2011-434).

l'immobilier ¹⁴⁰⁸, le droit de la santé ¹⁴⁰⁹ ou le droit de la consommation ¹⁴¹⁰. Les rôles qu'ils jouent sont variés. Tantôt les tiers sont certificateurs, tantôt ils sont médiateurs, conseillers, ou assistants. Ils sécurisent, garantissent, orientent, peuvent sanctionner directement ou par la saisine du juge, dégager la responsabilité du débiteur, défendre tour à tour les intérêts d'un débiteur et d'un créancier. Parmi ces interventions, le contrôle est l'action de vérifier ou ce qui sert à vérifier, tandis que la défense est l'action de défendre ou ce qui sert à le faire. Le premier vise à s'assurer de la conformité de ce qui a été accompli à ce qui était attendu ou prescrit ¹⁴¹¹, tandis que la seconde consiste à venir au secours d'une personne qui est en difficulté ¹⁴¹². Les deux actions ont un but protecteur, l'une apparaissant plutôt comme préventive et l'autre comme curative, mettant en scène un tiers-contrôleur (1) ou un tiers-défenseur (2).

1. Le tiers-contrôleur

- 368.** Les contrats de l'organisation privée de la protection que sont le mandat de protection future et la fiducie font intervenir un tiers aux fins de contrôle, afin de protéger la partie faible.
- 369. Le contrôleur institué par le mandat de protection future.** — Le mandat de protection future fixe les modalités de son contrôle ¹⁴¹³. L'une de ces modalités est la désignation d'une personne chargée du contrôle de la mission de protection de la personne, de la mission de

¹⁴⁰⁸ P. ex. En matière de vente à rénover, l'art. R262-4 CCH prévoit que le « constat d'achèvement résulte de la déclaration certifiée par un homme de l'art, désigné par accord entre les parties. En cas de désaccord entre les parties, l'achèvement des travaux est constaté par une personne qualifiée, désignée par ordonnance sur requête ».

¹⁴⁰⁹ Art. R. 1112-92, al. 2, C. santé publ. : cet article donne compétence à un « médiateur médecin » et à un « médiateur non médecin », pour connaître respectivement « des plaintes ou réclamations qui mettent exclusivement en cause l'organisation des soins et le fonctionnement médical du service » et de celles qui sont « étrangères à ces questions ». Ce tiers est saisi par l'usager qui s'estime victime d'un préjudice. Il lui offre une assistance et des conseils (selon la description donnée par l'Instruction DGS/DP1/SGCMAS/DGOS/DGCS n° 2011-424 du 24 octobre 2011 relative à l'élaboration du rapport 2011 des conférences régionales de la santé et de l'autonomie sur le respect des droits des usagers du système de santé).

¹⁴¹⁰ L'administration, constatant des manquements ou infractions dans l'exécution de contrats de consommation, a un pouvoir d'injonction et peut agir devant la juridiction civile pour y mettre un terme (art. L. 141-1 C. consom.)

¹⁴¹¹ LITTRE, Dictionnaire de la langue française, V° Contrôle : « registre double qu'on tient pour la vérification d'un autre » ou « vérification administrative ». J. -J. BONNIOL, M. VIAL, Les modèles de l'évaluation, De Boeck, 2003 : « L'objectif des procédures de contrôles est de comparer le degré de conformité, sinon d'identité, entre un modèle de référence, et des phénomènes échantillons, ou occurrence, comme en témoigne clairement l'étymologie comptable du mot : le contrôle était le double registre permettant de vérifier la comptabilité ».

¹⁴¹² LITTRE, Dictionnaire de la langue française, V° Défendre : « venir au secours, en aide de ce qui est attaqué, personnes ou choses ».

¹⁴¹³ Art. 479 C. civ.

protection du patrimoine, ou des deux. Dans le mandat contresigné par un avocat, l'organisation de ce contrôle est laissée aux parties. Lorsqu'il est établi selon le modèle réglementaire ¹⁴¹⁴, ce modèle permet de désigner toute personne pour contrôler l'exercice des missions. Il est prévu un compte rendu écrit pour la mission de protection de la personne et un compte de gestion pour la mission de protection du patrimoine, à un rythme au moins annuel. Le mandant peut librement convenir avec le contrôleur de sa rémunération ou décider qu'il officiera gratuitement. La personne chargée du contrôle peut demander la révocation du mandat ¹⁴¹⁵ ou contester son exécution ¹⁴¹⁶. Ce sont des pouvoirs importants sur le contrat, qui passent nécessairement par le recours au juge des tutelles.

370. Le contrôleur désigné par le constituant dans la fiducie. — Ce tiers est désigné par le constituant, lors de la conclusion du contrat ou en cours d'exécution ¹⁴¹⁷. Si le constituant est une personne physique, cette désignation est d'ordre public. Cette disposition donne une indication sur le rapport d'équilibre entre constituant et fiduciaire et présente le constituant comme la partie faible ¹⁴¹⁸. Bien qu'aucune condition ne commande sa désignation, le choix d'un professionnel pouvant contrebalancer le pouvoir du fiduciaire est le plus pertinent. Il est un mandataire spécial du constituant ¹⁴¹⁹, dont la mission est encadrée par la loi. Il lui incombe de s'assurer de la préservation des intérêts du constituant, dans le cadre de l'exécution du contrat. Selon la situation du constituant, ce tiers protecteur va l'assister ou le remplacer dans la surveillance du fiduciaire. En effet, le constituant peut ne plus se trouver en état, en cours d'exécution du contrat, d'exercer lui-même cette surveillance. Par la désignation du tiers, la protection de ses intérêts se trouvera assurée de façon satisfaisante. Le fiduciaire rend compte de sa mission au tiers, comme il rend compte au bénéficiaire du contrat et à son curateur ou au tuteur du bénéficiaire. Le contrat doit prévoir la périodicité de ce compte rendu, qui doit être sollicité par le tiers ¹⁴²⁰. Le tiers dispose des pouvoirs que la loi reconnaît au constituant, ce dernier pouvant contractuellement préciser la nature et l'étendue de sa mission. La détermination du contenu de ses obligations portera utilement

¹⁴¹⁴ Fixé par le décret 2007-1102 du 30 novembre 2007.

¹⁴¹⁵ Art. 483 C. civ.

¹⁴¹⁶ Art. 484 C. civ.

¹⁴¹⁷ Art. 2017 C. civ.

¹⁴¹⁸ P. DUPICHOT, La fiducie-sûreté en pleine lumière, À propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009, *JCP G*, 2009. I. 132.

¹⁴¹⁹ P. DELEBECQUE, La responsabilité du fiduciaire, *Dr. Patr.*, n° 186, novembre 2009, p. 42.

¹⁴²⁰ Art. 2022 C. civ.

sur la préservation des intérêts du bénéficiaire ou sur tout autre élément relatif à sa situation, lorsque celui-ci n'est pas le constituant. Tout comme le constituant et le bénéficiaire, le tiers a le pouvoir de saisir la justice dans des cas légalement énumérés. Le premier est le cas de manquement du fiduciaire à ses obligations, le deuxième est la mise en péril des intérêts confiés au fiduciaire et le troisième est le cas de procédure de sauvegarde ou de redressement des entreprises appliquée au fiduciaire ¹⁴²¹. Le tiers peut ainsi demander le remplacement provisoire ou définitif du fiduciaire. Indirectement, l'intervention du tiers peut équilibrer le contrat au-delà du seul objectif de préservation des intérêts du constituant, l'action du fiduciaire se trouvant renforcée par la validation du tiers ¹⁴²².

2. Le tiers-défenseur

371. Une aide à faire valoir ses droits. — Les personnes dont la mesure de protection est exercée par un service mandataire judiciaire à la protection des majeurs sont, par suite, des usagers de ces services sociaux. À ce titre, ils se voient reconnaître des droits, parmi lesquels se trouve la possibilité de recourir à une personne qualifiée ¹⁴²³. La personne qualifiée a été créée par la loi de rénovation de l'action sociale. Bénévole, elle a pour fonction d'aider les usagers des services sociaux et médico-sociaux à faire valoir leurs droits ¹⁴²⁴. Son intervention s'inscrit dans la relation entre l'utilisateur et le gestionnaire du service qui le prend en charge ¹⁴²⁵. Elle participe à la lutte contre la maltraitance et, plus largement, contre le phénomène de non-recours aux droits.

372. Une institution contre la maltraitance. — La personne qualifiée est un tiers susceptible de contribuer à la lutte contre la maltraitance par qu'elle a « *un regard extérieur* » ¹⁴²⁶. Elle

¹⁴²¹ Art. 2027 C. civ.

¹⁴²² M. GRIMALDI, R. DAMMANN, *La fiducie sur ordonnances*, *D.*, 2009, 670.

¹⁴²³ Cette institution ne doit pas être confondue avec la personne qualifiée désignée par la Maison Départementale des Personnes Handicapées (MDPH) pour proposer des mesures de conciliation en cas de désaccord sur une décision prise par la Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées (CDAPH), prévue par l'article L. 146-10 CASF. Ce code manie l'équivoque malgré une volonté de rendre les normes accessibles et compréhensibles (Sénat. La qualité de la loi. Note de synthèse du service des études juridiques n° 3, 1^{er} octobre 2007).

¹⁴²⁴ Art. L. 311-5 CASF.

¹⁴²⁵ M. LEVY, *La loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale : changement ou continuité*, *RDSS*, 2002. 423.

¹⁴²⁶ M. LAGRAULA-FABRE, *La violence institutionnelle dans les établissements sociaux et médico-sociaux, une question de droit ?* *RDSS*, 2005. 110.

permet de pallier un déséquilibre des forces¹⁴²⁷ et peut être le moyen de signaler des violences institutionnelles dont les victimes ou les institutions n'avaient pas pu ou pas voulu faire état¹⁴²⁸. Hélas, le labyrinthe du système médico-social ne facilite pas ce recours et la personne qualifiée n'occupe toujours pas la place qui pourrait être la sienne.

373. Une institution contre le non-recours ? — De nombreuses personnes ne sollicitent pas les dispositifs d'aide dont elles sont pourtant les destinataires, pour deux raisons principales : elles ne les connaissent pas ou qu'elles ne les comprennent pas¹⁴²⁹. L'effectivité de la norme est présentée comme une préoccupation forte, la loi de rénovation de l'action sociale affirmant que l'exercice¹⁴³⁰ effectif¹⁴³¹ des droits et libertés individuels est garanti à chacun de ses usagers. On ne peut cependant se contenter d'une information si massive qu'elle en est impénétrable. Une Caisse d'allocations familiales¹⁴³² et la Caisse interprofessionnelle de prévoyance et d'assurance vieillesse de sécurité sociale (CIPAV)¹⁴³³ ont d'ailleurs été condamnées pour n'avoir pas délivré l'information et le conseil dus aux bénéficiaires. Permettre la circulation et la compréhension de l'information sur les droits nécessite sans doute d'aller à la rencontre des personnes en difficulté, qui ne sont peut-être pas encore des usagers de l'action sociale faute de l'avoir demandé. La personne qualifiée pourrait contribuer à la lutte contre le non-recours mais cela paraît bien ambitieux dans la mesure où elle n'a même pas pris l'essor espéré auprès de ses bénéficiaires.

¹⁴²⁷ M. BADEL, La participation de l'utilisateur, *RDSS*, 2004, 804.

¹⁴²⁸ Il était prévu de regrouper ces signalements avec d'autres afin qu'ils soient traités par une cellule interinstitutionnelle spécialisée dans le traitement et le suivi des signalements (Circulaire DGAS/SD2 n° 2002-280 du 3 mai 2002 relative à la prévention et à la lutte contre la maltraitance envers les adultes vulnérables, et notamment les personnes âgées). La personne qualifiée est en revanche absente de dispositifs plus récents (Circulaire n° DGCS/SD2A/2014/58 du 20 février 2014 relative au renforcement de la lutte contre la maltraitance et au développement de la bientraitance des personnes âgées et des personnes handicapées dans les établissements et services médico-sociaux relevant de la compétence des ARS).

¹⁴²⁹ D. ROMAN, Les enjeux juridiques du non-recours aux droits, *RDSS*, 2012, 603. M. BORGETTO, M. CHAUVIERE, B. FROTIEE, D. RENARD, Les débats sur l'accès aux droits sociaux entre lutte contre les exclusions et modernisation administrative, Dossier d'études de la CNAF, n° 60, septembre 2004, p. 16.

¹⁴³⁰ Art. L. 311-3 CASF.

¹⁴³¹ Art. L. 311-4 CASF.

¹⁴³² Cass. civ. 2^e, 4 novembre 2010, pourvoi n° 09-17. 149 : il est « *fait obligation aux organismes débiteurs des prestations familiales et à leur personnel d'assurer l'information des allocataires sur la nature et l'étendue de leurs droits* ».

¹⁴³³ Cass. civ. 2^e, 25 mai 2004, pourvoi n° 02-30. 997 : la CIPAV a manqué à son devoir d'information en n'avertissant pas un ancien combattant d'Afrique du Nord des droits spécifiques dont il pouvait se prévaloir lors de la liquidation de sa retraite.

374. Une institution indépendante ? — La personne qualifiée est désignée conjointement par le Préfet de département, le directeur de l'Agence régionale de santé (ARS) et le président du conseil général. Elle rend compte de son action à la personne qui l'a sollicitée mais aussi au Préfet du département et à la Direction départementale de la cohésion sociale, qui ont compétence pour contrôler les services mandataires judiciaires à la protection des majeurs ¹⁴³⁴.

Lors des travaux parlementaires, il avait été proposé que le Médiateur désigne la personne qualifiée, afin d'assurer son indépendance et d'éviter les conflits d'intérêts en cas de réclamations mettant en cause l'autorité de contrôle ou de tarification ¹⁴³⁵. Un amendement avait aussi proposé de soumettre la désignation à l'avis d'une commission départementale consultative, comprenant notamment des représentants des collectivités territoriales, des professions sanitaires et sociales, des institutions sociales et médico-sociales et des personnes accueillies par ces institutions ou susceptibles de l'être. Cet amendement avait été adopté ¹⁴³⁶, puis cette sécurité a disparu avec la réforme de l'organisation et du fonctionnement du système de santé ¹⁴³⁷. Ce choix, issu d'un amendement dit de cohérence, supprime une mesure visant à garantir l'indépendance et la qualité de la personne qualifiée.

Sur le terrain, les listes établies dans les départements montrent que les personnes désignées connaissent le secteur social et médico-social en tant qu'ancien cadre de direction ou membres d'organismes consultatifs ¹⁴³⁸. De fait, elles appartiennent à des réseaux formels et informels, ce qui doit les conduire à redoubler de vigilance, instaurer une distance nécessaire et éviter toute influence directe ou indirecte sur leurs actes.

375. Des pouvoirs limités ? — La personne qualifiée intervient sur demande, au cas par cas. Pour qu'elle puisse être sollicitée, il faut déjà qu'elle existe ¹⁴³⁹ et il faut encore que les usagers

¹⁴³⁴ Art. L. 311-5 CASF.

¹⁴³⁵ M. -C. BEAUDEAU, Groupe communiste républicain et citoyen, discussion Sénat du 31 octobre 2001.

¹⁴³⁶ C. -L. CAMPION, amendement n° 163, soumis au Sénat le 31 octobre 2001. L'amendement visait à « s'assurer de l'objectivité, de la qualité et de l'intégrité de la personne qualifiée ».

¹⁴³⁷ Ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements ou de services sociaux ou médico-sociaux soumis à autorisation. Cette ordonnance a été ratifiée par la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, art. 4.

¹⁴³⁸ P. ex. dans la Vienne, La Croix rouge, le Comité Départemental des Retraités et Personnes Âgées (CODERPA). Arrêté DDASS-DISS n° 2008-A-DISS-SE-0151 du 30 septembre 2008.

¹⁴³⁹ H. RIHAL, La loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale évite-t-elle la maltraitance en institution ? *RDDS*, 2006. 100. Caisse régionale de la santé et de l'autonomie (CRSA) PACA, juillet 2012 : « les personnes qualifiées restent un dispositif quasiment inexistant dans la région PACA. En effet, près de 70 % des ESMS interrogés déclarent ne pas avoir connaissance de la liste des personnes qualifiées du département. Sur les

ou leurs proches aient connaissance de son existence, de son rôle et de son fonctionnement. Faut de quoi, le recours à la personne qualifiée serait lui-même sans effectivité et l'on ne ferait pas davantage valoir ses droits indirectement que directement. C'est pourquoi un décret a prévu qu'une notice d'information soit obligatoirement et immédiatement remise par les services mandataires aux personnes protégées. Cette notice comprend impérativement « *la liste et les modalités pratiques de saisine des personnes qualifiées* »¹⁴⁴⁰. Il est important de noter que la personne protégée dont la mesure est exercée par un mandataire à titre individuel ne dispose pas d'un tel recours. Cette activité, en raison de son mode d'exercice, ne figure pas dans la liste des établissements et services sociaux et médico-sociaux. Selon le mode d'exercice, la personne protégée dispose donc ou non du recours à une personne qualifiée, ce qui est discutable en raison de l'inégalité de traitement que crée ce choix.

Dans le cadre d'autres activités sociales, elle a expressément vocation à accompagner l'usager ou à l'assister devant des commissions¹⁴⁴¹. Les textes ne disent pas si elle est un médiateur ou un conciliateur, ils énoncent seulement qu'elle aide la personne à faire valoir ses droits. Elle n'est donc pas tout à fait neutre mais se présente davantage comme le représentant de l'usager. Ainsi, elle a plutôt pour fonction de soulever des questions que d'apporter des réponses, même si elle peut être force de proposition¹⁴⁴². Parce qu'elle rend compte aux autorités de contrôle, elle permet aussi de signaler des dysfonctionnements¹⁴⁴³. En outre, elle informe le demandeur des suites réservées à sa démarche, des mesures envisageables et des actions entreprises. Elle a la faculté d'informer le gestionnaire de

six départements de la région PACA, les départements du Vaucluse et des Alpes Maritimes semblent les seuls en possession d'un arrêté de personnes qualifiées ». CRSA Aquitaine, juin 2012 : « 59 % des établissements interrogés n'ont pas connaissance de la liste des « personnes qualifiées » en vigueur dans leur département ».

¹⁴⁴⁰ CASF, Annexe 4-2. Décret n° 2008-1556 du 31 décembre 2008 relatif aux droits des usagers des mandataires judiciaires à la protection des majeurs et des délégués aux prestations familiales.

¹⁴⁴¹ Le contrat de soutien et d'aide par le travail (Annexe 3-9 CASF, art. 8) prévoit un appel à la personne qualifiée en cas de difficultés dans l'application du contrat. La personne qualifiée à vocation à accompagner le travailleur handicapé. Si un travailleur handicapé voit son accueil en Établissement et service d'aide par le travail (ESAT) suspendu, il peut se faire assister par une personne qualifiée devant la Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées (CDAPH) compétente pour se prononcer sur son orientation (Art. R. 243-4 CASF).

¹⁴⁴² D. EVERAERT-DUMONT, Les droits des usagers des établissements et services sociaux et médico-sociaux : quelle évolution ? *Dr. soc.*, 2005, 311.

¹⁴⁴³ Ce qui la dote « *d'un pouvoir de contrainte de fait, sinon de droit* ». M. LEVY. La loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale : changement et/ou continuité. *R.D.S.S.*, 2002. 423.

l'établissement ou du service mis en cause¹⁴⁴⁴. Si besoin elle rend également compte à l'autorité judiciaire.

§2. LA JUDICIARISATION DU CONTRAT

- 376.** La conception classique est celle d'un contrat intangible, opposée à l'immixtion du juge. Les parties ont seules le pouvoir de modifier ou de rompre le contrat. Certaines interventions du juge existent néanmoins mais elles ne vont pas jusqu'à admettre la révision pour imprévision¹⁴⁴⁵. L'incertitude des contrats relationnels invite au contraire à leur flexibilité et à une vision dynamique du juge. Elle justifie un principe d'intervention judiciaire en protection des majeurs (A) et une fonction d'alerte des tiers (B).

A. Le principe d'intervention judiciaire en protection des majeurs

- 377. Le principe de révision des mesures de protection.** — Le jugement qui prononce l'ouverture d'une mesure de protection reconnaît une situation de vulnérabilité antérieure et constitue en réponse une situation de protection dans laquelle prend place le document individuel de protection.

L'autorité de la chose jugée prend ici un aspect particulier. Outre le fait qu'une mesure de protection est désormais à durée déterminée¹⁴⁴⁶, la décision de justice qui la prononce est révisable à tout moment. Le juge des tutelles peut toujours mettre fin à une mesure, la modifier ou la substituer par une autre¹⁴⁴⁷. À cette fin, il peut se saisir d'office. La procédure de révision est en effet plus légère que la procédure d'ouverture. Toutefois, lorsqu'il veut renforcer la mesure, le juge doit suivre la procédure complète. Les conditions sont alors les mêmes que celles requises pour l'ouverture : saisine par une personne habilitée¹⁴⁴⁸ et

¹⁴⁴⁴ Décret n° 2003-1094 du 14 novembre 2003 relatif à la personne qualifiée mentionnée à l'article L. 311-5 du Code de l'action sociale et des familles.

¹⁴⁴⁵ Cass. civ. 6 mars 1876. *D.*, 1976. 1, 193 ; GAJC, t. 2, 11^e éd., n° 163. Le juge peut réviser une clause pénale (art. 1152 C. civ.) ou accorder un délai en cas d'inexécution (art. 1184 C. civ.), des délais de grâce (art. 1244-1 C. civ.) ; en droit de la consommation, il a le pouvoir d'effacer des dettes (art. L. 330-1 C. consom.).

¹⁴⁴⁶ Dont découle le réexamen périodique des situations. C'est un principe posé par la réforme du 5 mars 2007. Art. 441 et 442 C. civ. : la durée de la première mesure de curatelle ou de tutelle est de 5 ans, renouvelable pour une même durée ou plus sous certaines conditions, mais toujours à durée déterminée. Une mesure de sauvegarde ne peut excéder un an (art. 439 C. civ.). La mesure d'accompagnement social personnalisée est limitée à deux ans (art. L. 271-2 CASF), tout comme la mesure d'accompagnement judiciaire (art. 495-8 C. civ.).

¹⁴⁴⁷ Art. 442, al. 3 C. civ.

¹⁴⁴⁸ Art. 430 C. civ.

production d'un certificat médical circonstancié ¹⁴⁴⁹. Il convient donc de se demander, dès le début de la procédure de révision, si le renforcement est envisagé car celui-ci ne pourra être prononcé que si la procédure complète a été suivie. La cour d'appel de Rouen l'a rappelé aux juges du fond par un arrêt avant dire droit en date du 26 juillet 2013 ¹⁴⁵⁰. Dans cette affaire, une personne avait été placée sous curatelle simple par une ordonnance de février 2012, en raison notamment de troubles cognitifs et d'un faible niveau socio-éducatif. Le curateur, confronté au refus de la personne protégée de le recevoir et de le rencontrer, était mis dans l'impossibilité d'exercer sa mission. Afin de ne pas laisser les dettes s'accumuler et de pouvoir proposer une prise en charge médicale appropriée, le curateur a saisi le juge des tutelles au mois de septembre afin de faire désigner un médecin en vue d'une aggravation de la mesure. Le juge des tutelles a brûlé cette étape et directement prononcé, en novembre 2012, une mesure de curatelle renforcée. Sur appel formé par la personne protégée, la cour de Rouen a rappelé que « *le préalable à une décision de renforcement de la mesure suppose un avis médical* » et qu'une demande de désignation d'un médecin ne pouvait suffire à fonder une demande d'aggravation. La cour a donc jugé, avant dire droit, de désigner un médecin inscrit afin d'obtenir le certificat circonstancié requis. La mesure peut donc évoluer avec les aptitudes de fait de la personne, des précautions particulières étant prises si la décision est dans le sens d'une restriction de ses droits ¹⁴⁵¹.

¹⁴⁴⁹ Art. 431 C. civ.

¹⁴⁵⁰ CA Rouen, 26 juillet 2013, RG n° 12/05496.

¹⁴⁵¹ Il conviendrait certainement de donner à la justice les moyens d'apporter au traitement de ces dossiers le temps qu'ils méritent. Les audiences de renouvellement - qui devaient avoir été organisées avant la fin de l'année 2013 (sous peine de caducité de toute mesure antérieure à l'entrée en vigueur de la réforme) ont, pour beaucoup, seulement duré dix minutes. C'est peu pour comprendre la situation d'une personne dans toutes ses dimensions et perspectives. C'est peu de respect, aussi, quand cette même personne est intimidée par le magistrat, n'a pas dormi de la nuit en songeant à son audition, a fait cinquante kilomètres pour rejoindre le tribunal le plus proche (grâce à la réforme de la carte judiciaire qui a supprimé « son » tribunal). Or la réforme a eu pour effet, souligné par la Cour des comptes, d'augmenter la charge de travail des juridictions, tant pour les magistrats que pour les greffes. Les parquets sont destinataires des signalements du fait de la suppression de la saisine d'office du juge des tutelles et ils doivent viser les dossiers pour permettre la révision des mesures, aujourd'hui prononcées à durée déterminée. Cette obligation de révision a aussi touché les juges des tutelles. Surtout, ces derniers sont davantage sollicités pour de nombreux événements de la vie des personnes protégées puisque leur intervention est largement requise dans le domaine si sensible de la protection de la personne. (V. E. BOCQUET, E. HERVE, La réforme de la protection des majeurs : un bilan d'étape préoccupant, Rapport d'information Sénat, Commission des finances, 31 janvier 2012). Pour les greffes, la vérification des comptes et les tâches administratives ont également augmenté. Ces derniers ont vivement manifesté en 2014 leur épuisement et dénoncé l'insuffisance des moyens de la justice (V., p. ex. M. LEPLONGEON, Le Point, 29 avril 1994. Le journaliste évoque un écriteau portant le message : « *Non à la justice du XXI^e siècle avec les moyens du XIX^e* »).

378. La précarité du mandat de protection future. — Le mandat de protection future, unique mesure de protection dont la durée n'est pas déterminée, est un contrat sous surveillance, modifiable et révocable. Le juge des tutelles et le procureur de la République exercent ensemble une surveillance générale sur les mesures de protection dépendant du ressort de leur juridiction ¹⁴⁵². Le mandat de protection future, inscrit dans le Chapitre II du Titre XI du Code civil, est une mesure de protection juridique des majeurs parmi d'autres, logiquement soumis à cette surveillance. Les magistrats peuvent donc convoquer le mandataire en tant que personne chargée de la protection et obtenir toute information relative au contrat ¹⁴⁵³. Le contenu du contrat peut être modifié par le juge des tutelles qui a le pouvoir de « *statuer sur les conditions et modalités de son exécution* » ¹⁴⁵⁴. Il peut compléter le mandat par une mesure judiciaire ou désigner un mandataire *ad hoc* pour accomplir des actes non prévus par le mandat ¹⁴⁵⁵. Il intervient pour autoriser que le mandataire soit déchargé de ses fonctions ¹⁴⁵⁶ et peut le révoquer si la personne protégée n'est plus dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération de ses facultés ¹⁴⁵⁷. Si le juge des tutelles décide d'ouvrir une mesure de protection, le mandat en cours d'exécution prend fin automatiquement, l'article 483, 2^o, du Code civil prévoyant que le mandat mis à exécution prend fin par le placement du majeur en curatelle ou en tutelle, sauf décision contraire. La Cour de cassation a fait application de ce texte dans un arrêt de rejet rendu en 2013 ¹⁴⁵⁸. Une personne placée sous sauvegarde de justice avait conclu un mandat de protection future. Plus tard, une mesure de curatelle avait été ouverte. Le père, désigné en qualité de mandataire, était alors choisi comme curateur. Il était le protecteur, conformément aux sentiments de la personne protégée mais il souhaitait voir primer le mandat, fondant son pourvoi sur la capacité du majeur sous sauvegarde. La Cour de cassation se place sur un autre terrain et se contente de manière lapidaire de constater que le prononcé d'une curatelle met fin au mandat mis à exécution. Ce faisant, elle paraît demeurer méfiante à l'égard des mandats conclus alors

¹⁴⁵² Art. 416 C. civ.

¹⁴⁵³ L'obligation est rappelée et précisée pour le mandat sous seing privé à l'article 484 du Code civil qui prévoit que le mandataire conserve l'inventaire, ses actualisations, les comptes et les pièces justificatives s'y rapportant, et qu'il est tenu de les présenter aux magistrats sur leur demande.

¹⁴⁵⁴ Art. 484 C. civ.

¹⁴⁵⁵ Art. 485 C. civ.

¹⁴⁵⁶ Art. 480 C. civ.

¹⁴⁵⁷ Art. 425 C. civ.

¹⁴⁵⁸ Cass. Civ. 1^{re}, 29 mai 2013, pourvoi n° 12-19. 851. *D.*, 2013. 2916 ; *D.*, 2013. 1815, note D. NOGUERO ; *RTD civ.*, 2013. 576, obs. J. HAUSER ; *AJ Famille*, 2013. 510, obs. Th. VERHEYDE ; *JCP G*, 2013, n° 36. 1571, note N. PETERKA ; *Dr. Famille*, 2013, obs. I. MARIA.

que l'altération des facultés est déjà médicalement constatée et évite de se prononcer sur le principe de subsidiarité ¹⁴⁵⁹ qui n'est d'ailleurs pas invoqué. Le contrat valablement conclu est ici complètement ignoré dans ses effets sans qu'une précision de fait ne soit apportée par la Cour de cassation aux fins d'explicitation.

379. Une application de la théorie de l'imprévision. — Comme le mandat de protection future, la fiducie est un contrat dont l'exécution s'étale dans le temps. Les besoins d'ajustement sont prévisibles. Après l'acceptation du bénéficiaire, le contrat peut être modifié ou révoqué par décision de justice ¹⁴⁶⁰. Tel est le cas si le bénéficiaire n'accepte pas la modification ou la révocation. Un encadrement de ce pouvoir du juge avait été envisagé dans les travaux parlementaires qui proposaient d'ouvrir au fiduciaire seulement la demande de révision ou de résiliation et uniquement dans les conditions de révision des charges grevant les libéralités prévues par le Code civil ¹⁴⁶¹. Le texte finalement retenu est beaucoup moins restrictif. Il cantonne le pouvoir du juge aux cas dans lesquels le bénéficiaire n'accepte pas la demande qui lui est présentée et permet notamment de désigner un nouveau fiduciaire. Il permet donc de passer outre le refus du bénéficiaire. Certains auteurs voient là une admission de la théorie de l'imprévision. Le texte est muet sur les éléments d'appréciation exploitables par le juge, qui devrait rechercher l'existence de justes motifs et qui pourrait tenir compte de la perte d'intérêt dans le contrat ¹⁴⁶², du changement imprévisible des circonstances ou des attentes légitimes des parties ¹⁴⁶³.

380. La contrainte d'accompagnement social. — Les dispositions relatives à la mesure d'accompagnement social personnalisé font intervenir plusieurs juges. Le juge d'instance, tout d'abord, peut être saisi par le président du conseil général si la personne visée refuse de conclure un contrat ou si les clauses de celui-ci n'ont pas été respectées. Si la personne n'a pas payé son loyer depuis deux mois, le président du conseil général peut demander le

¹⁴⁵⁹ Art. 428 C. civ.

¹⁴⁶⁰ Art. 2028 C. civ.

¹⁴⁶¹ X. de ROUX, Rapport n° 3655 fait au nom de la commission des finances, déposé le 1^{er} février 2007.

¹⁴⁶² C'est un critère retenu par l'avant-projet de réforme du droit des obligations proposant que, faute d'une clause en ce sens, « *la partie qui perd son intérêt dans le contrat peut demander au président du tribunal de grande instance d'ordonner une nouvelle négociation* » (art. 1135-2 avant-projet CATALA, 2005).

¹⁴⁶³ Les propositions de réforme faites sous la direction du Professeur TERRE sont en ce sens : faute d'accord des parties sur la renégociation « *lorsque l'exécution devient excessivement onéreuse pour l'une d'elles par suite d'un changement imprévisible des circonstances et qu'elle n'a pas accepté d'en assumer le risque lors de la conclusion du contrat* », « *le juge peut adapter le contrat en considération des attentes légitimes des parties ou y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe* ». (F. TERRE, Dir. Pour une réforme du droit des contrats : réflexions et propositions d'un groupe de travail. Paris : Dalloz, 2009, art. 92).

versement direct des prestations au bailleur afin de couvrir le loyer et les charges. Ce versement peut être ordonné pour deux ans ¹⁴⁶⁴. Il peut donc y avoir contrainte alors même que la personne a refusé de conclure le contrat et, si elle l'a signé, elle n'a pas nécessairement entendu donner un mandat de gestion de ses allocations. Néanmoins, le juge peut l'imposer sur demande du conseil général. C'est là une mission autoritaire qui, visant à prévenir une expulsion, exerce une pression forte sur la personne engagée dans les liens d'un contrat d'accompagnement ou seulement entrée en pourparlers. Ensuite, si le dispositif d'accompagnement a montré ses limites, c'est le juge des tutelles qui peut être saisi par le procureur de la République, après transmission par le président du conseil général. Le juge pourra ordonner une mesure judiciaire d'accompagnement ¹⁴⁶⁵ ou de protection si une altération des facultés le justifie ¹⁴⁶⁶. Parce que les résultats attendus de l'exécution du contrat ne sont pas atteints, une mesure judiciaire peut être ordonnée. L'engagement dans un contrat d'accompagnement n'est donc pas anodin. La modification et la rupture sont laissées au pouvoir des parties mais se révèlent de faible intérêt pratique du point de vue contractuel tandis que le juge a un réel pouvoir coercitif. Enfin, certains Conseils généraux ont prévu dans leurs modèles de contrats la compétence du juge administratif en cas de désaccord persistant sur l'application du contrat d'accompagnement ¹⁴⁶⁷. D'autres ont simplement signalé la compétence administrative en cas de recours contre la décision d'admission dans le dispositif ¹⁴⁶⁸. Les textes n'ont pas donné d'indication sur la compétence du juge administratif. L'administration est effectivement partie dans ce cas où une personne privée est face à une collectivité publique et la mission d'action social est une mission « *d'intérêt général et d'utilité sociale* » ¹⁴⁶⁹. Le spectre du juge exerce indéniablement une emprise sur le contrat d'accompagnement.

¹⁴⁶⁴ Il ne peut toutefois pas aller jusqu'à priver la personne ni les personnes à charge des ressources nécessaires à leur subsistance : art. L. 271-5 CASF.

¹⁴⁶⁵ Art. 495 C. civ.

¹⁴⁶⁶ Art. L. 271-6 CASF.

¹⁴⁶⁷ C'est le cas du département de la Vienne. (Conseil général de la Vienne. Contrat de mesure d'accompagnement social personnalisé).

¹⁴⁶⁸ C'est le cas du Pas de Calais, dont le règlement départemental d'aide sociale rappelle la possibilité de recours contre la décision d'attribution de la MASP. Le règlement départemental d'aide sociale des Alpes de Haute Provence mentionne le recours contentieux sans autre précision.

¹⁴⁶⁹ Art. L. 311-1 CASF. Une telle mission peut être rattachée au service public (O. POINSOT. Les institutions privées et le service public de l'action sociale et médico-sociale. RGCT 2005. 415) ou être considérée comme une mission nouvelle (A. EUILLET. L'utilité sociale : une notion dérivée de celle d'intérêt général. RDSS, 2002. 207). L'ambivalence persiste.

381. Une source d'information exploitable pour le suivi du projet d'intervention tutélaire. — Concernant le document individuel de protection, il n'est nullement fait référence au juge si ce n'est, indirectement, au juge des tutelles qui a ordonné la mesure et qui assure le suivi de son exécution. Les mesures judiciaires relèvent elles aussi de l'action sociale et s'inscrivent dans les missions d'intérêt général et d'utilité sociale. Le service public des tutelles apparaît encore imparfait¹⁴⁷⁰ bien que la protection des majeurs puisse être qualifiée de « *composante du service public de la justice* »¹⁴⁷¹. L'intervention du juge n'est pas envisagée concernant le document individuel de protection. Certains juges des tutelles demandent communication de ce document à titre d'information. Ils pourraient éventuellement attirer l'attention du mandataire judiciaire sur une action prioritaire et lui enjoindre d'accomplir un acte ou de tenir compte de sa nécessité dans les objectifs personnalisés de la mesure. Potentiellement, le juge des tutelles peut constamment intervenir sur le contenu de l'action tutélaire. Il n'existe aucune jurisprudence sur cette question mais la responsabilité du mandataire pourrait être appréciée à l'aune des engagements pris dans le document individuel.

B. La fonction d'alerte des tiers

382. Les cas d'ingérence prévus par la loi. — Le contrat de protection met en présence deux parties de force inégale. L'interventionnisme du juge est complété par l'ingérence de tiers¹⁴⁷² qui le favorisent. La relation entre le juge et le contrat se trouve ainsi médiatisée. Le juge des tutelles peut se saisir d'office pour « *mettre fin à la mesure, la modifier ou lui substituer une autre mesure* »¹⁴⁷³. Ce pouvoir est certes important mais, faute d'être lui-même sur le terrain, le juge se saisit sur la foi d'informations qui lui sont communiquées par des tiers, proches et moins proches de la personne protégée. Des tiers peuvent donc intervenir dans la relation entre le protégé et son protecteur. Il peut s'agir d'intervention relatives tant à la protection du patrimoine qu'à la protection de la personne.

¹⁴⁷⁰ « *La loi du 5 mars 2007 peut être présentée comme l'aboutissement et la prolongation de ce qui ne fut pas toujours obtenu en 1968 et notamment, espérons-le, la création d'un véritable service public des tutelles qui apparaît désormais, au moins, en gestation...* ». J. HAUSER. La réforme des régimes de protection des majeurs. *Dr. patr.* 2009, n° 180.

¹⁴⁷¹ S. GUERARD, Les missions du mandataire judiciaire à la protection des majeurs relèvent-elles d'un service public ? *Dr. Famille*, décembre 2012, n° 12, dossier 15.

¹⁴⁷² L'action des tiers sur les contrats déséquilibrés avait été perçue par le Pr. CARBONNIER. J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, t. 4, PUF, 16^e éd., 1992 (Thémis), n° 5, p. 21.

¹⁴⁷³ Art. 442 C. civ.

Dans l'exercice de toute mesure de protection, les tiers peuvent constater des dysfonctionnements et en faire le signalement. La personne protégée peut entretenir des relations avec qui elle veut, rendre visite et héberger les tiers de son choix ¹⁴⁷⁴. Un contentieux peut naître quant à l'exercice de ce droit de la personne protégée, le juge étant le plus souvent saisi par les tiers. Dès lors, le tiers peut obtenir de lui qu'il statue et tranche une question relevant de l'intimité de la vie privée.

Les tiers ont la faculté d'informer le juge « *des actes ou omissions du tuteur qui leur paraissent de nature à porter préjudice aux intérêts de la personne protégée* » ¹⁴⁷⁵. Lorsque ces actes ou omissions concernent l'emploi des capitaux et « *compromettent manifestement l'intérêt de la personne protégée* », les tiers n'ont plus le choix. Ils sont tenus d'aviser le juge des tutelles. Une place est faite aussi à la tierce opposition contre les décisions autorisant des actes en fraude des droits des créanciers. L'action des tiers permet ainsi la préservation des intérêts de la personne protégée et la préservation des intérêts de tout créancier dont les droits sont modifiés par la décision.

Dans la mesure d'accompagnement, en cas de versement direct des prestations au bailleur ¹⁴⁷⁶, le bénéficiaire peut demander la mainlevée ¹⁴⁷⁷. L'affaire est traitée comme en matière gracieuse ¹⁴⁷⁸, ce qui permet au juge de fonder sa décision sur tous faits, même non allégués par les parties et de procéder aux investigations et auditions qu'il estime utiles. Il est important de noter que, dans ce cas, un tiers peut être autorisé par le juge à consulter le dossier de l'affaire et à s'en faire délivrer copie, s'il justifie d'un intérêt légitime ¹⁴⁷⁹. Ce tiers pourra ainsi transmettre de nouveaux éléments d'appréciation au magistrat chargé de l'affaire. Dans le mandat de protection future, le compte peut être soumis à vérification par le juge des tutelles se saisissant d'office ¹⁴⁸⁰ ou saisi par le notaire ayant constaté une anomalie ¹⁴⁸¹. C'est un tiers non identifié ou le notaire qui met en action la demande judiciaire. La révocation du mandataire peut être prononcée par le juge « *à la demande de tout intéressé* » ¹⁴⁸².

¹⁴⁷⁴ Art. 459-2 C. civ.

¹⁴⁷⁵ Art. 499 C. civ.

¹⁴⁷⁶ Art. L271-5 CASF.

¹⁴⁷⁷ Art. R271-15 CASF.

¹⁴⁷⁸ Art. R. 271-9 CASF.

¹⁴⁷⁹ Art. 29 CPC.

¹⁴⁸⁰ Art. 486 C. civ.

¹⁴⁸¹ Art. 491 C. civ.

¹⁴⁸² Art. 483, 4^o C. civ.

« *Tout intéressé* » peut encore saisir le juge pour qu'il se prononce sur la mise en œuvre du mandat ou ses conditions et modalités d'exécution ¹⁴⁸³.

Dans le contrat de fiducie, le tiers contrôleur a qualité pour « *demander en justice la nomination d'un fiduciaire provisoire ou solliciter le remplacement du fiduciaire* » ¹⁴⁸⁴ si celui-ci « *manque à ses devoirs ou met en péril les intérêts qui lui sont confiés ou encore s'il fait l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire* ».

383. Mise en œuvre de l'intervention des tiers. — Les tiers peuvent influencer sur la vie privée des personnes protégées en sollicitant des décisions portant sur les relations qu'elles peuvent vouloir entretenir. Le juge se prononce en tenant compte de tous les éléments de contexte, de l'évolution de l'état de la personne et du comportement des proches. Ils peuvent aussi compromettre l'existence même du mandat de protection future.

Un juge des tutelles avait soumis à l'aval du protecteur les visites rendues à la personne protégée, dans le but de préserver sa sérénité. Il avait ensuite décidé que le protecteur organiserait et autoriserait les visites. Les enfants de la personne protégée, accusés de comportements nuisibles, ont formé un recours contre cette décision. La cour d'appel les a déboutés, jugeant que les visites devaient être conformes à l'intérêt de la personne protégée ¹⁴⁸⁵.

Dans une autre espèce soumise à la cour d'appel de Versailles ¹⁴⁸⁶, le juge des tutelles avait placé une personne sous le régime de la tutelle et avait accordé à son compagnon un droit de correspondance épistolaire libre et téléphonique limité à certaines plages horaires. Le compagnon a interjeté appel, contestant la restriction de ses relations avec l'intéressée. Celle-ci, atteinte de la maladie d'Alzheimer à un stade avancé, a pu montrer par son attitude qu'elle acceptait de voir son compagnon, dont elle a déclaré se souvenir. La sœur de la personne protégée souhaitait qu'aucun droit ne soit accordé au compagnon, ce qui rejoignait la position du mandataire chargé de l'exercice de la mesure. Pour eux, ces contacts étaient de nature à perturber la personne protégée. Le Ministère public a rendu son avis, selon lequel il était dans l'intérêt de la majeure protégée de pouvoir maintenir le plus longtemps possible des contacts avec ses proches et notamment avec celui avec lequel elle avait partagé sa vie. Le médecin a constaté chez la majeure un besoin de compagnie. Il a conclu que si le demandeur n'était qu'un ami bienveillant, soucieux de son bien-être, les contacts ne pourraient pas être

¹⁴⁸³ Art. 484 C. civ.

¹⁴⁸⁴ Art. 2027 C. civ.

¹⁴⁸⁵ CA Nîmes, Ch. Civ. 2, section A, 24 janvier 2012, n° 11/01501.

¹⁴⁸⁶ CA Versailles, Ch. 1, section 1, 28 avril 2011, n° 10/08330.

préjudiciables. La cour a relevé la persistance de l'appelant, « *en dépit des difficultés rencontrées, des soupçons portés sur ses intentions, de son grand âge (88 ans) et de l'éloignement géographique à vouloir rendre visite à celle qu'il continue à aimer et qui a partagé sa vie pendant dix-sept ans* ». Dans cette affaire, le tiers a donc, sur sa demande, été autorisé à rendre visite à son ancienne compagne, à son domicile, un après-midi par mois à compter de 12 heures, le droit de correspondance et d'appel téléphonique prévus dans le premier jugement étant maintenu. Le texte ici appliqué à une mesure de tutelle est applicable au mandat de protection lorsqu'il est étendu à la protection de la personne ¹⁴⁸⁷.

Une personne bénéficiait d'un mandat de protection future mis à exécution. Pour cette raison, le juge des tutelles avait écarté la mesure de tutelle sollicitée par le requérant. Celui-ci, frère du mandataire, exprimait de la méfiance à son égard et dénonçait une confusion entre les comptes du mandataire et celui de la personne protégée. Le déséquilibre budgétaire, le manque d'explications sur les moyens d'y remédier et le contexte familial caractérisaient l'insuffisance du mandat pour assurer la protection. Une tutelle fut donc ouverte par la Cour, qui désigna toutefois le mandataire déchu en qualité de tuteur. Le tiers a ici influé sur l'existence du mandat, dont il a obtenu l'extinction ¹⁴⁸⁸.

Dans une affaire concernant la protection des biens, il a été jugé que les bénéficiaires d'un contrat d'assurance-vie n'avaient pas qualité pour contester le rachat du contrat qui les avait privés de leurs droits. La cour d'appel de Rennes a fait une simple application de l'article 499 du Code civil qui réserve la tierce opposition à des créanciers en cas de fraude. Ce texte a consacré un revirement de jurisprudence car la tierce opposition avait été admise par la Cour de cassation en 2002 ¹⁴⁸⁹. La Cour était ensuite revenue sur cette position ¹⁴⁹⁰, ce qui avait été approuvé par la doctrine ¹⁴⁹¹ au motif qu'il n'y avait pas de raison de permettre la contestation d'un acte qui n'aurait pas pu être admise si la personne n'avait pas été placée sous un régime de protection et, aussi, en raison de l'insécurité qui aurait plané sur l'acte compte tenu du délai pour agir ¹⁴⁹².

¹⁴⁸⁷ Art. 479, al. 1 C. civ. : « *Lorsque le mandat s'étend à la protection de la personne, les droits et obligations du mandataire sont définis par les articles 457-1 à 459-2* ».

¹⁴⁸⁸ CA Rennes, 29 octobre 2013, RG 13/00748.

¹⁴⁸⁹ Cass. civ. 1^{re}, 3 décembre 2002, pourvoi n° 00-21524. JurisData n° 2002-016610.

¹⁴⁹⁰ Cass. civ. 1^{re} 12 décembre 2006, pourvoi n° 05-19219.

¹⁴⁹¹ T. FOSSIER. Les recours contre les autorisations judiciaires d'actes de disposition. *Dr. Famille*, 2007, n° 3, comm. 71.

¹⁴⁹² Il était alors de trente ans.

Les espèces étudiées montrent que les tiers sont des membres de la famille, ici des enfants, voire un compagnon, les bénéficiaires d'un contrat d'assurance-vie, des héritiers déçus. Dès que les questions se rapportent à l'argent, l'intérêt poursuivi n'est clairement plus celui du majeur protégé, alors que la place faite à « *tout intéressé* » ouvre largement l'action et tend au contraire à montrer l'importance attachée au sort de la personne protégée et à la défense de ses intérêts.

384. Conclusion du Chapitre II. Le mirage de la déjudiciarisation. — La liberté contractuelle qui a vocation à favoriser l'autonomie est étroitement surveillée. C'est sans doute à tort que l'on a pu affirmer qu'il y avait eu une demande sociale de déjudiciarisation ¹⁴⁹³. C'est plutôt la révision générale des politiques publiques (RGPP) ¹⁴⁹⁴, décidée par le Gouvernement en 2007, qui a véritablement motivé la poursuite de ce mouvement. Le recours au contrat permet de « désengorger » les tribunaux et de s'affranchir de la rigidité supposée des mesures judiciaires. Le contrat est promu comme un outil d'individualisation, de responsabilisation et d'éducation. Toutefois, le risque de non-recours est grand, tant pour la mesure d'accompagnement que pour le mandat de protection future et la mise en œuvre de ces contrats montre que le moindre problème fait ressurgir le juge. De plus, le nombre de mesures ouvertes depuis la réforme ne paraît pas en diminution, contrairement aux attentes du législateur. Faut-il le regretter ou suffit-il de rappeler que le juge est « *gardien des libertés individuelles* » ¹⁴⁹⁵, ce qui légitime son intervention dans le champ de la protection des majeurs, y compris lorsqu'elle prend une apparence contractuelle ? Le juge reparait partout, tant au stade de la formation qu'à celui de l'exécution du contrat. Il est ainsi devenu, avec d'autres, un tiers contrôleur habilité par la loi à intervenir dans le contrat pour l'adapter aux évolutions qui l'affectent, ce qui est conforme à l'approche relationnelle ¹⁴⁹⁶ et aux attentes légitimes des parties ¹⁴⁹⁷. Le professeur Carbonnier a vu en ces dernières un fondement de la force obligatoire du contrat, venant compléter l'autonomie de la volonté. Cette notion permet de

¹⁴⁹³ S. GABORIAU, Déjudiciarisation et administration de la justice, Promouvoir la « juridiversité », *LPA*, 14 juin 2012, n° 119, p. 3.

¹⁴⁹⁴ La RGPP est un mouvement de réforme de l'État visant, par une revue de l'ensemble des politiques publiques, à trouver des moyens et leviers de modernisation et d'économie. Cette méthode d'action a été remplacée en 2012 par la modernisation de l'action publique (MAP). L'intention générale affichée est de faire autant en dépensant moins. Les économies drastiques ont pris le pas sur l'évaluation de la pertinence et de l'efficacité des politiques publiques. La maîtrise des dépenses publiques reste cependant l'objectif. Les moyens de l'atteindre sont toutefois revus (davantage de dialogue, une meilleure gestion des ressources humaines). V. M. BONDZ, S. DELAPORTE *et al.* Bilan de la RGPP et conditions de réussite d'une nouvelle politique de réforme de l'État. Rapport de l'Inspection générale de l'administration, de l'Inspection générale des finances et de l'Inspection générale des affaires sociales au premier ministre, septembre 2012.

¹⁴⁹⁵ Art. 66 Constitution. D. 6. Recueil des obligations déontologiques des magistrats.

¹⁴⁹⁶ C. BOISMAIN, *op. cit.*, p. 435 et s. La méthode d'interprétation des contrats relationnels doit être concrète pour permettre leur ajustement. L'auteur préfère employer le terme de modification plutôt que de parler de révision pour imprévision et invoque Cicéron pour justifier l'inexécution contractuelle : « *il ne faut donc pas tenir les promesses qui peuvent être nuisibles à qui tu les as faites* ».

¹⁴⁹⁷ Le phénomène existe en droit de la concurrence et de la consommation. Y. GUENZOU. Entente et contrat : le trouble notionnel. *RTD civ.*, 2006. 273 ; J. ROCHFELD. L'actualité des sources du droit des contrats – Le renforcement des pouvoirs des tiers « contrôleurs » dans les réformes législatives et réglementaires récentes de droit du contrat de consommation. *RDC*, 2009, n° 3, p. 985.

tenir compte de la vision que chacune des parties se fait du contrat ¹⁴⁹⁸. L'attention prêtée aux attentes légitimes implique un examen concret du contrat qui permet d'éclairer le juge sur l'étendue et les limites des engagements des contractants. Ainsi, il ne nie pas la force obligatoire du contrat mais lui donne au contraire sa pleine mesure. Son pouvoir ne s'attaque pas de front à l'intangibilité du contrat mais vient davantage renouveler la conception traditionnelle qui fait du juge « *l'ennemi contractuel numéro 1* » ¹⁴⁹⁹.

385. Conclusion du Titre I. — L'examen des figures contractuelles créées par la réforme de 2007 à l'aune de la théorie du contrat relationnel ou, du moins, selon une approche relationnelle du contrat, permet de mettre en évidence leurs spécificités communes et de les ranger ensemble dans la catégorie des contrats de protection. Ces contrats s'inscrivent dans un mouvement qui inaugure, plus largement, le droit de la vulnérabilité, « *en construction* » ¹⁵⁰⁰. Il se compose à partir d'un modèle qui, lui-même, est en évolution et doit combiner les normes traditionnelles avec des normes nouvelles¹⁵⁰¹.

¹⁴⁹⁸ J. CARBONNIER, in L. CADIET (dir.), *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, 1986, PUF, p. 34 ; *id.* *Sociologie juridique*. PUF, 1994 (Quadrige), p. 134.

¹⁴⁹⁹ D. MAZEAUD. L'arrêt Canal « moins » ?, *D.*, 2010, 2481.

¹⁵⁰⁰ Incluant, outre le droit de la protection juridique, les diverses formes de l'action sociale, le droit de la consommation ou le droit de la santé. V. B. LAVAUD-LEGENDRE, La paradoxale protection de la personne vulnérable par elle-même : les contradictions d'un « droit de la vulnérabilité » en construction, *RDSS* 2010. 520.

¹⁵⁰¹ R. LAFORE, *Droit et pauvreté : les métamorphoses du modèle assistanciel français*, *RDSS*, 2008. 111.

TITRE II.

L'INFLUENCE DES SOURCES RENOUVELEES DE LA PROTECTION

386. Un changement d'ancrage normatif. — La norme d'« *harmonisation avec la matrice sociale* »¹⁵⁰² mise en évidence par Ian R. MACNEIL suppose qu'un contrat n'a de valeur et n'existe que dans un contexte social donné, ce qui souligne que si « *le droit est la formulation de l'ordre social établi* », il ne se limite pas à la loi¹⁵⁰³. D'autres règles sont à prendre en considération. MACNEIL conclut en émettant le souhait que les juges ne se contentent pas de la lettre du contrat et des textes de loi mais s'intéressent au contraire très largement au contexte social constitué, notamment, par les usages qui ont pu se développer entre les parties. Il faut alors dépasser les termes du contrat et le situer dans l'environnement qui l'englobe et le dépasse. Cet environnement favorise la conclusion de contrats et détermine largement leurs buts, laissant parfois de côté la phase de leur exécution. Au-delà de la lettre des textes de droit interne qui favorisent la conclusion de contrats de protection et en définissent les finalités, d'autres normes viennent préciser leur régime.

La contractualisation paraît faire primer l'individualité sur la généralité exprimée par la loi mais les contrats de protection, très marqués par l'individualisme des droits fondamentaux, sont également influencés par des normes d'inspiration collective. Les nouveaux contrats grandissent ainsi sur un terreau formé tant par l'expression des intérêts individuels que par des pratiques négociées.

Des normes extérieures au Code civil, supérieures ou parallèles, sont mises en avant. « *Dans le cas de figure qui nous intéresse, c'est-à-dire la protection juridique des majeurs, nous sommes bien dans le cadre des droits de l'homme d'essence individuel. Cela correspond aux besoins exprimés par la personne. Cependant, cette conception univoque doit intégrer l'organisation sociale collective. [...] Il est fondamental de concilier les deux aspects afin de respecter les principes posés par la Loi du 2 janvier 2002 de rénovation de l'action sociale et médico-sociale* »¹⁵⁰⁴. La contractualisation de la protection des majeurs porte sur des impératifs de protection de l'individu et de la société qui ne peuvent être abandonnés à la seule initiative privée. L'État se retire mais, à cette vague, succède aussitôt celle poussée par d'autres autorités, internationales ou scientifiques. Des normes supra contractuelles d'inspiration individualiste (Chapitre I) surplombent ainsi des normes supra contractuelles d'inspiration collective (Chapitre II).

¹⁵⁰² « *Harmonization with the social matrix* », V. C. BOISMAIN, th. précitée

¹⁵⁰³ Pour une traduction littérale, *ibid.*, n° 157, p. 22.

¹⁵⁰⁴ Préfet de la région poitou-charentes, Direction régionale de la jeunesse, des sports et de la cohésion sociale, Schéma régional des mandataires judiciaires à la protection des majeurs et des délégués aux prestations familiales 2010-2014, mars 2010, p. 66.

CHAPITRE I.

DES NORMES SUPRA CONTRACTUELLES D'INSPIRATION INDIVIDUALISTE

387. Depuis le XVI^e siècle se développe en Europe un courant humaniste qui fait de l'homme le centre de gravité de toute politique. Le travail social n'échappe pas à ce mouvement. L'une de ses caractéristiques est de placer l'utilisateur au centre du service ¹⁵⁰⁵. L'expression fait depuis longtemps florès et la réforme de la protection des majeurs en use copieusement depuis sa genèse. Derrière ce slogan, « *entré dans les mœurs du discours entendu de l'action sociale* » ¹⁵⁰⁶, il faut s'attacher à voir le chemin parcouru depuis les années 1970, de la reconnaissance des droits des personnes aidées par l'État providence à la reconnaissance de leur place grandissante dans les dispositifs qui leur ont été consacrés. L'utilisateur est devenu acteur, actif, et ses droits fondent désormais les devoirs des institutions. Le pas entre l'assistance et la responsabilisation a été franchi, lentement mais sûrement, ce qui n'est pas sans danger.

Au-delà du discours, il faut veiller à défendre l'idée que « *ce n'est pas la personne qui doit être au centre du dispositif mais le dispositif qui doit être centré sur elle* » ¹⁵⁰⁷, ce qui impose à l'institution de s'adapter et non à l'utilisateur de se plier à ses contraintes organisationnelles ¹⁵⁰⁸, de faire du sur-mesure et non de proposer des services conçus pour un utilisateur ou un groupe d'utilisateurs étalon.

C'est la référence aux droits fondamentaux qui entraîne la volonté d'individualisation des mesures de protection. La recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe aux États membres sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables ¹⁵⁰⁹ est d'ailleurs citée comme le socle du droit supranational de la protection des personnes vulnérables. Elle innerve le droit national et donne à voir les prémices d'un statut

¹⁵⁰⁵ M. -A. ROUX, Promouvoir la place de l'utilisateur, D'une vision mécaniste des professions du social vers un accompagnement moderniste et politique du citoyen, *Les cahiers de l'Actif*, n° 318-319, p. 137.

¹⁵⁰⁶ F. NOBLE, L'utilisateur au centre du dispositif, Énoncé d'une mission impossible, In C. Humbert, *Les usagers de l'action sociale : sujets, clients ou bénéficiaires ?*, L'Harmattan, 2000.

¹⁵⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁰⁸ Ce qui pourrait constituer une maltraitance institutionnelle. Cette notion est appréhendée par le secteur social avec diverses significations, et notamment les omissions préjudiciables ou les prises en charge inadaptées. V. N. CHAPON-CROUZET, De la maltraitance à la bienveillance institutionnelle, *Empan*, 2006/2, n° 62, p. 122. : « *Il existe une maltraitance institutionnelle non palpable, diluée dans des décisions inappropriées, répétées mais appliquées faute d'autres solutions envisageables à ce moment-là* ». La violence institutionnelle demeure dépourvue de définition juridique mais le droit pénal en permet indirectement la sanction. Il est tenu compte de la qualité de l'auteur, de la vulnérabilité de la victime, et du rapport de forces inégal entre eux. V. M. LAGRAULA-FABRE, La violence institutionnelle dans les établissements sociaux et médico-sociaux, une question de droit ?, *RDSS*, 2005, p. 110.

¹⁵⁰⁹ Recommandation n° R (99) 4 du Comité des ministres aux États membres sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables (adoptée par le Comité des Ministres le 23 février 1999, lors de la 660^e réunion des Délégués des ministres).

du majeur protégé ¹⁵¹⁰. Le secteur de l'action sociale admet que le contrat peut favoriser « *le caractère individuel d'une prise en charge, d'autant valorisée qu'elle s'inscrit dans le champ du collectif* » ¹⁵¹¹ et tend par ce moyen à réaliser les droits nouveaux des usagers, fruits de normes humanistes (Section I), ce qui conforte un mouvement de fondamentalisation du droit (Section II).

¹⁵¹⁰ F. VASSEUR-LAMBRY, Le statut civil du majeur protégé et le droit supranational des droits de l'homme, Droit de la famille n° 2, février 2011, dossier 3.

¹⁵¹¹ F. NOBLE, *op. cit.*, p. 70.

SECTION I.

LES DROITS DES USAGERS, FRUITS DE NORMES HUMANISTES

388. Des normes éminentes. — Les normes humanistes ont valeur de principes directeurs. Il s'agit, selon le Professeur JESTAZ, de « *droit révélé* », de normes passant « *pour supérieures aux autres, parce qu'exprimant des règles plus larges, plus hautes et pour tout dire plus éminentes* »¹⁵¹². Dans sa recommandation de 1999, le Comité du Conseil de l'Europe se dit « *convaincu de l'importance [...] du respect des droits de l'homme et de la dignité de chaque personne en tant qu'être humain* »¹⁵¹³. Ces deux éléments ne sont peut-être pas à considérer de façon égale. Le droit pénal aborde d'ailleurs différemment les libertés, la dignité et la personnalité. Il en traite dans deux chapitres distincts, parmi les atteintes à la personne. Le droit de l'action sociale, pour sa part, entend garantir l'exercice des droits individuels en assurant le respect de la dignité, de l'intégrité, de la vie privée, de l'intimité et de la sécurité de ses usagers¹⁵¹⁴, le libre choix entre les prestations offertes¹⁵¹⁵, le respect de leur consentement éclairé¹⁵¹⁶, la confidentialité et l'accès à l'information relative à leur prise en charge et à leurs droits¹⁵¹⁷, la participation à leur projet¹⁵¹⁸.

