

Contractualisation du droit à la famille **pour une pérennisation du patrimoine :** **Mandat de protection future et mandat à titre posthume**

Conférence n°2

Intervenants :

Florence FRESNEL, Avocat, Docteur en droit, Spécialiste du droit des personnes

Jean-François HUMBERT, Vice Président de la Chambre des Notaires de Paris

Laurence PECAULT-RIVOLIER, Conseiller Référendaire à la Cour de Cassation, Présidente honoraire de l'Association Nationale des Juges d'Instance

Florent PICOT, Notaire à Lyon, Rapporteur au Congrès des Notaires « sur les personnes vulnérables »

La conférence a été animée par Thierry BOGATY, Rédacteur en chef – Investir Magazine.

I. Introduction

Thierry BOGATY

En introduction, je voudrais vous lire un bref extrait du Journal du Médiateur de la République sur la protection des majeurs protégés : « *La législation qui les protège est en complet décalage avec les réalités du XXIème siècle. Les injustices se multiplient. Les juges sont débordés. Les familles sont perdues. Les risques d'abus financiers augmentent. Il est important et urgent de mettre en œuvre une vraie réforme* ». Ce texte date de janvier 2006. Depuis lors, tout ce qu'il évoque a été fait : différentes lois ont été votées. La réforme des libéralités est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007 et est venue remettre à jour le Code civil, qui date de 1804. Elle ouvre de nouvelles possibilités, comme le mandat à effet posthume. Quant à la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, elle a créé le mandat de protection future. Ces deux mandats permettent aux personnes concernées d'assurer la pérennité de leur patrimoine.

Pour les gestionnaires de patrimoine, la question se pose du rôle à jouer, aussi bien dans la préconisation de ces mandats que dans les rapports qu'ils devront entretenir avec les mandataires. Tels sont les sujets auxquels nous allons tenter de répondre.

1. La contractualisation du droit à la famille

Jean-François HUMBERT

Traditionnellement, l'on constate que la caractéristique principale de notre système de droit est son solide encadrement par la loi, dans tous les domaines. Pourtant, depuis quelques années, la volonté individuelle semble primer. Le droit n'est plus obligatoirement posé par la loi : il peut également résulter d'un contrat directement négocié : c'est ce que l'on appelle la contractualisation du droit de

la famille, réforme de grande ampleur à laquelle nous assistons depuis quelques années, lorsque le législateur permet à chacun d'organiser, d'échafauder des constructions toujours plus librement et non plus de devoir se référer à une solution unique, découlant de la loi. Cette contractualisation est évidente dans la législation sur le divorce, qui fait la part belle aux accords pouvant intervenir entre époux. La question se pose même de savoir s'il faudrait s'orienter vers un divorce purement contractuel, sans intervention du juge. Cette contractualisation se rencontre également dans la loi sur le nom de famille : au sein des couples mariés, l'on peut maintenant choisir le nom de ses enfants. Le nom du père ne s'impose plus obligatoirement. Cette contractualisation se rencontre enfin dans les lois de 2006 sur les libéralités et de 2007 sur les incapacités. Poussés par les circonstances, par l'évolution des conditions de vie de nos concitoyens, ces textes ont fini par s'imposer.

Dorénavant, pour organiser son patrimoine, en assurer la gestion, permettre d'organiser sa transmission, de nouvelles formes de contrat peuvent être passées. Les raisons expliquant ce mouvement sont les nouvelles formes de conjugalité et la crainte de la dépendance. Il convient toutefois d'observer que cette dépendance prévisible, liée à l'allongement de la durée de vie, amène les Français à s'interroger sur la gestion de leur patrimoine et de la prise en charge de leur personne. Je voudrais attirer votre attention sur le nouveau rôle dévolu aux gérants de patrimoines, qui sont appelés à intervenir toujours plus en amont, compte tenu de la complexité des solutions qui peuvent être construites.

Cela peut être tout d'abord constaté dans l'organisation des patrimoines, qui peut prendre de nouvelles formes. J'en citerai quelques-unes.

Traditionnellement, le droit de propriété est considéré comme l'un des piliers de notre organisation juridique – l'article 544 du Code civil, directement issu du droit romain, dispose qu'il s'agit d'un droit absolu, aux prérogatives illimitées, de telle sorte que les seules atteintes pouvant y être portées ne pouvaient résulter que de la loi. Aujourd'hui, on le sait, ces atteintes peuvent résulter du contrat. Le droit de jouir et de disposer de la manière absolue peut effectivement être contractuellement limité par les nouvelles libéralités, résiduelles et graduelles, qui permettent à une personne de léguer ou de donner de son vivant un bien à un héritier ou à un tiers, à charge, pour le bénéficiaire de la libéralité, de ne pouvoir en disposer lui-même. Il peut être fait interdiction de vendre et de disposer à titre gratuit. La gestion de ces biens, du chef du donataire ou du légataire, dont le droit de propriété a donc été restreint, est aménagée par un contrat, si bien qu'elle deviendra minutieuse pour celui qui en aura la charge : comment retrouver la trace des mouvements qui ont été opérés sur un portefeuille de titres ? Quel sort réserver aux revenus, qui ne sont pas indisponibles ? Quels placements peuvent être opérés ? Le professionnel de la gestion de patrimoine devra être parfaitement informé de la nature et des conséquences de ces restrictions qui auront pu être imposées par un précédent propriétaire.

