

COMMISSION OUVERTE  
**FAMILLE**

RESPONSABLE : HÉLÈNE POIVEY-LECLERCQ

Sous-commission  
Les protections des majeurs vulnérables  
Responsable : Marie-Hélène Isern Réal

L'avocat protecteur





LEXBASE HEBDO n° 143 du Mercredi 6 Février 2013 - Edition PROFESSIONS

## L'avocat protecteur

N° Lexbase : N5669BT7



L'intérêt des avocats pour les formations proposées par les universités dans le cadre des DU de mandataire judiciaire est certain ainsi que les nouveaux mandats, comme professionnel qualifié, mandataire en transaction immobilière. La pratique des mesures de protection judiciaire montre un réel besoin pour les justiciables, les avocats étant particulièrement qualifiés et formés pour exercer ces mandats de protection, comme le font de nombreux avocats dans les pays de l'Union européenne. Il est apparu nécessaire de travailler à la reconnaissance de cette fonction de protection et de la faire reconnaître par la loi. Lexbase Hebdo - édition professions vous propose cette semaine de revenir, grâce à la sous-commission "Les protections des personnes vulnérables" de la commission ouverte "Droit de la famille" du barreau de Paris, sur le rôle particulier de l'avocat protecteur.

Participants :

Marie-Hélène Isern-Real, animatrice de la sous commission à l'origine de ce travail,  
 Laurent Pottier, pour la partie sur les pratiques étrangères et pour le travail de synthèse, principal rédacteur,  
 Abel Souhair, pour la situation au Maroc et son témoignage,  
 Hélène Biais, animatrice de la DBF à Bruxelles, pour son travail de collecte des pratiques européennes,  
 Diego Pollet, pour sa réflexion sur la pratique et les textes,  
 Marie-Noëlle Defrance, pionnière ayant obtenu l'agrément de MJPM dans le département des Hauts-de-Seine, pour son témoignage,  
 Sophie Binet, Valérie Duchassin, Anne Richardt, Brigitte Winni Schreiber-Baldet, pour le droit allemand, Albert Evard, pour le droit belge et leur participation à la réflexion collective.

Et d'autres qui ont préféré rester anonymes,

A Madame le Bâtonnier Christiane Féral-Schuhl qui y voit l'opportune création d'un nouveau métier de l'avocat.

A Monsieur le Bâtonnier Bernard Vatier qui a soutenu cette proposition depuis toujours.

A Monsieur Jean-François Péricaud, MCO, délégué aux commissions ouvertes, pour son soutien inconditionnel.

La commission du Barreau de Paris "Les protections des personnes vulnérables" a décidé de réunir des membres et des avocats d'autres barreaux intéressés par la définition de l'avocat protecteur juridique des majeurs.

**Préambule sur l'importance économique des mesures de protection judiciaires (dossier INSEE n° 36 juin 2012)**

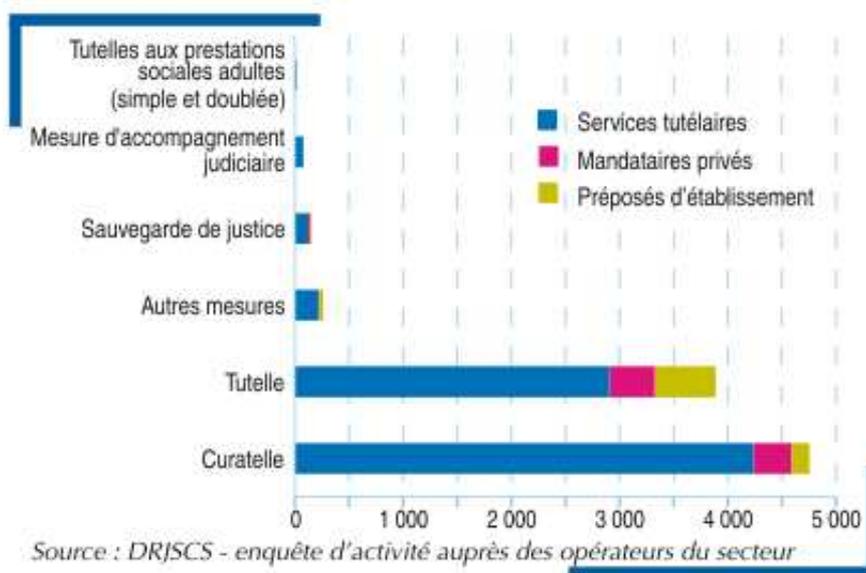
Publication

*"Au 31 décembre 2011, en Champagne-Ardenne, 9 144 mesures sont exercées par des professionnels visant soit à la protection des personnes se trouvant, en raison de l'altération de leurs facultés mentales ou corporelles, dans l'incapacité de pourvoir seules à leurs intérêts (sauvegarde de justice,*

curatelle ou tutelle), soit visant une mesure d'accompagnement judiciaire destinée à rétablir l'autonomie de la personne dans la gestion de ses ressources. Au cours de l'année 2011 sont exercées 4 754 curatelles (52 % des dossiers), 3 888 tutelles (43 % des dossiers), 153 sauvegardes de justice, 78 mesures d'accompagnement judiciaire, 11 tutelles aux prestations sociales adultes et 260 autres mesures. Sur l'année 2011, les juges des tutelles ordonnent 1 344 nouvelles mesures et 825 sorties de mesures dont 479 dues à un décès (hors mesures révisées).

Si les curatelles et les tutelles constituent les mesures principales de protection des populations, respectivement 52 % et 43 % du total, leurs parts varient entre les différents services de protection. Ces derniers s'organisent autour de trois types d'opérateurs : les services tutélaires, les mandataires judiciaires privés et les préposés d'établissements. La part des curatelles représente 56 % de l'activité des services tutélaires alors qu'elle est de 44 % pour les mandataires privés et descend à 21 % pour les préposés d'établissement. Le poids des mesures de tutelles est le moins important pour les services tutélaires (38 %) et les mandataires privés (52 %) mais le plus conséquent auprès des préposés d'établissement (73 %)".

Nombre de mesures par type en 2011 en Champagne-Ardenne



"Une large part de personnes âgées

En Champagne-Ardenne comme au niveau national, l'activité de protection des services tutélaires, des mandataires privés et des préposés d'établissement concerne principalement les personnes âgées et davantage les femmes dont l'espérance de vie est plus élevée.

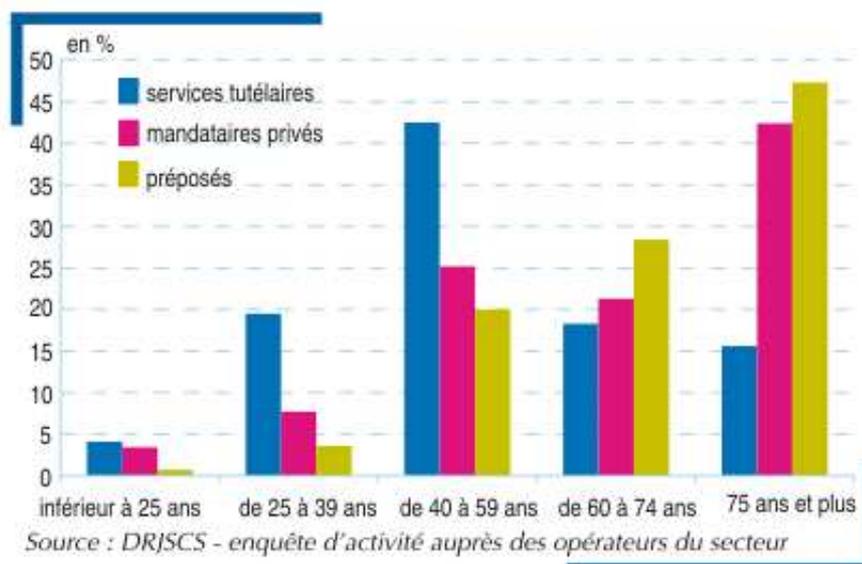
Parmi les 9 144 mesures exercées en 2011, 40 % s'adressent à des personnes de 60 ans et plus dont 21 % aux personnes de 75 ans et plus. La protection juridique des majeurs concerne 48 % de femmes.

