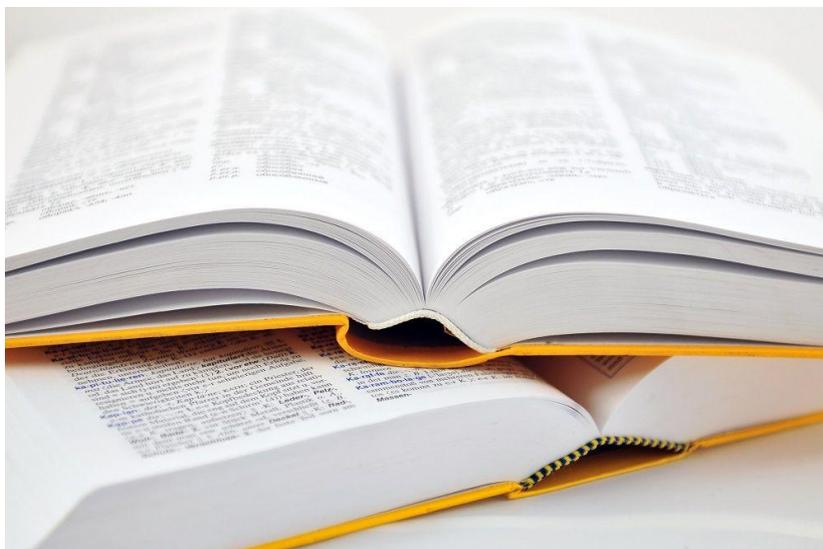


Mandat de protection future



Le mandat de protection future permet à une personne majeure (mandant) de désigner à l'avance, une ou plusieurs personnes (mandataires) pour la représenter elle-même, ou un enfant, le jour où elle n'aurait plus la capacité de gérer ses intérêts.

Cette mesure a pour objet d'anticiper une éventuelle perte de capacité physique et mentale. Le mandataire pourra alors protéger les intérêts personnels et/ou patrimoniaux du mandant ou de l'enfant.

Ainsi il existe deux catégories de mandat de protection future :

- Le mandat de protection future « pour soi-même »,
- Le mandat de protection future « pour autrui ».

Le mandat est un contrat qui peut être réalisé sous signature privée ou par l'intermédiaire d'un notaire par établissement d'un acte authentique.

Il s'agit d'une mesure de protection conventionnelle, organisée par l'intéressé (ou ses pères et mères), de façon anticipée.

Le mandat de protection future permet d'avoir la main sur l'éventuelle perte d'autonomie, de l'organiser personnellement et sans l'intervention d'un juge.

1. Définition

Le mandat de protection future permet à toute personne majeure ou mineure émancipée ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle, de désigner un ou plusieurs mandataires chargés de la représenter, ou de représenter un enfant handicapé, pour le jour où elle ne pourra plus pourvoir à ses intérêts, dans les actes de sa vie civile, personnelle et patrimoniale.

Il est régi par les articles 477 à 494 du Code civil.

L'instauration de ce mandat (Loi 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, n° 2007-308, voir aussi Circ. CIV/01/09 relative à la loi du 5 mars 2007) est la suite logique de la naissance du mandat de fin de vie (Loi 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, n° 2005-370) et du mandat à effet posthume (Loi 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, n° 2006-728) qui permettent à chacun de prévoir qui sera habilité à prendre les décisions quant à sa personne ou à son patrimoine, lorsqu'il ne pourra plus les prendre lui-même du fait de sa situation de santé ou de son décès.

Sur le plan juridique, outre les dispositions qui lui sont spécifiquement applicables, le mandat de protection future est également soumis à certaines règles générales relatives aux mesures de protection juridique des majeurs, ainsi qu'aux dispositions du droit commun du mandat lorsqu'elles ne sont pas incompatibles avec les dispositions spéciales du régime du mandat de protection future.

Contrairement au droit commun du mandat, la particularité du mandat de protection future est qu'il se déclenche au moment de la constatation médicale de l'altération des facultés du mandant.

La différence avec le mandat à effet posthume est que le mandat de protection future va au-delà de la seule gestion patrimoniale, il peut concerner les décisions relatives à la personne, les décisions médicales à prendre par exemple.

Il ne faut pas non plus confondre le mandat de protection future avec la possibilité offerte par l'article 448 du code civil, qui permet de désigner de manière anticipée, une ou plusieurs personnes chargées d'exercer les fonctions de curateur ou de tuteur pour le cas où elle-même ou son enfant serait placée en curatelle ou tutelle.

2. Forme et publicité du mandat

2.1. Forme du mandat

Le mandat est conclu par acte notarié ou par acte sous-seing privé.

Mais le mandat pour autrui est obligatoirement notarié.

2.1.1. Mandat de protection future pour soi-même

2.1.1.1. Le mandat notarié

Le mandat peut être rédigé en la forme authentique,

Le notaire qui le rédige est choisi par le mandant.

Le mandataire accepte sa mission dans l'acte authentique.

Tant qu'il n'est pas entré en application, le mandat peut être modifié ou même révoqué, il conviendra d'en informer le mandataire et le notaire.

Le mandataire peut aussi renoncer au mandat, en informant le mandant et le notaire.

Si le mandat est consenti par un ou des parents pour leur enfant (mandat de protection future pour autrui), alors l'acte notarié est obligatoire.

Par ailleurs, par cette forme de mandat, le mandant peut donner plus de pouvoirs à son mandataire que par un mandant établi sous seing privé (voir infra).

Comme pour tout acte notarié, les avantages sont multiples : conseil et responsabilité du notaire, conservation certaine du mandat (puisque déposé au rang des minutes du notaire), date certaine, force probante jusqu'à inscription de faux et force exécutoire.

Par ailleurs, le mandataire doit rendre compte de sa gestion au notaire.