Parmi ces droits présentés pêle-mêle, certains paraissent insufflés du concept de dignité (§1), tandis que d'autres semblent plutôt marquer la place de l'utilisateur dans la société¹⁵¹⁹, signant ainsi « *la réappropriation de soi* »¹⁵²⁰ et l'affirmation d'un statut social de la personne protégée (§2).

¹⁵¹² Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, Paris, Dalloz, 2005 (Connaissance du droit), p. 23.

¹⁵¹³ Recommandation n° R (99) 4, préc.

¹⁵¹⁴ CASF, art. L. 311-3, 1°.

¹⁵¹⁵ *Ibid.*, 2°.

¹⁵¹⁶ *Id.*, 3°.

¹⁵¹⁷ *Id.*, 4°, 5° et 6°.

¹⁵¹⁸ *Id.*, 7°.

¹⁵¹⁹ J. SANCHEZ, *La dignité et la citoyenneté comme fondements des droits des usagers et l'évolution des politiques sociales*, *Empan*, 2006/4 n° 64, p. 13. L'auteur démontre que les concepts de dignité et de citoyenneté sont au fondement des droits des usagers, qui sont désormais des clients avec lesquels il convient de négocier.

¹⁵²⁰ La réappropriation de soi, de ses capacités ou compétences, est une reprise du pouvoir par la prise de parole, immédiate, des usagers. Il s'agit de passer de l'espace privé à la vie sociale puis, de là, à la vie politique. V. M. DUTOIT, C. DEUTSCH, *L'advocacy*, au service de la dignité de la personne, *La citoyenneté*

§1. DES DROITS INSUFFLES DU CONCEPT DE DIGNITE

389. La dignité apparaît d'abord comme le premier des droits. Bien qu'elle fût connue des droits occidentaux, le concept ne prit véritablement son essor en droit qu'après la deuxième guerre mondiale, pour atteindre le Code civil en 1994 par les lois dites « *de bioéthique* ». Son existence a ainsi précédé sa formulation juridique, devenue nécessaire parce que les droits avaient déjà révélé leur extrême fragilité. Si « *les droits de l'homme sont affirmés lorsqu'ils sont méconnus et parce qu'ils sont méconnus* »¹⁵²¹, les laisser sans assise solide les expose à l'anéantissement. La nature de la dignité reste l'objet d'une controverse doctrinale¹⁵²². Droit objectif ou subjectif, principe matriciel ou droit de l'Homme parmi les autres, elle ne se laisse pas complètement appréhender. Une approche philosophique propose de retenir deux conceptions principales de la dignité, révélées par son évolution historique et déclinées par les théoriciens. Le philosophe Éric FIAT distingue ainsi entre dignité ontologique et dignité posturale. L'auteur propose cinq conceptions de la dignité : bourgeoise, chrétienne, kantienne, relationnelle et moderne. Il se déclare lui-même « *kanto-relationnel* » et se dit inquiet de la conception moderne et des dérives qu'elle peut induire. La dignité ontologique est contemporaine de l'humanité, il suffit d'être un homme pour être digne. Cette dignité demeure, survit à la perte des facultés. La dignité posturale s'acquiert par une certaine tenue, par le maintien, la décence. Des conditions, des comportements peuvent être indignes. La conception moderne, caricaturant la pensée de DESCARTES¹⁵²³, fait passer le postural avant l'ontologique. Elle fait une corrélation dangereuse entre la dignité et l'autonomie¹⁵²⁴. D'abord, la dignité est une Loi, exprimée par l'article 16 du Code civil. Ensuite, la dignité se révèle effectivement intrinsèque, de l'essence de l'homme (A) ou extrinsèque, relative aux circonstances (B).

des usagers en santé mentale, *Empan*, 2006/4 n° 64, p. 97. Cette notion est à rapprocher de celle d'*empowerment*, *infra*, n° 412.

¹⁵²¹ Ph. MALAURIE, La convention européenne des droits de l'homme et le droit civil français, *JCP G*, n° 25, 19 juin 2002, I 143. V. aussi M. FABRE-MAGNAN, Dignité humaine, *In* J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J. -P. MARGUENAUD, D. RIALS, F. SUDRE (Dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2008, p. 226. V. aussi E. SLEDZIEWSKI, La dignité du sujet vulnérable, *Dr. Famille*, février 2011. Pour l'auteur, la dignité est une métavaleur dont on ne parle « *qu'à partir du moment où la valeur normale d'un être souffre d'un déficit de reconnaissance et qu'il devient urgent d'y remédier* ».

¹⁵²² E. DREYER, Les mutations du concept de dignité, *RRJ*, 2005-1, 19.

¹⁵²³ R. DESCARTES, *Discours de la méthode*, VI, Larousse, 1972, p. 97. Pour DESCARTES, sont des hommes les êtres qui peuvent « *composer un discours par lequel ils fassent entendre leurs pensées* ».

¹⁵²⁴ E. FIAT, *Grandeurs et misères des hommes*, Petit traité de dignité, Larousse 2010 (Philosopher).

A. La dignité intrinsèque, de l'essence de l'Homme

390. **Un droit ou un principe matriciel.** — Le droit de la protection des majeurs issu de la réforme de 2007 est pétri d'une conception humaniste qui se soucie d'assurer la dignité de la personne¹⁵²⁵. La réforme du 5 mars 2007 a intégré des impératifs reconnus internationalement, par la Déclaration universelle des droits de l'Homme, par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ou par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe¹⁵²⁶. Ces principes s'appliquent à tout mécanisme de protection juridique¹⁵²⁷. Le Comité déclare que « *le principe fondamental servant de base à ceux dégagés [...] est le respect de la dignité de chaque personne en tant qu'être humain* »¹⁵²⁸.

Cette règle a été traduite en droit interne par l'article 415, alinéa 2, du Code civil, qui dispose que la « *protection est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne* ». De cette manière, l'article 415 du Code civil ne paraît pas placer la dignité au dessus des autres droits mais plutôt en exiger un égal respect. La « *valeur éminente qui s'attache à toute personne* »¹⁵²⁹ est également une considération primordiale dans le dispositif international de protection des majeurs, mais la prééminence de cette place est partagée avec l'intérêt de l'adulte protégé¹⁵³⁰.

La dignité n'est donc pas présentée dans le Code civil comme le fondement des droits de l'Homme, comme un « *principe matriciel* »¹⁵³¹, ni « *placée au sommet de la hiérarchie des valeurs* »¹⁵³². Malgré cela, il paraît peu contestable qu'elle « *impose le respect de la personne, à la fois dans sa dimension individuelle, comme étant corps et esprit, mais aussi dans sa dimension sociale, comme étant membre d'une communauté à laquelle elle prend part* »¹⁵³³. Si la personne est au centre du dispositif de protection juridique, si la liberté de l'individu constitue le cœur des droits de l'Homme, c'est

¹⁵²⁵ L. TALARICO, La personne du majeur protégé, Thèse de doctorat, Droit privé, Lyon 3, 2008.

¹⁵²⁶ Recommandation n° R (99) 4, préc.

¹⁵²⁷ Recommandation n° R (99) 4, Partie 1, §3.

¹⁵²⁸ Recommandation, Principe 1.

¹⁵²⁹ G. CORNU (Dir.), Vocabulaire juridique, PUF, 8^e éd., 2007 (Quadrige), V^o Dignité.

¹⁵³⁰ Conférence de La Haye de droit international privé, Convention sur la protection internationale des adultes, 13 janvier 2000, préambule.

¹⁵³¹ B. MATHIEU, Pour une reconnaissance des principes matriciels en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme, *D.*, 1995. 211.

¹⁵³² L. BRUNEAU. Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant, Thèse, Toulouse, 2005, n° 20, p. 31. L'auteur pense que la dignité a une place dominante. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne tend à conforter cette position, en ce qu'elle place la dignité dans son article premier, la déclarant inviolable et la distinguant des autres droits et libertés, énoncés à sa suite.

¹⁵³³ L. BRUNEAU, *op. cit.*

la reconnaissance de l'humanité qui est au centre du concept de dignité. Pour cette raison, elle ne peut être mise au même plan que les droits de l'Homme ¹⁵³⁴. Elle est d'une autre nature et protège autrement l'Homme dans ce qui le constitue essentiellement, protégeant l'humanité en lui. La conception de la dignité influe sur son contenu. Principe matriciel, elle pourrait être circonscrite à la substance de l'humain ¹⁵³⁵. Concept autonome, elle pourrait demeurer souple, ne pas être stérilisée et pouvoir ainsi déployer toute son utilité ¹⁵³⁶. Aucun droit ne pourrait permettre d'entamer la dignité mais que la dignité peut justifier la limitation de tout droit, même fondamental. La dignité n'est pas un droit fondamental parmi les droits fondamentaux : elle en est la quintessence.

391. Le contenu de la notion de dignité. — L'article 415 du Code civil affirme que la protection est assurée dans le respect de la dignité de la personne. La place de cette règle dans le Code civil l'inclut dans les dispositions générales, communes à l'ensemble des majeurs protégés, tant dans le cadre judiciaire que dans le cadre contractuel du mandat de protection future. Les protecteurs professionnels ¹⁵³⁷ sont aussi soumis aux règles de l'action sociale qui est « *conduite dans le respect de l'égalité de tous les êtres humains* » ¹⁵³⁸. Toute personne prise en charge est créancière d'un droit au respect de « sa » dignité ¹⁵³⁹. L'emploi de l'article « la » ou de l'adjectif possessif « sa » peut susciter une interrogation sur la conception de la dignité, quant à son caractère objectif ou subjectif. Le Code civil retient manifestement une conception objective, peut-être plus protectrice que celle du droit de l'action sociale ou de la santé, qui pourraient admettre des interprétations variables, susceptibles de priver la notion de dignité de sens et d'efficacité. C'est que le droit civil pose des principes quand le droit de l'action sociale et le droit de la santé sont chargés de les appliquer.

La consécration légale de 2007 est opérée dans un mouvement amorcé avec la loi rénovant l'action sociale et médico-sociale ¹⁵⁴⁰ et poursuivi avec la Loi relative aux droits des malades

¹⁵³⁴ B. EDELMAN, La dignité de la personne humaine, un concept nouveau, *D.*, 1997. 185.

¹⁵³⁵ B. MATHIEU, La dignité de la personne humaine : quel droit ? Quel titulaire, *D.*, 1996. 282. L'auteur juge malheureuse l'extension du principe, estimant qu'elle lui fait perdre de sa force.

¹⁵³⁶ Telle est la position de B. EDELMAN, *op. cit.*

¹⁵³⁷ Ils le sont nécessairement lorsque le mandat de protection future est exercé par une personne morale puisque, dans ce cas, elle doit être un service inscrit sur la liste des mandataires judiciaires (art. 480 C. civ.).

¹⁵³⁸ Art. L. 116-2 CASF.

¹⁵³⁹ Selon l'art. L. 311-3 CASF.

¹⁵⁴⁰ Loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002.

et à la qualité du système de santé¹⁵⁴¹. En droit médical, la dignité est un droit fondamental¹⁵⁴². La notion se trouve détaillée et diffusée dans diverses branches du droit, rappelant sans cesse que l'existence humaine est conditionnée à la satisfaction de certains besoins et que la personne n'existe pas dignement sans que puissent être satisfaits les besoins d'éducation, de logement et de subsistance¹⁵⁴³. En effet, affirmer la dignité comme valeur protégée ne suffit pas. Elle doit renvoyer à des réalités tangibles. La conception posturale compte mais la conception ontologique prime.

392. Respecter la dignité. — Il n'existe pas encore de Code de déontologie des protecteurs professionnels. Des textes sur l'éthique ont été produits dans le seul cadre judiciaire¹⁵⁴⁴. Pour autant, leur lecture montre que la dignité est envisagée comme une notion englobant d'autres droits. C'est ce que proposent les références de l'UNAF en donnant à la dignité un contenu précis, expressément défini comme la protection du logement, la protection des biens et l'accès aux soins. Il s'agit ici de faire bénéficier la personne protégée de droits subjectifs. Ces mêmes références obligent par ailleurs à « *exclure toute attitude vexatoire ou attentatoire à la dignité de la personne* », sans autre précision. C'est donc ici une abstention qui est envisagée. La Charte de l'Association nationale des délégués et personnels des services de tutelles (ANDP) ne mentionne pas la dignité. L'ANDP l'évoque toutefois dans un référentiel d'activité en citant les textes qui la visent¹⁵⁴⁵ sans, apparemment, en tirer de conséquence précise sur les devoirs du mandataire judiciaire à la protection des majeurs. Toutefois, dans ces deux textes, l'ANDP envisage le « *souci de la personne* », « *de sa situation* », « *de son devenir* »¹⁵⁴⁶, aborde les « *techniques d'écoute et de la relation à la personne* »¹⁵⁴⁷. La dignité ne se réduit pas à l'octroi de droits ni à la création de conditions de vie « dignes ». Elle est la loi morale en tout homme, même en celui qui ne peut l'entendre ni la montrer. Si elle impose le respect, sa

¹⁵⁴¹ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002.

¹⁵⁴² C. EVIN, Les droits de la personne malade, Rapport 1996-16 de la Section Affaires sociales du Conseil économique et social, 1996.

¹⁵⁴³ A. SAYAG, Essai sur le besoin créateur de droit, Paris, LGDJ, BDP, n° 94, 1969.

¹⁵⁴⁴ Références éthiques et déontologiques UNAF-UDAF : valeurs et conduites dans nos services mandataires judiciaires à la protection des majeurs. UNAF, service EDA, Éthique et déontologie : Journée Nationale du 24 septembre 2010 ; ANDP, Charte professionnelle du MJPM : propositions de l'ANDP pour favoriser l'éthique et la déontologie, juin 2014.

¹⁵⁴⁵ Art. L. 116-2 CASF, art. 16-1-1 C. civ., art. 415 C. civ., art. L. 1111-4 C. santé publ., textes pénaux, Loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions.

¹⁵⁴⁶ Charte professionnelle du MJPM : propositions de l'ANDP pour favoriser l'éthique et la déontologie, 16 juin 2014.

¹⁵⁴⁷ Référentiel métier, juin 2013.

dimension relationnelle doit être mise en avant. La reconnaissance de la dignité par le mandataire lui donne sa pleine mesure. Il s'agit donc d'un devoir positif, qui consiste à regarder la personne protégée en tant qu'homme, toujours digne au-delà même de la perte de ses qualités. Même si l'autonomie n'a pu être préservée, l'être demeure, sa dignité demeure et s'impose à tous. Ainsi le médecin est-il chargé de sauvegarder la dignité du patient. La sauvegarde de la dignité est un principe à valeur constitutionnelle qui s'impose d'égale façon au mandataire ¹⁵⁴⁸. Il ne doit pas seulement s'abstenir d'agir de façon préjudiciable ni se contenter de procéder de façon technique. L'attention, l'écoute qu'il doit à la personne sur laquelle il est chargé de veiller, sont autant de marques de reconnaissance et de respect, sinon de dévouement et d'attachement. Cette dernière notion se veut proche de la conception sociale du mandataire judiciaire et, par suite, de la figure du travailleur social en tant que « *tisseur de liens* » ¹⁵⁴⁹. Elle suit un courant d'idées, le *Care*, qui soutient que la technique ne peut suffire et montre que ni l'obsession de la sécurité ni l'assurance de la satisfaction des besoins physiologiques ne sont des garanties de la dignité. On exprime par le terme *Care* « *le soin, dans sa dimension médicale, et le fait d'attacher de l'importance à la personne, de prendre soin de la personne* » ¹⁵⁵⁰. Cela consiste donc à être présent à l'autre, à l'accompagner, à être bienveillant, à prendre soin de lui, à être en relation avec lui ¹⁵⁵¹. On attend des manières d'agir de celui à qui l'on confie la noble mission de protéger. Elles ne peuvent être prescrites, leur autorité est axiomatique. Pourtant, il est possible de ne pas les suivre sans pour cela être exposé à des sanctions pénales. En effet, tous les faits ou abstentions blâmables ne correspondent pas nécessairement à une incrimination. Sur le plan disciplinaire ou civil, des sanctions restent possibles ¹⁵⁵² mais il faut encore les prouver, ce qui est particulièrement difficile lorsqu'il s'agit de rapporter la preuve de faits négatifs.

¹⁵⁴⁸ Le Conseil constitutionnel a consacré un principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine (Décision n° 94-343-344 DC du 27 juillet 1994).

¹⁵⁴⁹ B. MONTCLAIR, *Le travailleur social, un artisan tisseur de liens*, *Imaginaire & Inconscient* 2/ 2007 (n° 20), p. 159.

¹⁵⁵⁰ J. -C. AMEISEN, *Observations du Comité consultatif national d'éthique*, *RFDA*, 2014. 676.

¹⁵⁵¹ S. GUERIN, *Expérience du don et du care, société de service et personnes âgées*, *Gérontologie et société*, 2010/4 n° 135, p. 167 ; C. TOURETTE-TURGIS, M. TOCQUEVILLE, *Le care est-il un outil pour repenser l'urgence sociale ?*, *Empan* 1/ 2012 (n° 85), p. 160.

¹⁵⁵² M. LAGRAULA-FABRE, *La violence institutionnelle dans les établissements sociaux et médico-sociaux, une question de droit ?*, *RDSS*, 2005. 110.

La dignité peut être vue comme un droit de l'homme de la troisième génération, conduisant à la reconnaissance d'autres droits ¹⁵⁵³. Avec elle, le droit s'éloigne de la seule considération de l'individu pour concentrer son attention sur l'humanité. Le droit au respect de la dignité ne sera effectif pour les personnes protégées que si les praticiens de la protection des majeurs sont attentifs et inventifs ¹⁵⁵⁴.

Les textes visent à prévenir la maltraitance ainsi qu'à assurer, en les renforçant tout en les précisant, les droits et libertés individuels. Les droits fondamentaux et le contrat ne s'ignorent pas, tant parce que les premiers sont injectés dans le second sans que les parties l'aient expressément prévu que parce que les parties peuvent limiter et promouvoir directement les droits fondamentaux ¹⁵⁵⁵. L'objet d'un contrat de protection peut d'abord être redouté comme potentiellement attentatoire aux droits et libertés, mais le contrat doit impérativement les respecter et a même vocation à les promouvoir, dans un cadre procédural strict. Les droits et libertés ne servent plus seulement de référence : concernant tout ce qui est entré dans le champ contractuel, ils permettent de supprimer des clauses ou d'ajouter des obligations contractuelles et d'entrer dans le détail des conditions de la dignité ¹⁵⁵⁶.

B. La dignité extrinsèque, relative aux circonstances

- 393.** Le respect des droits de la personne impose des obligations de faire ou de ne pas faire : il ne doit pas être porté atteinte aux droits fondamentaux du majeur protégé qui doivent, au contraire, être garantis.
- 394. Des protections spécifiques.** — Le régime juridique du logement du majeur par exemple, qu'il soit placé sous sauvegarde, curatelle, tutelle ou qu'il soit protégé par un mandat de protection future, est de nature à rendre effectif le droit au respect de la dignité. Ainsi, tout acte de disposition concernant le logement doit être autorisé par le juge des tutelles ¹⁵⁵⁷. La

¹⁵⁵³ M. FABRE-MAGNAN, La dignité en Droit : un axiome, RIEJ 2007, Vol. 58, p. 1. Elle est un droit de troisième génération, apparaissant notionnellement après les droits civils et politiques, après les droits sociaux, mais essentiellement première, sa différence étant que son sujet n'est plus l'Homme mais l'humanité.

¹⁵⁵⁴ Art. L. 311-3 à L. 311-11 CASF.

¹⁵⁵⁵ L. MAURIN, Contrats et droits fondamentaux, Thèse, Aix-Marseille 2011.

¹⁵⁵⁶ J. ROCHFELD, De la poursuite et de la fondamentalisation des sources du contrat, RDC, 2004, n° 2, p. 31. V. encore E. GARAUD, cité par J. ROCHFELD : La religion du locataire : une donnée normalement extérieure au contrat de bail mais incorporable à celui-ci. RJPf, 2003/4 : l'auteur parle d'effet élusif ou additif des droits de l'Homme.

¹⁵⁵⁷ Art. 426 C. civ.

finalité de la mesure d'accompagnement social personnalisé, qui est le retour à l'autonomie, est d'éloigner la menace qui pèse sur la santé ou la sécurité du majeur.

395. Des sanctions pénales. — D'autres textes peuvent être sollicités pour la défense de la dignité, notamment parmi les dispositions du droit pénal. Ces dernières permettent de sanctionner les atteintes constatées dans les relations interindividuelles que sont l'obtention de fourniture de services peu ou pas rétribués et la soumission « *à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine* »¹⁵⁵⁸. La qualité de majeur protégé n'apporte rien. Ce sont la vulnérabilité et l'état de dépendance, apparents ou connus de l'auteur, qui sont constitutifs de l'infraction. Les peines sont aggravées lorsque la victime est une personne mineure, mais pas lorsqu'elle est une personne majeure protégée. La loi considère d'emblée comme vulnérables ou en situation de dépendance les mineurs ou les personnes victimes « *à leur arrivée sur le territoire français* »¹⁵⁵⁹. Les majeurs protégés ne bénéficient pas de cette présomption et la preuve de leur situation ou de leur état doit être rapportée, d'où une mise en œuvre difficile.

396. Des distinctions discutables. — Ces distinctions légales sont dépourvues de justification, tant pour la définition de l'infraction que pour l'aggravation de la peine. La protection juridique offerte par les dispositions civiles ne fait pas disparaître la vulnérabilité et laisse le majeur exposé à des atteintes qu'il n'est pas en mesure d'identifier ou de parer¹⁵⁶⁰. Il est d'autant plus important que les protecteurs connaissent et fassent respecter ces textes peu sollicités, portant sur les atteintes à la dignité de la personne. De plus, ces distinctions conduisent à une contradiction. La reconnaissance de droits en fonction de l'appartenance à une catégorie de personnes, alors même que c'est la dignité que l'on entend protéger, s'oppose à l'universalité que sous-tend cette notion. Le recours à la notion de vulnérabilité permettrait de révéler les atteintes à la dignité¹⁵⁶¹. La vulnérabilité peut en effet paralyser le

¹⁵⁵⁸ Art. 226-13 et 226-14 C. pén.

¹⁵⁵⁹ Il s'agit ici des victimes des conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne, du travail forcé et de la réduction en servitude, prévues par l'article 225-15-1 du Code pénal.

¹⁵⁶⁰ Cass. crim., 15 juin 2010, n° 09-83. 185, *Dr. pén.*, 2010, comm. 104, obs. M. VERON ; *D.*, 2010, 2732, obs. T. GARE : un employeur prétendait qu'il ne pouvait être poursuivi pour atteinte à la dignité dans la mesure où la victime ne pouvait être considérée comme vulnérable en raison de la tutelle dont elle bénéficiait. Un tel argument conduirait à rendre possible le refus de la protection du droit pénal au majeur protégé par la loi civile, ce qui serait incohérent et irréaliste. Le majeur protégé au civil doit aussi l'être au pénal (CEDH 30 janvier 2001, requête n° 35683/97 et réforme de mars 2007). Le tuteur n'exerce pas une surveillance constante des conditions de vie. Il ne peut, par conséquent, protéger le majeur des risques auxquels l'altération de ses facultés l'expose.

¹⁵⁶¹ Sur l'utilité de la notion de vulnérabilité, v. *supra*, n° 277 et s.

consentement qui ne correspond à aucune volonté réelle. L'atteinte à la dignité doit pouvoir être constatée chaque fois qu'une personne n'est pas en mesure de s'opposer à une demande ¹⁵⁶². Dit autrement, la sauvegarde de la dignité est toujours supposée lorsque le droit intervient pour secourir une personne se trouvant en situation de faiblesse ¹⁵⁶³.

397. Des atteintes diverses aux droits. — Le respect de l'intimité de la vie privée ou la liberté d'aller et de venir subissent des atteintes, dont certaines sont connues et remédiables. Les efforts faits pour lutter contre toutes les formes de maltraitance sont très médiatisés mais on parle moins du placement et des conditions de vie des personnes âgées ou handicapées en établissement.

398. La lutte contre la maltraitance. — Les textes les plus récents montrent l'attention accordée à la lutte contre la maltraitance sous toutes ses formes ¹⁵⁶⁴, y compris financière ¹⁵⁶⁵. Cette dernière « *va des abus de confiance aux escroqueries, en passant par les vols simples ou aggravés* » ¹⁵⁶⁶. La réforme de la protection des majeurs a formellement été envisagée comme un moyen de lutte contre la maltraitance financière par une circulaire qui soulignait surtout l'organisation d'un « *contrôle administratif de l'activité tutélaire* », présentait la professionnalisation des tuteurs comme

¹⁵⁶² Cass. crim., 13 janvier 2009, pourvoi n° 08-80. 787, note B. LAVAUD-LEGENDRE, La vulnérabilité : fondement tacite du travail forcé et de l'atteinte à la dignité, *D.*, 2009. 1935. Constate que la victime est vulnérable et se trouve en situation de dépendance économique et affective, ce qui suffit à caractériser une situation de travail forcé et à juger la situation contraire à la dignité.

¹⁵⁶³ En ce sens, v. E. DREYER, Les mutations du concept juridique de dignité, *RRJ*, 2005, I, p. 32.

¹⁵⁶⁴ Un Comité national de vigilance et de lutte contre la maltraitance des personnes âgées et des adultes handicapés a été créé en 2007 (Décret n° 2007-330 du 12 mars 2007) afin « *d'aider à la définition, à la mise en œuvre et au suivi de la politique de prévention et de lutte contre la maltraitance des personnes âgées et des adultes handicapés* » (art. D., 116-1 CASF). Au pénal, les formes de maltraitance sont nombreuses mais ne font pas l'objet d'une incrimination spécifique. La maltraitance est toutefois réprimée, notamment par le prononcé des sanctions pénales applicables à l'abus de faiblesse (Cass. crim., 19 février 2014, pourvoi n° 12-87. 558, *JurisData* n° 2014-00271, M. VERON, Relations sexuelles avec une patiente : une autre forme de maltraitance médicale, *Dr. pén.*, 2014, n° 4). La condamnation de ces faits est favorisée par un allongement du délai de prescription de l'action publique. En effet, depuis la Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 (Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, LOPPSI 2), ce délai ne commence à courir qu'à « *compter du jour où l'infraction apparaît à la victime dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique* », pour certaines infractions : l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse, le vol, l'escroquerie, l'abus de confiance, la destruction et le détournement d'objet saisi, et le recel, lorsqu'ils sont « *commis à l'encontre d'une personne vulnérable du fait de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou de son état de grossesse* » (art. 8 C. pr. pén.). Le droit pénal tient ainsi compte des situations particulières et révèle l'autonomie possible d'un délit de maltraitance. V. En ce sens M. VERON, Vers un délit autonome de « maltraitance », *Dr. pén.* 2013, n° 12.

¹⁵⁶⁵ Médiateur de la République, Rapport de la mission sur la maltraitance financière à l'égard des personnes âgées dans les établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux, février 2011.

¹⁵⁶⁶ Circulaire DGAS/2A n° 2008-316 du 15 octobre 2008 relative au renforcement des missions d'inspection et de contrôle au titre de la lutte contre la maltraitance des personnes âgées et des personnes handicapées.

une réponse efficace aux dérives, et rappelait la mort des comptes pivots ¹⁵⁶⁷. Il ne semble pas, malgré de fréquentes charges des journalistes contre les tuteurs ¹⁵⁶⁸, que le danger ne vienne que d'eux. En effet, les maltraitances financières sont souvent le fait de membres de l'entourage, voire de la famille ¹⁵⁶⁹. Le prononcé d'une mesure judiciaire est l'occasion de mener des recherches sur les actes antérieurs et d'en demander la réduction ou l'annulation ¹⁵⁷⁰. La mise en œuvre d'un mandat de protection future est aussi de nature à favoriser la nullité des actes conclus sous l'empire d'un trouble mental, sur le fondement de l'article 414-1 du Code civil. Selon la loi, l'action n'appartient qu'à l'intéressé. Le droit antérieur, issu de la loi de 1968 ¹⁵⁷¹, permettait au tuteur ou au curateur d'agir ¹⁵⁷². Il serait peu pertinent d'écarter cette solution malgré le silence de la loi nouvelle ¹⁵⁷³. Le mandataire de protection future, par représentation, pourrait donc agir comme un tuteur pourrait le faire. En revanche, le bénéficiaire du mandat ne pourrait pas bénéficier de la réduction des obligations permise pour les personnes protégées par une curatelle ou une tutelle ¹⁵⁷⁴.

La soumission des services mandataires judiciaires à la protection des majeurs aux dispositions de la Loi n° 2002-2 de rénovation de l'action sociale affirme des obligations et un contrôle renforcés en raison de la vulnérabilité des personnes protégées ¹⁵⁷⁵. Ces règles, applicables au mandataire de protection future personne morale, invitent à la réflexion sur les précautions qui pourraient être prises lorsque le mandataire est une personne physique.

¹⁵⁶⁷ *Ibid.* « Désormais, les tuteurs ne pourront effectuer des opérations que sur des comptes ouverts au nom des personnes protégées. Les éventuels intérêts produits par le compte seront donc obligatoirement reversés à la personne en tutelle ».

¹⁵⁶⁸ Que Choisir Mensuel. Tutelles - La suspicion ne faiblit pas, mai 2011, n° 492, p. 30. L. BENDALI, N. TOPALOV, La France des incapables, Le Cherche-Midi, 2005.

¹⁵⁶⁹ V. l'affaire des notables de Bordeaux.

¹⁵⁷⁰ Sur le fondement de l'art. 464 C. civ. ou de l'art. 414 C. civ.

¹⁵⁷¹ Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs.

¹⁵⁷² Anc. Art. 489 C. civ.

¹⁵⁷³ D. NOGUERO, La sanction des actes juridiques irréguliers des majeurs protégés, *LPA*, 23 décembre 2009 n° 255, p. 6.

¹⁵⁷⁴ L'art. 464 C. civ. Figure dans une section exclusivement consacrée à la curatelle et à la tutelle.

¹⁵⁷⁵ D. ROMAN, L'usager vulnérable, *RFDA*, 2013. 486 ; M. LAGRAULA-FABRE, La violence institutionnelle dans les établissements sociaux et médico-sociaux, une question de droit ? *RDSS*, 2005. 110. Sur les pouvoirs de contrôle, v. art. L 313-13 CASF : le contrôle peut être décidé à tout moment, donner lieu à des inspections inopinées ou à des saisies. H. RIHAL, La loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale évite-t-elle la maltraitance en institution ?, *RDSS*, 2006. 1000. Les intentions sont exprimées mais les techniques et moyens laissent en fait l'Administration bien impuissante, ce qui fait espérer, à tort ou à raison, que le recours aux démarches d'évaluation sera d'un secours utile. Sur les démarches d'évaluation, v. *infra*, n° 478 et s.

399. Le respect du secret des correspondances. — La mission de recevoir tout le courrier de l'intéressé est presque toujours confiée au mandataire spécial dans le cadre de la sauvegarde de justice. En outre, au début de la mesure, les mandataires ont souvent recours aux ordres de réexpédition du courrier de la personne protégée. Il a vainement été soutenu qu'une telle pratique était attentatoire à la vie privée et à la liberté individuelle. La Cour de cassation, dans une décision antérieure à la réforme, a admis que le juge confère au mandataire spécial le pouvoir de recevoir toute correspondance afin de pouvoir y apporter les réponses rapides exigées par la situation, étant cependant précisé que ces pouvoirs impliquaient que le mandataire « *n'exerce pas de contrôle sur le courrier personnel* »¹⁵⁷⁶. Il ne semble pas que la réforme contredise cette solution, qui laisse pourtant intact le mystère de la répartition entre courrier personnel et courrier administratif. Dès que le caractère personnel de la correspondance apparaît, le courrier ne doit pas être ouvert, retardé ni détruit. Le mandataire, tant qu'il reste de bonne foi dans les limites de ses pouvoirs ne commet pas de faute susceptible d'engager sa responsabilité¹⁵⁷⁷. La cour d'appel de Nîmes s'est prononcée en 2012¹⁵⁷⁸ sur la mission confiée à un tuteur de « *recevoir tout le courrier de la personne protégée, même en la forme recommandée, à charge de lui restituer son courrier personnel (lettres, cartes postales, etc.)* ». Pour la cour, le fait que la personne protégée ne reçoive pas directement son courrier n'est pas constitutif d'une atteinte à sa dignité ni au respect de ses liens familiaux mais est une mesure protectrice. La cour s'aventure sur le terrain de considérations pratiques, estimant que si un tri devait être fait, il incomberait à la maison de retraite, ce qui favoriserait la perte du courrier et serait lourd de responsabilité pour l'établissement. La mission doit selon la Cour incomber au tuteur, sans qu'il y ait lieu d'infirmer la décision du juge des tutelles sur ce point. La règle paraît devoir être étendue au mandataire de protection future.

400. L'inégalité des régimes sanitaire et médico-social d'admission en établissement. — Que dire, encore, de tous les majeurs placés en établissement d'hébergement pour personnes handicapées ou âgées parfois sans ou contre leur accord, ainsi que de la possibilité de soins psychiatriques sous contrainte ? Depuis la loi réformant la lutte contre les maladies mentales¹⁵⁷⁹, les soins psychiatriques en ambulatoire peuvent, comme l'hospitalisation, être

¹⁵⁷⁶ Civ. 1^{re}., 11 juin 1991, n° 89-20. 517, Bull. civ. I, n° 195 ; Defrénois 1991, art. 35142, obs. J. MASSIP ; *JCP*, 1992. II. 21879.

¹⁵⁷⁷ La solution maintenue pour le courrier « papier » doit naturellement valoir pour le courrier électronique mais l'accès sécurisé, par mot de passe, peut de fait empêcher l'accès à la boîte aux lettres.

¹⁵⁷⁸ CA Nîmes, 16 février 2012, Ch. Civ. 2, section A, n° 1/03963.

¹⁵⁷⁹ Loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, entrée en vigueur le 1^{er} août 2011.

décidés sans le consentement du malade. Cette réforme a scandalisé de nombreux professionnels et citoyens, un collectif a même parlé à son propos de « *déraison d'État* »¹⁵⁸⁰. Il est à noter que la prise en charge psychiatrique contrainte prévoit toujours l'intervention et la saisine du juge des libertés et de la détention à tout moment, aux fins d'ordonner le cas échéant la mainlevée immédiate de la mesure.

Les personnes âgées placées en établissement ne bénéficient pas des mêmes garanties, ni au moment de leur admission ni au cours de leur séjour. La Convention européenne des droits de l'Homme consacre le droit de toute personne à la liberté et à la sûreté. Or, si les majeurs faisant l'objet de soins sans consentement le sont selon les voies légales et sous le contrôle du juge, tel n'est pas le cas des personnes âgées empêchées de sortir au moyen de digicodes ou de bracelets électroniques, voire empêchées de bouger par la contention. Ces pratiques ne reposent sur aucune disposition légale et sont laissées à l'appréciation des professionnels, le plus souvent en association avec les familles. Elles n'ont suscité que des recommandations de bonnes pratiques¹⁵⁸¹.

La personne sera rarement en état de saisir elle-même le juge judiciaire et la désignation d'un protecteur *ad hoc* pourrait avoir son utilité.

L'heure n'est pas à cette tendance en droit de la santé, le curateur à la personne ayant disparu du Code de la santé publique avec la réforme des soins psychiatriques de 2011. Le

¹⁵⁸⁰ Appel du Collectif des 39 Contre La Nuit Sécuritaire. Disponible sur <http://www.collectifpsychiatrie.fr/?p=1392> (Consultation le 5 mai 2015). Ce collectif avait recueilli 30 000 signatures contre le discours du président de la République prononcé le 2 décembre 2008, qui assimilait la maladie mentale à une supposée dangerosité et exigeait un traitement sécuritaire des personnes malades. Le collectif dénonçait la « *police de l'intime* » et une atteinte aux droits fondamentaux. A. MARQUES, V. DAOUD, L. STAMATIADIS *et al.*, La loi du 5 juillet 2011 : protection des usagers ou question de formalité ?, L'information psychiatrique, 2013/2, vol. 89, p. 171 : la loi "relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques", mettant notamment l'accent sur le contrôle des soins sous contrainte, n'a pas apporté de meilleurs soins ni une meilleure défense des droits, faute de moyens permettant de faire face aux nombreuses attentes à l'égard des personnels.

¹⁵⁸¹ ANAES, FHF, Conférence de consensus, Liberté d'aller et venir dans les établissements sanitaires et médico-sociaux, et obligation de soins et de sécurité. 2004. Le jury et les experts consultés ont admis que « *les dispositifs et les contrôles d'accès électroniques doivent être considérés comme un pis-aller* » (p. 20) et que la contention constitue « *une atteinte à la liberté inaliénable d'aller et venir* » (p. 21). Ils proposent d'élaborer des procédures, de privilégier la collégialité des prises de décision, d'informer les usagers et leurs proches. Ils rappellent que l'intéressé peut saisir le juge judiciaire, gardien des libertés. V. également : ANAES. Limiter les risques de la contention physique de la personne âgée. Évaluation en établissements de santé. 2000 : cette publication a recensé certains effets que peut avoir la contention. Ils sont nombreux et non négligeables : sentiment de mise à l'écart et de déshumanisation, repli, agitation et dépression, manque d'appétit, troubles vésicaux et intestinaux, atrophie musculaire, fragilisation osseuse, complications cutanées, résignation (privation de liberté, perte de dignité), dépendance accrue, perte de mobilité, de fonctionnalité, risque de strangulation accru, sentiment d'emprisonnement.

curateur à la personne pouvait être désigné par le tribunal ¹⁵⁸² en l'absence de mesure de protection. Ce curateur avait pour mission de veiller à ce que les revenus de la personne placée dans un établissement d'aliénés « *soient employés à adoucir son sort et à accélérer sa guérison* » et « *à ce que ledit individu soit rendu au libre exercice de ses droits aussitôt que sa situation le permettra* ». Ce texte ancien ¹⁵⁸³ n'était pas appliqué mais avait néanmoins été maintenu par la réforme de 1990 ¹⁵⁸⁴. Des auteurs avaient défendu son utilité et même proposé, pour son effectivité, une désignation systématique concernant les personnes isolées. Il ne leur avait pas échappé qu'il conviendrait de coordonner les missions de ce curateur avec celles des protecteurs du Code civil ¹⁵⁸⁵. Compte tenu des limites du mandat du curateur ou du mandataire spécial dans le cadre des mesures traditionnelles, même telles que réformées en 2007, leur position conserve son actualité. Pour autant, l'étude d'impact transmise à l'appui du projet de loi relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge ¹⁵⁸⁶ a ensuite retenu une approche différente. Selon cette étude, la réforme de la protection des majeurs de 2007 appelait bien « *une mise en cohérence* » des textes relatifs aux soins psychiatriques mais la suppression du curateur à la personne du Code de la santé publique était alors jugée inéluctable. Considérant que la mission de la personne pouvait être désormais confiée aux protecteurs du Code civil, le curateur à la personne aurait perdu sa raison d'être. L'étude concluait donc à la suppression du curateur à la personne du Code de la santé publique au motif que les régimes du Code civil seraient suffisants et adaptés.

Cette opinion est discutable. D'abord, peu de mandats spéciaux ordonnés dans le cadre des sauvegardes confient en réalité une telle mission et, si tel était le cas, le mandataire pourrait avoir à intervenir en urgence sans connaître le majeur ni, surtout, les spécificités de la prise en charge en psychiatrie. Ensuite, dans le cadre des curatelles, le curateur et le tuteur

¹⁵⁸² Le texte (ancien art. L. 3211-9 C. santé publ.) ne précisait pas quel juge était compétent. L'étude d'impact rédigée à l'occasion de l'élaboration de la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 évoque la compétence de la chambre du conseil du tribunal de grande instance (qui n'est plus compétent en matière de protection des majeurs depuis la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures) « *devant laquelle la procédure est plus lourde et, partant, plus lente (constitution obligatoire d'avocat)* ».

¹⁵⁸³ Loi du 30 juin 1838 sur les aliénés, art. 38.

¹⁵⁸⁴ Loi n° 90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation.

¹⁵⁸⁵ A. BOUMAZA, T. FOSSIER, Le curateur à la personne et la Commission départementale des hospitalisations psychiatriques : des institutions à parfaire, *Gaz. Pal.*, 18 janvier 2005 n° 18, p. 2.

¹⁵⁸⁶ Étude d'impact mai 2010, p. 19, en ligne sur Légifrance (depuis Septembre 2009, toutes les études d'impact sont diffusées sur ce site internet).

se voient le plus souvent confier une mission de protection de la personne et peuvent demander une admission en soins psychiatriques hors le consentement de la personne protégée ¹⁵⁸⁷ et saisir le Juge des libertés et de la détention ¹⁵⁸⁸, mais des situations particulières pourraient toutefois justifier l'assistance d'un curateur à la personne. Lorsque le protecteur a sollicité l'admission en soins, les relations peuvent en effet être rendues difficiles, au moins temporairement. Le principe et les modalités d'intervention du protecteur dans le domaine médical reste encore discutés du fait des contradictions, au moins apparentes, entre le Code civil et le Code de la santé publique. Quant au mandataire de protection future, il est en tant que tel simplement absent des dispositions du Code de la santé publique. Le mandant peut néanmoins lui confier les pouvoirs d'un tuteur. Dans ce cas, sa mission sera déterminée par le juge, par l'effet du renvoi opéré par l'article 479 du Code civil ¹⁵⁸⁹. Si le mandant n'a pas confié au mandataire les pouvoirs du tuteur, le mandataire aura au mieux la qualité de tiers, entendu ici comme « *la personne justifiant de l'existence de relations avec le malade antérieures à la demande de soins et lui donnant qualité pour agir dans l'intérêt de celui-ci* » ¹⁵⁹⁰, sans qu'il ait à justifier de son mandat ¹⁵⁹¹.

La consécration de la mission de protection de la personne n'a donc pas suffi à dissiper toutes les difficultés. Enfin, l'institution du curateur à la personne permettait de ne pas solliciter les mesures tutélaires traditionnelles. En pareil cas, il aurait été plus judicieux de préciser son rôle, de l'étendre à la sortie du malade ¹⁵⁹² et sans doute de revoir les conditions de sa désignation afin de les préciser et de les simplifier. Un rapport conjoint de l'Inspection générale des affaires sociales et de l'Inspection générale des services judiciaires proposait une désignation par le Procureur de la République, dans le but de faciliter l'accès à ce protecteur spécialisé en cas d'absence de tiers susceptible de solliciter l'admission en soins contraints ¹⁵⁹³. Cette institution qui ne coûtait rien — puisqu'elle ne fonctionnait pas, mais qui aurait pu renforcer les droits et la prise en compte de la volonté des patients à condition

¹⁵⁸⁷ Art. L. 3212-1 C. santé publ.

¹⁵⁸⁸ Art. L. 3211-12. -I C. santé publ.

¹⁵⁸⁹ Art. 479, al. 1 C. civ. : « *Lorsque le mandat s'étend à la protection de la personne, les droits et obligations du mandataire sont définis par les articles 457-1 à 459-2. Toute stipulation contraire est réputée non écrite* ».

¹⁵⁹⁰ L. 3212-1 C. santé publ.

¹⁵⁹¹ Tandis qu'un tuteur doit produire le jugement (art. L. 3212-2 C. santé publ.).

¹⁵⁹² C'est une suggestion faite par A. BOUMAZA et T. FOSSIER, *op. cit.*

¹⁵⁹³ Inspection générale des affaires sociales, Inspection générale des services judiciaires, Propositions de réforme de la loi du 27 juin 1990 relative aux droits et la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation, Rapport, n° 2005064, mai 2005, p. 54. Cette proposition a été rejetée d'une part parce jugée « *trop complexe* » et d'autre part parce que non appliquée.

d'être ranimée, a simplement disparu du Code de la santé publique, sans que cela ne suscite de véritable interrogation ¹⁵⁹⁴. Si cette protection ancienne a été supprimée, il peut *a priori* paraître vain d'espérer qu'une nouvelle apparaisse sur le terrain vierge du placement non consenti en établissement. Alors qu'il existait une institution spéciale, en matière de soins psychiatriques, celle-ci a été supprimée. Au contraire, alors qu'il n'existait pas d'équivalent en droit de l'action sociale, le projet de loi relatif à l'adaptation de la société au vieillissement prévoit la désignation d'une personne de confiance pouvant accompagner la personne et être consultée en cas de difficultés de compréhension. Ce dispositif, suggéré par le Défenseur des droits ¹⁵⁹⁵, est une transposition, sinon une extension ¹⁵⁹⁶ des principes posés par le Code de la santé publique pour l'information des usagers. Le non cumul entre protection judiciaire et recours à une personne de confiance est maintenu, mais il est précisé ici que la personne de confiance n'est écartée que si le juge « *autorise la personne chargée de la protection à représenter ou à assister le majeur pour les actes relatifs à sa personne en application du deuxième alinéa de l'article 459 du Code civil* » ¹⁵⁹⁷. S'agissant du régime primaire, la règle devrait trouver à s'appliquer dans le cadre conventionnel. Elle est toutefois plus précise et plus pertinente qu'elle ne l'est dans le droit médical actuel qui exclut la désignation pour toute personne sous tutelle ¹⁵⁹⁸. Le projet de loi d'adaptation de la société au vieillissement est sur ce point cohérent avec l'esprit de la protection juridique des majeurs.

- 401. Le droit de refus d'une entrée ou d'un maintien en établissement médico-social** ¹⁵⁹⁹. — Le protecteur est fréquemment confronté au refus d'entrée en établissement qui lui est opposé par le majeur protégé ou ses proches. Le contentieux permet un contrôle du juge. En cas de nécessité, la décision d'entrée en EHPAD peut être prise par le tuteur lorsque la personne protégée n'est pas en état de prendre une décision relative à sa personne, cette situation étant médicalement constatée. Ce fut le sens d'un arrêt de la cour d'appel de

¹⁵⁹⁴ Loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011.

¹⁵⁹⁵ MEDIATEUR DE LA REPUBLIQUE, Rapport de la mission sur la maltraitance financière à l'égard des personnes âgées dans les établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux, février 2011.

¹⁵⁹⁶ ASSEMBLEE NATIONALE, Compte rendu intégral 2^e séance du mercredi 10 septembre 2014, JO AN, 2014, n° 83 [2] A. N. (C. R.), p. 6221.

¹⁵⁹⁷ Projet tel que modifié en 1^{re} lecture par le Sénat le 19 mars 2015, art. 22.

¹⁵⁹⁸ V. *supra*, n° 128 et s.

¹⁵⁹⁹ Sur le recueil du consentement de la personne âgée, v. Projet de loi relatif à l'adaptation de la société au vieillissement, Assemblée nationale, Compte rendu intégral de la 2^e séance du mercredi 10 septembre 2014, JO n° 83 [2] A. N. (C. R.), 11 septembre 2014, p. 6215 et s. Les débats montrent l'inconfort à traiter des situations vécues en dehors d'une mesure de protection juridique.

Rouen ¹⁶⁰⁰, alors même qu'un courrier signé de la majeure, par lequel elle refusait les conditions de son entrée en établissement, avait été adressé au juge des tutelles. Elle ne souhaitait pas intégrer une chambre de deux personnes ni devoir se passer de l'aide de sa fille. Se fondant sur un certificat médical et sur le courrier de la directrice du foyer où résidait la majeure, la cour a cependant jugé que le placement en établissement s'avérait indispensable, précisant que « *le maintien dans un logement indépendant [posait] problème pour sa sécurité* ».

Dans cette affaire, le certificat mettant en cause l'autonomie décisionnelle a certainement convaincu les juges. Une décision plus récente tend à conforter cette analyse ¹⁶⁰¹. Après avoir écarté les articles L. 1111-4 du Code de la santé publique et 16-3 du Code civil applicables en matière médicale, la Cour de cassation a jugé qu'en présence d'avis contradictoires de la personne hébergée concernant son maintien en établissement et en l'absence de demande expresse de sa part tendant à y mettre fin, l'établissement ne commettait pas de faute à empêcher sa sortie. Cela relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

Toutefois, la motivation fondée sur la sécurité est discutable. La cour d'appel de Douai a d'ailleurs censuré une décision du juge des tutelles refusant un retour à domicile au motif que la personne protégée n'avait pas fait la démonstration de son autonomie au quotidien. Selon la cour, « *en l'absence de toute difficulté effectivement constatée et avérée* », le libre choix du lieu de vie doit l'emporter, ce qui exclut la mise en place de mesures purement préventives, même en présence de facteurs de risques ¹⁶⁰², la loi n'ayant nullement organisé un régime d'autorisation préalable.

Toutes ces solutions sont transposables à la protection contractuelle dans la mesure où les articles 457-1 à 459-2 du Code civil constituent un régime primaire applicable aux décisions relatives à la personne ¹⁶⁰³.

Il arrive aussi que les obligés alimentaires contestent le choix de l'établissement au regard de son coût, estimant celui-ci trop élevé ou considérant que les dépenses engagées sont inutiles, sinon somptuaires. Le protecteur doit alors se donner les moyens de défendre ardemment la volonté et l'intérêt de son protégé, face à des pressions qui peuvent être très fortes, surtout en cas de conflits familiaux.

¹⁶⁰⁰ CA Rouen, 30 mars 2012, n° 11/03684.

¹⁶⁰¹ Cass. 2^e civ., 12 décembre 2013, pourvoi n° 12-29. 392, JurisData n° 2013-032698, *Dr. Famille*, 2014, n° 3, comm. I. MARIA.

¹⁶⁰² CA Douai, 8 février 2013, n° 12/06650, *AJ Famille*, 2013. 245, note Th. VERHEYDE.

¹⁶⁰³ F. ARHAB-GIRARDIN, La décision médicale du majeur protégé : une articulation complexe des dispositions du Code de santé publique avec la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, *RDSS*, 2009. 875.

La cour d'appel de Versailles a su prendre en compte l'opposition « à une prise en charge en maison de retraite » exprimée « avec détermination » par une personne protégée âgée de 98 ans, malgré une altération des facultés l'empêchant « d'exprimer un jugement éclairé ». Les conditions d'hébergement trouvées ont été jugées conformes à l'intérêt de la majeure et il a surtout été retenu qu'un changement, « du fait des difficultés d'adaptation liées à sa démence », « serait source de perturbations et de perte de repères dans la vie quotidienne » et risquerait « de lui être préjudiciable, voire fatal »¹⁶⁰⁴.

402. Le droit au respect de la vie privée et familiale. — D'autres exemples d'atteintes aux droits et libertés sont monnaie courante dans la pratique des établissements sociaux et médico-sociaux. La défense d'héberger un tiers dans son logement figure dans de nombreux règlements d'établissements et l'obligation de se soumettre à une inspection régulière du logement porte souvent atteinte au droit au respect de la vie privée de l'usager. Ces restrictions étant présentées comme une condition d'admission ou de poursuite de l'accueil, la personne vulnérable ne les conteste pas et le juge n'est pas sollicité pour justifier la légitimité et la proportionnalité de l'atteinte aux droits. Ainsi, les contrats de prise en charge comportent encore fréquemment des clauses contraires aux droits fondamentaux¹⁶⁰⁵.

Si le protecteur, quel que soit son statut, veut agir dans le respect des droits de son protégé, il doit être attentif aux règles imposées par les institutions et acteurs de la prise en charge sanitaire et sociale. La protection juridique du majeur est « instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux [...] de la personne »¹⁶⁰⁶. Cette règle n'est que le rappel de ce que la mesure de protection ne doit pas être entendue comme une restriction des droits mais que, bien au contraire, elle en est le support et le bouclier. Tout protecteur, familial ou professionnel, doit donc respecter les droits et libertés du protégé mais aussi les faire respecter par les tiers, y compris par les institutions.

¹⁶⁰⁴ CA Versailles, 1er octobre 2014, n° 14/02598, JurisData 2014-023123.

¹⁶⁰⁵ Commission des clauses abusives, Recommandation n° 85-03 concernant les contrats proposés par les établissements hébergeant des personnes âgées (BOCC du 4/11/1985) : S'il est légitime d'interdire la sous-location ou l'hébergement d'un tiers de façon permanente il est en revanche estimé « abusif d'étendre cette interdiction à tout hébergement exceptionnel et très limité dans le temps » ; la commission a également dénoncé des pratiques telles que l'interdiction d'installer des objets personnels, l'ouverture du courrier par les professionnels de l'établissement, l'inspection des effets personnels de l'usager, ou encore l'irruption hors urgence ou nécessités de l'entretien dans le local mis à disposition. Toutes ces pratiques n'ont pas cessé et une recommandation n° 08-02 est venue compléter la précédente (BOCCRF du 23/04/2008). Elle a notamment jugé abusive la clause permettant à un établissement de disposer du linge personnel de la personne hébergée.

¹⁶⁰⁶ Art. 415 C. civ.

403. Les conditions d'élaboration du contrat de séjour. — Lors de l'admission en établissement, un contrat de séjour est établi ¹⁶⁰⁷ avec la participation de l'accueilli ou de son représentant légal, notion dépassant certainement le tuteur pour viser le protecteur au sens large ¹⁶⁰⁸. Ce document leur est remis dans un délai de quinze jours, pour être signé dans un délai d'un mois. Les avenants d'actualisation et de modification sont établis dans les mêmes conditions ¹⁶⁰⁹. La mesure de protection impose donc au protecteur d'exercer une grande vigilance sur la rédaction des clauses des contrats liant son protégé à un établissement, vigilance d'autant plus indispensable que le risque de maltraitance augmente avec le niveau de dépendance ¹⁶¹⁰.

Les impératifs de sécurité ne peuvent pas légitimer toutes les pratiques et ne peuvent notamment pas justifier de porter atteinte à l'intimité de la vie privée et a fortiori à la dignité de la personne accueillie ¹⁶¹¹. La prudence est de mise pour les dispositifs de géolocalisation par exemple, sur lesquels la CNIL a émis des recommandations tendant à éviter les dérives relativement à la protection des données personnelles. La mise en œuvre de telles mesures de surveillance nécessite un cadre institutionnel et une prise en charge individuelle négociée, au besoin avec les proches ou le protecteur, faute de quoi la personne risque de se trouver réifiée et la relation avec les professionnels risque de devenir plus technique qu'humaine. En 2013, une charte sur les bonnes pratiques relatives à l'emploi des dispositifs de géolocalisation en gérontologie au bénéfice de personnes présentant des troubles des fonctions intellectuelles a été rédigée sous l'autorité de la ministre déléguée chargée des Personnes âgées et de l'Autonomie dans le cadre du Comité national de la bientraitance et

¹⁶⁰⁷ À défaut, c'est-à-dire en cas de refus de l'accueilli ou de son représentant, un document individuel de prise en charge est élaboré. Ils pourront le contresigner ultérieurement.

¹⁶⁰⁸ En ce sens, v. F. ARHAB-GIRARDIN, La décision médicale du majeur protégé : une articulation complexe des dispositions du Code de santé publique avec la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, *RDS*, 2009. 875.

¹⁶⁰⁹ Art. L. 311-4 et D. 311 CASF.

¹⁶¹⁰ C. COMPAGNON, V. GHADI, La maltraitance ordinaire dans les établissements de santé, Etude sur la base de témoignages, HAS, 2009. [En ligne]. Disponible sur : http://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/2010-01/rapport_ghadi_compagnon_2009.pdf (Consulté le 5 mai 2015).

¹⁶¹¹ Une enquête a montré que 88 % des EHPAD ont recours à des mesures destinées à empêcher les « fugues » (Fondation Médéric Alzheimer, La lettre de l'observatoire des dispositifs de prise en charge et d'accompagnement de la maladie d'Alzheimer, n° 13, janvier 2010). Unités fermées, digicodes, bracelets, puces... Les bracelets sont dits « bracelets d'autonomie ». Il est vrai qu'ils permettent une circulation qui pouvait jusque là être empêchée, mais ils ne répondent pas à tous les besoins et ne peuvent être un remède à la réduction des effectifs

des droits, avec le concours d'organisations du secteur de la gérontologie ¹⁶¹². Les établissements redoutent de voir leur responsabilité mise en œuvre et déploient des efforts considérables, sinon excessifs, pour juguler les risques. En utilisant des moyens chimiques ou physiques, ils ne cherchent pas à nuire aux personnes hébergées mais ils se soumettent à des pressions sécuritaires extrêmement fortes ¹⁶¹³ auxquelles il faudrait parfois pouvoir résister. Le protecteur peut entrer dans ce fonctionnement, par crainte pour sa propre responsabilité, ou au contraire se situer toujours du côté de son protégé, quitte à prendre certains risques. Mais « *la tendance actuelle consiste à prendre en charge pour ne plus prendre de risque. Les professionnels, pour éviter d'engager leurs responsabilités, placent les personnes âgées dans un milieu surveillé ou dans un cadre d'assistance, plus souvent subi qu'accepté* » ¹⁶¹⁴. Il existe cependant des limites et les craintes des directeurs d'établissement ne sont pas toujours fondées. En effet, un établissement ne peut être tenu responsable de tout. Il n'a pas été reconnu responsable pour défaut de surveillance du décès d'un résident survenu à la suite de brûlures, parce qu'il ne pouvait pas laisser les portes des chambres ouvertes pour assurer une surveillance constante ni prendre sans limite des mesures de contention ¹⁶¹⁵.

404. L'encadrement des mesures de contention. — La contention est l'emploi de toute mesure limitant la capacité de mobilisation volontaire de tout ou partie du corps, pour des raisons de sécurité, comme prévenir des chutes ou préserver la personne des conséquences de troubles du comportement. Elle est fréquente mais pas toujours légitime et parfois dangereuse, parce qu'elle peut causer des pertes fonctionnelles irréversibles et ainsi dégrader gravement l'autonomie de la personne ¹⁶¹⁶. Pourtant, les cas de contentions non encadrées ne cessent d'augmenter ¹⁶¹⁷ et les protecteurs, pour juguler tout risque, donnent alors leur accord à de telles pratiques. Pourtant, son autorisation serait inopérante s'il était établi que la contention avait été réalisée en dehors du cadre réglementaire ¹⁶¹⁸. Une mise sous contention

¹⁶¹² Cette charte prévoit que les dispositifs de géolocalisation doivent être déclarés à la CNIL par les établissements qui les mettent en œuvre. Pour les prises en charge à domicile, c'est au fournisseur du dispositif ou au prestataire de service qu'il revient de déclarer le matériel à la CNIL.

¹⁶¹³ K. CHARRAS, M. FREMONTIER, L'accompagnement de nuit en unité spécifique, Soins gérontologie, septembre - octobre 2012.

¹⁶¹⁴ FONDATION DE FRANCE, Jusqu'au bout de la vie : vivre ses choix, prendre des risques, juin 2003.

¹⁶¹⁵ Cass. crim., 4 octobre 2011, pourvoi n° 11-81. 699.

¹⁶¹⁶ J. BIGA, F. NOURHASHEMI, S. ANDRIEU, D. DHERS, B. VELLAS, La Presse Médicale, 2004, t. 33, n° 17, p. 1169.

¹⁶¹⁷ Défenseur des droits, Rapport annuel d'activité 2013, juillet 2014, p. 96.

¹⁶¹⁸ Pour un exemple concernant une mineure, citant le cas d'un père ayant validé un protocole d'intervention en cas de fugue, voir CA Aix en Provence, 17^e ch., 1^{er} décembre 2008, n° 07/12323.

nécessite en effet une prescription médicale ¹⁶¹⁹, même si c'est la personne qui la demande. Mais, que cette demande soit formulée ou que la personne soit hors d'état de prendre une décision à cet égard, le protecteur ne peut pas exiger le recours à un moyen de contention et, le cas échéant, peut même s'y opposer ¹⁶²⁰.

405. La gestion des vaccinations. — Dans un autre registre, la campagne de vaccination contre la grippe H1N1 a suscité des interrogations. Des pratiques diverses ont été suivies. Une circulaire a prévu que lorsque les résidents étaient incapables de donner leur consentement, ce dernier serait recueilli auprès du représentant légal, étant rappelé que le consentement éclairé de la personne serait recherché au moment même de la vaccination et que le refus serait toujours respecté ¹⁶²¹. Devant les demandes des établissements, les protecteurs ont plutôt adopté une position de principe, tantôt d'accord, tantôt de refus généralisé. Il n'était pas exclu qu'une vaccination puisse constituer une atteinte grave à l'intégrité corporelle, si l'on envisage ses répercussions possibles ¹⁶²². La raison, ou le souci de la santé publique, ne devrait pas suffire à commander une telle décision. Or les services de protection des majeurs ont souvent complété en masse les formulaires préparés par les établissements, ne tenant manifestement pas compte de la volonté anticipée ou présumée de la personne. Les carnets de santé portant mention de vaccinations antérieures ou les habitudes connues auraient pu être utiles.

406. La nécessité d'un contrôle de la situation des personnes hébergées. — La situation dans les EHPAD est si préoccupante que le Contrôleur général des lieux de privation de liberté a souhaité que sa mission leur soit étendue. Il a expressément attiré l'attention sur les risques d'atteintes aux droits des personnes âgées hébergées. Il n'existe pas de contrôle sur place en dehors des inspections et des interventions *a posteriori*, après survenance d'événements préjudiciables. Le fait que l'autorité publique ne soit pas à l'origine du placement, pas plus que l'absence théorique d'interdiction d'aller et de venir, ne devraient

¹⁶¹⁹ Art. R. 4311-7C. santé publ. « *L'infirmier ou l'infirmière est habilité à pratiquer les actes suivants (Pose de bandages de contention, ablation des dispositifs d'immobilisation et de contention) soit en application d'une prescription médicale qui, sauf urgence, est écrite, qualitative et quantitative, datée et signée, soit en application d'un protocole écrit, qualitatif et quantitatif, préalablement établi, daté et signé par un médecin* ».