Parce que les professionnels de la protection des adultes s'inscrivent dans une organisation partagée, le profil des bénéficiaires varie selon les opérateurs de la prise en charge. Ainsi, la part des personnes de 40 à 59 ans sous protection suivies par les services tutélaires est de 43 %, celle des 60 ans et plus étant de 34 % ; tous âges confondus, la proportion de femmes suivies par ces services est de 47 %.

Parmi les personnes suivies par les mandataires privés, 64 % ont 60 ans ou plus, la part des seules personnes de 75 ans ou plus étant de 42 %, reflet de la plus forte part de personnes âgées gérées par les mandataires privés. Plus âgée, cette population est également plus féminisée (58 %).

Enfin, dans près d'un cas sur deux (47 %), les préposés s'occupent de personnes sous protection âgées de 75 ans et plus, la proportion de femmes demeurant majoritaire avec 52 %".

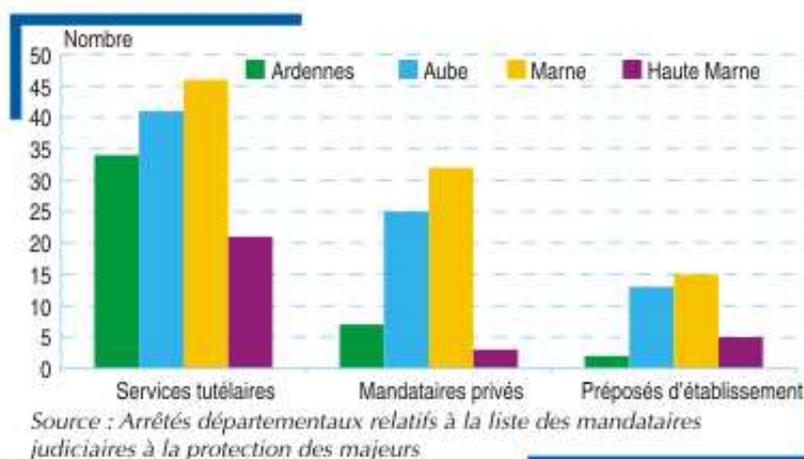
### Répartition des personnes sous protection par tranche d'âges et opérateur en 2011 en Champagne-Ardenne



#### "Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs

La loi du 5 mars 2007 réformant la protection judiciaire des majeurs, entrée en vigueur le 1er janvier 2009, a créé un nouveau statut de 'mandataire judiciaire à la protection des majeurs', appellation qui recouvre l'ensemble des opérateurs tutélaires antérieurs. L'activité tutélaire consiste à assurer, sur et dans le strict respect du mandat du juge, soit des mesures visant à la protection des personnes qui se trouvent, en raison de l'altération de leurs facultés mentales ou corporelles, dans l'incapacité de pouvoir seules à leurs intérêts (sauvegarde de justice, curatelle ou tutelle), soit une mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ) destinée à rétablir l'autonomie de la personne dans la gestion de ses ressources. Au 31 décembre 2011, 244 mandataires judiciaires à la protection des majeurs sont inscrits sur les listes départementales de Champagne-Ardenne. Ils exercent soit au sein de services tutélaires (142), soit en tant que mandataires privés (67), soit en tant que préposés d'établissement (35)".

### Mandataires judiciaires à la protection des majeurs en Champagne-Ardenne en 2011



## I - L'état des lieux en Europe et dans les pays voisins

### A - Le droit relatif aux ex-gérants de tutelles, "administrateurs spéciaux", en France avant la réforme de 2007

Sous l'empire de la loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 (N° Lexbase : L8081HUT), le "statut" des gérants de tutelles était régi par les rares sources juridiques suivantes :

#### 1 - Les sources textuelles

- Sur l'inscription

Un premier décret avait été pris le 15 février 1969 (publié au JO du 4 mars 1969) sous le n° 69-195.

Ce décret prévoyait à l'article 2 (1) :

*"Peuvent être désignés par le juge des tutelles pour exercer les fonctions de gérant de la tutelle en qualité d'administrateurs spéciaux :*

**1° les anciens magistrats, auxiliaires de justice et notaires, ainsi que les anciens officiers, fonctionnaires ou agents des collectivités locales et des établissements publics figurant sur une liste, établie chaque année, par le procureur de la République ;**

*2° les associations reconnues d'utilité publique, les associations déclarées et les fondations ayant une vocation sociale et figurant sur une liste, établie chaque année, par le procureur de la République ;*

*3° les personnes physiques ou morales agréées comme tuteurs aux prestations sociales ;*

*4° les personnes exerçant les fonctions de gérant de la tutelle en application de l'article précédent".*

On peut considérer qu'en leur qualité d'auxiliaires de justice les avocats faisaient donc partie des personnes pouvant être désignées par le juge des tutelles.

Il a été modifié par un second décret n° 72-284 pris le 11 avril 1972 (publié au JO du 13 avril 1972).

Le nouvel article 2 du décret du 15 février 1969 disposait que :

*"Peuvent être désignés par le juge des tutelles pour exercer les fonctions de gérant de la tutelle en qualité d'administrateurs spéciaux :*

**1° les personnes qualifiées figurant sur une liste, établie chaque année, par le procureur de la République ;**

*2° les associations reconnues d'utilité publique, les associations déclarées et les fondations ayant une vocation sociale et figurant sur une liste, établie chaque année, par le procureur de la République ;*

*3° les personnes physiques ou morales agréées comme tuteurs aux prestations sociales ;*

*4° les personnes exerçant les fonctions de gérant de la tutelle en application de l'article précédent".*

Le caractère "qualifié" des personnes visées au 1° de l'article 2 du décret relevait donc désormais de la seule appréciation des procureurs de la République. Ce texte est resté en vigueur jusqu'à la réforme du droit des majeurs vulnérables opérée par la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, portant réforme de la protection juridique des majeurs (N° Lexbase : L6046HUH publiée au JO du 7 mars 2007), qui a supprimé les gérants de tutelle pour les remplacer par des mandataires judiciaires à la protection des majeurs : le décret du 15 février 1969 a été abrogé par le décret n° 2008-1554 du 31 décembre 2008 (N° Lexbase : L3840IC9).

En fait, il résultait de cette appréciation des procureurs de la République une extrême diversité dans les profils des personnes inscrites sur la liste. Les avocats exerçant les deux fonctions, d'avocat et de gérant de tutelles, avaient, en réalité, été inscrits sur la liste du procureur de la République antérieurement à leur inscription au barreau.

- Sur la motivation du refus d'inscription

Aux termes de la circulaire du Premier ministre en date du 28 septembre 1987 (publiée au JO du 20 octobre 1987), relative à la motivation des actes administratifs, circulaire prise pour l'application de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 (N° Lexbase : L8803AG7), la décision de refus d'inscription figurait au titre des actes administratifs à motiver.

En effet, était annexée à la circulaire une liste des décisions à motiver, ministère par ministère, et à l'annexe XXI les "Décisions à modifier concernant le ministère de la Justice".

- Sur l'assujettissement à la TVA

Les gérants de tutelle en étaient exonérés par l'instruction 4 G-14-86 du 9 octobre 1986.

La reconduction de cette exonération a été préconisée par le projet de loi de finances rectificative pour 2010, selon le rapport n° 166 (2010-2011) de M. Philippe Marini, fait au nom de la commission des finances, déposé le 13 décembre 2010.

A l'heure actuelle, aux termes de l'article 261 du CGI (N° Lexbase : L0402IWS) :

"Sont exonérés de la taxe sur la valeur ajoutée :

[...]

4. (Professions libérales et activités diverses)

[...]

8° ter Les prestations de services réalisées par les mandataires judiciaires à la protection des majeurs au sens de l'article L. 471-2 du Code de l'action sociale et des familles (N° Lexbase : L9143HWK)".

