N°363263
Fédération hospitalière de France
Association nationale des mandataires judiciaires
à la protection des majeurs

1^{ère} et 6^{ème} sous-sections réunies
Séance du 29 septembre 2014
Lecture du 22 octobre 2014

CONCLUSIONS

M. Alexandre LALLET, rapporteur public

La protection des majeurs incapables peut être assurée par un membre de la famille ou un proche, ou par un professionnel appelé « mandataire judiciaire à la protection des majeurs », inscrit sur une liste dressée et tenue à jour par le préfet¹. S'agissant des majeurs soignés ou placés en établissement, il est courant, pour des raisons pratiques, que soit désigné en cette qualité un préposé de la structure d'accueil. Initialement réservé aux établissements de santé, ce dispositif a été étendu à tout établissement social ou médico-social par la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs. On compte aujourd'hui plus de 700 préposés en charge de quelques 36 000 mandats.

Lorsque ces établissements sont publics, se pose la question de l'articulation entre l'intervention du préposé de ces établissements ou services et celle du comptable public. En effet, les fonds de la personne confiés à l'établissement sont des fonds privés réglementés (CE, 6 avril 2001, G... et T..., n° 198501, aux T.). En conséquence, et sous réserve des régies, le comptable public est seul compétent pour les manier puisque l'article 60 de la loi du 23 février 1963 et l'article 11 du décret de 29 décembre 1962 portant règlement général de la comptabilité publique² alors en vigueur confient compétence au comptable public pour manipuler non seulement les fonds publics, mais

1

¹ Art. L. 471-2 du CASF

2

² Devenu l'article 18 du décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012.

aussi les fonds et valeurs confiés aux organismes publics quoique appartenant à des personnes privées (CE, 28 décembre 2012, C..., n° 352316, aux T.).

Les articles 427 et 498 du code civil renvoient sur ce point à un décret en Conseil d'Etat. Tel est l'objet du décret n° 2012-663 du 4 mai 2012 dont la Fédération hospitalière de France (FHF), qui représente des établissements publics de santé et médico-sociaux, et l'association nationale des mandataires judiciaires à la protection des majeurs (ANMJPM), qui défend les intérêts de l'ensemble de ces professionnels, y compris ceux des préposés d'établissement, vous demandent l'annulation.

Le recours gracieux qu'ils ont introduit auprès de la ministre ne portait que sur les articles 3, 8 et 12 du décret et n'a pu conserver le délai de recours contentieux que dans cette mesure. Les conclusions sont donc irrecevables pour le surplus.

La première critique porte sur l'article 3 du décret. Il prévoit que les opérations de dépenses ou de recettes relatives à la gestion du patrimoine du majeur protégé qui est soigné ou hébergé dans un établissement public de santé, social ou médico-social donnent lieu à l'émission d'ordres de dépenses et de recettes par le préposé, qui les transmet au comptable public. Le 3^{ème} et dernier alinéa régit le cas de l'empêchement du préposé. Deux conséquences s'y attachent :

- D'une part, le directeur de l'établissement doit en informer le comptable public ;
- D'autre part – et c'est là que le bât blesse – les obligations du préposé sont « *exécutées par son délégataire ou à défaut, par le directeur de l'établissement* ».

L'argumentation des requérants est tout entière concentrée sur l'intervention du directeur, qu'ils estiment contraire à l'article L. 472-6 du code de l'action sociale et des familles.

Selon le premier alinéa de cet article, l'établissement ne peut désigner l'un de ses agents en qualité de mandataire judiciaire à la protection des majeurs que si un exercice indépendant des mesures de protection qui lui sont confiées par le juge peut être assuré de manière effective.

Il est tout à fait exact, comme le relève le ministre, que cette disposition vise avant tout à encadrer la désignation des préposés, en vue de prévenir les conflits entre les intérêts du majeur protégé et ceux de l'établissement. L'article L. 472-8 permet ainsi au préfet de faire opposition à la déclaration d'un préposé qui ne remplirait pas les conditions requises pour exercer ces fonctions, notamment la condition d'indépendance. Et, s'il en était besoin, l'article R. 472-17 met en œuvre cette règle en précisant que le responsable de l'établissement et les personnes intervenant auprès des personnes accueillies par l'établissement ne peuvent être désignés préposés. Mais on voit bien que

l'exigence d'indépendance serait largement privée d'effet utile si le directeur pouvait se substituer en cours de route au préposé déclaré.

