

## Intervention de Maître Jacques COMBRET 29 janvier 2010 – Eaubonne

### ➤ Présentation de la réforme des tutelles

La loi a été votée le 5 mars 2007 et est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2009.

Cette loi redéfinit les statuts de la personne protégée (ou majeur protégé).

Elle repose sur des fondements importants comme le **principe de liberté**, le **principe de nécessité** et le **principe de subsidiarité**.

Dans cette loi nouvelle, les personnes protégées sont au centre du dispositif.

On compte aujourd'hui entre 700 000 et 800 000 mesures de protections.

Avant 2009, on parlait du droit des « incapables majeurs » : cette expression a disparu et on utilise aujourd'hui le terme de **majeur protégé**. (En Allemagne, on emploie le terme d'*assistance*).

- Le principe de liberté.

Quand la personne peut prendre des décisions concernant sa perte de capacités future, elle peut faire le choix de son représentant. On peut de son vivant choisir son tuteur. Avec le mandat de protection future, on encadre la manière dont on va être protégé, aussi bien sa propre personne que ses biens.

Tous les 5 ans, les mesures de protection en cours doivent être revues dans le but de vérifier leur adaptation et de les ajuster au besoin.

- Le principe de nécessité

Une mesure de protection doit se mettre en place que **si c'est nécessaire**.

La mesure de protection peut être partielle, c'est-à-dire qu'on peut moduler une mesure selon les besoins (par exemple mettre une mesure de protection sur les biens et pas sur la personne elle-même).

Aujourd'hui, le juge des tutelles ne s' « autosaisit » plus des demandes d'ouverture de mesure de protection.

Il y a des personnes habilitées, dont le Procureur de la République.

- Le principe de subsidiarité

Toutes possibilités doivent être étudiées avant d'opter pour une mesure de protection. Elle est mise en place que si l'on ne peut pas faire autrement (par exemple si la personne n'a pas choisi son tuteur, si elle n'a pas fait de mandat de protection future, si elle n'est pas mariée, etc.).

La mesure peut être provisoire et adaptée selon l'état de santé de la personne et des besoins.

Elle peut être mise en place en cas d'urgence dans l'attente d'une mise sous tutelle ou curatelle.

➤ **Les 6 mesures de protection existantes :**

- La sauvegarde de justice
  - La curatelle
  - La tutelle
  - Le mandat de protection future
  - La mesure d'accompagnement personnalisé (**MASP**)
  - La mesure d'accompagnement judiciaire (**MAJ**)
- } *décidé par le Juge*
- ⇨ *décidé par soi-même*

- **La sauvegarde de justice.**

Elle a une durée provisoire d'un an prorogable 1 an. Au-delà de 2 ans, et si la personne n'a pas retrouvée ses capacités, elle sera placée sous curatelle ou sous tutelle.

La sauvegarde de justice est mise en place soit quand il y a un besoin de protection temporaire, soit pour certains actes déterminés, soit en cas d'urgence lorsqu'une demande de tutelle ou de curatelle a été faite en attendant que cette protection plus lourde soit effective.

La personne garde ses capacités.

- **La curatelle**

C'est une mesure de protection légère : la personne est assistée et non représentée. On y distingue les actes d'administration que la personne en curatelle peut réaliser seule, et les actes de disposition pour lesquels il faut l'accord du curateur.

La curatelle renforcée est une mesure qui permet de prendre en charge la gestion des comptes de la personne si elle n'est pas à même d'y faire face.

Le subrogé tuteur ou curateur est un suppléant. Il intervient dans le cas où le tuteur ou curateur est absent. Le tuteur ou curateur ad hoc intervient pour des cas d'opposition d'intérêt quand il n'y a pas de subrogé (mission ponctuelle sur un sujet donné).

- **Le mandat de protection future**

C'est une nouveauté de la loi de 2007. Il est établi pour soi-même ou pour autrui (essentiellement lorsqu'on est en charge d'un enfant handicapé). Il s'agit d'organiser le futur pour sa personne et pour ses biens, s'il y a perte de capacité.

Le tuteur n'a pas accès au testament.

On peut désigner plusieurs mandataires et définir leurs actions (par exemple : un mandataire à la personne, un autre aux biens, etc.). Le mandataire peut être une personne physique ou morale (mandataire judiciaire). Le mandat peut être total ou partiel (par exemple : tutelle pour les biens, mandataire à la personne).

Il peut être fait sous seing privé (il s'agira alors d'actes d'administration) ou chez le notaire.