## **2 - Les sources jurisprudentielles**

- Sur la compétence juridictionnelle relative au contentieux de leur inscription

En dépit de la circulaire précitée, qui qualifiait expressément la décision de refus d'inscription d'"acte administratif", par un arrêt du 20 juin 2000 (CAA Paris, 3ème ch., 20 juin 2000, n° 98PA01284 N° Lexbase : A6654BME), la cour administrative d'appel de Paris a jugé que : "*la liste annuelle des personnes qualifiées pouvant être désignées par le juge des tutelles pour exercer les fonctions de gérant de tutelle en qualité d'administrateurs spéciaux, concerne le fonctionnement du service public judiciaire*". Dès lors, les décisions des procureurs de la République "*ne sont pas au nombre de celles qui peuvent être déferées à la juridiction administrative par la voie du recours pour excès de pouvoir*".

Le contentieux relevait donc, par défaut, de la compétence des juridictions judiciaires : fallait-il assigner les procureurs de la République devant les TGI ?

## **3 - La position du médiateur de la République**

- Sur l'inscription en qualité de délégué à la tutelle d'Etat (avant la loi du 5 mars 2007)

L'usage voulait que la tutelle d'Etat soit traditionnellement réservée aux associations tutélaires et que les administrateurs spéciaux en fussent écartés.

Une personne, dite "gérant de tutelles" inscrite sur la liste des administrateurs spéciaux depuis de nombreuses années, fut cependant désignée par le procureur de la République en septembre 1990 pour exercer les fonctions de délégué à la tutelle d'Etat. Ce résultat fut acquis en convainquant le procureur qu'un usage ne pouvait avoir force de loi.

En mars 1994, cette personne sollicita le bénéfice de la convention instituée par le décret n° 74-930 du 6 novembre 1974 afin de pouvoir percevoir l'indemnisation de ses frais. En effet, le mandataire à la tutelle d'Etat avait l'obligation d'assurer toutes les missions qu'un juge des tutelles pouvait lui confier, selon l'article 10 du décret.

En juin 1995, soit plus d'un an après, l'administration finissait par répondre qu'elle ne disposait pas des fonds nécessaires pour assurer un nouveau conventionnement. Par ailleurs, des instructions ministérielles récentes invitaient les gérants de tutelles hospitaliers à solliciter leur inscription sur la liste, "*de ce fait, l'inscription de la déléguée à la tutelle d'Etat ne pouvait recevoir une suite favorable*". On ne peut qu'être surpris de constater qu'il n'y avait pas de fonds disponibles pour un nouveau conventionnement, alors que les gérants hospitaliers étaient invités dans le même temps à développer leur service et solliciter leur inscription !

Devant un comportement aussi discriminatoire et un argument aussi fallacieux, cette personne a saisi le Médiateur de la République. Elle soutenait principalement que le financement ne dépendait pas du nombre de délégués mais du nombre de mesures confiées à l'Etat par les juges. Ainsi que le délégué à la tutelle d'Etat soit une personne morale ou une personne physique n'avait aucune incidence sur le coût de la protection judiciaire.

Ce délégué invoquait aussi l'abus de l'administration allant à l'encontre de deux décisions judiciaires

(celle du procureur de la République sur la nomination et celle du juge des tutelles lui confiant une mission), s'arrogeant le droit de ne pas les appliquer. Le 28 octobre 2000 le Médiateur de la République rappelait que le financement étant acquis pour l'année 2000 à compter du mois de janvier, la rémunération des mesures devait rétroactivement être payée pour les années 1990 à 1999. Une délégation spéciale ayant été prévue par le ministère des Affaires Sociales, la Direction départementale de Paris a dû s'incliner.

Par la suite, trois administrateurs spéciaux privés ont été ainsi nommés délégués à la tutelle d'Etat et rémunérés en tant que tels.

Hélas, rien n'a changé en matière de protection des majeurs, le comportement discriminant de l'administration est resté le même, l'usage combattu ayant été, sans doute par précaution, inscrit dans la loi.

L'argument financier est resté le même : les fonds disponibles doivent être affectés par mesure et non pas par personne mandataire. La décision récente émanant de la Direction de la cohésion sociale en date du 14 septembre 2012 de surseoir à la rémunération des mandataires privés au profit des associations, faute de fonds disponible est tout aussi discriminatoire. Elle a suscité la juste protestation du Syndicat de la Magistrature (communiqué du 17 septembre 2012). Selon l'article 450 du Code civil (**N° Lexbase : L8433HWA**), un mandataire professionnel n'a pas la possibilité de refuser d'accomplir les mesures urgentes. Il doit être rémunéré comme la loi le prévoit. Ce n'est pas à l'administration de décider arbitrairement d'exécuter ou non une décision de justice.

### **B - Le droit applicable dans les pays européens**

Il s'est agi de récolter le plus d'informations possibles sur la problématique suivante : en Europe (UE et pays proches), dans quels pays des dispositions autorisent-elles (voire imposent-elles) à l'avocat les fonctions de protection des majeurs vulnérables (sauvegarde de justice, curatelle simple, curatelle renforcée, tutelle ou leur équivalent) ; dans quels pays, des dispositions interdisent-elles (ou limitent-elles) le cumul des deux activités : avocat et mandataire à la protection des majeurs ; dans quels pays n'existe-t-il aucune disposition à ce sujet ?

La collecte d'informations s'avère difficile et le résultat est fragmentaire.

A Malte par exemple, la loi sur la protection des majeurs est en cours de vote (Congrès de la FIAPA des 23 et 24 octobre 2012).

Il ressort de la publication annuelle 2010 en langue anglaise de la Fondation France Alzheimer que seuls les Etats suivants auraient pris des dispositions visant à ce que les mandataires soient des juristes professionnels : Autriche, Danemark et Ecosse.

D'après Hélène Biais, de la délégation des Barreaux de France (DBF) à Bruxelles, il n'existe pas d'étude au niveau européen, ni d'étude émanant du Conseil consultatif des Barreaux européens sur ce point précis.

En revanche, sur demande de la commission des affaires juridiques du Parlement européen, une étude comparative des régimes juridiques de protection des majeurs incapables, a été réalisée par l'Institut suisse de droit comparé de Lausanne, en 2008. Cette étude concerne les pays suivants : Royaume-Uni, France, Allemagne, Suède, République tchèque, Roumanie.

Pour répondre à notre demande, la DBF a établi le tableau suivant, identifiant les normes relatives à la nomination de protecteurs de majeurs vulnérables et aux éventuelles interventions de l'avocat dans 14 Etats membres de l'UE.

Dans l'UE :

	<b>Dispositions générales de nomination de "protecteurs de majeurs vulnérables"</b>	<b>Mention du rôle de l'avocat comme "protecteur de majeurs vulnérables"</b>
<b>Autriche</b>	<i>Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Code civil section 279 : " <i>Sachwalterschaft</i> ")	Dans le cas où la gestion des affaires du majeur protégé exige des connaissances en droit considérables, un avocat ou