¹⁶²⁰ Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé (ANAES), Limiter les risques de la contention physique de la personne âgée, Rapport octobre 2000.

¹⁶²¹ Circulaire interministérielle DGAS/DGS n° 2009-364 du 3 décembre 2009 relative à l'organisation de la campagne de vaccination contre le virus A(H1N1) dans le champ social et médico-social, BO Santé - Protection sociale - Solidarité du 15 février 2010.

¹⁶²² La question est posée. F. MARCHADIER, Majeur protégé, *Rép. Civ. Dalloz*.

suffire à écarter le besoin de vigilance justifié par l'insuffisance de moyens. Pour ces raisons, des contrôles inopinés du contrôleur général seraient indispensables ¹⁶²³.

Un tel constat éclaire une partie de la mission du protecteur d'une personne hébergée en établissement. C'est naturellement à lui qu'il revient de procéder à des visites imprévues, de vérifier que les mesures prises sont nécessaires et, surtout, proportionnées. Les alertes qu'il peut donner contribueraient à servir les intérêts de tous, y compris ceux des personnes hébergées mais non protégées, sur lesquelles ne se pose plus, en l'absence de visite familiale, aucun regard extérieur. Plus que lutter contre la maltraitance, le protecteur doit œuvrer pour la bientraitance, qui « *vise à promouvoir le bien-être de l'utilisateur en gardant présent à l'esprit le risque de maltraitance »* ¹⁶²⁴.

- 407. La fin protectrice et la modicité des moyens.** — L'intention de protection est affichée, « *mais il ne suffit pas de vouloir faire le bien, il faut encore savoir le bien faire, et c'est précisément ce talent qui manqua trop souvent à l'administration française »* ¹⁶²⁵. Sur ce point, l'application de la loi du 5 mars 2007 a été mise en cause par une mission *ad hoc*, laquelle a insisté sur la nécessité de limiter le nombre de personnes confiées à chaque mandataire. Un trop grand nombre de mesures « *induit les dérives observées dans les institutions, notamment avec des mandataires qui ne viennent jamais voir leur protégé et qui laissent faire un certain nombre d'actes leur revenant, aux professionnels des institutions »* ou empêche de recueillir l'avis du majeur et de le rencontrer régulièrement ¹⁶²⁶.

La dignité s'exprime concrètement mais pour qu'une véritable protection des personnes soit assurée, il ne suffit pas d'affirmer leur appartenance à l'humanité. Il importe avant tout de leur garantir une place, pour qu'ils puissent effectivement avoir « *le droit d'avoir des droits »* ¹⁶²⁷.

¹⁶²³ J. -M. DELARUE, Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, Rapport d'activité 2012, Dalloz, 2013, p. 291 et s.

¹⁶²⁴ ANESM, La bientraitance : définition et repères pour la mise en œuvre, Recommandation de bonnes pratiques, juin 2008. Cette recommandation, transversale, intéresse les services mandataires à la protection des majeurs comme tout service ou établissement social et médico-social.

¹⁶²⁵ J. -L. CHALMEL. Histoire de Touraine jusqu'à l'année 1790, Volume 2, p. 488.

¹⁶²⁶ Médiateur de la République. Rapport de la mission sur la maltraitance financière à l'égard des personnes âgées dans les établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux, février 2011. Le schéma régional des mandataires judiciaires à la protection des majeurs de Poitou-Charentes 2010-2014 (DRJSCS du Poitou-Charentes, mars 2010), a projeté deux hypothèses. La première, issue des dossiers des associations gestionnaires, envisageait la gestion de 32 dossiers par mandataire, ce qui conduisait à retenir une médiane de 56, ramenée à 50, ce qui, rejoignait l'hypothèse avancée par les juges des tutelles, fixant le plafond entre 40 et 50 mesures. La réalité, au terme de cette période, est tout autre et le nombre est plutôt autour de 65 pour les mandataires salariés.

¹⁶²⁷ H. ARENDT. Les origines du totalitarisme, T. 2, L'Impérialisme, Seuil, 2006 (Points essais).

§2. UNE « REAPPROPRIATION DE SOI », AFFIRMATION D'UN STATUT SOCIAL DE LA PERSONNE PROTÉGÉE

408. La personne protégée ne doit pas être soustraite au monde qui l'entoure. Elle doit être concrètement intéressée à la vie sociale et à la vie de la cité, qui conduit à affirmer et affermir son droit à la participation à la vie sociale (A) et à l'exercice de la citoyenneté (B).

A. La participation à la vie sociale

409. La participation, c'est l'action de participer, d'avoir part à, de prendre part, de partager ¹⁶²⁸. En droit de l'action sociale, la participation est un droit de l'utilisateur, promu par la loi de rénovation de l'action sociale ¹⁶²⁹ qui la décline dans une forme individuelle et dans une forme collective. La première consiste à instaurer une participation directe de l'utilisateur à sa prise en charge ¹⁶³⁰ et la seconde à instituer son association au fonctionnement de l'établissement ou du service qui l'accueille ¹⁶³¹.
410. **La participation de l'utilisateur à son propre projet.** — La participation est assurée pour la conception et pour la mise en œuvre du projet individuel ¹⁶³². Dans l'ensemble des établissements et services sociaux, le projet d'accueil ou d'accompagnement est formalisé par un contrat de séjour ou un document individuel de prise en charge signé par l'utilisateur de l'établissement ou du service et, le cas échéant, par son représentant. Lorsque l'utilisateur signe cet acte, il accepte potentiellement un encadrement, sinon une limitation de ses droits et libertés, mais ce même acte lui rappelle qu'ils lui seront effectivement garantis. Le projet s'inscrit donc formellement dans un document qui propose à la fois une restriction et une promotion des droits. Le contrat de séjour permet d'explicitier la façon dont les droits et libertés vont pouvoir être mis en œuvre dans l'institution et grâce à l'institution. Les réponses apportées aux besoins des usagers sont en principe coconstruites avec lui, sur mesure, en tenant compte du contexte.

Le protecteur peut avoir à soutenir l'utilisateur face aux établissements et services qui l'accueillent. Il intervient alors dans le processus de contractualisation ¹⁶³³.

¹⁶²⁸ LITTRE, Dictionnaire de la langue française, V° Participation, Partager.

¹⁶²⁹ Loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, art. L. 311-3, 7°.

¹⁶³⁰ Loi n° 2002-2, art. 8 (formalisation dans un contrat de séjour, actuel art. L. 311-4 CASF).

¹⁶³¹ Lois n° 2002-2, art. 10 (participation à la vie de l'institution, actuel art. L. 311-6 CASF).

¹⁶³² Art. L. 311-3 7° CASF. V. *supra*, n° 210 et s.

¹⁶³³ Dans le cadre judiciaire, les services doivent mettre en œuvre le même mécanisme à l'égard de l'accompagnement qu'ils apportent à leurs protégés dans l'exercice de la mesure de protection. Cette

L'action sociale rénovée se veut résolument souple et paraît s'apparenter à une logique de prestation. La démarche est intentionnellement contractuelle, l'utilisateur intervenant personnellement dans l'élaboration des décisions qui le concernent ¹⁶³⁴. Pour autant, le cadre de la relation lui échappe ¹⁶³⁵. Le contrat de séjour ou sa déclinaison, le document individuel de prise en charge (ou encore de protection), est sans doute bienvenu ¹⁶³⁶ mais la participation qui en est attendue peut de fait être limitée, sinon absente, ou purement symbolique ¹⁶³⁷. Les orientations exprimées peuvent aussi être le fruit de la pression de l'entourage. L'utilisateur peut alors avoir des besoins et des attentes mais ne pourra pas exactement avoir les exigences que se permettrait un client. Le contrat peut être le support d'obligations mises à sa charge sans qu'il les ait véritablement acceptées. De même, la situation se présente comme un entre-deux de la logique de marché et de l'univers du social. Ce mouvement est à rapprocher du passage du *Welfare* au *Workfare* ¹⁶³⁸, qui cherche moins à intégrer, à inclure, à insérer qu'à « activer » les usagers du social ¹⁶³⁹. Ainsi, le droit à la participation peut lui aussi masquer une certaine volonté de rechercher une plus grande implication des bénéficiaires. L'idée est sûrement véhiculée que l'utilisateur qui devient client doit lui aussi quelque chose...

- 411. La participation de l'utilisateur au fonctionnement de l'institution.** — Ce droit a été reconnu aux usagers du secteur social en 1975 ¹⁶⁴⁰. Des distinctions étaient alors faites entre établissements publics et privés, mais leur rapprochement a ensuite été opéré ¹⁶⁴¹ et, surtout, le champ d'application s'est étendu, passant des établissements recevant des personnes âgées

participation est un droit. Les protecteurs doivent donc s'assurer de son respect par les tiers et le respecter eux-mêmes.

- ¹⁶³⁴ D. EVERAERT-DUMONT, Les droits des usagers des établissements et services sociaux et médico-sociaux : quelle évolution ?, Droit social 2005. 311.
- ¹⁶³⁵ J. -M. LHUILLIER, La responsabilité civile, administrative et pénale dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux, ENSP 3^e éd., 2004, p. 106.
- ¹⁶³⁶ M. BADEL, Les relations entre la puissance publique, les associations prestataires de services et les usagers des services sociaux, *RAJS-JDJ*, n° 236, 2004. 24.
- ¹⁶³⁷ M. BADEL, La participation de l'utilisateur, *RDSS*, 2004. 804.
- ¹⁶³⁸ Le terme provient de programmes américains des années 1970 qui ont défendu une politique exigeant des allocataires une contrepartie. Le *welfare* (aide sociale) a ainsi cédé la place au *workfare*, qui pose le travail comme condition d'accès à l'aide.
- ¹⁶³⁹ B. PALIER Du welfare au workfare : les transformations des politiques de lutte contre la pauvreté, Regards croisés sur l'économie, 2008/2 n° 4, p. 162.
- ¹⁶⁴⁰ Loi n° 75-535 du 30 juin 1975 relative aux institutions sociales et médico-sociales.
- ¹⁶⁴¹ Loi n° 85-10 du 3 janvier 1985 portant diverses dispositions d'ordre social ; Décret n° 85-1114 du 17 octobre 1985 relatif à l'association des usagers, des familles et des personnels au fonctionnement des établissements qui assurent l'hébergement des personnes âgées et à la création de conseils d'établissement.

à toutes les institutions sociales ou médico-sociales ¹⁶⁴², y compris les services mandataires judiciaires à la protection des majeurs ¹⁶⁴³. La loi de rénovation de l'action sociale a en effet créé une instance ayant vocation à « *associer les personnes bénéficiaires des prestations au fonctionnement de l'établissement ou du service* » ¹⁶⁴⁴. Cette évolution visait à renouveler la participation afin qu'elle s'exerce de façon plus concrète ¹⁶⁴⁵. L'instance créée est un conseil de la vie sociale mais d'autres formes de participation peuvent être instituées ¹⁶⁴⁶. Le conseil de la vie sociale est mis en place en cas d'hébergement continu ou d'activité d'aide par le travail ; il n'est cependant pas obligatoire dans tous les lieux de vie et ne l'est pas lorsque les usagers sont des mineurs de onze ans ¹⁶⁴⁷ ou des majeurs protégés. Dans ce dernier cas, il est remplacé par un groupe d'expression, l'organisation de consultations ou la réalisation d'enquêtes de satisfaction ¹⁶⁴⁸. Toutefois, toutes les formes de participation ne se valent pas, certaines étant manifestement moins actives que d'autres et l'enquête de satisfaction rappelant les enquêtes destinées à la clientèle, outil de gestion de la qualité dans le monde de l'entreprise.

Lieu d'expression du ressenti et des doléances des usagers plus que véritable représentation d'un intérêt collectif ¹⁶⁴⁹, le conseil de la vie sociale peut se saisir de « *toute question intéressant le fonctionnement de l'établissement ou du service* » ¹⁶⁵⁰. Il n'a pas de pouvoir de décision et les autres formes possibles de participation sont, elles aussi, purement consultatives. La participation peut au mieux insuffler un souhait de changement ¹⁶⁵¹, mais

¹⁶⁴² Décret n° 91-1415 du 31 décembre 1991 relatif aux conseils d'établissement des institutions sociales et médico-sociales mentionnées à l'article 3 de la loi n° 75-535 du 30 juin 1975.

¹⁶⁴³ Depuis la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007.

¹⁶⁴⁴ Art. L. 311-6 CASF.

¹⁶⁴⁵ F. HAMMEL, Rapport. Action sociale et médico-sociale, Commission des affaires culturelles, Doc. AN, n° 2881, 29 janvier 2001.

¹⁶⁴⁶ Art. L. 311-6 CASF.

¹⁶⁴⁷ Art. D. 311-3 CASF.

¹⁶⁴⁸ L. 471-8 et D. 471-12 CASF.

¹⁶⁴⁹ Mais existe-t-il un intérêt collectif des usagers du social ? D. CRISTOL, Le droit à la participation dans les lois des 2 janvier et 4 mars 2002, *RDSS*, 2012. 453. Cela diffère de la participation organisée dans le champ sanitaire, qui met en œuvre des moyens pouvant permettre de dépasser les seuls intérêts individuels et de favoriser l'équilibre du dialogue. Pour la participation des usagers au fonctionnement du système de santé, le Code de la santé publique prévoit que « *seules les associations agréées représentent les usagers du système de santé dans les instances hospitalières ou de santé publique* » (art. L. 1114-1 C. santé publ.). Sur cet agrément, la diversité et l'indépendance qu'il tend à favoriser, V. F. DREIFUSS-NETTER, L'agrément des associations, *RDSS*, 2007. 766.

¹⁶⁵⁰ Art. D. 311-15 CASF.

¹⁶⁵¹ R. JANVIER et Y. MATHO, *Mettre en œuvre le droit des usagers dans les établissements d'action sociale*, Dunod, p. 106.

le pouvoir reste concentré entre les mains des gestionnaires des structures médico-sociales. Le protecteur doit veiller à l'effectivité du droit à la participation de son protégé dans les structures qui s'accueillent ¹⁶⁵².

412. Un phénomène d'empowerment. — La participation est un principe qui peut être analysé à la lumière de l'*empowerment*, phénomène importé des États-Unis. La traduction de ce concept est délicate, bien que sa réception soit en cours. L'*empowerment* est d'abord une philosophie de l'action, portée dans les années 1930 à Chicago par Saul ALINSKY, défendant l'autodétermination contre le travail social pour répondre à la misère qui régnait alors dans les ghettos ¹⁶⁵³. Il peut être défini comme un processus destiné à rassembler et à mettre en action toutes ressources disponibles, tant individuelles que collectives, pour résoudre une difficulté. Cette définition ne dissipe pas le flou conceptuel persistant ¹⁶⁵⁴. L'*empowerment* vise à investir l'utilisateur d'un pouvoir et à lui permettre de développer sa capacité à l'exercer. Ainsi pourrait-on parler de « *développement social* » ¹⁶⁵⁵. Voulu par l'individu ou le groupe, il prend sa pleine signification mais, commandé par les autorités, il contredit lui-même l'autodétermination qu'il est censé valoriser. Le développement social des quartiers illustre cette pratique et les limites de la démocratie participative, facilement réduite à de simples consultations ¹⁶⁵⁶. Survaloriser la participation ou poser l'autonomie comme une injonction risque de renvoyer l'utilisateur à sa seule responsabilité et à une grande solitude en cas d'échec. Il y a là « *un modèle idéal-typique d'autonomisation fondé sur un principe d'autodétermination* » ¹⁶⁵⁷, qui révèle vite ses limites et ses dangers ¹⁶⁵⁸ et, surtout, un glissement d'un système assurant la protection à un système vantant le pouvoir d'agir ¹⁶⁵⁹, dont l'accès aux droits est le premier palier et la contractualisation l'antichambre. L'*empowerment* peut servir d'appui à l'équilibrage des relations entre travailleurs sociaux et usagers et contenir l'emprise du protecteur, dont le

¹⁶⁵² De plus, les services mandataires judiciaires doivent aussi le mettre en oeuvre.

¹⁶⁵³ Expérience rapportée par M. -H. BACQUE, C. BIEWENER, *L'empowerment, une pratique émancipatrice*, Paris, La Découverte, 2013 (Politique et sociétés).

¹⁶⁵⁴ Sur ce point, v. Y. LE BOSSE, De l'"habilitation" au "pouvoir d'agir" : vers une appréhension plus circonscrite de la notion d'empowerment, *Nouvelles pratiques sociales*, vol. 16, n° 2, 2003, p. 30.

¹⁶⁵⁵ C. DANE, *L'empowerment, un concept pour la France ?*, *Vie sociale*, 2007/2 n° 2, p. 59.

¹⁶⁵⁶ J. DONZELOT, Y. DJAZIRI, A. WYVEKENS, *Banlieues et quartiers populaires. Remettre les gens en mouvement*, Terra Nova, contribution n° 27, 2012.

¹⁶⁵⁷ M. FILIPPI, Au-delà de l'autonomie, l'empowerment, *Le sociographe*, 2013/5 Hors-série 6, p. 193.

¹⁶⁵⁸ N. DUVOUX, Les assistés peuvent-ils être autonomes ? *Sociologie compréhensive des politiques d'insertion*, *Lien social et Politiques*, n° 61, 2009.

¹⁶⁵⁹ On parlera aussi d'appropriation, d'habilitation, de pouvoir d'influence, mais il s'agit toujours de remédier à une situation, de conduire un changement, V. Y. LE BOSSE, *op. cit.*

rôle est assurément d'aider son protégé à se tenir debout et non de penser et d'agir à sa place. L'*empowerment* peut devenir un concept utile s'il n'est pas instrumentalisé ni insensiblement changé en devoir ¹⁶⁶⁰.

L'usager est un interlocuteur dont la participation permet de légitimer les décisions individuelles et les règles de vie en collectivité. Il a gagné un droit effectif à la parole ¹⁶⁶¹ mais l'institution reste seule à maîtriser vraiment cet art renouvelé de la conversation, entre débat et courtoisie ¹⁶⁶². Pour que la participation soit effective, il faut plus que des espaces de parole, il faut un soutien à la compréhension de l'environnement, à la formation et à l'expression de la volonté. Quand le protecteur est un professionnel, c'est le plus souvent parce que l'entourage fait défaut. Qui viendra porter la parole de la personne protégée ? La participation à la vie de l'établissement n'est peut-être pas un processus démocratique achevé mais elle est déjà un exercice de la citoyenneté au quotidien.

B. L'exercice de la citoyenneté

413. La pleine citoyenneté doit s'entendre dans ses deux aspects : le droit de voter et le droit de se porter candidat à des élections.
414. **L'atteinte aux droits civiques.** — Selon l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, « *une majorité des États membres de l'Union européenne associe le droit à la participation politique à la capacité juridique de la personne* » ¹⁶⁶³. C'est notamment le cas en Bulgarie ou en Hongrie ¹⁶⁶⁴, mais pas seulement ¹⁶⁶⁵, alors que le Canada, l'Irlande ou la Suède ont choisi d'éviter les discriminations en ne retirant pas le droit de vote aux handicapés mentaux ¹⁶⁶⁶. Progressivement, le droit français a été mis en conformité avec les exigences européennes qui s'opposent à ces législations et obligent à considérer les facultés réelles de la personne.

¹⁶⁶⁰ R. CASTEL, Garder la référence au droit, Lien social n° 1000-1001, janvier 2011, p. 11.

¹⁶⁶¹ Bien que le substantif « parole » ne figure pas expressément dans la loi : V. R. BRIZAIS, Une loi qui fait parler ou un comment-taire ?, *RAJS-JDJ*, n° 226, 2003. 34.

¹⁶⁶² Pour M. BADEL, La participation de l'usager, *RDSS*, 2004. 804, les textes mettent au contraire en évidence le caractère primordial de la parole de l'usager. L'auteur considère tout de même le fait que cette parole « *soit entendue et écoutée* » comme un idéal.

¹⁶⁶³ Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, Le droit à la participation politique des personnes souffrant de troubles mentaux et des personnes handicapées mentales, octobre 2010.

¹⁶⁶⁴ Constitution bulgare, art. 42 §1, Constitution de Hongrie, art. 70 (5).

¹⁶⁶⁵ L'Agence cite également le Danemark, l'Estonie, la Grèce, la Lituanie, le Luxembourg, Malte...

¹⁶⁶⁶ Exemples cités par M. LOPEZ, Handicap et citoyenneté : du droit de vote à l'éligibilité des personnes en situation de handicap, *RDSS*, 2013. 919.

Dans une affaire jugée en 2010 ¹⁶⁶⁷, la Cour européenne des Droits de l'Homme a rappelé les conditions de restriction du droit de vote. La requête était fondée sur la violation de l'article 3 du Protocole n° 1 et des articles 13 et 14 de la Convention. Le requérant, sous curatelle pour maniaque-dépression, considérait que la privation de son droit de vote était sans justification et constitutive d'une discrimination, d'autant plus que la décision prise à son encontre n'était susceptible d'aucun recours. Selon la cour, l'article 3 du Protocole n° 1 garantit aussi bien le droit de vote que le droit de se porter candidat à des élections. Elle rappelle sur ce point une jurisprudence bien ancrée ¹⁶⁶⁸. Ces droits subjectifs peuvent connaître des limitations, fondées par exemple sur l'âge ou la nationalité ¹⁶⁶⁹, mais le but de ces limitations doit être légitime et, de plus, elles doivent être proportionnées. Pour la Cour, une limitation du droit de voter et d'être candidat doit avoir « *des raisons très puissantes* » et ne peut exister « *indépendamment de ses facultés réelles* » ¹⁶⁷⁰.

415. Le droit de voter. — Le droit de vote des personnes protégées a connu une évolution concernant les personnes sous tutelle. Les autres majeurs protégés, sous sauvegarde, curatelle et aujourd'hui mandat de protection, ne voient pas l'exercice de leur citoyenneté affecté en droit par la mesure qui les protège. Pour les personnes sous tutelle, la règle a d'abord été celle de la mise à l'écart ¹⁶⁷¹ puis de l'autorisation ¹⁶⁷² pour, enfin, admettre un libre exercice sauf décision contraire ¹⁶⁷³. Aujourd'hui, le juge se prononce sur le maintien ou la suppression du droit de vote lors de l'ouverture ou lors du renouvellement de la mesure de tutelle. Le juge ne peut donc pas modifier le droit de vote en d'autres temps de la mesure de protection. Et, quand il porte atteinte au droit de vote, il doit se prononcer au regard de la situation particulière de la personne protégée.

La jurisprudence montre que lorsque le droit de vote n'est pas supprimé, c'est le plus souvent parce que le certificat circonstancié rédigé par le médecin inscrit en vue de

¹⁶⁶⁷ CEDH, aff. Alajos Kiss c. Hongrie, 20 mai 2010, requête n° 38832/06.

¹⁶⁶⁸ CEDH, Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique, 2 mars 1987, série A n° 113, p. 22 et s., §46, §51

¹⁶⁶⁹ Ce que fait l'article L. 2 du Code électoral en énonçant que « *sont électeurs les Françaises et Français âgés de dix-huit ans accomplis* ».

¹⁶⁷⁰ La Cour européenne des Droits de l'Homme « *juge en outre discutable la pratique consistant à traiter comme un groupe homogène l'ensemble des personnes souffrant de troubles mentaux ou intellectuels* ».

¹⁶⁷¹ Ancien art. L. 5 Code élect. : « *Ne doivent pas être inscrits sur les listes électorales les majeurs sous tutelle* ».

¹⁶⁷² Art. L. 5 Code élect., issu de la Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 : « *Les majeurs placés sous tutelle ne peuvent être inscrits sur les listes électorales à moins qu'ils n'aient été autorisés à voter par le juge des tutelles* ».

¹⁶⁷³ Art. L. 5 Code élect. issu de la Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007.

l'ouverture d'une curatelle ou d'une tutelle ¹⁶⁷⁴ explique que les conséquences de l'altération des facultés n'empêchent pas l'exercice du droit de vote ¹⁶⁷⁵. Le juge des tutelles ne peut pas écarter l'avis médical favorable au maintien du droit de vote sans en indiquer les raisons ¹⁶⁷⁶. Il ne semble pas qu'il puisse ordonner la suppression de ce droit si le certificat produit ne s'exprime pas, malgré l'obligation qui lui en est faite, sur la capacité de la personne à l'exercer ¹⁶⁷⁷. Les personnes protégées sont sensibles à la préservation de leur possibilité de voter, elles font parfois appel des décisions seulement sur la suppression de ce droit ¹⁶⁷⁸ et l'intérêt pour les questions d'actualité ou les conséquences d'une privation du droit de vote sur l'estime de soi peuvent l'emporter sur un certificat médical défavorable ¹⁶⁷⁹. Cette question de fait n'est pas nettement tranchée. Les juges ont pu décider que suivre l'actualité ne pouvait suffire en l'absence de demande précise concernant le droit de vote ¹⁶⁸⁰ mais, même expressément attaché à ce droit, le majeur protégé peut voir sa demande rejetée lorsqu'il parle des élections sans être capable de nommer les candidats des grandes formations politiques opposées, le droit de vote exigeant « *une capacité d'appréhender, de comprendre, d'analyser les projets présentés par les différents candidats aux élections* » et ne pouvant se concevoir comme une aide thérapeutique ou un moyen de sensibilisation à la citoyenneté ¹⁶⁸¹.

L'audition risque de se changer en interrogation d'instruction civique. La loi ne prescrit aucune règle relative à l'appréciation de la capacité électorale, ce qui incite les juges à procéder à des tests lors des auditions, ce qui est critiquable ¹⁶⁸². Sauf à développer une pratique

¹⁶⁷⁴ Ce certificat doit impérativement être joint à la requête aux fins d'ouverture, à peine d'irrecevabilité de la demande. Ont compétence pour le rédiger les médecins inscrits sur une liste tenue par le procureur de la République. Art. 431 C. civ.

¹⁶⁷⁵ Art. 1219 CPC, 3°.

¹⁶⁷⁶ CA Nancy, ch. Civ. 3, 30 avril 2012, n° 12/01168, 11/01942.

¹⁶⁷⁷ CA Rouen, 22 mars 2011, n° 10/04660. Le juge des tutelles a motivé la suppression du droit de vote par « *le fait que son état excluait toute lucidité sur le plan électoral* », alors que le certificat ne donnait pas d'indication sur la capacité à exercer le droit de vote. La personne protégée a pu démontrer qu'elle pouvait apprécier les enjeux électoraux et faire preuve de lucidité à cet égard. En conséquence, la cour d'appel a infirmé le jugement du juge des tutelles.

¹⁶⁷⁸ CA Versailles, ch. 2, section 3, 26 mars 2014, n° 13/011404.

¹⁶⁷⁹ Même décision.

¹⁶⁸⁰ CA Grenoble, ch. aff. familiales, 16 avril 2013, n° 13/00582.

¹⁶⁸¹ CA Chambéry, 23 février 2012, n° 11/00084.

¹⁶⁸² En ce sens, v. Th. VERHEYDE, Conditions de la perte de capacité électorale pour un majeur en tutelle, *AJ Famille*, 2012, 507, note sous CA Dijon, juin 2012, n° 12/00220. L'auteur précise que le juge demande au majeur s'il exerce effectivement son droit de vote, s'il connaît le nom du président de la République. Il peut aussi s'enquérir de tous faits pertinents auprès de l'entourage, afin d'évaluer l'intérêt de la personne pour le sujet.

sélective, discriminatoire, le niveau d'exigence ne peut pas être très élevé si l'on admet une incertitude quant à l'imprégnation de tous les citoyens par les vertus civiques ou les valeurs républicaines ¹⁶⁸³. L'État tend d'ailleurs à développer cette conscience par l'éducation civique, qui apparaît aussi comme une tentative d'intériorisation des règles de vie en société ¹⁶⁸⁴. S'il n'existe pas de critères légaux, les capacités requises pour voter ne sont pas davantage recensées de manière unanime mais il serait sans doute possible et souhaitable de développer un outil d'évaluation pour orienter les décisions ¹⁶⁸⁵. Les personnes âgées, même protégées, sont plutôt attachées à leur droit de vote ¹⁶⁸⁶, que l'altération de leurs facultés ne compromet pas systématiquement.

Dans une affaire jugée en 2013, le Juge des tutelles de Dijon a maintenu le droit de vote d'une majeure protégée malgré un fléchissement intellectuel, une désorientation temporo-spatiale et une grande influençabilité médicalement constatés, tenant compte de ce que, selon le médecin inscrit, l'intéressée pouvait « être capable d'effectuer son devoir électoral éventuellement par correspondance » ¹⁶⁸⁷. Cette décision paraît soucieuse des droits dans leur affirmation autant que dans leur mise en œuvre. La nécessité d'un soutien pour voter ne contredit pas la faculté de le faire ¹⁶⁸⁸. Le bénéficiaire d'un mandat de protection future, comme le majeur sous sauvegarde ou sous curatelle ne voit pas son droit de vote affecté par la mesure qui le protège. Dans tous les cas, le protecteur peut avoir l'obligation positive d'organiser les conditions matérielles de son exercice, puisqu'il doit veiller au respect des droits fondamentaux ¹⁶⁸⁹.

¹⁶⁸³ Un juge des tutelles déclare d'ailleurs placer « la barre assez bas » et ne pas refuser le droit de vote à un majeur qui le souhaite, ajoutant que, « dans une logique éducative, pour certains cela peut être important ». Le Monde, 20 avril 2012, article A. BENJAMIN.

¹⁶⁸⁴ V. notamment C. ARNSPERGER, L'économie, c'est nous, Pour un savoir citoyen, Erès, 2006 (Sociologie économique). Déjà, la Loi du 28 mars 1882 portant sur l'organisation de l'enseignement primaire comprenait l'instruction morale et civique. L'enseignement de notions juridiques, la connaissance d'éléments de droit positif, pourrait utilement venir au secours de l'éducation civique, pour la rendre « possible ». V. Ph. BARRET, L'éducation civique, une tâche impossible ?, Médium 4/ 2005, n° 5, p. 90.

¹⁶⁸⁵ A. BOSQUET, A. MEDJKANE, Ph. VINCENEUX, I. MAHE, Le vote des sujets ayant des altérations des fonctions cognitives : aspects législatifs et éthiques, Psychol. NeuroPsychiatr. Vieil., vol. 8, n° 1, mars 2010.

¹⁶⁸⁶ J. -Ph. VIRIOT DURANDAL, Le pouvoir gris : sociologie des groupes de pression de retraités, Paris, Presses universitaires de France, 2003 (Le Lien social).

¹⁶⁸⁷ Tribunal d'instance de Dijon, Juge des tutelles, 9 juillet 2013, n° 12/00658.

¹⁶⁸⁸ En tutelle, le droit de vote doit être garanti par le protecteur. Cela peut l'amener à contester des décisions de suppression du droit de vote qui ne seraient pas justifiées par la situation et, pour cela, à faire une lecture attentive du certificat médical circonstancié sur ce point.

¹⁶⁸⁹ Il exerce la mesure dans le respect de ces droits (art. 415 C. civ., commun à tous les protégés), dont il doit informer le majeur (arg. art. 457-1 C. civ., applicable quand le mandat s'étend à la protection de la personne).

416. Le droit d'être candidat. — Le vote n'est pas l'unique élément de la citoyenneté. La représentation en est le pendant ¹⁶⁹⁰. Malgré les déclarations d'intention du législateur, les personnes en situation de handicap représentent 0,1 % des élus ¹⁶⁹¹. Le Code électoral prévoit des cas d'incapacité ou d'inéligibilité ¹⁶⁹², déclinés selon les élections. Ainsi les majeurs en tutelle ou en curatelle sont-ils inéligibles en qualité de députés ¹⁶⁹³, de sénateurs ¹⁶⁹⁴, de conseillers généraux ¹⁶⁹⁵, municipaux ¹⁶⁹⁶, ou territoriaux pour ce qui est de Mayotte, Saint-Barthélemy, Saint-Martin et Saint-Pierre-et-Miquelon ¹⁶⁹⁷. L'inéligibilité ne fait l'objet d'aucune appréciation, contrairement au droit de vote. Ainsi, le majeur sous curatelle peut voter mais non se présenter aux élections, de la même façon que le majeur sous tutelle dont le droit de vote n'est pas supprimé. De plus, une personne élue se trouvant placée en cours de mandat sous curatelle ou tutelle se trouve déchue de plein droit de sa qualité ¹⁶⁹⁸. La pleine citoyenneté n'est donc pas une réalité pour les personnes placées sous curatelle ou tutelle et, indirectement, pour les handicapés mentaux, traités comme des « *citoyens de rang inférieur* » selon un député qui a présenté une proposition de loi tendant à remédier à cette situation, sans doute discutable au regard de l'interdiction d'une prohibition générale affirmée par le droit européen ¹⁶⁹⁹ et contraire à la Convention des Nations Unies relative aux droits

¹⁶⁹⁰ La Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 a justement abordé ces deux aspects de la participation à la vie politique pour les personnes en situation de handicap.

¹⁶⁹¹ Chiffre relevé par M. LOPEZ, Handicap et citoyenneté : du droit de vote à l'éligibilité des personnes en situation de handicap, *RDSS*, 2013. 919.

¹⁶⁹² Art. L. 44 C. élec.

¹⁶⁹³ Art. L. O. 129 C. élect.

¹⁶⁹⁴ Art. L. O. 296 C. élect.

¹⁶⁹⁵ Art. L. 200 C. élect.

¹⁶⁹⁶ Art. L. 230 C. élect.

¹⁶⁹⁷ Art. L. O. 481, L. O. 508, L. O. 536 C. élect.

¹⁶⁹⁸ Ce fut le cas pour Henri d'ATTILIO, sénateur socialiste des Bouches du Rhône, placé sous protection par le juge des tutelles du tribunal d'instance de Martigues le 28 mars 2003. La décision (C. const., décision n° 2004-16 D du 23 décembre 2004.) faisait une simple application de l'art. L. O. 136 C. élect. Selon lequel : « *Sera déchu de plein droit de la qualité de membre de l'Assemblée nationale celui... qui, pendant la durée de son mandat, se trouvera dans l'un des cas d'inéligibilité prévus par le présent code. — La déchéance est constatée par le Conseil constitutionnel, à la requête du bureau de l'Assemblée nationale ou du garde des sceaux, ministre de la justice...* ».

¹⁶⁹⁹ G. PEIRO, AN, Proposition de Loi relative aux droits civiques des handicapés mentaux, n° 3169, 15 février 2011. L'auteur de cette proposition rattache la citoyenneté à la dignité humaine. Il propose de rédiger comme suit l'art. L. 200 C. élect. : « *Les majeurs placés sous tutelle ou sous curatelle peuvent être éligibles aux fonctions électives* ».

des personnes handicapées, ratifiée par la France en 2010 ¹⁷⁰⁰. Le Code électoral ignore le mandat de protection future. Par conséquent, son bénéficiaire peut encore être candidat.

417. L'accessibilité et l'effectivité des droits civiques. — Afin de favoriser l'effectivité des droits qu'elle affirme, la loi du 11 février 2005 prévoit l'accessibilité pour les personnes handicapées ¹⁷⁰¹, qu'elles soient électrices ou candidates.

Pour les électeurs, de nombreuses mesures sont prévues ¹⁷⁰². Elles portent sur l'information, le matériel, les lieux, la possibilité d'accompagnement ou de procuration ¹⁷⁰³. Dans les communes de plus de 3 500 habitants, l'utilisation de machines à voter est encouragée pour permettre aux personnes handicapées « *de voter de façon autonome* » ¹⁷⁰⁴. Le coût de mise en œuvre de ces dispositions est élevé, ce qui explique peut-être, au moins en partie, son faible développement ¹⁷⁰⁵. L'information délivrée par les candidats n'est pas toujours facile d'accès et une simplification des programmes ou des déclarations sous forme de vidéogrammes ont été demandées par les associations ¹⁷⁰⁶, sans trouver grand écho. L'effectivité des droits civiques passe par un accompagnement renforcé, qui peut être initié ou assuré par le protecteur, directement ou par l'intermédiaire d'un atelier. De nombreuses initiatives locales ont été prises pour sensibiliser les personnes handicapées mentales à l'exercice de ces droits, avec le concours des établissements sociaux et médico-sociaux ¹⁷⁰⁷. Les élections peuvent de cette façon prendre corps et sens, en parlant, en pratiquant. Pour nombre de personnes vulnérables, le droit de vote est encore un droit en construction, qui ne sera appliqué que s'il est expliqué. Pour beaucoup, c'est un droit nouveau, qu'ils doivent appréhender malgré leurs difficultés, avec leurs difficultés. De façon plus générale, la Fédération nationale des associations d'accueil et de réinsertion sociale (FNARS) a mis en évidence la faible participation des personnes en situation de précarité, sans domicile fixe,

¹⁷⁰⁰ Décret n° 2010-356 du 1er avril 2010 portant publication de la convention relative aux droits des personnes handicapées (ensemble un protocole facultatif), signée à New York le 30 mars 2007.

¹⁷⁰¹ Quel que soit le handicap. V. Art. L. 62-2 C. élect.

¹⁷⁰² Art. D. 56-1 et s. C. élect.

¹⁷⁰³ Art. L. 71 C. élect.

¹⁷⁰⁴ Art. L. 57-1 C. élect.

¹⁷⁰⁵ M. LOPEZ, *op. cit.*, évoque le prix de 5000 € pour une machine permettant le vote des mal voyants et précise que seuls 3 % des bureaux de vote en sont équipés.

¹⁷⁰⁶ UNAPEI [En ligne], <http://2012.unapei.org/vote-pour-tous/article/recommandations-pour-un-vote> (Consulté le 5 mai 2015).

¹⁷⁰⁷ M. A. LEOTOING, Donner du sens à l'exercice du droit de vote, TSA mensuel 2012, n° 32. Organisation de « journées citoyennes ».

gens du voyage, personnes hébergées en centres d'hébergement et de réadaptation sociale (CHRS). Elle mène en conséquence des actions de communication pour y remédier ¹⁷⁰⁸.

Les candidats aussi peuvent être mis en difficulté. Un majeur sous sauvegarde ou bénéficiaire d'un mandat de protection future reste théoriquement éligible. Mais les médias risquent de ne pas être accessibles (radio, plateaux de télévision) ¹⁷⁰⁹.

418. Des droits consacrés hors du Code civil. — D'une part, la figure de l'usager-citoyen ¹⁷¹⁰, partie prenante, irrigue désormais l'ensemble des activités sociales, parmi lesquelles se range aujourd'hui la protection judiciaire des majeurs. Le majeur souffrant d'une altération de ses facultés doit pouvoir donner son avis sur les services dont il bénéficie. D'autre part, l'usager reste un citoyen. Veiller à sa participation est un premier palier vers le maintien ou le regain de sa socialisation ¹⁷¹¹. Le protecteur, qu'il exerce dans le cadre judiciaire ou contractuel, doit tenir compte de ces enjeux et de l'évolution des droits, civils, politiques et sociaux, dont il est chargé de garantir le respect. Ce sont là trois aspects de la pleine citoyenneté ¹⁷¹². La protection qui était contenue dans le Code civil est sortie de ses limites. Les repères ont changé, ainsi que les méthodes. Ainsi les textes de la protection des majeurs doivent-ils être lus à travers le prisme des droits et libertés fondamentaux, que les pouvoirs croissants du juge viennent garantir.

¹⁷⁰⁸ Elle a notamment créé des outils de communication décrivant les procédures d'inscription sur les listes électorales avec le concours de la Fondation Abbé Pierre.

¹⁷⁰⁹ Le Ministère des Affaires sociales et de la santé a rédigé une série de mémentos pratiques afin de permettre la prise en compte de toutes les situations et d'assurer une accessibilité réelle.

¹⁷¹⁰ Cette figure apparaît dans la circulaire du 23 février 1989 relative au renouveau du service public (dite circulaire Rocard), JORF du 24 février 1989, p. 2526.

¹⁷¹¹ D. VENTELOU, L'action sociale comme propédeutique de l'exercice démocratique, *Empan* 4/2006 n° 64, p. 46.

¹⁷¹² P. BIRNBAUM, Sur la citoyenneté, *L'année sociologique* 1/1996 (46), p. 57.

SECTION II.

LA FONDAMENTALISATION DU DROIT DES PERSONNES VULNERABLES

419. Le domaine des incapacités s'est laissé conquérir par les droits de l'Homme, jusqu'à changer de dénomination pour devenir le droit des majeurs protégés. Le phénomène de fondamentalisation signifie que les droits fondamentaux sont jugés supérieurs aux autres normes juridiques. Dans le domaine de la protection des majeurs, les textes européens et internationaux ont toujours été applicables mais le droit n'en proposait pas de lecture spécifique. Le processus de fondamentalisation se parachève par l'avancée d'un bastion institutionnel (§1) et se traduit par une systématisation (§2).

§1. L'AVANCEE D'UN BASTION INSTITUTIONNEL DES DROITS FONDAMENTAUX

420. La garantie des droits fondamentaux s'est trouvée affermie par l'intégration du Préambule de 1946 dans le bloc de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel en 1971 ¹⁷¹³. Après le développement des sources de droit reconnues, le processus de fondamentalisation s'est poursuivi avec celui de l'accroissement des contrôles ¹⁷¹⁴. Son renforcement a été, d'une part, permis par la question prioritaire de constitutionnalité (A) et, d'autre part, distillé par la Cour européenne des droits de l'Homme (B).

A. Un renforcement permis par la question prioritaire de constitutionnalité

421. **La sollicitation des juges pour la garantie des droits et libertés constitutionnels.** — La loi du 10 décembre 2009 ¹⁷¹⁵ et le décret du 16 février 2010 ¹⁷¹⁶ ont mis à exécution l'article 61-1 de la Constitution permettant la saisine du Conseil constitutionnel lorsque, « *à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit* ». Le justiciable soulève le moyen devant la juridiction saisie, qui doit statuer sur la transmission au Conseil d'État ou à la Cour de

¹⁷¹³ Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971.

¹⁷¹⁴ P. PUIG, Hiérarchie des normes : du système au principe, *RTD civ.*, 2001. 749.

¹⁷¹⁵ Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

¹⁷¹⁶ Décret n° 2010-148 du 16 février 2010 portant application de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

cassation. Si la juridiction se prononce en faveur de cette transmission, elle sursoit alors à statuer jusqu'à réception de la décision. La doctrine s'est promptement et massivement intéressée à ce nouveau mécanisme ¹⁷¹⁷, allant jusqu'à évoquer un « *big bang juridictionnel* » ¹⁷¹⁸.

Ajoutant aux mécanismes de contrôle de la loi déjà en place ¹⁷¹⁹, la question prioritaire de constitutionnalité, qui peut faire office de réservoir d'arguments, devrait assurément contribuer au renouvellement des sources du droit. Elle est déjà de pratique courante en droit commercial, où son instrumentalisation a rapidement été dénoncée. Il est patent que l'usage de la question prioritaire de constitutionnalité sert avant tout des intérêts économiques ¹⁷²⁰.

Mais les droits et libertés garantis par la Constitution peuvent tout aussi largement être invoqués dans le champ du droit des personnes et de la famille. Les bouleversements récents dans ce domaine sont en effet de nature à favoriser des demandes ¹⁷²¹. En effet, avant l'ouverture du mariage aux couples de même sexe, le mariage homosexuel avait fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel avait été interrogé sur la question de savoir si le Code civil, limitant la liberté individuelle de contracter mariage avec une personne de même sexe, était contraire aux dispositions de valeur constitutionnelle. Sans surprise ¹⁷²², le Conseil avait répondu ¹⁷²³ que les dispositions critiquées ne portaient pas atteinte au droit de mener une vie familiale normale et avait renvoyé au législateur le soin d'apprécier si la différence entre les couples hétérosexuels et homosexuels justifiait une différence de traitement. Cette saisine du Conseil constitutionnel est une illustration de la

¹⁷¹⁷ V. Ph. XAVIER, La question prioritaire de constitutionnalité : à l'aube d'une nouvelle ère pour le contentieux constitutionnel français..., *Revue française de droit constitutionnel*, 2/ 2010, n° 82, p. 273, et les références bibliographiques citées.

¹⁷¹⁸ D. ROUSSEAU, La question préjudicielle de constitutionnalité : un big bang juridictionnel, *RDP*. 2009. 631.

¹⁷¹⁹ Même s'il a transmis une question prioritaire de constitutionnalité, le juge peut toujours user du renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne. V. Circulaire n° CIV/04/10 du 24 février 2010 et Cons. const., déc. 2009-595 DC, 3 décembre 2009, *RFD A*, 2010, n° 1, note B. GENEVOIS.

¹⁷²⁰ X. DUPRE DE BOULOIS, La QPC comme supermarché des droits fondamentaux ou les dérives du contentieux objectif des droits, *Revue des droits et libertés fondamentaux* n° 2014-2, 13 janvier 2014.

¹⁷²¹ Notamment avec la Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, et ses questions corollaires portant sur la modification des règles relatives à la procréation médicalement assistée (et spécialement à la gestation pour le compte d'autrui).

¹⁷²² D. MARTEL, Un jeu de balle enflammée, à propos de la question prioritaire de constitutionnalité relative au mariage entre personnes de même sexe, *Dr. Famille*, n° 1, janvier 2011, étude 4.

¹⁷²³ Cons. const., déc. 28 janvier 2011, n° 2010-92 QPC, J. O. 29 janvier 2011 ; R. OUEDRAOGO, Le Conseil constitutionnel face aux enjeux du mariage homosexuel, *Dr. Famille*, n° 3, mars 2011, comm. 32 ; *JCP G*, 2011, act. 134, obs. A. MIRKOVIC ; *D.*, 2011, 1042, obs. J. -J. LEMOULAND et D. VIGNEAU.

montée des appels lancés aux juges afin qu'ils animent, éclairent ou complètent la loi, en tous domaines.

422. Les droits et libertés contractuels de valeur constitutionnelle. — Le contrat est soumis aux droits fondamentaux et la loi doit respecter les principes fondamentaux du droit des contrats tels qu'ils ont été reconnus par le Conseil constitutionnel. Le Conseil a ainsi affirmé la liberté contractuelle ¹⁷²⁴ et protège les contrats légalement conclus ¹⁷²⁵, le droit de rupture unilatérale des contrats à durée indéterminée ¹⁷²⁶ ainsi que le principe de responsabilité ¹⁷²⁷. Ces garanties sont fondées sur le principe de liberté posé par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Malgré des interrogations légitimes sur la possibilité de remise en cause des régimes protecteurs de la partie faible, les considérations d'intérêt général devraient pouvoir l'emporter. Par suite, la question prioritaire de constitutionnalité ne devrait pas révolutionner le droit des contrats ¹⁷²⁸.

423. La valeur constitutionnelle des droits et libertés des personnes vulnérables. — La question prioritaire de constitutionnalité n'a pas modifié la protection juridique des personnes vulnérables, bien que plusieurs décisions aient déjà été rendues dans ce domaine. Une douzaine de décisions sur les quatre cents rendues par le Conseil constitutionnel, soit 3 %, intéressent directement les personnes vulnérables ¹⁷²⁹. La moitié de ces décisions concernent les soins psychiatriques sans consentement. Il est notable que, malgré l'absence de consentement, le régime des soins ambulatoire ou à domicile prend appui sur l'autonomie résiduelle de la personne. Lorsque ces modalités sont retenues, le psychiatre établit en effet

¹⁷²⁴ DC n° 2000-437, Recueil, p. 190.

¹⁷²⁵ DC n° 2009-592, Recueil, p. 193.

¹⁷²⁶ DC n° 99-419, Recueil, p. 116.

¹⁷²⁷ DC n° 2008-564, Recueil, p. 313.

¹⁷²⁸ C. PERES, La question prioritaire de constitutionnalité et le contrat, *RDC*, 2010/2, p. 539. Au contraire du droit commercial. Sur cette question, V. X. DUPRE DE BOULOIS, *op. cit.*

¹⁷²⁹ Décision n° 2010-2 QPC du 11 juin 2010 (réparation du préjudice résultant du handicap), Décision n° 2010-56 QPC du 18 octobre 2010 (financement de la mesure d'accompagnement social personnalisé), Décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010 (hospitalisation sans consentement), Décision n° 2011-123 QPC du 29 avril 2011 (conditions d'attribution de l'allocation adulte handicapé), Décision n° 2011-135/140 QPC du 09 juin 2011 (hospitalisation d'office), Décision n° 2011-136 QPC du 17 juin 2011 (financement des diligences exceptionnelles du mandataire judiciaire à la protection des majeurs), Décision n° 2011-174 QPC du 06 octobre 2011 (hospitalisation d'office), Décision n° 2011-202 QPC du 02 décembre 2011 (hospitalisation d'office), Décision n° 2012-235 QPC du 20 avril 2012 (soins psychiatriques sans consentement), Décision n° 2012-260 QPC du 29 juin 2012 (mariage d'une personne en curatelle), Décision n° 2012-288 QPC du 17 janvier 2013 (qualité pour agir en nullité d'un acte pour insanité d'esprit), Décision n° 2013-367 QPC du 14 février 2014 (placement en unité pour malades difficiles des personnes hospitalisées sans leur consentement).

un programme de soins ¹⁷³⁰. Le Code de la santé publique prévoit que la personne « *est, dans la mesure où son état le permet, informée de ce projet de décision et mise à même de faire valoir ses observations, par tout moyen et de manière appropriée à cet état* » ¹⁷³¹. Le texte précise que le médecin peut proposer une « *hospitalisation complète notamment en cas d'une inobservance de ce programme susceptible d'entraîner une dégradation de son état de santé* » ¹⁷³². Les soins sont imposés mais la volonté est tout de même recherchée, sans qu'elle soit contraignante pour le médecin. Selon le Conseil constitutionnel, cela permet de concilier les intérêts en présence ¹⁷³³. Une normalisation des conduites est attendue, qui peut être favorisée par l'adhésion aux soins dispensés ¹⁷³⁴. La prise en compte de la volonté de la personne vulnérable apparaît donc comme un impératif de toutes mesures d'aide ou d'assistance, même contraintes. Dans certains cas, cette volonté seule ne suffira pas à l'efficacité d'un acte, tandis que dans d'autres, elle sera renforcée, selon que la protection prime ou non la sécurité juridique.

424. La liberté de se marier des personnes protégées. — Le mariage des incapables majeurs n'a pas toujours fait l'objet de dispositions spécifiques, comme c'est le cas depuis la réforme de 1968 ¹⁷³⁵. Auparavant, il était admis que les formalités obligatoires suffisaient à garantir que la volonté déclarée était conforme à la volonté réelle de la personne incapable. La personne pourvue d'un conseil judiciaire pouvait ainsi se marier librement et la personne interdite était, quant à elle, supposée avoir consenti à son mariage dans un intervalle lucide. Le droit au mariage ne lui était cependant pas reconnu avec la même évidence qu'aujourd'hui. Ce droit était considéré comme imprescriptible par certains auteurs ¹⁷³⁶ tandis qu'il paraissait à d'autres ¹⁷³⁷ ne pas devoir être accordé à l'aliéné qui ne pourrait en assumer les charges. La protection se trouvait donc assurée par l'action en nullité classique, parfois mise en échec par

¹⁷³⁰ Art. L. 3211-2-2 C. santé publ.

¹⁷³¹ Art. L. 3211-3 C. santé publ.

¹⁷³² Art. R. 3211-1 C. santé publ.

¹⁷³³ Décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010.

¹⁷³⁴ M. COUTURIER, La réforme des soins psychiatriques sans consentement : de la psychiatrie disciplinaire à la psychiatrie de contrôle, *RDS*, 2012. 97.

¹⁷³⁵ Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs.

¹⁷³⁶ M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome II, La famille, par A. ROUAST, LGDJ 1952. Cette position a été admise par la jurisprudence.

¹⁷³⁷ Position évoquée par J. MASSIP, *Les incapacités*, Defrénois 2002, n° 604, p. 499.

le régime de la preuve. Depuis 1968, le mariage devait être autorisé, en tutelle, par le conseil de famille ou le juge ¹⁷³⁸ et, en curatelle, le curateur devait donner son consentement ¹⁷³⁹.

Depuis la réforme du 5 mars 2007, le mariage des personnes sous curatelle et sous tutelle est régi par l'article 460 du Code civil. Ce texte requiert l'autorisation du curateur dans le régime de la curatelle et celle du juge ou du conseil de famille dans le régime de la tutelle. En curatelle, l'autorisation a remplacé le consentement du curateur. Ce dernier s'assure de la réalité de la volonté matrimoniale et de la conformité du projet de mariage aux intérêts du protégé. Cela met en évidence l'esprit de la loi nouvelle. C'est bien le majeur qui est titulaire du droit de se marier. Le curateur est étranger à cet acte qu'il est seulement chargé d'autoriser. Si le curateur intervient comme auteur, le majeur est l'unique acteur de sa décision ¹⁷⁴⁰. Cela devrait empêcher à l'avenir de donner le sentiment que la personne protégée est « *dépossédée des prérogatives relatives à sa personne* » ¹⁷⁴¹.

Le mariage des personnes bénéficiant d'un mandat de protection future n'est quant à lui soumis à aucune condition particulière, ce qui est conforme au principe du maintien de sa capacité mais peut questionner à deux égards.

425. Une atteinte proportionnée à la liberté du mariage dans le régime de la curatelle. —

En 2009, un homme âgé de 72 ans avait été placé sous curatelle renforcée, une mandataire judiciaire ayant été désignée pour exercer cette mesure. Le majeur protégé avait exprimé le souhait de se remarier ¹⁷⁴² avec une femme de quinze ans plus jeune que lui, qu'il connaissait depuis de nombreuses années et avec laquelle il vivait en concubinage. Conformément à l'article 460 du Code civil, l'autorisation de la curatrice avait été sollicitée. Le majeur s'était alors heurté à un premier refus ¹⁷⁴³, suivi d'un deuxième puisque le juge des tutelles avait à son tour décidé de ne pas accorder son autorisation. Le juge s'était manifestement entouré

¹⁷³⁸ Anc art. 506 C. civ.

¹⁷³⁹ Anc. art. 514 C. civ.

¹⁷⁴⁰ Sur la notion d'*auctoritas*, V. D. VIGUIER, L'autorisation judiciaire du curateur ou la représentation de l'incapable par son curateur, *D.*, 2009, 1490.

¹⁷⁴¹ CA Lyon, 4 juin 2009, *Dr. Famille*, 2009, n° 161, obs. I. MARIA (Jugé que l'absence de consentement du curateur ou de l'autorisation du juge des tutelles au mariage d'un majeur sous curatelle correspond à un défaut de consentement au sens de l'art. 146 C. civ.).

¹⁷⁴² Il était veuf.

¹⁷⁴³ Le MJPM ne se serait pas prononcé, ceci équivalant à un refus (selon D. NOGUERO et J. -M. PLAZY, *D.*, 2012. 2699).

d'éléments pour forger sa position¹⁷⁴⁴ et se prononcer sur l'aptitude à consentir du majeur¹⁷⁴⁵. Selon certaines sources, sur le plan personnel, l'existence du consentement avait été attestée par des certificats médicaux et, sur le plan patrimonial, un contrat de séparation de biens avait été rédigé¹⁷⁴⁶. La décision du Juge des tutelles fut pourtant confirmée en appel¹⁷⁴⁷. Le majeur forma un pourvoi en cassation contre cet arrêt et présenta une question prioritaire de constitutionnalité incidente selon laquelle l'article 460 du Code civil portait « *une atteinte disproportionnée à l'exercice de la liberté du mariage, que la Constitution garanti* » en « *en subordonnant le mariage du majeur sous curatelle à l'autorisation du curateur, ou à défaut à celle du juge des tutelles* »¹⁷⁴⁸.

Lors de l'examen de cette affaire devant le Conseil constitutionnel, l'avocat du majeur protégé rappela le principe d'autonomie décisionnelle posé par l'article 459 du Code civil et cita le texte de l'article 458 du Code civil relatif aux décisions impliquant un consentement strictement personnel. Il fit aussi état de « *pressions de la part de sa fille adoptive* », d'un projet rejeté en raison d'un « *risque de dispersion du patrimoine* »¹⁷⁴⁹. Parmi ses arguments, le conseil du majeur protégé présenta une comparaison du régime du mariage avec celui de PACS¹⁷⁵⁰, rappelant que la déclaration conjointe ne nécessitait aucune assistance, contrairement à la convention¹⁷⁵¹. Il exposa que les règles relatives au PACS faisaient ainsi le départ entre ce qui ressortait de la sphère personnelle et la protection due aux biens. Cet exposé, pour intéressant qu'il soit, ne peut toutefois pas emporter la conviction. En effet, la déclaration conjointe prévue pour le PACS est irrecevable si elle n'est accompagnée de la convention¹⁷⁵². Ces deux actes sont indissociables, ce qui n'est pas le cas du mariage et du

¹⁷⁴⁴ Il avait notamment ordonné une enquête sociale. (Selon Th. VERHEYDE, Mariage du majeur en curatelle : décision fondamentale du Conseil constitutionnel pour l'avenir de la protection juridique des majeurs, Conseil constitutionnel 29 juin 2012, *AJ Famille*, 2012. 463).

¹⁷⁴⁵ Pour cela, il organise un débat contradictoire (art. 1220-3C. pr. civ.), peut procéder à toutes auditions et expertises qu'il juge utiles.

¹⁷⁴⁶ Éléments rapportés par D. NOGUERO et J. -M. PLAZY, *D.*, 2012. 2699.

¹⁷⁴⁷ CA Paris, 6 septembre 2011.

¹⁷⁴⁸ Décision de renvoi devant le Conseil constitutionnel : Civ. 1^{re}, 12 avril 2012, pourvoi n° 11-25. 158, *RTD civ.*, 2012. 293, obs. J. HAUSER.

¹⁷⁴⁹ Me SPINOSI, audience devant le Conseil constitutionnel, juin 2012. [En ligne] Disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/videos/2012/juin/affaire-n-2012-260-qpc.114732.html> (consultation le 5 mai 2015).

¹⁷⁵⁰ Cette approche avait été proposée par J. HAUSER, Mariage des personnes sous curatelle (Demande de QPC n° Y 11-25. 158, sur renvoi de Paris 6 septembre 2011), *RTD civ.*, 2012, p. 293.

¹⁷⁵¹ Art. 461 C. civ.

¹⁷⁵² Art. 515-3 C. civ.

contrat de mariage, ce dernier n'étant pas obligatoire. Par conséquent, pour refuser la conclusion d'un PACS, il suffit au curateur de refuser son assistance à la signature de la convention. Par voie de conséquence, il fait obstacle à la déclaration conjointe.

L'avocat adverse soutint quant à lui que l'article 460 du Code civil ne visait qu'à s'assurer de la volonté du majeur protégé de s'unir par le mariage. La pratique des protecteurs et des juges laisse pourtant entrevoir d'autres finalités. En effet, l'autorisation est souvent donnée sous la condition sine qua non de la conclusion d'un contrat de mariage ¹⁷⁵³.

Le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur cette question le 29 juin 2012 ¹⁷⁵⁴. Il a confirmé en premier lieu que, le cas échéant, la décision du Juge devait « être motivée en fonction de l'aptitude de l'intéressé à consentir au mariage » ¹⁷⁵⁵. Il s'est ensuite référé plus largement « aux obligations personnelles et patrimoniales » qui résultaient du mariage, précisant que les restrictions en cause étaient posées « afin de protéger les intérêts de la personne » ¹⁷⁵⁶.

De cette motivation, il peut être déduit que le consentement du majeur ne suffit pas. Cela est discutable car, comme l'avait justement souligné l'avocat de la personne protégée candidate au mariage, un majeur sous curatelle ne devrait ni plus ni moins être raisonnable que toute autre personne. Il ne serait donc pas pertinent d'exiger qu'il soit mieux informé et, surtout, les conséquences patrimoniales ne devraient pas l'emporter sur le caractère personnel du mariage, même (surtout ?) si, comme en l'espèce, le majeur était à la tête d'un patrimoine de plusieurs millions d'euros ¹⁷⁵⁷. Le Conseil constitutionnel, jugeant que l'atteinte à la liberté de se marier n'était pas disproportionnée et que le majeur protégé disposait de garanties suffisantes, a déclaré l'article 460 du Code civil conforme à la

¹⁷⁵³ Et pour passer une convention matrimoniale, le majeur en tutelle ou en curatelle doit être assisté par son tuteur ou son curateur (art. 1399 C. civ.).

¹⁷⁵⁴ Cons. const., 29 juin 2012, n° 2012-260 QPC, J. -J. LEMOULAND, D. VIGNEAU, Droit des couples, *D.*, 2013. 1089 ; G. RAOUL-CORMEIL, L'autorisation requise pour le mariage du curatelaire, sage précaution dans l'exercice de la liberté nuptiale, *D.*, 2012, 1899 ; D. NOGUERO, J. -M. PLAZY, Majeurs protégés, *D.*, 2012. 2699 ; J. HAUSER, Mariage et curatelle : concilier protection et liberté ? L'article 460 nouveau du Code civil est constitutionnel, *RTD civ.*, 2012. 510 ; *AJ Famille*, 2012. 463, obs. Th. VERHEYDE, I. MARIA, La nécessité de l'assistance du curateur pour se marier : une exigence conforme à la Constitution, *Dr. Famille*, n° 10, octobre 2012, comm. 148.

¹⁷⁵⁵ Considérant n° 7.

¹⁷⁵⁶ Considérant n° 8.

