



**Conférence de l'Association Pour Adultes et Jeunes Handicapés du Tarn
sur la Protection Future dans le cadre du Handicap et de la Dépendance**

Samedi 7 juin 2008 à 09 h 30 au Planésium du FOT à Castres

Intervenants :

M. Benoît MARCOUL, Directeur du Service des Tutelles de l'APAJH du Tarn

Melle Marlène LE DORE, Conseillère Juridique de l'APAJH du Tarn

Maître Flavie ROUANET, Notaire à Castres

Monsieur GASC, Délégué Régional de la Caisse d'Epargne

Déroulé de la conférence :

1. Le mandat de protection future *page 3*
2. Le patrimoine de la personne vulnérable *page 11*
3. L'Epargne handicap et la rente-survie *page 19*

Introduction

La réforme de la protection juridique des majeurs, qui a trouvé une consécration législative dans la loi du 05 mars 2007, a permis l'introduction dans notre droit de nouvelles mesures conventionnelles.

Parmi elles et au premier chef, on y trouve le mandat de protection future.

Ce mandat va permettre à chacun d'entre nous de prévoir l'organisation de sa protection future pour le jour où nous serions dépendants et ne pourrions plus pourvoir seuls à nos intérêts ou à ceux de nos enfants handicapés : organiser à l'avance la protection de sa personne ou de ses biens ou encore celle d'un de ses enfants atteint d'une maladie ou d'un handicap lorsque ses parents ne seront plus en mesure de le faire eux-mêmes, en choisissant la personne physique ou morale qui sera chargée de la mise en œuvre de cette protection.

Directement inspiré des expériences conduites avec succès au Québec et en Allemagne, le mandat de protection future répond à un triple enjeu sociétal :

- allongement de la durée de vie et vieillissement de la société
- vulnérabilité sociale grandissante liée à la précarité et à l'exclusion
- respect de la volonté individuelle de la personne, de sa dignité et de son autonomie de vie.

Ainsi, avec cet outil juridique apparaît un dispositif volontaire de pré-incapacité organisé.

Quelques mots clés peuvent illustrer cet outil : anticipation, prévision ; dépendance, handicap ; libre choix, volonté

Pour finir, je voudrais vous livrer une citation qui à mon sens reflète bien les problématiques auxquelles tout un chacun est confronté face à un tel dispositif : « la prévision est difficile surtout lorsqu'elle concerne l'avenir ».

1. Le mandat de protection future

I/ LES ACTEURS

- Le mandant : celui qui fait la demande
- Le mandataire : celui qui exécute le mandat
- Le contrôleur du mandataire
- Le juge des Tutelles

A - Le mandant

1/ Dans le cadre d'un mandat classique (celui qui organise sa propre protection)

Toute personne majeure ou mineure émancipée peut l'être. Cette personne ne doit pas être placée sous Tutelle. Si elle bénéficie d'une Curatelle, elle devra être assistée de son Curateur.

2/ Dans le cadre d'un mandat pour autrui (celui qui organise la protection de son enfant)

Le mandat pourra être un des deux parents ou le dernier vivant des deux. Si l'enfant est mineur, ils doivent détenir l'autorité parentale. Si l'enfant est majeur, ils doivent en assurer la prise en charge matérielle et affective.

Même restriction que le premier cas concernant les Tutelles et Curatelles.

B - Le mandataire

1/ Choix du mandataire :

a - Personne physique ou morale :

Soit une personne physique, soit, à compter du 1^{er} janvier 2009, une personne morale figurant sur la liste des mandataires judiciaires à la protection des majeurs.

Le service des Tutelles de l'APAJH du Tarn a d'ores et déjà fait le choix de proposer son intervention en qualité de mandataire.

b - Les conditions :

- jouir de ses capacités civiles
- ne pas être mineur émancipé ou majeur sous protection
- ne pas s'être vu retirer l'autorité parentale
- ne pas s'être vu retirer l'exercice de charges tutélaires (par exemple une condamnation pénale)
- ne pas être membre d'une profession médicale et intervenant pour le compte du mandant (ex. : médecin de famille)

c - Un ou plusieurs mandataires

Par exemple un mandataire pourrait être en charge de la personne et l'autre de ses biens.

Chaque mandataire doit exécuter personnellement le mandat. Il pourrait cependant s'adjoindre un tiers compétent. Il en demeure responsable.

2 / La rémunération du mandataire

Il intervient en principe gratuitement. Rien n'empêche cependant de prévoir des stipulations contraires.

Si le mandataire est un mandataire à la protection des majeurs (service des Tutelles par exemple), il serait logique de le rétribuer selon le même barème que celui applicable dans le cadre de l'exercice d'une mesure de protection.

La rémunération n'interviendra qu'à compter de la mise en œuvre du mandat.

Deux hypothèses sont envisageables :

Soit un défraiement sur justificatifs, soit une rémunération prédéfinie forfaitaire ou sur la base de critères libres (temps de travail, types d'actes à effectuer, etc. ...)

C / Le contrôleur mandataire

1/ le choix du contrôleur :

Le mandant désigne qui il souhaite. Il peut en désigner plusieurs et leur confier diverses missions.

Le contrôleur doit accepter sa mission. Si le mandat est notarié, il devient logique que le notaire soit le contrôleur.