- **La M.A.S.P.**

Dans l'ancienne législation, on pouvait ouvrir un régime de protection classique, notamment une curatelle ou une tutelle en cas de prodigalité, d'intempérance, d'oisiveté, de mauvaise gestion du patrimoine, de surendettement, etc. Cela n'est plus possible avec la loi nouvelle.

Dorénavant, on peut mettre en place une Mesure d'Accompagnement Social Personnalisée.

C'est un acte volontaire entre la personne et de département (convention), dont les services sociaux auront en charge la gestion des prestations sociales de cette personne.

- **La M.A.J. :**

Si la personne refuse la MASP, c'est le juge qui peut prononcer une Mesure d'Accompagnement Judiciaire. Le principe de base est le même que la MASP sauf que le juge désigne une tierce personne pour gérer les prestations sociales.

A noter que pour la MASP et la MAJ, il s'agit uniquement de la gestion des **prestations sociales** (allocations chômages, APL,...) et non du patrimoine.

- **Le conseil de famille**

C'est une exception en cas de tutelle d'un majeur protégé.

- **Compte-bancaires :** on ne peut toucher au(x) compte(s) bancaire(s) lorsque la personne est placée sous protection. On doit laisser le(s) compte(s) tel(s) quel(s). Seul le juge peut autoriser la suppression d'un compte, pour une raison valable.

- **Qui peut demander une mesure de protection ?**

- ♦ La personne elle-même au Juge des tutelles ;
- ♦ Son conjoint ou partenaire pacsé ou concubin notoire ;
- ♦ Un parent ou allié (« par alliance »)
- ♦ Une personne entretenant avec le majeur des liens étroits et stables (ami très proche, curateur...) ;
- ♦ La personne qui a déjà en charge une mesure de protection.

La demande peut-être présentée par le Procureur de la République soit d'office, soit à la demande d'un tiers. **Tout** tiers peut **informer** le Procureur de la République (et non plus le Juge des tutelles).

En tant qu'établissement, il est possible de faire un signalement au Procureur de la République. Il est nécessaire d'informer la famille avant d'établir un signalement, car il est préférable que se soit la famille qui le fasse de même que d'entendre la personne concernée.

Si la famille ne fait rien, l'établissement peut alors faire un signalement.

- **Loi 2007 : articles 414 et suivants du Code Civil**

- **Article 415 du Code Civil : dispositions communes à la sauvegarde de justice, la curatelle et la tutelle**

*Les personnes majeures reçoivent la protection de leur personne de le leurs biens que leur état (personne) ou leur situation (biens) rend nécessaire selon les modalités de ce titre, dans le respect des libertés individuelles. Cette protection est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles des droits fondamentaux et de la dignité de la personne.*

*Le juge des tutelles et le procureur de la République exercent une surveillance générale des mesures de protections de leur ressort.*

*Elle a pour finalité l'intérêt de la personne protégée. Elle favorise dans la mesure du possible l'autonomie de celle-ci. Elle est un devoir des familles et des collectivités publiques.*

- **Article 419 : principe de gratuité.**

*Les personnes autres que le mandataire judiciaire à la protection des majeurs exercent à titre gratuit les mesures judiciaires de protection. Toutefois, le juge des tutelles ou le conseil de famille s'il a été constitué peut autoriser, selon l'importance des biens gérés ou la difficulté d'exercer la mesure, le versement d'une indemnité à la personne chargée de la protection. Il en fixe le montant. Cette indemnité est à la charge de la personne protégée.*

*Si la mesure judiciaire de protection est exercée par un mandataire judiciaire à la protection des majeurs, son financement est à la charge totale ou partielle de la personne protégée en fonction de ses ressources et selon les modalités prévues par le code de l'action sociale et des familles.*

*Lorsque le financement de la mesure ne peut être intégralement assuré par la personne protégée, il est pris en charge par la collectivité publique, selon des modalités de calcul communes à tous les mandataires judiciaires à la protection des majeurs et tenant compte des conditions de mise en œuvre de la mesure, quelles que soient les sources de financement. Ces modalités sont fixées par décret.*

*A titre exceptionnel, le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué peut, après avoir recueilli l'avis du procureur de la République, allouer au mandataire judiciaire à la protection des majeurs, pour l'accomplissement d'un acte ou d'une série d'actes requis par la mesure de protection et impliquant des diligences particulièrement longues ou complexes, une indemnité en complément des sommes perçues au titre des deux alinéas précédents lorsqu'elles s'avèrent manifestement insuffisantes. Cette indemnité est à la charge de la personne protégée.*