Une seconde atteinte par le contrat introduite par les textes récents réside dans le cantonnement de l'option successorale. Traditionnellement, cette dernière était indivisible : un héritier ne pouvait faire le tri entre les biens susceptibles de lui revenir : il acceptait tout ou renonçait à tout. Dorénavant, un légataire peut prendre la décision de ne recevoir qu'une partie des biens. Il peut s'agir du conjoint survivant, gratifié aux termes d'un testament ou d'une donation au dernier vivant ; il pourra s'agir d'un héritier, qui pourra hériter des meubles, mais pas des comptes bancaires. Ce choix sera le plus souvent opéré à la suite d'une transaction au sein de la famille, d'une négociation entre héritiers.

Le troisième exemple prouvant cette contractualisation du droit de la famille porte sur la faculté d'organiser des sauts de générations : l'allongement de la durée de la vie a conduit à constater que, bien souvent, l'on hérite à un âge avancé, où les besoins sont moins aigus. Le législateur a donc introduit une plus grande liberté d'organisation au sein des familles. Ainsi, dorénavant, la renonciation peut être exprimée, y compris à l'occasion d'une donation et surtout, la donation peut être seulement partielle. Par conséquent, il ne sera pas rare de rencontrer des hypothèses où un fils aura renoncé uniquement à la nue propriété : il recueillera l'usufruit d'un bien, ses propres enfants en recueillant la nue propriété, mais il ne disposera lui-même de cet usufruit qu'au décès du donateur. Le gérant du patrimoine considéré sera dès lors amené à concevoir des organisations particulièrement complexes, comportant des réversions multiples d'usufruits. En outre, qui gère le bien dans cette situation ? Quels sont les pouvoirs reconnus aux petits-enfants nus propriétaires, qui n'auront la pleine propriété des biens que plusieurs décennies plus tard ?

Toutes ces modalités d'organisation du patrimoine sont issues de ces nouvelles règles, qui accordent à la volonté individuelle une portée qu'elle n'avait pas auparavant.

La place du contrat est également patente dans le cadre de la transmission des patrimoines. Dans ce domaine, la loi civile rejointe la loi fiscale, qui permet et même encourage aux transmissions de son vivant, qui permettent des abattements et réductions sur droits exigibles, et autres. Aujourd'hui, elle permet également d'anticiper avec sûreté les transmissions patrimoniales. Cela se traduit par des pactes de famille, imaginés par la loi de 2006, également appelés « renonciations anticipées à exercer l'action en réduction ». Il s'agit de contrats négociés au sein d'une famille, pouvant conduire un héritier à renoncer par avance à ses futurs droits réservataires. Cette mesure était réclamée pour assurer la transmission des entreprises avec davantage de certitudes, mais il faut bien constater qu'elle peut également remettre en cause l'un des fondements de notre droit successoral : la réserve héréditaire.

En définitive, je rappellerai que si tous les outils juridiques évoluent, il importe de relever que les pouvoirs des professionnels ont également été accrus, pour conseiller, mais aussi pour surveiller. Tous les professionnels sont concernés : les gérants patrimoines, les juges, les notaires et les avocats.

2. Le mandat de protection future

Florent PICOT

La loi a choisi de laisser toute sa place au contrat dans le domaine de la protection de la personne. La loi du 5 mars 2007 a ainsi instauré le mandat de protection future qui permet à toute personne de nommer aujourd'hui la personne pouvant la représenter et agir en son nom le jour où elle ne sera plus capable de pourvoir à ses intérêts. Il s'agit d'un mandat très novateur qui inverse la théorie classique du mandat selon laquelle un tel acte devient caduc le jour où le mandant a perdu sa capacité juridique : en effet, c'est à compter de ce jour que le mandat prend son effet.

Il s'agit, ensuite, d'un mandat marqué du sceau de la confiance, le mandant choisissant son mandataire, qui accepte. Le mandant peut également, à tout moment, changer de mandataire. En outre, le mandant fixe le degré de pouvoir qu'il entend donner au mandataire, qui peut être très large, allant jusqu'à la vente de biens immobiliers, ou plus restreint, limité aux pouvoirs de gestion courante, ou encore, de manière plus nuancée, de donner au mandataire des pouvoirs de

conservation en gestion courante, mais devant solliciter l'accord du juge pour les actes les plus graves.

Ce caractère de confiance se retrouve également dans le second type de mandat de protection future : celui pour autrui. Des parents ou le survivant de deux parents peuvent nommer un tiers s'occupant des intérêts de leur(s) enfant(s) ou d'un majeur handicapé si eux-mêmes n'étaient plus en état de le faire.

Enfin, ce mandat est novateur car il ne porte pas seulement sur le patrimoine. Son objet est double : il s'agit de protéger la personne et ses intérêts patrimoniaux.

Qui est le mandant ?

Il peut s'agir de toute personne physique majeure ayant sa pleine capacité juridique, autrement dit, ayant la capacité de signer un contrat. Cette personne ne doit pas être placée sous un régime de tutelle. Elle peut être sous un régime de curatelle et, dans ce cas, signer avec l'assistance de son curateur.

Qui peut être le mandataire ?

Il peut s'agir de toute personne physique dotée de sa pleine capacité juridique ou une personne morale, qui doit être inscrite sur la liste des mandataires judiciaires à la protection des majeurs. Il peut s'agir de plusieurs personnes avec faculté d'agir ensemble ou séparément. Il peut même y avoir une faculté de subdélégation.

