



Diplôme d'Université Gestion Patrimoniale

Comment gérer efficacement le patrimoine d'un majeur protégé ?

Mémoire soutenu le 15 janvier 2015 par Philippe BAUDOT

Année Universitaire 2015-2016

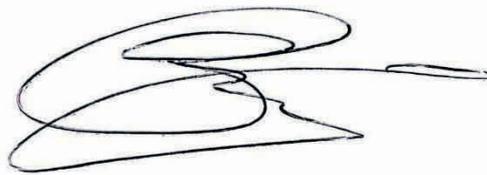
UFR Droit, Economie et Gestion, et
de l'Institut du Risque et des
Assurances (I.R.A)



« Je soussigné Philippe Baudot, inscrit en DU Gestion de patrimoine à la faculté du droit de Mans, déclare être pleinement conscient que le plagiat de documents ou d'une partie d'un document publiés sur toutes formes de support, y compris internet, constitue une violation des droits d'auteur ainsi qu'une fraude caractérisée aux examens, qu'une telle pratique est passible d'une sanction disciplinaire prononcée par l'organe compétent de l'université de Maine.

En conséquence, je déclare sur l'honneur ne m'être livrée à aucun plagiat dans le présent document dans lequel j'ai donc cité l'intégralité des sources que j'ai mobilisées pour écrire ce mémoire »

Fait à Lyon le 08/01/2016



Remerciements

Je tenais tout particulièrement à remercier mon épouse Aliette qui a su me soutenir tout au long de cette année universitaire. Elle a su faire preuve de tempérance, de patience et a toujours su m'épauler dans les moments de stress rencontrés.

Je tenais aussi à remercier mon entourage professionnel : Alain Boyer mon Assistant Technico-Commercial qui a su me remplacer au pied levé, quand il le fallait, pour ne pas dégrader ma relation avec mes partenaires CGP ainsi que Michel Norrito qui a fait preuve d'une grande confiance en me permettant de m'inscrire à ce diplôme.

Je tiens aussi à remercier l'ensemble des enseignants que nous avons rencontré cette année pour leur disponibilité et leur grande pédagogie. L'enseignement dispensé va être, j'en suis sûr, un levier supplémentaire dans l'exercice de la fonction d'inspecteur au quotidien.

Sommaire

Introduction

1. La gestion de patrimoine d'un majeur protégé : une gestion fragmentée et inefficace

1.1 Des acteurs dissociés avec des mandats différents

1.2 Des acteurs responsables mais insuffisamment formés face aux problématiques patrimoniales des majeurs protégés

2. La nécessité d'une approche globale du patrimoine pour mieux servir les intérêts du majeur protégé

2.1 Redéfinition des périmètres de chaque intervenant de la gestion de patrimoine d'un majeur protégé

2.2 Le conseiller en gestion de patrimoine et/ou le notaire comme intervenant nécessaire dans la gestion de patrimoine d'un majeur protégé

Conclusion

INTRODUCTION

Par une loi fondatrice du 03 janvier 1968, le législateur est venu mettre un cadre juridique spécifique autour des personnes vulnérables atteintes de troubles mentaux graves, de handicaps physiques ou de maladies justifiant de les priver de la libre disposition de leurs biens et de leur personne. Trois niveaux de mesures de protection ont ainsi été créées pour protéger ces majeurs affaiblis : la sauvegarde de justice, la curatelle (simple ou renforcée) et enfin la tutelle.

Pour être mise en place, la mesure de protection doit être conforme aux principes de nécessité, subsidiarité et proportionnalité car, en fonction de son niveau de gravité, les actes qu'exerceraient cette personne vont être soit contrôlés soit assistés par un curateur ou soit être représentés par un tuteur. Par ailleurs, certains actes devront être validés par un juge des tutelles.

Devant le développement incessant des curatelles sociales, prononcées pour des motifs sociaux et non médicaux (personnes en surendettement par exemple), le législateur est venu renforcer les principes fondateurs de la loi du 3 janvier 1968 par la loi n°2007-308 du 5 mars 2007. Cette loi a permis progressivement de désengorger le système judiciaire de nombreux majeurs protégés qui ne semblaient pas réellement affectés par des troubles nécessitant leur placement sous protection. Ainsi, tant que le majeur est capable d'exercer par lui-même ses actes de disposition, d'administration ou de gestion, nul besoin de le placer sous protection judiciaire. Des systèmes de protection adaptés aux besoins des ex curatelles sociales ont ainsi été créés à travers la création des mesures d'accompagnement social (MASP) et des mesures d'accompagnement judiciaire (MAJ). Le mandat de protection future a par ailleurs été instruit par cette même loi afin de permettre à toute personne de désigner la personne habilitée à le représenter en cas de survenance de l'état d'incapacité.

Voulue comme une loi destinée à produire des services plus adaptés aux besoins de gestion spécifiques des majeurs protégés quant à leurs biens ou à leur personne, la loi du 5 mars 2007 doit faire face à de nombreuses critiques quant à son efficacité. Un rapport d'information du Sénat suite à l'enquête de la cour des comptes relative à l'évaluation de l'efficacité de cette loi a d'ailleurs mis en exergue de nombreux dysfonctionnements dans l'application de ces nouveaux principes.

L'un des objectifs principaux recherché à travers la loi du 5 mars 2007 était de désengorger les tribunaux d'instance mais il n'en a pas été ainsi : les révisions quinquennales des mesures, les nouvelles attributions du juge sur le contrôle de la personne, les auditions des majeurs et la refonte de la carte judiciaire ont vu les greffes prendre énormément de retard dans la révision desdites mesures à tel point que l'on s'interrogeât sur le risque de voir certaines mesures devenir caduques car non renouvelées à temps.

Des mesures correctives sont en cours avec notamment le recrutement de nouveaux greffiers et la titularisation de nouveaux juges près du tribunal d'instance mais il convient de s'interroger sur l'efficacité des mesures mises en place par la loi de 2007 : sont-elles réellement appliquées correctement ? N'y a-t-il pas un décalage entre la volonté initiale du

législateur et le résultat opérationnel ? Quelles mesures correctives pourraient être mises en place pour arriver à servir réellement les besoins du majeur protégé ?

Ces réflexions sont régulièrement débattues en assemblée : la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 ainsi que l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille sont venues apporter de nouvelles dispositions visant à désengorger les tribunaux d'instance sur plusieurs points : élargissement des compétences des représentants légaux divorcés pour ne solliciter l'avis du juge des tutelles qu'en cas d'actes lourds de conséquences sur le patrimoine du mineur ; création d'une habilitation familiale subsidiaire aux mesures judiciaires de tutelle et curatelle pour les familles qui souhaitent protéger directement leur majeur en difficulté (cette mesure est inspirée de l'habilitation qui existait pour le conjoint en cas de défaillance manifeste et temporaire du conjoint).

Outre la volonté de désengorgement des tribunaux précédemment évoquée, on se demande si le législateur n'est pas en train de « déjudiciariser » progressivement l'encadrement des majeurs pour laisser à la famille ou aux proches, s'ils existent, le devoir de s'occuper activement de leurs proches pour ne se concentrer que sur les majeurs dont la famille est inexistante (ou lorsqu'elle ne manifeste aucune volonté de s'occuper d'eux).

Bien que des mesures correctives soient apportées régulièrement aux lois encadrant les majeurs protégés, on peut toutefois constater que ces lois visent essentiellement à corriger les dysfonctionnements des institutions judiciaires ; elles ne viennent malheureusement pas corriger le déficit flagrant de formation des acteurs de la profession en matière, notamment, de gestion de patrimoine.

Sur ce point, la loi du 5 mars 2007 avait ouvert la voie à une amélioration substantielle de la qualité de gestion du patrimoine des majeurs en demandant aux mandataires de se professionnaliser grâce à l'obtention d'un Certificat National de Compétence (CNC) devenu obligatoire pour exercer. Toutefois, il est à noter que le CNC n'est obligatoire que pour quelqu'un qui veut exercer cette profession d'accompagnant ou de représentant ; il n'est malheureusement pas nécessaire dans le cas d'une tutelle familiale. Ce CNC prévoit notamment un volet de formation à la gestion budgétaire de 48H et un autre à la formation à la gestion fiscale et patrimoniale de 30H. En pratique, cette formation, bien que nécessaire, s'avère largement insuffisante pour faire du curateur ou du tuteur un gestionnaire de patrimoine averti et efficient.

La gestion de patrimoine est actuellement assurée par de nombreux acteurs : banques, assureurs, CGPI et courtiers notamment. Ces professionnels tendent eux aussi à améliorer la qualité des services qu'ils prodiguent à leur client. Les conseils sont de plus en plus adaptés à la situation de chaque client. Chaque situation est analysée en prenant en compte les prérogatives et les besoins de chaque client en considération de sa situation juridique, économique et fiscale. Le professionnel est garant de la qualité de son conseil et il met régulièrement à jour ses compétences pour fournir un conseil performant et adapté en permanence aux évolutions réglementaires.

Devant la pluridisciplinarité des juges qui exercent aussi d'autres attributions au sein du tribunal d'instance, la surcharge encore connue des greffes, la pluridisciplinarité des

mandataires qui, outre le patrimoine, s'occupent surtout du volet social de la gestion de leur majeur protégé, comment pourraient-ils appréhender au mieux les problématiques patrimoniales des majeurs placés sous leur protection ?

Nous verrons donc dans une première partie comment ces professionnels appréhendent la gestion de patrimoine des majeurs protégés pour ensuite aborder une mesure corrective essentielle : la nécessité de gérer ces patrimoines grâce à une approche patrimoniale globale.

1. La Gestion du Patrimoine d'un majeur Protégé : une gestion fragmentée et inefficace

La loi du 5 mars 2007 a défini les contours d'un système vertueux capable de gérer au mieux les problématiques d'un majeur placé sous protection judiciaire suite à son inaptitude à exercer et à défendre seul ses intérêts sur ses biens et sa personne. La volonté du législateur était certainement, à l'époque, animée par la recherche d'un meilleur encadrement des professionnels de la tutelle ou curatelle afin d'éviter des dérives alors régulièrement constatées : l'isolement du majeur dans des mouvoirs, des maltraitances, des abus de faiblesse ou autres malversations à leur encontre. En professionnalisant des mandataires alors bénévoles, en les formant et en les rendant par là-même responsables des actes à l'encontre des personnes qu'ils protègent, le législateur était animé d'une ambition d'amélioration sous contrainte des acteurs de cette profession.

Sur bien des aspects, nous constatons que cette évolution nécessaire a produit de nombreux effets positifs mais l'on peut toutefois s'interroger sur la capacité de chacun des acteurs à cerner les réelles problématiques patrimoniales de leurs majeurs protégés. Voyons tout d'abord la position de chaque acteur quant à la gestion du patrimoine d'un majeur protégé pour ensuite étudier les lacunes constatées dans l'application des mesures d'encadrement actuelles

1.1. Des acteurs dissociés avec des mandats différents

Un majeur protégé peut être représenté par plusieurs acteurs, professionnels ou non, libéraux ou non. Pour mieux appréhender la vision de chaque acteur, nous distinguerons ici les mandataires familiaux des mandataires professionnels que sont les MJPM indépendants (Mandataires Judiciaires à la Protection des Majeurs) et les mandataires au sein d'associations spécialisées dans la gestion des tutelles et curatelles.

1.1.1. L'hétérogénéité des mandataires et les limites de leur responsabilité

Le mandataire familial

Le mandataire familial est une personne de la famille du majeur protégé qui a été nommé en charge de sa tutelle ou de sa curatelle. Cette personne est souvent une personne de la société civile qui dispose du même droit d'exercice qu'un professionnel tout en étant dispensé de la formation CNC nécessaire à celui-ci. En l'espèce, le tuteur familial dispose de toutes les attributions de signature des actes de disposition et d'administration prévus par le décret 2008-1484 du 22/12/2008.

La loi du 5 mars 2007 prévoyait que cette population de tuteurs puisse recevoir une formation initiale pour gérer au mieux les intérêts de la personne qu'ils sont censés protéger mais dans la pratique, peu de tuteur ont reçu de documentation exhaustive de la part des greffes comme ils s'y étaient engagés lors de la réforme. Les associations de tutelles, notamment les UDAF (Union départementale des Associations Familiales), devaient dispenser des formations à ces mandataires mais, en pratique, peu de mandataires privés ont été formés aux contraintes réglementaires de cette fonction de représentation ou d'assistance.

Comme le juge est Co-responsable des actes que pourraient maladroitement ou volontairement accomplir un mandataire familial, il va sans dire qu'au moindre écart de gestion d'un tuteur familial ou au moindre doute sur son intégrité ou sa probité, le juge est amené à le dessaisir de cette charge et à la transférer vers des organismes spécialisés (associations de tutelle ou mandataires libéraux).

Les mandataires familiaux ont capacité à gérer le patrimoine des majeurs protégés mais de nombreux problèmes se posent quant à leur capacité à être conseiller et bénéficiaire ultérieurs des conseils a posteriori. En effet, il est facilement imaginable que le tuteur ou curateur familial souhaite opérer à des opérations judicieuses sur l'architecture patrimoniale du majeur qu'il assiste ou représente afin de se favoriser au décès du majeur. C'est pourquoi l'autorisation du juge est absolument nécessaire pour modifier les stipulations pour autrui (clauses bénéficiaires des contrats d'assurance vie) inscrites préalablement à la mesure. Il en est de même pour la rédaction du testament qui reste un droit personnel attaché à la personne, même représentée. L'accord du juge est aussi indispensable pour procéder à des libéralités au profit des descendants du vivant du majeur protégé.

Dans le montage de telles opérations patrimoniales, la désignation d'un subrogé tuteur a d'ailleurs été rendue indispensable afin que le tuteur ou curateur familial ne soit pas juge et partie.

La complexité de la situation d'un tuteur familial en tant qu'aidant du majeur protégé et éventuel héritier conduit au constat suivant : peu de tuteurs ou curateurs pensent à arbitrer le patrimoine de leur proche et ils se contentent souvent de réaliser seulement des opérations de gestion courantes. L'optimisation patrimoniale pouvant les rendre bénéficiaires à terme des opérations de structuration ou de libéralités opérées, ils préfèrent souvent ne rien faire pour ne pas se voir taxer d'opérations douteuses ou frauduleuses par les autres futurs héritiers. Par ailleurs, même s'ils peuvent s'assurer en responsabilité civile comme tout mandataire pour couvrir des opérations qui engageraient leur responsabilité, ils n'en restent pas moins responsables des fraudes et autres malversations qu'ils auraient pu commettre.

Le mandataire judiciaire à la protection des majeurs indépendant

Ce mandataire est un mandataire qui exerce cette fonction auprès de plusieurs majeurs protégés. Actuellement, ce type de mandataire est amené souvent à gérer entre 10 et 30 mesures en même temps.