¹⁷⁵⁷ « Le majeur concerné étant à la tête d'un patrimoine s'élevant à pas moins de 6 millions d'euros » : I. MARIA, La nécessité de l'assistance du curateur pour se marier : une exigence conforme à la Constitution, *Dr. Famille*, n° 10, octobre 2012, comm. 148.

Constitution ¹⁷⁵⁸. Le principe du contrôle systématique du mariage des personnes sous curatelle ou sous tutelle est donc maintenu.

La question de ses critères devrait être soigneusement abordée. Le vœu que tout ne soit pas abandonné « à la discrétion des volontés individuelles » ¹⁷⁵⁹ est recevable, mais il ne faudrait pas pour autant permettre des restrictions fondées en fait sur des considérations morales ou matérielles, qui importent davantage aux héritiers qu'aux personnes dites protégées ¹⁷⁶⁰.

426. Une atteinte à la liberté personnelle. — Le Conseil constitutionnel a démontré dans cette affaire que, pour les mesures judiciaires, la protection de la personne était organisée par cliquets, le premier arrêt pouvant être marqué par le protecteur, le second par le juge des tutelles et les suivants par les juridictions de recours. La finalité protectrice de la mesure justifie cette atteinte, jugée proportionnée. Le protecteur doit impérativement s'assurer de la volonté des futurs époux et défendre les intérêts de son protégé, d'autant plus exposé qu'à la faveur d'internet, les demandes de mariage affluent plus facilement. Les personnes vulnérables souffrant de solitude sont particulièrement exposées au mariage gris et le protecteur a parfois du mal à dire non, en raison des carences affectives dont il est le témoin ou le confident. Il ne devrait pas pouvoir se retrancher derrière la liberté personnelle pour se soustraire à ses obligations. La question prioritaire de constitutionnalité a ici permis de rappeler le bien-fondé de son intervention.

C'est cette solution qui conduit à s'interroger sur le mariage des bénéficiaires d'un mandat de protection future. En effet, il n'est pas soumis à ces exigences ¹⁷⁶¹. Cela se comprend du

¹⁷⁵⁸ Le dénouement de cette affaire aura lieu devant la Cour de cassation en 2012 (Cass., civ. 1^{re}, 5 décembre 2012, n° de pourvoi : 11-25158) : le texte ayant été déclaré constitutionnel, la solution relevait de l'appréciation souveraine des juges du fond. Rejet du pourvoi.

¹⁷⁵⁹ J. -J. LEMOULAND, D. VIGNEAU, *Droit des couples*, D., 2013. 1089.

¹⁷⁶⁰ Cet écueil fut notamment évité par la cour d'appel de Besançon dans une affaire jugée en 2010 (CA Besançon, Ch. civile 1, section B, 28 octobre 2010, n° de rôle 10/01569). Le curateur avait refusé son autorisation en se fondant sur « l'opposition de la famille », « la précipitation avec laquelle le mariage a été annoncé et préparé », et « sur le coût des festivités envisagées ». Pour accorder l'autorisation sollicitée, la cour d'appel a retenu qu'un refus ne pouvait être exprimé « que pour des raisons graves, dans l'intérêt exclusif de la personne protégée, et non dans celui de sa famille » et a évoqué « la sincérité » et le « sérieux des sentiments des futurs époux l'un pour l'autre », précisant en outre qu'il était possible de préserver les biens par la conclusion d'un contrat de mariage.

¹⁷⁶¹ L'article 479 C. civ. délimite l'intervention du mandataire de protection future. Il renvoie aux articles 457-1 à 459-2 en cas de mission de protection de la personne. Le mandat ne produit donc pas tous les effets de la curatelle ou de la tutelle pour la protection de la personne. Sont exceptées les dispositions relatives au mariage et au PACS. L'interrogation est la même pour la sauvegarde de justice. Mais l'article 438 du Code civil renvoie en matière personnelle aux articles 457-1 à 463, ce qui inclut étrangement le mariage et le PACS. Pour autant, les articles 460, 461 et 462 ne visent pas la sauvegarde. Il faut donc appliquer les articles du début de la sous-section et le dernier, mais pas tous ceux du milieu, ce qui contrarie la lisibilité de la loi.

fait du maintien de la capacité du protégé. Mais cela est discutable car la question de l'existence et de l'intégrité de leur consentement reste prégnante et l'exercice de cette liberté pourrait être encadré tout aussi légitimement qu'en matière de curatelle ou de tutelle, dans un égal souci de protection.

Cette différence de traitement perd encore de sa cohérence si l'on considère que la capacité est limitée en matière de divorce. L'article 249-4 du Code civil énonce que « *lorsque l'un des époux se trouve placé sous l'un des régimes de protection prévus au chapitre II du titre XI du présent livre, aucune demande en divorce par consentement mutuel ou pour acceptation du principe de la rupture du mariage ne peut être présentée* ». Lors des travaux parlementaires, il a été envisagé de supprimer cette restriction pour toutes les personnes protégées ¹⁷⁶². Les parlementaires n'ont pas voté l'amendement déposé en ce sens au motif que la loi avait trop récemment réformé le divorce sans revenir sur cette règle ¹⁷⁶³. Si bien qu'aujourd'hui, la capacité du bénéficiaire du mandat de protection future n'est pas limitée pour son mariage mais l'est pour son divorce, alors même qu'il souffre d'une altération de ses facultés mentales médicalement établie. Soit le régime du mariage n'est pas cohérent avec le constat de l'altération qui justifie les restrictions en tutelle ou en curatelle, soit le régime restrictif du divorce n'est pas cohérent avec le maintien de la capacité que prévoit le mandat de protection future. Le droit au divorce ne résulterait-il pas de la liberté personnelle affirmée par la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 ¹⁷⁶⁴ ? Le mandat de protection future n'affecte pas la capacité, sauf en matière de divorce, sans justification sérieuse. Le texte sur le divorce, parce qu'il date de 2004, n'a pu tenir compte de ce régime contractuel de protection. Il le vise donc expressément aujourd'hui par ricochet, du fait de la loi du 5 mars 2007. Pour cette raison, l'article 249-4 du Code civil doit être revu. Entre ce tout souhaitable et le rien possible, qui pourrait résulter d'une confrontation de notre droit positif à la Convention européenne des droits de l'Homme, il semble que le régime d'autorisation conserve une bonne espérance de vie ¹⁷⁶⁵.

¹⁷⁶² ASSEMBLEE NATIONALE, Compte rendu intégral, JO AN, 18 janvier 2007, n° 5 [3] A. N. (C. R.), p. 431.

¹⁷⁶³ Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce.

¹⁷⁶⁴ Il est intéressant de noter que la Cour européenne des Droits de l'Homme a répondu par la négative à cette question, dans l'affaire Johnston et autres c/ Irlande, CEDH, 18 décembre 1986, aff. 9697/82. Cette décision a considéré que le droit au respect de la vie privée et familiale n'impliquait pas un droit au divorce, qui n'aurait pas le caractère d'un droit fondamental.

¹⁷⁶⁵ C. RUET, Protection de la personne en curatelle, liberté matrimoniale ou droit au mariage : l'approche interne confrontée à l'approche européenne, La Revue des droits de l'homme [En ligne], Disponible sur <http://revdh.revues.org/677> (consultation le 5 mai 2015). L'auteur conclut cependant à la faible probabilité d'une reconnaissance de la violation de la Convention par la Cour européenne des Droits de l'Homme. Mais cela reste du domaine de la fiction et d'autres sources internationales pourraient être invoquées utilement, spécialement la Convention internationale relative aux droits des personnes

L'affaire soumise au Conseil constitutionnel a montré que la Constitution pouvait être invoquée pour soutenir les droits et libertés des personnes vulnérables, qu'elles soient ou non protégées, par un contrat ou un jugement. La Constitution peut alors être sollicitée pour servir d'autres intérêts que ceux de la personne vulnérable.

427. La remise en cause des actes pour insanité d'esprit. — Le Conseil constitutionnel a été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article 414-2 du Code civil qui encadre l'action en nullité des actes faits par une personne qui n'était pas saine d'esprit. Ce régime est restrictif à l'égard des héritiers lorsque l'action est exercée après le décès de l'auteur de l'acte. En effet, des cas d'ouverture sont prévus. Les héritiers ne peuvent agir que « *si l'acte porte en lui-même la preuve d'un trouble mental* » ou si la personne avait été placée sous sauvegarde de justice ou bénéficiaire d'un mandat de protection future mis à exécution ou encore faisait l'objet d'une demande d'ouverture d'une tutelle ou d'une curatelle. La condition de la preuve intrinsèque est difficile à remplir. Il faudrait que la forme ou le fond de l'acte révèle le trouble mental. Mais il ne suffit pas, par exemple, d'une signature tremblotante ou d'une écriture mal assurée ¹⁷⁶⁶, ni qu'un prix anormalement bas soit convenu pour un bail ¹⁷⁶⁷ ou une vente ¹⁷⁶⁸. Dans l'affaire ayant donné lieu à la question prioritaire de constitutionnalité ¹⁷⁶⁹, la vente d'un immeuble avait été consentie moyennant le paiement d'une rente viagère. Après le décès du vendeur, ses héritiers avaient assigné les acquéreurs en annulation de la vente. Les héritiers soutenaient que les restrictions prévues par l'article 414-2 du Code civil n'étaient pas conformes à la Constitution. La Cour de cassation jugea que celles-ci pouvaient constituer une atteinte au droit au droit à un recours effectif et transmit la question au Conseil constitutionnel. Le Conseil estima que le texte critiqué conciliait au contraire l'équilibre entre les droits des héritiers et l'exigence de sécurité juridique, précisant par ailleurs qu'il avait vocation à écarter les difficultés de preuve. Selon le Conseil, la limitation du droit est donc proportionnée au but poursuivi par le législateur. Cette décision permet de ne pas affecter, de fait et indirectement, la capacité contractuelle des personnes âgées ou malades, qui pourraient se voir refuser des prestations par crainte d'annulation des actes.

handicapées votée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 13 décembre 2006 et ratifiée par la France en 2010 (Loi n° 2009-1791 du 31 décembre 2009 autorisant la ratification de la convention relative aux droits des personnes handicapées).

¹⁷⁶⁶ CA Besançon, 24 avril 2002, n° 00/01405, JurisData n° 2002-182663.

¹⁷⁶⁷ Cass. civ. 3, 17 juillet 1986, n° de pourvoi 85-11. 654, Bull., n° 121, p. 95.

¹⁷⁶⁸ CA Aix-en-Provence, 11 janvier 2007, n° 05/05549, JurisData n° 2007-342420.

¹⁷⁶⁹ 17 janvier 2013, n° 2012-288 QPC, JO 18 janvier 2013, p. 1293.

Cette décision ne modifiera donc pas le droit et ne fragilise pas la situation des cocontractants. Toutefois, la raison d'être du texte, qui était d'empêcher les héritiers négligents ¹⁷⁷⁰ de venir contester un acte pour défendre leurs seuls intérêts, a peut-être perdu de sa vigueur, tandis que les agissements malveillants des tiers paraissent se multiplier ¹⁷⁷¹. La Cour de cassation a jugé que la question présentait le caractère sérieux requis pour sa transmission au Conseil constitutionnel ¹⁷⁷² et la doctrine a, pour sa part, déjà proposé de ne plus limiter le droit d'agir des héritiers, qui pourraient demander la nullité comme l'auteur de l'acte aurait pu le faire lui-même ¹⁷⁷³. Par ailleurs, le contentieux relatif au mandat de protection future montre les résistances opposées à la protection contractuelle, qui peuvent être parfaitement justifiées. Encourage-t-on le recours au droit commun de la représentation, auquel tend le principe de subsidiarité exprimé par l'article 428 du Code civil ¹⁷⁷⁴ en verrouillant les possibilités de recours contre les actes passés dans ce cadre ? La restriction est certes conforme à la Constitution ¹⁷⁷⁵ mais elle est peut-être contre-productive ¹⁷⁷⁶. De plus, étrangement, la prise d'effet du mandat de protection future avant le décès devient un cas d'ouverture de l'action permettant de demander... sa propre nullité ¹⁷⁷⁷.

La question prioritaire de constitutionnalité contribue assurément à la fondamentalisation du droit des personnes vulnérables et des contrats qu'elles concluent, à l'occasion ou pour leur protection. Elle consacre la Constitution comme moyen de faire observer les droits fondamentaux, quitte à faire une relecture critique du Code civil. Cette procédure récente aurait pu laisser à penser que cette protection constitutionnelle gagnerait du terrain sur la

¹⁷⁷⁰ De n'avoir pas sollicité en temps utile la protection de leur parent, prétendument insane.

¹⁷⁷¹ Démarchage à domicile : vente forcée des biens ou services inutiles ou à des prix excessifs, achat forcé, etc.

¹⁷⁷² Cass. civ. 1^{re}, 7 novembre 2012, n° de pourvoi 12-40. 068, Bull. n° 235.

¹⁷⁷³ D. NOGUERO, La nullité pour trouble mental en cas de décès de l'auteur de l'acte, *D.*, 2005. 257.

¹⁷⁷⁴ « *La mesure de protection ne peut être ordonnée par le juge qu'en cas de nécessité et lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne par l'application des règles du droit commun de la représentation (...)* ».

¹⁷⁷⁵ Depuis la réforme portée par le Doyen CARBONNIER, ainsi que le rappelle le Pr HAUSER (Constitutionnalité du régime de l'action en nullité pour insanité d'esprit, *RTD civ.*, 2013, 348). Pour autant, les héritiers se heurteront aux mêmes difficultés de preuve en se tournant vers les vices du consentement...

¹⁷⁷⁶ J. MASSIP, Les limites à l'action en nullité des actes pour insanité d'esprit après le décès de leur auteur, *Deffrénois*, 2013, p. 1141.

¹⁷⁷⁷ Si l'on raisonne par analogie avec l'action aux fins de tutelle, peu importe que celle-ci ait été introduite avant ou après l'acte critiqué : Civ. 1^{re}, 27 janvier 1987, pourvoi n° n° 85-16. 020, Bull. civ. I, n° 30. On peut donc supposer qu'un mandat ayant pris effet avant le décès, tout acte passé avant puisse également être exposé à l'annulation.

protection assurée par la Convention européenne des droits de l'homme, or les deux contrôles paraissent se concurrencer.

B. Le renforcement distillé par la Cour européenne des droits de l'Homme

428. L'imbrication des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité. — Sans que le Conseil constitutionnel n'ait de compétence pour se prononcer sur la compatibilité d'une loi avec les textes européens¹⁷⁷⁸ et bien que les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité soient distincts, il existe une convergence des jurisprudences interne et européenne¹⁷⁷⁹. Les droits reconnus par la Convention européenne comprennent ceux garantis par la Constitution et le Conseil constitutionnel interprète les textes de droit interne dans un esprit conforme à celui de la Convention¹⁷⁸⁰.

La logique de subsidiarité applicable devant la Cour européenne des droits de l'Homme impose l'épuisement des voies de recours internes. Cela n'oblige pas pour autant à la présentation d'une question prioritaire, qui n'a pas vocation à régler directement la situation litigieuse. La Cour européenne peut toutefois être saisie d'une question après sa transmission et son jugement par le Conseil constitutionnel, ce qui donnera lieu à deux examens successifs mais non assimilables l'un à l'autre.

En effet, ces contrôles paraissent plutôt complémentaires¹⁷⁸¹ en ce que, d'une part, une norme peut être déclarée conforme à la Constitution sans pour autant l'être à la Convention européenne des droits de l'Homme¹⁷⁸² et, d'autre part, si la question prioritaire de constitutionnalité et le recours devant la Cour européenne ont tous deux pour but de protéger les droits et libertés, la première ne s'intéresse pas, contrairement au second, à leur

¹⁷⁷⁸ Position constante depuis Cons. const., 15 janvier 1975, n° 74-54 DC.

¹⁷⁷⁹ M. GUILLAUME, Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme, Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n° 32, juillet 2011.

¹⁷⁸⁰ Les décisions Cons. Const., 6 octobre 2010, n° 2010-396 – QPC et CEDH, 15 mars 2012, n° 25951/07 sur l'adoption par les couples homosexuels illustre cette convergence. V. LARRIBAU-TERNEYRE, Deux bougies pour la QPC, *Dr. Famille*, n° 4, avril 2012, repère 3.

¹⁷⁸¹ Ce qui renforce l'intérêt d'un dialogue des juges, qui préexistait à la QPC. V. J. -P ; COSTA, Les juges européens, le juge constitutionnel et le juge administratif : le dialogue des juges, *in* Actes du colloque du 50^e anniversaire des tribunaux administratifs, Grenoble, 12 mars 2004 ;, p. 309.

¹⁷⁸² CEDH, Zielinsky et Pradal et Gonzales et autres c/ France prononcé le 28 octobre 1999 (req. n° 24846/94 et 34165/96 à 34173/96, *D.*, 2000. 184, obs. N. FRICERO ; *JCP G*, 2000. 202, obs. F. SUDRE ; *RTD civ.*, 2000. 436, obs. J. -P. MARGUENAUD).

violation dans le cas qui lui est soumis, mais uniquement à l'atteinte que la loi pourrait leur porter.

En matière personnelle, que la protection soit contractuelle ou judiciaire importe peu puisque le régime primaire des articles 457-1 à 459-2 du Code civil est applicable à l'ensemble des mesures. La Cour européenne des droits de l'Homme a donc vocation à se prononcer sur l'exécution d'une mesure contractuelle.

- 429. Un contrôle des mesures de privation de liberté.** — Alors que les parlementaires¹⁷⁸³ et le contrôleur général des lieux de privation de liberté¹⁷⁸⁴ s'interrogent sur les conditions d'admission des personnes en établissement et que le droit national de la protection juridique des majeurs a affirmé qu'une mesure doit favoriser l'autonomie de la personne¹⁷⁸⁵, la Cour européenne, saisie sur le fondement de l'article 5§1, de la Convention, a admis le placement d'une personne âgée dans un foyer médicalisé contre son gré¹⁷⁸⁶. Cette personne, âgée de 84 ans, n'ouvrait plus sa porte au service d'aide à domicile, vivait dans le désordre (journaux, cartons et sacs plastiques), sans chauffage, dormait dans des draps sales. La Cour, après avoir relevé, d'une part, que ses conditions de vie, d'hygiène et de santé n'étaient pas jugées satisfaisantes et, d'autre part, que la personne était libre de ses mouvements et pouvait entrer en contact avec l'extérieur, a conclu que le placement contesté « *ne s'analysait pas en une privation de liberté au sens de l'article 5§1, mais constituait une mesure responsable prise par les autorités compétentes dans le propre intérêt de la requérante* ». Le principe de la protection d'une personne contre sa volonté est donc reçu favorablement, mais certaines conditions sont exigées¹⁷⁸⁷. Ici, le fait que la personne puisse à la fois « *jouir de sa liberté de mouvement et entretenir des relations sociales avec le monde extérieur* » a été pris en compte. Sur le principe, la contrainte envisagée par l'article 459-2 du Code civil, qui permet au juge de statuer sur le lieu de résidence d'une

¹⁷⁸³ V. débats sur le Projet de loi relatif à l'adaptation de la société au vieillissement, Assemblée nationale, Compte rendu intégral 2e séance du mercredi 10 septembre 2014, JO n° 83 [2] A. N. (C. R.), 11 septembre 2014, p. 6215 et s.

¹⁷⁸⁴ J. -M. DELARUE, Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, Rapport d'activité 2012, Dalloz, 2013.

¹⁷⁸⁵ Art. 415 C. civ.

¹⁷⁸⁶ HM c/ Suisse du 26 février 2002, *JCP G*, 2002. I. 157 n° 4, chron. F. SUDRE ; Décision citée par J. -P. MARGUENAUD, Les aspects procéduraux de la protection des majeurs vulnérables au regard de la CEDH, *LPA*, 4 novembre 2010 n° 220, p. 10.

¹⁷⁸⁷ Les juridictions françaises se prononcent en ce sens. V. not. CAA Paris 21 décembre 2004, *JCP A*, 2005. 341, note J. MOREAU ; *AJDA* 2005. 341. Le préfet avait prévu une prise en charge contrainte des SDF en cas de grand froid et de risque vital faute de protection appropriée. Jugé qu'il n'y avait pas lieu à l'annulation de la note de service.

personne protégée en cas de difficulté, n'est pas critiquable. Seules les circonstances de l'espèce pourraient fonder une condamnation.

430. Des restrictions discutables du droit à nouer des relations avec autrui. — Il n'est pas certain que toutes les restrictions imposées en fait par certains protecteurs ou en droit, sur le fondement de l'article 459-2 du Code civil, par certains juges des tutelles, puissent résister aux dispositions conventionnelles.

L'article 459-2 du Code civil, qui énonce que la personne protégée « *entretient librement des relations personnelles avec tout tiers, parent ou non* » et qu'elle « *a le droit d'être visitée et, le cas échéant, hébergée par ceux-ci* », s'inscrit pleinement dans la logique des droits de l'Homme ¹⁷⁸⁸. Il participe au mouvement de protection de la dignité et de l'autonomie par la reconnaissance de droits spécifiques ¹⁷⁸⁹ pour les personnes les plus vulnérables. Le droit de l'action sociale est ainsi entré dans une phase nouvelle qui voit sa fondamentalisation et son européanisation ¹⁷⁹⁰. L'article 8 de la Convention européenne permet d'affirmer une garantie de la vie privée, dont découle « *un droit au développement personnel, qui inclut un droit à nouer des relations avec autrui et le monde extérieur* » ¹⁷⁹¹.

Certains protecteurs, arguant de ce qu'ils ont été autorisés par le juge des tutelles à représenter leur protégé pour ses décisions personnelles ¹⁷⁹², s'opposent sans ménagement aux relations entre celui-ci et ses proches, souvent l'ancien concubin. Ils confortent les établissements d'hébergement dans des pratiques d'obstruction ne reposant sur aucun fondement légal, le plus souvent à la demande de membres de la famille, moins proches que les tiers incriminés, accusés de perturber le majeur, quand ce n'est pas l'institution tout entière qui se déclare en péril du fait de ses visites. L'alinéa 3 de l'article 459 du Code civil pourrait faire un premier barrage à ces décisions qui excèdent sans doute leurs pouvoirs. En effet, celles-ci affectent « *l'intimité de la vie privée* » et nécessiteraient en conséquence une autorisation judiciaire. Mais le texte idoine est certainement l'article 459-2 du Code civil qui donne au juge la mission de statuer en cas de difficulté. Sur ce fondement, un tuteur au fait des limites de son mandat a d'ailleurs sollicité le juge des tutelles sur la fixation de modalités du droit de visite d'un père à son fils placé sous tutelle. Le tuteur a demandé au juge s'il pouvait suspendre les retours au domicile du père. Le juge des tutelles, statuant au regard de la nécessité d'un

¹⁷⁸⁸ F. MARCHADIER, Majeur protégé, *Rép. civ. Dalloz*.

¹⁷⁸⁹ Sous les influences conjuguées du Conseil de l'Europe et le l'Union européenne.

¹⁷⁹⁰ D. ROMAN, Vieillesse et droits fondamentaux : l'apport de la construction européenne, *RDSS*, 2008. 267.

¹⁷⁹¹ *Ibidem*.

¹⁷⁹² Sur le fondement de l'article 459, al. 2, du Code civil.

cadre sécurisant et tenant compte de l'affection réciproque entre le père et son fils, accepte d'encadrer leurs relations. Sur appel relevé par le père, la cour d'appel de Douai, tout en confirmant le jugement, a visé ensemble les articles 459-2 et 415 du Code civil, en ce que la mesure a pour finalité l'intérêt de la personne protégée. Elle a ainsi parfaitement motivé sa décision au regard d'éléments concrets tenant compte des sentiments du majeur protégé ¹⁷⁹³.

Dans une affaire concernant une personne handicapée physique, il était soutenu que le défaut d'accessibilité des bâtiments portait atteinte à la vie privée en compromettant le développement de sa personnalité dans ses relations avec ses semblables. Les relations invoquées ont été jugées « *d'un contenu si ample et indéterminé* » que le lien ne pouvait pas être fait avec la vie privée. L'application de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme a notamment été écartée pour cette raison ¹⁷⁹⁴. *A contrario*, une atteinte à la vie privée pourrait donc être constituée dès lors que les relations invoquées auraient un contenu étroitement défini. Tel est le cas s'agissant de relations entre un parent et son enfant, entre frères et sœurs ou avec un ancien concubin. Le protecteur pourrait devoir se soucier des aménagements architecturaux nécessaires à l'effectivité du droit.

L'application de l'article 459-2 du Code civil appelle des précautions et, assurément, le respect des règles européennes en faveur des libertés. Une recommandation du Conseil de l'Europe prévoit d'ailleurs la recherche, la prise en compte et le respect des « *souhaits passés et présents* », et « *des sentiments* » de la personne protégée ¹⁷⁹⁵. Évincer un concubin après évolution de la maladie dégénérative d'une personne protégée l'empêchant d'exprimer des souhaits présents revient à nier les souhaits passés qui devraient pourtant être traités avec les plus grands égards.

- 431. Des motifs particuliers et sérieux pour toute limitation des droits et libertés.** — Dans tous les cas, des motifs sérieux doivent impérativement justifier toute limitation ou tout empêchement à l'instauration ou au maintien de relations personnelles entre la personne protégée et des tiers ¹⁷⁹⁶. Il ne peut y avoir de restriction générale d'exercice d'un droit. La protection juridique d'une personne majeure, qu'elle soit judiciaire ou contractuelle, ne peut avoir pour effet de limiter ses droits fondamentaux, si ce n'est pour des motifs impérieux. Le fait d'être protégé ne peut conduire à restreindre des droits fondamentaux sans un examen

¹⁷⁹³ CA Douai, Ch. de la protection juridique, 9 novembre 2012, n° 12/05497.

¹⁷⁹⁴ CEDH Botta c/ Italie, 24 février 1998, n° 153/1996/772/973.

¹⁷⁹⁵ Recommandation n° R(99)4 du Comité des ministres aux États membres sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables (adoptée par le comité des ministres le 23 février 1999).

¹⁷⁹⁶ V. décisions citées *supra*.

du cas particulier ¹⁷⁹⁷. Une autre application de ce principe est faite par un arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux. Une personne admise en psychiatrie avait dénoncé la clause du règlement intérieur de l'hôpital interdisant de façon générale et absolue les relations sexuelles aux patients. La juridiction, se prononçant au visa de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, a jugé que cela constituait effectivement une « atteinte excessive au droit au respect de la vie privée » ¹⁷⁹⁸.

432. Un droit supra civil des personnes. — Le droit des personnes vulnérables est clairement régi par le « *supra droit civil* » constitué par les droits de l'Homme ¹⁷⁹⁹, le Code civil a cessé d'être « notre Constitution » et, si le Droit a changé, les personnes sont quant à elles devenues « *postmodernes* » (exagérément) soucieuses de leurs droits subjectifs ¹⁸⁰⁰. Elles sont invitées à anticiper et à organiser leur propre protection par contrat. Ce contrat devra respecter les droits fondamentaux alors même qu'il a des conséquences directes (ou indirectes) sur leur exercice. Ainsi, le contrat et les droits fondamentaux apparaissent-ils nettement dans une relation d'interdépendance ¹⁸⁰¹, d'autant plus importante en raison de l'effet horizontal des dispositions européennes ¹⁸⁰².

Les droits affirmés, souvent critiqués pour leur caractère incantatoire, ne sont pas toujours effectifs. Malgré des expériences utiles, il manque une application appropriée, un suivi rigoureux ¹⁸⁰³. Symboliquement, il faut se réjouir des acquis. Réellement, des écarts restent à

¹⁷⁹⁷ Cela a été affirmé par la Cour européenne en matière électorale : CEDH, aff. Alajos Kiss c. Hongrie, 20 mai 2010, requête n° 38832/06, décision citée *supra* ; J. -M. LARRALDE, Les personnes les plus vulnérables de la société ne peuvent voir leurs droits fondamentaux limités que pour des raisons particulièrement importantes, EDPF, 15 juillet 2010 n° 7. 2 : il faut tenir compte des capacités réelles de la personne protégée.

¹⁷⁹⁸ CAA Bordeaux, 6 novembre 2012, n° 11BX01790 ; D. KATZ, Peut-on interdire les relations sexuelles aux patients d'un hôpital psychiatrique ? AJDA 2013. 115.

¹⁷⁹⁹ Ph. GLAUDET, Le droit civil face à l'irrésistible ascension des droits de l'homme, LPA, 31 mars 2004, n° 65, p. 3.

¹⁸⁰⁰ Ph. REMY, Un siècle de revue trimestrielle de droit civil, RTD civ., 2002. 665.

¹⁸⁰¹ Qui dépasse le domaine de la protection des personnes. V. L. MAURIN, Contrats et droits fondamentaux, Thèse Aix-Marseille 2011.

¹⁸⁰² CEDH, Van Kuck c. / Allemagne, 12 juin 2003, req. n° 35968/97, RTD civ., 2004. 361, obs. J. -P. MARGUÉNAUD ; CEDH, Pla et Puncernau c. / Andorre, 13 juillet 2004, req. n° 69498/01, RTD civ., 2004. 804, obs. J. -P. MARGUÉNAUD ; D., 2005. 2124, obs. M. NICOD ; JCP, 2005, I, 103, n° 15, obs. F. SUDRE ; JCP, 2005, II, 10052, note F. BOULANGER ; RDC, 2005. 645, obs. J. ROCHFELD ; Defrénois 2005, art. 32285, note Ph. MALAURIE.

¹⁸⁰³ M. DALY, Rapport sur l'accès aux droits sociaux en Europe, Groupe éditorial du rapport sur l'accès aux droits sociaux, Comité européen pour la cohésion sociale, Ed. du Conseil de l'Europe, 2002.

déplore entre les textes et le terrain, d'une part, et entre les bénéficiaires des droits, qui ne sont pas également armés pour les faire valoir, d'autre part.

Mais il est peut-être encore plus alarmant de constater que ces évolutions font prévaloir une vision occidentale des droits qui s'impose sans discussion démocratique ¹⁸⁰⁴. Les droits fondamentaux priment, quelle que soit la nature de la règle, ce qui rend relative la hiérarchie des normes. La fondamentalisation a connu l'euphorie, aujourd'hui rattrapée par la mondialisation qui est plutôt une occidentalisation. Les ressources de la Convention relative aux droits des personnes handicapées ¹⁸⁰⁵ sont loin d'être épuisées ¹⁸⁰⁶. Ce texte prévoit la garantie « *que les mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique respectent les droits, la volonté et les préférences de la personne concernée* » ¹⁸⁰⁷.

§2. LA SYSTEMATISATION DES DROITS FONDAMENTAUX

- 433.** La progression de droits fondamentaux, renforcée par l'extension des espaces juridictionnels consacrés à leur garantie, contribue à diffuser une conception postmoderne du droit ¹⁸⁰⁸. La rationalité juridique du droit civil traditionnel paraît céder le pas à la négociation et à des mécanismes *a priori* démocratiques. La protection des droits substantiels des personnes vulnérables se réalise ainsi au travers d'une méthode qui associe l'application de principes directeurs (A) et, à sa suite, une certaine relativisation du Droit, progressivement entendu comme un mode de régulation, un moyen d'accomplir la conciliation des intérêts en présence (B).

A. Les principes directeurs de la protection des personnes vulnérables

- 434. La rationalisation des principes directeurs.** — Une nouvelle conception du droit conduit à un changement des fonctions assignées aux principes généraux du droit. Les principes

¹⁸⁰⁴ M. FABRE-MAGNAN, Introduction au droit, PUF 2012, p. 75.

¹⁸⁰⁵ Convention ONU, signée à New York le 30 mars 2007.

¹⁸⁰⁶ Même si elle présente à la fois les mêmes vertus (proclamation de droits) et les mêmes vices (absences de suivi) que les autres instruments des droits de l'homme. « *Chaque État Partie s'est engagé à présenter [...] un rapport détaillé sur les mesures prises pour s'acquitter de ses obligations et [...] sur les progrès accomplis [...] dans un délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur de la présente Convention pour l'État Partie intéressé* ». La convention est entrée en vigueur en 2010 en France. Début 2015, aucun rapport officiel n'a encore été transmis.

¹⁸⁰⁷ Art. 12 Convention ONU préc.

¹⁸⁰⁸ P. MAISANI, F. WIENER, Réflexions autour de la conception post-moderne du droit, *Droit et société* 27-1994, p. 443.

généraux, outils d'interprétation des textes ¹⁸⁰⁹, deviennent principes directeurs. Ils tendent à renforcer la cohésion d'un système et constituent le cœur du droit européen ¹⁸¹⁰. Tantôt sources des règles, tantôt fruits des situations, les principes sont des normes standard dont la fonction est d'aider à répondre au silence, à l'obscurité ou à l'insuffisance de la loi ¹⁸¹¹. Ils opèrent comme un bon sens commun qui permet de régler ce qui n'a pu être prévu. Expression du pragmatisme, ils se fondent sur l'expérience, se tiennent sur la ligne de partage qui sépare le fait du droit et forment les décisions. Généraux, ils orientent l'interprétation des règles et dirigent les façons d'agir. Directeurs, ils voient leurs effets soumis à divers contrôles ou régulations. La jurisprudence a confirmé l'application des principes directeurs du procès à la protection des majeurs ¹⁸¹². Ces principes proviennent tant du droit français que du droit européen ¹⁸¹³. La loi, notamment inspirée par les travaux du Conseil de l'Europe ¹⁸¹⁴, a consacré des principes directeurs spécifiques à la protection juridique des majeurs ¹⁸¹⁵. Cela exprime un mouvement de juridicisation peut-être critiquable, voire une déclamation inutile ¹⁸¹⁶. Déjà présents dans l'esprit du droit ¹⁸¹⁷, les principes pouvaient certainement se passer du filtre de la loi.

¹⁸⁰⁹ B. GENEVOIS, *Principes généraux du droit*, Rép. contentieux adm. Dalloz, octobre 2010 (mise à jour octobre 2014).

¹⁸¹⁰ F. MODERNE, *Légitimité des principes généraux et théorie du droit*, *RFDA*, 1999, 722.

¹⁸¹¹ C'est, selon l'article 4 du Code civil, l'office du juge. C'est aussi le devoir du protecteur qui ne peut rester inactif et doit inventer les réponses aux questions, souvent plus éthiques que juridiques, qui s'imposent à lui. Ce que la loi n'a pu prévoir, le contrat ne l'a pas davantage anticipé.

¹⁸¹² Cass. 1^{re} civ., 13 juillet 2004, n° 01-14. 506, *JurisData* n° 2004-024668, *D.*, 2004, IR, p. 2547 ; *RTD civ.*, 2004, 716, obs. J. HAUSER ; *AJ Famille*, 2004. 367, obs. L. ATTUEL-MENDES. Th. FOSSIER, La procédure de placement sous tutelle est soumise aux exigences de la Convention EDH, *Dr. Famille*, n° 5, mai 2005, comm. 123. La réforme, tout en maintenant des règles spéciales indispensables, a rapproché la procédure tutélaire de la procédure de droit commun, qui ne se trouve pas éclipsé par la procédure tutélaire : Cass., 20 juin 2011, avis n° 011 00007P. Civ. 1^{re}, 12 février 2014, n° 13-13. 581, *D.*, 2014. 481. Les décisions incitent à penser qu'une théorie de la procédure tutélaire est en construction (V. J. HAUSER, *Procédures : principes généraux et curatelles*, *RTD civ.*, 2014. 337), qui reste une procédure hybride laissant au juge un pouvoir finalisé et important (V. G. RAOUL-CORMEIL, *Nature juridique de la procédure devant le juge des tutelles*, *AJ Famille*, 2014. 148).

¹⁸¹³ Du fait de la ratification de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

¹⁸¹⁴ Conseil de l'Europe, *recomm. n° 99-4F*, 23 février 1999.

¹⁸¹⁵ M. REBOURG, *Les principes directeurs de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs*, *Dr. Famille*, n° 5, mai 2007, étude 16.

¹⁸¹⁶ Ph. MALAURIE, *La protection légale protège-t-elle adéquatement le patrimoine du majeur vulnérable ?*, *LPA*, 3 décembre 2008, n° 242, p. 5.

¹⁸¹⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, PUF, 2002 (Thémis).

435. L'efflorescence des principes directeurs de la protection. — Les principes directeurs de nécessité, de subsidiarité et de proportionnalité étaient en germe dans la réforme de 1968. La doctrine a mis à jour les principes de nécessité et de subsidiarité ¹⁸¹⁸. Ils ont été développés pendant près de quarante ans par la jurisprudence et inscrits dans le droit européen par la Recommandation du Conseil de l'Europe de février 1999. La loi du 5 mars 2007 les a consacrés et a affirmé avec eux le principe de proportionnalité ¹⁸¹⁹. Désormais, ces principes figurent en bonne place à l'article 428 du Code civil ¹⁸²⁰. Ils accompagnent en effet ceux de liberté, dignité, solidarité et responsabilité. Ils ne viendraient pas limiter la liberté contractuelle et ne trouveraient à s'appliquer que pour les mesure traditionnelles ¹⁸²¹.

436. Le principe de nécessité. — L'article 428 du Code civil proclame les trois principes de la protection en commençant par le principe de nécessité.

Ce texte ne concerne que les mesures judiciaires ¹⁸²². Il s'exprime dès la requête initiale tendant à l'ouverture d'une mesure, qui exige, pour sa recevabilité, la production d'un certificat médical circonstancié ¹⁸²³ destiné à établir l'altération des facultés et à informer le juge sur les conséquences de celle-ci ¹⁸²⁴. Une telle exigence s'imposait en application des dispositions européennes ¹⁸²⁵. Il faut en effet pouvoir vérifier que la mesure soit « *nécessaire, compte tenu des circonstances particulières et des besoins de l'intéressé* » ¹⁸²⁶.

Toutefois, le principe de nécessité est aussi une exigence pour le mandat de protection future, même s'il apparaît sous une forme différente. Le certificat requis pour la prise d'effet est moins détaillé. Il peut se contenter de faire référence à l'impossibilité de pourvoir à ses intérêts en raison d'une altération de ses facultés ¹⁸²⁷.

¹⁸¹⁸ Th. VERHEYDE, note sous Cass. civ. 1^{re}, 31 janvier 1995, *D.*, 1996. 123 ; F. DELBANO, Les difficultés d'application des principes de nécessité et de subsidiarité des régimes de protection des majeurs, *D.*, 1999. 408. Cités par Ph. MALAURIE, *op. cit.*

¹⁸¹⁹ V. *supra*, n° 284 et s.

¹⁸²⁰ Parmi les dispositions communes aux mesures judiciaires.

¹⁸²¹ Th. FOSSIER, La réforme de la protection des majeurs, Guide de lecture de la loi du 5 mars 2007, *JCP G*, n° 11, 14 mars 2007, I. 118.

¹⁸²² Il est contenu dans les dispositions communes aux mesures judiciaires.

¹⁸²³ Art. 431 C. civ.

¹⁸²⁴ Art. 1219 CPC.

¹⁸²⁵ CEDH 8 novembre 2005, H. F. c/ Slovaquie, n° 54797/00.

¹⁸²⁶ Recommandation R99(4), principe 5.

¹⁸²⁷ L'article 481 du Code civil renvoie seulement à l'article 425.

La nécessité est aussi une condition des mesures d'accompagnement, même si cela n'est pas expressément formulé. Un contrat d'accompagnement conclu avec une personne dont la santé ou la sécurité ne serait pas menacée par des difficultés de gestion des prestations serait dépourvu de cause. Les contractants n'auraient pas d'intérêt à s'engager. La mesure d'accompagnement judiciaire qui peut être ordonnée dans le prolongement du contrat d'accompagnement est soumise à la condition que la santé ou la sécurité de l'intéressé soit compromise ¹⁸²⁸.

437. Le principe de subsidiarité. — Le principe de subsidiarité fait obstacle à une mesure judiciaire chaque fois qu'un mode de protection moins contraignant peut être proposé. Il se veut ainsi protecteur des libertés individuelles et est en cohérence avec la suppression de la saisine d'office. Le droit européen invitait notamment à « *envisager tout mécanisme moins formel* » que les mesures judiciaires et à « *tenir compte de toute assistance qui pourrait être apportée* » par un tiers ¹⁸²⁹. Avec le recours aux règles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et des régimes matrimoniaux ¹⁸³⁰, la pratique des procurations et la conclusion d'un mandat de protection future est clairement encouragée. La protection est de préférence conventionnelle, à condition qu'elle puisse être suffisante. Or les situations sont diverses et évolutives et la protection conventionnelle est si modulable qu'elle peut difficilement être appréciée *a priori*. La portée du principe de subsidiarité s'en trouve relativisée. La jurisprudence a d'ailleurs fait preuve de la plus grande réserve à l'égard de la protection conventionnelle ¹⁸³¹. Inversement, la Cour de cassation a plus facilement fait primer les règles du régime matrimonial ¹⁸³². Dans une affaire jugée en 2012 par la Cour de cassation, une personne mariée sous le régime de la communauté universelle se trouvait dans le coma. Son épouse avait été autorisée à substituer son mari dans l'exercice des pouvoirs résultant du régime matrimonial. Leur fils avait malgré cela présenté une demande d'ouverture d'une mesure de tutelle. Le juge des tutelles avait accueilli cette demande mais la cour d'appel, saisie par l'épouse, avait écarté cette possibilité. Le tuteur désigné pour représenter le majeur inconscient forma alors un pourvoi fondé sur l'article 428 du Code civil. Il reprochait aux juges du fond de s'être contentés du jeu du régime

¹⁸²⁸ Art. 495 C. civ.

¹⁸²⁹ *Ibidem*.

¹⁸³⁰ La jurisprudence reste rare. V., p. ex. Cass. 1^{re} civ., 1er février 2012, pourvoi n° 11-11. 346, B. I, n° 19. G. RAOUL-CORMEIL, La subsidiarité du dispositif tutélaire face au mariage avec communauté universelle, *D.*, 2012. 921 ; *AJ Famille*, 2012. 229, obs. Th. VERHEYDE, ; *RTD civ.*, 2012. 289, obs. J. HAUSER.

¹⁸³¹ Cass. civ. 1^{re}, 12 janvier 2011, pourvoi n° 09-16. 519, cité *supra*. Sur cette question, V. également I. MARIA, De la mise à l'écart du mandat de protection future contraire à l'intérêt du majeur vulnérable, *Dr. Famille*, 2012, p. 86.

¹⁸³² Cass. civ. 1^{re}, 1er février 2012, pourvoi n° 11-11. 346, préc.

matrimonial et de l'autorisation d'habilitation accordée par le juge, sans vérifier que cela constituait une protection suffisante, le fait que l'épouse ne dilapide pas les biens n'étant pas non plus un gage de protection des intérêts du mari. Les juges du fond avaient sommairement motivé leur décision. Néanmoins, leur motivation parut suffisante à la Cour de cassation qui rejeta le pourvoi, soulignant ainsi le caractère souverain de leur appréciation. La Cour semble accepter une motivation très réduite, dont elle assure le contrôle. *A contrario*, si les juges du fond avaient considéré que la protection n'était pas suffisante, la tutelle aurait pu être prononcée. Le raisonnement vaut à l'égard de la protection contractuelle. Le caractère suffisant de la protection est apprécié dès la demande d'ouverture.

L'efficacité du contrat de protection et l'intérêt du contractant protégé peuvent encore être soumis au contrôle du juge en cours d'exécution. Si, dans le temps, la protection s'avère insuffisante ou est de nature à porter atteinte aux intérêts du protégé ¹⁸³³, le juge peut mettre fin au contrat ¹⁸³⁴.

Le principe de subsidiarité incite donc au développement de la protection contractuelle, mais dans la limite où celle-ci peut pourvoir suffisamment aux intérêts de la personne.

- 438. Le principe de proportionnalité.** — Le principe de proportionnalité et l'individualisation de la mesure (à envisager comme son corollaire) concernent également les seules mesures visées par l'article 428 du Code civil, soit les mesures judiciaires. Ces deux règles imposent au juge de faire le choix de la mesure la plus adaptée, « *proportionnelle au degré de capacité de la personne concernée et adaptée aux circonstances particulières et aux besoins de cette dernière* », toute restriction des droits et les libertés n'étant admissible que « *dans la limite nécessaire pour atteindre le but de l'intervention* » ¹⁸³⁵.

La même démarche doit être suivie en matière de protection contractuelle. C'est le cas pour ce qui concerne la protection de la personne. Le régime gradué d'intervention se met en place, le protégé éclipsant son protecteur chaque fois qu'il est en état de le faire ¹⁸³⁶. Le principe de proportionnalité tel qu'il est exprimé plus généralement conduit à exiger de toute mesure qu'elle remplisse trois conditions. La première de ces conditions est l'adaptation des moyens employés au but recherché. Il s'agit de ne pas « *tirer sur des moineaux avec des canons* »

¹⁸³³ Le texte vise les « *intérêts du mandant* », ce qui est inapproprié si le mandat est un mandat pour autrui. Ce sont alors les intérêts du bénéficiaire qui doivent être protégés.

¹⁸³⁴ Art. 483 C. civ.

¹⁸³⁵ Recommandation R99(4), principe 6.

¹⁸³⁶ V. *supra*, n° 284 et s.

1837. Cette condition est contrôlée par le Conseil constitutionnel ¹⁸³⁸, qui s'intéresse aussi à la deuxième condition, exprimée en droit de la protection par les principes de nécessité et de subsidiarité, selon laquelle il ne doit pas exister d'alternative moins contraignante mais aussi efficace ¹⁸³⁹. Une troisième condition serait celle de l'équilibre à trouver entre les intérêts en présence. Cette dernière condition constituerait l'essence de la proportionnalité ¹⁸⁴⁰, qui a pour fonction première de contrôler l'exercice d'un pouvoir. Or en protection des majeurs, parce qu'un tiers a vocation à représenter une personne vulnérable, c'est précisément le pouvoir qui est en cause. Lorsque la protection est assurée par contrat, l'exercice du pouvoir organisé par le contrat est de nature à provoquer le recours aux droits fondamentaux ¹⁸⁴¹. Ce n'est plus n'importe quel contrat. Le contrat de protection est de ceux qui appellent la recherche d'un équilibre.

Ces principes directeurs sont du droit souple, dont le support est le droit dur ¹⁸⁴². Ils sont ambitieux, susceptibles de faire bouger les lignes de l'ordre public en renouvelant sa conception ¹⁸⁴³ et appellent des réponses subtiles ¹⁸⁴⁴, qui trouvent certainement toute leur expression dans la conciliation des intérêts, qui se présente comme une technique du contrôle de proportionnalité ¹⁸⁴⁵.

1837 L'expression est attribuée au juriste autrichien JELLINEK par X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Paris, Economica, 1990 (Science et droit administratifs).

1838 DC n° 2005-528, Rec., p. 157.

1839 Décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, Recueil, p. 343. Jugé à propos de l'hospitalisation sans consentement que les atteintes à la liberté d'aller et venir, au respect de la vie privée et à la liberté individuelle « *doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis* ». Depuis près de 40 ans, la Cour constitutionnelle allemande exerçait déjà un tel contrôle. V. décision citée par V. GOESEL-LE BIHAN, *Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel*, Cahier du Conseil constitutionnel n° 22, juin 2007.

1840 La proportionnalité « *au sens strict* ». *Idem*.

1841 Dès lors que le contrat n'a plus pour seule fonction l'échange mais qu'il se concentre sur la relation, le raisonnement sur le contrat évolue. S. CHASSAGNARD-PINET, *Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel*. Contrat et CEDH, in *Libre droit*, Mélanges Philippe LE TOURNEAU, Dalloz, 2008, p. 225.

1842 C. THIBIERGE, *Le droit souple*, *RTD civ.*, 2003. 599.

1843 J. ROCHFELD, *CEDH et interprétation des contrats de droit privé*, *RDC*, juillet 2005, n° 3, p. 645 (à propos de CEDH, 13 juillet 2004, Pla et Puncernau c/ Andorre).

1844 Th. VERHEYDE, *La protection de la personne du majeur protégé*, *AJ Famille*, 2009. 19.

1845 La méthode est employée en droit public. CE, 19 mai 1933, n° 17413, 17520, publié au Recueil Lebon. Les pouvoirs de police du maire doivent être conciliés avec la liberté de réunion. Une manifestation ne saurait être interdite au motif qu'elle pourrait provoquer des troubles alors que la police était en mesure d'assurer l'ordre. La question est revenue devant le Conseil d'État récemment (CE, 26 février 2010, n° 336837, AJDA 2010. 1104). Il l'a traitée comme en 1933.

B. La conciliation des intérêts en présence

439. **Du raisonnement à la balance des intérêts.** — Le droit des personnes et de la famille paraît un terrain favorable au développement de la méthode de la pesée des intérêts, mouvement qui peut aisément être qualifié de révolution¹⁸⁴⁶. Depuis un arrêt de 2011, la Cour de cassation impose que les États adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales respectent « *les décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation* »¹⁸⁴⁷. De cette règle, la Cour déduit que l'effectivité des droits garantis par la convention doit guider l'interprétation des textes de droit interne. Par suite, le juge doit, dans les rapports entre des personnes privées, dépasser la généralité de la loi pour appliquer le principe de proportionnalité. Les faits constituant une ingérence injustifiée dans l'exercice d'un droit ou d'une liberté peuvent donc justifier la mise à l'écart de la loi¹⁸⁴⁸. La Cour de cassation, juge du droit, s'intéresse plus ouvertement aux conséquences sociales des jugements¹⁸⁴⁹. Cela suscite des interrogations, sinon des inquiétudes¹⁸⁵⁰ ; mais la casuistique n'est pas nécessairement un synonyme de l'insécurité juridique¹⁸⁵¹ et la méthode a été défendue par la doctrine¹⁸⁵². Ces transformations rendent essentielle la réflexion sur le sens du droit, ses valeurs, ses finalités¹⁸⁵³. En droit de la protection des majeurs, le cap est fixé depuis un article

¹⁸⁴⁶ Ph. JESTAZ, J. -P. MARGUENAUD, C. JAMIN, Révolution tranquille à la Cour de cassation, *D.*, 2014. 2061.

¹⁸⁴⁷ Cass., ass. plén., 15 avril 2011, pourvois n° 10-17. 049, n° 10-30. 313, n° 10-30. 316, n° 10-30. 242, *D.*, 2011, 1080. 1713, obs. V. BERNAUD, *RTD civ.*, 2011. 725, obs. J. -P. MARGUENAUD.

¹⁸⁴⁸ V. T. GARE, L'impossibilité d'établir sa filiation porte atteinte à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ! À propos de CEDH, Pascaud c. / France, 16 juin 2011, req. n° 19535/08, *RJPF*, 2011, n° 10, p. 27 ; Cass. civ. 1re, 4 décembre 2013, pourvoi n° 12-26. 066 : la nullité d'un mariage incestueux ayant duré 20 ans constitue une ingérence injustifiée dans l'exercice du droit au respect de sa vie privée et familiale. La mise à l'écart d'un texte de droit interne s'impose sur le fondement de l'art. 8 CEDH. Sur cet arrêt, dont la solution est limitée au cas particulier selon le communiqué de la Cour, v. *D.*, 2014. 179, note F. CHENEDE, *AJ Famille*, 2014. 124, obs. S. THOURET, *RTD civ.*, 2014. 88, obs. J. HAUSER.

¹⁸⁴⁹ H. FULCHIRON, La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ?, *D.*, 2014. 153. Selon l'auteur, s'agissant de droits fondamentaux, la distinction entre fait et droit devient artificielle.

¹⁸⁵⁰ Critiqué comme trop théorique, notre droit devient « *rhétorique* ». Ph. REMY, Un siècle de revue trimestrielle de droit civil, *RTD civ.*, 2002. 665.

¹⁸⁵¹ Ph. JESTAZ, J. -P. MARGUENAUD, C. JAMIN, *op. cit.*

¹⁸⁵² F. GENY, Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, Chevalier-Marescq, 1re éd., 1899.

¹⁸⁵³ P. PUIG, Hiérarchie des normes : du système au principe, *RTD civ.*, 2001, 749.

de référence appelant à « *protéger sans jamais diminuer* »¹⁸⁵⁴ et particulièrement à concilier autonomie et protection¹⁸⁵⁵.

440. L'exclusion de la protection par l'autonomie. — Le principe d'autonomie est exalté sans mesure par l'article 458 du Code civil selon lequel certains actes peuvent toujours être passés par le majeur protégé seul et ne peuvent jamais donner lieu à assistance ni à représentation. Le consentement à sa propre adoption est mentionné parmi ces actes « *réputés strictement personnels* ». Une décision a fait regretter l'idéalisation de l'autonomie, en produisant une solution en fait contraire à l'intérêt de la personne protégée¹⁸⁵⁶. Cette décision¹⁸⁵⁷, a pu être lue comme une anticipation de la réforme, bien que la limite à la représentation que sont les actes strictement personnels ait été connue avant¹⁸⁵⁸. Cette affaire concernait une jeune femme de 30 ans, placée sous tutelle parce qu'elle était atteinte d'autisme. Son père, désigné tuteur, souhaitait qu'elle soit adoptée par sa seconde épouse. Il sollicita la désignation d'un administrateur *ad hoc* afin de consentir à cet acte. Cette demande fut rejetée par les juges du fond qui estimaient que l'adoptée devait pouvoir consentir personnellement, un tiers ne pouvant en aucun cas suppléer l'absence de ce consentement. La Cour de cassation, se prononçant sur les textes antérieurs à la réforme, rejette le pourvoi du tuteur au motif que le consentement à l'adoption est « *un acte strictement personnel* » et qu'il « *ne peut être donné en ses lieu et place par son tuteur* ». Le droit alors applicable¹⁸⁵⁹, permettant au juge de définir des actes pouvant être passés par la personne en tutelle, seule ou avec assistance, ne pouvait être invoqué utilement parce que la personne protégée ne pouvait exprimer aucune volonté. La solution ne serait pas différente maintenant puisque le consentement à l'adoption est expressément visé par l'article 458 du Code civil. La discussion sur la possibilité de représentation n'aurait donc pas lieu et la désignation d'un administrateur à cette fin serait sans objet. Il reste toutefois permis de se demander si la sévérité de cette solution ne pourrait être invalidée par le recours à l'article 8 de la convention EDH qui reconnaît le droit à une

¹⁸⁵⁴ T. FOSSIER, L'objectif de la réforme du droit des incapacités : protéger sans jamais diminuer, Defrénois, 2005, p. 3.

¹⁸⁵⁵ ENM, La protection de la personne majeure vulnérable ou comment concilier protection et autonomie ?, Faculté de droit de Douai, 29 avril 2010, *Dr. Famille*, n° 2, février 2011, dossier 1.

¹⁸⁵⁶ L. PECAUT-RIVOLIER, L'adoption d'un majeur sous tutelle qui ne peut donner lui-même son consentement à l'acte est impossible, *AJ Famille*, 2008, 435.

¹⁸⁵⁷ Cass. civ. 1^{re}, 8 octobre 2008, n° de pourvoi : 07-16094.

¹⁸⁵⁸ J.-P. GRIDEL, L'acte éminemment personnel et la volonté propre du majeur en tutelle, Rapport de la Cour de cassation, 2000.

¹⁸⁵⁹ Art. 501 C. civ. ancien.

vie familiale normale ¹⁸⁶⁰. Le régime de l'article 458 du Code civil est donc celui du tout ou rien. Si le majeur est autonome il peut agir, si le majeur ne l'est pas, nul ne peut agir pour lui et aucun acte ne peut être passé. Ce texte s'applique à « *la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant* ». Cette liste n'est pas exhaustive. Il faut d'ailleurs s'inquiéter de ce que la plupart concernent non la personne du majeur protégé mais celle de son enfant. L'intérêt de l'enfant et l'intérêt du parent protégé sont, hélas, parfois inconciliables ¹⁸⁶¹. La balance des intérêts devra sans doute pencher du côté de celui du mineur, dont la supériorité a été affirmée ¹⁸⁶² mais cette supériorité vaut-elle parmi les intérêts de l'enfant ou entre intérêt et l'enfant et intérêt d'autrui ¹⁸⁶³ ?

441. La primauté de la protection sur l'autonomie. — Le choix du lieu de vie et la liberté des relations personnelles sont des domaines dans lesquels l'autonomie et la protection peuvent particulièrement s'opposer ¹⁸⁶⁴, même si cette opposition est parfois trompeuse, si l'on considère que l'autonomie ne limite pas la protection mais, au contraire, la réalise ¹⁸⁶⁵. En revanche, la protection peut limiter l'autonomie. La conciliation des intérêts du majeur se fera alors en considération de sa sécurité contre sa volonté ¹⁸⁶⁶, parfois même (bien qu'accessoirement) en considération de la sécurité des tiers.

Un homme placé sous le régime de la curatelle souhaite acheter une voiture sans permis. S'agissant d'un acte de disposition, il sollicite l'assistance de son curateur. Ce dernier lui oppose un refus, en raison de l'incompatibilité de la conduite avec la grande faiblesse de son

¹⁸⁶⁰ F. VASSEUR-LAMBRY, Le statut civil du majeur protégé et le droit supranational des droits de l'homme, *Droit de la famille* n° 2, février 2011, dossier 3.

¹⁸⁶¹ V. not., P. SALVAGE-GEREST, Les actes dont la nature implique le consentement strictement personnel du majeur en tutelle (C. civ., art. 458. – L. n° 2007-308, 5 mars 2007) : une catégorie à revoir d'urgence, *Dr. Famille*, n° 3, mars 2009, étude 17.

¹⁸⁶² Art. 3§1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, art. 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

¹⁸⁶³ L'enfant n'aurait pas plus de droits que l'adulte : J. RUBELLIN-DEVICHI, Droits de la mère et droits de l'enfant : réflexions sur les formes de l'abandon, *RTD civ.*, 1991. 695.

¹⁸⁶⁴ V. *supra*, n° 439 et s.

¹⁸⁶⁵ D. POLLET, Concilier le respect des libertés du majeur protégé et le devoir de protection, *AJ Famille*, 2011. 544.

¹⁸⁶⁶ Nombreux exemples tirés de la jurisprudence donnés par Th. VERHEYDE, Le juge des tutelles, nouveau juge aux affaires familiales ? Les décisions du juge des tutelles en matière de conflit concernant le choix du lieu de vie ou les relations personnelles du majeur protégé sur le fondement de l'article 459-2 du Code civil, *Dr. Famille*, n° 2, février 2011, dossier 4.

acuité visuelle. Ce désaccord conduit le majeur protégé à saisir le juge des tutelles. Le rejet de la demande par le juge des tutelles, fondé sur l'article 469 du Code civil selon lequel le majeur peut être autorisé à passer seul un acte pour lequel son curateur lui refuse assistance, est confirmé en appel. Le pourvoi est fondé sur l'article 459 du Code civil relatif aux décisions personnelles, que le majeur peut prendre seul tant que son état le permet, ce qui est le cas en l'espèce, peu important le danger invoqué, tant pour lui-même que pour les tiers. La Cour de cassation rejette le pourvoi au motif que la mesure de protection « *a pour finalité l'intérêt de la personne protégée* »¹⁸⁶⁷, souverainement apprécié par les juges du fond¹⁸⁶⁸. L'article 415 du Code civil donnant sa finalité à la mesure est retenu pour motiver la décision, bien que le demandeur ait invoqué l'article 459 du Code civil. La Cour n'explique pas ce qui justifie le recours à la notion standard qu'est l'intérêt du majeur protégé mais elle l'utilise afin d'assouplir le texte pour l'adapter à la situation de fait. En tout cas, ce que cette décision illustre une fois encore, c'est l'interpénétration des décisions patrimoniales et personnelles¹⁸⁶⁹. Un achat est refusé au majeur, il forme une demande fondée sur un texte régissant les actes, puis un recours sur un texte régissant les décisions personnelles et, finalement, est débouté sur le fondement d'une disposition générale visant l'intérêt de la personne protégée, alors même que cette disposition prescrit de favoriser son autonomie mais, il est vrai, dans la mesure du possible. Une disposition générale paralyse ainsi des dispositions spéciales qui auraient pu être conjuguées explicitement. Si, en effet, la Cour ne se soucie pas de concilier les règles personnelles et les règles patrimoniales¹⁸⁷⁰, en revanche elle résout le conflit entre protection et autonomie par un texte général, ce qui, techniquement, revient à appliquer un principe au regard d'une situation de fait.

¹⁸⁶⁷ Art. 415 C. civ.

¹⁸⁶⁸ Cass. civ. 1re, 27 février 2013, pourvoi n° 11-28307, JurisData n° 2013-003179.

¹⁸⁶⁹ A propos de TI Alençon, 14 mars 2011, X. c/ UDAF 61, v. déjà G. RAOUL-CORMEIL, Le curateur peut refuser de prêter son concours à l'achat d'un véhicule sans permis lorsque le curatelaire est inapte à la conduite, *Dr. Famille*, n° 7, juillet 2011, comm. 116.

¹⁸⁷⁰ I. MARIA, Quand l'intérêt du majeur protégé lui interdit de conduire un véhicule, *Dr. Famille*, 2013, n° 4, p. 30.

442. Conclusion du Chapitre I. La souplesse d'un droit humaniste. — En tant qu'homme et en tant que citoyen, le majeur protégé bénéficie des droits reconnus à tous et son protecteur est chargé de s'assurer de leur respect. À lire les travaux parlementaires et la majeure partie de la doctrine, favoriser la liberté permet d'assurer la dignité. Même s'il faut tendre à limiter le moins possible la liberté, la protection d'une personne a nécessairement cet effet. Et c'est peut-être la première marque de respect de la dignité que d'accepter la vulnérabilité, la différence qui permet précisément d'offrir toutes les compensations importantes¹⁸⁷¹ tout en laissant l'humanité primer la déficience¹⁸⁷².