La rémunération du notaire est fixée à 135,84 € TTC (C. com. art. A 444-79). A cela s'ajoute l'enregistrement de l'acte à 125 € ainsi que le coût des copies simples ou authentiques pour environ 40 €.

Une rémunération complémentaire au titre d'honoraires peut être convenue en raison de la complexité du dossier.

Pour l'examen des comptes annuels prévu à l'article 491 du Code civil, le notaire est rémunéré d'un émolument fonction du chapitre le plus élevé, en recettes ou en dépenses, au titre de l'année à laquelle se rapportent les comptes, selon le barème suivant (depuis le 1er janvier 2021) :

Inférieur ou égal à 25 000 € : émolument de 135,84 € TTC

Supérieur à 25 000 € et inférieur ou égal à 65 000 € : émoluments de 226,39 € TTC

Supérieur à 65 000 € : émoluments de 407,50 € TTC

2.1.1.2. Le mandat sous seing privé

Dans ce cas, le mandat doit être daté et signé de la main du mandant et doit obligatoirement être établi conformément au modèle réglementaire défini par décret.

Le mandat sous seing privé devra être enregistré à la recette des impôts pour acquérir date certaine. (Coût de l'enregistrement = 125 €)

Le mandat sous seing privé, comme nous le verrons, confère au mandataire des pouvoirs bien inférieurs à ceux d'un mandat notarié.

2.1.1.3. Le mandat établi sous seing privé et contresigné par un avocat

Une troisième forme peut être utilisée, son formalisme est allégé car il n'est pas nécessaire de suivre le modèle défini par le décret du 30 novembre 2007 vu ci-dessus, mais les pouvoirs du mandataire sont les mêmes que pour le mandat sous seing privé non contresigné.

2.1.2. Le mandat de protection future pour autrui

Le mandat de protection future peut aussi être établi par les parents, ou le dernier vivant des père et mère, au profit de :

- leur enfant mineur sur lequel ils exercent l'autorité parentale,
- ou leur enfant majeur dont ils assument la charge matérielle et affective,

alors il sera obligatoirement notarié.

2.2. Publicité

Une réponse ministérielle rendu le 20 octobre 2009 indiquait qu'« Il n'y a donc pas lieu de prévoir une publicité ou une information générale des tiers (...) ». En effet ne s'agissant pas d'une mesure de protection mais d'un simple régime de représentation, sans porter atteinte à la capacité du mandant, l'incapacité ne pouvant être constatée que par une décision de justice, il n'y a pas lieu de prévoir une mesure de publicité. »

L'article 35 de la loi n°2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement dite "Loi ASV" publiée au Journal Officiel le 29 décembre 2015 insère un article 477-1 au code civil prévoyant que le mandat de protection future est publié par une inscription sur un registre spécial dont les modalités et l'accès feront l'objet d'un décret.

Le Conseil d'Etat avait sanctionné le gouvernement pour inaction car jusqu'alors le décret n'avait toujours pas été publié.

Ce décret est enfin paru le 16 novembre 2024 et entre en vigueur le lendemain de sa publication

L'absence de mise en place de registre était pénalisante pour les personnes concernées, notamment pour les recherches de mandat.

Le décret précise les modalités d'alimentation du registre et sa consultation.

3. Parties au mandat

3.1. Le mandant

La cause du mandat doit être, pour le mandant, la crainte d'une "impossibilité de pourvoir seul[e] 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"

Le mandant ne peut être qu'une personne physique : en effet, on peut déduire de la cause du mandat (une altération des facultés mentales ou corporelles empêchant l'expression de la volonté) que le mandant ne peut être qu'une personne physique, capable au moment de la rédaction du mandat.

Au moment où le mandat est conclu, le mandant doit être en possession de toutes ses facultés, et le mandat s'ouvrira au moment où il sera médicalement constaté que ces facultés sont altérées.

Attention : Pendant l'application du mandat, le mandant conserve quand même sa pleine capacité juridique.

3.1.1. Le mandat de protection future pour soi-même

3.1.1.1. Le mandant doit être majeur, ou bien mineur émancipé

Le mineur non émancipé ne peut pas consentir de mandat de protection future (C. civ. art. 477 al. 1), et son représentant légal ne le peut pas non plus en son nom, sauf cas particulier du mandat de protection future pour autrui lorsque l'enfant est atteint d'une altération de ses facultés mentales au sens de l'article 425 du Code civil (voir infra).

Quant à la question de savoir si le représentant légal du mineur sain d'esprit peut, pour le cas où il décèderait durant sa minorité, consentir un mandat de protection future qui s'appliquerait jusqu'à la majorité de cet enfant, elle n'est pas tranchée. Certains auteurs pensent que la rédaction de l'article 477 alinéa 3 le laisse penser, alors que d'autres sont d'avis qu'il ne s'agit pas de l'esprit de la loi : non seulement d'autres outils juridiques existent déjà dans cette situation, mais au surplus, le

mandat de protection future pour autrui ne s'adresse, dans l'esprit du législateur, qu'aux parents d'enfants handicapés.

3.1.1.2. Le mandant ne doit pas faire l'objet d'une mesure de tutelle

La personne sous tutelle ne peut recourir au mandat de protection future.

Ainsi, lorsque la tutelle est déjà ouverte, il est trop tard pour convenir d'un mode volontaire de protection. Par ailleurs, le tuteur ne peut pas solliciter une autorisation du juge des contentieux de la protection (ex-juge des tutelles) à l'effet de consentir un mandat de protection future pour le compte de la personne sous tutelle, et ce, même pour le cas où le tuteur viendrait à décéder ou ne pourrait plus assumer la charge tutélaire.

3.1.1.3. Le mandant peut, sous conditions, faire l'objet d'une mesure de curatelle

La personne sous curatelle peut conclure un mandat de protection future mais avec l'assistance de son curateur.

Rien n'interdit au majeur sous curatelle de solliciter le juge des tutelles, en cas de refus de son curateur de lui prêter son concours.