*Le mandat de protection future s'exerce à titre gratuit sauf stipulations contraires.*

- **Article 425 du Code Civil : dispositions générales pour la sauvegarde de justice, la curatelle, la tutelle, et le mandat de protection future.**

*Toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté peut bénéficier d'une mesure de protection juridique prévue au présent chapitre.*

*S'il n'en est disposé autrement, la mesure est destinée à la protection tant de la personne que des intérêts patrimoniaux de celle-ci. Elle peut toutefois être limitée expressément à l'une de ces deux missions.*

- **Article 426 : logement et biens du majeur protégé**

*Le logement de la personne protégée et les meubles dont il est garni, qu'il s'agisse d'une résidence principale ou secondaire, sont conservés à la disposition de celle-ci aussi longtemps qu'il est possible.*

*Le pouvoir d'administrer les biens mentionnés au premier alinéa ne permet que des conventions de jouissance précaire qui cessent, malgré toutes dispositions ou stipulations contraires, dès le retour de la personne protégée dans son logement.*

*S'il devient nécessaire ou s'il est de l'intérêt de la personne protégée qu'il soit disposé des droits relatifs à son logement ou à son mobilier par l'aliénation, la résiliation ou la conclusion d'un bail, l'acte est autorisé par le juge ou par le conseil de famille s'il a été constitué, sans préjudice des formalités que peut requérir la nature des biens. L'avis préalable d'un médecin inscrit sur la liste prévue à l'article 431 est requis si l'acte a pour finalité l'accueil de l'intéressé dans un établissement. Dans tous les cas, les souvenirs, les objets à caractère personnel, ceux indispensables aux personnes handicapées ou destinés aux soins des personnes malades sont*

gardés à la disposition de l'intéressé, le cas échéant par les soins de l'établissement dans lequel celui-ci est hébergé.

➤ **Article 457-1 à 463 du Code Civil : protection de la personne : dispositions communes à la tutelle et à la curatelle**

• **Art. 457-1** : La personne protégée reçoit de la personne chargée de sa protection, selon les 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.

• **Art. 459** : Hors les cas prévus à l'article 458, la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet.

Lorsque l'état de la personne protégée ne lui permet pas de prendre seule une décision personnelle éclairée, le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué peut prévoir qu'elle bénéficiera, pour l'ensemble des actes relatifs à sa personne ou ceux d'entre eux qu'il énumère, de l'assistance de la personne chargée de sa protection. Au cas où cette assistance ne suffirait pas, il peut, le cas échéant après l'ouverture d'une mesure de tutelle, autoriser le tuteur à représenter l'intéressé.

Toutefois, sauf urgence, la personne chargée de la protection du majeur ne peut, sans l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, prendre une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée ou à l'intimité de sa vie privée.

La personne chargée de la protection du majeur peut prendre à l'égard de celui-ci les mesures de protection strictement nécessaires pour mettre fin au danger que son propre comportement ferait courir à l'intéressé. Elle en informe sans délai le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué.

• **Art. 458** : Sous réserve des dispositions particulières prévues par la loi, 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.

Sont réputés strictement personnels la déclaration 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 d'un nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant.

A lire : Protéger un majeur vulnérable, de Laurence PECAUT-RIVOLLIER, 2010, **éditions Delmas.**

## Réponses aux questions

### 1. la réforme des tutelles

- a) informations concernant la sauvegarde de justice : le gérant de tutelle peut-il intervenir en attendant que le patient soit placé sous sauvegarde ?

*Non. Tant qu'il n'y a pas mesure de sauvegarde, il n'y a pas de gérant de tutelle. Le Juge peut désigner un mandataire spécial dans les situations d'urgence. La personne a ses capacités, donc pas de tutelles.*

- b) Informations concernant l'habilitation du conjoint médicalement empêché.

*On est dans le cadre des régimes matrimoniaux, il n'y a pas de nécessité d'ouvrir une mesure de protection. Le conjoint devient représentant.*

- c) Dans quelles conditions un Directeur d'EHPAD peut-il demander une mesure de protection judiciaire ?