L'évolution du droit de la protection concrétise insensiblement le passage de l'individu à la personne, en lui « *insufflant une morale socialement généreuse* »¹⁸⁷³. L'individu veut penser et vivre par et pour lui-même, mais il accède à son humanité en entrant en relation avec son environnement, avec les autres. Cette évolution colore le contrat conclu pour organiser la protection, qui intègre alors des intérêts sociaux. Lorsque ceux-ci sont pris en compte par le juge, le droit « dur » montre ses limites, ce qui incite à la prise en compte d'autres normes. Les principes directeurs, et spécialement celui de proportionnalité, qui contient certainement ceux de nécessité et de subsidiarité, ont une incidence sur l'exécution des contrats. Les principes contractuels de liberté, de respect de la parole donnée et de bonne foi devront être conjugués avec les principes directeurs humanistes. Cette évolution atteint également l'office du juge et son raisonnement, qui deviendrait « conséquentialiste »¹⁸⁷⁴. Mais n'était-ce pas déjà là, dès son origine, le propre du juge des tutelles, sa particularité ? Ce magistrat, conçu par la loi de 1968, devait incarner la protection des majeurs¹⁸⁷⁵. Il en était le personnage central et devait se montrer ouvert et bienveillant. Il reste un arbitre et le garant des droits

¹⁸⁷¹ En ce sens, v. Ph. MALAURIE, *La réforme de la protection juridique des majeurs*, Defrénois, 2007, art. 38569, n° 8, p. 557 ; S. SAUSSE, *Le Miroir brisé*, Calmann-Lévy, 1996. « *Qu'est-ce qu'un handicapé ? Celui qui te fait croire que tu es normal...* ».

¹⁸⁷² M. RINGLER, *L'enfant différent : accepter un enfant handicapé*, 2^e éd., Paris, Dunod, 2001 (Enfances. L'Enfant handicapé) ; Ph. MALAURIE, *Les enjeux humains fondamentaux dans le droit des majeurs protégés*, *JCP G*, 2010, n° 16, 431 : « *même déchu, vieilli, moribond, ou misérable, l'être humain a une transcendance, dans son identité et sa condition corporelle, spirituelle et sociale* ».

¹⁸⁷³ J. CARBONNIER, *Droit civil : introduction*. 27^e édition refondue. Paris : PUF, 2002. (Thémis), n° 49, p. 100.

¹⁸⁷⁴ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2001.

¹⁸⁷⁵ J. CARBONNIER, *Ecrits*, Paris, PUF, 2008, p. 356.

fondamentaux ¹⁸⁷⁶, dont le flou se dissipe de façon concertée, entre les contractants parfois mais, de plus en plus par la réflexion collective.

¹⁸⁷⁶ « *Ce juge est l'ami des familles, il recherche le consensus, le contrat : il est disponible, compréhensif et fait de la volonté de l'État, qu'il incarne, un complément harmonieux et bienveillant de la volonté privée* ». Th. FOSSIER, Les rôles du juge des tutelles : décidément, un juge « social », *RDSS*, 2008. 821.

CHAPITRE II.

DES NORMES SUPRA CONTRACTUELLES D'INSPIRATION COLLECTIVE

443. La relation contractuelle s'inscrit dans un contexte social, familial et individuel. En ce sens, elle est en harmonie avec la matrice sociale mise à jour par Ian Roderick MACNEIL¹⁸⁷⁷. La prise en compte du contexte est formalisée par des écrits dont la quantité le dispute à la diversité des sources et à l'indétermination de leur portée.

Il s'opère insensiblement un passage d'une matrice naturelle à une matrice artificielle, produite par des « experts », posant les points de référence supposés permettre l'appréciation de l'action sociale. De fait, une bonne part des professionnels de la protection des majeurs a découvert et continue de s'approprier des processus qui ressemblent beaucoup à une activité de normalisation. La culture de l'action sociale est pourtant *a priori* réfractaire à un tel processus qui évoque tout à la fois l'autoritarisme, la technocratie et la marchandisation. Toutefois, par la soumission des services mandataires judiciaires à des démarches d'évaluation obligatoires, le législateur leur a fait faire un pas vers la normalisation. Ce mode de structuration des activités s'inscrit naturellement dans le cadre d'un management par les normes développé par l'AFNOR¹⁸⁷⁸. « *Le but de la normalisation est de rechercher et de trouver en commun, dans le respect mutuel et dans des conditions économiques acceptables, une solution satisfaisante aux questions organisationnelles et techniques auxquelles la norme constituera une réponse* »¹⁸⁷⁹. Par cette déclaration, l'AFNOR a confirmé sa définition, elle-même normalisée, de la normalisation, présentée comme « *l'activité propre à apporter des solutions d'application répétitive à des questions relevant essentiellement des sphères de la science, de la technique et de l'économie et visant à l'obtention du degré optimal d'ordre dans un contexte donné. Elle se manifeste généralement par l'élaboration, la publication et la mise en application de normes* »¹⁸⁸⁰. Le pouvoir réglementaire ne dit guère autre chose lorsqu'il énonce que « *la normalisation a pour objet de fournir des documents de référence comportant des solutions à des problèmes techniques et commerciaux concernant les produits, biens et services qui se posent de façon répétée dans les relations entre partenaires économiques, scientifiques, techniques et sociaux* »¹⁸⁸¹.

En apportant un éclairage sur les finalités et les moyens de la relation contractuelle, le mouvement largement amorcé de normalisation des pratiques professionnelles (Section I) laisse ouverte la question de sa portée juridique (Section II).

¹⁸⁷⁷ *Supra*, n° 299 et s.

¹⁸⁷⁸ Association Française de Normalisation. L'AFNOR est membre d'un groupe international qui fonde le développement économique sur la production et la diffusion de normes. La soumission des entreprises aux normes est volontaire, elle permet une autorégulation et favorise le consensus qui vise à développer les échanges. V. <http://www.afnor.org/> (Consulté le 5 mai 2015).

¹⁸⁷⁹ AFNOR, Vade-mecum des acteurs du système français de normalisation, mai 2010.

¹⁸⁸⁰ Norme NF X 50-003.

¹⁸⁸¹ Décret n° 84-74 du 26 janvier 1984, art. 1. JO 1er février 1984.

SECTION I.

LA NORMALISATION DES PRATIQUES PROFESSIONNELLES

444. La normalisation de l'environnement des contrats de protection et du contenu obligationnel des prises en charge s'opère par des sources concurrentes du droit étatique. Elle a gagné le secteur tutélaire en l'inscrivant parmi les établissements et services sociaux et médico-sociaux. Peut-être faut-il voir là autre chose qu'un aboutissement, plutôt l'amorce d'un mouvement. L'évolution du métier de tuteur ne peut véritablement être considérée comme une mutation. Le changement, bien que profond, n'est ni brutal ni radical.

En pénétrant dans le champ social, les services de protection des majeurs se confrontent à la politique de promotion de la qualité et à la normalisation qui s'y trouve consacrée depuis le début de ce siècle ¹⁸⁸². Le courant de la « qualité » est né dans les entreprises industrielles. Il vise à éliminer les défauts de la production. L'entreprise ne recherche pas ce qui est « bon », comme pourrait le faire penser une définition courante du terme de qualité mais ce qui correspond à une norme prédéfinie. Il s'agit dans ce cas d'une qualité spécifiée et non d'une propriété réelle ou appréciée ¹⁸⁸³. La pratique a été adoptée par l'Administration, ce qui se traduit notamment, depuis la loi organique de 2001 ¹⁸⁸⁴, par une évaluation des programmes qui concourent aux politiques publiques, selon des indicateurs de performance.

Les modes de gestion privé et public se sont ainsi considérablement rapprochés et incitent au développement de réseaux respectueux de normes nouvelles, expressément valorisées. Les acteurs de la protection des majeurs, même hors champ social, sont concernés par ce mouvement, directement ou indirectement. Ils le seront au moins par capillarité. En effet, si un mandataire de protection future est une personne morale, alors il est nécessairement un service mandataire ¹⁸⁸⁵, donc un service social ¹⁸⁸⁶. Les normes définies pour régir son activité sont un gage de « qualité » dont les personnes physiques, opérateurs privés, auront du mal à s'affranchir. Ces normes devraient donc essaimer hors du domaine de la protection judiciaire pour gagner le terrain contractuel.

¹⁸⁸² Avec l'entrée en vigueur de la Loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale.

¹⁸⁸³ Ch. DOUCET, *La qualité*, PUF, 2013 (Que-sais-je).

¹⁸⁸⁴ Loi organique n° 2001-692 du 1 août 2001 relative aux lois de finances.

¹⁸⁸⁵ Art. 480 C. civ.

¹⁸⁸⁶ Art. L. 471-2 CASF, les services sont classés parmi les professions et activités sociales (Livre IV).

Les services sociaux sont soumis à une obligation d'évaluation qui a pour but d'améliorer la qualité. Cette évaluation est fondée sur la détermination de documents référents (§1), qui peuvent, *de lege ferenda*, se trouver garanties par un Code de déontologie (§2).

§1. LES DOCUMENTS REFERENTS DE LA PROTECTION JURIDIQUE

445. Modèle d'intervention. — Le Code de l'action sociale et des familles impose aux opérateurs du social « *des évaluations de leurs activités et de la qualité des prestations qu'ils délivrent, au regard notamment de procédures, de références et de recommandations de bonnes pratiques professionnelles* »¹⁸⁸⁷. Ce système arrête des orientations sur les modalités d'accomplissement de leurs missions et se traduit par la réalisation de documents, qui appellent une première réflexion sur leur définition et sur ce qui les distingue d'autres règles. Rapidement, il apparaît que la normalisation, en agitant le spectre de l'uniformisation, « *intervient dans l'environnement contractuel et dans le contenu même du contrat* »¹⁸⁸⁸. Les recommandations de bonnes pratiques (A) sont un instrument de normalisation qui agit en retour sur l'influence de l'autorité chargée de les valider ou de les élaborer (B).

A. Des recommandations de bonnes pratiques

446. Norme. — Une norme est une « *règle, [un] principe, [un] critère auquel se réfère tout jugement* ». Ce terme désigne plus largement « *l'ensemble des règles de conduite qui s'imposent à un groupe social* »¹⁸⁸⁹. Le LITRE indique que la norme « *se dit quelquefois pour règle, loi, d'après laquelle on doit se diriger* ». L'opinion commune que traduisent les recommandations guide assez fermement l'intervention sociale. En ce sens, les recommandations et documents associés sont des normes.

Pour autant, ces normes ne sont pas nécessairement des normes juridiques. Leur particularité est d'être un « *équivalent de la règle de droit* » et d'être assorties d'une « *valeur obligatoire* »¹⁸⁹⁰. Si certaines règles imposées aux établissements et services sociaux sont consacrées ou confirmées par le pouvoir législatif ou réglementaire et ont une force contraignante indiscutée, d'autres ont encore une portée indéterminée.

¹⁸⁸⁷ Art. L. 312-8 CASF.

¹⁸⁸⁸ J. GHESTIN. Normalisation et contrat, *in* Le droit des normes professionnelles et techniques. Bruylant, 1985, p. 485 et s.

¹⁸⁸⁹ LAROUSSE, Dictionnaire de français, V° Norme, I et II.

¹⁸⁹⁰ G. CORNU (Dir.), Vocabulaire juridique de l'Association Henri CAPITANT, PUF, 8^e éd., 2007 (Quadrige), V° Norme.

447. Recommandations, principes, procédures et références. — La normalisation qui s'opère dans le secteur social emprunte principalement la voie de la recommandation. Elle serait d'une autre nature que la norme, dans la mesure où les consignes se présenteraient seulement comme une « *invitation à agir dans un sens déterminé* ». Ce serait leur particularité que d'être dépourvues de caractère contraignant. Les recommandations de bonnes pratiques seraient en ce sens un « *guide de bonne exécution* », un « *ensemble d'indications à suivre dans l'accomplissement d'une mission, afin d'y satisfaire, qui émane d'organismes consultatifs autorisés* »¹⁸⁹¹.

C'est la loi de rénovation de l'action sociale qui a promu le concept de « *recommandations de bonnes pratiques professionnelles* ». Avec les principes déontologiques et éthiques et avec les procédures et références, elles servent de guide à la définition des objectifs et de la nature de la prise en charge¹⁸⁹² et de repère pour évaluer les activités et la qualité des prestations¹⁸⁹³. Le conseil chargé de valider ou d'élaborer les recommandations¹⁸⁹⁴ est placé auprès du ministre chargé de l'action sociale. Cet organe s'est interrogé en 2005 sur l'acception des termes légaux de procédures, références et bonnes pratiques. Il a donné une définition de ces notions. Le CNESMS a relevé que les débats parlementaires s'intéressaient aux bonnes pratiques professionnelles, peu important leur forme. La mission du CNESMS doit être entendue comme une validation de ces pratiques, que traduisent les recommandations, dont peuvent découler des procédures et des références. La référence décline la recommandation en objectifs et la procédure décrit « *une séquence ordonnée d'activités ou d'interventions mises en œuvre dans une situation définie* »¹⁸⁹⁵. Ce concept reparait avec la loi relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Les recommandations viennent alors régir la délivrance et l'accès aux informations sur la santé des patients¹⁸⁹⁶.

448. Distinction entre la norme et la recommandation. — Dans le domaine des affaires, la notion de norme était initialement cantonnée au domaine des produits, étendu ensuite à

¹⁸⁹¹ G. CORNU (Dir.), Vocabulaire juridique de l'Association Henri CAPITANT, PUF, 8^e éd., 2007 (Quadrige), V^o Recommandation.

¹⁸⁹² Art. L. 311-4 CASF.

¹⁸⁹³ Art. L. 311-8 CASF.

¹⁸⁹⁴ Le Conseil national de l'évaluation sociale et médico-sociale (CNESMS). Il a été remplacé par l'Agence nationale de l'évaluation et de la qualité des établissements et des services sociaux et médico-sociaux (ANESM) en mai 2007. <http://www.anesm.sante.gouv.fr/> (consultation le 5 mai 2015).

¹⁸⁹⁵ CNESMS, Note d'orientation n^o 2 : procédures, références et recommandations de bonnes pratiques professionnelles.

¹⁸⁹⁶ L'agence chargée de les établir est l'Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé. Leur différence majeure avec les recommandations du secteur social est d'être homologuées. Art. L. 1111-2 et L. 1111-9 CSP.

l'ensemble des activités¹⁸⁹⁷. Pour les services, la référence conseille « *un comportement professionnel* » et les documents offrent « *des outils, des méthodes, des repères* »¹⁸⁹⁸. Aujourd'hui, les recommandations du secteur social permettent de recenser les acquis et de prescrire des buts. Leur contenu est censé poser les fondations d'un système, dans un but d'harmonisation et de simplification. De la recommandation à la norme, le pas est vite franchi ou la frontière est en réalité bien floue. L'engagement de nombreux services dans des processus de certification témoigne de l'état d'amalgame dans lequel se trouvent deux démarches pourtant annoncées comme différentes¹⁸⁹⁹.

449. Normalisation de la prise en charge. — La relation tutélaire conduit à l'élaboration d'un document individuel de protection dont la procédure se veut contractuelle. Le majeur participe, le majeur signe et, dès lors, il y a place pour le contrat. Les services établissent et reproduisent des modèles de document individuel de protection ou de projet individuel concernant leurs protégés. La normalisation se traduit ici par des exigences réglementaires¹⁹⁰⁰ mais aussi par la référence à des recommandations transversales, telles que celles portant sur les attentes de la personne et le projet personnalisé¹⁹⁰¹, sur la mission du responsable de service et rôle de l'encadrement dans la prévention et le traitement de la maltraitance à domicile¹⁹⁰² ou sur le questionnement éthique dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux¹⁹⁰³. L'ANESM produit de nombreux textes et a déjà élaboré une recommandation spécifique à l'expression et la participation des usagers dans le

¹⁸⁹⁷ Décret n° 84-74 du 26 janvier 1984. JO 1^{er} février 1984.

¹⁸⁹⁸ P. SABLIERE. Une nouvelle source du droit ? Les « documents référents », AJDA, 2007, p. 66.

¹⁸⁹⁹ Il est de plus en plus fréquemment fait référence à la certification dans les actions de communication des services mandataires judiciaires à la protection des majeurs. « Depuis le 18 mars 2009, la CRIFO est certifiée ISO 9001 version 2008 par l'AFFAQ AFNOR » <http://crifo-tutelle.org/>. « Après un audit en juin 2008, l'UDAF de Côte d'Or a obtenu sa re-certification ISO 9001 version 2000 pour une période de 3 ans ». http://www.unaf.fr/pf/article.php3?id_article=3233. « Depuis 1998, l'UDAF de Belfort a la volonté de mettre en place une organisation qualité orientée vers la satisfaction des bénéficiaires des mesures de protection. L'objectif de ces premiers travaux était d'homogénéiser les pratiques professionnelles et de sensibiliser l'ensemble du personnel à la notion de qualité. Ce travail préparatoire a permis de mettre en place un Système de Management de la Qualité conforme à la norme ISO 9001 et certifié par l'AFNOR depuis 2003 ». http://www.udaf90.fr/udaf90_demarch_qualit.html. « L'UDAF de la Vienne vient de recevoir la certification ISO 9001. Cette certification s'adresse aux Services de protection de l'enfance, de protection des adultes vulnérables et d'insertion des handicapés psychiques ». http://www.udaf86.asso.fr/index.php?option=com_content&view=article&id=74&Itemid=1

¹⁹⁰⁰ Qui fixent un contenu minimal.

¹⁹⁰¹ ANESM. 2008.

¹⁹⁰² ANESM. 2009.

¹⁹⁰³ ANESM. 2010.

cadre de la protection juridique des majeurs¹⁹⁰⁴. Ces recommandations, tout en affirmant qu'elles visent à garantir un bon niveau de qualité des prises en charge, font craindre une volonté d'uniformisation et une contradiction entre l'adaptation des mesures aux personnes et leur mise en œuvre dans un espace de créativité réduit et fortement institutionnalisé. Deux desseins paraissent ainsi se contrarier : celui de donner place à l'expression de la personne et de permettre son autonomie, en cherchant à faire sortir l'individu des institutions, et celui de rationaliser l'action de son protecteur professionnel, qui tend à enfermer ce dernier dans les impératifs de son organisation.

450. Des recommandations aux commandements. — Sur trente-cinq recommandations publiées par l'ANESM, vingt intéressent les services de protection des majeurs. Les recommandations de bonnes pratiques « *représentent l'état de l'art qui fait consensus à un moment donné* »¹⁹⁰⁵. La recommandation spécifique à la protection des majeurs s'adresse aux services mais il est « *vivement conseillé* » aux préposés et aux indépendants de s'y référer, ce que les tuteurs ou curateurs familiaux sont également appelés à faire¹⁹⁰⁶. En outre, « *les professionnels se référeront aux recommandations transversales de l'ANESM* »¹⁹⁰⁷. Les recommandations sont « *les actions à mettre en œuvre* » pour atteindre les buts qu'elles rappellent¹⁹⁰⁸ (ou qu'elles fixent ?).

Les enjeux sont formulés au présent de l'indicatif, les buts apparaissant ainsi comme des impératifs. Ils ne sont pourtant, en principe, que la reformulation de règles légales ou réglementaires. Parmi les « points de vigilance », les énoncés utilisent tantôt le présent de l'indicatif tantôt l'infinitif. Il est notamment précisé qu'« *aucun motif ne justifie le refus de la part du mandataire de transmettre les relevés de comptes* »¹⁹⁰⁹ puis qu'il convient de « *rappeler à la personne les modalités d'un éventuel recours contre la décision de justice* », « *présenter les documents institutionnels et réglementaires* » ou « *relire le jugement de mise sous protection avec elles* »¹⁹¹⁰.

¹⁹⁰⁴ ANESM. Participation des personnes protégées dans la mise en œuvre des mesures de protection juridique, juillet 2012.

¹⁹⁰⁵ Procédure d'élaboration des recommandations de bonnes pratiques professionnelles, www.anesm.sante.gouv.fr (Consulté le 5 mai 2015).

¹⁹⁰⁶ Agence nationale de l'évaluation et de la qualité des établissements et services sociaux et médico-sociaux (ANESM), Participation des personnes protégées dans la mise en œuvre des mesures de protection juridique, Recommandations de bonnes pratiques professionnelles, 2012, p. 5.

¹⁹⁰⁷ *Idem*, p. 7.

¹⁹⁰⁸ *Id.*, p. 8.

¹⁹⁰⁹ C'est l'application de l'art. 510 C. civ. selon lequel le tuteur remet chaque année au majeur le compte de sa gestion et les justificatifs des opérations réalisées.

¹⁹¹⁰ Ces obligations sont énoncées par les art. L. 311-4 CASF et 457-1 C. civ.

En principe, les recommandations formalisent des pratiques mais n'en sont pas la source ¹⁹¹¹. Parfois, la recommandation ajoute aux prescriptions réglementaires. On peut citer par exemple le fait de prescrire que « *la formalisation, la communication et la révision du document individuel de protection des majeurs fait l'objet de procédures définies en équipe au niveau du service* », alors que la direction est en droit de décider des procédures à mettre en œuvre. L'élaboration des procédures peut être une démarche participative, mais la décision revient à la direction. C'est, du reste, une part de sa délégation, qui comprend « *la conduite de la définition et de la mise en œuvre du projet d'établissement ou de service* » ¹⁹¹². C'est encore diriger la pratique professionnelle que d'écrire que « *l'utilisation du vouvoiement est la règle. Le tutoiement reste l'exception et repose sur la demande de la personne protégée* ». Les termes de la recommandation la donnent à percevoir plus comme une prescription que comme la simple formalisation d'un consensus.

Ponctuellement, les recommandations emploient le verbe « devoir ». Ce style traduit vraisemblablement l'intention d'imposer un modèle de comportement. Il est écrit que l'on « *doit* » réfléchir avant d'utiliser internet pour les échanges avec les majeurs protégés ¹⁹¹³ ou encore que le service « *doit prévoir une enveloppe pré-timbrée au moment de l'envoi du questionnaire* » pour les enquêtes de satisfaction ¹⁹¹⁴. Ce sont là des détails techniques en apparence mais ils pourraient tout aussi bien être la marque d'une autorité que l'on pourrait penser usurpée.

B. Une autorité de production des normes professionnelles

451. Un droit d'origine professionnelle. — Du point de vue des sources, le droit professionnel peut être défini comme le droit issu des opérateurs ou des pratiques professionnelles. En droit du travail par exemple, les sources de droit sont, outre le droit d'origine étatique, les accords collectifs, les usages, les accords atypiques, les engagements unilatéraux et recommandations patronales et, enfin, le contrat de travail ¹⁹¹⁵. Dans le domaine de la protection des majeurs, la prise en compte de la pratique paraît pouvoir se réaliser par la construction d'un droit souple. Les avis des professionnels et des usagers sont recueillis afin

¹⁹¹¹ Tout comme en matière médicale. V. J. -P. MARKUS, La faute du médecin et les bonnes pratiques médicales, AJDA 2005. 1008.

¹⁹¹² Décret n° 2007-221 du 19 février 2007 pris en application du II de l'article L. 312-1 du Code de l'action sociale et des familles relatif aux modalités de délégation et au niveau de qualification des professionnels chargés de la direction d'un ou plusieurs établissements ou services sociaux ou médico-sociaux.

¹⁹¹³ ANESM. Participation des personnes protégées dans la mise en œuvre des mesures de protection juridique, juillet 2001, *op. cit.*, p. 29.

¹⁹¹⁴ *Idem*, p. 71.

¹⁹¹⁵ A. DUPAYS (Dir.). Lamy social, éd. 2013.

d'élaborer des recommandations de bonnes pratiques. Ils participent ainsi à la production de textes soumis à validation. C'est en ce sens que l'ANESM ¹⁹¹⁶ est appelée à définir les orientations et principes directeurs de leur activité.

- 452. L'ANESM.** — L'Agence nationale de l'évaluation et de la qualité des établissements et services sociaux et médico-sociaux (le sigle qu'elle a choisi est ANESM) est un groupement d'intérêt public constitué en 2007 ¹⁹¹⁷ entre l'État, la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie (CNSA) et des représentants d'organismes gestionnaires d'établissements et services sociaux et médico-sociaux. Sa convention constitutive définit son objet, qui est de « *valider ou, en cas de carence, d'élaborer des procédures, des références et des recommandations de bonnes pratiques professionnelles [...] en vue de l'évaluation interne et externe des activités et de la qualité des prestations délivrées* » par les établissements et services. L'ANESM habilite également les entreprises qui procèdent aux évaluations externes de ces mêmes établissements et services. L'ANESM n'est pas recensée parmi les opérateurs de l'État ¹⁹¹⁸, alors qu'elle répond à leurs critères. Elle est en effet une personne morale ayant une activité de service public dont le financement est majoritairement assuré par l'État, qui peut exercer son contrôle ¹⁹¹⁹. Le groupement constitué pour une durée initiale de dix ans pourra décider de reconduire sa convention. Manifestement, l'ANESM a vocation à poursuivre son activité de façon pérenne. L'Inspection générale des finances a conclu à la possibilité d'un regroupement de l'ANESM avec d'autres agences, dont les champs d'intervention se recoupent, afin d'en permettre un meilleur pilotage. Il existe un flou sur la définition des agences de l'État en général et, au-delà, la question essentielle de leur légitimité démocratique doit être examinée. Elle l'a été récemment par le Conseil d'État ¹⁹²⁰. En effet, le Gouvernement n'exerce sur elles qu'un contrôle indirect et le Parlement n'a, quant à lui, guère de visibilité sur l'action politique ainsi menée, ce qui est d'autant plus vrai pour l'ANESM que, ne figurant pas parmi les opérateurs

¹⁹¹⁶ Agence nationale de l'évaluation et de la qualité des établissements et services sociaux et médico-sociaux.

¹⁹¹⁷ A la suite du Conseil national de l'évaluation sociale et médico-sociale, placé auprès du ministre chargé de l'action sociale, par la Loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006 de financement de la sécurité sociale pour 2007

¹⁹¹⁸ Ce recensement est effectué annuellement par la Direction du budget (annexe du projet de loi de finances). V. sur ce point T. WAHL, J. -F. JUERY *et al.*, L'État et ses agences, Inspection générale des finances, septembre 2012 (Bibliothèque des rapports publics).

¹⁹¹⁹ Selon le rapport précité, l'État finance plus de la moitié du budget (si l'on inclut la participation de la CNSA), il dispose de 38 % des voix au conseil d'administration, un Commissaire du Gouvernement siège avec un droit de veto suspensif. L'État nomme aussi le directeur, fixe ses objectifs et détermine sa rémunération.

¹⁹²⁰ Conseil d'État, Rapport public 2012 du Conseil d'État - Volume 2 - Les agences : une nouvelle gestion publique ?, La Documentation française, septembre 2012 (Études et documents).

de l'État, celle-ci se fait très discrète. Le Conseil d'État souligne cet « *inconvenient majeur* » et indique qu'une généralisation des agences risquerait de « *déstabiliser aussi bien l'organisation générale de l'État que l'exercice par la représentation nationale du contrôle démocratique* » ¹⁹²¹.

453. Personnes concernées par les recommandations. — Parce que les « *services mettant en œuvre les mesures de protection des majeurs ordonnées par l'autorité judiciaire au titre du mandat spécial auquel il peut être recouru dans le cadre de la sauvegarde de justice ou au titre de la curatelle, de la tutelle ou de la mesure d'accompagnement judiciaire* » ¹⁹²² sont des établissements et services sociaux et médico-sociaux, le Code de l'action sociale et des familles met à leur charge des obligations d'évaluation ¹⁹²³ interne et externe ¹⁹²⁴. Cela ne surprendrait guère s'agissant de l'accompagnement du majeur en matière sociale et budgétaire ¹⁹²⁵, mais semble plus étonnant de prime abord concernant les mesures ordonnées par l'autorité judiciaire. Pourtant, les tuteurs professionnels ressortissent bien désormais aux « *professions et activités sociales* » ¹⁹²⁶. Un titre entier est même consacré aux mandataires judiciaires à la protection des majeurs, reconnu comme « *de nouveaux professionnels du secteur social et médico-social au service de la personne vulnérable* » ¹⁹²⁷.

Une part importante des intervenants du secteur se voit appliquer les règles de l'évaluation et relève donc des procédures, références, et recommandations de bonnes pratiques professionnelles. Tous les mandataires judiciaires à la protection des majeurs ne sont pas concernés par toutes les règles de l'action sociale, seuls les services le sont, du point de vue de l'évaluation, ce qui laisse hors les normes les mandataires personnes physiques, exerçant à titre individuel ¹⁹²⁸ ou en qualité de préposé d'établissement hébergeant des majeurs ¹⁹²⁹. Pourtant, des mandataires à titre individuel se sont spontanément tournés vers la certification de système qualité, pour mieux faire reconnaître leur professionnalisme et faciliter le contrôle

¹⁹²¹ *Idem*, p. 113.

¹⁹²² Art. L. 312-1 CASF, 14°.

¹⁹²³ CASF, Section 5 : Évaluation et systèmes d'information. Art. L. 312-8 modifié par la loi n° 2011-302 du 22 mars 2011 – art. 5 (V).

¹⁹²⁴ Art. L. 312-8 al. 1 *et al.* 3 CASF.

¹⁹²⁵ L. 2007-308, art. 13, instituant dans le CASF un chapitre unique relatif à la mesure d'accompagnement social personnalisé.

¹⁹²⁶ L. 2007-308, art. 14.

¹⁹²⁷ F. MANANGA. Sur les mesures d'application de la réforme de la protection juridique des majeurs. *RTD sanit. soc.* 2009, p. 536.

¹⁹²⁸ Art. L. 472-1 à L. 472-4 CASF.

¹⁹²⁹ Art. L. 472-5 à L. 472-9 CASF.

de la qualité de leur activité. Dans ce cadre, ils ont eux aussi élaboré des procédures et documents ¹⁹³⁰.

Du point de vue des majeurs concernés, les chiffres varient dans l'espace et le temps. En 1990, la part des majeurs protégés sous tutelle suivis par un tiers était de 51,8 % et celle des majeurs sous curatelle de 22 %. En 1996, si la proportion de tutelles exercées par des tiers est à peu près stable (51,1 %), le nombre de curatelles qui leur est confié augmente en proportion (30,5 %) ¹⁹³¹. Environ 40 % des mesures nouvelles étant confiées aux familles en 2008 ¹⁹³², ce sont donc, selon le Ministère de la Justice, 60 % des majeurs protégés dont la mesure est confiée à un professionnel, sans que la répartition entre les mandataires personnes physiques et les services ne soit connue de façon précise. Le schéma régional indique que « *majoritairement ce sont les associations (51 choix) et les personnes physiques agréées (42 choix) qui exercent l'activité tutélaire* » ¹⁹³³. Pour les Fédérations des Associations tutélaire, les mandataires judiciaires (personnes physiques et services) privés représentent près de 360 000 mesures, sur un total de 800 000 ¹⁹³⁴. Les chiffres arrêtés à la date du 31 décembre 2012 par un rapport de la Commission des finances sont de 380 172 mesures exercées par des professionnels, dont 342 290 sont confiées aux services et 37 882 aux mandataires individuels. Une estimation prévoyant une hausse du nombre global conserve la même proportion pour la répartition pour l'année 2013 ¹⁹³⁵. Progressivement, tous les majeurs protégés, par des services ou par des personnes physiques, seront concernés par les recommandations, bien que la loi ne le prévoit pas. Le phénomène devrait concerner les majeurs quel que soit leur mode de protection et dépasser la protection judiciaire pour gagner la protection conventionnelle, d'autant plus facilement que les opérateurs privés sont encore plus enclins à se soumettre à la qualité, historiquement pensée pour eux. Du reste, des

¹⁹³⁰ Je Tutelle, La lettre de la Caisse d'épargne aux tuteurs familiaux et aux mandataires judiciaires, n° 37, février 2015.

¹⁹³¹ Source Infostat justice n° 51, 1998.

¹⁹³² Source Ministère de la Justice, citée par Schéma régional Poitou-Charentes 2010-2014.

¹⁹³³ Direction régionale de la jeunesse, des sports et de la cohésion sociale de la région Poitou-Charentes. Schéma régional des mandataires judiciaires à la protection des majeurs et des délégués aux prestations familiales 2010-2014, p. 21.

¹⁹³⁴ CNAPE, FNAT, UNAF, UNAPEI, Le livre blanc sur la protection juridique des majeurs, septembre 2012, p. 16.

¹⁹³⁵ C. ECKERT, Rapport fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire sur le projet de loi de finances pour 2013 (n° 235).

professions libérales comme celle des notaires se tournent aussi vers la qualité ¹⁹³⁶. Cela montre que l'expertise et la réglementation de la profession ne suffisent plus à assurer la pérennité des offices. Il faut compter avec la concurrence d'une part et avec les attentes des clients d'autre part. Or la culture qualité est si répandue qu'elle en paraît indispensable. Plus largement, c'est une normalisation des professions du droit qui s'opère ¹⁹³⁷.

454. Auteurs et destinataires des recommandations. — Les auteurs et les destinataires des recommandations se confondent parfois, voire souvent. Les procédures, références et recommandations de bonnes pratiques professionnelles sont validées ou élaborées par l'ANESM, qui procède ensuite à leur diffusion. Le conseil scientifique de l'ANESM comprend des professeurs de l'enseignement supérieur, des médecins ou des professionnels du secteur social ¹⁹³⁸. Les recommandations qu'il élabore peuvent être spécifiques ou transversales, à l'instar de celle portant sur le questionnement éthique dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux parue en octobre 2010. Celle-ci était expressément destinée à « *toutes les structures relevant de la loi du 2 janvier 2002* », à « *tous les professionnels des services et établissements sociaux et médico-sociaux, particulièrement les professionnels de direction et d'encadrement ainsi qu'aux organismes gestionnaires et aux administrateurs amenés à examiner les projets d'établissements* ». Les décideurs et les opérationnels, bien que prioritairement visés, ne sont pas les uniques intéressés, puisque la recommandation « *concerne également les personnes accompagnées, leurs proches et leurs représentants* ». Le projet de recommandation sur la protection des majeurs précise que « *les membres de la famille de la personne protégée exerçant une mesure de protection et les mandataires exerçant à titre individuel, sans être ciblées directement par la recommandation, peuvent également en tirer profit* » ¹⁹³⁹. Le travail des professionnels fournit la matière pour ce qui est des référentiels et des recommandations validées, celui du conseil scientifique de l'ANESM détermine le contenu des normes qu'elle élabore. Les groupes de travail ou de lecture sont constitués de professionnels, de représentants des usagers et de personnes

¹⁹³⁶ Le Conseil Supérieur du Notariat (CSN) a décidé en 2003 de proposer aux notaires une démarche de type ISO 900. Cette démarche est appliquée aux ressources humaines. Sur cette expérimentation, V. L. CAPPELLETTI, F. NOGUERA, J. -M. PLANE, La normalisation du management des ressources humaines : le cas des professions libérales réglementées, *Revue de gestion des ressources humaines* 3/2012, n° 85, p. 36.

¹⁹³⁷ La question intéresse aussi la Justice. MISSION DE RECHERCHE DROIT ET JUSTICE, CENTRE UNIVERSITAIRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES ET POLITIQUES, P. LEHINGUE (Dir.), L'introduction d'une démarche qualité dans le service public de la justice, Amiens, CURAPP, 2001.

¹⁹³⁸ Selon la liste dressée par l'arrêté du ministère du travail, des relations sociales et de la solidarité du 5 octobre 2007 portant nomination au conseil scientifique de l'Agence nationale de l'évaluation et de la qualité des établissements et services sociaux et médico-sociaux.

¹⁹³⁹ ANESM, Lettre de cadrage validée par le COS du 10 février 2011.

qualifiées. Ensemble, ils examinent une revue de littérature et procèdent à des échanges et réflexions sur les pratiques et valeurs, pour élaborer un projet soumis à l'ANESM, et adopté par consensus simple ¹⁹⁴⁰.

455. Processus d'élaboration des règles. — La méthode du consensus est celle de l'ISO ¹⁹⁴¹, qui prône la contractualisation des travaux. Ceci est un indice supplémentaire de parenté entre les normes du social et celles de la consommation ¹⁹⁴². 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 dissimulation ¹⁹⁴⁴. Les normes produites selon cette méthode ne peuvent avoir valeur de dogme. Les positions non exprimées ne serviront 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

¹⁹⁴⁰ « *Des positions concertées sont élaborées* » (Discours J. -J. Tregoat, ouverture du CNESMS, 2005, VST 2006/4 n° 92).

¹⁹⁴¹ Organisation internationale de normalisation.

¹⁹⁴² La méthode essaime 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.

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 bienveillance 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.

§2. LES GARANTIES D'UN CODE DE DEONTOLOGIE

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.

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

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

¹⁹⁴⁷ Il en est ainsi du droit commercial. Les chroniques, études ou revues juridiques, reflètent la 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 CASF), il ne s'agit donc pas seulement d'une mission isolée V. L'avocat-tuteur ? Convictions et questions subsistantes. Compte-rendu de la réunion de la Commission ouverte Famille du barreau de Paris, *Lexbase Hebdo édition professions* 2012 n° 120, n° N1732BTC.

spécifiques en ayant engagé au préalable une réflexion sur la déontologie jugée nécessaire ¹⁹⁵¹. 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 judiciaire ¹⁹⁵². 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 nécessité ¹⁹⁵³, 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 réglementaire ¹⁹⁵⁴. Des clivages paraissent l'empêcher, notamment entre la Fédération nationale des mandataires judiciaires indépendants à la protection des majeurs (FNMJI) 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 ordre ¹⁹⁵⁵. Un tel développement 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 professionnel ¹⁹⁵⁶ paraît encore prématuré, la volonté de doter la profession d'une

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-CORMEIL, 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.

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. GARRIAUD-MAYLAM.

déontologie s'est déjà traduite par des travaux engagés à l'initiative de professionnels ou d'universitaires ¹⁹⁵⁷. 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 récente ¹⁹⁵⁸. 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 2014 ¹⁹⁶⁰.

459. Des délais de réalisation. — D'autres estiment, sur la question des obligations déontologiques, qu'il convient d'avancer plus prudemment ¹⁹⁶¹ 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 exprimée ¹⁹⁶². Il a été

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 MJPM (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 Présidente de la Chambre des tutelles.

¹⁹⁶⁰ Colloque du 4 avril 2014, Déontologie du MJPM, 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. LABBEE, N. PETERKA, K. LEFEUVRE, F. VASSEUR, 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).

¹⁹⁶² Bulletin ANDP juin 2013, p. 5.

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 réglementaire ¹⁹⁶³. 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 dangereuse ¹⁹⁶⁴. 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 médicale ¹⁹⁶⁵ et, d'autre part, un Comité consultatif national d'éthique ¹⁹⁶⁶ et des espaces de réflexions éthiques ¹⁹⁶⁷ 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'ANMJPM, 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 prête ¹⁹⁶⁹ a aujourd'hui ce

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 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° Éthique.

¹⁹⁶⁹ Art. L. 471-2 et R. 471-2 CASF.

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

B. Un code garant de l'indépendance des protecteurs

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 contrariété 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

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.

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 droits¹⁹⁷⁴, cette faculté est exercée par un membre de sa famille ou une personne de son entourage et non laissée à la discrétion du préposé¹⁹⁷⁵. 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.

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 loi¹⁹⁷⁶. 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*

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.

¹⁹⁷⁶ Art. L. 312-7 CASF.

¹⁹⁷⁷ Art. L. 472-6 CASF.

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.

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

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.

de l'ingérence philanthrope ¹⁹⁸⁵ 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 majeurs ¹⁹⁸⁷ 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 inexacts ¹⁹⁸⁸, 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 2007 ¹⁹⁸⁹, 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 obsèques sans que cela ne corresponde à un souhait des majeurs ni

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, diplômées (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 tutélaire* ». (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* ».

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.

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 payées ¹⁹⁹⁰. 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 public ¹⁹⁹¹ 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) demande la reconnaissance du principe de l'incompatibilité d'exercice de l'activité de mandataire sous deux statuts différents ¹⁹⁹². 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

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 disposât d'aucun pouvoir de décision au nom de la puissance publique* ».

¹⁹⁹² Document institutionnel, p. 31.

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 fond ¹⁹⁹³. 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 du travail ¹⁹⁹⁴ 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 recherché ¹⁹⁹⁵. 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

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

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.

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, 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

¹⁹⁹⁷ Les schémas peuvent limiter le nombre d'agrément 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 At. 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 établissements et services du secteur social et médico-social privé à but non lucratif.

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. Quant à l'absence

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, UNAF, 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).

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 premier ²⁰⁰⁷ 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 amendement ²⁰⁰⁸ 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 amendement ²⁰⁰⁹ 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

²⁰⁰⁷ Amendement n° 111.

²⁰⁰⁸ Amendement n° 250.

²⁰⁰⁹ Amendement n° 294.

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'agirait alors d'un Code de déontologie de la protection des personnes vulnérables.

SECTION II.

LA PORTEE 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 RECEPTION 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 rénové 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

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

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 future ²⁰¹¹. 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 titre ²⁰¹². Il faut remarquer que le mandat de protection future est un régime de représentation ²⁰¹³ n'affectant pas la capacité de la personne protégée et que la frontière qui peut être tracée entre les différentes mesures ne peut valoir *a priori* qu'en matière patrimoniale puisque, par hypothèse, le majeur protégé conserve son autonomie décisionnelle en matière personnelle ²⁰¹⁴. Sauf décision spéciale du juge des tutelles, il peut donc n'y avoir ni assistance ni représentation dans ce domaine, l'intervention du protecteur restant limitée à un devoir d'information et, par extension, à un devoir de vigilance. Le manquement au devoir d'information peut engager la responsabilité du protecteur ²⁰¹⁵. Une distinction fondée sur la mission serait plus appropriée ²⁰¹⁶. La vigilance se déduit du fait que le protecteur peut prendre des mesures en cas de danger, se faire autoriser à représenter le majeur protégé ou demander une aggravation

²⁰¹¹ Art. 478 C. civ.

²⁰¹² M. REBOURG, La responsabilité civile des mandataires judiciaires à la protection des majeurs dans l'exercice de leurs missions, *Dr. Famille*, n° 7, juillet 2010, étude 17.

²⁰¹³ Le mandant chargeant le mandataire de le représenter (art. 477 C. civ.).

²⁰¹⁴ Art. 459 C. civ.

²⁰¹⁵ Par analogie avec le droit médical ou le droit notarial, il doit être considéré que c'est au protecteur qu'il revient de rapporter la preuve qu'il a bien exécuté son obligation. Pour le médecin, la règle est énoncée à l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique (« *En cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé* ») ; la jurisprudence a fixé une règle pour le notaire (Cass. 1^{re} civ. 3 février 1998, *Dr. affaires* 1998, 413 ; *RTD cin.*, 1998, p. 381, obs., p. Jourdain ; Cass. 1^{re} civ., 19 décembre 2006, *Juris-Data* n° 2006-036607, *JCP N*, 2007, act. 159).

²⁰¹⁶ M. REBOURG, préc.

de la mesure le cas échéant ²⁰¹⁷. Le défaut de surveillance pourrait donc être admis. C'est ce que la doctrine avait pu déduire ²⁰¹⁸ d'un arrêt rendu par la Cour de cassation en 2013 ²⁰¹⁹.

468. L'incidence du contenu du mandat. — C'est plutôt le contenu exact de la mission qui devrait être retenu pour apprécier l'étendue de la responsabilité, plutôt que la gravité de la faute, sans incidence sur le principe de la responsabilité délictuelle. En matière patrimoniale, la responsabilité du protecteur a pu être engagée au pénal ²⁰²⁰ et l'a souvent été au civil. Ainsi, ont été sanctionnées des omissions ou des actions. L'omission d'assurer un bien ²⁰²¹, de payer des impôts ²⁰²² ou le fait de laisser détourner de l'argent ²⁰²³. En matière personnelle, s'il était admis avant la réforme que les mesures de protection incluait la protection de la personne, la jurisprudence n'en déduisait pas pour autant que le tuteur ou l'administrateur légal fût « responsable des agissements de la personne protégée sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1^{er} » ²⁰²⁴. La responsabilité serait susceptible d'être engagée envers le majeur protégé en raison d'une omission qui lui a été préjudiciable ou, éventuellement, en cas de dépassement de pouvoir ²⁰²⁵. Pour cela, il convient d'abord que les magistrats apprécient le contenu du mandat. La doctrine estime quant à elle que la responsabilité « *devra s'apprécier in abstracto par rapport à la conduite d'un type idéal* » ²⁰²⁶. Or ce standard reste imprécis et, surtout, est en évolution.

469. La fonction explicative des recommandations. — La responsabilité du protecteur est mouvante ; elle dépend en partie de l'évolution de la société et des attentes, croissantes, des protégés et de leurs proches, tantôt usagers, passés de la place d'administrés à celle de bénéficiaires, tantôt citoyens ou consommateurs ²⁰²⁷. Ces glissements sémantiques

²⁰¹⁷ Art. 459, 469 et 442 C. civ.

²⁰¹⁸ G. RAOUL-CORMEIL, La responsabilité du mandataire judiciaire à la protection des majeurs et la sécurité du majeur protégé, *D.*, 2013, 1320.

²⁰¹⁹ Cass. civ. 1^{re}, 27 février 2013, pourvoi n° 11-28. 307. Cf. *supra*, n° 268.

²⁰²⁰ Sur le fondement de l'abus de confiance.

²⁰²¹ La jurisprudence est ancienne. V., p. ex. Rennes, 8 janvier 1897, DP 1897, 2, 365.

²⁰²² T. I. Marseille, 18 septembre 1991, *JCP*, 1993, II, 22037, note Th. FOSSIER.

²⁰²³ CAA Nantes, 20 juin 1990 : *JCP N*, 1991, p. 30 ; *RDSJ*, 1990, 669.

²⁰²⁴ Cass. civ. 2^e, 25 février 1998, *D.*, 1998. 315, pourvoi n° 95-20419.

²⁰²⁵ Un protecteur pourrait ainsi autoriser un acte médical sur la personne d'un majeur protégé sans avoir reçu de pouvoir de représentation en matière personnelle ou entraver sans décision du juge des relations avec des tiers.

²⁰²⁶ J. MASSIP, Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs, Defrénois 2009, n° 294, p. 249.

²⁰²⁷ V. DONIER, Les droits de l'usager et ceux du citoyen, *RFDA*, 2008. 13.

témoignent de conceptions différentes, sinon opposées, du dispositif de protection des majeurs, envisagé comme un service public ou une activité, un ensemble de prestations de services soumises à la procédure d'appels à projets, parfois même un marché où sévit la loi de la concurrence.

Le contenu des notions standards permettant d'apprécier l'existence d'une faute est évolutif. Le droit souple et notamment les recommandations de bonnes pratiques peuvent éclairer ces notions et s'imposer aux professionnels. À ce jour, il n'existe pas de recommandation directe sur la gestion patrimoniale spécifiquement destinées aux mandataires judiciaires à la protection des majeurs²⁰²⁸ mais les conseillers en gestion de patrimoine sont soumis à des règles de sources diverses, « *suivant la nature et l'objet du service rendu* »²⁰²⁹ qui pourraient être utilisées selon la mission confiée au protecteur. Concernant la protection de la personne, il n'existe pas de recommandation spécifique mais l'Agence nationale de l'évaluation et de la qualité des établissements et services sociaux et médico-sociaux (ANESM) a élaboré un certains nombres de recommandations présentées comme transversales et applicables aux services de protection des majeurs²⁰³⁰.

470. L'obligation de « veiller au bien-être ». — L'arrêt du 27 février 2013²⁰³¹ met à la charge du protecteur une obligation de « *veiller au bien-être et à la sécurité de l'incapable* »²⁰³². Cela paraît

²⁰²⁸ Une seule recommandation porte spécifiquement sur la protection des majeurs : ANESM, Participation des personnes protégées dans la mise en œuvre des mesures de protection juridique (2012).

²⁰²⁹ Règles européennes, nationales, déontologiques, de bonnes pratiques : L. GISCARD D'ESTAING, Rapport relatif aux conseillers en gestion de patrimoine, Assemblée nationale, juillet 2011.

²⁰³⁰ Pas moins de 19 recommandations sont applicables aux services de protection des majeurs. ANESM, Le questionnement éthique dans les établissements sociaux et médico-sociaux (2010), La bientraitance : définition et repères pour la mise en œuvre (2008), Mission du responsable de service et rôle de l'encadrement dans la prévention et le traitement de la maltraitance à domicile (2009), Mission du responsable d'établissement et rôle de l'encadrement dans la prévention et le traitement de la maltraitance (2008), Accompagner l'accès aux droits dans les établissements ou services de l'inclusion sociale (2012), L'évaluation interne : repères pour les services à domicile au bénéfice des publics adultes (2012), L'évaluation interne : repères pour les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (2012), Élaboration, rédaction et animation du projet d'établissement ou de service (2010), Pour un accompagnement de qualité des personnes avec autisme ou autres troubles envahissants du développement (2010), La conduite de l'évaluation interne dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux (2009), Mise en œuvre d'une stratégie d'adaptation à l'emploi des personnels au regard des populations accompagnées (2008), Qualité de vie en EHPAD (accompagnement personnalisé de la santé du résident, vie sociale des résidents, Organisation du cadre de vie et de la vie quotidienne, accueil de la personne à son accompagnement, accompagnement des personnes atteinte d'une maladie d'Alzheimer ou apparentée en établissement 2009-2012), Les attentes de la personne et le projet personnalisé (2008) ; ANESM, HAS, Maladie d'Alzheimer et maladies apparentées : dispositif d'annonce du diagnostic et d'accompagnement (2012).

²⁰³¹ Cass. civ. 1^{re}, 27 février 2013, pourvoi n° 11-28. 307, préc.

²⁰³² Cass. civ. 1^{re}, 27 février 2013, n° 11-17. 025, Publié au bulletin, cité *supra*.

ouvrir la voie à toutes les interprétations. Dans cette affaire, cela se traduisait par le devoir de s'assurer de la neutralisation de « *tout risque pour une personne dont les facultés de discernement étaient altérées* », la négligence étant sanctionnée pour avoir concouru à la réalisation du dommage ²⁰³³.

La notion de bien-être est complexe. Le bien-être est, au sens commun, un « *état agréable résultant de la satisfaction des besoins du corps et du calme de l'esprit* » ²⁰³⁴. Cette notion est protégée par la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948, qui proclame que « *toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille* » ²⁰³⁵. Elle est utilisée par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) pour apprécier le niveau de vie des pays membres. L'OCDE en a identifié diverses composantes, pécuniaires ou non ²⁰³⁶. Parmi ces dernières, des indicateurs sociaux sont retenus ²⁰³⁷, ainsi que des facteurs environnementaux et le bonheur ²⁰³⁸. L'Organisation mondiale de la santé (OMS) recourt également à cette notion pour définir la santé, « *état de complet bien-être physique, mental et social* » ²⁰³⁹. La Convention relative aux droits des personnes handicapées prévoit que les États doivent favoriser le bien-être qui permettra le rétablissement et la réinsertion ²⁰⁴⁰. En droit interne, les domaines privilégiés du bien-être sont le droit social ²⁰⁴¹, le droit animalier et le droit de l'action sociale, spécialement le secteur de l'enfance ²⁰⁴². La notion est absente du Code pénal et du Code civil mais on la trouve

²⁰³³ La Cour de cassation adopte la motivation retenue par la cour d'appel, selon laquelle les faits caractérisent une « *négligence fautive qui engage sa responsabilité civile* » parce que la tutelle « *a pour objet de pourvoir à la protection des biens mais aussi de la personne de l'incapable majeur, ce qui impose de veiller au bien-être et à la sécurité de cet incapable* » (CA Poitiers, ch. civ. 3, 9 février 2011, n° 81, 08/02351).

²⁰³⁴ LAROUSSE, Dictionnaire de français, V° Bien-être, I.

²⁰³⁵ Art. 25 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme.

²⁰³⁶ OCDE, Cahiers statistiques n° 11, septembre 2006.

²⁰³⁷ L'autonomie (pour ce qui est de l'emploi), l'équité (pauvreté, inégalités), la santé (espérance de vie, taux de mortalité infantile) et la cohésion sociale (appartenance à un groupe, participation à des activités collectives).

²⁰³⁸ Les indicateurs prennent en compte les facteurs conjugués de l'emploi, des revenus, de la famille, de l'éducation, de la santé et de la stabilité institutionnelle.

²⁰³⁹ Préambule à la Constitution de l'OMS, Conférence internationale sur la Santé, New York, 1946.

²⁰⁴⁰ Art. 16 de la Convention.

²⁰⁴¹ Une reconnaissance sous l'impulsion de la Commission européenne, v. M. BLATMAN, Regards sur l'état de santé au travail et la prévention des risques, *Dr. soc.*, 2005, 960.

²⁰⁴² Le directeur d'un institut thérapeutique, éducatif et pédagogique est notamment chargé de veiller au bien-être des enfants accueillis (art. D. 312-59-7 CASF).

dans le Code rural et de la pêche maritime ²⁰⁴³, ainsi que dans le Code de l'action sociale et des familles en matière d'autorisation et de contrôle des établissements ²⁰⁴⁴, d'accueil familial ²⁰⁴⁵ et en matière de protection des majeurs, des injonctions et sanctions pouvant être prises lorsque « *le bien-être physique ou moral de la personne protégée est menacé ou compromis par les conditions d'exercice de la mesure de protection judiciaire* » ²⁰⁴⁶. Le bien-être n'est pas défini, ni dans son aspect physique ni dans son aspect moral, les deux étant indivisibles. Il a pour incidence d'orienter la gestion des ressources. Selon la Chancellerie, la constitution de provisions ou d'économies « *ne peut nuire au train de vie de la personne protégée, ni permettre que le curateur constitue une épargne au nom de la personne protégée, dans un but autre que celui de participer à son bien-être présent et à venir* » ²⁰⁴⁷.

Le bien-être doit pouvoir s'entendre comme incluant le droit aux loisirs, « *facteur de bien-être social et vecteur de l'épanouissement personnel* » ²⁰⁴⁸.

L'ANESM décline le bien-être selon les situations et le cadre de vie. Dans sa recommandation sur la bienveillance, elle évoque le bien-être en précisant qu'il doit faire l'objet d'une « *démarche volontariste* ». Dans le cadre de ses travaux sur la qualité de vie en établissement, elle centre l'action des professionnels sur cette mission de veiller au bien-être, d'abord défini par l'utilisateur et, par suite, éminemment subjectif ²⁰⁴⁹. Une telle évolution tend à rapprocher les devoirs du protecteur d'une personne majeure des devoirs des parents envers leur enfant ²⁰⁵⁰, ce qui peut sembler contradictoire avec l'intention affichée d'éloigner le paternalisme et de favoriser l'autonomie. Il sera d'autant plus utile de formaliser les besoins et attentes de la personne protégée, qui se traduisent dans le document individuel de protection, lui-même « *établi dans le respect des principes déontologiques et éthiques, des recommandations de bonnes pratiques professionnelles* » ²⁰⁵¹. Les recommandations expriment des règles véhiculées

²⁰⁴³ V. not. art. L. 1 et L. 214-5 (parmi les dispositions relatives à la protection des animaux).

²⁰⁴⁴ Art. L. 313-13 CASF.

²⁰⁴⁵ Contrat type, Annexe 3-8-2 CASF.

²⁰⁴⁶ Art. L. 472-10 CASF.

²⁰⁴⁷ Circ. DACS n° CIV/01/09/C1, 9 février 2009.

²⁰⁴⁸ G. KOUBI, Le droit aux loisirs, *RDSS*, 2014, 77.

²⁰⁴⁹ ANESM, Qualité de vie en Ehpad (volet 1), De l'accueil de la personne à son accompagnement, décembre 2010. J.-L. KOP, La mesure du bien-être subjectif chez les personnes âgées, *Revue Européenne de Psychologie appliquée*, 1993, vol. 43, n° 4, p. 271.

²⁰⁵⁰ En ce sens Th. VERHEYDE, Jusqu'où va la responsabilité du tuteur en matière de protection de la personne du majeur ?, *AJ Famille*, 2013, 241.

²⁰⁵¹ Art. D. 471-8 CASF.

par la pratique. Elles traduisent une conception de la santé, du bien-être et de la sécurité de la personne protégée, et participent par voie de conséquence à la détermination des obligations du protecteur. Les recommandations sont un guide destiné à orienter la pratique sociale. Elles définissent des comportements attendus des opérateurs. En ce sens, elles sont l'expression d'obligations qu'elles précisent et rendent concrètes. Elles peuvent fonder des obligations de faire ou de ne pas faire.

B. L'accroissement de responsabilité des protecteurs

471. **La possible appartenance aux sources du droit.** — L'ANESM n'est pas ²⁰⁵² investie du pouvoir de créer le droit, mais une récente évolution en droit sanitaire oblige à reconsidérer le statut des recommandations. En effet, le Conseil d'État a renforcé la valeur des recommandations émises par la Haute Autorité de santé (HAS), en leur reconnaissant une valeur juridique ²⁰⁵³. La jurisprudence avait depuis longtemps défini les obligations du médecin en précisant que celui-ci devait donner des soins « conformes aux données acquises de la science » ²⁰⁵⁴, exigence prétorienne toujours confirmée, ces données servant à apprécier la responsabilité du praticien ²⁰⁵⁵. En ce qu'elles agrégeaient les données acquises, les recommandations avaient donc une valeur juridique indirecte. Le Conseil d'État juge ainsi « qu'en égard à l'obligation déontologique, incombant aux professionnels de santé en vertu des dispositions du Code de la santé publique qui leur sont applicables, d'assurer au patient des soins fondés sur les données acquises de la science, telles qu'elles ressortent notamment de ces recommandations de bonnes pratiques, ces dernières doivent être regardées comme des décisions faisant grief susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ». Une telle décision reconnaît à l'ensemble des recommandations de l'HAS, jusque là demeurées au rang de droit flou, la qualité de source du droit. Les recommandations émises en matière sanitaire tendant au même but que celles émises en matière sociale, c'est-à-dire à normaliser des comportements professionnels, une évolution semblable peut se produire dans le secteur social.

²⁰⁵² Pas encore...

²⁰⁵³ CE, n° 334396, publié au recueil Lebon. Sur cet arrêt, V. not. C. MASCRET, Le statut juridique des recommandations de bonnes pratiques en matière médicale, *LPA*, 20 septembre 2011 n° 187, p. 7 : L'auteur montre l'évolution selon laquelle les recommandations sont passées du statut de données acquises de la science à celui de circulaires (pour les seules recommandations homologuées), pour enfin accéder au rang de normes juridiques.

²⁰⁵⁴ Cass. civ., 20 mai 1936, *DP* 1936, 1, p. 88 ; *RTD civ.* 1936. 691, obs. Demogue ; *GAJC*, 12^e éd., 2008, n° 162-163 ; *GADS*, 2010, n° 33 (arrêt Mercier).

²⁰⁵⁵ Cass. 1^{re} civ., n° 09-68471.

472. L'utile référence pour apprécier l'exécution des obligations. — Les recommandations permettent déjà de préciser les obligations des professionnels et d'apprécier leurs comportements. Le respect d'une recommandation n'exonère pas le professionnel de sa responsabilité ²⁰⁵⁶. Les mandataires professionnels doivent particulièrement s'attacher à dépasser leurs écrits et à ne pas se contenter du pouvoir incantatoire de leurs projets associatif et de service, ni de leur déclinaison dans les projets individuels des majeurs, sous peine de voir ces poupées russes changées en jeu de quilles. L'inobservation d'une recommandation pourrait, en revanche, fonder la responsabilité en caractérisant le manquement du professionnel ²⁰⁵⁷. La recommandation pourrait alors opérer comme relais de la loi, cette dernière posant les principes et la recommandation donnant des indications sur sa mise en œuvre.

473. Le but et le chemin. — Les recommandations de bonnes pratiques élaborées par l'ANESM se situent entre les normes techniques et les règles de l'art. Elles se distinguent des règles de l'art par leur côté plus prospectif que prescriptif. Leur caractère prospectif est affirmé par l'ANESM ²⁰⁵⁸ qui les définit comme « *des orientations, des pistes pour l'action* » dont le but de « *faire évoluer les pratiques* ». L'ANESM précise alors qu'elles ne sont pas « *un recueil des pratiques les plus innovantes* », ce qui paraît en contradiction avec l'affirmation aussitôt faite que les recommandations « *représentent un état de l'art qui fait consensus à un moment donné* ». Elles se rapprochent des normes techniques car elles ne sont pas créées par les habitudes : elles ne résultent pas de pratiques spontanées mais d'opinions convergentes émises au sein de

²⁰⁵⁶ CAA Paris 28 février 1998, req. n° 96PA04239 et 97PA02207, décision citée par, p. SABLIERE, Une nouvelle source du droit ?, Les documents référents, AJDA 2007, p. 66 : un hôpital pensait voir toute faute écartée à son encontre parce qu'aucune référence n'imposait un acte qu'il n'avait pas accompli. Pour la Cour, « *de telles conférences, dont les conclusions ne procèdent au demeurant d'aucun pouvoir normatif, sont nécessairement reconnitives de données médicales avérées dont l'efficacité a subi l'épreuve du temps* ». Les données acquises de la science précèdent donc nécessairement les conférences de consensus qui les consacrent sans les rendre obligatoires. Leur pouvoir normatif est indépendant des conférences de consensus. Dans le même esprit, on peut citer ici l'article 1386-10 du Code civil qui prévoit que la responsabilité du producteur peut être engagée même s'il a respecté les règles de l'art. Il doit répondre du défaut du produit, peut importe la méthode qu'il a suivie pour le produire.