Si le mandat entre ensuite en œuvre, la curatelle est maintenue, et afin d'éviter la coexistence des deux mesures il serait opportun de saisir le juge pour obtenir la main levée de la mesure de curatelle.

Le juge tranchera selon les intérêts du majeur et conformément au principe de subsidiarité des mesures de protection judiciaire par rapport au mandat de protection future.

3.1.1.4. Le mandant peut, sans condition, faire l'objet d'une mesure de sauvegarde de justice

La personne sous sauvegarde de justice conserve sa capacité juridique.

Néanmoins, le mandat de protection future ne peut conférer au mandataire l'exercice des droits donnés au mandataire spécial de la sauvegarde de justice.

Cependant, si à ce moment-là elle n'était pas saine d'esprit, les actes qu'elle accomplit peuvent être remis en cause pour rescision pour lésion, réduction pour excès ou encore nullité.

Sont également pris en compte l'utilité ou l'inutilité de l'opération, l'importance ou la consistance du patrimoine ou encore la bonne ou mauvaise foi du tiers contractant.

Ainsi, si en principe rien n'empêche une personne sous sauvegarde de justice de consentir un mandat de protection future, il faut prendre garde au risque de remise en cause de ce mandat.

Une sauvegarde de justice peut être mise en place après qu'un mandat de protection future ait été consenti. Il continue de recevoir toute son exécution, sauf révocation par le mandant ou par le juge.

3.1.1.5. Le mandant ne peut pas être sous habilitation familiale

La personne sous habilitation familiale ne peut recourir au mandat de protection future.

3.1.1.6. Principe de subsidiarité des mesures de protection judiciaire par rapport au mandat

« La mesure de protection judiciaire ne peut être ordonnée par le juge qu'en cas de nécessité et lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne par la mise en œuvre du mandat de protection future conclu par l'intéressé »

Ainsi, la mise en place d'une mesure de protection judiciaire ne chasse pas nécessairement le mandat de protection future.

Le juge peut décider de compléter la protection conventionnelle par une protection judiciaire.

3.1.2. Le mandant pour autrui

Peuvent conclure un mandat de protection future pour leur enfant pour le cas où cet enfant ne pourrait plus pourvoir seul à ses intérêts pour l'une des causes prévues à l'article 425 :

- Les parents ou le dernier vivant des père et mère, ne faisant pas l'objet d'une mesure de curatelle ou de tutelle ou d'une habilitation familiale, qui exercent l'autorité parentale sur leur enfant mineur
- ou Les parents ou le dernier vivant des père et mère, ne faisant pas l'objet d'une mesure de curatelle ou de tutelle ou d'une habilitation familiale, qui assument la charge matérielle et affective de leur enfant majeur

Ce mandat prend effet le jour où le mandant parent décède (ou ne peut plus prendre soin de l'enfant).

C'est la grande originalité du mandat de protection future car ici le bénéficiaire n'est pas le mandant.

Attention :

Le mandat de protection future pris par des parents pour leur enfant doit obligatoirement être un acte notarié.

Si les deux parents de l'enfant sont en vie ils doivent tous deux signer le mandat.

Si un seul des parents est en vie, il a le pouvoir de signer seul cet acte.

C'est un mandat qui permet de sécuriser l'avenir d'un enfant atteint d'une altération de ses facultés personnelles. Sa protection est organisée à l'avance.

Ce mandat n'est activé qu'au décès des parents, ou du survivant d'eux (ou lorsqu'ils ne pourront plus prendre soin de leur enfant).

Remarque :

Pour le mineur, il conviendra d'assortir le mandat de protection future pour autrui d'une tutelle testamentaire car celle-ci permet de désigner la personne qui exercera la tutelle du mineur.

3.2. Le mandataire

3.2.1. Une personne physique ou morale

Le mandataire peut être une personne physique ou morale, mais dans ce dernier cas, il doit être inscrit sur la liste des mandataires judiciaires à la protection des majeurs.

3.2.2. Les conditions de capacité

Quand c'est une personne physique, elle doit jouir, pendant l'exécution du mandat, de sa capacité civile, et remplir les conditions prévues pour les charges tutélaires par l'article 395 et les deux derniers alinéas de l'article 445 du code civil.

Ainsi ne pourront être mandataires :

- les mineurs non émancipés,
- les majeurs sous protection juridique (tutelle, curatelle, sauvegarde de justice, habilitation familiale),
- les personnes à qui l'autorité parentale a été retirée, ainsi que les personnes visées à l'article 131-26 du code pénal,
- le fiduciaire désigné par le contrat de fiducie
- le médecin, le pharmacien, auxiliaires médicaux (infirmiers, kinésithérapeute) si le mandant est leur patient.

Mais si ce professionnel de santé est aussi un membre de la famille, il pourra être mandataire une primauté est donnée à la famille et à l'entourage de la personne protégée.

Il n'est pas conseillé de nommer un CGP en qualité de mandataire de protection future.

Quant à l'avocat désigné comme mandataire, il conviendra d'être vigilant sur tout conflit d'intérêts.

Il est conforme aux intérêts du mandant un mandat de protection future désignant, en qualité de contrôleur des actes du mandataire, l'avocat de la personne protégée, lequel était marié avec le notaire rédacteur du mandat.

3.3. La personne représentée - Le mandat lui-même ou un enfant

Traditionnellement le mandant est généralement la personne représentée, mais la particularité du mandat de protection future est qu'il peut être conclu :

- pour se protéger soi-même : mandat de protection future pour soi-même,
- pour protéger son enfant : mandat de protection future pour autrui.

Il n'est fait aucune référence à une mesure de protection juridique de l'enfant lui-même, ainsi il n'est pas nécessaire que l'enfant soit sous tutelle, curatelle ou sauvegarde de justice pour que le mandat de protection future puisse être mis en place par les parents à son profit. Il suffit que les parents aient la "charge matérielle et affective" de l'enfant, mais il faut bien admettre que dans certains cas, cette notion pourra être difficile à qualifier, à défaut de critères d'appréciation objectifs.