Cette possibilité est certes circonscrite au cas de l'empêchement du préposé. Mais rien dans la loi ne permet une telle dérogation. En outre, contrairement au droit antérieur³, l'empêchement dont il est question n'est nullement limité aux situations d'urgence, pour lesquelles vous auriez éventuellement pu consentir un effort. Or il n'est pas acceptable que le directeur de l'établissement puisse durablement se substituer à un préposé malade, par exemple. Enfin, le décret aurait tout à fait pu envisager d'autres mécanismes, respectueux de la règle d'indépendance. Outre que les établissements peuvent désigner plusieurs préposés en leur sein pour parer à cette éventualité, l'article L. 472-5 du code de l'action sociale et des familles leur permet, alternativement, de confier l'exercice des mesures de protection à un service spécialisé, géré par eux ou par un syndicat interhospitalier, un GIP ou un groupement de coopération sanitaire, sociale ou médico-sociale, ou encore de passer convention avec un autre établissement doté d'un préposé ou d'un service de gestion tutélaire.

En réalité, le mécanisme de substitution envisagé par la disposition litigieuse souffre d'un vice plus grave, également pointé par les requérants. Il permet en effet de confier l'exécution du mandat judiciaire à une personne – le directeur de l'établissement – qui non seulement n'a pas été déclarée au préfet, mais en plus n'a pas été habilitée par le juge des tutelles à intervenir dans les affaires des personnes protégées par le préposé empêché.

Or en vertu de l'article 452 du code civil, la curatelle et la tutelle sont des charges personnelles. Les possibilités de délégation sont limitativement énumérées par la loi :

- D'une part, le même article 452 permet au tuteur de s'adjoindre, sous sa responsabilité, le concours d'un tiers majeurs pour l'accomplissement d'un nombre très limité d'actes, prévus à l'article 3 du décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008. Il s'agit des « *actes conservatoires qui permettent de sauvegarder le patrimoine ou de soustraire un bien à un péril imminent* », et d'actes d'administration limitativement énumérés qui n'emportent ni paiement, ni encaissement de sommes d'argent⁴.

3

³ La disposition litigieuse est une extension de l'ancien article 1^{er} du décret n° 69-196 du 15 février 1969 que le décret attaqué abroge, et qui prévoyait seulement que le directeur de l'établissement devait accomplir les actes conservatoires nécessités par la gestion du patrimoine de l'incapable majeur.

4

3

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

- D'autre part, l'article 500 prévoit que le juge peut autoriser le tuteur à inclure dans les frais de gestion la rémunération des administrateurs particuliers dont il demande le concours sous sa propre responsabilité⁵.

En-dehors de ces cas, auxquels le décret nous semble se référer à travers la notion de « déléataire »⁶, seul le juge des tutelles pourra désigner un nouveau mandataire judiciaire⁷. Il en résulte certes un alourdissement de sa charge de travail, déjà lourde, mais c'est là la conséquence inévitable du mécanisme de représentation légale prévu par la loi. Nous vous proposons en conséquence de censurer le décret en tant qu'il prévoit l'intervention du directeur.

Les requérants s'en prennent ensuite aux articles 8 et 12 du décret. Le premier prévoit la possibilité de mettre en place, dans les établissements publics de santé, sociaux et médico-sociaux dans lesquels les majeurs protégés sont soignés ou hébergés, une régie d'avances et/ou de recettes pour l'exécution des opérations financières des personnes protégées, qui peut être confiée au préposé mandataire. Le second institue l'obligation d'une telle régie pour les majeurs relevant du chapitre II du décret, qui vise deux hypothèses :

⁵ Ces derniers actes sont hors champ de l'article 3 du décret litigieux, qui ne traite que des opérations de dépenses et de recettes.

5

⁶ Il ressort des travaux préparatoires de la loi de 2007 que cette disposition vise l'hypothèse où le tuteur décide de s'adjoindre le concours de professionnels, comme un cabinet de placement en bourse, un bureau de gestion patrimoniale, un avocat ou un notaire, en leur confiant certains aspects de la gestion patrimoniale, et qu'elle ne recoupe pas entièrement la disposition précédente (V. le rapport du député Blessig en 1ère lecture, p. 210).