²⁰⁵⁷ CE 12 janvier 2005, n° 256001, Lebon, p. 20 : « *Peut être regardée comme un soin fondé sur les données acquises de la science, au sens de l'article 32 du Code de déontologie, une mesure de prévention, telle qu'elle résulte notamment des recommandations de bonnes pratiques élaborées par l'agence nationale pour le développement de l'évaluation en médecine puis par l'agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé. La section des assurances sociales du conseil national de l'ordre des médecins ne commet ainsi aucune erreur de droit en fondant une sanction sur le défaut de prescription d'une telle mesure de prévention* ».

²⁰⁵⁸ ANESM, Procédure d'élaboration des recommandations de bonnes pratiques professionnelles, version approuvée en octobre 2014 [En ligne]. Disponible sur : http://www.anesm.sante.gouv.fr/IMG/pdf/PROCEDURE_D_ELABORATION_DES_RBBP_-_13_10_14_2_.pdf (consultation le 5 mai 2015).

groupes de travail. Les recommandations fixent des façons d'agir à un moment donné, tandis que les règles de l'art sont des règles mouvantes, rétives à la normalisation ²⁰⁵⁹. Les normes fixent un but, elles ont en cela une portée générale, tandis que les règles de l'art permettent de donner des réponses à des situations particulières à un moment donné ²⁰⁶⁰. Si les règles de l'art sont les méthodes qu'il est pertinent d'employer, elles sont sans doute de bonnes pratiques. Elles concernent les moyens, non le but.

Elles sont un standard dont le contenu est déterminé par les parties ou par le juge ²⁰⁶¹. Ils ont pour référence la loi, qui fixe la mission du protecteur, le but de toute protection, et les recommandations de bonnes pratiques, qui s'intéressent au chemin pour y parvenir, visant expressément la qualité de l'exécution.

474. Le refus d'application au contrat d'une norme non-obligatoire. — Un premier élan pourrait faire penser que les recommandations s'imposent comme une suite nécessaire de la loi compte tenu de l'objectif de protection. Cette position, affirmée par les juges du fond, a été rejetée par la Cour de cassation. Dans une affaire jugée en 2009, la cour d'appel de Nîmes avait en effet estimé qu'un architecte était contractuellement tenu de respecter les règles de l'art et que celles-ci incluaient les normes techniques en vigueur lors de la construction de l'immeuble. Le demandeur au pourvoi soutenait que sa responsabilité ne pouvait être engagée pour non-conformité à des normes qu'à la condition que ces normes eussent été obligatoires à cette époque, ce qui n'était pas le cas. La Cour de cassation a cassé la décision des juges du fond au motif que les normes n'entraient pas « *dans le domaine d'intervention de l'architecte* », « *faute de stipulations contractuelles particulières* » ²⁰⁶². Cet arrêt montre la discordance qui peut s'établir entre les règles de l'art et les normes ²⁰⁶³.

475. L'incorporation expresse des recommandations au contrat. — Le contrat peut rendre obligatoire les recommandations de bonnes pratiques en les incorporant expressément au contrat. C'est ce qu'exprime, *a contrario*, l'arrêt précité de la Cour de cassation, qui ne fait pas obstacle à ce que des stipulations contractuelles rendent obligatoire une norme, ce qui est

²⁰⁵⁹ M. PENNEAU, J. PENNEAU, Recommandations professionnelles et responsabilité médicale, *Med. et Droit*, 1998/28, p. 4.

²⁰⁶⁰ A. PENNEAU, Règles de l'art et normes techniques, Thèse LGDJ, 1989.

²⁰⁶¹ M. ZAVARO, Les règles de l'art, *Gaz. Pal.*, 2000, n° 309, p. 3.

²⁰⁶² Cass. civ. 3^e, 1^{er} décembre 2010, pourvoi n° 09-15282, Bull. civ. III, n° 209, RDI 2011, p. 169, obs. Ph. MALINVAUD.

²⁰⁶³ La solution ne vaudrait peut-être pas sans réserve pour toutes les normes techniques car certaines normes du bâtiment coorespondent à des méthodes de mise en oeuvre de matériaux. Elles ne concernent donc plus seulement des résultats mais des moyens. O. DESHAYES, La norme technique, les règles de l'art et la garantie décennale, *RDC*, 2011/3, p. 845.

une manifestation de la force obligatoire du contrat. Cette incorporation peut être expresse, d'où la nécessité pour les professionnels de soigner la rédaction de leurs documents contractuels et de ne pas faire preuve de légèreté dans les promesses faites. La tendance est de se référer aux bonnes pratiques, de se soumettre à des certifications même non obligatoires, de communiquer sur la qualité des prestations servies. Cela pourrait conduire à un accroissement de leur responsabilité et, par suite, à un refus de limitation de la réparation au dommage prévisible.

476. L'incorporation tacite des recommandations au contrat. — La Cour de cassation a admis que des usages soient tacitement entrés dans le champ contractuel entre des contractants professionnels ²⁰⁶⁴. La Cour de cassation a, par exemple, retenu dans une affaire l'usage selon lequel les prix s'entendent hors taxes entre professionnels et, dans une autre affaire, un usage selon lequel un outil demeure la propriété du fabricant. Par le détour des usages, des normes se sont ainsi imposées aux contractants. Or les pratiques sont des « *manières d'agir* » et, lorsqu'elles sont « *anciennes, constantes, notoires et générales* », elles deviennent des usages ²⁰⁶⁵. Il n'est donc pas exclu qu'elles puissent faire l'objet d'une acceptation silencieuse. L'avenir des recommandations de bonnes pratiques n'est pas encore écrit de façon indélébile.

477. Conséquences en matière de responsabilité. — Le fait de ne pas respecter une règle de l'art a été considéré par la Cour de cassation comme une négligence grave constituant une faute lourde confinant au dol et conduisant à l'exclusion des clauses prévoyant des limitations de réparation. L'affaire concernait un déménageur qui n'avait pas pris les mesures appropriées pour parer aux conditions climatiques qui ont gravement endommagé les biens transportés ²⁰⁶⁶. Si les recommandations de bonnes pratiques sont admises comme normes ou règles de l'art applicables au contrat, la responsabilité engagée en raison de leur non-respect risque de provoquer un renchérissement du coût de l'assurance de responsabilité civile professionnelle, voire de ne pas être couverte par les assurances. Il faut noter ici que tous les protecteurs contractuels ne sont pas des professionnels et que les textes ne prévoient

²⁰⁶⁴ Cass. com., 9 janvier 2001, *D.*, 2001. 550, obs. A. -L. LIENHARD ; *JCP*, 2001 E. 1337, note L. LEVENEUR ; Cass. com., 17 juillet 2001, *D.*, 2001. 2738, obs. X. DELPECH ; sur ces décisions, V. J. MESTRE, B. FAGES, De l'incorporation au contrat de certains usages professionnels, *RTD civ.*, 2001. 870.

²⁰⁶⁵ J. GHESTIN, Normalisation et contrat, *in* Le droit des normes professionnelles et techniques, Bruylant, 1985, p. 485.

²⁰⁶⁶ Cass. civ. 1^{re}, 29 octobre 2014, pourvoi n° 13-21. 980, *Contrats, conc., consom.* n° 1, janvier 2015.

pas, à leur égard, d'obligation d'assurance. La réflexion sur ce premier point paraît utile. Elle l'est aussi, au-delà, sur la détermination du contenu des garanties.

Les recommandations contribuent à accroître la responsabilité du protecteur en se donnant pour ambition d'orienter les pratiques et en appelant au développement de la réflexion éthique, dans ce domaine qui concerne tant la personne et ses droits et libertés les plus fondamentaux. Alors même que l'éthique se défend d'être normative²⁰⁶⁷, elle influencera assurément l'interprétation des textes et la pesée des faits. L'action des protecteurs soumis aux dispositions régissant les activités sociales doit tout autant se nourrir d'éthique que respecter le droit. Cela doit même être formalisé sous la forme d'objectifs mesurables, l'éthique étant un processus évaluable²⁰⁶⁸

§2. LA SANCTION ADMINISTRATIVE DES DEMARCHES D'ÉVALUATION

478. Il est *a priori* plus aisé de savoir ce que n'est pas l'évaluation plutôt que de définir ce qu'elle est en réalité. L'évaluation est « l'action d'évaluer », donc d'« estimer la valeur, le prix d'une chose »²⁰⁶⁹. La notion est promue en France à partir des années 1970, en tant que technique accessoire des politiques publiques. Dès lors, elle sert à élaborer un jugement de valeur, à définir des orientations et à améliorer le fonctionnement des institutions²⁰⁷⁰. Toutefois, on veut nier qu'elle soit un audit, une certification ou un contrôle²⁰⁷¹. La distinction a son importance et, sans doute, sa part d'artifice. Entre l'obligation prévue par les textes et sa mise en œuvre, un processus de densification normative, pas toujours juridique, s'opère. Ainsi, les règles s'accumulent et se transforment sous les effets de la pratique, conduisant à une surenchère dans la production de normes et à un dévoiement vers une normalisation des pratiques²⁰⁷². Cela conduit à admettre que les services mandataires judiciaires soient soumis à une obligation d'évaluation, jugée légitime (A), sans pour autant accepter qu'ils se soumettent à l'esprit de la démarche qualité vers lequel se produit un glissement injustifié (B),

²⁰⁶⁷ B. OPPETT, La philosophie du droit, Paris, Dalloz, 1999.

²⁰⁶⁸ ANESM, Le questionnement éthique dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux, Recommandation de bonne pratique, juin 2010.

²⁰⁶⁹ LITTRE, Dictionnaire de la langue française, V° Évaluer.

²⁰⁷⁰ Conseil scientifique de l'évaluation, Petit guide de l'évaluation des politiques publiques, la documentation française, 1996.

²⁰⁷¹ Conseil national de l'évaluation sociale et médico-sociale, L'évaluation interne, Guide pour les établissements et services sociaux et médico-sociaux, 2006.

²⁰⁷² C. THIBIERGE, La densification normative d'un dispositif, L'exemple du « référentiel d'équivalences horaires » destiné aux enseignants-chercheurs, in C. THIBIERGE et alii, La densification normative, Découverte d'un processus, Mare & Martin, 2013, p. 287.

renforcé par la concurrence entre les protecteurs opérant sous des statuts divers, selon des mandats judiciaires ou conventionnels.

A. La légitimité de l'obligation d'évaluation

479. Une transformation progressive du secteur tutélaire. — L'obligation d'évaluation ne concerne que les services mandataires dont l'ouverture est autorisée par le préfet ²⁰⁷³. Toutefois, les mandataires judiciaires exerçant à titre individuel souhaitent communiquer sur la qualité de leurs prestations, ce qui les conduit à se soumettre volontairement à la certification ISO ²⁰⁷⁴. D'autres opérateurs privés, avocats, notaires, fiduciaires, se tournent aussi vers ce type de certification. La certification ISO est certes à distinguer de l'évaluation mais son but est de faire reconnaître un niveau de qualification, de compétence, une aptitude à répondre aux attentes des « clients ». L'ouverture de la protection des majeurs à des opérateurs privés par le recours aux dispositifs volontaires devrait provoquer des rapprochements. Le libre choix des personnes vulnérables place sur le secteur marchand une part d'activité jusque là réservée au secteur public. Parallèlement, même sans devoir appliquer les règles du Code des marchés publics, les départements délèguent les mesures d'accompagnement social personnalisé à des prestataires. Parmi les délégataires possibles, se trouvent les associations ou des organismes à but non lucratif ²⁰⁷⁵. S'ils n'ont pas vocation à la réalisation et au partage d'un bénéfice, ces opérateurs sont placés en concurrence et doivent respecter des procédures d'appels à projets. Dans ce cadre, le coût de la prestation est un critère de sélection. Cela conduit à faire preuve d'efficacité, sinon de rentabilité, et incite mécaniquement à faire emploi de moyens éprouvés dans le secteur industriel. Tous les prestataires sont amenés à parler le même langage pour se rapprocher et, dans le même temps, se distinguer. Il se produit un phénomène d'acculturation qui, par le rapprochement du public et du privé, produit des changements dans leurs cultures respectives et structure un nouveau « marché ». Les démarches d'évaluation ont ainsi une influence potentielle sur l'ensemble du dispositif.

²⁰⁷³ Art. D. 471-1 CASF. L'art. L. 312-8 CASF relatif à l'obligation d'évaluation vise les structures mentionnées à l'article L. 312-1 CASF, qualifiées d'établissements et services sociaux, parmi lesquels seuls les services sont visés.

²⁰⁷⁴ *Je Tutelle*, préc.

²⁰⁷⁵ Ce qui permet d'ajouter les fondations, mutuelles, caisses de retraite.

480. Une légitimité « réglementaire » ²⁰⁷⁶ —. L'évaluation est désormais une obligation qui s'impose aux services mandataires judiciaires à la protection des majeurs. Elle est une procédure qui ne consiste pas à vérifier la conformité à une norme mais à produire une analyse et une explicitation collective, un « *diagnostic partagé* » ²⁰⁷⁷. De la sorte, elle ne serait pas un contrôle, mais une « *appréciation globale* » portée « *sur l'atteinte des objectifs, la production des effets attendus et des effets non prévus, positifs ou négatifs* » ²⁰⁷⁸. La distinction entre le contrôle et cette appréciation n'est pas franche. Ce qui diffère, c'est sans doute l'introduction de la discussion, le choix du pluralisme et la façon de mesurer l'activité. En effet, les évaluateurs ne vérifient pas qu'une structure fonctionne correctement mais contribuent à la production d'éléments de compréhension et de progression portant sur son activité et la qualité de ses interventions. Ces éléments permettent d'élaborer un discours sur la légitimité des actions ²⁰⁷⁹. L'évaluation, justifiée par les textes, invite ainsi les acteurs sociaux à justifier leur activité.

L'évaluation s'inscrit dans le cadre général de l'évaluation des politiques publiques, qui « *a pour objet d'apprécier, dans un cadre interministériel, l'efficacité [d'une] politique en comparant ses résultats aux objectifs assignés et aux moyens mis en œuvre* » ²⁰⁸⁰. Elle est prévue par la loi de rénovation de l'action sociale et médico-sociale ²⁰⁸¹. Il est en effet procédé à l'évaluation « *au regard notamment de procédures, de références et de recommandations de bonnes pratiques professionnelles validées ou, en cas de carence, élaborées, selon les catégories d'établissements ou de services, par l'Agence nationale de l'évaluation et de la qualité des établissements et services sociaux et médico-sociaux* » ²⁰⁸². En recourant à ces références, l'Administration influe sur l'interprétation du droit de la protection juridique des majeurs et des normes para-juridiques, qui se sont développées comme des ramifications.

²⁰⁷⁶ Il est de l'intérêt des organisations de se conformer à des standards de performance déterminés par les autorités. Cette légitimité pragmatique, identifiée par M. SUCHMAN et distinguée de la légitimité morale et de la légitimité cognitive, peut être qualifiée de réglementaire. V. N. DUBOST, *Densification normative et légitimité, L'exemple de l'évaluation dans le secteur social et médico-social*, in C. THIBIERGE et alii, *La densification normative, Découverte d'un processus*, Mare & Martin, 2013, p. 965.

²⁰⁷⁷ Décret n° 2007-975 du 15 mai 2007 fixant le contenu du cahier des charges pour l'évaluation des activités et de la qualité des prestations des établissements et services sociaux et médico-sociaux.

²⁰⁷⁸ *Idem*.

²⁰⁷⁹ CONSEIL NATIONAL DE L'ÉVALUATION SOCIALE ET MÉDICO-SOCIALE (CNESMS), *Guide de l'évaluation interne*, 2006, p. 11.

²⁰⁸⁰ Décret n° 98-1048 du 18 novembre 1998 relatif à l'évaluation des politiques publiques.

²⁰⁸¹ Loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale.

²⁰⁸² Art. L. 312-8 CASF.

481. Les opérations. — L'impératif déborde le secteur social et des autorités administratives chargées de sa mise en œuvre sont apparues dans tous les secteurs ²⁰⁸³. En matière médicale, par exemple, la Haute Autorité de la Santé (HAS) met en œuvre des dispositifs d'amélioration des pratiques voisines des opérations d'évaluation ²⁰⁸⁴. Les questions régies par les procédures, références et recommandations sont d'abord celles des évaluations des activités et de la qualité des prestations délivrées, l'une procédant théoriquement de l'autre. « *Toute évaluation portant sur un service ou un établissement social ou médico-social instaure un processus global et cohérent de conduite du changement, dans l'optique de l'amélioration continue de la qualité des prestations* » ²⁰⁸⁵.

Conformément au Code de l'action sociale et des familles ainsi qu'au projet de service établi en considération de ses prescriptions, les services mandataires judiciaires à la protection des majeurs doivent procéder à une évaluation, dont les résultats sont transmis à l'autorité ayant délivré l'autorisation de fonctionnement ²⁰⁸⁶. L'évaluation présente un double aspect : elle porte d'une part sur les activités et, d'autre part, sur la qualité des prestations.

482. Les activités. — Les services doivent d'abord mener « *une réflexion sur leur organisation et leur mode de gestion des ressources humaines* ». La réflexion sur l'organisation est trop souvent représentée d'emblée par une démarche qualité de type ISO 9001. Ce qui est recherché est l'efficacité de l'organisation. La question des coûts est abordée, sous la forme de l'insuffisance de moyens. Cette première étape doit donner une vision globale de la structure et de son contexte, valider la pertinence de son projet, de son organisation, vérifier son niveau d'insertion dans son environnement. La formation des personnels est un point crucial de ce questionnement. Elle est techniquement nécessaire et représente un moyen d'implication considérable. L'entretien individuel peut être le moyen d'évaluer les actions menées, l'efficacité de chacun. Une analyse collective des pratiques et difficultés permet des échanges utiles et offre une cohésion fructueuse de l'équipe. Démarche individuelle et démarche collective se conjuguent et se complètent avantageusement.

²⁰⁸³ Y compris celui de l'enseignement supérieur avec la création en 2007 de l'Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur (AERES).

²⁰⁸⁴ Certification des établissements, accréditation des médecins, de spécialités à risque, évaluation des pratiques professionnelles.

²⁰⁸⁵ CNESMS. Note d'orientation. Novembre 2005.

²⁰⁸⁶ Art. L. 312-8 CASF.

483. La qualité. — La qualité dans le champ social reste difficile à définir ²⁰⁸⁷. Il est possible, sinon tentant, de se tourner vers l'AFNOR ²⁰⁸⁸, selon laquelle la qualité est un « ensemble de propriétés et caractéristiques d'un produit ou d'un service qui lui confère l'aptitude à satisfaire des besoins exprimés ou implicites ». L'évaluation de la qualité impose aux services de conduire « une réflexion sur le produit final, à savoir la qualité des prestations, des prises en charge, des accompagnements des personnes auxquelles s'adresse l'établissement ou le service » ²⁰⁸⁹. Cet élément est important car il peut permettre d'éviter l'écueil des démarches qualité. Pour ces dernières, les références avaient d'abord servi « à énumérer les rubriques à considérer, mais l'évaluation devait se faire par rapport aux besoins réels. Les normes ISO 9000 et la certification moderne ont transformé ce référentiel en règle impérative, l'évolution devant désormais vérifier la conformité au référentiel, et non plus l'aptitude de l'organisation à fournir des produits et services de qualité » ²⁰⁹⁰. Les dernières versions des normes ISO 9000 ont pris conscience de cette dérive et tentent d'y remédier en s'intéressant davantage au résultat de l'activité.

Dans la démarche d'évaluation, l'attention est portée sur le résultat dès l'engagement de la démarche. L'évaluation s'intéresse à l'efficacité de l'organisation et aux effets de l'activité en étudiant le fonctionnement et les pratiques des services par référence à leur propre projet, ce qui est *a priori* différent de la certification qualité. Ces processus sont pourtant mis en parallèle ou en concurrence, ce qui est source de désordre, notamment parce que les services tutélaires peuvent obtenir des allègements de leur obligation d'évaluation sur le fondement de certifications ISO 9001:2008 ²⁰⁹¹, ce qui présente un danger de dérive. Les textes prévoient en effet que dans le « cas de certification par les organismes visés à l'article L. 115-28 du Code de la consommation, un décret détermine les conditions dans lesquelles cette certification peut-être prise en compte dans le cadre de l'évaluation externe » ²⁰⁹². Cette disposition devait entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2011, mais le décret annoncé n'était pas pris à cette date.

²⁰⁸⁷ La qualité est une notion pluridisciplinaire, évolutive, variable selon les services en cause et soumise à la subjectivité des perceptions. M. CRECHE, B. FAVIER (Dir.), *L'intégration des établissements médico-sociaux dans une démarche d'évaluation est-elle un gage de prise en charge de qualité ?* EHESP, 2011, p. 14. Les directions départementales des Affaires sanitaires et sociales (DDASS) ont également souligné le flou dans la définition de la qualité, notamment entre qualité conçue et qualité voulue (ANESM, Enquête nationale 2008 auprès des Ddass et des Conseils généraux, Mise en œuvre de l'évaluation interne dans les ESSMS, mars 2009).

²⁰⁸⁸ Norme NF X 50-120.

²⁰⁸⁹ J.-F. BAUDURET, M. JAEGER. *Rénover l'action sociale et médico-sociale, Histoires d'une refondation*. Paris, Dunod, 2002.

²⁰⁹⁰ C. DOUCET. *La qualité*. PUF, 2009. (Que sais-je ?). P. 22.

²⁰⁹¹ Qui sont seulement des certifications de système de management de la qualité.

²⁰⁹² Art. L. 312-8 CASF. Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009, chapitre III, article 124, I, 19°, e.

Ce dont les organismes de certification attestent, c'est que le service ou la combinaison de services « est conforme à des caractéristiques décrites dans un référentiel de certification »²⁰⁹³. Le référentiel est la norme ISO 9001 et non le référentiel construit par l'opérateur. Bien sûr, il est tenu compte des prescriptions relatives au métier dans la détermination des exigences relatives aux services fournis, mais l'ISO 9001 se contente de spécifier « les exigences génériques pour des systèmes de management à mettre en œuvre dans toute entreprise ou dans n'importe quel secteur d'activité. Elles sont applicables aux processus qu'une entreprise utilise pour réaliser ses produits ou services, autrement dit, elles concernent son mode de travail et sa façon de répondre aux exigences de sa clientèle ». Cette norme ne contient « pas d'exigences relatives à des produits ou services spécifiques. En conséquence, les certifications [...] ne doivent en aucun cas être présentées d'une façon qui pourrait être interprétée comme indiquant des certifications de produits ou des garanties de produits ». L'opérateur ne doit pas créer « la fausse impression que la certification ISO 9001:2000 est une garantie de qualité des produits »²⁰⁹⁴. La large publicité faite à cette certification peut induire en erreur le majeur protégé ou son entourage, qui n'est pas rompu à ces techniques bureaucratiques de plus en plus répandues et l'entrée de références au droit de la consommation dans le droit de l'action sociale nourrit à juste titre les inquiétudes de nombreux travailleurs sociaux.

Le schéma régional Poitou-Charentes 2010-2014 ne fait pas référence à la démarche qualité, tout comme d'autres, qui se soucient de l'évaluation mais pas de la certification qualité²⁰⁹⁵. Globalement, si les services mandataires communiquent volontiers sur leur certification qualité, les schémas régionaux, bien qu'ils emploient fréquemment l'expression « démarche qualité », s'intéressent principalement à harmoniser, référencer et évaluer les bonnes pratiques²⁰⁹⁶. La démarche ne doit pas devenir une recette, l'ensemble de la

²⁰⁹³ Art. L. 115-27 C. consom.

²⁰⁹⁴ ISO. La publicité pour votre certification ISO 9001 : 2000 ou ISO 14001 : 2004. Disponible sur <http://www.iso.org/iso/fr/publicizing2005-en.pdf> (Consulté le 5 mai 2015).

²⁰⁹⁵ V., p. ex. l'arrêté n° 2010-cs-01 portant publication du schéma régional des mandataires judiciaires à la protection des majeurs et des délégués aux prestations familiales pour la période 2010-2014, pris par la DRJSCS de Bourgogne.

²⁰⁹⁶ DRJSCS de Bretagne. Schéma 2010-2014. Dans le département du Finistère, il est prévu de soutenir les services dans la mise en œuvre d'outils favorisant une démarche qualité. Le comité régional est pérennisé en vue de « construire les référentiels et les outils nécessaires pour assurer de façon homogène l'évaluation des besoins et la description et l'analyse de l'activité ». Le schéma de cette région ne se situe pas sur le terrain des démarches de type ISO. DRJSCS région Centre, mars 2010. 2010-2014. « Établir des recommandations applicables aux services tutélaires permettant d'améliorer la prise en charge et de conforter le professionnalisme des intervenants. Cette action peut se traduire par l'élaboration d'un référentiel qualité en collaboration avec l'ensemble des acteurs concernés d'un même département (ex. Référentiel qualité des partenaires du département de l'Indre). Ce document intègre des engagements réciproques pour l'amélioration de l'accompagnement des majeurs protégés. Il s'accompagnera de l'édition d'un livret intitulé « Tutelles et Curatelles, Missions et Champs d'intervention ». Il sera diffusé à l'ensemble des partenaires du département concernés par cette question », UDAF 36. Document de base, Histoire de l'UDAF). DRJSCS de la région

littérature produite sur le sujet insiste sur son sens ²⁰⁹⁷ et sur la place prééminente que doivent occuper les besoins et attentes des usagers.

Dans le cadre de la certification ISO seul le processus de préparation du service peut être arrêté mais la défektivité éventuelle ne peut être constatée qu'*a posteriori*, une fois le service fourni.

Une note de la DGAS ²⁰⁹⁸ insiste sur la diversité des objectifs énoncés par la loi et notamment l'ambition de faire participer tous les acteurs, en particulier l'utilisateur. La perception du client peut être difficile à appréhender, en raison de l'altération des facultés ou de l'absence d'entourage du majeur en capacité de signaler les dysfonctionnements. La pratique des enquêtes de satisfaction est un indice nécessaire mais certainement pas suffisant. Les taux de retours peuvent être faibles et la valeur des enquêtes complétées par les majeurs avec l'aide de leur mandataire, lui-même délégué par le service dont la prestation est l'objet de l'évaluation, est sujette à caution. L'évaluation des activités doit passer par une recherche adaptée de la satisfaction du « client », par la création d'indicateurs choisis par lui, avec lui et pour lui.

484. Les « clients » du service mandataire. — En matière de protection des majeurs, le client n'est pas seulement le majeur protégé. Il peut être pourvu d'une identité triple. Outre le

Champagne-Ardenne. Schéma 2010-2014. « *Il convient de travailler à l'élaboration d'un référentiel d'activité (qui pourra être utilisé pour l'évaluation interne des services)* ». « L'UDAF (de la Haute-Marne) est engagée depuis environ 3 ans dans une démarche qualité qui prend en compte ces aspects. Un comité d'éthique se réunit par ailleurs afin d'élaborer une charte, un recueil de bonnes pratiques ». DRJSCS Languedoc-Roussillon. AUDE. « *Mise en place d'une Charte Qualité Départementale entre les trois Associations Tutélaires existantes (AGAT/ATDI/UDAF) et d'une convention de partenariat et de mutualisation entre les services mandataires, avec concertation et échanges entre les différents secteurs professionnels (juges, établissements, administrations de contrôle)* ». DRJSCS de la région Corse, schéma 2010-2014 (Publié par arrêté n° 10-0110 du Préfet de Corse en date du 9 avril 2010). Les outils de 2002-2 sont vus comme un élément d'appréciation de « *l'aspect qualitatif des prises en charge* ». DRJSCS d'Aquitaine, mars 2010. « *La démarche qualité Parmi les services : - 6 (soit 30 %) ont déjà réalisé une démarche d'évaluation interne (voire externe), - tandis que, dans 7 autres, celle-ci est en cours (35 %). — elle est programmée dans 4 services (en 2010 pour 3 d'entre eux, en 2014 pour le dernier) - et seuls deux services n'ont pas encore arrêté leur projet de démarche qualité. Les outils sont divers, produits en interne avec ou sans l'aide d'un prestataire extérieur, au niveau de l'association gestionnaire ou encore apportés par les prestataires. Ainsi, le schéma 2010-2014 paraît confondre démarche qualité et évaluation. Cette région a mis en place un groupe de travail sur « la qualité des services rendus et les bonnes pratiques professionnelles »* », DRJSCS d'Alsace, 2010-2014. Une démarche qualité régionale a été proposée, ainsi qu'un travail sur un référentiel de bonnes pratiques. Celui élaboré par le département de l'Oise est cité. DRJSCS d'Auvergne, mars 2010. Schéma régional de l'activité tutélaire 2010-2013. « *La diversité à la fois culturelle, formative et en termes de parcours professionnel des intervenants tutélaires conduit à proposer l'élaboration d'un document régional de référence sur cette activité, lequel aurait valeur de référentiel pour les intervenants eux-mêmes ainsi que pour les autorités de contrôle* ».

²⁰⁹⁷ Être le moyen et la condition d'une politique sociale qui recherche une citoyenneté effective.

²⁰⁹⁸ (Auj. DGCS) DGAS/5B204196 du 3 mars 2004.

majeur²⁰⁹⁹, il peut s'agir aussi du juge des tutelles qui ordonne la mesure et de l'État qui autorise et finance la structure chargée d'une mission « *d'intérêt général et d'utilité sociale* »²¹⁰⁰. L'enjeu de l'évaluation est aussi, voire surtout, le renouvellement de l'autorisation de fonctionner, accordé par son destinataire.

485. Le service public de la tutelle. — Cette insertion des professionnels de la tutelle dans la liste des établissements et services sociaux, entendue comme une reconnaissance de leur dimension sociale, a été conçue comme un progrès permettant d'assurer une meilleure adaptation des prestations aux besoins (recensés au niveau régional), de garantir les droits des usagers et d'organiser « *un encadrement et un contrôle bien plus rigoureux* »²¹⁰¹. En insistant sur ces questions de contrôle du contenu de la mission et d'équilibre des relations, la loi du 5 mars 2007 a fait ressurgir la théorie de « la publicisation de la tutelle ». Jean CARBONNIER avait mis à jour l'émergence d'un « *droit administratif du droit civil* »²¹⁰². Il avait évoqué pour les mineurs l'idée du basculement de la tutelle de droit privé dans le droit public²¹⁰³. Dire que la tutelle est « *une protection due à l'enfant* », comme cela est désormais affirmé au bénéfice de l'adulte vulnérable, « *pose un principe d'interprétation* ». Ce n'est pas un droit du protecteur, ce n'est pas la famille que l'on vise à protéger, mais c'est le droit du majeur. C'est le majeur qui est protégé. Jean CARBONNIER, prenant appui sur l'article 473 ancien du Code civil²¹⁰⁴, avait déjà admis l'existence d'un service public de la tutelle²¹⁰⁵. Il envisageait le service public de gestion d'un côté²¹⁰⁶ et le service public de surveillance de l'autre, démontrant qu'il existait une théorie

²⁰⁹⁹ Qui est tout à la fois usager, acteur et bénéficiaire, la particularité de la prestation qu'il reçoit étant qu'il y participe, qu'elle est en principe le fruit d'une coproduction.

²¹⁰⁰ Art. L. 311-1 CASF.

²¹⁰¹ B. DUPONT. Avis n° 213, rendu au nom de la Commission des Affaires sociales sur le projet de loi portant réforme de la protection des majeurs. Sénat, 2007.

²¹⁰² J. CARBONNIER. Le droit administratif du droit civil. *Revue Historique de Droit français et étranger*, 1974, n° 4, p. 758.

²¹⁰³ Art. 427 ancien C. civ. : « *La tutelle, protection due à l'enfant, est une charge publique* ».

²¹⁰⁴ « *L'État est seul responsable à l'égard du pupille, sauf son recours s'il y a lieu, du dommage résultant d'une faute quelconque qui aurait été commise dans le fonctionnement de la tutelle, soit par le juge des tutelles ou son greffier, soit par l'administrateur public chargé d'une tutelle vacante en vertu de l'article 433* ».

²¹⁰⁵ Il convient sans doute de s'interroger sur le principe de gratuité de ce service public, bien que le principe de gratuité n'ait pas valeur constitutionnelle (Cons. Const., 12 juillet 1979, 79-107 DC, Ponts à péage, Rec. Cons. const., p. 31.). M. MARRONNIER. Financement des mesures de protection par les personnes protégées : Le prix de la protection, *Bulletin ANDP*, juin 2011, article prépublié dans les ASH (Actualités Sociales Hebdomadaires) du 29 avril 2011 : « *Il s'agit, de la seule exception, dans le monde judiciaire, où l'intéressé paie pour une décision de justice qui n'est pas une sanction (au sens de la faute), qui s'impose à lui, et dont il n'a pas souhaité la mise en œuvre, la plupart du temps* ».

²¹⁰⁶ Art. 433 ancien C. civ. : « *Si la tutelle reste vacante, le juge des tutelles la défère à l'État* ».

de la charge tutélaire ²¹⁰⁷. À la surveillance générale exercée par les magistrats, est venue s'ajouter une surveillance des protecteurs professionnels exercée par l'Administration. Les contrats de protection sont vigoureusement liés à l'ordre étatique. Les deux sens principaux de la dignité s'en trouvent défendus, d'un côté la charge et, de l'autre, le respect inconditionnel de la personne. Si l'État peut demeurer présent dans la production du droit tout en faisant une place aux acteurs de la protection contractualisée et s'il sait composer avec des contrats dénués de force obligatoire entendue au sens traditionnel, un encadrement sain des pratiques demeure possible ²¹⁰⁸.

B. Le glissement injustifié vers l'esprit de la démarche qualité

486. **Une prise en compte des certifications.** — Un décret de 2012 ²¹⁰⁹ prévoit que la certification est « *prise en compte* » mais ne dispense pas le service de se soumettre à l'évaluation externe. Les certifications admises sont celles effectuées par des organismes accrédités selon les règles du Code de la consommation. Encore faut-il qu'une correspondance ait été établie par arrêté entre le référentiel de certification concerné et le cahier des charges de l'évaluation externe ²¹¹⁰.
487. **Des oppositions quant aux objectifs.** — Ce qui distingue principalement la certification de l'évaluation est que l'organisme certificateur ne peut émettre de conseils lors de la réalisation de ses audits ²¹¹¹. Alors que l'un des objectifs de l'évaluation externe est justement d'élaborer « *des propositions et/ou préconisations* » sur les aspects stratégiques et opérationnels, par la formulation de priorités « *en regard de critères explicites* » ²¹¹². Sur ce point, le rapport d'évaluation doit être propre au service considéré et doit s'intéresser au suivi des actions définies lors de la phase d'évaluation interne. Il ne peut pas être stéréotypé ni s'abstenir de

²¹⁰⁷ J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Defrénois, 1979, p. 27.

²¹⁰⁸ J.-G. BELLEY, Sans foi ni loi : l'indépendance contractuelle, in *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003, p. 232 : l'auteur redoute une régulation qui se ferait « *sous la gouverne des techniques sans humanisme* » et veut « *espérer que la liberté de contracter en deçà ou au-delà du droit étatique ne dégénère pas en pure volonté de puissance* ».

²¹⁰⁹ Décret n° 2012-147 du 30 janvier 2012 relatif aux conditions de prise en compte de la certification dans le cadre de l'évaluation externe des établissements et services sociaux et médico-sociaux. Ce texte crée l'article D. 312-206 du Code de l'action sociale et des familles.

²¹¹⁰ Annexe 3-10 CASF, Contenu du cahier des charges pour la réalisation des évaluations externes.

²¹¹¹ Son accréditation COFRAC le lui interdit. Le COFRAC est le Comité français d'accréditation, créé par le Décret n° 2008-1401 du 19 décembre 2008 relatif à l'accréditation et à l'évaluation de conformité pris en application de l'article 137 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

²¹¹² Décret n° 2007-975 du 15 mai 2007 fixant le contenu du cahier des charges pour l'évaluation des activités et de la qualité des prestations des établissements et services sociaux et médico-sociaux.

préconisations concrètes. À défaut, sa rédaction serait jugée incomplète et serait de nature à justifier la demande d'une nouvelle évaluation, voire un refus de renouvellement de l'autorisation de fonctionnement du service ²¹¹³.

- 488. L'exigence d'une correspondance du référentiel qualité avec le cahier des charges de l'évaluation.** — Deux arrêtés du 17 avril 2013 reconnaissent une correspondance partielle entre l'évaluation externe et deux référentiels de certification de services. Ils concernent les établissements d'hébergement pour personnes âgées ²¹¹⁴. Deux autres arrêtés concernent les services aux particuliers et aux personnes à domicile ²¹¹⁵. Les correspondances ne sont que partielles dans tous ces cas. Pour les autres établissements et services, l'absence de reconnaissance de correspondance entre le référentiel utilisé et le cahier des charges de l'évaluation externe fait encore obstacle à la prise en compte des certifications déjà effectuées. Ainsi, de nombreux services de protection des majeurs sont aujourd'hui certifiés sans pour autant obtenir la prise en compte de cette certification, faute d'arrêté le permettant.
- 489. Une correspondance fondée sur le cœur de métier.** — Les référentiels dont la correspondance a été admise portent spécifiquement sur les activités exercées. Ainsi la norme NF X 50-058 aborde-t-elle le cadre éthique des interventions et les engagements pris au regard du projet institutionnel ou du projet de vie de la personne accueillie. Elle examine notamment les conditions d'admission d'accueil et d'intégration des personnes, se soucie de leur cadre de vie, des soins qui leur sont dispensés, des actions menées pour favoriser leur autonomie, de ce qu'elles mangent, des activités qui leur sont proposées. L'organisation, la

²¹¹³ Instruction n° DGCS/SD5C/2013/427 du 31 décembre 2013 relative aux évaluations des activités et de la qualité des prestations délivrées dans les établissements et services sociaux et médicosociaux.

²¹¹⁴ Arrêté du 17 avril 2013 portant reconnaissance de correspondance partielle entre le référentiel de certification de services constitué de la norme NF X 50-058 et des règles de certification NF 386 pour les établissements d'hébergement pour personnes âgées de la société par actions simplifiée AFNOR certification et le cahier des charges pour la réalisation des évaluations externes prévu à l'annexe 3-10 au Code de l'action sociale et des familles ; Arrêté du 17 avril 2013 portant reconnaissance de correspondance partielle entre le référentiel de certification de services Qualicert RE/UPA/04 pour les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes de la société SGS International Certification Services et le cahier des charges pour la réalisation des évaluations externes prévu à l'annexe 3-0 au Code de l'action sociale et des familles.

²¹¹⁵ Arrêté du 9 décembre 2013 portant reconnaissance de correspondance partielle entre le référentiel de certification de services Qualicert RE/SAP/06 pour les services aux particuliers de la société SGS International Certification Services et le cahier des charges pour la réalisation des évaluations externes prévu à l'annexe 3-10 au Code de l'action sociale et des familles ; Arrêté du 5 février 2014 portant reconnaissance de correspondance partielle entre le référentiel de certification de services constitué de la norme NF X 50-056 et des règles de certification NF 311 pour les services aux personnes à domicile de la société par actions simplifiée AFNOR certification et le cahier des charges pour la réalisation des évaluations externes prévu à l'annexe 3-10 du Code de l'action sociale et des familles.

gestion des ressources humaines et la mesure de la satisfaction des « clients » sont également abordées mais n'occultent pas ces questions essentielles. De la même façon, la norme NF X 50-056 relative aux services à domicile porte spécifiquement sur la qualité des prestations. Elle aborde également l'éthique, le respect de la vie privée et de l'autonomie, l'adaptation et la personnalisation des interventions. Le référentiel Qualicert RE/UPA/04 atteint un taux de correspondance de 70 % avec le cahier des charges de l'évaluation externe. Un service de protection des majeurs pourrait prétendre à la prise en compte de sa certification dans la mesure où son référentiel qualité, centré sur son activité, présente les mêmes caractéristiques. Ce référentiel s'intéresse principalement aux inquiétudes des usagers, aux interventions visant à dédramatiser l'ouverture de la mesure et à instaurer une relation entre le délégué et du majeur protégé, il se penche sur les valeurs du service et leur mode de diffusion ²¹¹⁶. Ce n'est pas le cas de la plupart des services qui ont fait le choix d'une certification tournée vers la performance et la satisfaction des clients.

- 490. L'inadaptation de la norme ISO 9001 pour l'évaluation des services mandataires judiciaires à la protection des majeurs.** — Le travail accompli dans le cadre de la norme ISO 9001, sur lequel prennent appui de nombreux services tutélaires, est différent. Il porte sur le management de la qualité et est applicable à toute structure comme à toute activité. La norme ISO 9001 n'est pas un référentiel spécifique au secteur social. En prouvant que le service peut produire des prestations conformes aux dispositions en vigueur et en s'intéressant à la satisfaction des « clients », elle devrait nécessairement intégrer cette dimension, sans toutefois pouvoir garantir *a priori* la correspondance avec le cahier des charges de l'évaluation. La correspondance est établie par un tableau mettant en relation le cahier des charges de l'évaluation et le référentiel examiné. Ce tableau vérifie la concordance des objectifs et des moyens humains, l'adéquation du projet de service aux besoins des usagers et aux missions qui lui sont confiées. S'il s'attache à l'atteinte des objectifs poursuivis, il s'intéresse aussi à tous effets, attendus et non prévus, ne se cantonnant pas à une simple vérification du respect des spécifications du produit. Surtout, le tableau impose que le référentiel comprenne des critères propres au secteur social et médico-social et aux droits des usagers ou à « *la prise en compte des recommandations de bonnes pratiques professionnelles dans les modalités de réponses apportées aux usagers* ».

²¹¹⁶ Avis de publication de la liste des référentiels validés relative à l'article R. 115-11 du Code de la consommation sur la certification des produits industriels et des services (SGS ICS SAS, Certification de services Qualicert, Services des tutelles et qualité : des engagements certifiés au service des usagers).

491. Conclusion du Chapitre II. Une soumission à l'idéologie de la norme. — Si les normes ISO ont progressivement conduit à considérer les référentiels comme des règles impératives ²¹¹⁷, l'évaluation tend à produire le même effet. Les opérateurs, destinataires des normes, s'en emparent et ajoutent aux prescriptions légales et réglementaires. Les référentiels élaborés ou remaniés dans des groupes de travail font l'objet de débats et de votes par les Conseils d'administration des associations gestionnaires, un accompagnement des professionnels par un consultant étant le plus souvent prévu. Les services veulent communiquer sur la qualité de leurs prestations et en font un enjeu dont l'importance est renforcée par le risque de refus de renouvellement de l'autorisation de fonctionnement. La mise en concurrence des opérateurs du champ social est anxiogène et engendre une contrainte croissante ²¹¹⁸. Les objectifs initiaux, visant à produire des connaissances, instaurer un dialogue entre toutes les parties prenantes, faire évoluer les pratiques et, plus largement, le secteur, sont en fait dépassés. Ce qui est évalué, c'est plus le travail prescrit que le travail réel. La standardisation des référentiels le révèle ²¹¹⁹. Ces référentiels mettent en œuvre des systèmes de cotation qui montrent que l'on mesure des écarts, non que l'on expose des pratiques pour pouvoir en débattre et chercher à les améliorer. La standardisation des référentiels induit une normalisation des pratiques et une appropriation par chacun de tous les impératifs, une intériorisation de la contrainte, une soumission volontaire énergiquement dénoncée par des professionnels du soin, du secteur social ou de l'enseignement ²¹²⁰. L'évaluation elle-même agit comme une norme qui donne corps aux procédures, recommandations et références. Le dispositif s'est éloigné de ce qui fondait la légitimité initiale de l'obligation d'évaluation pour la pervertir en un contrôle déguisé et externalisé, confié à des opérateurs privés dont les compétences sont discutées ²¹²¹.

²¹¹⁷ C. DOUCET, *op. cit.*

²¹¹⁸ La loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires a créé une procédure d'appels à projets qui donne l'initiative des créations de services aux pouvoirs publics, à qui il appartient ensuite de sélectionner les projets répondant aux priorités qu'il fixe.

²¹¹⁹ S. DELZESCAUX, F. BLONDEL, L'approche contextualiste et historiciste dans les processus d'évaluation internes au champ médico-social, *Nouvelle revue de psychosociologie*, 2009/2 n° 8, p. 151. Ce qui est mesuré, c'est le « *chemin qui leur reste à parcourir pour se mettre en conformité avec des pratiques élevées au rang de norme étalon* ». Les auteurs distinguent entre évaluation interne, qui favorise effectivement le dialogue entre les parties prenantes et l'évaluation externe, qui contribue surtout à « *la rationalisation de la gestion* ».

²¹²⁰ C. THIBIERGE, *op. cit.*, B. CASSIN (Dir.), *Derrière les grilles*, Fayard, 2014 (Essais) ; R. GORI, A. ABELHAUSER, *La Folie évaluation : Les nouvelles fabriques de la servitude*, Fayard, 2011 (Essais) ; R. GORI, *La fabrique des imposteurs, Les liens qui libèrent éditions*, 2013 ; A. DEL REY, *La tyrannie de l'évaluation, La découverte*, 2013 (Cahiers libres).

²¹²¹ Un quart des évaluateurs ne seraient pas des professionnels du champ social (N. DUBOST, *Densification normative et légitimité, L'exemple de l'évaluation dans le secteur social et médico-social, op. cit.*). La

La loi fixe les orientations et renvoie aux normes techniques contenues aussi bien dans les textes réglementaires et les recommandations de bonnes pratiques qu'aux instruments contractuels pour mettre en œuvre les moyens utiles pour atteindre les objectifs fixés. C'est assez conforme aux préconisations du rapport Boulard-Lambert sur l'inflation normative ²¹²². Est-ce là un signe de la « révolution copernicienne » qu'il appelle de ses vœux ?

492. Conclusion du Titre II. — Le droit de la protection n'est plus celui des incapacités mais celui des capacités, des aptitudes, voire des « capabilités » ²¹²³. Ce concept issu des travaux d'Amartya SEN ²¹²⁴ s'intéresse à la liberté de choix et à ce que celle-ci rend accessible à la personne. La capabilité est le pouvoir de décision, la liberté qui ouvre sur la responsabilité de l'individu.

Les sources renouvelées du droit de la protection juridique, qui devient assurément un droit de la vulnérabilité, renforcent les droits et libertés fondamentaux dans des textes certes incantatoires mais qui doivent résonner comme une invitation à la responsabilité et à la vigilance de chacun, pour soi et pour l'autre. La personne vulnérable peut être titulaire de droits sans vouloir les exercer. Elle peut aussi être titulaire de droits sans pouvoir les exercer. Il faut alors démêler l'écheveau de liens qui tissent son quotidien, séparer le mot de l'idée pour faire valoir le consentement, l'acquiescement ou le refus. La protection est une œuvre concrète toujours remise sur le métier, faite d'un imprévisible qui jure avec la sécurité que le contrat voudrait promettre.

procédure d'habilitation ne garantit ni les qualifications ni les compétences déclarées par les candidats évaluateurs. C'est à l'organisme évalué de s'en assurer. Circulaire n° DGCS/SD5C/2011/398 du 21 octobre 2011 relative à l'évaluation des activités et de la qualité des prestations délivrées dans les établissements et services sociaux et médicosociaux.

²¹²² A. LAMBERT, J. -C. BOULARD, *Rapport de la mission de lutte contre l'inflation normative*, Premier ministre, Ministère de la réforme de l'État, de la décentralisation et de la fonction publique, mars 2013. Ce rapport se déclare en faveur d'une reconnaissance de la valeur constitutionnelle du principe de proportionnalité, « qui implique l'adéquation des moyens au but recherché » et au principe de sécurité juridique. Il recommande également une mise en valeur de la norme contractuelle...

²¹²³ Capabilité est un terme à distinguer de la capacité. V. S. GODELAIN, *La capacité dans les contrats*, LGDJ, 2007 (Collection des thèses), p. 496 et s.

²¹²⁴ Le Prix Nobel d'économie lui a été décerné en 1998 pour « sa contribution à l'économie du bien-être », The Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 1998". Nobelprize. org. Nobel Media AB 2014. Web. 12 Apr 2015, [En ligne]. URL : http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1998/ (consulté le 12 avril 2015). V. A. SEN, *Un nouveau modèle économique. Développement, justice, liberté*, O. Jacob, 2000 ; A. SEN, *Repenser l'inégalité*, Seuil, 2000.

Les sources de la protection déclinent donc avec insistance un droit « dur » sur lequel vient se plaquer un droit « souple » émergent. Le premier gouverne la mission de tout protecteur et le second vient réguler ses interventions ²¹²⁵.

493. Conclusion de la deuxième partie. — En se contractualisant, la protection a ajouté à une certaine procéduralisation du contrat, et plus précisément à sa judiciarisation, qui était à l'œuvre dans d'autres domaines ²¹²⁶. Le modèle contractuel n'était pas taillé pour accueillir toutes ces relations qui se sont développées et transformées au gré des crises économiques, familiales et sociales. Au droit souple vient se joindre l'idée d'un contrat flexible, qui doit plier plutôt que rompre. Le contrat n'est plus seulement créateur d'obligations, il a vocation à créer, organiser et pérenniser des relations qui n'ont plus pour objet principal de réaliser une transaction. Cet élargissement de la notion de contrat paraît d'autant plus acquis que le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats le définit comme « *un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer des effets de droit* » ²¹²⁷. Une consécration législative de ce changement de paradigme pourrait conforter la qualification contractuelle d'actes dont la nature reste encore discutée sans pour autant apporter de nouveaux éléments de compréhension.

²¹²⁵ Cette « *fonction de régulation sociale* » dévolue au droit est ainsi « *doublement* » servie : V. C. THIBIERGE, Le droit souple, *Réflexion sur les textures du droit*, *RTD civ.*, 2003, p. 599.

²¹²⁶ C. PIGACHE (Dir.), *Les évolutions du droit, contractualisation et procéduralisation*, Universités d'été 2001 et 2002 du barreau de Rouen, Publications des universités de Rouen et du Havre, 2004, p. 107.

²¹²⁷ Avant-projet d'ordonnance février 2015, art. 1101.

CONCLUSION GENERALE

494. L'application de la technique contractuelle au dispositif de la protection des majeurs présente des utilités et comporte des limites qui invitent à prolonger la réflexion engagée à propos de réformes récentes ²¹²⁸ et de projets à l'étude ²¹²⁹.

Le mandat de protection future, comme la désignation d'une personne de confiance ou la rédaction de directives anticipées, tient sa promesse de prise en compte de la volonté anticipée et permet effectivement de préparer la mise en œuvre de mesures consenties dans leur principe et dans leurs limites. Le mandat pour autrui, bien que critiqué, répond potentiellement aux attentes des associations qui en ont sollicité la création.

La mesure d'accompagnement social personnalisé et le document individuel de protection, à l'instar des contrats pédagogiques dont ils peuvent être rapprochés, permettent d'encadrer l'intervention sociale et de rendre actifs les bénéficiaires en les écoutant et en les responsabilisant.

Toutefois, le danger et l'artifice sont réels.

Le danger se niche principalement dans le mandat de protection future sous seing privé. Ce contrat expose un mandant isolé et crédule aux calculs d'aigrefins qui, convertis en mandataires ou en contrôleurs providentiels, sauront facilement capter l'ensemble de ses

²¹²⁸ Pour la dernière en date : Loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures.

²¹²⁹ Projet de loi relatif à l'adaptation de la société au vieillissement adopté par l'Assemblée nationale en première lecture le 17 septembre 2014.

revenus sans grand risque d'être découverts. Le cantonnement des pouvoirs aux seuls actes d'administration ne protégera pas celui qui a peu mais à qui l'on prendra tout.

Rien de comparable *a priori* dans un mandat pensé pour une personne fortunée qui saura s'entourer des meilleurs conseils et mettre en place des sécurités sérieuses. Néanmoins, l'actualité a fraîchement révélé qu'un notaire pouvait se trouver mis en examen pour abus de faiblesse parce qu'il avait accepté de rédiger un mandat de protection. Le mandat doit en effet servir à organiser une protection future et non tenter de faire obstacle à une protection présentement nécessaire.

Il s'agit là d'un premier artifice dont usent les escrocs ou les personnes à protéger réfractaires à une mesure contrainte. La liberté et la sécurité sont illusoire face au contenu du mandat, finalement assez dirigé, et à l'égard de la force obligatoire, largement à la merci du juge. Et où est la liberté du représenté qui n'a rien demandé à personne dans le cas du mandat pour autrui ? Par ailleurs, la réforme a une portée limitée sur la théorie de la représentation, que la loi du 5 mars 2007 n'a pas particulièrement développée. Sur ce point, le projet d'ordonnance réformant le droit des contrats présenté en février 2015 prévoit que « *la représentation conventionnelle laisse au représenté l'exercice de ses droits* » ²¹³⁰, sans résoudre le conflit entre les pouvoirs du mandant et ceux du mandataire quand le premier peut se mettre en danger.

L'artifice existe encore en matière d'accompagnement social. Ces mesures ne sont vraisemblablement pas de vrais contrats, elles n'en ont que la forme, ainsi que le dit la loi. La liberté contractuelle est mise à mal à divers égards. Le bénéficiaire de la mesure n'a pas le choix de son contractant, la mesure a pour objet de l'obliger à gérer ses allocations conformément à l'affectation décidée par le législateur et ce, pour une durée strictement encadrée par la loi. Tout au plus, la mesure d'accompagnement crée-t-elle une procédure contractuelle.

Quant au document individuel de protection, il ravit surtout les personnes paperassières et risque de maintenir les professionnels dans leurs bureaux plutôt que de libérer du temps pour qu'ils aillent à la rencontre de leurs protégés ²¹³¹. Les mandataires rendent annuellement compte de leur gestion, ce qui est parfaitement justifié ²¹³², ils rendent également compte le

²¹³⁰ Art. 1158.

²¹³¹ V. En ce sens les propositions d'amendements présentés par la FNMJI, en association avec le Pr Gilles RAOUL-CORMEIL.

²¹³² Art. 510 C. civ.

cas échéant des diligences accomplies dans le cadre de la protection de la personne ²¹³³ et, de surcroît, ils élaborent un document individuel de protection qui doit être actualisé chaque année ²¹³⁴. Cela fait beaucoup d'écrits, qui se recourent au moins partiellement, du temps de rédaction et de relecture, des frais d'affranchissement... L'obligation formelle risque de supplanter la relation réelle dans l'agenda du mandataire.

Le contrat avec l'utilisateur ne peut être vraiment conçu qu'avec une personne dont la situation n'est pas totalement compromise ou dont les facultés ne sont pas trop altérées même s'il y a toujours pour elle quelque chose à espérer, des intérêts à défendre et des actions à entreprendre.

La nouvelle protection juridique des majeurs n'a pas réellement jugulé l'inflation de mesures judiciaires ²¹³⁵. Le nombre de mandats mis en œuvre est presque anecdotique, le nombre de mesures d'accompagnement social était seulement de 9 871 lors du dernier recensement national réalisé au 31 décembre 2011 ²¹³⁶. Ces figures contractuelles instaurent plus un lien entre les contractants qu'elles ne créent d'obligations qui ne seraient pas préexistantes. Parce que la relation prime et parce que cette relation est inégalitaire, un renforcement des protections paraît s'imposer. Et parce que l'on assiste nettement à une transition de l'incapacité à la vulnérabilité, la construction d'un droit des contractants se fait plus pressante et semble plus importante que la conception d'un nouveau droit des contrats. Cela consisterait à s'interroger sur le droit des contractants vulnérables ²¹³⁷ pour le rendre plus cohérent, par référence à la vulnérabilité ²¹³⁸. La Ministre de la Justice a d'ailleurs déclaré,

²¹³³ Art. 463 C. civ. Et le cas échet le plus souvent car cette mission est rarement dissociée de la protection du patrimoine.

²¹³⁴ Art. D. 471-8, I, CASF.

²¹³⁵ IGAS, Rapport n° 2014-071R, juillet 2011. Une évolution quantitative qui reste raisonnable depuis l'entrée en vigueur de la réforme (+2, 8 % par an en moyenne), mais une hausse attendue pour les prochaines années. Surtout, un coût en augmentation pour les finances publiques « *entre 2008 et 2013 (passant de 416 à 571 M€)* ».

²¹³⁶ Chiffres communiqués par la DREES. 234 mesures d'accompagnement sont actives dans la Vienne au 1^{er} janvier 2014 (selon les chiffres retenus pour l'élaboration du Schéma régional des mandataires Poitou-Charentes 2015-2019 ; seulement 10 mesures ont été orientées vers une mesure d'accompagnement judiciaire dans ce même département).

²¹³⁷ S. LE GACH-PECH, Bâtir un droit des contractants vulnérables, *RTD civ.*, 2014, 581.

²¹³⁸ Selon l'art. 1142 du projet d'ordonnance de février 2015, une situation de faiblesse peut être caractérisée par un état de nécessité ou de dépendance (et constituer un vice du consentement).

à propos de la réforme du droit des contrats, qu'il convenait de le moderniser « *tout en respectant le principe de la protection de la partie la plus vulnérable* »²¹³⁹.

495. Cette nouvelle protection vient aussi renforcer une nouvelle fonction du contrat qui révèle certainement un changement de société. Le contrat envisagé dans une fonction pédagogique est assurément devenu un moyen parmi d'autres d'agir sur les comportements, en faisant intégrer des normes et en responsabilisant le débiteur des obligations. La demande toujours croissante de liberté produit un recul du droit « dur » au profit du droit souple ou négocié qui a une tendance singulière et pernicieuse à contourner les règles démocratiques. La société offre davantage de libertés mais crée toujours plus de normes. Plus que d'inflation législative, il convient de parler d'inflation normative dont il ne faudrait pas dépolitiser les enjeux.

La norme, en effet, permet de fonder le pouvoir, d'agir sur les comportements, de provoquer des transformations²¹⁴⁰. Le droit souple des prescriptions techniques et de tous les documents concourant à la qualité est sanctionné par le milieu professionnel. Il peut être incorporé dans des documents contractuels qui lui conféreront force obligatoire. Cette force sera potentiellement décuplée par l'avancée des Droits de l'Homme, issus d'une Convention que son interprétation dynamique ne cesse de faire évoluer hors les limites du débat démocratique. Le contrat contribue à substituer la régulation au règlement pour mieux assurer le gouvernement des hommes. Paradoxalement, alors que tous les textes garantissent l'autonomie, les pratiques institutionnelles tendent à influencer sur les comportements, par la persuasion et la soumission librement consentie²¹⁴¹.

Alors que retentissent les slogans et recommandations sur le nombre de fruits et de légumes à consommer par jour ou sur l'art de rationaliser l'organisation et le fonctionnement des institutions à la poursuite de l'idéal du risque zéro, il devient urgent de défendre le choix du risque. C'est par exemple ce que défend la Fondation de France en soutenant financièrement des actions respectueuses de la volonté des personnes âgées²¹⁴².

« *Le droit est trop humain pour prétendre à l'absolu de la ligne droite* »²¹⁴³. Or les normes du droit souple prétendent justement à cet absolu et, sous couvert d'individualisation, de sécurité et

²¹³⁹ Ch. TAUBIRA, Sénat, compte rendu intégral, séance du mardi 21 janvier 2014, JORF N° 8 S. (C. R.), 22 janvier 2014, p. 440.

²¹⁴⁰ M. FOUCAULT, *Les anormaux. Cours au Collège de France, 1974-1975*, Paris, Gallimard, 1999, p. 46.

²¹⁴¹ R. -V. JOULE, J. -L. BEAUVOIS, *La soumission librement consentie*, PUF, 2010 ; E. de LA BOETIE, Étienne, *Discours de la servitude volontaire*, Paris, Mille et une nuits, 1997.

²¹⁴² FONDATION DE FRANCE, *Vivre ses choix, prendre des risques, jusqu'à la fin de sa vie, appel à projets* 2015.

²¹⁴³ J. CARBONNIER, préface à la première édition de *Flexible Droit*.

d'économie, parviennent à déposséder de leurs droits les individus et la souveraineté nationale. La loi ne peut assurément régir toutes les situations et c'est heureux. C'est précisément pour cela qu'il faut défendre le droit contre la logique de service, l'utilisateur contre le consommateur. Le protecteur doit être un professionnel de la relation bien plus qu'un technicien. Il doit plus que jamais fonder son intervention sur le droit et s'attacher à suivre les prescriptions de la loi pour assurer une défense authentique des droits et libertés ²¹⁴⁴.