L'avantage de ce dispositif est qu'il permet de répondre aux préoccupations de parents soucieux de l'avenir de leur enfant handicapé. Ils peuvent mettre en place un mandat de protection future qui sera activé le jour où ils décèderont ou ne pourront plus prendre soin de l'enfant.

4. Mise en œuvre du mandat

4.1. Mandat de protection future pour soi-même

4.1.1. Conditions de mise à exécution

Le jour où le mandat est conclu il n'a pas d'effet, le mandant est en possession de toutes ses facultés. Le mandat ne prendra effet qu'au jour où il sera médicalement constaté que le mandant ne peut plus pourvoir seul à ses intérêts en raison d'une altération, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de la volonté. Il pourra donc très bien ne jamais s'ouvrir.

Le mandat de protection future s'ouvre donc pour les mêmes raisons qu'une tutelle ou une curatelle (car renvoi à C. civ. art. 425), et non pas pour des raisons moins graves contrairement à ce qui est parfois dit.

4.1.2. Procédure de mise à exécution

La procédure est la suivante :

Un médecin doit constater l'altération des facultés du mandant, altération qui ne lui permet plus de pourvoir seul à ses intérêts, au sens de l'article 425 du Code civil.

Ce médecin doit être choisi sur une liste établie par le Procureur de la république.

Ce médecin peut solliciter l'avis du médecin traitant de la personne qu'il y a lieu de protéger.

La liste des médecins pouvant délivrer le certificat est disponible auprès du greffe du juge des contentieux de la protection (ex-juge des tutelles) du tribunal dont dépend la personne à placer sous protection. Certains tribunaux diffusent la liste des médecins habilités sur leur site internet.

Le certificat médical n'est pas celui requis par l'article 431 (pour les mesures de protection judiciaire) et donc il n'a pas à être circonstancié.

La production d'un certificat médical ne s'applique qu'aux Français ayant établi leur résidence habituelle en France. Dans le cas où le mandant est domicilié à l'étranger (non-résident fiscal français) les règles de procédure civile françaises ne s'appliquent pas.

Pour les ressortissants français résidant dans un pays ayant adhéré à la Convention de La Haye les "modalités d'exercice" du mandat de protection future sont régies par la loi du pays où le ressortissant a sa résidence habituelle.

Pour les pays non signataires, et en l'absence d'une convention bilatérale spéciale, la mise en œuvre et l'exécution du mandat de protection future est soumise aux règles de droit international privé local.

Puis le mandataire doit se présenter en personne au greffe du Tribunal d'instance, accompagné du mandant (sauf si le certificat médical établi que son état de santé l'en empêche).

Il doit y produire :

-l'original du mandat s'il a été établi sous seing privé ou la copie authentique s'il s'agit d'un mandat notarié ;

-le certificat médical (voir infra) datant de moins de deux mois ;

-sa pièce d'identité et celle du mandant ;

-un justificatif de la résidence habituelle du mandant.

Si le mandant n'était pas présent devant le greffier, alors le mandataire doit l'informer de la prise d'effet du mandat par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Enfin le greffier doit vérifier :

- que le mandant et le mandataire étaient majeurs ou mineurs émancipés à la date de l'établissement du mandat ;
- que les modalités du contrôle de l'activité du mandataire sont prévues (notamment il peut être désigné un tiers de confiance ayant pour mission de contrôler la gestion par le mandataire)
- que le curateur a contresigné le mandat, si le mandant était placé sous curatelle ;
- que le mandataire personne morale est bien inscrit sur la liste des mandataires judiciaires à la protection des majeurs.

Puis le greffier paraphe chaque page du mandat, mentionne en fin d'acte que celui-ci prend effet à compter de la date de sa présentation au greffe, y appose son visa et le restitue au mandataire. Le greffe ne conserve aucune copie du mandat et aucun enregistrement de l'acte n'est effectué.

Mais depuis la publication du décret n°2024-1032 du 16 novembre 2024 un registre national dématérialisé a été mis en place pour assurer la publicité de ces mandats.

Ce registre vise à simplifier les démarches, en permettant notamment l'enregistrement, la modification et la consultation des mandats par certains professionnels habilités.

Si le greffier estime que les conditions requises ne sont pas remplies et refuse de viser le mandat, alors le mandataire peut saisir le juge, dont la décision ne sera pas susceptible d'appel.

Tout intéressé peut saisir le juge des contentieux de la protection (ex-juge des tutelles) afin de contester la mise en œuvre du mandat, ou encore de voir statuer sur les conditions et modalités de son exécution.

4.2. Mandat de protection future pour autrui

4.2.1. Conditions de mise à exécution

Le mandat de protection future pour autrui peut être activé quand les facultés personnelles du ou des parents sont altéré ou qu'il(s) décèdent, ET que l'enfant ne peut pourvoir seul à ses intérêts. Il s'agit de deux conditions cumulatives.

4.2.1.1. L'altération des facultés personnelles ou décès du mandant

Le mandat prend effet le jour où les parents, ou le survivant d'entre eux, décède ou ne peut plus prendre soin de l'intéressé.

Le mandant doit être dans l'impossibilité de pouvoir seul aux intérêts de son enfant majeur par suite d'une altération de ces facultés mentales ou corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté.

Cette impossibilité doit être médicalement constatée par un certificat médical établi par un médecin choisi sur une liste établie par le Procureur de la république.

La liste des médecins pouvant délivrer le certificat est disponible auprès du greffe du juge des contentieux de la protection (ex-juge des tutelles) du tribunal dont dépend la personne à placer sous protection. Certains tribunaux diffusent la liste des médecins habilités sur leur site internet.