6

⁷ Ce terme ne pourrait, à notre avis, légalement se rapporter à d'autres personnes.

7

⁸ Le cas échéant sur saisine du subrogé tuteur qu'il aura désigné parmi les mandataires judiciaires inscrits sur la liste, en vertu de l'article 454 du code civil, pour surveiller les actes du tuteur. Dans tous les cas, une fois le nouveau mandataire désigné par le juge des tutelles, ce dernier 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, en vertu de l'article 450. Ceci permet de parer aux situations d'urgence.

- D'une part, celui du majeur protégé qui n'est ni soigné, ni hébergé dans un tel établissement, mais dont le mandataire judiciaire est un préposé de celui-ci : concrètement, cela vise essentiellement le cas dans lequel le préposé qui avait été désigné lors du séjour du majeur protégé dans l'établissement n'a pas été déchargé de son mandat par le juge des tutelles après sa sortie⁸.
- D'autre part, celui des mandataires préposés d'établissements publics autres que les établissements de santé, sociaux et médico-sociaux⁹.

Dans ces deux hypothèses, les opérations de recettes et de dépenses du majeur sont exécutées par un régisseur, sans intervention du comptable public¹⁰.

Partant de l'idée que le préposé est aussi ordonnateur, les requérants soutiennent que ces articles méconnaissent le principe de séparation des ordonnateurs et des comptables posé par l'article 20 du décret du 29 décembre 1962 portant RGCP, et l'article R. 1617-3 du code général des collectivités territoriales qui encadre la nomination des régisseurs et pose notamment une règle d'incompatibilité de ces fonctions avec celles d'ordonnateur.

Le moyen est vain. Car à supposer qu'il déroge à ces dispositions, le décret en Conseil d'Etat litigieux aurait pu légalement le faire puisqu'il s'agit de textes de même

8

□ L'article 451 du code civil ne prévoit la désignation d'un préposé que dans le cas où la personne y est « hébergée ou soignée ». Mais il ne dispose nullement que le mandat prendrait fin dès lors que la personne en sort.

9

□ Selon une instruction de la DGFIP du 7 février 2014 (n° 14-0005, p. 19), ceci vise les centres communaux d'action sociaux, les GIP et groupements de coopération sanitaire, sociale ou médico-sociale géré en comptabilité publique.

10

□ Vous remarquerez que les articles 427 et 498 du code civil ne traitent que des préposés des établissements de santé et des établissements sociaux ou médico-sociaux soumis aux règles de la comptabilité publique. Les autres établissements publics ne sont pas visés. On peut donc s'interroger sur la compétence du Gouvernement pour les inclure dans le champ du chapitre II. Cette compétence pourrait être fondée sur le 2^{ème} alinéa de l'article L. 472-5 du CASF, qui permet à l'établissement public de santé, social ou médico-social de confier la mission de préposé à un service dédié, géré par l'un des organismes qu'il énumère. Il conviendrait alors de circonscrire le champ d'application organique de la première phrase de l'article 11 à ces organismes.

niveau, étant rappelé que le principe de séparation de l'ordonnateur et du comptable n'est pas un principe général du droit (CE, 22 février 2008, Syndicat national des services du Trésor – FO, n° 295281, aux T.).

Mais plus radicalement, nous pensons que les articles 8 et 12 n'introduisent aucune dérogation à ces règles. D'une part, ils renvoient expressément aux articles du code général des collectivités territoriales relatifs au fonctionnement d'une régie, ce qui inclut l'article R. 1617-3 pour ce qui concerne les modalités de désignation du régisseur. En particulier, le régisseur sera désigné par l'ordonnateur sur avis conforme du comptable public¹¹. D'autre part, bien qu'il émette des ordres de dépenses et de recettes, le préposé mandataire n'a pas lui-même la qualité d'ordonnateur au sens de ces dispositions. Il résulte de l'article 5 du décret de 1962, repris par l'article 10 du décret de 2012, qu'un ordonnateur a pour mission de prescrire l'exécution des recettes et des dépenses des organismes publics, dont il constate les droits. Or les fonds des majeurs protégés conservés par les établissements ne sont pas des fonds publics. On l'a dit, ce sont des fonds privés réglementés. Le moyen, en ses deux branches, est donc inopérant pour ce motif.