²¹⁴⁴ R. CASTEL, Garder la référence au droit, *Lien social*, n° 1000-1001, janvier 2011, p. 11.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX, TRAITES ET MANUELS

- ACADEMIE FRANÇAISE, TLFi
- ANCEL Bernard, LEQUETTE Yves, Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, Paris, Dalloz, 1998
- ASSOCIATION HENRI CAPITANT, Vocabulaire juridique, 8^e éd., Paris, PUF, 2007
- ATIAS Christian, Les personnes, les incapacités, Paris, PUF, 1985 (Droit fondamental, Droit civil)
- AUBERT Jean-Luc, SAVAUX Éric, Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, Paris, Sirey, Dalloz, 2008 (Sirey université, Série Droit privé)
- AUBRY Charles, RAU Charles, Cours de droit civil français, t. 4, 6^e éd., par E. Bartin, éd. technique, 1942
- BATTEUR Annick, Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés, 4^e éd., Paris, LGDJ, 2009 (Manuels)
- BAUDRY-LACANTINERIE Gabriel, WAHL Albert, Traité théorique et pratique de droit civil, Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1889
- BENABENT Alain, Droit civil : les contrats spéciaux civils et commerciaux, 8^e éd., Paris, Montchrestien, 2008 (Domat droit privé)
- BENABENT Alain, Les obligations, 11^e éd., Paris, Montchrestien, 2007
- BORGETTO Michel, LAFORE Robert, Droit de l'aide et de l'action sociales, 7^e éd., Paris, Montchrestien, 2009
- CARBONNIER Jean, Droit civil, Paris, PUF, 2004 (Quadrige, Manuel)
- COLLART-DUTILLEUL François, DELEBECQUE Philippe, Contrats civils et commerciaux, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2007
- CORNU Gérard, Droit civil, Les personnes, 13^e éd., Paris, Montchrestien, 2007
- DEMOGUE René, Le traité des obligations en général, A. Rousseau, t. 7, 1933
- DEMOLOMBE Charles, Cours de Code Napoléon, t. VIII, Paris, Durand, Hachette, 1854
- DESCARTES René, Discours de la méthode, Larousse, 1972
- FABRE-MAGNAN Muriel, Introduction au droit, PUF, 2012
- FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, SAVAUX Éric, Les obligations, 1, L'acte juridique, Sirey, 2012, 15^e éd. (Sirey université, Droit privé)
- FONTAINE Michelle, CAVALERIE Robert, HASENFORDER Jacques-André *et al.*, Dictionnaire de droit, 3^e éd., Paris, Foucher, 2004 (La Dicothèque Foucher)
- GAZZANIGA Jean-Louis, Introduction historique au droit des obligations, Paris, PUF, 1992 (Droit fondamental, Droit civil)
- GENY François, Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, Chevalier-Marescq, 1^{re} éd., 1899
- JHERING Rudolf, L'évolution du droit, Marescq, Paris, 1901
- LAROUSSE, Dictionnaire de français, Paris, 2002
- LE ROBERT, Dictionnaire pratique de la langue française
- LEFEBVRE-TEILLARD Anne, Introduction historique au droit des personnes et de la famille, PUF, 1996 (Droit fondamental civil)
- LITTRE Émile, Dictionnaire de la langue française
- MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, Droit civil, Les personnes, Les incapacités, 3^e éd., Defrénois, 2007
- MALAURIE Philippe, Droit civil : les personnes, La protection des mineurs et des majeurs, 7^e éd., LGDJ, 2014

- MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, GAUTIER Pierre-Yves, Les contrats spéciaux, 3^e éd., Paris, Defrénois, 2007
- MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, STOFFEL-MUNCK Philippe, Les obligations, 3^e éd., Paris, Defrénois, 2007
- OPPEIT Bruno, La philosophie du droit, Paris, Dalloz, 1999
- RICHER Laurent, Droit des contrats administratifs, 8^e éd., LGDJ, 2012 (Droit Public, Droit Administratif)
- SERIAUX Alain, Contrats civils, 1^{re} éd., Paris, PUF, 2001
- TERRE François, LASZLO-FENOUILLET Dominique, Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités, Paris, Dalloz, 2005 (Précis, Droit privé)
- TERRE François, LEQUETTE Yves, SIMLER Philippe, Droit civil : Les obligations, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2005 (Précis, Droit privé)
- VOLTAIRE, Dictionnaire philosophique, Gallimard, 1994

OUVRAGES SPECIAUX, THESES ET MONOGRAPHIES

- ALLEE Robert, COLARD Michèle, FEDOU Gaston, La tutelle aux prestations sociales, Paris, Les Publications du CTNERHI (Centre technique national d'études et de recherches sur les handicaps et les inadaptations), 1980
- ANAES, Évaluation des pratiques professionnelles dans les établissements de santé, Limiter les risques de la contention physique de la personne âgée, octobre 2000
- ANESM, Participation des personnes protégées dans la mise en œuvre des mesures de protection juridique, juillet 2012
- ARBELLOT Frédéric, Droit des tutelles, protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2007
- ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT, Le rôle de la volonté dans le droit, Paris, Sirey, 1957
- ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT, Sur les notions du contrat, Paris, Sirey, 1968
- ARENDT Hannah, Les origines du totalitarisme, t. 2, L'Impérialisme, Seuil, 2006 (Points essais)
- ARNSPERGER Christian, L'économie, c'est nous, Pour un savoir citoyen, Erès, 2006 (Sociologie économique)
- ARS Bretagne, CREA de Bretagne, Étude régionale « Jeunes de plus de 20 ans », Synthèse, septembre 2012
- ARSAC-RIBEYROLLES Audrey, Essai sur la notion d'économie du contrat, Thèse de doctorat, Droit privé, Clermont-Ferrand 1, 2005
- ASSOCIATION HENRI CAPITANT, La relativité du contrat, t. IV, actes du colloque, Nantes, 1999, Paris, LGDJ, 2000
- ASSOCIATION HENRI CAPITANT, Le renouvellement des sources du droit des obligations : t. I, actes du colloque (Lille, 1996), Paris, LGDJ, 1997
- Avant-projet de réforme du droit des obligations, dit rapport Catala, remis le 22 septembre 2005 au Ministre de la Justice, Paris, La Documentation française, 2006
- BACQUE Marie-Hélène, BIEWENER Carole, L'empowerment, une pratique émancipatrice, Paris, La Découverte, 2013 (Politique et sociétés)
- BALZAC Honoré, Œuvres illustrées, Paris, MM. Marecq et compagnie, 1851
- BAREGE Alexandre, L'éthique et le rapport de travail, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, 2008 (Bibliothèque de droit social, t. 47)
- BASDEVANT-GAUDEMET Brigitte (Dir.), Contrat ou institution : un enjeu de société, Paris : LGDJ, 2004
- BAUDURET Jean-François, JAEGER Michel, Renover l'action sociale et médico-sociale, Histoires d'une refondation, Paris, Dunod, 2002

- BAUER Michel, FOSSIER Thierry, Les tutelles, Protection juridique et sociale des enfants et des adultes, Paris, ESF, 1994
- BAUER Michel, FOSSIER Thierry, PECAUT-RIVOLIER Laurence, La réforme des tutelles : ombres et lumières, Paris, Dalloz, 2006
- BECK Ulrich, La société du risque, Sur la voie d'une autre modernité, Paris, Aubier, 2001
- BENABOU Valérie-Laure, CHAGNY Muriel (Dir.), La confiance en droit privé des contrats, Dalloz, 2008
- BENDALI Linda, TOPALOV Nathalie, La France des incapables, Le Cherche-Midi, 2005
- BERANGER Jean, Rapport sur le projet de loi relatif aux droits des familles dans leurs rapports avec les services chargés de la protection de la famille et de l'enfance et au statut des pupilles de l'État, Sénat, Rapport n° 245, 6 avril 1984
- BESSY Christian, La contractualisation de la relation de travail, LGDJ, 2007 (Droit et société, t. 45)
- BLESSIG Emile, Réforme de la protection des majeurs, Rapport à la Commission des lois de l'Assemblée nationale, Doc. AN 2007, n° 3557
- BOISMAIN Corinne, Les contrats relationnels, Aix-en-Provence, PUAM, 2005
- BONNIOL Jean-Jacques, VIAL Michel, Les modèles de l'évaluation, De Boeck, 2003
- BORESTEL-LILL Jessica, Essai sur une théorie relationnelle du contrat, Thèse de doctorat, Droit privé, Paris 1, 2008
- BOURGEOIS Marc-Louis, Manie et dépression : comprendre et soigner les troubles bipolaires, Paris, Odile Jacob, 2007
- BRU Marc, NOT Louis (Dir.), Où va la pédagogie du projet ?, Toulouse, Editions Universitaires du Sud, 1987
- BRUNEAU Laurent, Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant, Thèse, Toulouse, 2005, n° 20
- BURGELIN Jean-François, GRIDEL Jean-Pierre (Dir.), Vieillesse démographique et droit : vers un droit de la vieillesse ?, Actes du colloque organisé le 26 mars 1999 par la Cour de cassation et l'Université René Descartes (Paris V), Paris, Dalloz, 1999
- BUSSEUIL Guillaume, Contribution à l'étude de la notion de contrat en droit privé européen, LGDJ, 2009 (Collection des Thèses)
- CAILLE Alain, Splendeurs et misères des sciences sociales : esquisses d'une mythologie, Genève, Droz, 1986 (Pratiques sociales et théories)
- CARBONNIER Jean, Flexible droit : textes pour une sociologie du droit sans rigueur, LGDJ, 1969
- CASSIN Barbara (Dir.), Derrière les grilles, Fayard, 2014 (Essais)
- CASTEL Robert, Le RMI, une dette sociale, L'Harmattan, 1992 (Logiques sociales)
- CASTEL Robert, L'insécurité sociale, Paris, Seuil, 2003
- CATALA Pierre, Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations, La Documentation française, 2005
- CENTRE D'ETHIQUE CLINIQUE, La personne de confiance, quelle pratique, quelles perspectives : journée de travail, 25 octobre 2007, Paris, Centre d'éthique clinique, Hôpital Cochin, 2008 (Regards croisés)
- CERMOLACCE Arnaud, Cause et exécution du contrat, Aix-en-Provence, PUAM, 2001
- CHALMEL Jean-Louis, Histoire de Touraine jusqu'à l'année 1790, Fournier, 1828
- CHASSAGNARD Sandrine, HIEZ David (Dir.), Approche critique de la contractualisation, Paris, LGDJ, 2007
- CHASSAGNARD Sandrine, HIEZ David (Dir.), Approche renouvelée de la contractualisation, PUAM, 2007
- CHEVALLERAU Jean-François, LAROQUE Michel, MOLEUX Marguerite, ROUGIER Isabelle, Rapport de synthèse sur la gestion du revenu minimum d'insertion (RMI), IGAS, Rapport n° RM2007-165P, novembre 2007

- CNAPE, FNAT, UNAF, UNAPEI, Le livre blanc sur la protection juridique des majeurs, septembre 2012
- COHET-CORDEY Frédérique (Dir.), Vulnérabilité et droit, PUG, 2000
- COLLECTIF FRANCIS LEFEBVRE, La fiducie : Mode d'emploi, Francis Lefebvre, 2007 (Dossiers pratiques)
- COLLOQUE ÉTAT ET REGULATION SOCIALE, Comment penser la cohérence de l'intervention publique ? Colloque international organisé par le CES-Matisse (CNRS UMR 8174) à l'INHA, Paris, les 11, 12 et 13 septembre 2006, [En ligne] Programme disponible sur : <https://surlemploi.wordpress.com/2006/04/28/etat-et-regulation-sociale-comment-penser-la-coherence-de-l-intervention-publique/> (consultation le 5 mai 2015)
- COMITE CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTE (CCNE), Avis n° 58 du 12 juin 1998 relatif au consentement éclairé et l'information des personnes se prêtant à des actes de soins, [En ligne] Disponible sur : <http://www.ccne-ethique.fr/fr/publications/consentement-eclairé-et-information-des-personnes-qui-se-pretent-des-actes-de-soin-ou#.VUi7Q1xpvqk> (consultation le 5 mai 2015)
- CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE, Demain la famille, 95^e congrès de notaires de France, Marseille 9 - 12 mai 1999, Paris, Création édition exposition, 2000
- CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE, Les personnes vulnérables, 102^e congrès des notaires de France, Strasbourg 21-24 mai 2006, Paris, ACNF 2006
- CONSEIL DE L'EUROPE, Comité des ministres, Principes concernant la protection juridique des majeurs incapables, Recommandation n° R(99) 4 adoptée le 23 février 1999 et exposé des motifs, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1999
- CONSEIL D'ÉTAT, Rapport public, Paris, La Documentation française, 2008
- CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL, Le surendettement des particuliers, Rapport, 2007
- COUR DE CASSATION, Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation : rapport annuel 2009, Paris, La Documentation française, 2010
- COUR DE CASSATION, Rapport annuel, Le droit de savoir, Paris, La Documentation française, 2011
- CRECHE Maryvonne, FAVIER Bruno (Dir.), L'intégration des établissements médico-sociaux dans une démarche d'évaluation est-elle un gage de prise en charge de qualité ?, EHESP, 2011
- CROGNIER Philippe, Précis d'écriture en travail social, Des ateliers d'écriture pour se former aux écrits professionnels, ESF 2011 (Actions sociales)
- CURATEUR PUBLIC DU QUEBEC, Mon mandat en cas d'inaptitude, Les Publications du Québec, 2007
- DALLOZ Marie-Christine, Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi relatif aux droits et aux devoirs des demandeurs d'emploi, juillet 2008
- DE FOUCAULD Jean-Baptiste, FROMENT Blandine *et al.*, Rapport sur le fonctionnement du dispositif de protection des majeurs, Inspection générale des finances, inspection générale des services judiciaires, Inspection générale des affaires sociales, juillet 1998
- DE ROBERTIS Cristina (Dir.) Le contrat : un outil pour le travail social, Paris, Bayard, 1993 (Travail social)
- DE ROBERTIS Cristina, Méthodologie de l'intervention en travail social, Bayard, 2007
- DEJEAN DE LA BATIE Noël, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto* en droit civil français, LGDJ, 1965
- DEL REY Angélique, La tyrannie de l'évaluation, La découverte, 2013 (Cahiers libres)
- DELAMARRE Cécile, Démence et projet de vie, Dunod, 2007 (Action sociale)
- DELARUE, Jean-Marie, Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, Rapport d'activité 2012, Dalloz, 2013
- DELMAS-GOYON Pierre, « Le juge du 21^e siècle », Un citoyen acteur, une équipe de justice, Rapport à Mme la garde des sceaux, ministre de la justice, décembre 2013

- DERATHE Robert, Jean-Jacques ROUSSEAU et la science politique de son temps, Paris, PUF, 1950 (Bibliothèque de la science politique)
- DERIOT Gérard, Rapport fait au nom de la Commission des Affaires sociales sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale, relative aux droits des malades et à la fin de vie, Paris, Sénat, 2005, n° 281
- DOUCET Christian, La qualité, PUF, 2009 (Que sais-je ?)
- DUTHEIL-WAROLIN Lydie, La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé, Thèse, Limoges, 2004
- DUVOUX Nicolas, L'autonomie des assistés : Les populations vulnérables face à l'État social, Paris, PUF, 2009 (Le lien social)
- ERBES-SEGUIN Sabine, Le contrat : usages et abus d'une notion, Malakoff, Desclée de Brouwer, 1999 (Sociologie économique)
- EVIN Claude, CHARLES Bernard, DENIS Jean-Jacques, Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé (n° 3258), Assemblée nationale, 2001
- EVIN Claude, Les droits de la personne malade, Rapport n° 1996-16 de la Section Affaires sociales du Conseil économique et social, 1996
- FENOUILLET Dominique, VAREILLES-SOMMIERES (de) Pascal (Dir.), La contractualisation de la famille, Economica, 2001
- FIAT Éric, Grandeurs et misères des hommes, Petit traité de dignité, Larousse 2010 (Philosopher)
- FONDATION DE FRANCE, Vivre ses choix, prendre des risques, jusqu'à la fin de sa vie, appel à projets, 2015
- FONTAINE Pierre, La Protection de la personne et des biens des mineurs, autorité parentale, administration légale, tutelle, assistance éducative et de certains majeurs, sauvegarde de justice, curatelle, tutelle, hospitalisation, soins, Gaz. Pal., 1995, n° 61 (numéro spécial)
- FOSSIER Thierry, BAUER Michel, GOHET Patrick, Les tutelles, accompagnement et protection juridique des majeurs, 4^e éd., Paris, ESF éditeur, 2008 (Actions sociales/référence)
- FOUCAULT Michel, Les anormaux. Cours au Collège de France, 1974-1975, Paris, Gallimard, 1999
- FRESNEL, Florence, La fiducie comme technique de protection des majeurs en difficulté / Thèse, Paris 2, 1995
- FUSTIER Paul, Le lien d'accompagnement, Entre don et contrat salarial, Dunod, Paris, 2000
- GABRIEL Anaïs, La personne de confiance dans la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades, PUAM, 2004
- GACOIN Daniel, Conduire des projets en action sociale, Dunod 2010
- GAUTHIER David, Morale et Contrat, Recherche sur les fondements de la morale (*Morals by Agreement*, 1986), Liège, Mardaga, 2000 (Philosophie et langage)
- GERARD Philippe, OST François, VANDEKERCHOVE Michel (Dir.), Droit négocié, droit imposé ? Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1996
- GIRAUD Francis, Rapport législatif n° 220, Projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, Sénat, commission mixte paritaire, 2002
- GITTARD Vanessa, Protection de la personne et catégories juridiques : Vers un nouveau concept de vulnérabilité, Université Panthéon-Assas (Paris), 2005
- GIVERDON Claude, L'Évolution du contrat de mandat, Thèse, Paris, 1947,
- GODELAIN Sandrine, La capacité dans les contrats, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, LGDJ, 2007 (Collection des thèses)
- GOHET Patrick, L'avancée en âge des personnes handicapées, Contribution à la réflexion, Rapport IGAS n° RM2013-163P, octobre 2013
- GORI Roland, ABELHAUSER Alain, La folie évaluation : Les nouvelles fabriques de la servitude, Fayard, 2011 (Essais)

- GORI Roland, *La fabrique des imposteurs, Les liens qui libèrent* éditions, 2013
- GORI Roland, LE COZ Pierre, *L'empire des coachs, Une nouvelle forme de contrôle social*, Albin Michel, 2006
- GOUNOT Emmanuel, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé ; contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Thèse, Dijon, 1912
- GRENON Aline, *Les fiducies*, Cowansville (Québec), Ed, Yvon Blais, 1997
- HAS, *Recommandation de bonne pratique, Délivrance de l'information à la personne sur son état de santé*, mai 2012
- HOBBS Thomas, *Léviathan : traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, Sirey, 1994 (Philosophie politique)
- HUGONOT-DIENER Laurence (Dir.), *Grémoire : tests et échelles de la maladie d'Alzheimer et des syndromes apparentés*, Marseille, Solal, 2008 (GRECO : groupe de réflexion sur les évaluations cognitives)
- Inspection générale des affaires sociales (IGAS), ministère de l'emploi, de la cohésion sociale et du logement, *Rapport annuel 2005 : l'intervention sociale, un travail de proximité*, La Documentation française, 2006
- Inspection générale des finances (IGF), Inspection générale des affaires sociales (IGAS), *Établissements et services pour personnes handicapées, Offres et besoins, modalités de financement*, octobre 2012
- INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARE, Lausanne, *Étude comparative sur les régimes juridiques de protection des majeurs incapables*, Bruxelles, Parlement européen
- JAMIN Christophe, MAZEAUD Denis (Dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003 (Thèmes et commentaires)
- JANVIER Roland, MATHO Yves-Alain, *Mettre en œuvre le droit des usagers dans les organisations sociales et médico-sociales*, 3^e éd., Paris, Dunod, 2004 (Action sociale)
- JESTAZ Philippe, *Les sources du droit*, Paris, Dalloz, 2005 (Connaissance du droit)
- JOULE Robert-Vincent, BEAUVOIS Jean-Léon, *La soumission librement consentie*, PUF, 2010
- JOURNEES SAVATIER, *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, 1986
- LABARTHE Françoise, *La notion de document contractuel*, Thèse, LGDJ, t. 241, Paris, 1994
- LA BOETIE (de) Étienne, *Discours de la servitude volontaire*, Bordeaux, Ed. Mille et une nuits, 2010
- LABORDE Jean-Pierre, MONEGER Françoise (Dir.), *Prestations familiales et contrôle social*, Paris, Dalloz, 1994
- LACOUR Clémence, *Vieillesse et vulnérabilité*, PUAM, 2007 (Centre Pierre Kayser)
- LAGARDE Paul, *Rapport explicatif sur la Convention Protection des adultes de 2000*, Publications de la HCCH, 2003
- LE BRAS Gabriel, *L'évolution générale du procureur en droit privé romain, Des origines au III^e siècle*, Paris, PUF, 1922
- LEGENDRE Pierre, *Les enfants du texte. Leçons 6, étude sur la fonction parentale des États*, Fayard, 1993
- LE GOFF Jean-Pierre, *La barbarie douce : la modernisation aveugle des entreprises et de l'école*, Paris, La Découverte, 2003 (Sur le vif)
- LE QUINQUIS Gurvan, *La gestion des mesures de protection juridique des personnes hébergées en établissement*, Mémoire CAFDES, ENSP, 2001
- LE TOURNEAU Philippe, *Les contrats de franchisage*, Litec, 2^e éd., 2007, n° 651
- LEFEUVRE-DARNAJOU Karine, *La pré-incapacité des majeurs vulnérables*, Thèse, Université de Rennes, 2001
- LEGER Jean-Marie, CLEMENT Jean-Pierre, WERTHEIMER Jean, *Psychiatrie du sujet âgé*, Paris, Flammarion Médecine, 1999
- LEONETTI Jean, *Rapport fait au nom de la mission d'information sur l'accompagnement de la fin de vie*, Paris, Assemblée nationale, 2004, n° 1708

- LEPAULLE Pierre, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, droit fiscal et en droit international privé*, 1932, Rousseau
- LEQUETTE Suzanne, *Le contrat-coopération : contribution à la théorie générale du contrat*, *Economica*, 2012 (Recherches juridiques)
- LEWKOWICZ Grégory, XIFARAS Mikhaïl (Dir.), *Repenser le contrat*, Dalloz, 2009 (Méthode du droit)
- LOUBAT Jean-René, *Élaborer son projet d'établissement social ou médico-social*, Dunod, 2012
- LUISIN-PAGNOD Élisabeth, SOULARD-PECHBERTY Monique, DURIEZ Frédéric, *Protéger les personnes vulnérables*, L'Harmattan, 2014
- MALHERBE Paskall, *Les majeurs protégés en France, Dénombrement, caractéristiques et dynamique d'une sous-population méconnue*, Thèse Université Montesquieu Bordeaux IV, 2012
- MARGUENAUD Jean-Pierre, PLAZY Jean-Marie, ROETS Damien, *Les majeurs protégés, parties au procès pénal*, Mission de recherche Droit et Justice, 2004
- MARTEL David, *Le rapport d'obligation dans une communauté de personnes*, IRJS Éditions, 2012
- MARTIN Daniel, FUSULIER Bernard, *L'emprise de l'État social actif sur l'aide en milieu ouvert ? Une homologie des référentiels !*, Presses universitaires de Louvain, 2008 (Cahiers de la FOPES, n°32)
- MARTINON Arnaud, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, Dalloz, 2005 (Nouvelle Bibliothèque de Thèses)
- MASSIP Jacques, *Les incapacités*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 2002
- MASSIP Jacques, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, 2^e éd., Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 2009
- MATHO Yves, JANVIER Roland, *Mettre en œuvre les droits des usagers*, Dunod, 2004
- MAURIN Lucien, *Contrats et droits fondamentaux*, Thèse, Aix-Marseille, 2011
- MEDIATEUR DE LA REPUBLIQUE, *Rapport de la mission sur la maltraitance financière à l'égard des personnes âgées dans les établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux*, février 2011
- MICHAUD Yves (Dir.), *Qu'est-ce que l'humain ?*, Université de tous les savoirs, Paris, O, Jacob, 2000
- MINISTERE DE LA JUSTICE, Direction des affaires civiles et du Sceau, *Projet de réforme du droit des contrats*, juillet 2008
- MOLINIER Pascale, LAUGIER Sandra, PAPERMAN Patricia, *Qu'est ce que le *care* ? Souci des autres, sensibilité, responsabilité*, Ed. Payot et Rivages, 2009 (Petite bibliothèque Payot)
- MONTANIER Jean-Claude, *Le contrat*, 4^e éd., PUG, 2005
- MUNOZ-PEREZ Francisco, *La population des majeurs protégés en France, Projections à l'horizon 2005 et 2010*, Rapport au Ministère de l'emploi et de la solidarité, mars 2000
- NUSS Marcel, *Propositions pour un accompagnement plus humanisé et humanisant et une formation plus adaptée*, Ministère de la sécurité sociale, des personnes âgées, des personnes handicapées et de la famille, juin 2006
- OMS, *Alzheimer's Disease International, Dementia : a public health priority*, 2012
- OSTERMANN Joseph, *Rapport général n° 73 (2003-2004)*, fait au nom de la commission des finances, 20 novembre 2003
- PAUL Maela, *L'accompagnement : une posture professionnelle spécifique*, L'Harmattan, 2004
- PENNEAU Anne, *Règles de l'art et normes techniques*, Thèse, LGDJ, 1989
- PERRIAULT Jacques, *La logique de l'usage : Essai sur les machines à communiquer*, Flammarion, 1992 (Documents)
- PETEL Philippe, *Le contrat de mandat*, Paris, Dalloz, 1994 (Connaissance du droit)
- PHILIPPE Xavier, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Paris, *Economica*, 1990 (Science et droit administratifs)
- PIGACHE Christian (Dir.), *Les évolutions du droit, contractualisation et procéduralisation*, Universités d'été 2001 et 2002 du barreau de Rouen, Publications des universités de Rouen et du Havre, 2004
- PIMONT Sébastien, *L'économie du contrat*, Thèse, Poitiers, PUAM, 2004

- PLAZY Jean-Marie, La personne de l'incapable, Thèse sous la direction de M. Jean Hauser, 1998
- REVET Thierry (Dir.), L'ordre public à la fin du XXe siècle, Paris, Dalloz, 1996 (Thèmes et commentaires)
- RICHEMONT (de) Henri, Réforme de la protection juridique des majeurs, Rapport à la commission des lois du Sénat, Doc, Sénat, 2006, n° 212
- RINGLER Maurice, L'enfant différent : accepter un enfant handicapé, 2^e éd., Paris, Dunod, 2001 (Enfances, l'Enfant handicapé)
- RIPERT Georges, La règle morale dans les obligations civiles, Paris, LGDJ, 1949
- RIPERT Georges, Le régime démocratique et le droit civil moderne, Paris, LGDJ, 1936
- ROCHFELD Judith, Cause et type de contrat, Paris, LGDJ, 1999 (BDP n° 311)
- ROCHFELD Judith, Les grandes notions du droit privé, PUF, 2011 (Thémis)
- ROUHETTE Georges, Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, Thèse Paris, 1965
- SANCHEZ DE LOZADA Louis, Trusts exprès privés anglo-américains, fidéicommiss latino-américains et la fiducie française, Thèse, Panthéon-Assas, 2012
- SASSIER Monique, FOSSIER Thierry, NOGUES Henry, BROVELLI Gérard (Dir.), L'Avenir des tutelles : Analyses, fondements et prospectives, Paris, Dunod, 2000 (Action sociale)
- SAUSSE Simone, Le Miroir brisé, Calmann-Lévy, 1996
- SAVATIER René, Métamorphoses économiques et sociales du droit civil, 1^{re} série, 3^e éd., Dalloz, 1959
- SAYAG Alain, Essai sur le besoin créateur de droit, Paris, LGDJ, 1969 (BDP, n° 94)
- SEN Amartya, Un nouveau modèle économique. Développement, justice, liberté, O. Jacob, 2000
- SEN Amartya, Repenser l'inégalité, Seuil, 2000
- SENAT, Service des études juridiques, La protection juridique des majeurs, étude de législation comparée, Paris, Sénat, 2005, n° 148, [En ligne] Disponible sur : <http://www.senat.fr/lc/lc148/lc148.pdf> (consultation le 5 mai 2015)
- SICARD Didier, Penser solidairement la fin de vie, Rapport au président de la République française, 18 décembre 2012
- SUPIOT Alain, Homo juridicus : essai sur la fonction anthropologique du droit, Paris, Le Seuil, 2005 (La couleur des idées)
- TALARICO Laure, La personne du majeur protégé, Thèse, Lyon 3, 2008
- TERRE François (Dir.), Pour une réforme du droit des contrats : réflexions et propositions d'un groupe de travail, Paris, Dalloz, 2009
- TOURAINE Marisol, ROSSIGNOL Laurence, FIORASO Geneviève, Plan gouvernemental maladies neuro-dégénératives 2014-2019, [En ligne] Disponible sur : http://www.social-sante.gouv.fr/IMG/pdf/Plan_maladies_neuro_degeneratives_def.pdf (consultation le 5 mai 2015)
- VALENTIN Vincent, Les conceptions néo-libérales du droit, Paris, Economica, 2002 (Corpus, Série Essais)
- VANDERLINDEN Jacques, Histoire de la common law, Bruylant, 1996
- VERCAUTEREN Richard, HERVY Bernard, SCHAFF Jean-Luc, Le projet de vie personnalisé des personnes âgées : Enjeux et méthode, Erès, 2008 (Pratiques gérontologiques)
- VESCOVALI Noëlle, En quoi la procédure collégiale de prise de décision de fin de vie en soins palliatifs sur les lieux de vie des malades est-elle une démarche pertinente ? Mémoire, Master recherche en éthique médicale, Université René Descartes, Paris V, 2008
- VIARD Audrey (Dir.), La loi de rénovation de l'action sociale au quotidien, L'Harmattan, 2005
- VIRASSAMY Gérard, Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique, Thèse, Paris, LGDJ, 1986
- VIRIOT DURANDAL Jean-Philippe, Le pouvoir gris : sociologie des groupes de pression de retraités, Paris, Presses universitaires de France, 2003 (Le Lien social)

- VOISIN Joëlle, ANGHELOU Daniel, La réforme de la protection juridique des majeurs : rapport définitif du groupe de travail sur l'évaluation médico-sociale, Paris, rapport public du Ministère de la santé, de la famille et des personnes handicapées, 2003

ARTICLES, CHRONIQUES ET NOTES DE JURISPRUDENCE

- ALFANDARI Élie, Le contrat dans le secteur social et médico-social, *RDSS*, 2012, 595
- ALT-MAES Françoise, La contractualisation du droit pénal. Mythe ou réalité ?, *RSC*, 2002, 501
- ALVIN Patrick, L'adolescent et sa « *compliance* » au traitement, *Enfances & Psy*, 2004/1, n° 25, p. 46
- AMADO Gilles, Le coaching ou le retour de Narcisse ?, *Connexions*, 2004/1 n° 81, p. 43
- AMEISEN Jean-Claude, Observations du Comité consultatif national d'éthique, *RFDA*, 2014, 676
- ANCEL Pascal, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, *RTD civ.*, 1999, 771
- ARDOINO Jacques, Pédagogie de projet ou projet éducatif, *Pour*, n° 94, 1984
- ARHAB-GIRARDIN Farida, La décision médicale du majeur protégé : une articulation complexe des dispositions du Code de santé publique avec la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, *RDSS*, 2009, 875
- ARISTON BARION PERES Ana Paula, FOSSIER Thierry, Vulnérabilité ou affaiblissement : quel statut civil pour la personne âgée ? Les exemples français et brésilien, *Dr. Famille*, 2005, étude n° 20
- ATIAS Christian, Le mythe de l'adaptation du fait au droit, *D.*, 1977, 251
- AYNES Laurent, La réforme du droit des sûretés par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, *D.*, 2006, 1289
- BADEL Maryse, La participation de l'utilisateur, *RDSS*, 2004, 804
- BADEL Maryse, Les relations entre la puissance publique, les associations prestataires de services et les usagers des services sociaux, *RAJS-JDJ*, n° 236, 2004, p. 24
- BAILLON-WIRTZ Nathalie, Le mandat de protection future, *JCP N*, 2007, 1140
- BARRET Philippe, L'éducation civique, une tâche impossible ??, *Médium*, 4/ 2005, n° 5, p. 90
- BARRIERE François, Fiducie, *Rép. civ. Dalloz*
- BARRIERE François, La fiducie : brèves observations sur sa refonte et sa retouche par la loi de modernisation de l'économie, *JCP E*, n° 35, 2008, act. 385
- BARRIERE-BROUSSE Isabelle, La vie de couple du majeur protégé, *RLDC*, 2011, n° 83, p. 74
- BARRIERE-BROUSSE Isabelle, Le nouveau droit international privé des incapacités et la loi du 5 mars 2007, *Dr. Famille*, 2009, n° 2, étude 14
- BARTHOLOME Christophe, VRANCKEN Didier, L'accompagnement : un concept au cœur de l'État social actif. Le cas des pratiques d'accompagnement des personnes handicapées. *Pensée plurielle*, n° 10, 2005, p. 85
- BASCO Louis, COTE Fabienne, Pour une pédagogie de l'accompagnement, *RDSS*, 2012, 1026
- BATIFFOL Henri, La « crise du contrat » et sa portée, *Arch. phil. dr.*, 1968, p. 13
- BATTEUR Annick, La carence de l'autorité parentale, *RLDC*, 2008, n° 51, sup. 63
- BATTEUR Annick, Recherche d'une articulation entre le Code de la santé publique et le Code civil : un défi à relever en faveur des personnes vulnérables, *Dr. Famille*, n° 2, février 2011, dossier 5
- BATTEUR Annick, Synthèse et perspectives d'évolution de la profession de mandataire judiciaire à la protection des majeurs, *Dr. Famille*, n° 12, décembre 2012, dossier 17
- BATTEUR Annick, Contrat et mesures de protection, *JCP N*, 2008, n° 36, p. 1275
- BAUDRANT-BOGA Magalie, LEHMANN Audrey, ALLENET Benoît, Penser autrement l'observance médicamenteuse : d'une posture injonctive à une alliance thérapeutique entre le patient et le soignant. Concepts et déterminants ?, *Annales Pharmaceutiques Françaises*, 2012, 70. 15
- BAUER Michel Réforme de la protection des majeurs : les nouveaux professionnels, *AJ Famille*, 2009, 61

- BEIGNIER Bernard, La famille entre autorité parentale et autorité de l'État, *Dr. Famille*, mars 2006, p. 1
- BELL John, L'incidence du changement de circonstances. Rapport anglais, in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, LGDJ, 1987 (Bibliothèque de Droit Privé, t. 196), p. 233.
- BELLEY Jean-Guy, Sans foi ni loi : l'indépendance contractuelle, in *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003, p. 203
- BEN ABDALLAH Abderrahmane, Le document individuel de prise en charge : du contractuel à l'unilatéral, *RDSS*, 2012, 18
- BERNARD Alain, Le patrimoine de l'incapable majeur : une petite histoire, *JCP N*, 1999, p. 826
- BERRY Elsa, L'exemple du mandat de protection future, in Benjamin REMY (Dir.), *Le mandat en question*, Bruylant, 2013, p. 155
- BERTHIAU Denis, La personne de confiance : la dérive d'une institution conçue pour de bonnes raisons. Tentative d'explication d'un insuccès, *Médecine et Droit*, 2008, p. 38
- BIGOT Jean, Les droits de l'enfant : la vision du Conseil de l'Europe, *LPA*, 9 mars 2012 n° 50, p. 21
- BINGEN Aline, LEBRUN Mickaël, La contractualisation des rapports sociaux à l'épreuve de la subjectivité, in *Congrès 2007. Deuxième Congrès international des formateurs en travail social et des professionnels francophones de l'intervention sociale*, Namur, Belgique, du 3 au 7 juillet 2007 [En ligne]. Disponible sur : http://www.aifris.org/IMG/pdf/Bingen_Lebrun.pdf (consultation le 5 mai 2015)
- BIOY Antoine, BACHELART Maximilien, L'alliance thérapeutique : historique, recherches et perspectives cliniques, *Perspectives Psy*, 2010/4 vol. 49, p. 317
- BIRNBAUM Pierre, Sur la citoyenneté, *L'année sociologique*, 1/1996 (46), p. 57
- BLANLUET Gauthier, La fiducie, une œuvre inachevée. Un appel à une réforme après la loi du 19 février 2007, *JCP G*, 2007, n° 27, I, 169
- BLATMAN Michel, Regards sur l'état de santé au travail et la prévention des risques, *Dr. soc.*, 2005, 960
- BOLTANSKI Luc, Les changements actuels du capitalisme et la culture du projet, *Cosmopolitiques*, n° 22, 12 juin 2006
- BORGETTO Michel, CHAUVIERE Michel, FROTIEE Brigitte *et al.*, Les débats sur l'accès aux droits sociaux entre lutte contre les exclusions et modernisation administrative, *Dossier d'études de la CNAF*, n° 60, septembre 2004
- BORGETTO Michel, La portée juridique de la notion d'accompagnement, *RDSS*, 2012, 1029
- BORGETTO Michel, La réforme du système d'indemnisation du chômage : vers un retour en force de la logique d'assistance ?, *Dr. soc.*, 2001, 355
- BORGETTO Michel, L'articulation des droits et des devoirs dans le champ de la protection sociale, *RDSS*, 2009, 5
- BOSQUET Antoine, MEDJKANE Amar, VINCENEUX Philippe *et al.*, Le vote des sujets ayant des altérations des fonctions cognitives : aspects législatifs et éthiques, *Psychol. NeuroPsychiatr. Vieil.*, vol. 8, n° 1, mars 2010
- BOULANGER David, Droit patrimonial du couple et contractualisation, *LPA*, 20 décembre 2007, n° 254, p. 34
- BOUMAZA Assia, FOSSIER Thierry, Le curateur à la personne et la Commission départementale des hospitalisations psychiatriques : des institutions à parfaire, *Gaz. Pal.*, 18 janvier 2005 n° 18, p. 2
- BOYER Louis, Contrats et conventions, *Rép. civ. Dalloz*
- BRENNER Claude, Acte, actes-conditions, *Rép. civ. Dalloz*
- BRENNER Claude, Acte juridique, *Rép. civ. Dalloz*
- BRIZAIS Reynald, Une loi qui fait parler ou un comment-taire ?, *RAJS-JDJ*, n° 226, 2003, 34
- BROUSSEAU Éric, La sanction adéquate en matière contractuelle : Une analyse économique, *LPA*, 19 mai 2005, n° 99, p. 43
- BROUSSOLLE Denis, L'aide à la mort. À qui de dire le droit ?, *JCP G*, 2014, 552
- BROUSSOLLE Yves, De la formation professionnelle continue de certaines professions judiciaires ou juridiques réglementées, *LPA*, 6 mars 2012, n° 47, p. 3

- BRUTEL Chantal, Projections de population à l'horizon 2050, un vieillissement inéluctable, *Insee Première*, n° 762, mars 2001
- BULGHERESI-DESCUILHES Delphine, Cour de cassation, colloque du 18 mars 2010, La protection des majeurs vulnérables : premier bilan de la réforme des tutelles. Table ronde : L'évolution des professions chargées de la protection des majeurs vulnérables, *LPA*, 4 novembre 2010
- BURGE Alfons, Le Code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral, *RTD civ.*, 2000, 1
- BUTRUILLE-CARDEW Charlotte, Le droit de la famille collaboratif (Collaborative Law), *AJ Famille*, 2007, 29
- CABRILLAC Rémy, Le projet de réforme du droit des contrats, Premières impressions, *JCP*, 2008, I, 190
- CARBONNIER Jean, Le droit administratif du droit civil, *Revue Historique de Droit français et étranger*, 1974, n° 4, p. 758
- CARON Christophe, Les droits de la personnalité de l'incapable : pour ou contre la représentation ?, *D.*, 2001, 2077
- CARON-DEGLISE Anne, La Cour de cassation valide la mise à l'écart d'un mandat de protection future, ou comment concilier protections judiciaires et conventionnelle des majeurs vulnérables ?, *RJPF*, 2011, n° 4, p. 11
- CARON-DEGLISE Anne, État des lieux de la protection des majeurs en France. Des principes à la réalité, *Informations sociales*, 2007/2, n° 138, p. 48
- CARON-DEGLISE Anne, Un nouveau cadre pour la protection des majeurs, *RJPF*, 2009, n° 1, p. 8 (1^{re} partie), *RJPF*, 2009, n° 2, p. 8 (2^e partie)
- CASEY Jérôme, Quel avenir pour le mandat de protection future ?, *Gaz. Pal.*, 2011, n° 224-225, p. 7
- CASEY Jérôme, Requête présentée sans certificat médical du fait du majeur : irrémédiable irrecevabilité..., *RJPF*, 2011, p. 24
- CASEY Jérôme, COMBRET Jacques, Le mandat de protection future, *RJPF*, 2007, n° 7, p. 8
- CASTEL Robert, Garder la référence au droit, *Lien social*, n° 1000-1001, janvier 2011, p. 11
- CASTEL Robert, De l'indigence à l'exclusion, la désaffiliation. Précarité du travail et vulnérabilité relationnelle, in Jacques DONZELOT (Dir.), *Face à l'exclusion. Le modèle français*, Paris, Esprit, 1991
- CEDRAS Jean, Liberté-Égalité-Contrat. Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation, in COUR DE CASSATION, *Rapport annuel 2003*, p. 186.
- CERMOLACCE Arnaud, La disparition de la cause entraîne la caducité de l'engagement, *RLDC*, 2009/57
- CHANTEPIE Gaël, De la nature contractuelle des contrats-types, *RDC*, 2009/3, 1233
- CHAPON-CROUZET Nathalie, De la maltraitance à la bienveillance institutionnelle, *Empan*, 2006/2 n° 62, p. 122
- CHARBONNEAU Cyrille, PANSIER Frédéric-Jérôme, Présentation du Titre II relatif à la démocratie sanitaire, *Gaz. Pal.*, 2002, n° 124, p. 4.
- CHARRAS Kévin, FREMONTIER Michèle, L'accompagnement de nuit en unité spécifique, *Soins gérontologie*, septembre-octobre 2012
- CHASSAGNARD-PINET Sandrine, Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel. Contrat et CEDH, in *Libre droit, Mélanges Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 225
- CHAUVIERE Michel, Les solidarités familiales comme espace de tensions entre droits et devoirs, *RDS*, 2009, 53
- CHAUVIRE Jean, Les demandeurs d'emploi indemnisés et le PARE, *D.*, 2007, 988
- CHAZAL Jean-Pascal, Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique, *Archives de Philosophie du Droit*, 2001, vol. 45, p. 303
- CHIARINY-DAUDET Anne-Catherine, Les nouvelles représentations de la volonté en droit de la famille, *LPA*, 2007, n° 238, p. 6
- CIMAR Laurence, Considérations juridiques sur l'expression de la volonté en fin de vie, *Médecine et Droit*, 2012, n° 115, p. 104

- CLARET Hélène, L'illettré et l'acte juridique, l'impossible adéquation ?, *RRJ*, 2002, n° 4, p. 1777
- COHET-CORDEY Frédérique, La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français, *RTD civ.*, 1996, 819
- COMPTE Roy, De l'acceptation à la reconnaissance de la personne handicapée en France : un long et difficile processus d'intégration, *Empan*, 2/2008, n° 70, p. 115
- CORFIAS Théodore, L'espérance de vie, *RGDA*, 2008, n° 2008-04, p. 895
- CORPART Isabelle, Achat d'un véhicule sans permis et recherche de l'intérêt d'une personne en curatelle pour défaut d'acuité visuelle, *LPA*, 14 juin 2013, n° 119, p. 23
- CORPART Isabelle, Valse-hésitation entre les médecins et les juges face à l'interruption des suppléances vitales, *RJPF*, n° 3, mars 2014
- COULET Cyril, Les dispositifs d'activation de la politique suédoise de l'emploi dans une perspective historique, *Travail et Emploi*, 2007/112, p. 63
- COULOMBEL Pierre, La tutelle aux allocations familiales, *Dr. soc.*, 1951, p. 121
- COUPECHOUX Patrick, Folie : comme toujours, l'enfermement, *Les Nouvelles d'Archimède, Revue culturelle de l'Université Lille 1*, n° 60, 2012
- COUTURIER Mathias, La réforme des soins psychiatriques sans consentement : de la psychiatrie disciplinaire à la psychiatrie de contrôle, *RDSS*, 2012, 97
- COUTURIER Mathias, Le mandataire judiciaire à la protection des majeurs exerce-t-il une profession réglementée ?, *Dr. Famille*, n° 12, 2012, dossier 16
- COUZIGOU-SUHAS Nathalie, LE LEVIER Yann, Le mandat de protection future, *Deffrénois*, 2006, p. 633
- COUZIGOU-SUHAS Nathalie, LE LEVIER Yann, Les figures libres d'assistance, c'est un vent de liberté qui souffle sur la protection de la personne vulnérable, *LPA*, 2006, n° 94, p. 28
- CRISTAU Antoine, L'exigence de sécurité juridique, *D.*, 2002, p. 2814
- CRISTOL Danièle, Le droit à la participation dans les lois des 2 janvier et 4 mars 2002, *RDSS*, 2012, 453
- DADOIT Michaël, De nouveaux outils de prévoyance : mandat de protection future et mandat posthume, *Option Finance*, 2009, n° 1012, p. 37
- DAL PALU Bruno, Une personne âgée dépendante reste un sujet désirant, *Projet*, n° 1/2012, n° 326, p. 43
- DANE Carole, L'empowerment, un concept pour la France ?, *Vie sociale*, 2007/2 n° 2, p. 59
- DAVID Anne-Marie, À quand une véritable harmonisation de la profession de mandataire judiciaire à la protection des majeurs ?, *AJ Famille*, 2011, p. 191
- DAVID Anne-Marie, Création d'un ordre professionnel des mandataires judiciaires à la protection des majeurs, *D.*, 2011, 2920
- DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé, *RTD civ.*, 2001, 529
- DELEBECQUE Philippe, La responsabilité du fiduciaire, *Dr. Patr.*, n° 186, novembre 2009, p. 42
- DELFOSSE Alain, BAILLON-WIRTZ Nathalie, Le mandat de protection future, *D.*, 2007, p. 2224
- DELFOSSE Alain, BAILLON-WIRTZ Nathalie, Le mandat de protection future, *JCP G*, 2007, I, 147, p. 13
- DELFOSSE Alain, BAILLON-WIRTZ Nathalie, Le mandat de protection future, *JCP N*, 2007, étude 1140, p. 16
- DELMAS SAINT-HILAIRE Philippe, Placement d'une personne sous le régime de la curatelle renforcée, *D.*, 2002, p. 2161
- DELZESCAUX Sabine, BLONDEL Frédéric, L'approche contextualiste et historiciste dans les processus d'évaluation internes au champ médico-social, *Nouvelle revue de psychosociologie*, 2009/2 n° 8, p. 151
- DENIER Jean-Louis, Le coaching aujourd'hui : entre mode, mainmise et manipulation, *Les cahiers du DRH*, 2006
- DESHAYES Olivier, La norme technique, les règles de l'art et la garantie décennale, *RDC*, 2011/3, p. 845
- DEVERS Alain, Requiem pour la fraude à la loi, *Dr. et Patr.*, 2014, n° 236

- DEVERS Gilles, Une approche des droits des patients, le point de vue de l'avocat, *Droit Déontologie & Soins*, n° 9, 2009, p. 500
- DIDRY Claude, Emmanuel Lévy et le contrat, la sociologie dans le droit des obligations, *Droit et société*, 2004/1, n° 56-57, p. 151. [En ligne] Disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-droit-et-societe-2004-1-page-151.htm> (consultation le 5 mai 2015)
- DIET Emmanuel, L'homme procédural. De la perversion sociale à la désobjectivation aliénante, *Connexions*, 2003, n° 79, 1, p. 11
- DIJOUX Ruth, L'autonomie en droit de la protection des majeurs : critiques pratiques, *LPA*, 16 décembre 2011, n° 250, p. 4
- DIRECTION DE LA RECHERCHE DES ÉTUDES DE L'ÉVALUATION ET DES STATISTIQUES (DREES), *Études et résultats*, n° 390, avril 2005
- DISSAUX Nicolas, Le droit : une comédie humaine, *RTD civ.*, 2011, 287
- DONIER Virginie, Les droits de l'usager et ceux du citoyen, *RFDA*, 2008, 13
- DONZELOT Jacques, DJAZIRI Yacine, WYVEKENS Anne, Banlieues et quartiers populaires. Remettre les gens en mouvement, *Terra Nova*, contribution n° 27, 2012
- DOUCHY-LOUDOT Mélina, Les mandats judiciaires, *Deffrénois*, 2009, article 38881, p. 132
- DREIFUSS-NETTER Frédéric, L'agrément des associations, *RDSS*, 2007, 766
- DREYER Emmanuel, Les mutations du concept de dignité, *RRJ*, 2005-1, 19
- DUCHESNAY Claude, Le mandat de protection est-il une panacée ?, *Le journal du Barreau (Québec)*, vol. 33, n° 7, 15 avril 2001. [En ligne] Disponible sur : <http://www.barreau.qc.ca/pdf/journal/vol33/no7/protection.html> (consultation le 5 mai 2015)
- DUGUET Anne-Marie, BOUCLY Géraldine, BRAVO Gina, Le cadre légal du consentement à la recherche dans la maladie d'Alzheimer : comparaison Québec/France et nouvelles dispositions de la loi française, *Gérontologie et société*, 2005/4, n° 115, p. 229
- DUPICHOT Philippe, La fiducie-sûreté en pleine lumière, À propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009, *JCP G*, 2009, I, 132
- DUPRE DE BOULOIS Xavier, La QPC comme supermarché des droits fondamentaux ou les dérives du contentieux objectif des droits, *Revue des droits et libertés fondamentaux*, n° 2014-2, 13 janvier 2014
- DURAND Michel, La dimension incertaine du projet dans le processus de modernisation des politiques sociales, *Empan*, 2002, n° 45, p. 25
- DUTOIT Martine, DEUTSCH Claude, *L'advocacy*, au service de la dignité de la personne, La citoyenneté des usagers en santé mentale, *Empan*, 2006/4, n° 64, p. 97
- DUVOUX Nicolas, Le RMI et les dérives de la contractualisation, in PAUGAM Serge, *Repenser la solidarité : L'apport des sciences sociales*, Paris : PUF, 2007 (Le Lien social)
- DUVOUX Nicolas, Les assistés peuvent-ils être autonomes ? Sociologie compréhensive des politiques d'insertion, *Lien social et Politiques*, n° 61, 2009
- DUVOUX NICOLAS, Le contrat et les scènes de la disqualification, in PAYET Jean-Paul, GIULIANI Frédérique, LAFORGUE Denis (Dir.), *La voix des acteurs faibles : de l'indignité à la reconnaissance : journées d'études, Genève, 12 et 13 octobre 2006*, Rennes : Presses universitaires de Rennes, 2008 (Le sens social)
- ENCINAS DE MUNAGORRI Rafael, Le contrat individuel parmi les sources du droit : le cas de l'indemnisation des chômeurs, note sous TGI Marseille, 15 avril 2004, *RTD civ.*, 2004, 594
- ESPER Claudine, La personne de confiance, *Gaz. Pal.*, 2002, n° 351, p. 13
- EUILLET Alexandra, L'utilité sociale : une notion dérivée de celle d'intérêt général, *RDSS*, 2002, 207
- EVERAERT-DUMONT Dominique, Les droits des usagers des établissements et services sociaux et médico-sociaux : quelle évolution ? *Dr. soc.*, 2005, 311
- FFSA, Les assureurs appelés à jouer un rôle majeur face au vieillissement de la population, *Assurer*, n° 117, 11 juin 2008, p. 1
- FFSA, Les Français favorables à une prise en charge individuelle de la dépendance, *Assurer*, n° 117, 11 juin 2008, p. 2

- FABRE-MAGNAN Muriel, La dignité en Droit : un axiome, *RIEJ*, 2007, vol. 58, p. 1
- FAVIER Yann, Les mesures d'accompagnement des personnes vulnérables : nouvelles « tutelles sociales » ?, *Dr. et Patr.*, n° 180, avril 2009, p. 101
- FENOUILLET Dominique, Le mandat de protection future ou la double illusion, *Defrénois*, 2009, article 38882, p. 142
- FENOUILLET Dominique, Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat, *RDC*, 2009 n° 1, p. 279
- FEUDO Josiane, HEDDOUCHE Malika, Vous avez dit contention ?, in Marcel SASSOLAS, *Conflits et conflictualité dans le soin psychique*, ERES, 2008, p. 163
- FILIPPI Marie, Au-delà de l'autonomie, l'empowerment, *Le sociographe*, 2013/5, hors-série 6, p. 193
- FLOUR Yvonne, Sommes-nous propriétaires de notre santé ?, *Gaz. Pal.*, 2002, n° 289, p. 47
- FORGEARD Marie-Cécile, LEVILLAIN Nathalie, Mandat de protection future et pratique notariale, *Defrénois*, 2008, art. 38730, p. 529 (analyse) et art. 38737, p. 640 (formules)
- FOSSIER Thierry, VERHEYDE Thierry, Réforme des tutelles : la protection de la personne, *AJ Famille*, 2007, p. 160
- FOSSIER Thierry, BAUER Michel, L'utilisation des prestations sociales : contrôle ou assistance ?, *RDSS*, 1994, 657
- FOSSIER Thierry, Droits de la défense et personnes vulnérables, *RSC*, 1998, 57
- FOSSIER Thierry, La procédure de placement sous tutelle est soumise aux exigences de la Convention EDH, *Dr. Famille*, n° 5, mai 2005, comm. 123
- FOSSIER Thierry, La réforme de la protection des majeurs. Guide de lecture de la loi du 5 mars 2007, *JCP G*, 2007, I, 118
- FOSSIER Thierry, Les recours contre les autorisations judiciaires d'actes de disposition, *Dr. Famille*, 2007, n° 3, comm. 71
- FOSSIER Thierry, PECAUT-RIVOLIER Laurence, VERHEYDE Thierry, Réforme des tutelles : la mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ) et les mesures administratives d'accompagnement social personnalisé (MASP), *AJ Famille*, 2007, 175
- FOSSIER Thierry, Peut-on légiférer sur la vulnérabilité ?, *Dr. Famille*, 2011, n° 2, février 2011, dossier 2
- FOSSIER Thierry, Le mandat de protection future sous seing privé, deuxième décret d'application de la réforme de la protection des majeurs, *Dr. Famille*, 2008, étude 2
- FOSSIER Thierry, L'objectif de la réforme du droit des incapacités : protéger sans jamais diminuer, *Defrénois*, 2005, n° 1, p. 3
- FOSSIER Thierry, Protection juridique des mineurs et des majeurs. À propos du décret du 5 décembre 2008 modifiant le Code de procédure civile, *JCP G*, 2008, n° 51, p. 3
- FRESNEL Florence, La fiducie et les personnes vulnérables, *RJPF*, 2005, 4/54
- FRESNEL Florence, La notion d'urgence en droit de la protection des incapables, des majeurs protégés et des mineurs, *Gaz. Pal.*, 30 janvier 2010, n° 30, p. 21
- FRESNEL Florence, La personne de confiance et l'incapable, *Revue hospitalière de France*, 2002, n° 488, p. 62
- FRISON-ROCHE Marie-Anne, Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats, *RTD civ.*, 1995, 573
- FULCHIRON Hugues, La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ?, *D.*, 2014, 153
- FULCHIRON Hugues, Vers un divorce sans juge ?, *D.*, 2008, 365
- FULCHIRON Hugues, Le notaire et l'exécution du mandat de protection future, *Defrénois*, 2009, n° 2, p. 178
- GABORIAU Simone, Déjudiciarisation et administration de la justice, Promouvoir la « juridiversité », *LPA*, 14 juin 2012, n° 119, p. 3

- GAILLARD Georges, PINEL Jean-Pierre, L'analyse de la pratique en institution : un soutien à la professionnalité dans un contexte d'emprise gestionnaire, *Nouvelle revue de psychosociologie*, 2011/1 n° 11, p. 85
- GALLOIS Julie, La volonté du majeur protégé évincée par le juge au nom de son intérêt, *RLDC*, 2011 n° 80, p. 42
- GARCIA Fanny, Les incapables, in Nicolas DISSAUX (Dir.), *Balzac romancier du droit*, LexisNexis, 2012, p. 147
- GARONNAIRE Jean-Éric, PICOT Florent, Regard notarial sur la mesure d'accompagnement social et la mesure d'accompagnement judiciaire, *Dr. et Patr.*, 2008, n° 169, p. 42
- GATTI Laurence, De l'efficacité de la désignation volontaire du protecteur, *LPA*, 2011, n° 34, p. 10
- GATTI Laurence, Être vulnérable et ne pas être protégé, une application de l'adage *idem est non esse et non probari*, *LPA*, 2011, n° 172, p. 14
- GATTI Laurence, L'expérience du mandataire judiciaire à la protection des majeurs, *Revue générale de droit médical*, n° 50, mars 2014, p. 87
- GENTILI Marc, DELEUZE Arnaud, Tatouage et anesthésie, *Le Praticien en Anesthésie Réanimation*, septembre 2007, vol. 11, p. 313
- GHESTIN Jacques, La notion de contrat, *D.*, 1990, p. 147
- GHESTIN Jacques, Normalisation et contrat, in *Le droit des normes professionnelles et techniques*, Bruylant, 1985, p. 485
- GHESTIN Jacques, Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers, *RTD civ.*, 1994, p. 777
- GHESTIN Jacques, L'utile et le juste dans les contrats, *D.*, 1982, chronique, p. 1
- GIGNON Maxime, MANAOUIL Cécile, JARDE Olivier, La personne de confiance est-elle un témoin fiable en cas de possibilité de prélèvement d'organes sur personne décédée en vue d'un don ?, *Annales françaises d'anesthésie et de réanimation*, 2008, n° 27, p. 825
- GLAUDET Philippe, Le droit civil face à l'irrésistible ascension des droits de l'homme, *LPA*, 31 mars 2004, n° 65, p. 3
- GOBIN Alain, De l'utilisation de la fiducie dans la transmission du patrimoine professionnel, *LPA*, 1991, n° 49, p. 32
- GOBIN Alain, Fiducies sans fiducie, *JCP N*, 1994, p. 315
- GORI Roland, Les scribes de nos nouvelles servitudes, *Cités*, 2009/1, n°37, p. 192
- GRATADOUR Céline, MANSUY Michèle, Sous-traiter l'accompagnement des chômeurs : éléments d'évaluation, *Travail et Emploi*, n° 112, 2007, p. 21
- GRIDEL Jean-Pierre, L'acte éminemment personnel et la volonté propre du majeur en tutelle, in COUR DE CASSATION, *Rapport année 2000*
- GRILLET-PONTON Dominique, Nouveau regard sur la vivacité de l'innommé en matière contractuelle, *D.*, 2000, 331
- GRIMALDI Michel, DAMMANN Reinhard, La fiducie sur ordonnances, *D.*, 2009, 670
- GRIMALDI Michel, Réflexion sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre, *Deffrénois*, 1991, art. 35094
- GROSCLAUDE Laurent, Bref (et libre) propos sur la loi du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, *Dr. Famille*, 2007, 7
- GROUILLE Dominique, BOURZEIX Jean-Vincent, TERRIER Gérard, Directives anticipées et personne de confiance non formalisées par écrit : à propos d'un problème éthique posé dans le cadre de l'urgence, *INFOKara*, 2007/1, vol. 22, p. 27
- GRYNBAUM Luc, Doctrine américaine contemporaine : le droit des contrats partagé entre l'empire de l'économie et l'aspiration à la justice sociale, *RDC*, 2008/4, p. 1383
- GUENZOU Youssef, Entente et contrat : le trouble notionnel, *RTD civ.*, 2006, 273

- GUERARD Stéphane, Les missions du mandataire judiciaire à la protection des majeurs relèvent-elles d'un service public ?, *Dr. Famille*, décembre 2012, n° 12, dossier 15
- GUERIN Serge, Expérience du don et du *care*, société de service et personnes âgées, *Gérontologie et société*, 2010/4, n° 135, p. 167
- GUEVEL Didier, Vers un statut de séniorité ?, 1^{re} Université d'été Alzheimer, *Éthique et Société*, EREMA, Espace Éthique/AP-HP, Aix-en-Provence, 13 septembre 2011
- GUILLAUME Marc, Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'Homme, *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 32, juillet 2011
- HAUSER Jean, Conditions d'ouverture de la curatelle, *RTD civ.*, 2002, 74
- HAUSER Jean, Des pouvoirs des représentants des incapables, *RTD civ.*, 1993, 101
- HAUSER Jean, Incapables et/ou protégés ? Sur le projet de réforme du droit des incapacités, *Informations sociales*, 2007/2, n° 138, p. 6
- HAUSER Jean, Des incapacités aux personnes vulnérables, *Dr. Famille*, 2007, p. 5
- HAUSER Jean, Les limites d'ordre public, *AJ Famille*, 2011, 292
- HAUSER Jean, L'intégrité du consentement et le droit pénal : vers une théorie générale civile et pénale de la vulnérabilité ? *RTD civ.*, 2010, 83
- HAUSER Jean, Mandat de protection future et mesure judiciaire, *RTD civ.*, 2013, 576
- HAUSER Jean, PLAZY Jean-Marie, L'utilisateur incapable. *Gérontologie et société* 2005/4, n° 115, p. 101
- HAUSER Jean, Principe de subsidiarité : mandat de protection future et hiérarchie des mesures judiciaires, *RTD civ.*, 2011, n° 2, p. 323
- HAUSER Jean, Procédures : principes généraux et curatelles, *RTD civ.*, 2014, 337
- HAUSER, Jean, Une théorie générale de la protection du sujet vulnérable ?, *RLDC*, 2011, 83
- HAUSER Jean, Vie privée et les nécessités de l'information, *RTD civ.*, 200, 329
- HAUSER Jean, Vulnérable ou protégeable : deux notions à ne pas confondre, *RTD civ.*, 2010, 761
- HAUSER Jean, La notion d'incapacité, *LPA*, 2000, n° 164, p. 3
- HAUSER Jean, Le consentement aux soins des majeurs protégés, *LPA*, 2002, n° 56, p. 4
- HEBERT Sophie, Le mandat de prévention : une nouvelle forme juridique ?, *D.*, 2008, 307
- HENAFF Pierre, L'unité des notions-cadre, *JCP G*, 2005, I, 189
- HENNION Sylvie, Violences, vulnérabilités et responsabilités des travailleurs sociaux, *RDSS*, 2012, 1109
- HOCHARD Jacques, Économie globale et prestations familiales, *Dr. soc.*, 1960, n° 2
- HOCHARD Jacques, Le droit personnel des enfants aux prestations familiales, *Dr. soc.*, 1961, n° 1, p. 51
- HOCQUET DE LAJARTRE Anne-Sophie, Quelle place pour les usagers et le personnel dans la gouvernance associative ?, *RDSS*, 2008, 222
- HOHL Bertrand, Exclusion critiquable des personnes physiques comme constituants de fiducie, *JCP E*, 2007, n° 36, 2052
- HOHL Bertrand, VALDING Marie, Protection des personnes vulnérables : le droit français devrait-il s'inspirer du droit allemand ?, *Gaz. Pal.*, 2000, n° 99, p. 8
- HOUIN Roger, Les incapacités, *RTD civ.*, 1947, 383
- IVALINER Théodore, La lettre et l'esprit de la loi des parties, *JCP G*, 1981, I, 3023
- IVALINER Théodore, Le contrat moderne face à la prolifération des statuts de personnes, *JCP*, 1977, I, 2876
- IZORCHE Marie-Laure, À propos du « mandat sans représentation », *D.*, 1999, 369
- JACQUES Philippe, De la distinction des genres : contrat légalement formé et législation contractuellement présentée, note sous Cass. Soc. 31 janvier 2007, pourvoi n° 04-19. 464, *RTD civ.*, 2007, 503
- JAEGER Marcel, Focus : quand le législateur découvre la notion de projet de vie, *Informations sociales*, 2009/6 n° 156, p. 142