Quand le mandat prend-il effet ?

Il prend effet lorsqu'il est produit, au greffe du Tribunal d'Instance, un certificat médical attestant de l'incapacité de la personne à pourvoir à ses intérêts. Le médecin ayant signé cet acte doit être inscrit sur une liste dressée par le Procureur de la République. Dès lors, le mandat prend effet et le mandataire ne peut plus refuser sa mission, sauf avec l'accord du juge.

Quelle est la forme du mandat ?

Il s'agit d'un acte grave. Il peut être sous seing privé, mais il doit alors être contresigné par un avocat ou établi selon un modèle dressé par le Conseil d'Etat. Il peut être authentique, dressé devant un notaire : c'est le seul cas de figure permettant de donner les pouvoirs les plus étendus possibles.

Quel est le régime du mandat ?

Pendant le mandat, le mandataire doit accomplir sa mission. Il doit dresser un inventaire des biens en début de mandat et l'actualiser chaque année. Il doit conserver les pièces comptables et tous justificatifs. Le Juge des Tutelles vérifie les comptes annuellement, ainsi que le notaire dans le cas d'un mandat sous forme authentique. Le notaire a alors un rôle d'alerte, s'il lui semble que les intérêts du majeur ne sont pas préservés.

Quelle est la rémunération du mandataire ?

La loi pose un principe de gratuité du mandat, sauf stipulation.

Quelle est la responsabilité du mandataire ?

Il engage sa responsabilité pour raison de faute de gestion, même si la loi semble tempérer cette responsabilité eu égard à la charge, il est vrai, lourde qu'aurait accepté le mandataire. A mon sens, et compte tenu des vérifications comptables annuelles réalisées, seules des fautes telles que le dol pourraient réellement engager la responsabilité du mandataire.

Quand le mandat prend-il fin ?

Le mandat prend fin en cas de décès, dans le cas où le juge décharge le mandataire de son mandat, ou en cas de rétablissement du mandant. J'insiste sur ce dernier point : le mandat de protection future a effectivement été pensé pour un temps très long, dans une hypothèse de vieillissement, mais j'ai eu à signer, il y a quelques semaines, un mandat de protection future pour un client atteint d'une maladie rare, qui le paralyse plusieurs mois par an. Il a un patrimoine conséquent. Il a signé un mandat de protection future aux termes duquel il a nommé un tiers de confiance, qui gère ses biens plusieurs mois par an en attendant qu'il se rétablisse.

Selon moi, ce nouvel outil vient combler une certaine lourdeur inhérente à la loi. Au Québec, qui compte 7 millions d'habitants, 1 million d'entre eux ont déjà signé un mandat de protection future, même si cet acte est relativement différent de celui prévu par la loi en France. Je pense donc qu'il faut le développer dans notre pays.

3. Le mandat à effet posthume

Florence FRESNEL

Pensez-vous pouvoir intervenir après votre mort ? Le mandat à effet posthume, qui existe depuis le 1^{er} janvier 2007, le permet. Pour vous le présenter, je vais vous conter trois petites histoires.

La première relève du droit public. « *Le Roi est mort ; vive le Roi !* » Cela signifie, selon le principe de la souveraineté, que le royaume de France ne pouvait tomber en quenouille : dès la mort du roi, le pouvoir était transmis à son successeur.

Cela se retrouve – deuxième histoire – dans le droit des successions : à l'instant où nos parents décèdent, l'on devient un héritier, qui a tous les droits : chasser, poursuivre les procès commencés par ses parents, recouvrer les dettes de ses frères, etc. Je vous expose là le principe de la saisine en droit français : tout héritier réservataire en est titulaire, si bien que dès l'ouverture d'une succession, il en obtient la gestion.

Troisième histoire : c'était à un dîner présidé par Sacha Guitry. A sa droite se trouvait une ravissante qui avait envie que le Maître s'intéressât à elle. Elle lui avait alors dit qu'elle appartenait à une famille extraordinaire, où la bonne entente régnait : papa et maman, tonton, marraine avaient tous leur château. Tout le monde s'aimait. Sacha Guitry lui a répondu : « Ils n'ont pas hérité ».

Or donc, comment gérer une succession alors que l'on sait d'avance que l'on va « s'engueuler » ? Tel est notre sujet. La *common law* a résolu le problème en instituant un *trustee*.

En droit français, nous n'avons pas la fiducie, si ce n'est pour les personnes morales. Le législateur a donc introduit le mandat à effet posthume car nous avons, en France, 500 000 entreprises qui vont

changer de propriétaire sur le plan successoral. En effet, entre le décès du chef d'entreprise et la fin de la succession, il va se passer un certain temps. Comment faire vivre l'entreprise dans ces conditions ? Telle est la finalité et la teneur du mandat à effet posthume.

M. le Professeur Grimaldi, inscrit au Defrénois 2007 n°1, M. le Professeur Jérôme Le Provost, M. Jérôme Casey et M. le Président Jacques Combret ont publié sur la question. Je le ferai, pour ma part, d'ici la fin de l'année. Vous pouvez également lire l'article 812 du Code civil.

Le mandat à effet posthume peut être conclu par le futur mort avec toute personne physique ou morale qu'il voudra. Comment l'établir ? Il s'agit d'un contrat authentique, passé par-devant notaire, avec une publicité au fichier central des dernières volontés.