*C'est impossible car il ne fait pas partie des personnes habilités, mais il peut faire un signalement au Procureur de la République. Ce dernier a le devoir de constituer le dossier. Le directeur d'EHPAD a seulement un rôle d'informateur. Dans le signalement, il est possible de donner l'identité des membres de la famille du résident.*

- d) Problème particulier rencontré : « la personne accueillie en EHPAD est sous tutelle. Je pense surtout aux difficultés rencontrées lorsqu'un membre de la famille, nommé tuteur, prend le rôle de tuteur comme décideur d'une prise en charge à l'encontre de la personne accueillie en EHPAD, à l'encontre d'une équipe qui reporte les attentes (verbales ou non verbales) de cette même personne. Pourriez-vous me confirmer que pour tout ce qui regarde sa vie privée, il suffit d'en tenir informé le tuteur ou la tutrice ? »

*Principe du consentement personnel à l'acte médical : cela s'applique au majeur protégé dans le cas où il peut comprendre, même un peu. La personne est toujours en droit de refuser des soins. Le refus doit être libre et éclairé. En cas de curatelle, le dernier mot revient à la personne. En cas de tutelle, le dernier mot revient au tuteur sauf si la personne protégée exprime clairement son refus. Le médecin peut passer outre dès que 3 conditions sont remplies :*

- L'acte médical sauve le patient ;
- Le pronostic vital est en jeu ;
- L'acte médical est adapté.

*La famille n'est pas concernée.*

- e) D'une manière générale, quelles sont les obligations du Directeur en ce qui concerne la protection des résidents ?

*Il a mission d'information vis-à-vis des personnes, des familles et du Procureur de la République.*

- f) Informations sur : santé et patients sous tutelle (secret médical, refus de soins (ex : vaccination), dossier médical...).

*Informations à la personne protégée (son avis prime sur celui du tuteur), puis au tuteur. En cas de refus de soins, le médecin peut passer outre si le pronostic vital est en jeu.*

g) Rôle de la justice et du Juge des tutelles dans le mandat de protection future.  
*Le mandat de protection future se met en place lorsque la personne n'a plus ses capacités.*

*Un passage devant un médecin pour expertise est obligatoire (médecin faisant partie d'une liste établie par le Procureur de la République). Au vu du certificat médical, le greffier du tribunal va éventuellement mettre en œuvre le mandat.*

*Le Juge peut intervenir pour vérifier que dans le mandat les modalités de contrôle des comptes ont été prévues. Il peut juger que le mandat n'est pas adapté à la personne et ouvrir une mesure de protection mettant fin au mandat de protection future, soit ouvrir un autre mandat qui complémentaire.*

h) Obligations des tuteurs familiaux vis-à-vis de la justice (compte de gestion, etc.)

*Que la tutelle soit familiale ou non, les obligations sont les mêmes : gérer et administrer en fonction de ce qu'il est possible de faire (à noter que la responsabilité est moins lourde pour un tuteur non professionnel).*

*Le décret du 22 décembre 2008 définit les actes :*

- *d'administration : ce que le tuteur ou la personne sous curatelle peut accomplir seul ;*
- *de dispositions : le tuteur doit obtenir l'accord du Juge des tutelles (ou la personne sous curatelle doit obtenir l'accord de son curateur).*

i) Quelle est la procédure à suivre pour effectuer un signalement avec demande de mise sous tutelle, à l'initiative de l'EHPAD ?

*Il faut donner avis au procureur de la République.*

j) En l'absence de mesure de protection pour un résident dépendant et confus, peut-on « exiger » une mise sous tutelle dans le cas d'une fratrie conflictuelle ? Si oui, comment ?

*Il faut prévenir et informer la famille, et faire un signalement au Parquet.*

k) Que se passe-t-il quand la personne refuse de se soumettre à l'expertise médicale ?

*Il est possible alors de se fonder sur d'autres éléments : documents, lettres, comportement de la personne, témoignages, etc.*

*Le Juge invite le requérant à s'adresser au procureur de la République qui poursuivra la procédure (pouvoir de coercition). Le procureur peut nommer un médecin pour l'expertise médicale, et selon les résultats, saisira le Juge des tutelles. Dans cette situation, l'expertise est aux frais du Parquet.*

A noter : tant qu'il n'y a pas de mesure de protection ouverte, les actes de la personne sont présumés faits par une personne capable. Toutefois, ces actes sont toujours susceptibles d'être annulés si l'on prouve l'existence d'un trouble mental au moment de l'acte. (C'est une des conséquences de l'article 414-1 et suivants du Code Civil).

## **2. La personne de confiance.**

**Article L1111-6 :** *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. Cette désignation est faite par écrit. Elle est révoquée à tout moment. 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.*

Lors de toute hospitalisation dans un établissement de santé, il est proposé au malade de désigner une personne de confiance dans les conditions prévues à l'alinéa précédent. Cette désignation est valable pour la durée de l'hospitalisation, à moins que le malade n'en dispose autrement.

Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas lorsqu'une mesure de tutelle est ordonnée. Toutefois, le juge des tutelles peut, dans cette hypothèse, soit confirmer la mission de la personne de confiance antérieurement désignée, soit révoquer la désignation de celle-ci.

A noter : la personne de confiance ne peut être désigné s'il y a déjà un tuteur. La personne de confiance et le tuteur sont la même personne. La personne de confiance et le curateur peuvent être deux personnes différentes. Elles exercent leur mission séparément mais se tiennent informées.

- a) La nomination d'une personne de confiance par un patient souffrant d'une démence type Alzheimer a-t-elle une valeur légale si elle est faite après que soit posé le diagnostic ?

*Théoriquement, dès lors qu'il n'y a pas de mesure de protection ouverte, la désignation est considérée comme valable. Toutefois, ainsi que dit ci-dessus, il y a un risque d'annulation s'il est ultérieurement prouvé que la personne n'avait pas sa capacité au moment où elle a établi le document.*

- b) Quid des directives anticipées ?

*Des mesures décidées avant une perte de capacité avant une perte de capacité, restent valables après.*

- c) Précisions sur la personne de confiance /le mandataire de protection future ?

*Le mandataire de protection future peut être la personne de confiance. On peut avoir également, deux personnes différentes.*

- d) Informations sur les nouveautés juridiques dans le domaine de la personne de confiance.

*Pas de modifications.*

### **3. les bénévoles et la responsabilité des Directeurs d'EHPAD**

- a) Comment assurer un cadre d'exercice aux personnes bénévoles sans engendrer une qualification de contrat de travail ?

*Si association, alors intégrer les bénévoles dans l'association. La responsabilité civile de chaque bénévole n'est pas suffisante, même s'il n'y a pas d'obligation que l'association prenne une assurance. La meilleure solution : une convention avec l'association, qui devra fournir des documents assurance en responsabilité civile.*

- b) Quelle est la responsabilité du directeur concernant les bénévoles ?

*Il y a partage de responsabilité. Le bénévolat n'est pas une cause d'exonération de responsabilité.*

*Il est préférable qu'il n'y ait pas de bénévolat venant à titre individuel, il vaut mieux une association avec convention.*

c) Comment contractualiser une intervention récurrente des bénévoles ?  
*Contractualiser par convention.*

d) Droit en matière d'apport alimentaire par les bénévoles ? (spécificités liées à la religion).

*Impossibilité de rompre la chaîne alimentaire. Il faut respecter les choix des personnes, sans institutionnaliser les personnes qui viennent faire des apports alimentaires.*

e) Association dans un EHPAD (pour l'animation notamment) : le personnel peut-il faire partie de l'association sans qu'il y ait conflit d'intérêt ?

*Oui mais faire attention au mélange.*

#### **4. Suite au décès du résident.**

- 1<sup>ère</sup> question

Y'a-t-il obligation de prévenir la famille lors d'un décès ou devons nous juste appeler la personne à prévenir ?

♦ *Appeler les personnes figurant sur la liste des personnes à contacter.*

- 2<sup>nde</sup> question

Que faire de bijoux trouvés et/ou non réclamés ?

♦ *Si l'on n'est pas certains que la personne demandeuse est l'héritier, il faut demander le certificat d'hérédité. La succession vacante est déclarée par le procureur de la République.*

- 3<sup>ème</sup> question

Quels sont les différents types de testaments et quel est notre rôle en tant que soignant si on en trouve un dans une chambre ?

♦ *Les types de testaments : mystique, authentique, holographe. S'il n'y a pas de famille, le déposer chez le notaire.*

- 4<sup>ème</sup> question

Quel est le rôle exact de chacun entre la personne de confiance, le porte-fort et la personne à prévenir ?

♦ *Pour la personne de confiance, le cadre est clairement posé par le code de la santé publique. Se porter-fort c'est prendre la responsabilité pour tout le monde (pour tous les héritiers).*

- 5<sup>ème</sup> question

Lors du décès d'un patient, si l'un des enfants se présente, peut-on lui remettre les biens (bijoux, télévision, etc.) ?

♦ *En théorie, non. Il faut exiger que la personne se porte-fort pour les autres héritiers, mais il faut s'assurer que la personne est héritier. Il faut la production d'une pièce héréditaire (en mairie ou chez le notaire).*