		notaire doit être nommé tuteur (arrêt "Graziani-Weiss c/ Autriche" 31950/06)*
<b>Belgique</b>	Article 393 c. civ, 488 bis (mesure provisoire) : en cas d'absence de choix des parents, le tuteur est désigné par le juge. La loi n'exige pas de qualification particulière	Art. 487 ter c. civ : La demande de mise sous statut de minorité prolongée d'un mineur ou d'un majeur est introduite par requête signée de l'Avocat des parents/tuteur  Art. 487 quinquies : assistance éventuelle de l'Avocat pour les demandeurs de prolongement de minorité. Le majeur est toujours assisté d'un avocat  Art 488 bis : le majeur a droit à la désignation d'un Avocat en cas de demande d'administration provisoire de ses biens
<b>République Tchèque</b>	§ 27 <i>Obcanský zákoník</i> (code civil) : le tribunal peut désigner une autorité administrative locale comme curateur habilité à agir en son propre nom, à moins qu'un parent de l'individu ou qu'une autre personne réunissant les exigences nécessaires pour être désigné curateur de cet individu, ne puisse l'être (Etude comparative des régimes juridiques de protection des majeurs incapables)	§ 187/1 du CPC : Si le majeur ne choisit pas un représentant lors de la procédure en incapacité, le tribunal désigne un tuteur/curateur, qui doit être avocat, pour la procédure  (Etude comparative des régimes juridiques de protection des majeurs incapables ; il y aurait eu une réforme, mais nous ne disposons pas des derniers développements)
<b>Allemagne</b>	<i>Betreuungsgesetz</i> - BtG § 1897	La loi ne pose pas d'exigence de qualification. S'il n'y a pas de bénévole le tribunal désigne un professionnel. Dans les faits, le tuteur peut être avocat (Etude du Sénat LC 148)  § 67 FGG / 317 FamFG / 419 FamFG / 297 FamFG : dispense de nomination d'une personne pour garantir les intérêts de l'adulte concerné lors de la procédure de nomination d'un tuteur si l'adulte est représenté par un avocat ou un autre représentant habilité et approprié  (Etude comparative des régimes juridiques de protection des majeurs incapables)
<b>Danemark</b>	Loi 20 août 2007, chapitre 4	Dans les faits la majorité des tuteurs agréés sont des avocats (Etude du Sénat LC 148)
<b>Espagne</b>	<i>Código Civil</i> , articles 234 et 235 : Tutelle et curatelle : le tuteur est choisi dans le cercle familial, à défaut la personne appropriée en raison de ses relations avec le majeur	<i>Código Civil</i> : article 299 à 302 : Défenseur judiciaire : nommé en cas de conflit d'intérêt avec le tuteur/curateur, en cas de vacance
<b>Italie</b>	Pas d'exigence de qualification particulière (loi n° 6 du 9 janvier 2004)	
	Curatelle : <i>Burgerlijk Wetboek</i> (BW) Livre 1, Titre 16, 1:383	

<b>Pays Bas</b>	<p>Mise sous administration : BW Livre 1, Titre 19, 1:435</p> <p>Mentorschap : BW Livre 1, Titre 20, 1:452</p> <p>Dans les trois cas aucune référence particulière à l'avocat ni exigence de qualification</p>	
<b>Roumanie</b>		<p>Article 145 code de la famille : le tribunal compétent désigne un tuteur de l'incapable majeur. Peut être tuteur toute personne physique non concernée par les cas d'exclusion de l'article 117 du code de la famille</p> <p>(Etude comparative des régimes juridiques de protection des majeurs incapables)</p>
<b>Suède</b>	<p>Chapitres 11, article 12 du <i>Föräldrabalk</i> (Code de la Famille) :</p> <p>Exigence d'être une personne droite, expérimentée et apte</p>	
<b>Angleterre et Pays de Galles</b>	<p><i>Mental Health Act 1983 Section 7 Guardianship</i> :</p> <p>Autorité locale d'assistance sociale ou Personne approuvée par l'autorité locale d'assistance sociale</p>	
<b>Ecosse</b>	<p><i>Adults with Incapacity Act 2000 Section 57 à 59 Guardianship order</i> :</p> <p>Le <i>sheriff</i> nomme tout individu qu'il considère adéquat et qui y consent ou lorsqu'il ne s'agit que du bien-être personnel de l'adulte : le responsable de l'assistance sociale locale</p>	
<b>Irlande du Nord</b>	<p><i>Mental Health Order 1986 Section 19</i></p> <p>Le <i>guardian</i> est la personne qui est nommée sur la "<i>guardianship application</i>"</p> <p><i>The Mental Capacity Act 2005 (Independent Mental Capacity Advocates - IMCA) Regulations 2006</i> : Les IMCA sont consultés en cas de décision importante à laquelle fait face un majeur vulnérable. Il est nommé par les autorités locales sur les critères de cette réglementation ou s'il fait partie d'une catégorie qui selon l'autorité locale, remplit <i>de facto</i> ces conditions (section 5)</p>	

\* Dans cet arrêt particulièrement intéressant du 18 octobre 2011, la Cour européenne des droits de l'Homme retient à l'article 41 : "*in the context of the present case, the Court considers that representation of a person before courts and authorities and managing a person's property are not services outside the ambit of the normal activities of a practising lawyer*".

\*\* Sur la Belgique, observations d'Albert Evard :

"*en ce qui concerne la tutelle d'un mineur, la tutelle officieuse, l'émancipation, la minorité prolongée, l'interdiction, la prodigalité, les régimes sont en voie d'être refondus pour aboutir selon toutes les thèses en présence à un régime ayant trait tant au gouvernement de la personne que des biens. La pratique actuelle montre que ces régimes sont déclarés obsolètes, à tort ou à raison. Je pense qu'il y a lieu de distinguer très clairement : 1) le caractère nécessaire de la présence de l'avocat pour l'introduction et le suivi de la procédure ; 2) le caractère inexistant ou facultatif, inscrit ou non dans un ordre hiérarchique inscrit dans la loi, de la nomination d'un avocat comme tuteur, curateur ad hoc, conseil judiciaire, administrateur de biens. On voit que pour des personnes présumées incapables la présence de l'avocat est obligatoire aux côtés de la personne*".

\*\*\* En Allemagne, observations de Brigitte Winni Schreiber-Baldet :

"on compte 13 000 mandataires mais on ignore le nombre d'avocats désignés par les juges. Le juge tient compte de l'importance et la complexité du dossier ainsi que du principe de subsidiarité et du choix de la personne. La mission est très détaillée. Pour l'élargir ou la modifier, le mandataire doit demander l'autorisation du juge. En Allemagne l'avocat peut être aussi notaire, ce qui permet d'inclure les actes de disposition dans la mission. Le juge désigne le mandataire en fixant une mission précise, sans différence entre assistance et représentation. Le juge peut ainsi donner mandat de représenter la personne protégée dans une procédure judiciaire en cas de besoin. L'avocat désigné doit signaler à son Ordre qu'il accepte de recevoir ces missions. Ainsi il est couvert par l'assurance responsabilité professionnelle du Barreau et fera partie à l'avenir d'une liste d'avocats spécialisés".

Hors UE :

**Suisse** Code civil, articles 363 et 380 : la loi ne comprend pas d'exigence pour les tuteurs privés.

La législation de certains pays signataires oblige un avocat à s'occuper d'un majeur protégé au motif qu'il peut le représenter devant toutes les juridictions, selon les législations allemande, autrichienne, belge, et danoise à notre connaissance. La Convention de La Haye du 13 janvier 2000, ratifiée par la France le 18 septembre 2008 et entrée en vigueur le 1er janvier 2009, prévoit que la personne protégée décide de la législation applicable sur la protection de sa personne et des biens. Un avocat étranger a donc la possibilité d'intervenir en qualité de mandataire d'une personne en France.

Par ailleurs, dans le plan d'action concernant le programme de Stockholm, la Commission européenne annonce un rapport sur l'application de la Convention de La Haye de 2000 sur la protection internationale des adultes, qui examinera aussi la nécessité de formuler des propositions supplémentaires en ce qui concerne les adultes vulnérables dans l'UE pour 2014.

Enfin, la Commission européenne annonce, en matière de garanties procédurales une proposition législative relative aux garanties particulières pour les suspects ou personnes poursuivies qui sont vulnérables pour 2013.

Au Maghreb :

<b>Maroc</b>	Article 229 du Code de la famille prévoyant la tutelle légale, la tutelle testamentaire et la tutelle dative. La loi ne comprend pas d'exigence particulière	Dahir portant loi n° 1-93-162 du 10 septembre 1993 modifié par la loi du 28 août 2008  L'avocat peut être désigné par le juge en qualité de tuteur (tuteur datif) ; l'avocat peut également être désigné par testament avant le décès du représentant légal (tuteur testamentaire)
--------------	--	--

## II - L'état des lieux en France

### A - Pour le mandataire à la protection des majeurs

L'article 450 du Code civil (**N° Lexbase : L8433HWA**) pose un réel problème.