Il existe des conditions spéciales sur la rédaction et les motivations de ce contrat. L'article 812-11 stipule que « *toute personne peut donner à une ou plusieurs autres personnes, physiques ou morales, mandat d'administrer ou de gérer, sous réserve des pouvoirs confiés à l'exécuteur testamentaire, tout ou partie de sa succession pour le compte et dans l'intérêt d'un ou de plusieurs héritiers identifiés* ». Ce contrat doit donc porter mention des motivations pour lesquelles il est conclu. En fait, il peut être conclu pour deux raisons : soit parce que l'un des héritiers a une particularité, soit parce que les biens sont particuliers. Le premier cas s'explique par le fait qu'il peut se trouver, parmi les héritiers du futur mort, des majeurs protégés, des mineurs ou des personnes « vulnérables », selon le Code pénal. Le deuxième cas pour laquelle un mandat à effet posthume peut être conseillé est l'existence de biens particuliers : une entreprise, des œuvres d'art – un artiste peut demander la publication posthume de certaines œuvres –, des biens à l'étranger... Sa particularité est qu'il est possible de ne conférer au mandataire qu'un pouvoir sur certains biens, ou pour représenter certaines personnes, et non certaines autres.

Ce contrat doit également répondre à un intérêt sérieux et légitime, qui fait que faute de le signer, la gestion de la succession en serait d'autant retardée et complexifiée.

Le « mandataire posthume » dispose de pouvoirs très étendus. Si l'héritier du mandant est un majeur protégé, par exemple, le mandataire va agir et en lieu et place du protecteur du majeur protégé, ou encore, en lieu et place de tous les héritiers s'il a un pouvoir sur des biens particuliers, par exemple si une entreprise fait partie de la succession. Nous mesurons là tout son intérêt.

Que faire dans le cadre de la gestion de ce mandat ? Le mandataire posthume dispose du pouvoir d'administration. L'administration se définit, selon M. le Professeur Cornu, comme « *une opération de gestion normale, un acte ordinaire d'exploitation d'un bien ou d'une masse de biens, englobant l'expédition des affaires courantes et la mise en œuvre d'un patrimoine* ». Dans le texte du mandat à effet posthume, les pouvoirs particuliers du mandataire sont précisés. Ainsi, tant qu'aucun héritier visé par le mandat n'a accepté la succession, quelle que soit l'acceptation – pure et simple, ou à concurrence d'actifs nets –, le mandataire posthume ne peut accomplir que des actes conservatoires, définis à l'article 784 : le paiement des frais funéraires et de dernière maladie, les impôts dus par le défunt, les dettes de loyers, les autres dettes successorales urgentes (pensions alimentaires...), le recouvrement des fruits et revenus, la vente des biens périssables, les actes destinés à éviter l'aggravation d'un passif successoral (par exemple, des actes de procédure), les opérations nécessaires à la continuation, à court terme, de l'activité de l'entreprise dépendant de la succession, le renouvellement des baux comme preneur et comme bailleur, les actes d'administration ou de disposition nécessaires au bon fonctionnement de l'entreprise (article 812-1-2 nouveau du Code civil).

Ce contrat prévoit un ou plusieurs mandataires, qui sont, chacun, cantonnés dans une activité. La seule personne pouvant les empêcher d'agir est l'exécuteur testamentaire. L'héritier, lui, conserve les pouvoirs de disposition : l'acte de vente sur les autres biens, à l'exception de l'entreprise, par exemple.

Le mandat peut être révoqué par le mandant, avant sa mort, ou bien le mandataire peut renoncer. Le contrat s'exécute à titre gratuit, mais une rémunération est cependant possible. Il existe enfin 7 cas de terminaison du contrat, conclu pour une durée de 2 ans pour des biens, ou de 5 ans pour une personne, renouvelable par décision du juge :

- l'arrivée du terme ;
- la renonciation du mandataire ;
- la révocation judiciaire ;
- la conclusion d'un mandat conventionnel entre les héritiers et le mandataire posthume, permettant à ce dernier de devenir le mandataire judiciaire successoral de la totalité de la succession ;
- l'aliénation par les héritiers des biens mentionnés par le mandant : si les héritiers ne souhaitent plus que le mandataire posthume agisse sur des biens, ils ont le pouvoir de les vendre, sauf, je l'ai indiqué, concernant l'entreprise ;
- le décès ou le placement sous un régime de protection du mandataire personne physique ;
- la dissolution du mandataire personne morale.

4. Les risques et limites de la contractualisation du droit à la famille : litiges éventuels, recours au juge : le cas du mandat de protection future

Laurence PECAULT-RIVOLIER

Le but du mandat de protection future est d'éviter à une personne éprouvant des difficultés à s'occuper de ses affaires de passer par la procédure dite d'incapacité ou de représentation, mais de passer devant le juge pour que lui soit nommé un représentant. L'idée est donc de se passer du juge par la suite. Par exemple, si l'on avait décidé que, pour la mise en œuvre du mandat, il fallait passer par un juge qui déciderait si la mise en place de ce mandat était fondée ou non, l'on se serait exposé à une vérification du juge sur ce point, mais aussi que la personne désignée remplisse bien les conditions et semble toujours apte à exercer le mandat. Cela aurait constitué un contrôle aussi lourd que celui existant pour les majeurs protégés. De fait, le mandat de protection future se déclenche uniquement par le fait de venir devant le greffier et de produire un certificat établi par un médecin spécialiste, annonçant que la personne signataire du mandat n'est plus en état de gérer ses propres affaires. Il s'agit d'un risque considérable, mais voulu.