Le problème rencontré par ce type de mandataire est souvent lié au temps administratif : les contraintes réglementaires sont devenues de plus en plus chronophages. Autrefois dédié au bien-être de leurs majeurs, et souvent bénévoles avant la réforme de 2007, ce type de mandataires a dû en même temps : se professionnaliser en acquérant progressivement les compétences exigées par le CNC (300 heures de formation) et formaliser l'exercice du métier pour faire face aux nouveaux processus de contrôles.

Ce quorum de mandataires était auparavant essentiellement composé de bénévoles retraités qui exerçaient ce type de fonction comme d'autres participeraient à des œuvres caritatives. La professionnalisation a grandement découragé nombres d'anciens mandataires qui n'ont pas voulu suivre les formations exigées par la réforme. C'est ainsi que certains mandataires ont décidé de rompre leurs mandats, créant par là même une carence de tuteurs privés.

Pour remédier à cela, la profession de mandataire judiciaire à la protection des majeurs a été mise en avant par l'Etat et de nombreux demandeurs d'emploi ou même encore des personnels de l'administration ont été orientés vers le CNC. Beaucoup de personnes ont été formées ces dernières années mais encore peu ont été habilitées MJPM par le préfet de leur région, soit faute de besoin clairement quantifié, soit faute de budget.

Actuellement les mandataires professionnels nouvellement formés commencent à être agréés mais, parallèlement, le nombre de mesure grandissant fortement avec l'arrivée de la génération Baby-boom à des âges proches des 70 ans, ils se retrouvent très vite avec plus de 30 mesures à gérer en même temps.

Ce nombre de mesures trop important détériore la relation d'origine qu'entretenaient les majeurs protégés et leur mandataire. Les majeurs sont de moins en moins visités (souvent une fois tous les 3 mois au mieux) et la proximité nécessaire à la défense des intérêts des majeurs est ainsi lourdement remise en cause. Progressivement le mandataire devient seulement un pivot administratif chargé d'appliquer les règles qui lui ont été édictées et la relation avec le majeur protégé se déshumanise.

La gestion du patrimoine d'une personne devant répondre à ses besoins, ses contraintes, son mode de pensée, son aversion au risque mais aussi à sa volonté de vouloir gratifier telle ou telle personne de son entourage, il semble difficile au mandataire d'effectuer, en lieu et place du majeur protégé, des choix judicieux dans la gestion de son patrimoine. Souvent, le patrimoine est géré « au minimum » sans avoir recours à d'éventuelles optimisations qui pourraient s'avérer nécessaires au maintien et à la transmission du patrimoine dans les meilleures conditions financières et fiscales.

A noter : ces dernières années, on constate de plus en plus de regroupement de mandataires indépendants au sein d'associations qui leur permettent éventuellement de mettre en place un secrétariat central ayant pour but de les assister dans leurs tâches administratives et ainsi, palier partiellement à cette déshumanisation de la protection du majeur

*Les mandataires salariés d'association ou les préposés
auprès d'un établissement hospitalier*

Ce type de mandataires gère souvent beaucoup plus de mesures que la population de mandataires précédemment évoquée. La moyenne de gestion pour un temps plein est d'une soixantaine de mesures. Les associations ont progressivement fait monter en compétence leurs salariés en les formant au CNC. D'un rôle purement d'aide sociale, on leur a progressivement conféré des tâches de plus en plus administratives et financières, impliquant la responsabilité de l'association en cas de défaillance.

Le temps d'un salarié mandataire n'étant pas extensible, il s'occupe souvent en priorité de gérer les urgences sociales : demandes d'allocations, entretien du quotidien, gestion du budget, renégociation des contrats du majeur, ouverture de nouvelles mesures avec inventaires des biens, collecte d'informations, établissement des déclarations d'impositions etc.

Comme pour le mandataire indépendant, la gestion du patrimoine des majeurs protégés n'intervient ici qu'en cas d'évènements frappant lourdement le patrimoine du majeur : héritage ou donation reçus, besoin de vendre un actif immobilier ou de solder un actif bancaire pour recharger les comptes bancaires devenus insuffisamment dotés pour rééquilibrer le budget du majeur protégé etc.

Bien que systématiquement analysé pour établir le compte de gestion annuel, le budget n'est que très rarement rapproché du patrimoine de la personne protégée pour mettre en place des solutions d'épargne ou de restructuration patrimoniale visant à rétablir l'équilibre budgétaire de façon pérenne.

Les associations et groupes hospitaliers, grâce à des moyens structurels plus conséquents qu'un mandataire indépendant, se dotent de plus en plus d'un référent patrimonial au sein même de l'association afin de viser l'ensemble des opérations de placements ou de ventes effectuées par les mandataires salariés. On peut toutefois s'interroger sur la capacité de ces nouveaux référents à prodiguer des conseils patrimoniaux de qualité puisque ces personnels sont souvent d'anciens mandataires qui se spécialisent au sein même de l'association. Deux avis valant mieux qu'un, il semble que cette solution soit en théorie plus efficace que de laisser le mandataire gérer seul le patrimoine de ses majeurs ; il semble toutefois nécessaire de faire monter en compétence ces personnels via des formations spécialisées en gestion de patrimoine pour éviter les nombreux écueils du droit civil et de la fiscalité française.

Nous venons de voir que la gestion du patrimoine d'un majeur protégé peut être abordée de multiples manières en fonction de la qualité de l'interlocuteur mandataire qui en prend la responsabilité, voyons maintenant en détail l'efficacité des organes de contrôle de cette gestion

1.1.2. Autorités de surveillance : juge des tutelles, greffier en chef et cas particulier de la tutelle avec conseil de famille

La loi du 5 mars 2007 instaure un contrôle des actes réalisés par le mandataire au nom de son majeur protégé. C'est ainsi que le décret 2008-1484 du 22/12/2008 est venu classer, sans ambiguïté possible, quels actes relevaient d'actes de dispositions et quels actes devaient être regardés comme des actes d'administration. C'est cette qualification de l'acte qui permet de savoir si cet acte peut être exercé seul par le majeur ou conjointement avec son curateur ou tuteur. Certains de ces actes devront être soumis à autorisation préalable du juge des tutelles qui se pose alors comme arbitre et garant solidaire de la défense des intérêts des majeurs protégés.

Le rôle du juge des tutelles et sa responsabilité

Le juge des tutelles est l'acteur central de la tutelle ; c'est lui qui nomme le mandataire ou décide d'arbitrer les éventuels conflits nés pendant la mesure. Il a une mission générale de surveillance des mesures de tutelles et curatelles dont il assure le suivi. Ce contrôle tient autant à définir si le maintien de la mesure doit être prononcé qu'à étudier les différentes opérations qui interviennent pendant la mesure. Comme évoqué plus haut, il est Co-responsable avec le mandataire désigné, des éventuelles fautes de gestion commises pendant la tutelle ou la curatelle.

C'est à cet effet qu'il contrôle régulièrement les évolutions du patrimoine et qu'il est automatiquement sollicité pour se prononcer sur l'opportunité de réaliser les actes les plus graves qui pourraient remanier de façon sensible le patrimoine des majeurs protégés.

Le juge des tutelles a pour mission de contrôler régulièrement la bonne exécution de la mesure de protection ; à cet effet il peut convoquer le mandataire ou le majeur protégé pour les entendre sur tel ou tel point qu'il lui semblerait nécessaire d'éclairer avant sa prise de décision.

Le juge intervient lorsque le majeur protégé veut effectuer des donations : il assiste le curateur pour le faire assister d'un curateur ad hoc lorsque le curateur est visé par les libéralités (art 470 du code civil) ; de même, il autorise le tuteur à effectuer ses donations avec l'assistance de son tuteur ou encore à rédiger son testament en sa présence (art 476 du code civil).

Le juge est donc présent pour chaque acte grave impactant de façon notable le patrimoine du majeur ; il est le garant de la bonne exécution de la mesure. Toutefois, ses demandes d'intervention étant multiples, il ne peut seul assurer la charge qui lui est conférée. C'est la raison pour laquelle il est assisté dans sa fonction d'un greffier en chef, lui-même assisté du greffier du service des tutelles et d'un collaborateur spécialisé

Le greffier en chef et ses collaborateurs

Le greffier en chef prépare les dossiers de contrôle pour le juge des tutelles. C'est à lui qu'est dévolue depuis 1995, la lourde fonction de collecter et d'analyser les comptes de gestion annuels que lui transmettent les mandataires judiciaires à la protection des majeurs

conformément aux articles 510 et 511 du code civil. Pour certains cas de modicité des revenus ou du patrimoine du majeur protégé, le mandataire peut toutefois être exceptionnellement exempté de produire ce compte rendu (art 512 c civ).

Le juge et son greffier en chef déterminent ensemble les dates butoirs de dépôt des inventaires patrimoniaux en cas d'ouverture de mesure, les dates butoirs de dépôt des comptes annuels de gestion, les seuils de dépenses au-dessus desquels devront être produits des justificatifs, la liste des justificatifs demandés aux mandataires, les délais à partir desquels une relance devra être effectuée pour non présentation des comptes rendus annuels de gestion.

Le greffier en chef est assisté par deux autres fonctionnaires : le greffier du service des tutelles et un collaborateur spécialisé détaché par le trésor public. Ces fonctionnaires sont tenus de préparer l'ensemble des dossiers et de mettre en exergue les incohérences relevées afin que le greffier en chef puisse analyser rapidement l'ensemble des dossiers.

Le greffier en chef analyse l'ensemble des documents produits et compare le compte rendu produit aux anciens comptes rendus et à l'inventaire initial établi à l'entrée de la mesure conformément aux dispositions de l'article 503 du code civil. S'il relève une incohérence ou des anomalies significatives, il est tenu d'alerter le juge des tutelles.

Lorsque le greffier en chef en estime le besoin et que les ressources du majeur le permettent, il peut se voir assisté d'un huissier de justice pour sa faculté de contrôle des comptes (Décret n° 2011-1470 du 8 novembre 2011).

Il n'appartient pas au greffier en chef de juger de l'opportunité de tel ou tel placement ni de prendre des mesures contraignantes, son rôle est d'alerter le juge

Le cas particulier de la tutelle avec conseil de famille

La tutelle avec conseil de famille est aussi appelée tutelle complète ou familiale. Elle consiste pour le juge à nommer un conseil de famille de 4 à 6 membres choisis parmi les parents, alliés ou voisins du majeur protégé (art 399 c civ) qui à son tour nomme ensuite un tuteur et un subrogé tuteur (art 404 et 420 c civ) pour contrôler les actes du tuteur.

Par principe, le tuteur peut exercer seul tous les actes d'administration mais il doit recueillir l'autorisation du conseil de famille pour les actes de disposition (art 457 c civ)

En cas de désaccord du conseil de famille, le juge peut être amené à trancher et arbitrer des situations sur lesquelles le conseil de famille ne réussirait pas à statuer (en cas de vote égalitaire notamment).

L'avantage principal de ce type de tutelle réside en le fait que la cellule familiale reste investie de fonctions consultatives pour chacune des décisions qui frapperaient fortement et de manière pérenne le patrimoine du majeur protégé (actes de dispositions).

Malheureusement, ce type de mesure est chronophage pour le juge qui est tenu, comme tout membre du conseil de famille de siéger à chaque réunion de celui-ci ; c'est la raison pour laquelle peu de mesure de tutelle sont prononcées dans le sens d'une tutelle avec conseil de

famille chaque année (seulement 2 pour 1000). Ce type de mesure est réservé bien souvent aux majeurs protégés à très forts enjeux patrimoniaux qui nécessitent que le conseil de famille puisse avoir un contrôle sur les décisions que pourraient prendre le mandataire ou le juge. Si nous prenons l'exemple d'un chef d'entreprise victime d'un accident grave l'empêchant d'exercer ses fonctions et nécessitant un placement sous tutelle car incapable d'exprimer sa volonté, la désignation d'un conseil de famille permet alors à la famille de défendre idéalement les intérêts du majeur protégé tout en veillant à prendre des décisions judicieuses dans l'intérêt de son entreprise.

Ce type de tutelle est certainement le modèle le plus à-même de produire des effets vertueux sur la gestion du patrimoine des majeurs protégés car il réunit en son sein des membres en nombre suffisant pour amener un débat sur chaque opération de gestion opérée par le tuteur. De même, le tuteur est contrôlé en permanence par un subrogé tuteur. La surveillance est donc continue et non épisodique ou périodique.

Bien que voulue comme une réelle avancée vertueuse dans l'encadrement de la personne protégée, nous pouvons constater que la réforme amenée par la loi du 5 mars 2007 atteint encore ses limites quant à la capacité des acteurs à gérer efficacement le patrimoine de leurs majeurs. La seule alternative probante réside notamment en la tutelle avec conseil de famille qui permet au juge de statuer en fonction des demandes du tuteur mais aussi et surtout en fonction des personnes qui étaient proche de la personne protégée. Les décisions ne sont pas prises que selon des critères d'appréciations financiers ou matériels mais aussi en fonction de critères exogènes comme par exemple l'attachement à la perduration du patrimoine à travers les générations.

1.2. Des acteurs « responsables » mais insuffisamment investis et formés face aux problématiques patrimoniales des majeurs protégés

L'ensemble des acteurs précédemment évoqués tendent tous vers le même but : aider le majeur protégé et défendre ses intérêts du mieux possible. Les organes de contrôle qui ont été mis en place portent leurs effets et il devient rare d'entendre parler d'abus de faiblesse ou de plaintes notoires à l'encontre des mandataires professionnels. On peut toutefois s'interroger sur leur réelle capacité à gérer de façon efficace le patrimoine de majeurs protégés à fortes problématiques patrimoniales. Il est fréquent de constater que les mandataires professionnels, bien que formés aux produits financiers et à la fiscalité lors du CNC, n'ont une maîtrise que très limitée de ceux-ci. Leur approche est une approche essentiellement ultra-sécuritaire via l'accumulation d'épargne sur des livrets bancaires ou sur des assurances vie en fond euro. Le mandataire gère les flux mais il n'est souvent pas à-même de gérer des problématiques patrimoniales plus complexes.

Pour le cas du mandataire familial avec conseil de famille, le consensus des personnes en présence suffit souvent à défendre efficacement les intérêts du majeur protégé. Ainsi, le

tuteur, sous contrôle permanent du subrogé tuteur, ne fait souvent pas l'économie de faire valider ses choix par un professionnel habilité en gestion de patrimoine, un expert-comptable ou encore le notaire de famille.

Pour ce qui concerne la tutelle sous administration légale par un proche de la famille on se confronte à deux problématiques cumulées :

- le tuteur gère sans conseil de famille, directement avec le juge
- il n'est pas soumis aux contraintes de formations aussi poussée qu'un mandataire professionnel et souvent, sa formation se limite à des formulaires de formation remis par le greffe du tribunal d'instance.