Tel que modifié par la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, il dispose que :

*"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 inscrit sur la liste prévue à l'article L. 471-2 du Code de l'action sociale et des familles. Ce mandataire ne peut refuser d'accomplir les actes urgents que commande l'intérêt de la personne protégée, notamment les actes conservatoires indispensables à la préservation de son patrimoine".*

Et l'article L. 471-2 du Code de l'action sociale et des familles dispose que :

*"Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs sont inscrits sur une liste dressée et tenue à jour par le représentant de l'Etat dans le département.*

Cette liste comprend :

1° Les services mentionnés au 14° du I de l'article L. 312-1 ;

2° Les personnes agréées au titre de l'article L. 472-1 ;

3° Les personnes désignées dans la déclaration prévue à l'article L. 472-6.

*Les personnes inscrites sur cette liste prêtent serment dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat".*

Les avocats ne sont pas mentionnés dans cette liste qui ne dépend plus du procureur de la République depuis la loi du 5 mars 2007. Le ministère des Affaires sociales se réserve le monopole tant pour la formation que pour l'établissement de la liste qui dépend désormais de l'Agence régionale de Santé en fonction d'un schéma des besoins établi sur des critères de nature administrative et non plus judiciaire.

Il s'agit d'une méfiance difficilement tolérable à l'encontre du pouvoir judiciaire qui n'a plus vraiment son mot à dire sur le choix des mandataires proposés alors que les juges des tutelles et les procureurs sont les mieux placés pour apprécier les dysfonctionnements des mandataires qu'ils désignent et contrôlent.

Ces textes sont discriminatoires en ce qu'ils ne respectent pas l'article 6 bis de la loi du 31 décembre 1971 (**N° Lexbase : L6343AGZ**), repris par le RIN à l'article 6 (**N° Lexbase : L4063IP8**) :

*Article 6 : le champ d'activité professionnelle de l'avocat (L. 31 déc. 1971, art. 6, 6 bis, 54 à 56 ; D. 12 juill. 2005, art. 8 ; CPC, art. 411 à 417)*

#### *"6.1 Définition du champ d'activité*

*Auxiliaire de justice et acteur essentiel de la pratique universelle du droit, l'avocat a vocation à intervenir à titre professionnel dans tous les domaines de la vie civile, économique et sociale, et ce dans le respect des principes essentiels régissant la profession.*

*Il peut collaborer avec d'autres professionnels à l'occasion de l'exécution de missions nécessitant la réunion de compétences diversifiées et ce, aussi bien dans le cadre d'interventions limitées dans le temps et précisément définies que par une participation à une structure ou organisation à caractère interprofessionnel.*

#### *6.2 Missions*

*Il assiste et représente ses clients en justice, et à l'égard de toute administration ou personne chargée d'une délégation de service public, sans avoir à justifier d'un mandat écrit, sous réserve des exceptions prévues par les textes légaux et réglementaires.*

*Il fournit à ses clients toute prestation de conseil et d'assistance ayant pour objet, à titre principal ou accessoire, la mise en oeuvre des règles ou principes juridiques, la rédaction d'actes, la négociation et le suivi des relations contractuelles.*

***Il peut recevoir des missions de justice".***

La Cour européenne des droits de l'Homme, dans la décision CEDH 191 (2011) du 18 octobre 2011 "Graziani-Weiss c/ Autriche", vient de contraindre, à l'unanimité, un avocat autrichien à assumer gratuitement les fonctions de curateur d'un malade mental aux motifs :

- sur le fondement de l'article 4 de la CESDH (**N° Lexbase : L4775AQW**) qu'il ne s'agit pas d'un travail forcé, car s'il devait notamment s'occuper de la gestion des revenus de K. et de sa représentation devant les tribunaux et d'autres autorités, les tribunaux firent valoir que l'aide apportée à des membres plus vulnérables de la société représentait une obligation civique et que l'assistance juridique était au coeur des obligations professionnelles des avocats en exercice. Ce que confirme la CEDH : *"en réalité, représenter quelqu'un devant les tribunaux et les autorités et gérer ses biens fait partie des activités normales d'un avocat en exercice. De plus, on peut admettre que, dans certaines circonstances, lorsque la personne concernée n'a pas de moyens suffisants, les curateurs ne reçoivent pas de rémunération. Dans ce contexte, il faut garder à l'esprit que les avocats en exercice et les notaires bénéficient de privilèges par rapport à d'autres catégories professionnelles tels que le droit de représenter des parties dans certains types de procédures judiciaires. Partant, la Cour conclut que les services que M. Graziani-Weiss a été obligé de prendre en charge ne constituaient pas du travail forcé ou obligatoire. En conséquence, il n'y a pas eu violation de l'article 4"*. La CEDH considère que cette

obligation fait partie des missions de l'avocat et ne trouve pas choquant qu'il s'agisse en même temps d'une mission de gestion et de représentation. Elle doit être exercée gratuitement en contrepartie du privilège dont jouissent les avocats et notaires autrichiens ;

- sur le fondement de l'article 14 (interdiction de la discrimination **N° Lexbase : L4747AQU**) combiné avec l'article 4 invoqué par le requérant la Cour rappelle que la discrimination consiste à traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables. Elle admet que la pratique consistant à faire remplir des fonctions de curateur à des avocats et des notaires, mais pas à d'autres personnes ayant une formation juridique, s'analyse en une différence de traitement. Cependant, il existe des différences notables entre la catégorie professionnelle des avocats et les autres catégories de personnes ayant étudié le droit ou possédant une formation juridique mais qui ne travaillent pas en tant qu'avocat. *"Les avocats ont des droits et obligations qui sont régis par des lois et règlements spécifiques, tels que l'obligation de réussir un examen et de prendre une assurance civile avant de commencer à pratiquer. Ils sont également soumis au droit disciplinaire et exemptés de l'obligation d'être représentés par des avocats devant les tribunaux devant lesquels la représentation est normalement obligatoire. Restreindre l'obligation de faire office de curateur légal aux notaires et aux avocats n'est donc pas discriminatoire puisqu'ils ne se trouvent pas dans une situation comparable à d'autres personnes ayant une formation juridique. Dès lors, il n'y a pas eu violation de l'article 14 combiné avec l'article 4".*

Ainsi la Cour considère que l'obligation de prendre en charge un majeur protégé est fondée sur le fait que les avocats ont non seulement la formation juridique nécessaire mais surtout une qualification spécifique, une assurance professionnelle et sont soumis à un contrôle disciplinaire.

La compétence, la responsabilité et la déontologie sont le fondement de la mission confiée.

Bien qu'à l'inverse de la question posée, le droit français est lui-même discriminatoire lorsqu'il réserve aux associations tutélaires et aux professionnels agréés le monopole de l'exercice de la protection judiciaire des majeurs alors que, de par la loi, les avocats sont qualifiés pour exercer des mandats judiciaires.

De même, pour le mandat de protection future, le professionnel privé avocat subit un statut discriminatoire.

En effet, aux termes de l'article 480 du Code civil (**N° Lexbase : L3417IQM**) : "Le mandataire peut être toute personne physique choisie par le mandant ou 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.

*Le mandataire doit, 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 le dernier alinéa de l'article 445 du présent code.*

*Il ne peut, pendant cette exécution, être déchargé de ses fonctions qu'avec l'autorisation du juge des tutelles".*

Ce texte limite le mandat de protection future confié à une personne morale à un MJPM agréé par le ministère des Affaires sociales, ce qui est discriminatoire et interdit de fait à une société ou association d'avocats d'exercer le mandat.

L'intérêt est pourtant d'organiser la pérennité du mandat, en le confiant à une personne morale, qui pourra compenser l'éventuelle défaillance de la personne physique mandatée, sous réserve bien sûr de sa qualification.