Cela étant, pour éviter les litiges, il convient d'avoir connaissance de certains aspects et de prendre certaines précautions.

Que faut-il savoir lorsque l'on veut conseiller une personne qui souhaite signer un contrat de protection future ?

Quel mandat signer ?

Il existe deux sortes de mandats : celui sous seing privé, qui est libre, et le mandat authentique, signé devant le notaire. Il existe deux différences entre ces mandats. Premièrement, on ne peut donner les mêmes pouvoirs au mandataire. Lorsqu'il s'agit d'un mandat notarié, le mandataire peut disposer de quasiment tous les pouvoirs envisageables. Lorsqu'il s'agit d'un mandat sous seing privé, on ne peut donner au mandataire que le mandat d'effectuer les actes dits d'administration, donc les actes usuels de gestion du patrimoine. En signant un mandat sous seing privé, le mandataire pourra donc gérer le patrimoine au jour le jour, mais s'il doit accomplir des actes importants, il sera bloqué et devra demander au juge des tutelles de mettre en œuvre d'autres actions.

Le premier conseil à donner est donc de ne mettre en place un mandat sous seing privé que si le patrimoine du mandant est relativement modeste.

La deuxième différence concerne le contrôle. Le législateur a laissé toute liberté au mandant sur les clauses du mandat. Ainsi, dans le cas des mandats sous seing privé, il peut y avoir un contrôle par un tiers, ou bien aucun contrôle, même si la loi prévoit qu'à l'issue du mandat, le mandataire devra rendre des comptes. Le mandat notarié, lui, est soumis à la vigilance du notaire, qui doit recueillir chaque année les comptes du mandataire et, s'il y décèle un problème, les transmettre au juge des tutelles.

Mon autre conseil est donc, si l'on s'oriente vers un mandat sous seing privé, de prévoir un contrôle, qui ne peut être fait que par une personne privée. Cela n'est pas évident : en effet, lorsque l'on signe un tel mandat, on marque la confiance que l'on porte au mandataire, qui peut être un proche, si bien que l'on craint de mettre en place un contrôle. Il revient au professionnel d'insister sur l'importance que cela peut avoir. Cela peut être présenté de manière à être accepté. Et dans le cas de familles où le climat n'est pas serein, il vaut mieux orienter le mandant vers le mandat notarié.

Que mettre dans le mandat ?

Pour limiter les risques, le législateur a prévu la rédaction d'un décret prévoyant un modèle type. Mais le mandat sous seing privé comme le mandat notarié restent libres. Dès lors, je suggère de prévoir systématiquement une obligation d'informer une tierce personne lorsque le mandat est mis en œuvre. On l'a dit : le mandat de protection future se met en place suite à son dépôt au greffe, accompagné d'un certificat établi par un médecin spécialiste. Les seules personnes alors prévenues sont le greffier, qui n'a qu'un pouvoir d'enregistrement, le mandataire et le mandant, qui reçoit une lettre par la Poste. Aucune mesure de publicité du mandat n'a été prévue par le législateur. En contrepartie, le juge des tutelles peut être saisi à tout moment et par tout intéressé en cas de problème. Sa saisine est très simple, mais encore faut-il connaître l'existence et le dépôt du mandat. C'est, à mon sens, le plus grand danger de ce mandat. Dès lors, je préconise de prévoir une clause selon laquelle le mandataire aura l'obligation, s'il veut mettre en œuvre le mandat, de prévenir telle personne de la famille ou tel tiers. Cela permet de limiter les risques.

Deuxièmement, il est possible d'opter pour un mandat sous seing privé, mais contresigné par un avocat, lequel engage sa responsabilité sur le contenu du mandat.

Troisièmement, surtout ne pas oublier une clause de contrôle des comptes, voire un contreseing de ces derniers par un membre de la famille.

Quels sont les rapports entre le gestionnaire du patrimoine et le mandataire ?

Les pouvoirs du mandataire sont inscrits dans le mandat. Par conséquent, si le gestionnaire du patrimoine voit arriver une personne qui lui affirme qu'elle a pouvoir de gérer le patrimoine d'un tiers au motif qu'elle en a reçu mandat, il ne peut faire l'économie de demander ce mandat et de le lire en intégralité, afin de connaître exactement les pouvoirs du mandataire et les ordres qu'il est autorisé à lui donner.

La loi a prévu que le mandataire exécute personnellement le mandat, ce qui signifie qu'il ne peut déléguer ses pouvoirs. Mais la loi a prévu, par ailleurs, qu'il puisse se substituer un tiers pour les actes de gestion du patrimoine à titre spécial. Il est donc possible que le mandataire, pour la gestion d'une partie du patrimoine et à condition de contrôler cette gestion, donne mandat à un professionnel de la gestion pour gérer une partie du patrimoine financier considéré, possibilité qui n'existe pas dans la tutelle classique.

Enfin, le mandataire doit rendre des comptes. Le gestionnaire de patrimoine auquel il a éventuellement fait appel doit donc lui fournir tous les documents lui permettant de s'expliquer, le jour venu, devant la famille du mandataire ou devant le juge des tutelles.

II. Questions-réponses

Thierry BOGATY

Un gestionnaire de patrimoine peut-il être mandataire ?