4.2.1.2. Altération des facultés personnelles du bénéficiaire ayant atteint l'âge de la majorité

Le mandat peut s'appliquer quand le bénéficiaire du mandat, l'enfant, ayant atteint l'âge de la majorité, ne peut pourvoir seul à ses intérêts par suite d'une altération de ses facultés mentales ou corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté.

Pour prouver cette altération il faudra également produire un certificat médical datant de deux mois au plus, émanant d'un médecin inscrit sur la liste mentionnée à l'article 431 du code civil et établissant que l'enfant majeur du mandant désigné comme le bénéficiaire du mandat se trouve dans l'une des situations prévues à l'article 425 du même code.

La liste des médecins pouvant délivrer le certificat est disponible auprès du greffe du juge des contentieux de la protection (ex-juge des tutelles) du tribunal dont dépend la personne à placer sous protection. Certains tribunaux diffusent la liste des médecins habilités sur leur site internet.

4.2.2. Procédure de mise à exécution

Comme pour le mandant pour soi-même, c'est le mandataire qui active le mandat. Il se présente en personne au greffe du tribunal judiciaire du ressort de la résidence du bénéficiaire, accompagné de ce dernier (sauf s'il est établi par certificat médical que sa présence est incompatible avec son état de santé).

Le mandataire présente :

- la copie authentique du mandat (car rappelons le, le MPF pour autrui est forcément notarié)
- l'acte de décès du mandant OU un certificat médical de moins de 2 mois, émanant d'un médecin inscrit sur la liste mentionnée à l'art. 431 du code civil, et

établissant que le mandant, parent, est dans l'impossibilité de prendre soin de son enfant majeur.

- Un certificat médical de moins de 2 mois, émanant d'un médecin inscrit sur la liste mentionnée à l'art. 431 du code civil et établissant que l'enfant majeur bénéficiaire ne peut pourvoir seul à ses intérêts.
- Une pièce d'identité du mandataire, et de l'enfant,
- Un justificatif de la résidence habituelle de l'enfant.

Si l'enfant n'a pas pu se présenter devant le greffier, il est informé de l'activation du mandat par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Si le greffier estime que les conditions requises ne sont pas remplies et refuse de viser le mandat, alors le mandataire peut saisir le juge, dont la décision ne sera pas susceptible d'appel.

5. Objet du mandat

Le mandat de protection future peut porter :

- sur l'assistance dans la vie personnelle,
- sur la gestion de tout ou partie du patrimoine,
- sur les deux.

La rédaction est libre et à personnaliser au cas par cas.

Les pouvoirs du mandataire varient selon que le mandat est notarié ou sous seing privé.

Par ailleurs, le mandat peut être gratuit ou onéreux.

5.1. Protection du patrimoine

Les pouvoirs du mandataire varient selon la forme du mandat.

5.1.1. Mandat établi par acte sous seing privé

Quand le mandat est établi sous seing privé, le mandataire est exclusivement limité, quant à la gestion du patrimoine, aux actes qu'un tuteur peut faire sans autorisation, c'est-à-dire les actes conservatoires et d'administration. Il ne peut donc faire des actes de disposition.

Ces actes sont listés par décret (cf. Décret 22 déc. 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du code civil, n° 2008-1484).

Si l'accomplissement d'un acte qui est soumis à autorisation s'avère nécessaire dans l'intérêt du mandant, le mandataire devra saisir le juge des contentieux de la protection (ex-juge des tutelles) pour le voir ordonner.

5.1.2. Mandat établi par acte notarié

5.1.2.1. Principe

Le mandataire peut réaliser tous les actes patrimoniaux que le tuteur a le pouvoir d'accomplir seul ou avec une autorisation, même si le mandat est rédigé en termes généraux.

Il y aura donc lieu de préciser si ces actes, permis en principe, sont ou non exclus par le mandant.

Le mandat notarié doit être rédigé sur mesure, et comme « qui peut le plus peut le moins » sa rédaction est relativement libre.

Le mandat notarié laisse une plus grande liberté quant aux actes que peut accomplir seul le mandataire.

Mais dans les deux cas, sous les réserves émises ci-dessous, le mandat pourra prévoir une multitude de dispositions, le tout étant d'être précis pour éviter toute interprétation des devoirs et pouvoirs du mandataire.

Exemple :

Le mandat pourra conférer au mandataire les pouvoirs d'un tuteur, ou encore ceux d'un curateur, ou encore des pouvoirs limités à certaines opérations précises comme la gestion de tel portefeuille de valeurs mobilières, ou bien une simple mission d'assistance, totale ou partielle, pour tous les actes patrimoniaux ou pour certains seulement, un ou plusieurs mandataires pourront être désignés, des mandataires en second pourront également être prévus en cas d'impossibilité des premiers, etc.

5.1.2.2. Exceptions

Les actes de disposition à titre gratuit

Par exception, le mandataire doit obtenir l'autorisation du juge des contentieux de la protection (ex-juge des tutelles) pour consentir un acte de disposition à titre gratuit.

La gestion du logement

S'il devient nécessaire ou s'il est dans 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 doit être autorisé par le juge.

Cette règle s'applique non seulement pour la résidence principale et son mobilier, mais également pour la résidence secondaire et son mobilier.

Par ailleurs, si la personne doit quitter son logement, seules des conventions de jouissance précaire peuvent être conclues, et elles cessent, malgré toutes dispositions ou stipulations contraires, dès le retour de la personne protégée chez elle.

L'avis préalable d'un médecin inscrit sur la liste prévue à l'article 431 du Code civil est requis si la vente du bien a pour finalité l'accueil de l'intéressé dans un établissement.

5.2. Protection de la personne

Le mandat peut prévoir une protection de la personne-même du mandant. Lorsque tel est le cas, les droits et obligations du mandataire sont les mêmes que ceux applicables en cas de tutelle ou de curatelle, mais le mandant pourra tout à fait restreindre les pouvoirs de son mandataire sur ces questions ; il ne pourra cependant pas les accroître.