Voyons maintenant quels outils ou pratiques sont défailants pour cerner réellement les problématiques patrimoniales des majeurs protégés.

1.2.1. L'Inventaire : un Audit Patrimonial insuffisant

Lors de l'entrée en mesure de protection, il est établi un inventaire détaillé du patrimoine du majeur (art 503 c civ). Cet inventaire doit être fourni au service des tutelles du greffe du tribunal d'instance dans les 90 jours suivant l'ouverture du régime de protection d'un majeur.

L'inventaire doit recenser dans leurs intégralités :

- les biens meubles et spécifiquement les meubles d'une valeur vénale supérieure à 1500 euros (meubles, bijoux, objets d'art, objet décoratif etc.) pour s'assurer que rien ne viendrait à disparaître pendant la mesure de protection ;
- les biens immobiliers (appartement, maison, terrain et autres) pour en assurer la gestion et les rendre frugifères si possible ;
- les biens financiers (comptes et dettes mais aussi titres de société non cotées etc.) pour en assurer le suivi, contrôler la non disparition d'éléments d'actifs mais aussi pour sécuriser leur exposition aux risques financiers ;
- les droits et les obligations acquis ou en cours d'acquisition (successions en cours litiges etc.).

Cet inventaire doit être réalisé dans tous les lieux qu'occupe ou occupait le majeur protégé ; il constitue une véritable enquête pour le mandataire qui doit s'attacher à recueillir tous les éléments constitutifs du patrimoine d'un majeur sous tutelle ou curatelle renforcée. Il n'est pas rare que certains éléments soient découverts à posteriori comme par exemple des participations en direct dans des sociétés non cotées.

Pour réaliser cet inventaire, le mandataire peut au choix être accompagné de deux témoins ou d'un professionnel assermenté (notaire, huissier de justice ou commissaire-priseur). Par sécurité et pour évaluer au mieux la valeur des biens, notamment meubles et immeubles, la sagesse voudrait que chaque mandataire fasse appel à un commissaire-priseur dont le métier premier est celui de la juste évaluation des biens ; d'autant plus que cette intervention d'un

spécialiste peut être prise en charge par le majeur protégé. Malheureusement la présence de ce spécialiste est souvent non requise.

L'inventaire des biens matériels : meubles et immeubles

Il est regrettable, voire dommageable, que ce recours aux professionnels assermentés dans le cadre d'un inventaire d'entrée en mesure ne soit malheureusement pas un recours systématique :

Dans le cadre des tutelles ou curatelles renforcées assumées par la cellule familiale, l'expertise se limite souvent à un inventaire sous seing privé accompagné de deux témoins : les valorisations sont ainsi souvent sous-estimées pour : anticiper une éventuelle succession future voire aussi éviter de devoir déclarer le majeur protégé comme redevable de l'ISF. A ce titre, nous constatons en parallèle que nombre de majeurs fortunés, surtout âgés, entrant en mesure de protection n'ont pas déclaré d'ISF sur les cinq dernières années. Ils sont alors fréquemment sujets à redressement lors de leur entrée en tutelle ou curatelle auprès d'un mandataire professionnel mais rarement lors d'une tutelle familiale. Cela est certainement dû à un réflexe familial d'évitement de l'impôt.

Dans le cadre des tutelles et curatelles renforcées assurées par un tuteur ou curateur professionnel, l'inventaire de ces biens devrait être systématiquement effectué par un professionnel assermenté de sorte à donner une juste évaluation des biens qui vont être confiés en gestion au mandataire. Il est à noter que le tuteur ou le curateur, professionnel ou non, est responsable de cet inventaire ; charge à lui de s'en assurer de la cohérence.

Pour le cas particulier des immeubles, une évaluation précise devrait être effectuée par des professionnels de type agents immobiliers pour connaître, dès l'entrée en mesure, la valeur exacte de ces biens ainsi que leur valeur locative sur le marché. La connaissance de ces valorisations permettrait de recourir à la mise en vente du bien ou à sa mise en location pour compléter les revenus ou le disponible financier du majeur et faire ainsi face à d'éventuelles dépenses d'hébergement en établissement spécialisé à venir. Bien que la résidence principale fasse l'objet d'une protection agrandie depuis la loi du 5 mars 2007, il n'est pas rare de voir des mesures s'aggraver et le médecin agréé auprès des tribunaux attester que le majeur ne pourra plus rentrer à son domicile ; la vente ou la location de celle doit alors être envisagée.

La valorisation exacte des biens n'a pas vocation à aider l'administration fiscale française à évaluer au plus juste la valeur d'un patrimoine mais bien de permettre, à chaque moment, de faire des arbitrages de gestion judicieux entre vente, conservation en l'état ou mise en location du bien.

On constate sur ce point que les mandataires professionnels ont tendance à purger les comptes courants et autres livrets avant de recourir à des rachats sur assurance vie et autres placements long terme (PEA, compte titres etc.) afin de servir les compléments de revenus devenus nécessaires suite au placement de la personne dans un EHPAD par exemple. Une fois les comptes vidés, ils ont recours à la vente progressive des biens immobiliers pour, à la fin, aliéner la résidence principale.

Une évaluation plus poussée avec, notamment, une étude des possibilités de mise en location, permettrait souvent aux majeurs de conserver ses liquidités et, à la fin son patrimoine immobilier.

L'inventaire des biens financiers

Les biens financiers sont, là encore, souvent sujet à de nombreuses erreurs au moment de l'établissement de l'inventaire. En effet, lors de la visite au domicile du majeur, le tuteur ou le curateur mettent souvent la main sur les derniers documents visibles ; ils procèdent ensuite à des courriers d'interrogations auprès des banques et autres établissements financiers pour que ceux-ci inventorient de façon précise tous les comptes dont dispose le majeur auprès de leur établissement.

Cet inventaire transmis par les banques est souvent une liste de comptes avec leur valorisation au moment de l'ouverture de mesure.

Pour améliorer la connaissance du majeur protégé dont le mandataire va assumer la responsabilité, il conviendrait de demander la réédition des relevés au 1^{er} janvier de l'année en cours : ils permettent de disposer des ventilations des comptes titres et autres PEA ainsi que les relevés annuels des comptes d'assurance vie. Autre problématique, le mandataire doit avoir mention des clauses bénéficiaires des contrats d'assurance vie du majeur protégé ; la méconnaissance de celles-ci pourrait se révéler fâcheuse si le mandataire venait à devoir alimenter ces comptes.

Problématique de l'exposition aux risques financiers

Concernant les comptes titres, PEA, PEE, assurances vie, contrats de capitalisation et autres supports boursiers exposés à des risques financiers, il conviendrait de savoir si l'exposition de ces comptes correspond toujours aux nouvelles prérogatives du majeur. Bien que supprimée depuis un amendement du 22 janvier 2014 par l'assemblée nationale et confirmé par la loi du 4 août 2014 relative à l'égalité homme femme, l'expression de gestion « en bon père de famille » reste le moteur qui anime le mandataire dans sa gestion du patrimoine dont il assume la charge. Maintenant remplacée par une gestion « raisonnable » le mandataire se doit d'être prudent et diligent, attentif, soucieux des biens et/ou des intérêts qui lui sont confiés comme s'il s'agissait de ses propres biens (art 496 c civ). La difficulté ici est de savoir ce qu'il faut faire lorsque l'on recueille des positions de comptes complexes, souvent liées à des produits boursiers eux aussi de plus en plus techniques et complexes.

Cette situation est fréquente depuis que les établissements financiers ont construit des produits de type « produits structurés » qui allient :

- une promesse de gain à terme sous condition de réalisation d'un certain niveau de performance boursière sur un indice boursier ou sur un panier de valeurs sélectionnées
- une garantie du capital au terme ou une protection contre une perte maximum de l'indice

Depuis la baisse continue des rendements des fonds euros des contrats d'assurance vie et de capitalisation, les établissements financiers ont orienté nombre d'épargnants vers ces types de supports qui sont des produits boursiers sous protection. Comme tout produit boursier, faut-il le sécuriser ou faut-il attendre l'atteinte de la promesse pour le solder ? L'arbitrage peut s'avérer très délicat pour un mandataire qui doit assurer la gestion de ce produit et qui doit en même temps protéger le patrimoine du majeur contre les risques financiers.

Cette complexité dans l'arbitrage que doit effectuer le mandataire se retrouve aussi lorsqu'il recueille un portefeuille titres composé en grande partie d'obligations dites « à revenu ». Ce support a très largement été utilisé par les banquiers pour fournir des revenus complémentaires aux personnes âgées sans forcément faire évoluer cette prescription depuis les coups de rabots fiscaux opérés sur les revenus ou plus-values de cessions de titres des dernières années. Bien souvent, on constate qu'une personne à faible revenus se retrouve à payer de l'impôt sur le revenu du seul fait de ses revenus de capitaux mobiliers. Cette situation peut, en créant des revenus fiscalisés, faire dépasser pour certains majeurs, les seuils de revenu de référence, en dessous desquels ils seraient exonérés de taxe d'habitation et de taxe foncière.

Problématique de la stipulation pour autrui

Concernant le domaine particulier de la stipulation pour autrui en assurance vie, le mandataire pourrait, en systématisant la demande de ces clauses dès l'inventaire, se rendre compte notamment d'éventuelles malversations opérées par l'entourage dans les mois précédents la mise sous protection du majeur. Il est en effet commun de constater que les aides de vie sont ciblées comme bénéficiaires de contrat d'assurance vie souscrit avant la mise sous protection du majeur. Etait-ce volontaire ou bien cela est-il constitutif d'un abus de faiblesse avéré ? Si le mandataire s'en rendait compte dans une période de cinq ans à compter de l'ouverture de la mesure, il pourrait demander auprès du juge à ce que les effets des modifications de clauses bénéficiaires soient réduits ou annulés (art 464 c civ).

Là encore la manipulation et la lecture des clauses bénéficiaires d'un contrat d'assurance vie est souvent une notion peu maîtrisée par le mandataire à qui l'on demande de gérer le patrimoine du majeur (ou de l'assister dans sa gestion pour les curatélaires).

Le décret n° 2008-1484 du 22 décembre 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, établit le classement des actes de gestion d'un majeur protégé en actes d'administration et actes de disposition.

Le changement de clause bénéficiaire est classé comme devant être regardé comme un acte de disposition puisqu'il peut modifier de façon durable le patrimoine du majeur protégé notamment pour l'avenir. L'article L 132-4-1 du code des assurances régit les règles de ces modifications de clauses bénéficiaires

- En conséquence, le curatelaire peut modifier sa clause bénéficiaire en présence de son curateur sauf à ce que celui-ci soit désigné comme bénéficiaire auquel cas un curateur ad hoc viendrait se substituer à lui pour accompagner le curatelaire dans la réalisation

de son acte. (*Cass. civ. 1re, 8 juillet 2009 (cassation partielle), arrêt no 690 FS-P+B+I, pourvoi no 08-16153, Bull. civ. I, à paraître*).

- Concernant le tuteur, il ne peut modifier sa clause bénéficiaire ou la stipuler lors de l'ouverture d'un contrat d'assurance-vie : c'est au tuteur accompagné du juge ou du conseil de famille que revient cette attribution.

Ces clauses bénéficiaires donnent souvent lieu à interprétation et ne pas les connaître à l'entrée de la mesure peut se révéler être très préjudiciable pour assurer une gestion « raisonnable » du patrimoine du majeur :

- Le curateur peut choisir de reverser, avec l'assistance du curatelaire, sur tel ou tel compte d'assurance vie existant préalablement à l'ouverture de la mesure parce qu'il l'a sélectionné pour sa rémunération. En faisant cette opération, il défend bien les intérêts de son majeur en remplaçant de l'argent peu frugifère vers une structure plus adaptée. S'il ne prend pas garde à la clause en présence et que celle-ci gratifie un tiers, le mandataire peut, par sa gestion « raisonnable », écarter involontairement cette somme de l'héritage futur de son majeur protégé.
- Pour le tuteur, même s'il bénéficie d'un contrôle accru du juge, l'inventaire ne demande, là encore, pas expressément de préciser les clauses bénéficiaires en présence. Cela peut donc conduire aux mêmes dérives que précédemment évoquées pour le curateur.

Problématique liées aux dates d'ouverture des contrats

La méconnaissance des règles spécifiques régissant les contrats d'assurance vie peut amener le mandataire à effectuer des choix judicieux en apparence mais lourds de conséquences sur la transmission future du patrimoine soit en matière de bénéficiaire des sommes (cas évoqué ci-dessus) soit en termes de fiscalisation des sommes transmises à sa future succession. Prenons par exemple un contrat souscrit avant le 20/11/1991, ce contrat dispose d'un régime de traitement successoral spécifique: il reste régi par l'art 990I du CGI, et ce, même après les 70 ans de l'assuré ; il ne sera jamais visé par les dispositions de l'art 757B du CGI. Si ce mécanisme est ignoré du mandataire, il pourrait venir malencontreusement fermer ce contrat qui est souvent le contrat le moins rémunéré par l'assureur (contrats anciens lourdement chargés) alors que ce contrat est une arme redoutable pour diminuer les droits de succession du majeur protégé.

Il est donc indispensable de connaître les clauses bénéficiaires des contrats d'assurance vie avant d'effectuer des opérations de rachat ou reversement dessus.

Il n'y a pas que pour les contrats d'assurance vie que la connaissance des dates d'ouverture est indispensable ; il en va de même pour les contrats de type épargne contractuelle (PEL, PEA, PEE) ou contrat et bon de capitalisation pour lesquelles les dates d'ouverture sont déterminantes pour leur traitement fiscal en cas de rachat. Méconnaître ces règles souvent complexes peut conduire à effectuer des rachats lourds de conséquences fiscales pour le majeur.

Prenons par exemple un PEL ouvert en octobre 1985, son taux de rémunération est de 4.75% mais il est souvent mal explicité dans les relevés bancaires du majeur car ce type de placement coûte extrêmement cher aux banques dans les conditions de taux actuelles. Par mégarde, le mandataire pourrait souhaiter racheter ce contrat pour servir les besoins en revenus complémentaires du majeur alors que celui-ci est celui qui lui rapporte le plus d'intérêts annuels sans aucune prise de risque (taux contractuel)

Un autre exemple pourrait être de vouloir effectuer un rachat sur un compte titres alors que celui-ci est massivement chargé en plus-value. Cette opération pourrait sembler logique au mandataire qui en profiterait par là-même pour alléger l'exposition aux risques financiers de son majeur. Pourtant, cette opération pourrait se révéler, là encore, lourde de conséquences sur la fiscalité du majeur l'année suivante par l'intégration de ces plus-values, après calcul des abattements, aux revenus du majeur soumis au barème progressif de l'impôt sur le revenu.