Laurence PECAULT-RIVOLIER

La loi a prévu la possibilité de désigner comme mandataire toute personne physique, à l'exclusion des personnes morales. Il est donc impossible de désigner comme mandataire une institution ou une société de gestion de patrimoine. Mais rien, dans la loi, n'exclut de désigner un gestionnaire de patrimoine personne physique. Cela étant, il serait selon moi très dangereux pour des gestionnaires de patrimoine de prendre un tel mandat, qui est considéré comme un mandat global de représentation d'une personne qui n'est plus en état d'exprimer ses volontés, implique une responsabilité considérable, puisqu'elle porte sur la gestion du patrimoine, mais également sur les décisions personnelles à prendre. Il vaut mieux utiliser la faculté de délégation que j'ai évoquée.

De la salle

Nous sommes conseillers en gestion de patrimoine et, à ce titre, amenés à conseiller nos clients pour changer de contrat de mariage, d'aller voir leur notaire pour faire une donation en partage ou autre,

ou établir un quelconque testament. Pour ce faire, nous avons été amenés à choisir la profession de démarcheur financier ou de Conseiller en Investissement Financier. Dans ce dernier cas, nous exerçons le droit à titre accessoire : quelles en sont les limites ?

Florence FRESNEL

Il existe une réglementation sur le problème du périmètre du droit, avec une exception, en l'espèce, puisqu'il faudrait que vous ayez au moins 3 ans de licence en droit.

Les experts-comptables, par exemple, qui ont un monopole du chiffre, ont pu l'étendre dans le domaine du droit dans la mesure où il s'agit de la suite simple de l'analyse des comptes. Mais s'il est nécessaire de passer des actes complexes, il convient de faire appel au notaire ou à l'avocat.

De la salle (le même intervenant)

Nous sommes amenés, lorsque nous rencontrons un chef d'entreprise marié sous le régime de la communauté, afin d'assurer la sécurité du patrimoine du conjoint, à lui proposer de rencontrer son conseil – avocat – pour changer de contrat de mariage. Si, éventuellement, cet avocat ou nous-mêmes conseillons au client d'aller voir son notaire parce qu'aucune donation a été faite, que ce dernier le prenne mal parce qu'il n'aurait pas eu le temps de conseiller son client et que nous soyons attaqués par ce dernier notaire, ou par l'avocat, quelles sont les limites de nos responsabilités, civiles ou pénales, dans le cadre de la pratique du droit à titre accessoire ?

Jean-François HUMBERT

La question ne se pose pas en ces termes. Elle se pose dans le cas des experts-comptables, qui sont amenés à donner des consultations juridiques, notamment en matière de constitution de sociétés. Dans la mesure où cette prestation juridique vient compléter une prestation relevant de leur activité traditionnelle, elle est parfaitement autorisée. En revanche, si un expert-comptable souhaitait ouvrir un service dédié à la rédaction de statuts de sociétés et en faisait la publicité à des personnes qui ne seraient pas déjà ses clients, cela serait critiquable.

Dans l'exemple que vous citez, vous traitez l'ensemble des opérations de votre client. Si, dans ce cadre, vous êtes amené à lui conseiller d'effectuer des donations, à changer de régime matrimonial ou autres, vous vous situez bien dans cette notion d'accessoire. Si, en revanche, vous en faites une activité autonome, déconnectée de tout lien avec une clientèle, vous sortez de ce cadre.

De la salle

Nous venons d'aborder plusieurs mandats pouvant être exercés par des personnes physiques à titre gracieux. Vous êtes-vous rapproché des assureurs pour ajuster ces responsabilités à l'assurance de responsabilité civile de chef de famille ? En effet, à mon sens, le mandataire assume des responsabilités dépassant celui d'un simple chef de famille. Comme il est bénévole, il ne peut se faire couvrir par une responsabilité professionnelle quelconque. Qu'en est-il ?

Florence FRESNEL

La question de la responsabilité se pose pour 400 000 protecteurs familiaux de majeurs protégés. En effet, 400 000 bénévoles s'occupent actuellement de membres de leur famille qui sont des majeurs protégés, en tutelle ou en curatelle, pour laquelle ils n'ont pas de responsabilité. La loi du 5 mars 2007 vient enfin de l'imposer aux protecteurs professionnels : il est évident que tout mandataire de protection future ou à effet posthume a l'obligation, qu'il soit rémunéré ou non, de prendre une assurance professionnelle. Les assureurs ont découvert cet aspect et sont prêts à le faire, pour autant que la loi le rende obligatoire. Les autres ont intérêt à rencontrer leur assureur pour évoquer le problème, car l'assurance responsabilité civile souscrite sur la maison n'est pas celle qui convient...

Thierry BOGATY

Le coût de l'assurance peut-il être prélevé sur les capitaux gérés ?

Florence FRESNEL

Bien sûr ! Pour une responsabilité civile de protecteur bénévole, il m'avait été dit par des assureurs, en 1998, que pour un patrimoine allant jusqu'à l'ISF, la responsabilité civile coûterait entre 200 et 500 francs par an, pour une personne bénévole, je le répète, soit 30 à 75 euros.

De la salle

Maître Fresnel, vous avez évoqué, dans le cadre du mandat à titre posthume, la question de la durée de validité. Mais le fait générateur est-il la signature du mandat ou le décès du mandant ?