Ainsi, l'accomplissement des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation du mandant. Sont réputés strictement personnels la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale, la déclaration du choix ou du changement du nom, et enfin le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant.

Par ailleurs, le mandant décide seul de son lieu de résidence, il entretient des relations personnelles avec qui il souhaite.

Il prend seul les décisions qui concernent sa propre personne dans la mesure où son état le permet.

Par ailleurs, le mandataire ne pourra, sans l'autorisation du juge prendre une décision portant gravement atteinte à l'intégrité corporelle du mandant ou à l'intimité de sa vie privée.

Cependant, le mandat peut prévoir que le mandataire exercera les missions que le Code de la santé publique et le Code de l'action sociale et des familles confient au représentant de la personne en tutelle ou à la personne de confiance.

Le mandataire conserve des prérogatives notamment sur le choix des décisions médicales le concernant (sauf si son état ne lui permet pas).

À cet égard, une ordonnance applicable depuis le 1er octobre 2020, harmonise les règles du Code de la santé publique et celles du Code civil en matière de santé. Elle précise que lorsque le mandant, a une mission de représentation générale de la personne protégée (protection de la personne), il doit être destinataire comme le patient de l'information médicale le concernant et doit participer à la décision médicale, soit en l'assistant, soit en l'autorisant lorsque le patient n'est plus apte à consentir.

5.3. Protection de l'entreprise ou de la société

5.3.1. L'entrepreneur individuel

Les dispositions du mandat de protection future ne renvoient pas expressément à l'article 509 du code civil (qui interdit au tuteur d'exercer le commerce ou une profession libérale au nom de la personne protégée) donc pour certains auteurs une clause expresse du mandat pourrait prévoir que le mandataire exerce le commerce en lieu et place de la personne protégée entrepreneur individuel.

Par prudence, nous préférons exclure la possibilité pour le mandataire de représenter l'entrepreneur individuel pour les actes du chef d'entreprise.

Ainsi il y a aura lieu, pour palier à cela, d'envisager en amont la création d'une société.

5.3.2. La gestion d'une société

Si le mandat de protection future permet à lui seul d'assurer efficacement la bonne gestion des actifs patrimoniaux, il en va différemment pour la gestion d'une société. La difficulté découle de la personnalité morale de la société. Celle-ci existe indépendamment de ses associés. C'est pourquoi sa gestion s'exerce à travers le mandat social du dirigeant.

Or, le mandataire n'acquiert pas du seul fait du mandat de protection future le pouvoir de remplacer le dirigeant à cette fonction ou de nommer son successeur.

Ainsi il est nécessaire de procéder au contrôle et, le cas échéant, à l'aménagement des statuts.

5.3.2.1. Concernant la fonction de direction

Pour permettre le remplacement du dirigeant, les statuts doivent prévoir que l'ouverture du mandat de protection future induira la cessation automatique des fonctions et sera suivie de la désignation d'un nouveau dirigeant ;

- et si la société est une société civile, SARL et SNC : il peut être opportun également de prévoir une cogérance afin d'assurer la continuité de la direction de la société. Dès la cessation des fonctions, le cogérant, qui peut être le mandataire, deviendra l'unique dirigeant de la société ;

- et si la société est une SAS : il peut être opportun de prévoir également une clause de présidence successive. Dès la cessation des fonctions, le prochain président, qui peut être le mandataire, prendra la suite. La continuité de la direction de la société est assurée ;

En l'absence de telles dispositions, le nouveau dirigeant devra être désigné selon les modalités fixées aux statuts.

5.3.2.2. Concernant l'exercice du droit de vote

Afin que le mandat puisse trouver à s'exécuter, encore faut-il que le mandataire soit autorisé à voter en lieu et place du mandant.

En effet, le droit des sociétés encadre les modalités de représentation des associés, et diffère selon la forme sociale :

- société unipersonnelle – EURL et SASU : Dans une société unipersonnelle, la représentation pour l'exercice du droit de vote n'est pas autorisée. L'associé unique ne peut pas donner pouvoir à un tiers pour le représenter.

- société à responsabilité limitée : Dans une SARL, il est nécessaire que la société comporte au moins trois associés pour que la représentation pour l'exercice du droit de vote puisse jouer.

De plus, faute d'aménagement statutaire spécifique, seul le conjoint de l'associé ou un autre associé peut représenter le mandant. Les statuts devront donc être modifiés pour permettre à un mandataire tiers d'agir le cas échéant.

- société anonyme : Dans une SA, seul un autre actionnaire ou son conjoint (ou partenaire) peut représenter pour l'exercice du droit de vote un actionnaire. Si le mandataire n'a aucune de ces deux qualités, il convient de lui céder ou de lui donner au préalable au moins une action pour permettre la représentation.

- société par actions simplifiée : Dans les SAS, la représentation pour l'exercice du droit de vote des associés n'est pas envisagée par la loi. Par principe, celle-ci est donc possible sans limitation particulière à moins que les statuts n'écartent ou n'encadrent cette possibilité.

- société civile ou société en nom collectif : Dans une société civile ou SNC, la représentation pour l'exercice du droit de vote d'un associé par un autre est possible sous réserve d'une clause des statuts en ce sens. Pour qu'un tiers, et non un associé, puisse être mandataire, les statuts doivent également être aménagés.

- société civile professionnelle : il est nécessaire que la société comporte au moins trois associés pour que la représentation pour l'exercice du droit de vote puisse jouer.

5.4. Rémunération du mandataire

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

Par ailleurs, il peut être prévu par exemple que, sur justification, le mandataire pourra demander chaque mois le remboursement des frais qu'il aura exposés pour l'accomplissement de sa mission.

Ces frais devront figurer dans le compte de gestion annuel des biens du mandant.

Si une rémunération du mandataire est prévue, c'est le mandat qui en fixe les modalités.

6. Effets du mandat

6.1. Effets du mandat vis-à-vis du mandant - Responsabilité de ses actes

En principe, il doit respecter le mandat, et se laisser représenter par le mandataire dans les limites définies au mandat.