Selon l'article L. 472-1 du Code de l'action sociale et des familles : *"Les personnes physiques qui exercent à titre individuel et habituel 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, font l'objet, préalablement à leur inscription sur la liste prévue à l'article L. 471-2, d'un agrément en qualité de mandataire judiciaire à la protection des majeurs.*

*L'agrément est délivré par le représentant de l'Etat dans le département, après vérification que la personne satisfait aux conditions prévues par les articles L. 471-4 et L. 472-2 et avis conforme du*

*procureur de la République.*

*L'agrément doit s'inscrire dans les objectifs et répondre aux besoins fixés par le schéma régional d'organisation sociale et médico-sociale prévu à l'article L. 312-5...*

*Tout changement affectant les conditions prévues par les articles L. 471-4 et L. 472-2 ainsi que la nature des mesures que les personnes physiques exercent à titre individuel comme mandataire judiciaire à la protection des majeurs justifie un nouvel agrément dans les conditions prévues aux alinéas précédents".*

## **B - La nouvelle formulation souhaitée**

### **1 - La formation**

Etre titulaire d'un certificat national de compétence est à exclure, compte tenu de la formation en droit nécessaire pour être avocat.

En revanche, on peut rappeler qu'une solide qualification supplémentaire notamment au moyen d'un DU de MJPM, peut être proposée par diverses universités françaises dont deux universités en Région parisienne : les universités Paris XII et Paris II.

Une convention pourrait être signée entre les CRFPA et ces universités pour promouvoir les enseignements intéressants pour la pratique de tous les avocats, notamment dans les matières pour lesquelles ils sont moins formés comme le droit des aides sociales et la gestion de patrimoine.

N'oublions pas la formation de professionnel qualifié délivrée par l'Association nationale des avocats mandataires judiciaires, délivrée en collaboration avec le CRFPA de Poitiers.

Dans le cadre de la déclaration d'activité ou de la mission de MJPM, le Bâtonnier aura la possibilité de vérifier que le déclarant justifie des qualifications et de l'expérience nécessaires sans qu'un certificat ou une formation complémentaire n'aient besoin d'être imposées.

### **2 - Le contrôle du Bâtonnier**

Comme le fiduciaire, l'avocat mandataire veillera au plan matériel à l'identification claire et spécifique des dossiers de protection, lesquels devront faire l'objet d'un rangement et d'un archivage séparé.

### **3 - La nécessaire réforme législative**

Les textes doivent être mis en conformité avec la loi du 31 décembre 1971 :

Il faudrait compléter l'article 450 du Code civil : "*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 inscrit sur la liste prévue à l'article L. 471-2 du code de l'action sociale et des familles **ou un avocat**. Ce mandataire ne peut refuser d'accomplir les actes urgents que commande l'intérêt de la personne protégée, notamment les actes conservatoires indispensables à la préservation de son patrimoine".*

Et également compléter l'article L. 472-1 du Code de l'action sociale et des familles : "**Sont dispensés de l'agrément les avocats régulièrement inscrits à un Ordre**".

Il faut aussi veiller à ce que la proposition de loi au Sénat visant à la création d'un ordre des mandataires judiciaires à la protection des majeurs précise bien : "**Compte tenu de leur déontologie et de leur qualification professionnelle, la présente loi ne s'appliquera pas aux avocats ou sociétés et associations d'avocats remplissant un mandat de protection judiciaire ou un mandat de protection future**".

Enfin, ajouter à l'article D. 471-4 du Code de l'action sociale et des familles : "**Un avocat régulièrement inscrit à son Ordre est présumé avoir la qualification de mandataire judiciaire à la protection des majeurs et en conséquence est dispensé de l'obtention de l'agrément prévu par les articles D. 471-1 à D. 471-10 et D. 471-25 du présent code**".

### **4 - La dénomination : Pourquoi avocat protecteur plutôt que mandataire ?**

La question est la suivante : comment traduire d'une façon claire -qui soit parlante de façon immédiate et évidente- les fonctions (actuelles ou à venir) dans lesquelles un avocat intervient pour défendre les intérêts civils d'un majeur vulnérable ?

D'une part, l'irruption des "nouveaux métiers" de l'avocat connaît une floraison d'appellations de "mandataire", étant précisé qu'il s'agit là de mandats purement contractuels : avocat mandataire de sportifs, avocat mandataire en transactions immobilières, peut-être bientôt avocat mandataire d'artistes et d'auteurs. Le terme de mandataire commence à trop embrasser ce qui le conduira inéluctablement à mal êtreindre.

Lors de son congrès à Montpellier la Confédération nationale des avocats a pris une motion le 13 octobre 2012 dans les termes suivants :

*"Le nouvel administrateur civil qui gère les biens de la personne protégée doit être nommé fiduciaire par le Tribunal ou par celui qui a rédigé le mandat à effet posthume et / ou de protection future".*

Cette formulation ambiguë ne convient pas car la fonction d'administrateur civil correspond à une fonction purement administrative et ne peut donc être retenue.

D'autre part, cette irruption des "nouveaux métiers" a vu apparaître une technique de gestion du patrimoine, totalement extérieure au domaine du mandat, la fiducie gestion qui est susceptible de trouver application pour la gestion du patrimoine d'incapables majeurs. C'est d'ailleurs l'opinion de Mme Fresnel : *"la fiducie permettrait d'éviter de recourir à une mesure de protection [...]"* (cf. F. Fresnel, *La fiducie et les personnes vulnérables* in RJPF, 1er avril 2005, pp. 28-29), auteur d'une thèse soutenue à Paris II en 1995 et intitulée *La fiducie comme technique de protection des majeurs en difficulté*.

Enfin, et c'est le but vers lequel tend la présente étude, l'avocat pourrait se trouver susceptible d'intervenir pour la défense du patrimoine d'un majeur vulnérable au titre d'un mandat judiciaire.

Si les voies conduisant à cette situation de protection du majeur vulnérable par un avocat sont multiples, l'objectif reste, lui, exclusivement la protection.

C'est donc en fonction du but à atteindre et non pas des moyens pour y parvenir qu'il convient de rechercher une appellation pour désigner cette fonction protectrice de l'avocat.

Force est alors de renoncer aux appellations du type "avocat-tuteur", "avocat-curateur" etc. qui, outre le fait qu'elles sont très réductrices (si l'avocat est "tuteur" *stricto sensu*, il n'est pas "curateur" et réciproquement), ne rendent pas compte des situations de protection résultant d'une désignation purement contractuelle, que celle-ci ait recours à la technique du mandat ou à celle de la fiducie.

Force est aussi de renoncer à l'appellation d'"avocat mandataire", qui commence à prendre un caractère d'appellation "à tout faire" et ne prend pas en compte les situations nées d'une fiducie.

Seul le terme de "protecteur" permet de regrouper sous un vocable unique les différentes situations dans lesquelles un avocat peut se retrouver investi de la protection d'un majeur vulnérable :

- par un mandat purement contractuel (cas du mandat de protection future - article 477 du Code civil),
- par un mandat partiellement contractuel/partiellement judiciaire (cas de la désignation anticipée en qualité de curateur ou de tuteur - article 448 alinéa 1 du Code civil),
- par un mandat purement judiciaire (cas le plus fréquent - article 450 du Code civil),
- par l'instauration d'une fiducie.

### **III - L'apport de l'avocat à la fonction**

Les avocats ont vocation à être désignés dans les dossiers complexes, nécessitant une solide culture juridique, en des matières très techniques comme le droit des contrats, des personnes, des nullités, des partages, etc..

Ils sont prêts à exercer pleinement une mission riche et passionnante d'aide à la personne qui nécessite des connaissances en droit de la santé et du consentement.

Ces missions de protections sont très proches de leur mission traditionnelle de défenseur.

La profession de MJPM figure exactement dans la même sous-classe que l'avocat : 69.10.Z (INSEE).