Florence FRESNEL

Le mandat à effet posthume, comme son nom l'indique, est à effet posthume. Le fait générateur de son exécution est donc le jour de la mort de la personne. Si l'on est mandataire posthume sur des biens spéciaux exclusivement, la durée du mandat est de 2 ans, renouvelables autant que de besoin par le juge. Si l'on est mandataire pour le compte de personnes vulnérables, pour lesquelles le mandat à effet posthume a été constitué, la durée est de 5 ans, renouvelables autant que de besoin.

Il y a là, à mon sens, un champ d'activité important pour les professionnels que vous êtes.

De la salle

La plupart de nos clients sont des chefs d'entreprise, qui font vivre leur PME. Pour eux, le mandat posthume permet de permettre à leur entreprise de vivre après leur décès, en continuant à être gérée par des personnes compétentes. Même si la notion de « bon père de famille » a disparu dans la loi du 5 mars 2007, il y est toujours fait référence à une gestion « prudente, avisée et rigoureuse » qui peut être, parfois, en décalage avec une décision d'entreprise. Ne pourrait-il y avoir un *hiatus* entre des décisions de gestion industrielle, prises par un mandataire, et l'appréciation qui pourrait en être faite ultérieurement par un juge des tutelles, par exemple ?

Jean-François HUMBERT

Nous parlons de « mandats », mais il ne s'agit pas d'actes unilatéraux. Le mandat de protection future et le mandat à effet posthume sont de vrais contrats, qui doivent être acceptés par le mandataire avant d'entrer en application. Il importe donc de veiller aux pouvoirs consentis et à l'objet du mandat. Le mandat posthume doit ainsi être dûment motivé, car il peut conduire à déshériter totalement les héritiers, qui n'ont pas la faculté de saisine des biens, qui ne reçoivent pas de revenus et cela peut durer aussi longtemps que le mandat est renouvelé. En le motivant, l'on peut prévoir de conférer au mandataire le pouvoir de prendre des risques industriels. Après, l'on rentre dans le mécanisme classique de la responsabilité civile de celui qui exécute le contrat. Les héritiers pourront éventuellement lui reprocher d'avoir été imprudent, malveillant ou incompétent : le juge tranchera.

Florent PICOT

Dès lors que le mandataire exécute son obligation de contractant, je ne vois pas ce qui pourrait lui être reproché, *a fortiori* si le contrat a été marqué du sceau de la confiance et que les pouvoirs du mandataire lui ont été conférés par le futur mort. Un juge aura des difficultés, dans ce cadre, à déterminer la faute éventuelle du mandataire.

Florence FRESNEL

Les notaires sont des gens du silence et de la réflexion : ils parlent peu ; lorsqu'ils le font, ils le font bien et lorsqu'ils écrivent, ils le font mieux encore. En les rencontrant pour exposer un problème, ils sauront rédiger des actes en conséquence. En entreprise, l'on prend nécessairement des risques. Si cela est stipulé dans le mandat, il n'y a aucun problème : les héritiers ne peuvent rien reprocher au mandataire. Ils peuvent en revanche l'attaquer s'il ne prend pas de risques !

De la salle

Lorsque l'on établit un mandat de protection future d'une manière authentique, le juge des tutelles n'a plus aucune compétence dès lors qu'il s'exécute. Des parents peuvent-ils donc établir un mandat de protection future pour leur enfant majeur incapable et si oui, quelles en sont les conséquences ?

Laurence PECAULT-RIVOLIER

Le juge des tutelles peut être saisi par tout intéressé en cas de difficulté dans l'exercice du mandat.

Par ailleurs, la loi prévoit que les parents ayant la charge affective et matérielle à plein temps de leur enfant majeur peuvent signer, devant notaire uniquement, un mandat de protection future pour le compte de leur enfant. Ils peuvent donc prévoir leur propre succession pour le jour où ils ne pourront plus s'occuper directement de lui. Il s'agit d'un cas exceptionnel, soumis à la condition que les parents aient la charge entière et complète, affective et matérielle, de leur enfant majeur.

De la salle

Considérons le cas de Monsieur A, qui a passé un mandat de protection future avec son mandataire, que nous appellerons Monsieur B. A l'exécution du mandat, il s'avère que Monsieur B est incapable et qu'il a lui-même signé un mandat de protection future devant notaire avec Monsieur C, ce mandat étant entré en exécution. Dans ces conditions, le mandat de Monsieur A se transmet-il à Monsieur C, le nouveau mandataire ?

Laurence PECAULT-RIVOLIER

A priori, je pense que tel n'est pas le cas. Un mandat sous protection future est éminemment personnel. Il est fait au profit de quelqu'un. Si cette personne ne peut l'exercer pour quelque raison que ce soit, le mandat tombe automatiquement.

De la salle

Quid de l'opportunité économique que représente le mandat de protection future pour notre profession ? Les gestionnaires de patrimoine pourraient-ils devenir des mandataires professionnels ?

Laurence PECAULT-RIVOLIER

Rien ne l'interdit, mais le mandat de protection future dépasse la simple gestion de patrimoine. Il s'agit d'une alternative au régime de tutelle, lequel fait l'objet d'une jurisprudence étoffée pour donner au représentant légal un certain nombre d'obligations légales par rapport à la personne. Si vous prenez en charge un tel mandat, vous prenez donc une responsabilité colossale.

De la salle

Dans le droit bancaire, il existe une possibilité de donner procuration. Cela n'est en revanche pas possible pour l'assurance vie. Le mandat de protection future permet-il de donner une telle procuration pour gérer un contrat d'assurance-vie ?