Cependant, s'il agit lui-même dans les domaines normalement dévolus au mandataire, ses actes restent pleinement valables puisqu'il a conservé toute sa capacité juridique (en effet, le mandat de protection future n'est ni une tutelle, ni une curatelle). Il lui est donc possible de "désobéir" au mandat de protection future qu'il a lui-même mis en place.

Cependant, les actes ainsi réalisés par le mandant (tant d'administration que de disposition) peuvent être remis en cause : ils peuvent être rescindés pour lésion, réduits pour excès ou même annulés pour insanité d'esprit.

L'action n'appartient qu'au mandant et, après sa mort, à ses héritiers. Elle s'éteint par un délai de cinq ans.

L'action en rescision pour lésion

La "lésion" consiste en un déséquilibre des prestations offertes réciproquement par le mandant et son cocontractant : c'est une opération économiquement désavantageuse pour le mandant. La "rescision" est la sanction de cette lésion : elle a pour effet d'obtenir la restitution des biens engagés par le mandant.

L'action en réduction pour excès

"L'excès" consiste en une dépense du mandant sans rapport avec ses capacités financières ou ses besoins. La "réduction" est la sanction de cet excès : elle consiste à diminuer les engagements du mandant pour les ramener à une proportion raisonnable, en rapport avec les forces de son patrimoine.

L'appréciation de la lésion ou de l'excès relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, qui doivent notamment prendre en considération l'utilité ou l'inutilité de l'opération, l'importance ou la consistance du patrimoine de la personne protégée et la bonne ou mauvaise foi de ceux avec qui elle a contracté.

L'action en nullité pour trouble mental

Lorsqu'un trouble mental est avéré et prouvé au moment de l'acte, alors cet acte peut être annulé.

6.2. Effets du mandat vis-à-vis du mandataire

6.2.1. Obligations du mandataire

6.2.1.1. En début de mandat

Lors de la mise en œuvre du mandat, le mandataire doit faire procéder à un inventaire des biens du mandant rassemblant la situation patrimoniale, professionnelle, sociale et économique de l'intéressé.

6.2.1.2. En cours de mandat

Le mandataire doit assurer l'actualisation de façon régulière de l'inventaire du patrimoine établi en début de mandat, et ce afin de maintenir à jour l'état du patrimoine.

Le mandataire doit exécuter le mandat qui lui est confié. La loi exige une exécution personnelle ; il ne peut se substituer un tiers que pour les actes de gestion du patrimoine, et encore ne peut-il le faire seulement qu'à titre spécial.

Le mandataire doit établir annuellement le compte de sa gestion.

Le mandat fixe les modalités de contrôle de la gestion du mandataire.

Un tiers peut être désigné pour contrôler les comptes et en tout état, de cause, le juge peut vérifier la gestion selon les modalités prévues à l'article 512 du Code civil.

Le mandant peut aussi prévoir qu'aucun contrôle particulier ne sera fait sur lors l'exécution du mandat.

Le juge peut également faire vérifier le compte de gestion annuel du mandataire.

Par ailleurs, si le mandat est notarié, alors le mandataire doit adresser ses comptes au notaire qui avait établi le mandat, avec toutes pièces justificatives utiles. Celui-ci assure la conservation du mandat ainsi que celle de l'inventaire des biens et de ses actualisations.

Cependant, la loi ne précise pas jusqu'où va la responsabilité du notaire, il est simplement précisé qu'il doit saisir le juge des contentieux de la protection (ex-juge des tutelles) de tout mouvement de fonds et de tout acte non justifié ou n'apparaissant pas conformes aux stipulations du mandat.

6.2.1.3. En fin de mandat

À la fin du mandat et pendant les cinq années qui suivent, le mandataire doit transmettre à la personne qui va poursuivre la gestion (le mandant lui-même s'il recouvre ses facultés, ses héritiers, son tuteur, etc.), l'inventaire des biens et ses réactualisations successives, les cinq derniers comptes de gestion, ainsi que les pièces nécessaires pour continuer celle-ci ou assurer la liquidation de la succession de la personne protégée.

6.2.2. Sanction en cas de non respect de ses obligations par le mandataire

Le mandataire est tenu d'accomplir le mandat tant qu'il en demeure chargé, et répond des dommages-intérêts qui pourraient résulter de son inexécution.

La sanction est proportionnelle à la faute commise. Par ailleurs, la responsabilité du mandataire est appliquée moins rigoureusement lorsque le mandat est exercé à titre gratuit.

6.2.2.1. En cas de dépassement de pouvoir

Lorsque le mandataire accomplit un acte alors qu'il ne l'aurait pas dû (parce que le mandat ne l'y autorisait pas, ou parce que la loi ne le permettait pas), alors on considère que c'est un acte nul.

Par ailleurs, le mandataire encourt le paiement de dommages intérêts et la révocation judiciaire du mandat.

6.2.2.2. En cas de faute de gestion ou d'atteinte aux intérêts du mandant

Le mandataire encourt la révocation judiciaire du mandat, le versement de dommages-intérêts, voire des sanctions pénales s'il y a un chef d'incrimination.

7. Fin du mandat

Le mandat peut prendre fin pour plusieurs raisons, énumérées ci-après.

7.1. Le rétablissement des facultés personnelles du mandant ou du bénéficiaire du mandat

Le mandat prend fin lorsque le rétablissement des facultés personnelles de l'intéressé est médicalement constaté.

Cela peut être demandé par le mandant ou le mandataire.

Il y a lieu de présenter un certificat médical dressé par un médecin inscrit sur la liste du parquet.

Ce certificat doit être daté de 2 mois au plus et établir que la personne protégée ne se trouve plus dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération de ses facultés mentales ou corporelles.

Pour la procédure : le certificat est présenté au greffe du tribunal judiciaire, qui constate la fin du mandat.