NAF rév. 2, 2008 - Sous-classe 69.10Z Activités juridiques

M Activités spécialisées, scientifiques et techniques

69 Activités juridiques et comptables

69.1 Activités juridiques

69.10 Activités juridiques

69.10Z Activités juridiques

Cette sous-classe comprend	Cette sous-classe comprend aussi
<ul style="list-style-type: none"> <li>- la représentation juridique d'une partie contre une partie adverse, que ce soit ou non devant des tribunaux ou d'autres organes judiciaires, par des membres du barreau ou sous leur contrôle :               <ul style="list-style-type: none"> <li>. conseil et représentation dans des affaires civiles</li> <li>. conseil et représentation dans des affaires pénales</li> <li>. conseil et représentation en relation avec des conflits du travail</li> </ul> </li> <li>- le conseil et l'assistance juridique de nature générale, la rédaction de documents juridiques :               <ul style="list-style-type: none"> <li>. statuts, accords d'association ou documents analogues relatifs à la constitution de sociétés</li> <li>. brevets et droits d'auteurs</li> <li>. rédaction d'actes, de testaments, d'actes fiduciaires, etc.</li> </ul> </li> <li>- les autres activités des notaires, des huissiers, des juges d'instruction et des arbitres</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- les activités des commissaires-priseurs dans un cadre juridique</li> <li>- la gestion de tutelles et de curatelles</li> </ul>
<p>Cette sous-classe ne comprend pas</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- les activités des tribunaux (cf. 84.23Z)</li> </ul>	

### **Le témoignage d'un avocat non encore agréé MJPM**

*"S'agissant de mon expérience récente, je vous indique que si j'ai obtenu le DU de MJPM, il m'est demandé d'effectuer un stage pour obtenir le CNC. Or, j'ai remarqué qu'en tant qu'avocat, j'éprouve jusqu'à ce jour les plus grandes difficultés à trouver un stage pratique. Des esprits suspicieux pourraient être tentés d'en déduire que les MJPM en place voient dans les avocats des concurrents sérieux et ne veulent pas leur faciliter la tâche [...]"*.

Il faut évidemment se garder de toute généralisation, un autre avocat diplômé (DU) et non encore agréé MJPM signale avoir été bien accueilli par les MJPM de Paris et s'être vu proposer des stages pratiques chez eux.

### **Le témoignage d'un avocat agréé MJPM**

*"Quand j'ai entrepris de faire évoluer mon activité professionnelle vers "la gérance de tutelle" dans le cadre de la nouvelle loi, j'ai étudié le meilleur moyen pour acquérir les connaissances requises pour exercer ce mandat. Il ne s'agissait pas seulement de mettre à jour mes connaissances juridiques en droit de la famille (ce n'est ni ma formation de base ni ma pratique en qualité d'avocat) mais également d'apprécier la nature même de la fonction. Avant de me lancer dans le cursus universitaire DU de MJPM à Paris XII Créteil couplé avec le CNC, je me suis rapprochée de l'Ordre des avocats pour me faire confirmer qu'il n'existait aucune incompatibilité pour exercer les deux fonctions en même temps."*

Les deux diplômes, DU et CNC, obtenus en juillet 2010, j'ai présenté les demandes d'agrément à Paris et dans les Hauts-de-Seine en septembre 2010. A Paris, rejet immédiat en considération du "schéma régional" déterminé par l'Agence Régionale de Santé. Dans les Hauts-de-Seine, ma demande a été retenue et j'ai attendu ma convocation devant la commission ad hoc, puisque telle est la procédure retenue dans ce département. J'ai été convoquée en avril 2011, l'agrément m'a été accordé en juillet 2011. Je me suis installée en octobre 2011 et je gère actuellement un peu plus d'une quinzaine de dossiers. A Paris, j'ai présenté une nouvelle demande d'agrément en septembre 2011 qui m'a été refusée par décision tacite. J'ai su, pour l'avoir demandé officiellement, que le Parquet avait émis un avis défavorable sans motivation, avis conforme, suivi par la Direction Départementale de la Cohésion Sociale parisienne. Je suppose que ma qualité d'avocat au barreau de Paris a été le motif inavoué de cet avis. Je suppose qu'il s'agissait de ne pas me permettre d'exercer cette fonction dans le ressort de la cour d'appel de Paris. J'ai présenté ma demande d'agrément une troisième fois. J'attends la réponse... Pour être franche, je ne me suis jamais posée de question sur le bien fondé de l'agrément puisque telle est l'exigence légale, d'autant que j'avais obtenu l'aval de mon Bâtonnier. Mon parcours m'a permis de constater que la grande diversité de recrutement des MJPM pose problème. Ils sont nombreux à venir du secteur social sans bien mesurer l'impact de la gestion du juridique et aussi de la lourdeur de la gestion administrative des dossiers et du patrimoine, qu'ils soient importants ou non. Il y aurait beaucoup à dire sur la formation dispensée dans le but d'obtenir le seul CNC. Certaines mesures relèvent bien sûr de l'assistance sociale (mise en place des aides APA, MDPH, etc.), mais tous les dossiers impliquent un minimum de compétence juridique, ne serait-ce que pour distinguer la nature des actes civils : actes courants, d'administration ou de disposition... Dans la pratique, suivant la mesure, l'importance du patrimoine, des revenus, ces actes peuvent passer d'une catégorie à l'autre... à nous d'apprécier de solliciter ou non le juge pour se faire autoriser à signer tel acte ou effectuer tel placement financier...

Ce métier n'est sûrement pas un métier relevant du seul "social" car les dossiers qui me sont confiés, que les protégés supportent ou non le coût de la rémunération, sont juridiquement complexes.

Les contrats qui ont pu être souscrits, les situations juridiques créées par la vulnérabilité de la personne, sa situation familiale ou son entourage obligent à des connaissances juridiques pour trouver la solution aux problèmes posés. Le MJPM est au coeur de la vie de la personne et dispose d'un pouvoir certain. Il s'engage parce qu'il a les moyens de le faire. Les créanciers, heureux d'avoir enfin un interlocuteur, sont prêts à effacer, négocier et patienter pour le règlement de leur créance. La formation et les habitudes des avocats sont un atout essentiel pour dénouer bien des situations.

Sachant par expérience, exposer une situation, dégager le problème juridique, présenter et justifier une solution, je peux espérer obtenir ce que je souhaite pour mieux assurer la protection du majeur.

Le juge, je crois, sait très vite à qui il a affaire.

Il ne faut pas oublier la dimension psychologique d'une mesure. Très souvent la mesure de protection est perçue comme privative de liberté, elle est imposée, la personne n'a pas choisi son "protecteur" qui est ressenti comme un ennemi empêchant de vivre à sa façon.

Le conflit peut vite arriver et les familles ont lourdement tendance à se "mêler" des décisions ou de ce qu'il faudrait faire, estimant à tort ou à raison, avoir un droit de regard sur le travail du mandataire, au titre de leur filiation... Cette immixtion est à contrôler et n'est pas toujours facile à vivre... Un avocat sait gérer des relations complexes à multiples interlocuteurs.

En définitive, métier passionnant, fatigant, chronophage, mal payé ; mais je pense que nous rendons un vrai service à beaucoup d'aidants familiaux, épuisés par l'ampleur des problèmes à résoudre...

Voici, rapidement brossées, mes premières impressions au bout d'un an d'exercice. Un avocat ou ancien avocat a toute sa place dans ce secteur d'activité.

NB En qualité de MJPM je cotise toujours au régime social des avocats tant pour l'assurance maladie que la retraite et l'URSSAF. Les émoluments de MJPM sont donc assujettis à mes cotisations sociales d'avocat".

#### **IV - En conclusion**

##### **1 - L'avocat ne peut pas exercer la protection d'un majeur vulnérable en qualité de MJPM.**

Sur ce sujet, voir l'étude approfondie de Diego Pollet, *L'avocat-tuteur ? Convictions et questions subsistantes - Compte rendu de la réunion de la Commission ouverte Famille du barreau de Paris*, Lexbase Hebdo n° 120 du 10 mai 2012 - édition professions (N° Lexbase : N1732BTC).