Vous pourriez enfin recycler le dernier moyen tiré de la violation du principe d'égalité, formellement soulevé contre l'ensemble du décret, comme une contestation de la différence de régime entre les articles 8 et 12, selon que la personne est soignée ou hébergée ou non dans un établissement public de santé, social ou médico-social. Cette différence est de deux ordres :

- D'une part, la régie n'est qu'une faculté dans le 1^{er} cas, et une obligation dans le second ;
- D'autre part, l'ensemble du droit commun des régies est applicable dans le 1^{er} cas, alors que l'article 12 soumet la régie obligatoire aux seules dispositions du CGCT relatives à l'organisation des régies.

Les requérants estiment que le régime protecteur de la comptabilité publique aurait dû être également prévue dans le second cas.

Nous restons pour notre part perplexe à la lecture de l'article 12 car nous peinons à comprendre la logique même du recours à une régie dans ce cas de figure. La régie vise à déroger au monopole du comptable public, pour le compte duquel le régisseur agit (X. de l'art. 60 de la loi du 23 février 1963 de finances pour 1963). Lorsque

11

¹¹ Il nous semble qu'il aurait été plus logique de prévoir que le préposé serait nécessairement régisseur, sans faire intervenir l'ordonnateur, qui est étranger aux opérations en cause.

la personne n'est plus soignée ou hébergée dans l'établissement, les fonds ne lui sont plus confiés, et le comptable public n'intervient plus dans leur maniement. Le chapitre II du décret ne l'évoque donc plus¹². Il nous semble en réalité que l'article 12 institue une régie *sui generis*, pour reprendre les termes de l'instruction de la DGFIP du 7 février 2014 (n° 14-0005), qui n'entretient qu'un lointain rapport avec son homologue de droit commun¹³. Elle manifeste seulement le fait que le mandataire n'a été désigné qu'en qualité de préposé d'un établissement, et non en tant que particulier - personne physique¹⁴. Quoiqu'il en soit, nous pensons que le pouvoir réglementaire n'aurait pas pu légalement transposer le mécanisme de l'article 8 en prévoyant l'intervention du comptable public. En tout état de cause, à supposer que vous vous livriez à un contrôle des garanties respectives offertes par chaque régime, précisons qu'il n'en résulte aucune disproportion manifeste. Si l'intervention du comptable public constitue une garantie importante, il faut rappeler que le régisseur est personnellement et pécuniairement responsable du maniement des fonds, en application de l'article R. 1617-4 du CGCT. En outre, ainsi qu'il a été observé au cours des débats parlementaires sur la loi de 2007, le comptable public exécute les opérations de la personne protégée sur le compte au Trésor de l'établissement, alors que le préposé est soumis, dans le cadre du chapitre II, aux dispositions plus protectrices de l'article 427 du code civil, à savoir l'obligation d'effectuer les opérations exclusivement au moyen des comptes ouverts au nom de la personne dans un établissement bancaire (ou assimilé) ou à la Caisse des dépôts et consignations.

PCMNC à l'annulation des mots : « ou, à défaut, par le directeur de l'établissement » au dernier alinéa de l'article 3 du décret attaqué, à ce que la contribution pour l'aide juridique soit mise à la charge de l'Etat, et au rejet du surplus des conclusions de la requête.

12

□ Vous remarquerez d'ailleurs que le décret de 1969 qui régissait jusque là la matière ne comportait aucun mécanisme de ce type.

13

□ Nous ne voyons pas ce qui permet à cette instruction d'affirmer que cette régie est soumise au « contrôle local » du comptable public, alors que l'article R. 1617-17 du CGCT relatif au contrôle du comptable public ne lui a pas été rendu applicable.

14

□ L'instruction précitée recommande d'ailleurs que le régisseur et le préposé soient la même personne. Or on peut s'interroger sur la légalité d'une dissociation entre ces deux fonctions. Dès lors que la charge tutélaire est personnelle, c'est en principe au préposé de décider s'il s'adjoit ou non les services d'un tiers. Mais le moyen n'est pas soulevé.