Le greffier mentionne alors sur le mandat que celui-ci prend fin à compter de sa date de présentation au greffe, appose son visa et le restitue au comparant.

Si le greffier estime que les conditions de ne sont pas remplies, il n'appose pas son visa.

Auquel cas le juge des tutelles peut être saisi par le mandant, le bénéficiaire ou le mandataire. Il se prononcera sans débat, et sa décision sera insusceptible d'appel.

Le protégé qui n'a pas comparu devant le greffier sera informé de la fin du mandat par lettre recommandée avec avis de réception.

7.2. Le décès du mandant ou du bénéficiaire

Le mandat prend fin au décès du mandant (C. civ. art. 483 2°). Le mandataire ne continue pas à gérer le patrimoine du défunt après le décès, car tel n'est pas l'objet du mandat de protection future. Selon les objectifs de la personne, la consistance de son patrimoine, etc. d'autres outils juridiques sont alors à envisager pour l'après-décès : mandat à effet posthume, exécuteur testamentaire, etc.

Exception :

Le mandat de protection future pour autrui. Au décès du parent, le mandat conclu au profit de l'enfant handicapé se poursuit. C'est le décès de l'enfant qui fera tomber le mandat.

7.3. Le décès du mandataire ou son placement sous une mesure de protection

Si le mandataire décède, est placé sous une mesure de protection ou en déconfiture (= état apparent et notoire d'insolvabilité), le mandat cesse.

On ne distingue d'ailleurs pas la mesure de protection : qu'il s'agisse d'une tutelle, d'une curatelle ou même d'une mesure plus légère comme la sauvegarde de justice, le mandat cesse dans tous les cas.

7.4. Le placement bénéficiaire sous une mesure de tutelle ou curatelle

Comme nous l'avons vu, le mandat de protection future ne prive pas le mandant de sa capacité juridique, et il peut très bien conclure des actes qui s'avèrent finalement inappropriés.

Ainsi, il peut s'avérer que le mandat de protection future ne permette pas, en raison de son champ d'application, de protéger suffisamment les intérêts personnels et patrimoniaux de la personne, alors le juge peut décider d'ouvrir une mesure de protection juridique et placer le bénéficiaire sous tutelle ou curatelle.

Il peut arriver, pour des raisons de mésentente familiale ou bien tout simplement par méconnaissance de l'existence du mandat, que l'ouverture d'une mesure de protection soit demandée par un proche avant que le mandataire n'ait pu faire les démarches au greffe.

Ainsi le mandat de protection future prend fin de plein droit.

Par exception, le juge peut décider de le maintenir, en parallèle de la mesure de protection juridique, par exemple en réservant certains domaines d'intervention au mandataire.

Lorsqu'elle n'a pas été demandée antérieurement, l'exécution du mandat peut être demandée par le mandataire postérieurement à l'ouverture de la mesure de protection. La Cour de cassation rappelle que "seul le mandat [...] mis à exécution" est concerné par ce cas de révocation anticipée.

7.5. La révocation du mandat par le juge

Le juge des contentieux de la protection (ex-juge des tutelles) peut révoquer ou revoir les conditions et modalités de son exécution à la demande de tout intéressé.

- lorsqu'il s'avère finalement que la personne n'est pas dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération de ses facultés mentales ou corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté (conditions de C. civ. art. 425).
- lorsque d'autres moyens "plus simples" existent pour qu'il soit pourvu aux intérêts de la personne, notamment les règles du droit commun de la représentation, celles du régime primaire ou encore celles des régimes matrimoniaux lorsque la communauté de vie n'a pas cessé avec le conjoint.
- ou lorsque l'exécution du mandat est de nature à porter atteinte aux intérêts du mandant.

Le juge peut également suspendre les effets du mandat pour le temps d'une mesure de sauvegarde de justice.

En cas de non-respect des intérêts patrimoniaux du mandant, le juge peut aussi mettre un terme au mandat de protection future et instaurer une procédure de protection judiciaire plus adaptée.

7.6. La renonciation au mandat

Seuls le mandant et le mandataire peuvent renoncer au mandat.

7.6.1. Renonciation par le mandant

7.6.1.1. Durant la période qui précède la prise d'effet du mandat

La renonciation au mandat par le mandant est tout à fait possible. Cette renonciation doit prendre la forme suivante :

- si le mandat avait été établi sous seing privé, alors la renonciation devra prendre la forme d'un acte sous seing privé ou d'un acte notarié.
- si le mandat avait été établi par acte authentique, alors la renonciation ne pourra prendre que la forme d'un acte notarié.

Cette révocation doit être expresse (il n'y a pas de révocation tacite), et elle doit être notifiée au mandataire, ainsi qu'au notaire si le mandat était notarié.

7.6.1.2. En cours de mandat

Le mandat prend effet lorsque l'altération des facultés mentales du mandant est avérée et médicalement constatée. Dans cette configuration, le mandat n'est plus en état d'exprimer sa volonté, et il ne peut donc pas révoquer le mandat qu'il a lui-même consenti.

La seule solution est alors de solliciter une révocation judiciaire (voir paragraphe "La révocation du mandat par le juge").

7.6.2. Renonciation par le mandataire

7.6.2.1. Durant la période qui précède la prise d'effet du mandat

Le mandataire peut renoncer au mandat ; il doit alors notifier sa décision au mandant et au notaire si le mandat avait pris la forme d'un acte authentique.

Cependant, la question se pose encore de savoir si la renonciation doit prendre ou non la forme notariée si le mandat été lui-même notarié.

7.6.2.2. En cours de mandat

La renonciation n'est pas interdite (le mandataire pouvant connaître des empêchements), mais elle doit être autorisée par le juge des contentieux de la protection (ex-juge des tutelles).

Vous souhaitez prendre contact avec notre ingénieur patrimonial ?

✉ info@maubourg-patrimoine.fr

☎ (33) 1 42 85 80 00