Pour des motifs déontologiques :

- la nécessité d'un agrément, alors que l'avocat est déjà auxiliaire de justice,
- la prestation de serment, alors que l'avocat a déjà prêté serment devant la cour d'appel,
- le contrôle du préfet est incompatible avec celui de l'Ordre auquel appartient déjà l'avocat.

## **2 - L'avocat peut exercer en sa qualité propre la protection d'un majeur vulnérable**

En sa qualité de mandataire. L'avocat peut recevoir de ses clients un mandat écrit déterminant la nature, l'étendue, la durée de sa mission, les conditions et modes d'exécution de la fin de celle-ci ainsi que les modalités de sa rémunération. La mission peut comporter notamment : la négociation, l'action et la signature au nom et pour le compte du client ; elle peut emporter désignation comme représentant fiscal du client. Nul doute que le mandat ainsi conçu peut aller jusqu'à inclure la protection future du client ; selon l'article 480 alinéa 1 du Code civil : "*Le mandataire peut être toute personne physique choisie par le mandant ou une personne morale [...]*" et ce, d'autant plus que l'avocat pourra même avoir contribué à la sécurité juridique et à la conservation du mandat de protection future au moyen d'un acte d'avocat.

En qualité d'avocat fiduciaire. L'avocat s'est vu reconnaître la possibilité d'exercer en tant que fiduciaire et la fiducie gestion est l'un des moyens de protéger les majeurs en difficulté.

En qualité d'avocat investi d'une mission de justice. Au nombre des missions que la justice est susceptible de confier à un avocat, pourquoi ne figurerait pas la mission de protection d'un majeur vulnérable dans le cas le plus fréquent où la personne n'a pas anticipé totalement (en conférant un mandat de protection future) ou partiellement (en désignant à l'avance un éventuel tuteur ou curateur) l'organisation de son incapacité future ? Quels obstacles s'opposeraient à la désignation d'un avocat au titre de cette mission de justice qui lui est *a priori* permise comme toute autre mission de justice ? Cette éventualité avait déjà été envisagée sous l'empire de la loi du 3 janvier 1968 par le conseil de l'Ordre des avocats de Paris (Rapport de Mme Boitelle-Cousseau).

### Objections opposées par ceux qui confondent la protection des majeurs et la qualité de MJPM.

Première objection : la profession d'avocat est incompatible avec toute autre profession, dont celle de MJPM. Cette objection ne tient pas. Il ne s'agit justement pas d'exercer une autre profession puisque l'accomplissement de missions confiées par la justice entre précisément dans les missions de l'avocat. On observera du reste que lorsque l'avocat se livre à l'intermédiation en matière immobilière, il n'exerce pas la profession d'agent immobilier. De même, l'avocat mandataire de sportifs n'exerce pas la profession d'agent sportif. Ces deux professions sont des métiers à part entière. S'il peut être judiciairement missionné pour protéger un majeur vulnérable, l'avocat n'exercera pas davantage la profession de MJPM, laquelle constitue pourtant, par ailleurs, une profession à part entière.

Deuxième objection : l'avocat y perdrait son indépendance car c'est le préfet qui tient le registre des agréments des MJPM. Ici encore, le parallèle avec l'avocat mandataire en transactions immobilières permet d'écarteler l'argument. C'est le préfet qui délivre l'agrément aux agents immobiliers. Il ne délivre aucun agrément aux avocats mandataires en transactions immobilières. Il ne faut pas que l'arbre cache la forêt, en d'autres termes que les caractéristiques propres aux MJPM viennent interférer avec la fonction de protecteur que l'avocat exercerait dans le cadre de sa profession propre. Cette dernière est dotée de son propre contrôle, de sa propre réglementation, de ses propres garanties et bénéficie d'une déontologie stricte et protectrice.

Troisième objection : la profession de MJPM relève au moins autant du travail social voire médico-social que du droit. L'avocat ne serait pas qualifié dans les premiers de ces aspects de la fonction. Prétendre le contraire équivaudrait à proposer aux travailleurs sociaux une "passerelle" entre leur métier et le nôtre au motif qu'ils doivent exercer une activité juridique dans l'exercice de leur mandat ! Il convient d'observer alors qu'un avocat peut exercer les fonctions de mandataire de sportifs, ou de mandataire en transactions immobilières, il n'est pas question pour autant de proposer aux agents immobiliers ou aux agents sportifs d'embrasser la profession d'avocat ; les deux professions précitées

(agent immobilier, agent sportif) nécessitent également l'acquisition d'un corpus de connaissances relevant d'un domaine propre extra-juridique (par ex. les techniques du bâtiment pour le premier, la gestion de carrière d'un sportif pour le second) ce qui n'empêche pas l'avocat d'exercer des mandats dans ces domaines. D'autre part, l'avocat sait remplir un dossier et faire du secrétariat. En droit de la famille, il sait présenter le budget d'un ménage. Il est plus facile d'apprendre à remplir un dossier administratif que de contester le refus de l'administration d'octroyer les droits en exigeant le respect de la loi. L'avocat, premier défenseur des personnes est parfaitement qualifié dans tous les domaines.

Quatrième objection : Le MJPM n'est pas soumis au secret professionnel. C'est également le cas de l'avocat fiduciaire. Pour cette raison, les dossiers doivent être séparés.

### **3 - Les conséquences pour l'exercice professionnel**

- Le secret professionnel n'est pas le même car le mandataire judiciaire n'est pas soumis au secret professionnel en l'état, mais la loi doit être modifiée sur ce point (intervention de M.-H. Isern-Real aux Assises de la Tutelle février 2012).

- Le mandataire judiciaire peut recevoir des injonctions du juge, ce qui est aussi le cas de l'avocat en procédure.

- L'avocat reste sous le contrôle du Bâtonnier.

- Les dossiers doivent être totalement individualisés et séparés, le papier à en-tête différent.

- Il ne peut être en même temps mandataire civil et représentant au procès, sous réserve de l'harmonisation du statut de l'avocat avec le droit européen sous l'influence de la Convention de La Haye et des décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme.

- L'avocat mandataire judiciaire doit conserver les comptes bancaires de son protégé. Mais une garantie supplémentaire pourrait être apportée en permettant, *via* la CARPA d'ouvrir des comptes d'avocat protecteur, car rien à ce jour ne s'y oppose. Selon la communication d'Hélène Poivey-Leclercq au conseil de l'Ordre de Paris (Bulletin du Barreau n° 40 du 7 décembre 2010), si le majeur protégé n'a pas de compte, le mandataire doit lui en ouvrir un à la Caisse des dépôts et consignations, ou auprès d'un organisme agréé, ce qu'est incontestablement la CARPA ; cependant, un compte de gestion au nom du protégé peut être ouvert par le mandataire après autorisation du juge pour des raisons de commodité pratique. Dans ce cas Mme Poivey-Leclercq estime que ce compte doit être obligatoirement ouvert au nom du protégé à la CARPA. Une garantie supplémentaire est ainsi donnée au justiciable et aux pouvoirs publics concernant le maniement des fonds, bien supérieure à celle imposée à tous les professionnels agréés.

- La mission de mandataire étant conforme au règlement intérieur national la mission est prise en charge par l'assurance responsabilité professionnelle des avocats (Convention préparatoire à la convention de Nantes du CNB du 31 mai 2011 Les nouveaux champs d'activité en droit des personnes).

On peut espérer que le Défenseur des droits en 2013 soutiendra la même jurisprudence que le Médiateur de la République lors de son intervention de l'année 2000. La loi doit être adaptée à la législation européenne, faire cesser l'arbitraire et la discrimination entre professions juridiques, prévoir que le juge peut avoir besoin d'un vrai juriste, expérimenté, compétent, contrôlé par son Ordre, apportant les garanties de l'assurance professionnelle des avocats et de représentation des fonds de la CARPA.

Ainsi la mission de défense de l'avocat dans l'intérêt des plus vulnérables sera exercée au plus près de leurs besoins.

la sous-commission "Les protections des personnes vulnérables" de la commission ouverte "Droit de la famille" du barreau de Paris