Inventaire des droits ou obligations acquis ou en cours d'acquisition

Cette partie de l'inventaire peut se révéler très importante puisqu'elle pourrait avoir des conséquences substantielles sur la structure future du patrimoine : de façon positive (héritages ou donations à recevoir) ou parfois négative (contentieux ou procédures en cours).

Dans le cadre de successions à recevoir, peu de choses sont à anticiper puisque le notaire communiquera en temps et en heure l'inventaire de succession si celle-ci est acceptée ; cela donnera alors lieu à mutation des biens du défunt vers le patrimoine du majeur protégé. Ne restera alors au tuteur ou au curateur que le soin d'effectuer un placement en accompagnant le curatelaire pour une curatelle, ou en le représentant avec l'accord du juge pour une tutelle.

Pour éviter toute complexité supplémentaire, pour majeur protégé en curatelle, lorsqu'il agit seul, le mandataire ne peut accepter une succession qu'à concurrence de l'actif net. En effet, seules les successions qui ne portent pas atteinte aux biens de la personne protégée peuvent être acceptées par leur mandataire. Il en est de même pour le tuteur, même s'il conserve le droit pour accepter purement et simplement la succession si celle-ci semble d'évidence non déficitaire (famille fortunée).

A partir de la publication de cette acceptation à concurrence de l'actif net du majeur protégé, les créanciers ont 15 mois pour se manifester : le majeur protégé dispose des mêmes droits qu'un majeur non protégé :

- Il peut conserver les biens et dispose d'un délai de 2 mois pour payer les dettes à hauteur de l'actif recueilli
- Il peut aussi procéder à des ventes et disposera de 2 mois pour payer les dettes avec les fonds recueilli par ces ventes.

Concernant les contentieux, la difficulté est souvent d'en connaître l'existence au moment de la constitution de l'inventaire mais aussi d'en connaître l'étendue des impacts qu'ils pourraient produire sur la gestion du patrimoine du majeur. Le mandataire aura raison, à compter de la connaissance du litige en cours de jugement, de provisionner les sommes qui pourraient être réclamées en cas de sanction prononcée.

Nous venons de voir quelles étaient les problématiques de gestion du patrimoine du majeur protégé nées de l'insuffisante précision des informations recueillies lors de l'inventaire ; voyons maintenant quelles sont les problématiques de gestion rencontrées dans le suivi de la mesure

1.2.2. Une gestion patrimoniale poussée par le besoin mais sans anticipation

Un patrimoine est vivant, il évolue au fil du temps et le patrimoine d'un majeur protégé ne déroge pas à cette règle. Souvent la gestion du patrimoine d'un majeur protégé doit être réadaptée aux événements qui peuvent l'affecter parmi lesquels on retrouve :

- Le décès du majeur protégé et la préparation de sa succession
- L'entrée en établissement spécialisé et le surcout que cela engendre
- La sortie éventuelle de mesure
- La restructuration de son patrimoine pour équilibrer ses biens financiers et fonciers

La préparation de la succession du majeur protégé

Un majeur protégé dispose de droits personnels qui lui permettent notamment d'effectuer des libéralités pour gratifier son entourage. On peut toutefois regretter que cet aspect de la gestion du patrimoine d'un majeur protégé ne soit que très rarement abordé par les mandataires familiaux ou professionnels.

Le cas du majeur sous tutelle

L'art 476 du code civil énonce la possibilité pour le majeur sous tutelle, avec l'autorisation préalable du juge des tutelles ou du conseil de famille, d'être assisté ou représenté de son tuteur pour effectuer des donations. Force est de constater que peu de tuteurs professionnels prennent le temps de mettre en place des donations qui pourraient pourtant s'avérer nécessaire à la lecture de certains patrimoines. Se pose ici le problème de la capacité du majeur sous tutelle à exprimer sa volonté d'effectuer des libéralités : seuls certains majeurs ont la possibilité de s'exprimer (notamment des personnes handicapées physiquement mais non mentalement).

Le mandataire n'ayant pas vocation à se substituer au majeur sous tutelle pour effectuer ces libéralités, on peut s'interroger sur l'obligation d'un tuteur qui représente un handicapé mental à effectuer ce type d'opération patrimoniale qui permettrait, dans certains cas, de diminuer les droits de succession futurs des héritiers et permettrait, quelques fois, en même temps, de réduire voire d'exonérer la personne sous tutelle d'ISF.

Autre élément à prendre en compte : le tuteur est garant du maintien du patrimoine du majeur protégé, il doit gérer ce patrimoine de façon raisonnable. Pour certains majeurs, il peut paraître déraisonnable d'effectuer des donations tant le patrimoine peut être qualifié de

« juste suffisant » pour honorer d'éventuelles charges futures. Le dessaisir d'une partie de son patrimoine en effectuant des donations reviendrait à le mettre en péril futur. C'est donc au mandataire de savoir anticiper là encore la conséquence du patrimoine et les possibilités qui en résultent.

Toutefois, pour certains patrimoines très importants et où dont la personne sous tutelle n'est plus en capacité de se prononcer, on peut s'interroger pour savoir si les obligations de gestion raisonnable du tuteur ne devraient pas automatiquement l'amener sur des réflexions de libéralités au profit des proches ou de la famille.

Des déclarations de dons de sommes d'argent prévues par l'art 790 G du CGI pourraient souvent être envisagées dans le but de gratifier un enfant (ou un petit enfant, un arrière petit enfant) majeur avant les 80 ans du majeur protégé. Ces donations fonctionnent aussi pour des stipulants qui n'ont pas d'enfants pour leur permettre de gratifier directement leurs neveux et nièces.

Si la personne sous tutelle est fortunée et qu'aucune amélioration de son état de santé ne semble envisageable, il paraîtrait opportun d'effectuer une analyse patrimoniale poussée pour étudier les possibilités offertes au tuteur pour alléger sa succession. Malheureusement le choix du majeur primant en tant que droit personnel, même s'il n'est plus en capacité de s'exprimer, le mandataire préférera ne pas instruire ce type de demande auprès du juge.

Le cas du majeur sous curatelle simple ou renforcée

La donation en curatelle est régie par l'art 470 du code civil. Le curatelaire peut effectuer des donations librement à condition d'être sain d'esprit (art 901 c civ) et d'être assisté de son curateur.

Dans ce cas, le curateur remplit son rôle d'assistance : il est là pour vérifier que l'acte soit bien rédigé et qu'il corresponde réellement au souhait du curatelaire.

On peut toutefois se demander si le majeur n'est pas soumis de temps à autre à des pressions externes qui l'amèneraient à effectuer des libéralités. C'est au curateur d'effectuer, comme souvent, son propre jugement pour savoir si ces libéralités sont opportunes, justifiées et issues de la seule volonté du majeur protégé pour éviter de devoir faire face à un abus de faiblesse.

En effet, dès son placement sous curatelle, le majeur protégé tombe sous la gestion accompagnée de son mandataire, plus aucun acte n'est facilement disponible pour un éventuel entourage familial, amical ou encore de voisinage malsain et qui avait l'habitude de profiter des largesses d'une personne affaiblie et isolée avant son placement sous protection.

Il n'est pas rare de voir des voisins gratifiés de libéralités qui les récompensent pour leur « indéfectible amitié ». Le rôle du mandataire est ici de vérifier tous les actes passés dans les 2 ans (période suspecte explicité dans l'art 464 c civ) avant le placement du majeur sous sa protection pour détecter d'éventuels actes irréguliers qu'il conviendrait d'annuler ou de réduire. Concernant les libéralités, c'est au curateur de savoir accompagner le majeur dans

son acte ; il ne pourra l'empêcher de stipuler librement, même au profit de cet indéfectible ami.

En résumé, sous curatelle, le majeur peut stipuler s'il est sain d'esprit et c'est à lui seul qu'il revient de décider s'il veut faire ou non des donations, s'il veut remplir son testament ; le curateur n'est qu'un contrôleur qui vise la régularité de l'acte et veille à ce que celui-ci soit effectué sans pressions extérieures.

Le financement de l'hébergement en maison médicalisée

Outre les personnes handicapées physiquement et des malades internés en hôpitaux psychiatrique, de nombreuses mesures de protection sont établies pour protéger des personnes âgées affaiblies physiquement ou mentalement, notamment de nombreux cas touchés par la maladie d'Alzheimer ou par une sénilité avancée. Les dépenses liées à la dépendance sont considérables et doivent être prévues, anticipées. Les retraites ne suffisent souvent pas à financer cette dépense et il faut faire appel au patrimoine pour compléter les revenus du majeur protégé. Dans de nombreux cas, le mandataire tente de garder le majeur protégé à son domicile le plus longtemps possible pour éviter au maximum ce placement très coûteux en maison médicalisée (environ 3500 € par mois en moyenne). Tant que le majeur reste à son domicile, ses revenus restent constants et ses charges aussi : la situation patrimoniale de ce majeur ne pose alors aucune problématique.

Dès son placement en maison médicalisée, le budget du majeur protégé devient souvent largement déficitaire. Le mandataire sollicite alors l'épargne du majeur en commençant par égrainer ce qui est facilement disponible à savoir : en premier lieu les livrets bancaires, en second lieu l'épargne contractuelle et les comptes-titres ; viennent ensuite les sollicitations des assurances vie et de l'immobilier et, pour finir, l'aliénation de la résidence principale.

Si des mesures d'analyse et d'anticipation avaient été mises en place dès l'ouverture de la mesure, il eût souvent été possible de restructurer le patrimoine pour le rendre plus productif, générateur de moins d'imposition. A cet effet, des fonds auraient pu être replacés, des biens immobiliers auraient pu être vendus. Au lieu de cela, le mandataire procède souvent par purge progressive du patrimoine pour servir les besoins de financement de la mesure.

Cette non anticipation est dommageable pour le protégé aussi bien que ses proches ou l'Etat car, tant qu'il peut assumer seul ses besoins financiers, il n'est ni à la charge de ses proches ni à celle de l'Etat. Un audit sérieux et une restructuration initiale de son patrimoine pourraient souvent produire de meilleurs effets que cette gestion de défense des acquis.

La sortie de mesure

Fort heureusement, toutes les mesures de protection ne sont pas vouées à n'avoir qu'une issue fatale comme terme. De nombreuses mesures sont prononcées pour protéger une personne handicapée ou affaiblie temporairement. Dans ces cas, il serait souhaitable que le mandataire effectue un bilan patrimonial complet avec le majeur protégé afin de gérer au mieux sa sortie de régime de protection.

En effet, un mandataire, surtout si c'est un professionnel, a ses propres habitudes de gestion et il convient que celui-ci les explique au majeur avant qu'il ne reprenne la gestion complète de son patrimoine.

Le majeur protégé qui a été victime d'un grave handicap suite à un accident devra pouvoir s'adapter à ses nouveaux besoins, adapter éventuellement son habitat pour un retour au domicile (élargissement des portes pour fauteuil roulant notamment), faire adapter son véhicule etc. Les aides d'Etat sont nombreuses mais il convient de sensibiliser rapidement le majeur protégé à ses nouvelles contraintes.

Les travaux et dépenses doivent être anticipés sur le budget et le patrimoine du majeur et il convient de constituer les réserves nécessaires au financement de ces projets ; notamment par une épargne régulière, une vente ou un déplacement de fonds existants.

Pour effectuer ces choix, il conviendrait, là encore, d'avoir recours à un professionnel qui saurait guider le tuteur ou le curateur vers la meilleure solution patrimoniale, étudiée de façon précise et adaptée aux nouveaux objectifs du majeur protégé.

L'équilibrage du patrimoine du majeur protégé

A son arrivée en mesure de protection, le majeur dispose de son patrimoine tel qu'il l'a voulu et tel qu'il l'a géré. Certains majeurs ont constitué beaucoup de patrimoine immobilier et peu de liquidités, d'autres ont essentiellement un patrimoine composé de liquidités et placements, d'autres sont équilibrés entre immobilier et liquidités.

La dernière structuration de patrimoine évoquée ci-dessus est, de loin, la plus facile à gérer pour un mandataire judiciaire puisqu'il dispose souvent de rentrées locatives et d'une forte épargne de sécurité en cas de vacance locative ou en cas de besoin de trésorerie imprévu.

Toutefois, ce patrimoine équilibré n'est, malheureusement, pour le mandataire, pas commun. En effet, de nombreux majeurs arrivants sous protection ont souvent des problématiques patrimoniales qu'il conviendrait de constater dès l'entrée en mesure (cf. supra : problématique d'Inventaire).

En effet, le rôle du mandataire ne devrait pas se limiter à sauvegarder l'existant. Il devrait anticiper et mettre en exergue les problématiques constatées à l'entrée en mesure : si le majeur est doté de biens immobiliers non frugifères, il devrait s'attacher à réaliser rapidement tout acte pouvant faciliter sa mise en location (travaux, mise sous mandat etc.). De même, si le patrimoine est surtout financier, il conviendrait peut être d'investir une partie des sommes en vue d'acquiescer la résidence principale du majeur s'il est encore envisagé un retour au domicile (baisse de charges mensuelle sensible).

Actuellement, l'article 426 du code civil contraint le mandataire à ne pas aliéner la résidence principale et les résidences secondaires dans l'espoir d'un retour du curatelaire ou du tuteur à son domicile ou dans ses lieux de vie habituels. Seul un avis motivé par un médecin inscrit auprès du tribunal d'instance sur la liste des médecins habilités (art 431 c civ) peut permettre l'aliénation, la résiliation ou la conclusion d'un bail sur ces biens avec autorisation préalable du juge des tutelles ou du conseil de famille.

Cet article est bien sûr très protecteur pour le majeur protégé mais on peut s'interroger sur la fréquence de consultation de l'avis du médecin agréé. Faute d'effectif et de temps, les révisions d'avis du médecin habilité sont souvent tardives et le majeur reste souvent à devoir payer de fortes charges de conservation de ses biens (loyer, taxes et autres charges d'entretien) en plus de son coût d'hébergement en maison médicalisée. Ces mesures de protection envisagée par l'art 426 du code civil tendent elles aussi à appauvrir le majeur protégé rapidement.

Le patrimoine d'un majeur protégé est donc souvent géré au gré de l'arrivée de nouveaux besoins de financement. Il paraît regrettable que cette gestion ne soit pas systématiquement soumise à consultation d'un expert dès l'entrée en application de la mesure ; cela permettrait souvent de réaliser de réelles optimisations patrimoniales dans l'intérêt du majeur et de ses éventuels héritiers. Ne rien faire pour ne pas être responsable des changements n'est pas une bonne façon d'appréhender la gestion du patrimoine du majeur ; cette solution mène souvent à une paupérisation rapide de ce patrimoine et donc à un risque de transfert de charge auprès des proches (devoir d'assistance à ses ascendants) ou auprès de la collectivité.