- JAMIN Christophe, L'acte d'avocat, *D.*, 2011, 960
- JAMIN Christophe, Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, in *Le contrat au début du XXIe siècle : études J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 441
- JAMIN Christophe, Mandat de protection future et contreseing de l'avocat : une préfiguration de l'acte sous signature juridique ?, *D.*, 2007, 1004
- JAMIN Christophe, Quelle nouvelle crise du contrat ?, in *La nouvelle crise du contrat. Actes du colloque du 14 mai 2001, organisé par le centre René-Demogüe de l'Université de Lille II*, Dalloz, 2003 (Thèmes et commentaires)
- JANVIER Roland, Le contrat en action sociale : un nouvel objet technique : impacts sur les pratiques professionnelles, incidences sur les formes et les processus organisationnels, Communication au colloque Pratiques et usages organisationnels des sciences et technologies de l'information et de la communication, Cersic, Université Rennes 2, 2006, [En ligne] Disponible sur <http://www.rolandjanvier.org/droit-usagers/302-le-contrat-en-action-sociale-un-nouvel-objet-technique-impacts-sur-les-pratiques-professionnelles-incidences-sur-les-formes-et-les-processus-organisationnels-27-09-2006/> (Consultation le 5 mai 2015)
- JEANNET Bruno, L'organisation anticipée de sa propre protection, *Conseils des notaires*, 2009, n° 378, p. 9
- JESTAZ Philippe, MARGUENAUD Jean-Pierre, JAMIN Christophe, Révolution tranquille à la Cour de cassation, *D.*, 2014, 2061
- JESTAZ Philippe, L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale, in *Mélanges Pierre Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 273
- JULIEN Jérôme, Le débiteur surendetté, personne vulnérable, *Dr. Famille*, n° 5, mai 2006, étude 23
- JULIENNE Frédérique, La gestion des biens pour autrui (Contribution à l'élaboration d'une théorie générale), *RRJ*, 2008-3, p. 1323
- KATZ David, Peut-on interdire les relations sexuelles aux patients d'un hôpital psychiatrique ?, *AJDA*, 2013, 115
- KESSLER Francis, Pour une vraie assurance dépendance, *Droit ouvrier*, octobre 1995, p. 451
- KLEIN Jérôme, Le mandat de protection future ou la protection juridique conventionnelle, *Dr. Famille*, 2007, n° 5, p. 36
- KOCH Pierre, Compétences sociales : contractualisation et régulation sociale, *Éducation permanente*, 12/2005, n° 165, p. 173
- KOUBI Geneviève, Le droit aux loisirs, *RDSS*, 2014, 77
- LAFORE Robert, Les contrôles d'ordre social préalable à l'attribution des prestations familiales : logique protectrice et logique intégratrice, *RDSS*, 1994, 640
- LAFORE Robert, Droit et pauvreté : les métamorphoses du modèle assistanciel français, *RDSS*, 2008, 111
- LAFORE Robert, Obligations contractuelles et protection sociale, *RDSS*, 2009, 31
- LAGARDE Paul, La Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes, *Rev. crit. DIP*, 2000, n° 2, p. 159
- LAGARDE Xavier, Pourquoi le droit est-il complexe ?, *Le Débat*, 2003/5 n° 127, p. 132
- LAGRAULA-FABRE Myriam, La violence institutionnelle dans les établissements sociaux et médico-sociaux, une question de droit ?, *RDSS*, 2005, 110
- LAITHIER Yves-Marie, À propos de la réception du contrat relationnel en droit français, *D.*, 2006, 1003
- LAMBERT Sophie, Le nouveau contrat de responsabilité parentale : où l'autorité de l'État prend le relais de l'autorité parentale, *Dr. Famille*, n° 6, juin 2007, étude 25
- LAPOUBLE Jean-Christophe, Une nouvelle profession réglementée : les mandataires judiciaires à la protection des majeurs, *Droit Administratif*, n° 10, octobre 2009, étude 18
- LARRALDE Jean-Manuel, Les personnes les plus vulnérables de la société ne peuvent voir leurs droits fondamentaux limités que pour des raisons particulièrement importantes, *EDFP*, 15 juillet 2010, n° 7, p. 2
- LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, Deux bougies pour la QPC, *Dr. Famille*, n° 4, avril 2012, repère 3

- LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, La réforme de la protection juridique des majeurs, *Dr. Famille*, 2007, repère 3
- LARROUMET Christian, La loi du 19 février 2007 sur la fiducie, *D.*, 2007, 1350
- LAUBADERE (de) André, Les associations et la vie administrative, *AJDA*, 1980, n° spécial, Les associations et la vie administrative, p. 115
- LAVAUD-LEGENDRE Bénédicte, La paradoxale protection de la personne vulnérable par elle-même : les contradictions d'un « droit de la vulnérabilité » en construction, *RDSS*, 2010, 520
- LAVERGNE Benjamin, La densification normative des recommandations des autorités administratives indépendantes, in *La densification normative, Découverte d'un processus*, C. Thibierge et al., Mare & Martin, 2013, p. 239
- LE BOSSE Yann, De l'habilitation au pouvoir d'agir : vers une appréhension plus circonscrite de la notion d'*empowerment*, *Nouvelles pratiques sociales*, vol. 16, n° 2, 2003, p. 30
- LE GACH-PECH Sophie, Bâtir un droit des contractants vulnérables, *RTD civ.*, 2014, p. 581
- LEGENDRE Pierre, COLLOVALD Annie, FRANÇOIS Bastien, Qui dit légiste, dit loi et pouvoir, Entretien avec Pierre LEGENDRE, *In Politix*, Vol. 8, n° 32, 1995, p. 23
- LE TOURNEAU Philippe, De l'évolution du mandat, *D.*, 1992, p. 157
- LE TOURNEAU Philippe, Mandat, *Rép. civ. Dalloz*
- LE YAOUANC Moïse, Sur L'Interdiction, *L'Année balzacienne*, 1971, p. 253
- LECUYER Hervé, Redéfinir la force obligatoire du contrat, *LPA*, 6 mai 1998, n° 54, p. 44
- LEOTOING Marion, Donner du sens à l'exercice du droit de vote, *TSA mensuel*, 2012, n° 32
- LEPROVAUX Jérôme, La place de la famille dans la mise en œuvre du mandat de protection future et du mandat à effet posthume, *RJPF*, 2006, 9/12, p. 6
- LEPROVAUX Jérôme, Le mandat de protection future, *JCP N*, 2008, 1274
- LEQUETTE Yves, Bilan des solidarismes contractuels, in *Mélanges Paul Didier*, *Économica*, 2008, p. 247
- LEQUETTE Yves, Retour sur le solidarisme contractuel : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique, in *Mélanges Jean Hauser*, *Dalloz*, 2012, p. 87
- LEQUILLERIER Clémentine, Le mandat de protection future et la personne de confiance : vers une consécration d'un consentement substitué en matière médicale ?, *Gaz. Pal.*, 2007, n° 158, p. 32
- LEROYER Anne-Marie, Loi 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, *RTD civ.*, 2007, 394
- LETELLIER Hugues, La fiducie, outil de protection des majeurs vulnérables, *Dr. et patr.*, n° 212, 2012
- LETELLIER Hugues, Fiducie et majeur vulnérable, *AJ Famille*, 2015, 205
- LEVENEUR Laurent, La liberté contractuelle en droit privé : les notions de base (autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité...), *AJDA*, 1998, 676
- LEVY Michel, La loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale : changement et/ou continuité, *RDSS*, 2002, 423
- LHUILLIER Jean-Marc, Établissements de personnes âgées. Contrat de séjour. Avis du Conseil national de la consommation sur un modèle de contrat destiné aux gestionnaires d'établissements hébergeant des personnes âgées (BOCC 29 juillet 1994, n° 12), *RDSS*, 1995, 159
- LIGNEAU Philippe, Travail social et contrat avec l'usager dans le nouveau service public du RMI, *RDSS*, 1991, 175
- LOKIEC Pascal, Garantir la liberté du consentement contractuel, *Droit social*, 2009, p. 127
- LOKIEC Pascal, La décision médicale, *RTD civ.*, 2004, 641
- LOKIEC Pascal, La personne de confiance : Contribution à l'élaboration d'une théorie de la décision en droit médical, *RDSS*, 2006, 865
- LOKIEC Pascal, La décision et le droit privé, *D.*, 2008, 2293
- LOPEZ Mélanie, Handicap et citoyenneté : du droit de vote à l'éligibilité des personnes en situation de handicap, *RDSS*, 2013, 919

- LOUBAT Jean-René, Rénovation de la loi de 1975 et relation de service, *Empan*, 2002/1, n° 45
- LYON-CAEN Gérard, Un agrément, des désagréments..., *Dr. soc.*, 2001, 364
- MADIOT Yves, Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 19
- MAES-BIEDER Florence, BIEDER Joseph, Le syndrome de Diogène, *Annales Médico Psychologiques*, 2007, n° 165, p. 504
- MAISANI Pauline, WIENER Florence, Réflexions autour de la conception post-moderne du droit, *Droit et société*, 27-1994, p. 443
- MALAURIE Philippe, La convention européenne des droits de l'homme et le droit civil français, *JCP G*, n° 25, 2002, I, 143
- MALAURIE Philippe, Les enjeux humains fondamentaux dans le droit des majeurs protégés, *JCP G*, 2010, 431
- MALAURIE Philippe, Regards sur le formalisme en droit privé, *Defrénois*, 2005, art. 38129, p. 481
- MALAURIE Philippe, Examen critique du projet de loi portant réforme des successions et des libéralités, *Defrénois*, 2005, p. 1963
- MALAURIE Philippe, Examen critique du projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs, *Defrénois*, 2007, art. 38510, p. 13
- MALAURIE Philippe, La protection légale protège-t-elle adéquatement le patrimoine du majeur vulnérable ?, *LPA*, 2008, n° 242, p. 5
- MALAURIE Philippe, La réforme de la protection juridique des majeurs, *Defrénois*, 2007, art. 38569, p. 557
- MALAURIE Philippe, Le grand âge, *Defrénois*, 2009, n° 2, p. 220
- MALLET Éric, Actes à consentement strictement personnel et majeur protégé, *Dr. Famille*, n° 3, mars 2014, étude 4
- MANANGA Francisco, Sur les mesures d'application de la réforme de la protection juridique des majeurs, *RDSJ*, 2009, 536
- MANDARD Matthieu, Théorie du contrat relationnel et gouvernance des relations interentreprises. Autour de l'œuvre de Ian Macneil, *Annales des Mines. Gérer et comprendre*, 2012/3, n° 109, p. 13
- MARCHADIER Fabien, Majeur protégé, *Rép. civ. Dalloz*
- MARGUENAUD Jean-Pierre, Les aspects procédurux de la protection des majeurs vulnérables au regard de la CEDH, *LPA*, 4 novembre 2010, n° 220, p. 10
- MARIA Ingrid, Des difficultés à qualifier une action en justice de patrimoniale ou d'extrapatrimoniale, *Dr. Famille*, mars 2010, comm. 50
- MARIA Ingrid, Des justiciables inégaux quant au choix de la mesure de protection, *Dr. Famille*, n° 12, décembre 2011, comm. 182
- MARIA Ingrid, La nécessité de l'assistance du curateur pour se marier : une exigence conforme à la Constitution, *Dr. Famille*, n° 10, octobre 2012, comm. 148
- MARIA Ingrid, De la mise à l'écart du mandat de protection future contraire à l'intérêt du majeur vulnérable, *Dr. Famille*, 2012, p. 86
- MARIA Ingrid, Le mandat de protection future conclu par un majeur vulnérable : une douce illusion ?, *Dr. Famille*, n° 11, novembre 2013, comm. 155
- MARIA Ingrid, Le retour de la curatelle pour prodigalité ?, *Dr. Famille*, n° 6, 2011, comm. 101
- MARIA Ingrid, L'impact de la nouvelle loi de simplification du droit sur le droit des personnes protégées, *Dr. Famille*, 2011, n° 9, comm. 137
- MARIA Ingrid, Pouvoirs du curateur et modification du bénéficiaire du contrat d'assurance vie, *Dr. Famille*, n° 9, septembre 2009, comm. 114
- MARIA Ingrid, Quand l'intérêt du majeur protégé lui interdit de conduire un véhicule, *Dr. Famille*, 2013, n° 4, p. 30
- MARKUS Jean-Paul, La faute du médecin et les bonnes pratiques médicales, *AJDA*, 2005, 1008

- MARQUES Ana, DAOUD Véronique, STAMATIADIS Laurence, CHALTIEL Patrick, La loi du 5 juillet 2011 : protection des usagers ou question de formalité ?, *L'information psychiatrique*, 2013/2, vol. 89, p. 171
- MARTEL David, Un jeu de balle enflammée, à propos de la question prioritaire de constitutionnalité relative au mariage entre personnes de même sexe, *Dr. Famille*, n° 1, janvier 2011, étude 4
- MARTIN Didier R., Du changement de contractant, *D.*, 2001, 3144
- MARTIN Didier R., La stipulation de contrat pour autrui, *D.*, 1994, 145
- MASCRET Caroline, Le statut juridique des recommandations de bonnes pratiques en matière médicale, *LPA*, 20 septembre 2011 n° 187, p. 7
- MASSIP Jacques, De quelques problèmes posés par la protection juridique des majeurs, *JCP N*, 2011, p. 27
- MASSIP Jacques, Le contrat de fiducie, les mineurs et les majeurs protégés, *Deffrénois*, 2009, art. 38982, p. 1549
- MASSIP Jacques, Le droit de révoquer la stipulation d'un contrat d'assurance-vie selon laquelle le bénéficiaire de l'assurance est attribué à un bénéficiaire déterminé est un droit personnel au stipulant et ne peut être exercé par un gérant de tutelle, *D.*, 1992, 508
- MASSIP Jacques, Recours à la tutelle en gérance en présence d'une demande des parents d'un incapable majeur à être désigné en qualité d'administrateur légal des biens de leur enfant en raison de leurs rapports très conflictuels. *D.*, 1993, 17
- MASSIP Jacques, Règles applicables aux actes personnels et médicaux concernant une personne en tutelle, *Deffrénois*, 15 avril 2010, n° 7, p. 870
- MASSIP Jacques, Le mandat de protection future, *Gaz. Pal.*, 2008, n° 166, p. 5 (1^{re} partie), *Gaz. Pal.*, 2008, n° 169, p. 5 (2^e partie)
- MATHIEU Bertrand, La dignité de la personne humaine : quel droit ? Quel titulaire ?, *D.*, 1996, 282
- MATHIEU Bertrand, Pour une reconnaissance des principes matriciels en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme, *D.*, 1995, 211
- MATHIEU Bertrand, Le juge et la sécurité juridique : vues du Palais-Royal et du quai de l'Horloge, *D.*, 2004, 1603.
- MATOCQ Olivier, Les domaines d'application de l'acte sous signature juridique en droit des personnes, *Gaz. Pal.*, 2008, n° 286, p. 30
- MAUGER-VIELPEAU Laurence, Le retour du prodigue, *JCP N*, n° 36, 5 septembre 2008, 1269
- MAZEAUD Denis, L'arrêt Canal « moins » ?, *D.*, 2010, 2481
- MAZEAUD Denis, Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? *in L'avenir du droit, Mélanges Terré*, Dalloz/JurisClasseur, 1999, p. 603
- MAZEAUD Denis, Résiliation abusive d'une concession par le concédant qui ne laisse pas le temps suffisant au concessionnaire pour amortir les investissements qu'il a exigés de lui, *D.*, 1999, 114
- MAZEAUD Denis, Un tout petit éclair solidariste dans le ciel de la rupture des contrats de distribution, *D.*, 2013, 2617
- MAZEAUD Denis, La genèse des contrats : un régime de liberté surveillée, *Dr. et Patr.*, 1996, n° 40, p. 44
- MAZEAUD Denis, Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet !, *D.*, 2008, 2675
- MEKKI Mustafa, Le discours du contrat : quand dire, ce n'est pas toujours faire, *RDC*, 2006/2, p. 297
- MEKKI Mustafa, Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations, *D.*, 2015, 816
- MENEMENIS Alain, Code des marchés publics 2006 : quelques points forts, *AJDA*, 2006, p. 1754
- MESTRE Jacques, CAVALIE Bruno, L'offre et la cause au cœur du projet de réforme du droit des contrats, *RLDC*, 2009, n° 58
- MESTRE Jacques, FAGES Bertrand, Contrat et environnement normatif, *RTD civ.*, 2002, 92
- MESTRE Jacques, FAGES Bertrand, Contrat ou pas, telle est la question... (à propos du PARE), *RTD civ.*, 2004, 725

- MESTRE Jacques, FAGES Bertrand, L'article 1^{er} de la convention du 1^{er} janvier 2001 relative à l'aide au retour à l'emploi et à l'indemnisation du chômage et la négation du contrat dont entendaient se prévaloir les « recalculés » (Note sous Cass. Soc. 31 janvier 2007, n° 04-19. 464), *RTD civ.*, 2007, 332
- MESTRE Jacques, FAGES Bertrand, Tout ce qui n'est pas fiscal n'est pas forcément contractuel !, *RTD civ.*, 2002, 287
- MESTRE Jacques, L'influence des relations de travail sur le droit commun des contrats, *Dr. soc.*, n° 5, 1988, p. 405
- MEUNIER Dominique, La médiation comme « lieu de relationnalité », *Questions de communication*, 2007, n° 11, p. 323
- MIKALEF-TOUDIC Véronique, Le maintien d'un certain encadrement judiciaire, *RDSS*, 2008, 818
- MIKALEF-TOUDIC Véronique, Les mesures d'accompagnement social personnalisé : une mission nouvelle pour les conseils généraux, *RDSS*, 2008, 813
- MIKALEF-TOUDIC Véronique, Une volonté certaine de contractualisation, *RDSS*, 2008, n° 5, p. 814
- MILLET Sébastien, La contractualisation ne se présume pas !, *Semaine sociale Lamy*, n° 1324, p. 13
- MODERNE Franck, Légitimité des principes généraux et théorie du droit, *RFDA*, 1999, p. 722
- MOISDON-CHATAIGNER Sylvie, Assistance, assurance et dépendance, *Deffrénois*, 2009, art. 38886, p. 207
- MOLLI Lorene, CADEC Bruno, MYLINSKI Michèle, Les directives anticipées et la personne de confiance en gériatrie : de l'émergence de mouvements défensifs à une possibilité d'élaboration psychique sur le vieillissement et la mort proche pour le sujet âgé et sa famille, *Pratiques psychologiques*, n° 13, 2007, p. 137
- MONTCLAIR Bernard, Le travailleur social, un artisan tisseur de liens, *Imaginaire & Inconscient*, 2/2007 (n° 20), p. 159
- MONToux Danielle, Protection juridique des mineurs et des majeurs, *JCP N*, 2008, n° 52, p. 3
- MORIN BRUCKER Virginie, Le prêt viager hypothécaire, *JCP N*, n° 19, 11 mai 2007, 1176
- MORIN Jean-Michel, Coaching individuel : un levier de transformation de l'organisation, *Les Cahiers du DRH*, 2014, p. 59
- MORLET-HAÏDARA Lydia, La dépendance : un nouveau défi pour l'assurance, *Gaz. Pal.*, 2009 n° 15, p. 3
- MORVAN Patrick, La loi généralisant le revenu de solidarité active, *Dr. soc.*, 2009, n° 2, p. 185
- MOULAY-LEROUX Sandra, Le contractualisme dans le secteur social et médico-social : du mythe du contrat, *Revue générale de droit médical*, 2009, n° 32, p. 73
- MOULAY-LEROUX Sandra, Le contrat avec l'utilisateur : paradigme ou parasite de la relation d'aide ?, *RDSS*, 2012, 5
- MOULIAS Robert, Pour de bonnes pratiques de l'admission en institution gériatrique, Fondation Nationale de Gérontologie, *Gérontologie et société*, n° 121, p. 237
- MOUREAU Fabienne, La place de l'avocat dans la nouvelle législation sur la protection des majeurs, *La Lettre Omnidroit*, 2009, n° 34, p. 23
- MOUDEL Grégoire, La personne de confiance : une nouvelle évolution de la relation médecin-patients, Etudes et synthèses 2004, Laboratoire d'éthique médicale et Médecine légale Université Paris 5
- MUIR-WATT Horatia, Du contrat relationnel, in *La relativité du contrat*, LGDJ, 1999 (Travaux de l'Association Capitant), p. 169
- MUNOZ-DARDE Véronique, Un dilemme pour le contractualisme contemporain ? Biens sociaux et calculs utilitaristes, *Les études philosophiques*, 2006, n° 79, p. 501
- NGUYEN THANH-BOURGEOIS Denise, Normalisation, Fasc. 870, *Jcl. Concurrence, consommation*
- NOBLE François, L'utilisateur au centre du dispositif, Énoncé d'une mission impossible, in C. HUMBERT, *Les usagers de l'action sociale : sujets, clients ou bénéficiaires ?*, L'Harmattan, 2000
- NOGUERO David, La substitution du bénéficiaire d'une assurance-vie par le gérant de tutelle du majeur protégé, *D.*, 2007, 1932

- NOGUERO David, La sanction des actes juridiques irréguliers des majeurs protégés, *LPA*, 23 décembre 2009, n° 255, p. 6
- NOGUERO David, Pollution du mandat de protection future pour le choix de l'organe protecteur, *D.*, 2011, 1204
- NOGUERO David, Priorité de la mesure judiciaire de protection du majeur par la fin du mandat de protection future, *D.*, 2013, 1815
- NOGUERO David, Privatisation procédurale de la protection des majeurs sans bémol, *LPA*, 22 juillet 2011, n° 145, p. 10.
- NOGUERO David, Interrogations au sujet du mandat de protection future. *D.*, 2006, 1133
- NORGUIN Vanessa, Droit processuel et protection judiciaire civile des majeurs vulnérables, *D.*, 2011, 1842
- OMARJEE Imran, Bref aperçu des mandats de protection future, de fin de vie et à effet posthume, *Dr. et patr.*, 2007, n° 157, p. 20
- OUEDRAOGO Richard, Le Conseil constitutionnel face aux enjeux du mariage homosexuel, *Dr. Famille*, n° 3, mars 2011, comm. 32
- PALIER Bruno, Du *welfare* au *workfare* : les transformations des politiques de lutte contre la pauvreté, *Regards croisés sur l'économie*, 2008/2 n° 4, p. 162
- PANDO Annabelle, Une association pour promouvoir la fiducie en France, *Dr. et patr.* n° 212, mars 2012
- PATARIN Jean, Le legs *de residuo* peut-il porter sur la réserve héréditaire ?, *RTD civ.*, 1993, 865
- PATURET Jean-Bernard, Exister et résister, *Empan* 2005/1, n° 57, p. 12
- PAUL Maela, L'accompagnement dans le champ professionnel, *Savoirs*, 2/2009, n° 20, p. 11
- PECAUT-RIVOLIER Laurence, L'adoption d'un majeur sous tutelle qui ne peut donner lui-même son consentement à l'acte est impossible, *AJ Famille*, 2008, 435
- PECAUT-RIVOLIER Laurence, Les mesures de protection du Code civil comme dispositif d'accompagnement, *RDSS*, 2012, 1010
- PECAUT-RIVOLIER Laurence, Logement et majeur protégé, *AJ Famille*, 2008, 384
- PECAUT-RIVOLIER Laurence, Mise en place d'une mesure de protection, en cas d'altération des facultés corporelles, si elle empêche la personne d'exprimer sa volonté. Cour de cassation, 1^{re} civ., 30/09/2009, *AJ Famille*, 2009, 457
- PECAUT-RIVOLIER Laurence, Le mandat de protection future au Québec, vérités et rumeurs, *AJ Famille*, 2008, 473
- PECAUT-RIVOLIER, Laurence, Le mandat de protection future, *D.*, 2009, 216
- PELLIER Jean-Denis, Le mandat de protection future issu de la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, *LPA*, 2007, n° 83, p. 4
- PENNEAU Michel, PENNEAU Jean, Recommandations professionnelles et responsabilité médicale, *Med. et Droit*, 1998/28, p. 4
- PERES Cécile, La question prioritaire de constitutionnalité et le contrat, *RDC*, 2010/2, p. 539
- PERREAU-BILLARD Fabrice, Le mandat de protection future ou comment anticiper son incapacité future ?, *AJ Famille*, 2007, 213
- PETERKA Nathalie, Articulation du mandat de protection future et d'une mesure de protection judiciaire, *JCP G*, 2011 n° 15, p. 691
- PETERKA Nathalie, Enjeux et principales difficultés de la gestion du patrimoine d'autrui, *JCP N*, 2013, 1190.
- PETERKA Nathalie, Placement sous mesure de protection judiciaire : irrecevabilité de la requête en l'absence de certificat médical circonstancié, *JCP G*, 2011, p. 1643
- PETERKA Nathalie, L'avocat tuteur, *Dr. et patr.* 2009, n° 177, p. 28

- PETERKA Nathalie, Note sous loi numéro 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs ; Loi numéro 2007-1775 du 17 décembre 2007 permettant la recherche des bénéficiaires des contrats d'assurance sur la vie non réclamés et garantissant les droits des assurés ; Réponses ministérielles Calvet numéros 20749 et 20750, *Banque et Droit*, 2008, n° 122, p. 41
- PETIT Franck, L'émergence d'un droit à l'accompagnement, *RDSS*, 2012, 977
- PEYRELEVADE Jean, Économie : le poids du vieillissement, *Le Débat*, 1996/4 n° 91, p. 70
- PICARD Jean, Le mandat pour soins de vieillesse en droit allemand. *Die altersvorsorgevollmacht*, *JCP N*, 1999, p. 1122
- PILLEBOUT Jean-François, Un mandat pour soi-même ou pour autrui. *Conseils des notaires* 2009, n° 378, p. 8
- PIMPETERRE Marc, La Mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial : mesure couronnée, mesure à développer, *Vie sociale* 3/ 2010 (n° 3), p. 23
- PISANI Christian, La fiducie, *Deffrénois*, 1990, art. 34772
- PLAZY Jean-Marie, Le mandat de protection future, *JCP N*, 2004, 1275
- POINSOT Olivier, De la contractualisation des relations avec les usagers, *Direction(s)* 04/2005, n° 18, p. 47
- POLLET Diego, Concilier le respect des libertés du majeur protégé et le devoir de protection, *AJ Famille*, 2011, 544
- POTENTIER Philippe, Forces et faiblesses du mandat de protection future, *Dr. et patr.* 2008, n° 45, p. 74
- POTENTIER Philippe, Le domaine du mandat de protection future, *JCP N*, 2007, étude 1262, p. 22
- POTENTIER Philippe, Mandat de protection future, J.-Cl. Civil code, art. 477 à 494
- PRETOT Xavier, Le contentieux du contrat d'insertion : question de compétence et de recevabilité, observations sous tribunal administratif, 3 décembre 1991, *RDSS*, 1992, 393
- PRONOST Hélène, La personne de confiance, *Bulletin juridique du praticien hospitalier* 2009, n° 117
- PUIG Pascal, Hiérarchie des normes : du système au principe, *RTD civ.*, 2001, 749
- RAOUL-CORMEIL Gilles, À propos du Pare : conséquences d'une présentation fallacieuse du dispositif, *JCP S*, n° 40, 2007, 1752
- RAOUL-CORMEIL Gilles, Atouts et faiblesses du statut professionnel de mandataire judiciaire à la protection des majeurs, *Dr. Famille*, n° 12, décembre 2012, dossier 13
- RAOUL-CORMEIL Gilles, La subsidiarité du dispositif tutélaire face au mariage avec communauté universelle, *D.*, 2012, 921
- RAOUL-CORMEIL Gilles, La responsabilité du mandataire judiciaire à la protection des majeurs et la sécurité du majeur protégé, *D.*, 2013, 1320
- RAOUL-CORMEIL Gilles, L'autorisation requise pour le mariage du curatelaire, sage précaution dans l'exercice de la liberté nuptiale, *D.*, 2012, 1899
- RAOUL-CORMEIL Gilles, Les droits éminemment personnels étendus à la capacité d'ester en justice pour leur mise en œuvre, *D.*, 2014, 467
- RAOUL-CORMEIL Gilles, Nature juridique de la procédure devant le juge des tutelles, *AJ Famille*, 2014, 148
- RAOUL-CORMEIL Gilles, Le curateur peut refuser de prêter son concours à l'achat d'un véhicule sans permis lorsque le curatelaire est inapte à la conduite, *Dr. Famille*, n° 7, juillet 2011, comm. 116
- RASCHEL Loïs, Qu'est-ce qu'un auxiliaire de justice ? Colloque Université de Caen, 19 octobre 2012, *Dr. Famille*, décembre 2012, n° 12
- RAVANAS Jacques, Une manifestation publique ne permet pas d'isoler le visage d'un participant, *D.*, 2001, 2064
- RAVEL D'ESCLAPON (de), Thibaut, L'hypothèque, une sûreté décidément bien en vue, *D.*, 2008, 2021
- RAYMOND, Guy, Faiblesse et handicap physique. *Contrats Concurrence Consommation* n° 5, mai 2007, comm. 136.

- REBOURG Muriel, La responsabilité civile des mandataires judiciaires à la protection des majeurs dans l'exercice de leurs missions, *Dr. Famille*, n° 7, juillet 2010, étude 17
- REBOURG Muriel, L'autonomie en matière personnelle à l'épreuve du grand âge, *Retraite et société*, 2/ 2014, n° 68, p. 63
- Recueil DUVERGIER, t. 38 (année 1838), Paris, Bousquet, 1839, page 490
- REMY Philippe, Un siècle de revue trimestrielle de droit civil, *RTD civ.*, 2002, 665
- RENAUT Marie-Hélène, Les conséquences civiles et civiques des condamnations pénales. Le condamné reste citoyen à part entière, *RSC*, 1998, p. 265
- REUTIN Philippe, Le mandat de protection future : approche pratique, *Dr. et patr.* 2009, n° 180, p. 94
- REVET Thierry, La prise d'effets du contrat, *RDC*, 2004, 29
- REVILLARD Mariel, La convention de La Haye sur la protection internationale des adultes et la pratique du mandat d'inaptitude : Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, 2005, p. 725
- REVILLARD Mariel, Protection internationale des adultes et droit international privé des majeurs protégés (Convention de La Haye du 13 janvier 2000), *Deffrénois*, 2009, n° 1, p. 35
- REY Jean-Louis, Approche contentieuse de la place du contrat d'insertion dans le dispositif du RMI, note sous tribunal administratif de Pau, 11 janvier et 8 février 1996, *RDSS*, 1996, 432
- RICHER Laurent, La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques, *AJDA* 2003, 973
- RIHAL Hervé, La loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale évite-t-elle la maltraitance en institution ?, *RDSS*, 2006, 100
- RIHAL Hervé, La mesure d'accompagnement social personnalisé, création et gestion d'une nouvelle compétence par le département, *in* GRALE, Droit et gestion des collectivités territoriales, l'action sociale des collectivités territoriales, Paris, Le Moniteur, 2009, p. 135
- ROBERT Jacques-Antoine, CHARLUTEAU Quentin, Utilité et mise en œuvre des clauses résolutoires, *RLDC*, février 2010, p. 7
- ROBERT-BOBEE Isabelle, Projections de population pour la France métropolitaine à l'horizon 2050, Insee Première n° 1089, juillet 2006
- ROCCATI Marjolaine, La protection des majeurs incapables sous l'influence du droit européen, Étude comparative des droits allemand, anglais et français, *Gaz. Pal.*, 2009, n° 64
- ROCHFELD Judith, Au croisement du droit de la concurrence et du droit civil : l'avènement de la « relation » contractuelle ?, *RDC*, 2006/4, p. 1033
- ROCHFELD Judith, De la poursuite et de la fondamentalisation des sources du contrat, *RDC*, 2004/2, p. 31
- ROCHFELD Judith, CEDH et interprétation des contrats de droit privé, *RDC*, 2005/3, p. 645
- ROCHFELD, Judith, D'une nouvelle manifestation du contrat pédagogique ? Le contrat d'accueil et d'intégration, *RDC*, 2008/2, p. 193
- ROCHFELD Judith, Les modes temporels d'exécution du contrat, *RDC*, 2004/1, p. 47
- ROCHFELD Judith, Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie, *RTD civ.*, 2007, 412
- ROCHFELD Judith, La contractualisation des obligations légales. La figure du « contrat pédagogique » *in* XIFARAS Mikhaïl, LEWKOWICZ Grégory, Repenser le contrat, Paris, Dalloz, 2009 (Méthode du droit)
- ROCHFELD Judith, Le contrat de responsabilité parentale, une nouvelle figure du « contrat pédagogique », *RDC*, 2006/3, p. 665
- ROCHFELD Judith, Le PARE ou les virtualités du « contrat pédagogique », *RDC*, 2005/2, p. 257
- ROCHFELD, Judith, Le refus de la qualification contractuelle du PARE : la fin de l'hypothèse du « contrat pédagogique » ?, *RDC*, 2007/4, p. 1085
- ROLIN Frédéric, Les visages menaçants du nouveau contractualisme : le contrat de responsabilité parentale, *RDSS*, 2007, 38

- ROLIN Frédéric, Un contrat administratif d'un nouveau type ? Le contrat de responsabilité parentale, *RDC*, 2006, p. 849
- ROMAN Diane, Devoir de travailler et protection sociale : d'une problématique de la dette sociale à la question des « devoirs sociaux », *RDSS*, 2009, 63
- ROMAN Diane, Les enjeux juridiques du non-recours aux droits, *RDSS*, 2012, 603
- ROMAN Diane, L'usager vulnérable, *RFDA*, 2013, 486
- ROMAN Diane, Vieillesse et droits fondamentaux : l'apport de la construction européenne, *RDSS*, 2008, 267
- ROMAN Diane, RSA : 20 ans après le RMI, une réforme *a minima*, *JCP S*, 2008, n° 51, 1657
- ROTHMAYR ALLISON Christine, Le droit et l'administration de la justice face aux instruments managériaux, *Droit et société*, 2/2013 n° 84, p. 275
- ROY Alain, La charte de vie commune ou l'émergence d'une pratique réflexive du contrat conjugal, *Revue juridique Thémis* 2007, 41, p. 399
- ROY Alain, Le contrat en contexte d'intimité, *Revue de droit de Mc Gill*, 2002, n° 47, p. 855
- RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline, Droits de la mère et droits de l'enfant : réflexions sur les formes de l'abandon, *RTD civ.*, 1991, 695
- SABLIERE, Pierre, Une nouvelle source du droit ? Les « documents référents », *AJDA*, 2007, 66
- SALVAGE-GEREST Pascale, Les actes dont la nature implique le consentement strictement personnel du majeur en tutelle (C. civ., art. 458. L. n° 2007-308, 5 mars 2007) : une catégorie à revoir d'urgence, *Dr. Famille*, n° 3, mars 2009, étude 17
- SANCHEZ Jésus, La dignité et la citoyenneté comme fondements des droits des usagers et l'évolution des politiques sociales, *Empan*, 2006/4, n° 64, p. 13
- SAUVAGE, François, Brèves observations sur la promotion du mandat de protection future et la lutte contre les mariages de complaisance, *RLDC*, 2008/supplément au n° 46, n° 2883, p. 23
- SAUVAGE François, Réflexions sur les opportunités offertes par la fiducie aux fins de gestion du patrimoine de la personne vulnérable, *RJPF*, 2009, n° 5, p. 8
- SAVATIER, René, L'affectation des allocations familiales, *JCP*, 1941, étude 227
- SENON Jean-Louis, JONAS Carol, Droit des patients en psychiatrie. Encyclopédie médico-chirurgicale, 37-900-A-10, 2004
- SIMON Jean-Luc, À propos du « projet de vie », *Reliance* 4/2006, n° 22, p. 44
- SIRVEN Nicolas, De la pauvreté à la vulnérabilité : Évolutions conceptuelles et méthodologiques, *Mondes en développement*, 2007/4, n° 140, p. 9
- SLEDZIEWSKI Élisabeth, La dignité du sujet vulnérable, *Dr. Famille*, février 2011
- SPITZ Jean-Fabien, Contractualisme et anticontractualisme : les enjeux d'un débat contemporain, *Les études philosophiques*, 2006, n° 79, p. 475.
- STERN Catherine, Travailler avec des allocataires du RMI : au delà du contrat, *ASH magazine*, 11/2008, n° 30, p. 30
- STOFFEL-MUNCK Philippe, L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation, *RTD Com.*, 2013, 705.
- SUNAGA Jun, Réflexions sur le projet de réforme du droit des majeurs protégés au Japon, in GHESTIN, Jacques, *in honorem*, Le contrat au début du XXIe siècle : études offertes à Jacques GHESTIN, Paris, LGDJ, 2001
- SUPIOT Alain, La valeur de la parole donnée, note sous TGI Marseille, 1^{re} ch. 15 avril 2004, *Dr. soc.*, 2004, 541
- SUPIOT Alain, Un faux dilemme : la loi ou le contrat ?, *Dr. Soc.*, 2003, 59
- SUPIOT Alain, Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale, in Sandrine CHASSAGNARD-PINET et David HIEZ (Dir.), *Approche critique de la contractualisation*, LGDJ, 2007 (Droit et Société)

- SUPIOT Alain, La contractualisation de la société [Vidéo en ligne], L'Université de tous les savoirs, conférence n° 53 du 22 février 2000 au Conservatoire national des arts et métiers, Paris, CERIMES (Centre de Ressources et d'Information sur les Multimédias pour l'Enseignement Supérieur), 2000 ; La contractualisation de la société, *Courrier de l'environnement de l'INRA* n° 43, mai 2001, p. 51
- THERY Philippe, L'acte contresigné par un avocat, *Dr. et patr.* 2011, 203
- THIBIERGE Catherine, La densification normative d'un dispositif, L'exemple du « référentiel d'équivalences horaires » destiné aux enseignants-chercheurs, in C. THIBIERGE *et al.*, La densification normative, Découverte d'un processus, Mare & Martin, 2013, p. 287
- THIBIERGE Catherine, Le droit souple, Réflexion sur les textures du droit, *RTD civ.*, 2003, 599
- THIBIERGE-GUELFUCCI Catherine, Libres propos sur la transformation du droit des contrats, *RTD civ.*, 1997, 357
- THOURET Sylvain, Régimes de protection judiciaire : les dispositions générales et les dispositions communes aux nouveaux régimes de protection, *Defrénois* 2009, n° 2, p. 185
- TOPOR Lucienne, État et capacité des personnes, *Rép. civ. Dalloz*, 1990
- TOURETTE-TURGIS Catherine, TOCQUEVILLE Mélanie, Le *care* est-il un outil pour repenser l'urgence sociale ?, *Empan* 1/ 2012 (n° 85), p. 160
- TREMINTIN Jacques, Construire un projet de vie avec des personnes polyhandicapées : un vrai défi, *Lien social* n° 989, 14 octobre 2010, [En ligne] Disponible sur : <http://www.lien-social.com/Construire-un-projet-de-vie-avec-des-personnes-polyhandicapees-un> (Consultation le 5 mai 2015)
- TREMINTIN Jacques, La place des usagers : où en est-on avec l'application de la loi 2002-2 ? *Lien social* n° 742, 24 février 2005, [En ligne] Disponible sur : <http://www.lien-social.com/la-place-des-usagers-ou-en-est-on> (Consultation le 5 mai 2015)
- TRIPET François, La prohibition de la fiducie-libéralité : pourquoi une telle démesure ?, *Gaz. Pal.*, 21 octobre 2006, n° 294, p. 6
- UETTWILLER Jean-Jacques, Avocat et fiducie, *Dr. et patr.*, 2009, n° 179, p. 26
- VASSEUR-LAMBRY Fanny, Le statut civil du majeur protégé et le droit supranational des droits de l'homme, *Droit de la famille* n° 2, février 2011, dossier 3
- VAUVILLE Frédéric, Le transfert de biens communs ou indivis dans un patrimoine fiduciaire doit être établi par acte authentique, *RJPF*, 2009/4, 22
- VENTELOU Denise, L'action sociale comme propédeutique de l'exercice démocratique, *Empan*, 4/2006 n° 64, p. 46
- VERDIER Pierre, Le contrat de séjour est-il un vrai contrat ?, *La revue d'action juridique & sociale*, 2004, n° 236, p. 36
- VERDIER Pierre, Le « contrat jeunes majeurs » : mythe et réalité, *JDJ*, n°320, décembre 2012
- VERHEYDE Thierry, Conditions de la perte de capacité électorale pour un majeur en tutelle, *AJ Famille*, 2012. 507, note sous CA Dijon, juin 2012, n° 12/00220
- VERHEYDE Thierry, L'atteinte illicite à l'intimité de la vie privée d'adultes handicapés par la diffusion d'un film sans l'autorisation de leurs représentants légaux et la nécessité de l'autorisation du juge des tutelles pour la reproduction de l'image de ces handicapés, *D.*, 1993, 614
- VERHEYDE Thierry, Le juge des tutelles, nouveau juge aux affaires familiales ? Les décisions du juge des tutelles en matière de conflit concernant le choix du lieu de vie ou les relations personnelles du majeur protégé sur le fondement de l'article 459-2 du Code civil, *Dr. Famille*, n° 2, février 2011, dossier 4
- VERHEYDE Thierry, Le logement dans la réforme de la protection juridique des majeurs, *AJ Famille*, 2009, 448
- VERHEYDE Thierry, Le majeur protégé, parent d'enfants mineurs, *AJ Famille*, 2012, 257
- VERHEYDE Thierry, Majeurs protégés : représentation sur représentation ne vaut !, *AJ Famille*, 2012, 505
- VERHEYDE Thierry, Peut-on empêcher (facilement et légalement) le juge des tutelles d'ouvrir une mesure de protection ?, *AJ Famille*, 2011, 431

- VERHEYDE Thierry, Une nouvelle décision sur l'articulation entre ouverture d'une mesure de protection et conclusion d'un mandat de protection future en cours de procédure, *AJ Famille*, 2013, 510
- VERHEYDE Thierry, La protection de la personne du majeur protégé, *AJ Famille*, 2009, 19
- VERHEYDE Thierry, Jusqu'où va la responsabilité du tuteur en matière de protection de la personne du majeur ?, *AJ Famille*, 2013, 241
- VERICEL Marc, Fumer dans l'entreprise peut justifier un licenciement pour faute grave, *Rev. trav.* 2008, 750
- VERICEL Marc, L'accompagnement vers l'emploi, *R.D.S.S.*, 2012, 985
- VERON Michel, L'obtention frauduleuse d'un testament en sa faveur, *Dr. pén.* n° 1, janvier 2009, comm. 12
- VERON Michel, Relations sexuelles avec une patiente : une autre forme de maltraitance médicale, *Dr. pén.*, 2014, n° 4
- VERON Michel, Un majeur placé sous tutelle est-il encore « vulnérable » ?, *Dr. pén.* , n° 10, octobre 2010, comm. 104
- VIALLA François, *Perinde ac cadaver*, *JCP G*, 2014, 150
- VIGUIER Damien, L'autorisation judiciaire du curateur ou la représentation de l'incapable par son curateur, *D.*, 2009, 1490
- VILLE Isabelle, RAVAUD Jean-François, Représentations de soi et traitement social du handicap, L'intérêt d'une approche socio-constructiviste, *Sciences sociales et santé*, vol. 12, n° 1, mars 1994, p. 7
- VILLEY Michel, Essor et décadence du volontarisme juridique, *Arch. phil. dr.*, 1957, p. 87
- VRANCKEN Didier, De la mise à l'épreuve des individus au gouvernement de soi, *Mouvements*, 1/2011, n° 65, p. 11
- WESTER-OUISSÉ Véronique, La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer, *JCP*, 2001, I, 290
- WILLMANN Christophe, Assurance chômage et placement : la difficile consécration du « *soft workfare* », *JCP S*, 2005, 1368
- WILLMANN Christophe, La nouvelle convention d'assurance chômage du 1^{er} janvier 2001... et après, *R.D.S.S.*, 2001, 191
- WILLMANN Christophe, Le contrat unique d'insertion, *JCP S*, n° 8, 17 février 2009, 1077
- WILLMANN Christophe, Le non-respect des engagements pris au titre du PARE, *R.D.S.S.*, 2004, 701
- WILLMANN Christophe, Le Plan d'aide au retour à l'emploi n'est pas un contrat, *D.*, 2007, 1469
- XAVIER Philippe, La question prioritaire de constitutionnalité : à l'aube d'une nouvelle ère pour le contentieux constitutionnel français..., *Revue française de droit constitutionnel*, 2/ 2010, n° 82, p. 273
- ZAVARO Michel, Les règles de l'art, *Gaz. Pal.*, 2000, n° 309, p. 3

INDEX

- Accompagnement.....52, 177, 214
- Acte
 - acte d'administration.....86, 291, 338
 - acte d'avocat332
 - acte de disposition 86, 90, 115, 441
 - acte mixte78
 - conservatoire291
 - strictement personnel..... 109, 440
 - acte unilatéral.....195
- AFNOR.....443
- Altération des facultés.....261, 290, 401, 436
- ANESM.....452
- Apparence229
- Aptitude.....22, 141, 492
- Assistance.....26, 101, 112, 179
- Assurance-vie..... 86, 383
- Audition.....41, 263, 289, 415
- Autonomie102, 108, 340, 392, 401, 412, 440
 - autonomie de la volonté44, 297, 336
- Autorité parentale29, 110, 225, 440
- Avocat.....289
- Caducité.....74, 350
- Capabilité.....492
- Capacité7, 16, 51, 82, 112, 152, 201
- Cause350
- Certificat médical.....26, 42, 105, 113, 173, 203, 287, 377, 401, 415, 436
- Certification448, 453, 475
- Charges tutélaires30, 51, 68
- CNIL.....403
- Compte bancaire83
- Compte de gestion.....90, 334, 369
- Conflit d'intérêts56, 91, 123, 461
- Consentement9, 41, 70, 108, 119, 138, 190, 206, 235, 243, 329
- Contenu contractuel.....295, 337
- Contractualisation . 124, 144, 174, 182, 214, 243, 340, 386, 410, 455
- Contractualisme.....244
- Contrat de séjour.....193, 295, 338, 403, 410
- Contrat pédagogique191, 240, 340
- Contrat relationnel297, 337, 360, 384
- Contrat type295, 333
- Curatelle.110, 115, 151, 173, 201, 259, 263, 287, 400
- Danger.....102, 162, 269
- Déjudiciarisation.....190, 384
- Démarche qualité358, 482, 486
- Déontologie247, 346, 392, 456
- Dignité.....389, 442
- Directives anticipées12, 137
- Document individuel de protection.....192
- Droit de vote.....415
- Droit souple438, 451, 462, 493
- Droits fondamentaux207, 268, 387, 419, 442
- Droit de la vulnérabilité385, 492
- Empowerment.....412
- Ethique.....447, 470, 477, 489
- Evaluation478
- Fiducie.....87
- Force obligatoire ...238, 344, 359, 365, 384, 475, 485, 494
- Formalisme.....329
- Formulaire71, 139, 182, 231, 333, 405
- Gestion d'affaires42
- Handicap.....27, 92, 123, 263, 340, 414, 430
- Homologation.....19, 76
- Information70, 110, 334
- Insanité d'esprit ..18, 26, 112, 270, 279, 330, 427
- Intuitus personae.....275, 323
- Norme ISO455, 479
- Juge8, 55, 341, 377

▪ Locked-in syndrome.....	263	▪ Publicité	18, 141
▪ Logement.....	83	▪ Réduction.....	398
▪ Maladie d'Alzheimer.....	103, 139, 383	▪ Reféodalisation	5
▪ Mandat de protection future.....	13	▪ Représentation.....	12, 21, 40, 78, 98, 113
▪ Mandataire judiciaire à la protection des majeurs.....	57, 145, 197, 461	▪ Rescision	112
▪ Médecin inscrit	289, 377	▪ Résolution.....	365
▪ Mesure d'accompagnement judiciaire ..	153, 187, 266, 436	▪ Responsabilité.....	44, 102, 470
▪ Mesure d'accompagnement social personnalisé	147, 264	▪ Révocation.....	22, 82, 338, 369, 378
▪ Normalisation.....	334, 423, 443	▪ Saisine d'office	9, 349, 437
▪ Notaire.....	35, 61, 65, 76, 86, 94, 334, 479	▪ Sécurité...4, 46, 52, 103, 122, 148, 162, 243, 268, 281, 403, 441, 494	
▪ Nullité	279, 335, 350	▪ Séniorité	18
▪ Obligation de sécurité	103	▪ Solidarisme	301
▪ Obligation essentielle	295, 350	▪ Stipulation pour autrui	37
▪ Ordre public.....	106, 234, 267, 295, 335, 438	▪ Surendettement.....	68, 155, 261
▪ Personne de confiance	22, 128	▪ Théorie générale de la protection.....	44
▪ Pré-incapacité	18, 270	▪ Tiers	367
▪ Principe de nécessité	436	▪ Tutelle.....	21, 110, 201, 279
▪ Principe de préférence familiale	55	▪ Tutelle de fait	32
▪ Principe de proportionnalité.....	438	▪ Tutelle officieuse	185
▪ Principe de subsidiarité	22, 269, 378, 427, 437	▪ Urgence.....	102, 110
▪ Procéduralisation.....	361, 493	▪ Viager hypothécaire	87, 295
▪ Projet.....	9, 145, 205, 210, 340	▪ Violence économique	336
▪ Projet de loi relatif à l'adaptation de la société au vieillissement.....	128, 250, 400, 463	▪ Volonté	250, 329
		▪ Vulnérabilité	259

TABLE DES MATIERES

Sommaire	11
Liste des abréviations, des sigles et des acronymes.....	13
INTRODUCTION GENERALE	15
PARTIE I. L'AVENEMENT DES FONCTIONS PROTECTRICES DU CONTRAT	31
TITRE I. L'ORGANISATION PRIVEE DE LA PROTECTION DU MAJEUR	35
CHAPITRE I. LES SUJETS DU MANDAT DE PROTECTION FUTURE	39
Section I. Les personnes ayant intérêt à la protection.....	43
§1. La réunion des qualités de mandant et de bénéficiaire	43
A. L'ouverture du mandat à toute personne capable.....	43
B. L'ouverture du mandat à certaines personnes protégées.....	49
1. L'exclusion du majeur sous tutelle	50
2. L'admission du majeur sous curatelle et sous sauvegarde de justice.....	52
§2. La dissociation des qualités de mandant et de bénéficiaire : le mandat pour autrui	54
A. Le prolongement de la mission parentale.....	54
1. L'enfant mineur soumis à l'autorité parentale du mandant.....	55
2. L'enfant majeur dont le mandant assume « la charge matérielle et affective ».....	56
B. L'exception à l'effet relatif des conventions	61
1. De la formation à la prise d'effet.....	61
2. À compter de la prise d'effet.....	65
Section II. Les personnes pouvant être désignées en qualité de mandataire.....	68
§1. Un choix hybride	69
A. Un choix encadré en raison de la finalité protectrice du mandat.....	69
1. La capacité de droit et l'aptitude de fait.....	69
2. Des interdictions de plein droit	71
B. Un choix affranchi du principe de préférence familiale	72
1. Le choix d'un mode d'organisation.....	72
2. Le choix d'une personne déterminée	74
§2. Un choix à sécuriser	75
A. Les insuffisances légales des conditions du choix	76
1. L'insuffisance des interdictions fondées sur l'incompatibilité	76
2. L'insuffisance des interdictions fondées sur l'incompétence	77
B. La sécurisation contractuelle du choix	80
1. La définition d'une obligation d'information	81
2. L'exécution de l'obligation d'information	82
CHAPITRE II. L'OBJET DU MANDAT DE PROTECTION FUTURE	87
Section I. La protection des biens	91
§1. La protection des biens par le mandat de protection future.....	91
A. Un régime impératif complexe.....	91
1. La question du maintien de la capacité du bénéficiaire.....	92
2. La soumission du mandataire à des dispositions légales impératives	93

B. Un espace de liberté résiduel	94
§2. La protection des biens par la fiducie.....	97
A. Présentation de l'instrument fiduciaire	98
B. Utilisations dans le champ de la protection des majeurs.....	101
Section II. La protection de la personne.....	110
§1. Une mission générale de protection	112
A. Le dispositif conventionnel à l'épreuve de la loi	112
1. Les contours de la mission conventionnelle.....	112
2. Le recours au contrôle juridictionnel.....	117
B. Le dispositif légal à l'épreuve de la convention	119
1. Les règles générales.....	120
a. Le principe d'autonomie du majeur.....	120
b. L'intervention exceptionnelle du protecteur.....	125
2. Les règles spéciales.....	127
a. Les règles du Code civil	127
b. Les règles issues d'autres codes.....	130
§2. Des missions optionnelles.....	132
A. Les missions du tuteur.....	132
1. Les missions du tuteur en matière d'action sociale.....	133
2. Les missions du tuteur en matière de santé	135
B. Les missions de la personne de confiance	136
1. La désignation d'une personne	138
2. La formalisation de directives	143
TITRE II. L'ORGANISATION PUBLIQUE DE LA PROTECTION DU MAJEUR	151
CHAPITRE I. UN SUPPORT DU PROJET DE PROTECTION	155
Section I. La figure contractuelle, instrument de gestion directe : la mesure d'accompagnement social personnalisé	159
§1. Les sujets de la mesure.....	161
A. Le bénéficiaire de prestations sociales	161
1. Le champ de la mesure défini par la nature des ressources de la personne protégée	161
a. L'exclusion de personnes en difficulté	162
b. Le contrôle de l'emploi des prestations sociales.....	168
2. L'usage inefficace ou non conforme des prestations sociales.....	171
B. Le département	173
1. La gestion directe de la mesure d'accompagnement	174
2. L'externalisation de la mesure d'accompagnement	176
a. Le rapport entre le département et son prestataire	176
b. La mise en œuvre du contrat par le prestataire.....	178
§2. L'objet de la mesure d'accompagnement.....	181
A. Des actions au service de la protection de la personne.....	182
1. Le déploiement de la notion d'accompagnement.....	182

2. La contractualisation des actions.....	185
B. Une finalité sociale.....	189
Section II. La figure contractuelle, instrument d'équilibre et de surveillance : le document individuel de protection.....	195
§1. L'adaptation du contrat de séjour aux acteurs tutélaires.....	197
A. Un ersatz du contrat de séjour	197
B. Un document établi par le service mandataire et le majeur protégé.....	203
§2. L'objet du document individuel de protection.....	209
A. Offrir des garanties.....	209
B. Soutenir un projet individuel.....	211
1. Le document dans la phase de conception du projet individuel	211
2. Le document dans la phase d'évaluation de la mesure.....	214
CHAPITRE II. UNE EXPRESSION DU CONTRAT PEDAGOGIQUE	219
Section I. De nouvelles figures contractuelles.....	221
§1. L'apparence contractuelle.....	221
A. Le « dire » contractuel.....	221
B. Le « faire » contractuel	226
§2. La nature contractuelle.....	229
A. Les entorses à la liberté contractuelle.....	229
B. Les critères du contrat.....	232
Section II. Une nouvelle fonction du contrat.....	235
§1. Une fonction pédagogique	235
§2. Une fonction « managériale ».....	238
A. La promotion d'un modèle gestionnaire.....	239
B. La valorisation du consentement de l'usager.....	242
PARTIE II. LE RENOUVELLEMENT DU MODELE CONTRACTUEL	247
TITRE I. LA NAISSANCE D'UN NOUVEAU CONTRAT RELATIONNEL	251
CHAPITRE I. LA NOTION NOUVELLE DE CONTRAT DE PROTECTION	255
Section I. L'émergence de la catégorie du contrat de protection	259
§1. Le critère général du contrat de protection : la vulnérabilité	259
A. La définition de la vulnérabilité dans le champ de la protection des majeurs	260
1. Des facteurs personnels	261
2. Des facteurs contextuels	269
B. Le rôle de la notion de vulnérabilité dans le champ de la protection des majeurs.....	278
1. La vulnérabilité, origine de l'inégalité.....	278
2. La vulnérabilité, instrument de prévention	283
a. Le rôle complémentaire et unificateur des dispositions spéciales	283
b. Le rôle compensateur de l'inégalité de fait	286
§2. La diversité des moyens de la protection.....	290
A. La spécificité des moyens de protection dans le cadre judiciaire.....	291
1. Le panachage judiciaire	291

2. Les ajustements développés par le protecteur.....	294
B. La spécificité des moyens de protection dans le cadre conventionnel.....	299
Section II. La nature relationnelle du contrat de protection.....	305
§1. Les critères originaires du contrat relationnel.....	306
A. La théorie relationnelle de Macneil.....	307
B. L'application des critères du contrat relationnel aux contrats de protection.....	313
§2. Les critères synthétiques.....	321
A. L'incertitude contractuelle.....	321
B. La difficulté de trouver un partenaire équivalent.....	325
CHAPITRE II. LE REGIME SPECIFIQUE DES CONTRATS DE PROTECTION.....	327
Section I. Une élaboration encadrée.....	331
§1. La protection du consentement contractuel par le formalisme.....	331
A. Une protection nécessaire.....	332
B. Une protection illusoire.....	340
§2. La direction du contenu contractuel.....	342
A. L'intervention de la loi dans la détermination du contenu contractuel.....	343
B. L'intervention du juge dans la détermination du contenu contractuel.....	350
Section II. Une flexibilité contrôlée.....	367
§1. La régulation du contrat.....	367
A. Le rôle des parties dans l'adaptation du contrat.....	368
B. Le rôle des tiers dans l'adaptation du contrat.....	374
1. Le tiers-contrôleur.....	375
2. Le tiers-défenseur.....	377
§2. La judiciarisation du contrat.....	381
A. Le principe d'intervention judiciaire en protection des majeurs.....	381
B. La fonction d'alerte des tiers.....	386
TITRE II. L'INFLUENCE DES SOURCES RENOUVELEES DE LA PROTECTION	393
CHAPITRE I. DES NORMES SUPRA CONTRACTUELLES D'INSPIRATION	
INDIVIDUALISTE.....	397
Section I. Les droits des usagers, fruits de normes humanistes.....	401
§1. Des droits insufflés du concept de dignité.....	402
A. La dignité intrinsèque, de l'essence de l'Homme.....	403
B. La dignité extrinsèque, relative aux circonstances.....	407
§2. Une « réappropriation de soi », affirmation d'un statut social de la personne protégée.....	422
A. La participation à la vie sociale.....	422
B. L'exercice de la citoyenneté.....	426
Section II. La fondamentalisation du droit des personnes vulnérables.....	433
§1. L'avancée d'un bastion institutionnel des droits fondamentaux.....	433
A. Un renforcement permis par la question prioritaire de constitutionnalité.....	433
B. Le renforcement distillé par la Cour européenne des droits de l'Homme.....	444
§2. La systématisation des droits fondamentaux.....	449

A. Les principes directeurs de la protection des personnes vulnérables.....	449
B. La conciliation des intérêts en présence.....	455
CHAPITRE II. DES NORMES SUPRA CONTRACTUELLES D’INSPIRATION	
COLLECTIVE	461
Section I. La normalisation des pratiques professionnelles.....	465
§1. Les documents référents de la protection juridique	466
A. Des recommandations de bonnes pratiques	466
B. Une autorité de production des normes professionnelles.....	470
§2. Les garanties d’un Code de déontologie	476
A. Des appels à un Code de déontologie.....	477
B. Un code garant de l’indépendance des protecteurs.....	480
Section II. La portée juridique des normes professionnelles	491
§1. La réception judiciaire des sources techniques.....	491
A. La fonction explicative des recommandations.....	491
B. L’accroissement de responsabilité des protecteurs.....	497
§2. La sanction administrative des démarches d’évaluation	501
A. La légitimité de l’obligation d’évaluation	502
B. Le glissement injustifié vers l’esprit de la démarche qualité.....	509
CONCLUSION GENERALE	515
BIBLIOGRAPHIE	523
Ouvrages généraux, traités et manuels	525
Ouvrages spéciaux, thèses et monographies	526
Articles, chroniques et notes de jurisprudence	533
INDEX	553
TABLE DES MATIERES	557