Florence FRESNEL

La loi du 5 mars 2007, en son article L.133-1, stipule que si une personne est sous une mesure de protection, il ne peut y avoir modification de la clause bénéficiaire de son contrat d'assurance vie qu'avec l'approbation du juge des tutelles, que l'on soit en tutelle ou en curatelle. Si le contrat a été souscrit ou modifié dans les deux ans précédant la mesure de protection, l'on est dans la « période suspecte », qui permet de demander l'annulation du contrat.

Autrement dit, tous les contrats d'assurance vie signés, dont les titulaires font l'objet d'une mesure de protection dans les deux années qui suivent, peuvent être annulés.

Peut-on faire un mandat spécial pour l'exécution du contrat d'assurance-vie dans le cadre d'un mandat de protection future ? Pourquoi pas, car ce mandat est ouvert, libre.

De la salle

Comment est tarifée la rédaction du mandat ? Une tarification est-elle prévue pour la mission de vigilance dévolue au notaire dans le cadre du mandat authentique ?

Jean-François HUMBERT

Les notaires sont soumis à tarif pour la plupart de leurs actes, mais pas pour celui-ci. Par conséquent, il convient de passer une convention avec le notaire concernant sa rémunération, d'une part, pour établir le mandat et d'autre part, pour sa surveillance ultérieure.

Laurence PECAULT-RIVOLIER

D'après mes informations, un décret serait en préparation, qui tarifierait cet acte.

Jean-François HUMBERT

La commission Attali serait cependant opposée à de tels tarifs...

De la salle

L'on ne peut demander aux notaires, dans le cadre de mandats de protection future, de contrôler ces derniers annuellement sans prévoir de rémunération.

Florence FRESNEL

Cela est à prévoir dans le contrat.

Jean-François HUMBERT

C'est une question de quantité de travail. Je ne pense pas qu'il puisse y avoir une règle prédéfinie sur cette mission.

Je voudrais revenir sur le rôle du notaire dans le cadre de l'exécution du mandat de protection future pour préciser le juge n'est pas évincé. Le notaire est le réceptacle des différents actes réalisés. Il peut demander des explications complémentaires s'il estime que les éléments qui lui sont fournis sont insuffisants. Si des irrégularités lui paraissent avoir été commises, il saisit le juge.

De la salle

En régions, lorsque l'on questionne les notaires sur le mandat à titre posthume, nous obtenons des réponses évasives : ils ne disposent d'aucun modèle de rédaction, bottent souvent en touche, voire nous considèrent comme des concurrents éventuels. Disposez-vous de modèles de mandats de ce type déjà édictés, que l'on puisse leur remettre ?

Florent PICOT

Le notariat travaille de longue date sur ce mandat de protection future. La proposition de ce mandat a été faite lors du Congrès des Notaires de 2006. Nous avons effectivement des matrices, mais il ne faut pas s'en contenter. Nous avons un grand rôle à jouer dans la rédaction de ce type de contrats.

Jean-François HUMBERT

Il ne s'agit effectivement pas d'actes « prêt-à-porter », mais d'actes sur-mesure. Il est possible de fournir des cadres généraux aux professionnels concernés, mais le contrat ne peut selon moi être établi qu'à la suite de discussions, pour que le professionnel connaisse exactement les volontés du mandant.

De la salle

Un mandant soucieux qui voudrait résoudre simultanément sa protection future et une protection à titre posthume doit-il établir deux mandats distincts ?

Florence FRESNEL

Il est possible de passer un contrat de protection future et un mandat de protection future. L'un n'empêche pas l'autre. Ils consisteront en un contrat notarié en deux parties.

Jean-François HUMBERT

La question se pose néanmoins de savoir s'il est opportun de régler en un même acte deux questions totalement différentes.

Florence FRESNEL

Un tel acte en deux parties peut être adapté si le mandant souhaite confier ces deux mandats à la même personne.

Florent PICOT

Il sera prudent, en pareil cas, d'établir deux actes distincts afin que la révocation de l'un des mandats n'entraîne pas automatiquement la révocation de l'autre.

De la salle

Les personnes âgées s'inquiètent de leur capacité de gérer leurs biens dans le futur. Elles risquent d'être mises sous tutelle ou sous curatelle par des tiers. Comment peuvent-elles résoudre ce problème ?

Jean-François HUMBERT

Tel est précisément l'objet du mandat de protection future. Il faut également être conscient qu'actuellement, 600 000 personnes sont placées sous un régime de tutelle, sous l'autorité de l'équivalent de 60 ou 70 juges des tutelles à temps plein. L'on voit bien l'étendue de leur tâche, les difficultés qu'ils peuvent rencontrer. L'intérêt du mandat de protection future n'est pas d'évincer l'autorité judiciaire, mais de pouvoir organiser une forme de tutelle qui puisse fonctionner de manière plus souple.

De la salle

Dans le cadre d'une tutelle qui se déroule mal, dans mon entourage, le tuteur menace de démissionner. Est-il possible de mettre en place un mandat de protection future pour un majeur protégé ?

Jean-François HUMBERT

Hélas, non car celui qui va donner ce pouvoir est déjà sous tutelle : il n'a donc plus sa capacité juridique. La seule solution sera de remplacer le premier tuteur par un second. Pour établir de tels actes, il faut avoir une capacité complète, notamment parce que, lorsque vous établissez un mandat de protection future par acte notarié, vous pouvez donner au mandataire le pouvoir de vendre des biens immobiliers.