Les différentes problématiques que nous venons d'évoquer tendent à prouver que la gestion de patrimoine d'un majeur n'est pas suffisamment efficace aujourd'hui. Une approche patrimoniale globale semble nécessaire pour palier à ce constat ; on peut s'interroger toutefois sur la capacité et la volonté des acteurs en présence à exercer cette nouvelle approche du patrimoine de leurs majeurs protégés.

2. La nécessité d'avoir une approche globale du patrimoine pour mieux servir les intérêts du majeur protégé

En matière de gestion de patrimoine, les dernières années ont été le théâtre d'une normalisation des professionnels qui pratiquent ce métier. Autrefois simplement sollicités pour effectuer un placement ou pour gérer de l'argent sur le long terme, les compétences des acteurs de cette profession ont été normalisées par la mise en place d'un certificat de compétences (CGPC) et de différentes formations universitaires comme le Diplôme Universitaire en Gestion de Patrimoine dispensé, entre autre, par l'université du Maine. Ce certificat de compétences créé en 1997 dans l'esprit des CFP® « Certified Financial Planner » américains avait pour but de créer une éthique commune, un processus commun d'appréhension des patrimoines, mais aussi et surtout, d'amener un socle commun de formation pour un conseil de qualité.

La volonté première d'un professionnel de la gestion de patrimoine doit répondre dorénavant aux « five E's » : *Education, Experience, Examination, Ethics, Enforcement*

C'est la raison pour laquelle, une formation continue de 60 heures tous les deux ans est demandée aux professionnels titulaires de la CGPC. De même, ils partagent la même approche du patrimoine afin d'en minimiser les risques à court, moyen, long terme ; c'est la raison pour laquelle ils rendent des diagnostics de plus en plus poussés sur la gestion du patrimoine de leur client. Ils procèdent à l'établissement de bilan fiscaux, successoraux, ils anticipent et gèrent les flux de trésorerie face à différents risques (invalidité, incapacité, décès, perte d'emploi) etc.

Devant ce constat de montée en compétence des gestionnaires de patrimoine, peut-on encore demander à un mandataire professionnel ou non professionnel de dispenser la même qualité de service à son majeur protégé en matière de gestion de son patrimoine. Quelles modifications dans leur approche faudrait-il opérer et quelles solutions pourraient être mises en place pour atteindre cet objectif ?

2.1. Redéfinition des périmètres de chaque intervenant de la gestion du patrimoine d'un majeur protégé

Tous les acteurs, professionnels ou non professionnels (mandataires, juges du tribunal d'instance, greffier en chef ou encore le conseil de famille), qui entourent le majeur protégé actuellement ont pour objectif commun, en matière de gestion de patrimoine, de le gérer de façon soignée, prudente, diligente, avisée, dans le seul intérêt de la personne protégée. Parmi les préceptes édictés par l'art 496 du code civil auquel nous faisons allusion ci-dessus, nous constatons que ces acteurs sont surtout animés par la prudence et le soin. Un axe d'amélioration important réside dans le terme « avisée ».

2.1.1. Sensibilisation aux risques d'erreurs ou de fautes des MJPM

Quels sont les risques encourus par les acteurs encadrant le majeur protégé quant à un éventuel défaut de gestion d'un mandataire.

Risques encourus par le mandataire

Le mandataire est tenu de prendre toutes les précautions relatives à la bonne gestion du patrimoine du majeur comme lui impose l'art 496 du code civil. On ne parle plus de gestion bon père de famille mais les effets restent les mêmes qu'auparavant. Les fautes commises par le mandataire peuvent être d'ordre civil ou pénal en fonction de leur gravité ; les sanctions sont évidemment corrélées à ces degrés d'importance

Erreurs ou fautes d'ordre civil

De nombreuses erreurs ou fautes peuvent être reprochées au mandataire qui tente de gérer le patrimoine du majeur protégé de la meilleure façon possible, voici quelques exemples

- *Omission de requérir une autorisation ;*
- *Défaut de placement de capitaux;*
- *Négligence à s'entourer des conseils nécessaires;*
- *Intervention contraire aux intérêts du majeur protégé;*
- *Omission du paiement des loyers et charges diverses;*
- *Production d'un inventaire inexact ou faux;*
- *Défaut de production du compte-rendu annuel de gestion;*
- *Responsabilité vis à vis des tiers qui auraient à subir des préjudices.*

Source : http://www.tutelle-curatelle.com/responsabilites_sanctions.htm

Ces erreurs ou fautes peuvent être sanctionnées civilement en cas de recours du majeur, de la famille ou de ses conseils (avocat par exemple). C'est pour cette éventuelle responsabilité qu'il est demandé au mandataire professionnel de disposer d'une assurance responsabilité civile professionnelle pour pouvoir exercer sa fonction (art L472-2 du CASF). C'est une obligation pour un mandataire professionnel mais pas pour un tuteur ou curateur familial. Il est toutefois fortement conseillé de disposer d'une telle assurance tant les aspects réglementaires peuvent être contraignants pour un tuteur/curateur dont ce n'est pas la profession.

A travers les différents cas évoqués dans cette liste de fautes, on peut se rendre compte facilement qu'une gestion inefficace du patrimoine du majeur peut être soumise à des sanctions d'ordre civil. Sachant que le non placement ou le non recours aux services de conseils avisés rentrent dans ces qualifications de fautes ou d'erreurs, il serait sans doute préférable qu'un mandataire ait recours aux services d'un professionnel pour le guider dans la gestion du patrimoine de son majeur protégé.

Ces fautes peuvent engager la responsabilité civile du mandataire et le condamner à réparer la faute commise (dédommagement du préjudice). Les sanctions peuvent aussi être disciplinaires si le mandataire résiste à différentes injonctions du majeur, de ses conseils ou

de sa famille. D'une simple amende de 3 000 € infligée en cas de défaut de réponse aux injonctions du juge des tutelles, les sanctions peuvent aller jusqu'au retrait de l'agrément par le préfet en charge de nommer les mandataires professionnels.

Les fautes pénales

Le mandataire est responsable pénalement s'il détourne des fonds ou abuse de l'état de faiblesse du majeur qu'il protège.

Quelques exemples d'actes pouvant engager la responsabilité pénale du mandataire :

- *Détournement de fonds (capitaux, valeurs en espèces) ;*
- *Détournement de biens et objets mobiliers ;*
- *Détournement de biens immobiliers ;*
- *Utilisation du compte en banque de la personne à protéger par le curateur ou le tuteur.*

Ces actes sont des actes graves, qui, en sus de sanctions civiles allant jusqu'à la radiation, peuvent faire encourir au mandataire les peines suivantes :

L'article 314-1 stipule : « *L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé.*

L'abus de confiance est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende »

Source :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719&idArticle=LEGIARTI000006418212>

Le détournement du patrimoine du majeur protégé est donc lourdement sanctionné. Ces peines sont fortement dissuasives et invitent le mandataire à la plus grande prudence. C'est certainement l'une des raisons pour lesquelles les mandataires procèdent à très peu d'opérations patrimoniales et qu'ils se contentent souvent de gérer le patrimoine de façon minimaliste.

Pour renforcer encore ces sanctions, de son côté, l'article 223-15-2 du code pénal prévoit le même type de sanction pour quelqu'un qui conclurait des actes au détriment d'un majeur en abusant de son état d'ignorance ou de sa faiblesse et les alourdit en les portant cinq ans d'emprisonnement et 750 000 € pour les dirigeants de fait ou de droit d'un groupement qui viendraient à commettre les mêmes actes.

Risques encourus par le juge, l'institution judiciaires et l'Etat

L'article 422 du code civil stipule :

« Lorsque la faute à l'origine du dommage a été commise dans l'organisation et le fonctionnement de la mesure de protection par le juge des tutelles, le greffier en chef du tribunal d'instance ou le greffier, l'action en responsabilité diligentée par la personne protégée ou ayant été protégée ou par ses héritiers est dirigée contre l'Etat qui dispose d'une action récursoire.

Lorsque la faute à l'origine du dommage a été commise par le mandataire judiciaire à la protection des majeurs, l'action en responsabilité peut être dirigée contre celui-ci ou contre l'Etat qui dispose d'une action récursoire. »

Source :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006427569&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20080325>

Il est donc prévu qu'en cas de défaillance des institutions judiciaires en charge de la gestion des mesures de protection des majeurs ou de leurs représentants nommés, la responsabilité de l'Etat puisse être engagée au même titre que celle du mandataire. L'Etat dispose alors d'une possibilité d'action récursoire (il peut se retourner contre le débiteur de l'acte directement). Les mises en cause ne sont pas rares quand il s'agit de trouver un responsable dans une mauvaise gestion du patrimoine comme par exemple :

- Responsabilité du juge engagée s'il a mal analysé les requêtes qui lui étaient présentées par les mandataires
- Responsabilité du greffier en chef du tribunal d'instance engagée s'il a mal exercé son rôle de contrôle des comptes annuels et qu'il a, par là-même, validé des actes de gestion irréguliers.

Un arrêt de la cour de cassation (Arrêt n°160 du 27 février 2013 (11-17.025) - Cour de cassation - 1re chambre civile - ECLI:FR:CCASS:2013:C100160) est venu fortement perturber l'ensemble des acteurs de la profession tutélaire est décidant de confirmer la coresponsabilité d'une association de tutelles avec l'Etat quant à l'indemnisation des héritiers d'une majeur protégée décédée dans un incendie à son domicile. En effet, alors que l'association de tutelles avait fait procéder au changement d'une gazinière jugée dangereuse pour une personne de 92 ans par des plaques électriques et que l'installateur avait omis de sécuriser l'arrivée de gaz, un incendie mortel s'est déclenché. Les responsabilités de l'Etat et de l'association de tutelles ont été confirmées et ils ont été condamnés à rembourser l'indemnisation versée par la compagnie d'assurance à ses héritiers de 182 296 €. Rompant ainsi avec les principes d'autonomie de la personne protégée instaurés par la loi du 5 mars 2007, il a été jugé que l'association de tutelles qui avait commandé les travaux aurait dû assister à la fin des travaux. Cela confirme une volonté du juge à ce que le mandataire ou l'association tutélaire ou, in extenso, l'Etat, soient considérés comme responsables 24h sur 24 de ces majeurs mis sous leur protection.

Pour résumer, c'est donc l'ensemble des acteurs entourant le majeur protégé qui peut être mis en cause en cas de fautes ou manquements avec des sanctions d'ordre civil ; pénal ou disciplinaire.

Voyons maintenant quelles pourraient être les mesures correctives qui pourraient être mises en place pour améliorer la gestion du patrimoine des majeurs et ainsi, éviter au maximum toute capacité de recours du majeur protégé, de ses représentants ou de ses héritiers contre un mandataire ou l'Etat.

2.1.2. Une nécessaire adaptation des acteurs en présence aux problématiques patrimoniales

La gestion de patrimoine est, comme nous l'avons évoqué précédemment, une profession qui est devenue ces dernières années, encadrée, normée et dont le niveau de formation requis est devenu de plus en plus uniforme. A ce titre, tous les acteurs de la profession de conseiller en gestion de patrimoine doivent justifier de l'obtention d'un Certificat de compétence (la CGPC) et d'un nombre d'heures de formation de 60 heures tous les deux ans pour remettre à jour ce niveau de compétence.

Voyons tout d'abord quelles seraient les modules de formation que devraient suivre les mandataires parmi les modules actuellement mis en place pour les professionnels du patrimoine. Nous étudierons ensuite les améliorations qui devraient être apportées aux inventaires et comptes de gestion annuels qui servent à suivre l'évolution du patrimoine d'un majeur protégé tout au long de sa mesure de protection.

Evolution nécessaire de la formation des mandataires, des juges et des greffiers en chef

Le mandataire judiciaire à la protection des majeurs

Les mandataires professionnels sont tenus de suivre une formation de 300 heures théoriques (dont 66 obligatoires) et un stage pratique de 10 semaines consécutives. Ces dispositions sont énoncées dans l' « arrêté du 2 janvier 2009 relatif à la formation complémentaire préparant aux certificats nationaux de compétence de mandataire judiciaire à la protection des majeurs et de délégué aux prestations familiales ».

Cet arrêté prévoit une formation de 30 heures en Gestion fiscale et patrimoniale que voici :

« Module 2. 2. Gestion fiscale et patrimoniale

Objectif : mettre en œuvre une gestion fiscale et patrimoniale efficace et adaptée aux intérêts et aux besoins de la personne, dans le respect de ses droits.

Compétences attendues à l'issue de ce module :

— savoir évaluer la situation patrimoniale et assurer la protection des intérêts patrimoniaux ;

- posséder des notions en matière de législation fiscale, patrimoniale, successorale ;
- savoir procéder à un inventaire du patrimoine et apprécier la nécessité de faire appel à un expert ;
- connaître les procédures et les voies d'exécution ;
- comprendre les différents produits d'épargne et de placement et effectuer un choix conforme aux intérêts de la personne ;
- connaître les services et les démarches à mobiliser (savoir à qui s'adresser) ;
- savoir adapter la gestion du patrimoine aux besoins et dans l'intérêt de la personne protégée.

Programme de formation de ce module :

a) Connaissances :

— notions en matière patrimoniale et de produits financiers : notions de législation bancaire, fiscale, patrimoniale, successorale ; notions de droit notarié ; décryptage d'un acte juridique ; délais et procédures, recours ; réalisation d'un inventaire patrimonial ;

— les professionnels et services compétents (notaires, huissiers, commissaires-priseurs, conseillers patrimoniaux, domaines, hypothèques, fichier central, experts financier, patrimonial ou fiscal...).

b) Applications pratiques :

— les articles de la loi (notamment l'article 30 relatif au droit de l'assurance vie) ;

— *Posture professionnelle : recherche d'un approfondissement ou d'une explication en fonction d'une situation spécifique ; analyse des offres disponibles ; détermination d'un choix conforme aux intérêts de la personne. »*

Source : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000020094419>

Ce module de formation nécessaire et obligatoire permet certainement au mandataire d'appréhender à minima la gestion du patrimoine du majeur qu'il devra protéger mais on peut s'interroger quant à l'application des principes édictés. A la lecture des objectifs de ce module, on peut constater qu'il est demandé au mandataire de connaître des notions en matière fiscale, patrimoniale, successorale ; en aucun cas on ne lui demande de devenir un expert conseiller en gestion de patrimoine.

On lui demande de comprendre les produits d'épargne et de placement pour effectuer un choix conforme aux intérêts de la personne : on peut réellement se demander si une formation de quelques heures peut réellement suffisamment expliciter la complexité des produits de placements notamment en terme de gestion de titres ou d'assurance vie.

Il est toutefois intéressant de constater que le module parle d'adapter la gestion aux besoins et aux intérêts des personnes et, qu'en même temps, il dresse le tableau des professionnels (notaires, experts financiers, conseillers en gestion de patrimoine etc.) qui peuvent aider le mandataire dans la gestion du patrimoine de leur majeur protégé.

On peut donc constater que le rôle du mandataire est défini ici de façon explicite en matière de gestion de patrimoine : il doit savoir cerner dans sa globalité le patrimoine du majeur protégé mais on ne lui demande pas de se trouver une vocation de gestionnaire de patrimoine.

Il doit s'entourer des professionnels compétents dès que la complexité du patrimoine rencontré dépasse son cercle de compétences.

Ses connaissances n'étant que superficielles, l'on peut aussi s'interroger sur la nécessité d'une formation continue des mandataires professionnels en matière de fiscalité et gestion de patrimoine. En effet, la fiscalité et la finance étant en perpétuelle remise en cause, une mise à jour régulière du socle de leurs connaissances pourrait s'avérer nécessaire. Ces formations pourraient être dispensées gratuitement par les banques et les compagnies d'assurances qui ont, elles aussi, besoin que leurs nouveaux produits adaptés aux problématiques des majeurs protégés soient connus et compris de tous, juges, greffiers en chef et mandataires.

Juge du tribunal d'instance et greffier en chef

Les juges et les greffiers en chef ont essentiellement une connaissance des pratiques courantes de la gestion de patrimoine. Longtemps, la gestion du patrimoine pour un majeur protégé se résumait à remplir des livrets bancaires capables de produire des intérêts sans aucun risque et, dans certains cas, de procéder à des placements en fond Euro sur des contrats d'assurance vie (risque zéro, intérêts certains et capital garanti).

Ces pratiques, liées à une surinterprétation de la notion de gestion raisonnable, poussent effectivement les juges à ne prendre aucun risque sur le patrimoine des majeurs sur lesquels ils doivent statuer. On peut toutefois s'interroger sur la capacité de certains livrets bancaires à défendre les intérêts des majeurs quand leur rendement est plus faible que l'inflation. De même, le fond euro des assurances vie (qui est une particularité purement française dans l'environnement financier mondial) amorce son déclin inexorable : les emprunts d'état (avec une bonne qualité de signature de type : notation AA et +) qui composent principalement les fonds Euro rémunèrent aujourd'hui moins de 1% par an. Dans ces conditions et sachant que les frais de gestion d'un contrat d'assurance vie en Euro se situent autour de 0.8%/an en moyenne, on peut estimer, à conditions de marché constantes, que les fonds euros vont rémunérer 1.5%/an d'ici moins de 5 ans. Dans ces conditions, peut-on réellement penser que ce placement sera judicieux et raisonnable dans les années à venir ?

Les compagnies d'assurances et les banques construisent aujourd'hui des produits boursiers accompagnés de protection de capital qui peuvent fournir des rendements avoisinants les 6% par an: ne serait-ce pas en partie vers ce type de produits qu'il faudrait orienter le patrimoine des majeurs protégés ? Ne devrait-on pas réfléchir à une gestion sous mandat des fonds des majeurs protégés ? Autant de questions qui ne peuvent malheureusement pas trouver réponse tant le débat avec les instances de protection est difficile à mettre en place.

Certains acteurs de la gestion de patrimoine, CGPI notamment, se regroupent pour créer des entités dédiées à la gestion de patrimoine des majeurs protégés et ces groupements de conseillers commencent à ouvrir le débat sur la définition du risque de placement sur un majeur protégé.

En l'état, il conviendrait là encore de mieux former les juges et les instances de gestion des tutelles de sorte à faire évoluer leur culture financière au gré des évolutions des marchés, des produits. Ces acteurs doivent être force de proposition pour permettre aux organismes financiers de construire ou promouvoir des gammes de solutions adaptées (gamme dédiée

tutelle, SICAV ou FCP patrimoniaux prudents, produits structurés à forte garantie). Sans investissement du juge ou du greffe dans cette approche de diversification des structures de placement, les mandataires professionnels auront du mal à proposer ce type d'allocation d'actifs lors d'un placement de fonds de leurs majeurs de peur de voir leur requête repoussée par le juge. Il y a certainement une grande concertation à mener entre les professionnels dédiés et le législateur pour ouvrir la voie à d'autres types de placements qui permettent au majeur protégé de compléter ses revenus avec de bons rendements. Plus le majeur protégé sera autonome financièrement moins il coutera à son entourage ou à la société.

Une autre piste d'amélioration de la gestion du patrimoine du majeur passe aussi et surtout par la qualité des intervenants qui ont été sollicités pour dresser un bilan patrimonial complet. Sur ce point, le juge pourrait se distinguer en systématisant le recours à un professionnel en cas de patrimoine important. Aujourd'hui la plupart des mandataires ou des associations tutélaires se contentent de faire appel à un professionnel pour « effectuer un placement » ; rares sont les sollicitations pour dresser un réel bilan patrimonial. Si ce bilan patrimonial était systématisé à l'entrée en mesure et effectué par des professionnels de la gestion de patrimoine, de nombreux patrimoines se verraient mieux préservés, plus productifs et les incohérences de gestion seraient progressivement corrigées. Ce rôle de nomination d'un professionnel de la gestion de patrimoine accompagnant le mandataire pourrait relever du juge ou du greffier en chef. Il pourrait être sollicité à réception de l'inventaire pour des patrimoines qualifiés de complexes (besoin de générer des revenus complémentaires nécessitant de solliciter fortement l'existant). Pour des majeurs ayant besoin de revenus complémentaires, une étude patrimoniale complète devrait s'imposer au mandataire pour effectuer les meilleurs arbitrages de gestion. C'est au juge et au greffier en chef d'imposer le recours à un professionnel de la gestion de patrimoine qualifié.

Evolution nécessaire des outils de suivi du patrimoine du majeur protégé

La gestion de patrimoine est aujourd'hui un métier qui s'adapte, comme nous l'évoquions plus haut, à une normalisation des méthodes d'appréhension du patrimoine des clients.

Le conseiller en gestion de patrimoine a pour vocation d'orienter, de restructurer le patrimoine de son client pour qu'il s'adapte à ses objectifs à court moyen long terme. Le bilan patrimonial qu'il dresse met en exergue les problématiques patrimoniales de son client : gestion de trésorerie, analyse successorale, bilan prévoyance etc. Ce bilan s'appuie sur un recueil d'information initial très poussé qui doit lui permettre d'établir de façon précise le patrimoine, sa répartition, l'aversion aux risques de son client et l'ensemble de ses objectifs.

Pour bien gérer le patrimoine de leur majeur, les mandataires professionnels doivent faire évoluer les techniques d'inventaire actuelles : le recueil aujourd'hui se contente de retrouver les sommes en compte, d'inventorier les biens immobiliers et autres possessions, obligations ou dettes du majeur (cf. Supra). Cet inventaire prend une photo du patrimoine en valeur à l'entrée de la mesure de protection du majeur ; il ne s'intéresse pas à ses problématiques actuelles et à venir, laissant ainsi le mandataire seul juge de ce qui est bon de faire ou de ne pas faire à travers ces obligations de gestion et ces risques de sanctions pour inexécution.

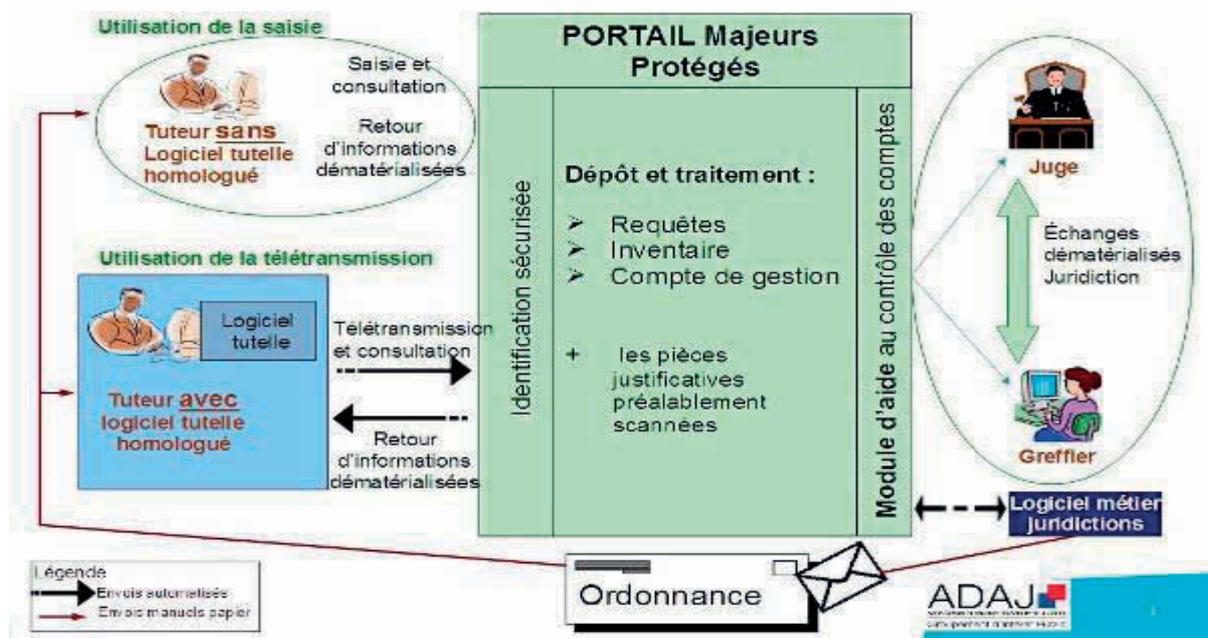
Pour permettre au mandataire de prendre les bonnes mesures dès l'entrée en protection, l'inventaire devrait être réalisé directement par des professionnels accompagnant le mandataire : un commissaire-priseur pour l'évaluation des biens mobiliers et immobiliers, un professionnel de la gestion de patrimoine pour arriver à calibrer de façon pertinente l'exposition aux risques du patrimoine confié et émettre des préconisations dès l'entrée en application de la mesure. En faisant de la sorte, juges, greffiers en chef et mandataires transfèrent ainsi leurs obligations de gestion « raisonnable » derrière la responsabilité du conseiller en gestion de patrimoine et du commissaire-priseur.

Faire évoluer les techniques d'inventaire initial pour les rapprocher des recueils initiaux des conseillers en gestion de patrimoine ne constitue que le début d'une amélioration de la gestion de patrimoine des majeurs protégés ; il serait judicieux de mettre en place un logiciel central d'Etat qui enregistrerait ces inventaires sous un format unique, connu de tous les acteurs de la profession. Cette standardisation informatique du recueil initial paraît réellement nécessaire et permettrait très facilement à un professionnel de la gestion de patrimoine de reprendre toutes ces données, devenues pertinentes et complètes, dans son logiciel d'analyse patrimoniale, et ainsi, d'en dresser rapidement un bilan.

L'informatisation des tribunaux et de leurs échanges de données informatisées ayant d'ores et déjà été faite, la normalisation des données échangées est en cours. C'est ainsi qu'après la création de l'outil de gestion des tutelles (TUTI), ces dernières années ont vu l'essor d'un nouveau site dématérialisant les échanges de données entre mandataires, greffes et juges : c'est le portail majeur protégés de la justice :

Le portail des majeurs protégés

Le schéma d'échanges dématérialisés



Source : <https://www.tutelleauquotidien.fr/Protéger-au-quotidien-gérer-la-mesure/communiquer-avec-le-tribunal-le-portail-des-majeurs-protégés.html>

Ce logiciel a pour but de faciliter les échanges des requêtes, inventaires et compte de gestion annuels afin d'alléger les greffes en terme de circulation de dossiers « papier » et leur permettre un traitement rapide de l'information. Le dossier de chaque majeur est ainsi suivi grâce à un archivage numérique de l'inventaire, des comptes rendus annuels de gestion et des requêtes formulées par les mandataires. Le greffier en chef peut donc facilement contrôler les comptes de gestion qui lui sont présentés et relever les incohérences de gestion annuelle grâce notamment au module d'aide au contrôle de gestion. S'il y a eu changement notoire de la structure du patrimoine, le logiciel va le signaler. Le greffier en chef se réfère alors aux requêtes validées par le juge pour savoir si ces changements sont justifiés ; si tel n'est pas le cas, il alerte le juge des tutelles pour que celui-ci réclame des explications au mandataire. De même, en cas de dépréciation sensible de la valeur globale du patrimoine non corrélée avec le déficit budgétaire, le greffier en chef se retournera vers ces mêmes requêtes pour voir si elles comportent des actes de gestion qui auraient pu solliciter fortement le patrimoine (travaux, achat immobilier, donations etc.).

En revanche, le logiciel et, in extenso, le greffier en chef, ne sont pas des gestionnaires de patrimoine professionnels: ils ne pourront pas directement expliquer pourquoi tel ou tel compte titres marque des moins-values, pourquoi telle ou telle assurance vie n'aurait pas dû être démobiliée, pourquoi telle requête eût dû être formulée différemment pour produire de meilleurs effets etc.

En parallèle de cette émergence du portail de la justice « majeurs protégés » et devant un marché de la tutelle en perpétuelle expansion (100 000 mesures supplémentaires chaque année avec une hausse sensible attendue avec l'arrivée de la génération baby-boom en âge avancé), nombre d'éditeurs de logiciels se sont intéressés à ce marché en proposant des logiciels de gestion complet à destination des mandataires professionnels comme par exemple : Majélis Tutelle, ARCH, Astel, Alpha Tutelles, Gestutel, Sentinel etc. Ces logiciels font ensuite l'objet d'une certification pour que la télétransmission de leurs données soit reconnue par le portail majeurs protégés. Le mandataire peut toutefois utiliser le portail de la justice en saisie directe s'il n'est pas équipé d'un logiciel de gestion de tutelles.

L'informatisation des échanges de données va donc permettre : aux greffes de gagner du temps, aux juges d'améliorer leurs délais de réponses sur chaque requête et surtout, à tous les acteurs de la tutelle de bénéficier d'un dialogue plus dynamique et efficace.

Notons que l'informatisation des tribunaux d'instance avait comme objectif principal de faciliter la gestion des majeurs protégés et de continuer le désengorgement des greffes des tribunaux d'instance. On peut malheureusement regretter que cette mesure vise essentiellement à améliorer la productivité des acteurs de la tutelle mais qu'elle n'a pas pour objectif d'améliorer la qualité de gestion prodiguée par le mandataire ou le juge au majeur protégé.

L'objectif des correctifs actuellement apportés par le législateur est donc plus quantitatif que qualitatif. On peut espérer que cette réforme globale du marché des majeurs protégés tendra

progressivement à l'amélioration de la qualité de l'assistance ou de la représentation du majeur par son mandataire.

Nous venons de voir les mesures correctives qui seraient à amener dans la gestion du patrimoine des majeurs. Certains correctifs sont d'ores et déjà amorcés mais ils visent essentiellement à fluidifier les échanges entre les acteurs de la profession. On constate bien que pour rendre la gestion du patrimoine d'un majeur protégé efficace, il faudrait augmenter le niveau de formation de chaque acteur, procéder à de réels audits patrimoniaux et profiter de l'informatisation actuelle des échanges de données entre les acteurs pour implanter ces données sur des logiciels de gestion de patrimoine capables d'établir des bilans patrimoniaux objectifs.

La loi du 5 mars 2007 tend toutefois à perturber le moins possible le majeur et lui conservant une forme d'autonomie patrimoniale ; on peut se demander si ce n'est pas là une des raisons de l'inertie constatée dans la gestion du patrimoine des majeurs protégés. Face à des risques importants de mises en cause civiles ou pénales, de nombreux mandataires et juges préfèrent une gestion ultra sécuritaire des actifs financiers et sans grandes mutations de la structure du patrimoine au détriment de la performance patrimoniale (optimisation fiscale, financière, successorale et analyse des risques patrimoniaux).

Voyons maintenant quels acteurs pourraient être introduits dans la gestion du patrimoine du majeur protégé pour la rendre plus efficace tout en permettant de remplir les objectifs de gestion raisonnable tout en permettant aux acteurs en présence (juges et mandataires) de renvoyer leur responsabilité vers celle d'acteurs professionnels responsables : Les Conseillers en Gestion de Patrimoine Indépendants (CGPI) et les notaires.

2.2. Le Conseiller en gestion de patrimoine et/ou le notaire comme intervenant nécessaire dans la gestion de patrimoine d'un majeur protégé

Parmi les professionnels habilités en gestion de patrimoine, nous retrouvons deux acteurs qui justifient d'un réel niveau de compétences et de mises à jour de celles-ci en matière patrimoniale : ce sont les Conseiller en Gestion de Patrimoine et les notaires. Voyons quelles pourraient être leurs concours à l'amélioration de la gestion du patrimoine des majeurs protégés.

2.2.1. Le Notaire en sa qualité de conseil « avisé »

Le notaire est un professionnel exerçant une profession juridique réglementée. A ce titre, il est tenu de délivrer en permanence un conseil éclairé à chacun de ses clients.

Cet officier public exerce une double compétence :

- il est tenu d'authentifier les actes : il donne une forme authentique aux conventions passées entre des parties.
- il conseille ses clients dans différents domaines juridiques et fiscaux :

Attributions du notaire

Les domaines d'intervention des notaires sont nombreux puisqu'ils sont tenus d'intervenir à chaque fois qu'un bien immobilier doit subir une mutation par décès du propriétaire ou suite à une vente dudit immeuble.

Le notaire est un professionnel du droit qui justifie d'un minimum de 4 années d'études de droit et 3 ans supplémentaires en stage professionnel et formation jusqu'à obtention du DSN (diplôme supérieur de notariat). A ce titre, sa compétence juridique est complète et il est tenu de mettre ces compétences au service de ses clients en les rendant accessibles à ceux-ci.

Le notaire a pour rôle premier d'authentifier au nom de l'Etat, les actes et les contrats qui lui sont présentés ou qu'il rédige. Ces actes ou contrats touchent de multiples domaines de compétences et plusieurs domaines du droit français : droit de la famille, droit civil, droit de l'immobilier, droit du patrimoine, droit des sociétés etc.

L'intervention d'un notaire est souvent rendue nécessaire par la qualité de l'acte à enregistrer :

Actes relatifs à l'immobilier

En matière immobilière, le notaire intervient obligatoirement au niveau de l'acte de vente. Il peut toutefois intervenir aussi en tant que négociateur, mais aussi dans la rédaction des promesses de vente.

Il est à noter qu'en présence de biens immobiliers dans le patrimoine d'un majeur protégé, il est certain que ce majeur protégé a reçu les conseils de ce professionnel durant sa vie avant

la mise en place de la mesure de protection. Le notaire étant le garant de la conservation des actes passés en matière immobilière, les actes relatifs aux possessions immobilières des majeurs sont certainement conservés dans leurs archives.

Autrefois, le notaire de famille était une personne régulièrement consultée par des personnes ayant un patrimoine à transmettre. Il serait peut être intéressant pour un MJPM de consulter le notaire de famille pour savoir si le majeur protégé l'avait consulté avant de devenir incapable de gérer lui-même son patrimoine et de recueillir son avis sur l'orientation qu'il envisageait à l'époque.

Actes relatifs à la famille

Là encore, le notaire exerce certaines compétences exclusives, d'autres non : il est le garant de la bonne rédaction des contrats de mariage notamment.

Il peut toutefois être consulté pour rédiger des contrats de PACS, régler des divorces etc. Ses compétences sont multiples ; tant et si bien qu'au sein d'une même étude, plusieurs notaires exercent conjointement avec chacun une spécialisation particulière (droit de la famille, immobilier etc.) pour délivrer les conseils les plus pertinents possibles sur chacun des domaines d'intervention.

Actes relatifs au patrimoine

Dans ce domaine, seules les donations nécessitant mutation de biens immobiliers en pleine propriété ou en démembrement donnent lieu à des actes qui relèvent exclusivement de la compétence du notaire.

Les dons manuels de biens meubles ou de sommes d'argent régis par les articles 635 A et 757 du CGI, quant à eux, peuvent être enregistrés directement par le donateur auprès du centre des impôts du donataire sans intervention du notaire.

Les dons exceptionnels de somme d'argent régis par les articles 790 G du CGI, peuvent eux aussi être enregistrés sans recours direct au notaire.

Actes relatifs aux successions

Nul besoin de notaire en matière de succession ne comportant pas de biens immobiliers dans l'inventaire des biens du défunt. Toutefois, si tel n'est pas le cas, seul le notaire peut s'occuper de la liquidation de la succession.

Dans ce dernier cas, le notaire est chargé d'inventorier l'ensemble des biens du défunt afin de déterminer la masse successorale à partager.

Rappelons rapidement qu'il est tenu d'inventorier tous les biens hormis certains biens exonérés de droits (œuvre d'art notamment) et les contrats d'assurance vie qui disposent eux aussi d'un régime avantageux.

Nous constatons donc que le notaire est un acteur quasi omniprésent durant la vie de toute personne. Il est là pour rédiger les actes solennels et les actes les plus graves qui touchent

cette personne. Il convient donc de se demander si son rôle ne doit pas être systématisé en cas de défaillance de la capacité d'exercice d'une personne. Son impartialité et son devoir de conseil devraient à eux seuls être garants d'une bonne gestion d'un patrimoine d'une personne sous protection.

Impartialité et devoir de conseil des notaires

« Le devoir de conseil incombant au notaire consiste à éclairer les clients sur le contenu et les effets des engagements qu'ils ont souscrits. »

Source : <http://www.lepetitjuriste.fr/droit-civil/droit-de-la-responsabilite-delictuelle/le-devoir-de-conseil-du-notaire-mis-a-rudes-epreuves/>

Le notaire est donc tenu, à chaque fois qu'il est consulté, de délivrer un conseil avisé sur lequel il engage sa responsabilité en tant qu'officier ministériel.

Son devoir de conseil garantit la validité de sa prestation pour que celle-ci soit conforme aux règles de droit en vigueur à l'instant où l'acte est émis. Il garantit aussi l'efficacité de sa prestation quant à l'utilité des actes formés et des effets qu'ils produiront.

Son devoir de conseil, autrefois restreint au niveau de compétence estimé de son client et des autres intervenants au dossier (avocats notamment), est devenu quasiment illimité. De nombreuses mises en cause de leur responsabilité ont été jugées ces dernières années et dans de nombreux cas, leur responsabilité a été reconnue. La jurisprudence confirme donc aujourd'hui que cet intervenant doit être infaillible dans son conseil : il est reconnu totalement garant des conseils qu'il formule.

Ce devoir de conseil est donc aujourd'hui très étendu. L'obligation de conseil provient essentiellement de son intervention et il n'est pas forcément nécessaire que son conseil lui ait été demandé pour que son obligation de conseil soit engagée.

Lorsque son intervention est requise, le notaire doit donc prodiguer son conseil, surtout à l'égard de clients peu instruits, sans expérience ou dépourvus de compétences juridiques.

Nous voyons donc que le notaire pourrait être le professionnel idéal à consulter pour gérer le patrimoine d'un majeur protégé. Toutefois, cette compétence étendue se confronte à deux limites :

- le notaire est garant d'un conseil de qualité en matière civile et fiscale mais on ne lui demande pas d'être un professionnel habilité en matière de gestion d'actifs. Sa compétence réside surtout dans la structuration et l'optimisation des schémas patrimoniaux. Il définira des grandes lignes de gestion, notamment le choix du type de supports financiers sans toutefois définir l'allocation des actifs placés.
- Le notaire n'a pas la qualité de Conseiller en Investissement Financier (CIF) et il ne doit pas recevoir de commissionnements et de rémunérations liés à des activités de courtage. En pratique : le notaire ne pourrait pas distribuer directement des produits d'assurance vie ou de placements qu'il pourrait conseiller même si l'on constate ces dernières années qu'il fait procéder à ces placements auprès de l'UNOFI (qui

appartient à 75% à l'ordre des notaires) ou auprès de CIF partenaires via l'inter-professionnalité.

Nous venons de voir la possibilité offerte aux mandataires et acteurs de la tutelle de solliciter un notaire qui, face à l'étendue de son devoir de conseil, ne pourra être qu'un acteur objectif, avisé et pertinent pour améliorer la qualité de la gestion de patrimoine des majeurs sous tutelles. Bien que garant de bonnes pratiques patrimoniales, on peut toutefois se demander si sa compétence ne se limite pas à organiser le patrimoine dans les meilleures conditions financières et fiscales. Est-il à même de suivre son conseil dans le temps et d'effectuer des arbitrages judicieux en fonction des évolutions fiscales ou conjoncturelles (baisse des taux, aléas boursiers etc.) ? La question reste en suspens de même que l'on peut se demander si cette intervention ne serait-elle pas trop onéreuse pour le majeur protégé.

Voyons maintenant un autre acteur qui pourrait s'avérer indispensable à a bonne gestion du patrimoine d'un majeur : le conseiller en gestion de patrimoine.

2.2.2. Le conseiller en gestion de patrimoine comme accompagnateur du mandataire judiciaire.

Le conseil en gestion de patrimoine est une activité qui, aujourd'hui, n'est pas encore considérée comme une activité règlementée a contrario de celle des notaires. Cette activité est néanmoins encadrée par une série d'obligations et de contraintes qui tendent à la rapprocher de cette considération.

Dans sa définition première, le métier de conseiller en gestion de patrimoine réunit différents acteurs qui interviennent soit en tant que salariés de compagnies d'assurances ou de banque mais aussi des intervenants indépendants.

Selon le site Trade-finance.fr, « *le conseiller en gestion de patrimoine est un professionnel qui offre des prestations de conseils patrimoniaux ainsi que des services et des produits à une clientèle de particuliers.* »

Cette définition tend à caractériser le conseiller en gestion de patrimoine comme un prestataire de services plutôt qu'à un réel professionnel aux compétences élargies qu'il est pourtant.

Le statut du gestionnaire de patrimoine est un statut hybride puisqu'il réunit sous sa terminologie de nombreuses professions distinctes.

Parmi ces professionnels, les niveaux de compétences sont distincts et leurs pratiques du métier peuvent se révéler elles aussi distinctes. Toutefois, ce métier tend progressivement à se normaliser en adoptant des codes communs, des pratiques communes, une déontologie commune etc.

C'est la raison pour laquelle nous voyons apparaître depuis quelques années des certifications comme Conseiller en Investissement Financier, CGP Certifiés CFP ou encore la norme ISO 2222.

Le statut de CIF, la norme Iso 2222 et de certifiés CGPC

Ces trois catégories ne sont pas obligatoires pour exercer la fonction de conseiller en gestion de patrimoine mais elles tendent à s'imposer comme de nouveaux standards.

Le statut de CIF

Instauré par la loi sécurité financière n°2003-706 du 1er août 2003, le statut de conseiller en investissements financiers (CIF) vise à renforcer la protection des investisseurs par un meilleur encadrement de cet acteur de la commercialisation des produits financiers. Tout CIF est ainsi soumis à un certain nombre d'obligations et d'interdictions, contrôlées par l'AMF.

Source : <http://www.amf-france.org/Acteurs-et-produits/Commercialisation/Conseillers-en-investissements-financiers.html>

Le CIF peut conseiller sur les allocations d'actifs (choix de secteurs d'investissement, SICAV, FCP etc.), les opérations sur biens de type rentes viagères immédiates etc.

Il peut démarcher une clientèle de particuliers pour lui apporter des conseils qu'il peut facturer à titre d'honoraires.

Le CIF doit être inscrit à l'ORIAS (registre unique des intermédiaires en Assurance Banque et Finance) et justifier de ses compétences professionnelles pour être agréé par l'AMF (autorité des marchés financiers). Il doit aussi justifier d'une assurance RC Pro qui le couvre dans le cadre de son activité de conseil.

Les obligations qu'il doit respecter sont les suivantes :

- *« se comporter avec loyauté et agir avec équité au mieux des intérêts de ses clients,*
- *exercer son activité, dans les limites autorisées par son statut, avec la compétence, le soin et la diligence qui s'imposent au mieux des intérêts de ses clients, afin de leur proposer une offre de services adaptée et proportionnée à leurs besoins et à leurs objectifs,*
- *être doté des ressources et procédures nécessaires pour mener à bien ses activités et mettre en œuvre ces ressources et procédures avec un souci d'efficacité,*
- *s'enquérir auprès de ses clients ou de ses clients potentiels, avant de formuler un conseil, de leurs connaissances et de leur expérience en matière d'investissement, ainsi que de leur situation financière et de leurs objectifs d'investissement, pour pouvoir leur recommander les opérations, instruments et services adaptés à leur situation. Lorsque les clients ou les clients potentiels ne communiquent pas les informations requises, le CIF s'abstient de leur faire des recommandations,*
- *communiquer aux clients d'une manière appropriée, la nature juridique et l'étendue des éventuelles relations entretenues avec les établissements promoteurs de produits mentionnés au 1° de l'article L.341-3 du code monétaire et financier (établissements pouvant recourir ou se livrer à une activité de démarchage), les informations utiles à la prise de décision par ces clients ainsi que celles concernant les modalités de sa rémunération, notamment la tarification de ses prestations »*

Source : http://www.amf-france.org/Acteurs-et-produits/Commercialisation/Conseillers-en-investissements-financiers.html#title_paragraph_2

Nous nous rendons compte que ce professionnel habilité CIF doit donc respecter des règles adaptées à une gestion raisonnable du patrimoine d'un majeur protégé. Les valeurs de diligence, probité évoquées pour le mandataire lui sont donc elles aussi demandées.

La certification AFAQ ISO 22222

Le métier de gestionnaire de patrimoine s'est développé dans de nombreux pays à plus ou moins grande ampleur ces dernières années. S'inspirant des Certified Financial Planners, l'organisation internationale de normalisation ISO a établi un programme de normalisation des processus d'approche patrimoniale d'un client. Cette certification n'est pas encore nécessaire à l'exercice du métier mais elle peut permettre de distinguer certains conseillers qui se plieraient facilement à des règles communes et à des processus de gestion de leur relation client normés. Cette norme a été mise en place à compter de 2005 pour tenter de répondre à une attente de régulation de l'activité de gestion de patrimoine de la part du public.

La norme définit le niveau d'expérience des acteurs pouvant exercer la profession de consultant en gestion de patrimoine, elle énumère les méthodes d'évaluations des bonnes pratiques de la profession ainsi que les exigences éthiques de la profession.

La norme s'inspire, comme pour la CGPC que nous évoquerons ci-dessous, des règles édictées pour être Certified Financial Planners.

Ces règles forgent les bases de la relation entre un gestionnaire de patrimoine et son client : elles obligent le conseiller à une grande rigueur et à la défense constante des intérêts de son client.

La norme iso 22222 énonce les six étapes de la démarche conseil d'un conseiller en gestion de patrimoine :

- Présentation par le conseiller de sa position personnelle vis-à-vis du client
- Collecte des informations globales nécessaire à la conduite de son approche patrimoniale
- Diagnostic évaluant les forces et les faiblesses de la situation patrimoniale du client
- Proposition de solutions, notamment solutions financières
- Vérification avec le client de la bonne compréhension de ce dernier des solutions proposées
- Mise en place et accompagnement dans le temps de la solution patrimoniale.

Cette norme, proche des principes CFP, vise donc à cadrer la relation client / conseiller de sorte à ce que le client soit assuré d'avoir compris les axes de correction de sa situation, les solutions proposées et leurs effets. En retour, le conseiller reçoit à chaque étape la validation de son client qui le conforte dans sa qualité de conseil et limite ainsi les recours de ce dernier.

La certification CFP / CGPC

L'association française des Conseillers en gestion de Patrimoine Certifiés a mis en place tout un environnement visant à valider les compétences des acteurs de la gestion de patrimoine en leur faisant passer un examen de certification : la certification CFP / CGPC.

Cette certification sanctionne le niveau de compétences du gestionnaire de patrimoine et permet de constater que ce dernier respecte bien les règles communes nécessaires à la conduite d'un bon conseil patrimonial.

Ces principes sont les suivants :

« Principe n° 1 - Le client en priorité : « Placer les intérêts du client d'abord »

Principe n° 2 - L'intégrité : « Fournir des services professionnels avec intégrité »

Principe n° 3 - L'objectivité : « Fournir des services professionnels de manière objective ».

Principe n° 4 - La Loyauté : « Être juste et raisonnable dans toutes les relations professionnelles. Divulgez et gérez les conflits d'intérêt »

Principe n° 5 - Le Professionnalisme : « Agir d'une manière prouvant une conduite professionnelle exemplaire »

Principe n° 6 - La Compétence : « Maintenir les capacités, les compétences et la connaissance nécessaire afin de fournir un service professionnel »

Principe n° 7 - La Confidentialité : « Protéger la confidentialité des informations du client »

Principe n° 8 - La Diligence : « Fournir des services professionnels diligemment » »

Source : http://www.cgpc.fr/images/stories/cgpc/Documents_Legaux/cgpc_codedeonto.pdf

Ces principes sont les principes fondateurs du code de déontologie que doivent respecter les conseillers en gestion de patrimoine certifiés. En respectant ces principes, ils s'engagent à fournir des conseils objectifs, centrés sur l'intérêt de leur client. Ces principes obligent les professionnels à respecter des règles de bonne conduite et de gestion raisonnable dans le temps. Les certifiés s'engagent par ailleurs à remettre à jour régulièrement leurs compétences à travers un cursus de formations « validantes » obligatoires pour continuer à prétendre à cette certification (60 heures minimum tous les deux ans). Ils doivent par ailleurs adhérer à une association qui se chargera de remettre à jour régulièrement leurs compétences.

De même, la certification vise à ce que tous les professionnels travaillent leurs approches patrimoniales et dressent leurs bilans selon les mêmes méthodes.

On assiste donc ici à une véritable normalisation d'un métier autrefois pratiqué par des professionnels de compétences différentes et sous des approches parfois très hétéroclites.

Les obligations réglementaires des CGP

Alors que le notaire est tenu d'une obligation de conseil, le conseiller en gestion de patrimoine pratique une activité non réglementée mais encadrée qui se rapproche d'une activité de contrat de louage prévue par l'article 1710 du code civil.

Cette approche instaure la nécessité de formuler une lettre de mission précise entre le CGP et son client. Cette lettre de mission devra être la plus exhaustive possible car elle permettra de définir de façon très précise la durée de la mission, sa portée, les objectifs du client, son profil de risques etc.

La signature par les deux parties de cette lettre de mission définit le cadre dans lequel le conseil patrimonial pourra être délivré. Toute défaillance constatée dans ces informations fournies par le client pourrait remettre en cause la qualité du conseil formulé et ainsi dégager la responsabilité du CGP quant à un éventuel défaut de conseil ou d'information.

En matière de responsabilité, pour que la responsabilité contractuelle d'un Conseiller en Gestion de Patrimoine soit engagée sur le fondement de l'article 1147 du code civil, il convient de démontrer que celui-ci a commis une faute, qu'il existe un préjudice certain, direct et personnel et enfin qu'il y ait un lien de causalité entre la faute et le préjudice.

Cette obligation de formaliser sa relation commerciale paraît tout à fait adaptée à la gestion du patrimoine d'un majeur protégé et aux attentes des juges et greffiers en matière d'inventaire ou de préconisations. En s'attachant les services d'un professionnel CGP pour la gestion du patrimoine de ses majeurs protégés, le mandataire pourrait diluer sa responsabilité de gestion raisonnable derrière les obligations professionnelles d'un expert reconnu.

Le CGP dans le cadre de la gestion du patrimoine d'un majeur protégé

Comme évoqué précédemment, le CGP est un nouvel acteur dans le domaine juridique et financier. Autrefois méconnu et réservé à quelques personnes fortunées, il tend à se démocratiser et son spectre de clientèle tend à s'élargir.

Cette profession, qui est en cours de normalisation et de standardisation (pour ne pas dire réglementation), tend à devenir un lien indispensable entre les experts comptables, les notaires, les avocats et d'autres professions (ex : agent immobilier). Cette profession exerce une activité transverse entre toutes ces activités et leurs conseils sont de plus en plus recherchés.

La formation continue et nécessaire de ces professionnels est un gage de sérieux qui permet de bénéficier de conseils objectifs et adaptés à chaque période. Le CGP exerce un suivi continu de sa clientèle, ce qui permettrait, dans le cadre de la gestion du patrimoine d'un majeur protégé, de détecter les incohérences, de replacer des sommes non frugifères etc.

On peut constater aisément que les obligations du CGP se rapprochent fortement des obligations énoncées pour le mandataire judiciaire. On peut se demander si le recours aux conseils avisés de ces professionnels ne devrait pas être systématisé dans le cadre de la gestion de patrimoine d'un majeur protégé.

Les apports d'une telle systématisation pourraient être les suivants :

- Constitution de l'inventaire : le CGP pratique de façon usuelle le recueil d'information. Il pourrait ainsi facilement intervenir au moment de l'inventaire du patrimoine pour aider à établir un diagnostic exhaustif de celui-ci et, ainsi, détecter toute surexposition aux risques boursiers, toute incohérence constatée dans la période suspecte et régler ces problématiques dès les premiers mois de l'ouverture de mesure
- Bilans fiscaux : le CGP pourrait procéder aux déclarations fiscales, effectuer les redressements demandés par l'administration fiscale (redressement ISF fréquents)
- Gestion et anticipation des risques de trésorerie : le CGP pourrait étudier les restructurations patrimoniales nécessaires pour générer d'éventuels revenus complémentaires
- Etudes successorales : au besoin, le CGP pourrait formuler différentes propositions visant à anticiper la succession du majeur et, s'il a de la famille, étudier des opportunités de legs adaptés à sa situation.

L'apport d'un CGP dans le suivi et la gestion du patrimoine d'un majeur protégé pourrait permettre de réellement décharger le mandataire d'une activité qu'il considère souvent chronophage et qu'il exerce comme il peut, souvent de façon minimaliste.

Autre avantage : les bilans et préconisations que le CGP dresserait pourraient certainement faciliter le travail du greffier en chef au moment du contrôle des comptes rendus de gestion annuels. Son approche méthodique des problématiques patrimoniales pourrait ainsi profiter aux différents acteurs en présence : juges, greffiers et mandataires judiciaires à la protection des majeurs. Plutôt que de devoir former l'ensemble de ces personnels aux règles de bonne gestion d'un patrimoine, ceux-ci pourraient bénéficier de l'expertise constante, nécessaire et objective de ces spécialistes.

Les CGP s'interrogent de leur côté sur le rôle qu'ils doivent tenir dans l'accompagnement des mesures de protection et de nombreuses universités, dont l'AUREP, mettent en place des formations adaptées à ces problématiques spécifiques de Gestion de patrimoine des personnes âgées et vulnérables.

Ces formations semblent nécessaires pour que la faculté d'analyse du gestionnaire de patrimoine soit adaptée aux situations spécifiques de ces majeurs protégés (connaissance des acteurs, des mesures de protection, des obligations de chacun) et que les conseils qui en découlent soient eux aussi adaptés.

Il est certain que les CGP, comme les autres acteurs de la finance (banquiers en banque privée, salariés de réseaux spécialisés) qui sont tenus aux mêmes pratiques de l'approche patrimoniale, voient en la population des majeurs protégés une réelle opportunité de marché.

Ces professionnels de la finance étant essentiellement rémunérés sur la base des produits qu'ils gèrent, on peut penser que l'accès à ce type de services patrimoniaux puisse être soumis à des barème d'honoraires réglementées pour intéresser tous les acteurs actuels entourant le majeur protégé à les solliciter de façon systématique pour mieux gérer les patrimoines qui leur sont confiés.

CONCLUSION :

Force est de constater que la gestion de patrimoine d'un majeur protégé est un sujet qui encore mal pratiqué par les acteurs chargés de sa protection.

Le bilan de cette gestion peut se résumer ainsi :

Les autorités judiciaires, dont les attributions sont très diverses au sein des tribunaux d'instance, doivent constater et juger de chaque opération engendrant des conséquences graves sur le patrimoine du majeur. Face à eux les produits financiers et l'architecture patrimoniale ne cessent de se complexifier : comment peuvent-ils analyser la performance des requêtes qui leur sont présentées.

De leur côté, les mandataires, devant des procédures de plus en plus chronophages, ne prennent pas le temps de s'intéresser à la qualité de la gestion patrimoniale qu'ils délivrent à leurs majeurs. Ils se contentent, à juste titre, face à leurs responsabilités, d'opérer aux opérations de faibles portées qui n'engendrent que peu de changements dans la structure des patrimoines confiés.

Le majeur protégé, redevenu plus autonome grâce à la loi du 5 mars 2007, tend à garder le maximum de latitude sur son patrimoine. N'est-ce pas là une bonne occasion de lui laisser en grande partie la responsabilité de ses évolutions patrimoniales au détriment des obligations des mandataires ?

Devant un marché de la protection des majeurs devenu de plus en plus problématique et onéreux pour la société française et ses contribuables, on peut se demander si l'optimisation patrimoniale d'un majeur sous protection ne devrait pas être gérée plus efficacement.

L'amélioration de la gestion du patrimoine du majeur protégé ne peut pas émaner des acteurs entourant actuellement celui-ci ; seule l'arrivée de spécialistes en accompagnement du mandataire pourra produire cet effet.

Le recours à un professionnel doit donc être systématisé face à un majeur à fortes problématiques patrimoniales ; seule une personne habilitée en gestion de patrimoine peut prétendre avoir une gestion efficace.

Sachant que ce recours à un professionnel permet au mandataire de se dégager de nombreuses responsabilités, on ne comprend pas aisément pourquoi certains d'entre eux s'efforcent encore à gérer seuls les patrimoines de leurs majeurs. Doit-on informer le mandataire de la nécessité de faire appel à un professionnel ou doit-on le contraindre par une modification des textes de lois régissant la profession ? La question reste ouverte...

Bibliographie :

*Tutelle et curatelle : Organisation et acteurs

Par Jacqueline Jean et Agnès Jean (Broché - 19 mars 2007)

Sitographie :

www.lepetitjuriste.fr

www.legavox.fr/forum/civil-familial/patrimoine

www.legifrance.gouv.fr

www.tutelle-curatelle.com

www.tutelleauquotidien.fr/

www.cgpc.fr

www.iso.org

Table des matières

Remerciements	3
Sommaire	4
INTRODUCTION	5
1. La Gestion du Patrimoine d'un majeur Protégé : une gestion fragmentée et inefficace	8
1.1. Des acteurs dissociés avec des mandats différents	8
1.1.1. L'hétérogénéité des mandataires et les limites de leur responsabilité	8
1.1.2. Autorités de surveillance : juge des tutelles, greffier en chef et cas particulier de la tutelle avec conseil de famille	12
1.2. Des acteurs « responsables » mais insuffisamment investis et formés face aux problématiques patrimoniales des majeurs protégés	14
1.2.1. L'Inventaire : un Audit Patrimonial insuffisant.....	15
1.2.2. Une gestion patrimoniale poussée par le besoin mais sans anticipation	21
2. La nécessité d'avoir une approche globale du patrimoine pour mieux servir les intérêts du majeur protégé.....	26
2.1. Redéfinition des périmètres de chaque intervenant de la gestion du patrimoine d'un majeur protégé.....	26
2.1.1. Sensibilisation aux risques d'erreurs ou de fautes des MJPM	27
2.1.2. Une nécessaire adaptation des acteurs en présence aux problématiques patrimoniales	30
2.2. Le Conseiller en gestion de patrimoine et/ou le notaire comme intervenant nécessaire dans la gestion de patrimoine d'un majeur protégé	37
2.2.1. Le Notaire en sa qualité de conseil « avisé ».....	37
2.2.2. Le conseiller en gestion de patrimoine comme accompagnateur du mandataire judiciaire.40	
CONCLUSION :	46