2 / Sa rémunération :

Si le mandat a été passé sous seing privé (cf. supra) il convient d'appliquer les mêmes règles que celles se rapportant à la rémunération du mandataire.

Si le mandat est notarié (cf. supra) sa rémunération pourra varier de 109,00 € HT à 328,00 € HT.

D / Le Juge des Tutelles

S'il devient nécessaire d'offrir une intervention ou protection plus accrue que celle prévue au mandat, le juge pourra intervenir à la demande de tout intéressé en complétant le mandat par une mesure de protection (Curatelle ou Tutelle).

Il a d'office le pouvoir de vérifier les comptes.

II / LES MISSIONS DU MANDATAIRE

A / La protection de la personne du mandant

Liberté d'imagination :

- le mandant peut exprimer ses choix en matière de logement, d'hébergement, son maintien à domicile ou l'inverse
- il peut exprimer le souhait de maintenir des relations personnelles avec telle ou telle personne, ses loisirs, ses vacances

1 / Cadre général

Obligation d'information : Le mandataire a obligation de respecter les règles en matière d'information et de consentement de la personne protégée. Il doit informer le mandant de ses décisions et doit élaborer un rapport sur les actes diligentés (acte médicaux autorisés, changement de domicile...). Il ne peut pas prendre de décisions strictement personnelles (reconnaissance d'enfant...).

2 / Missions supplémentaires

Le mandant peut autoriser le mandataire à exercer des missions confiées au tuteur ou à la personne de confiance par le CASF ou le cadre de santé publique (ex. : recherche biomédicale), et consentir à tout acte médical quand le mandant ne peut plus le faire.

Personne de confiance : personne désignée par le patient pour l'accompagner dans ses démarches médicales. Si le patient n'est plus lucide elle doit être consultée avant toute intervention.

B / Protection des biens du mandant

1 / Les pouvoirs du mandataire

- exécuter des actes d'administration, c'est-à-dire la gestion des biens ou la conservation des biens
- exécuter des actes de disposition mais uniquement mandat notarié

2 / Obligation du mandataire en cours de mandat

a - procéder à l'inventaire des biens : Dès la prise d'effet du mandat. Cet inventaire peut être fait sous seing privé ou confié à un professionnel.

b - établir un compte de gestion annuel : Le juge a pour pouvoir de le vérifier.

c - obligation du mandataire à l'issue du mandat : Il doit, pendant 5 ans, tenir à disposition l'inventaire et les comptes :

- de la personne qui continue la gestion
- du majeur protégé qui a retrouvé ses capacités
- des héritiers

III / LE REGIME JURIDIQUE ET LA FORME DU MANDAT

Le mandat de protection future est, comme son nom l'indique, tout d'abord un mandat. Il est donc soumis à la réglementation du droit commun du mandat. (article 1984 Cciv : « le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire. »).

Cependant des dispositions spécifiques ont été prévues par la loi du 05 mars 2007 ; ce sont ces dispositions là qui vont s'appliquer dans le cas où elles seraient contraires au droit commun.

Le droit commun prévoit deux formes de mandat (article 1985 Cciv) : le mandat par acte authentique (acte notarié) et le mandat par acte sous seing privé.

Le mandat de protection future pour soi pourra adopter l'une ou l'autre de ces formes. L'adoption de l'une ou l'autre forme va avoir une incidence sur le champ de protection patrimoniale.

Le mandat de protection future pour autrui devra obligatoirement être conclu sous forme notariée.

A / Le mandat notarié (acte authentique)

- La rédaction du mandat

Le mandat de protection future établi par acte authentique est reçu par un notaire choisi librement par le mandant. L'acceptation du mandataire doit être faite dans les mêmes formes.

Tant que le mandat n'a pas pris effet (la prise d'effet du mandat a lieu le jour où le mandataire apporte au greffe du tribunal d'instance le certificat médical attestant l'altération des facultés personnelles du mandant) ce mandat peut-être modifié ou révoqué (retiré) par le mandant et peut faire l'objet d'une renonciation (refus) par le mandataire. Dès lors que le mandat a commencé à être exécuté, il doit continuer à s'appliquer.

Les modifications et révocations sont faites par simple notification (lettre recommandée avec accusé de réception de préférence) du mandant au mandataire et à la personne chargée du contrôle du mandat ; et la renonciation a lieu dans les mêmes formes. Il n'est donc pas utile de refaire un acte notarié.

- L'étendue de la protection

L'étendue de la protection est déterminée en fonction des actes que peut faire le tuteur. Ainsi, le mandat notarié peut (pas obligation) comprendre tous les actes patrimoniaux que le tuteur a le pouvoir d'accomplir seul ou avec autorisation du conseil de famille ou, à défaut, du juge des tutelles.

C'est-à-dire, les actes conservatoires, les actes d'administration et les actes de disposition.

Concernant les actes de dispositions, la loi écarte les dispositions du droit commun qui exige l'établissement d'un mandat exprès (spécifique pour cet acte). Donc, même s'il est conclu en termes généraux, le mandat de protection future par acte notarié pourra autoriser le mandataire à faire tout acte de disposition qu'un tuteur peut accomplir seul, ou avec autorisation du juge des tutelles.

Une seule exception est prévue : ce sont les actes de disposition à titre gratuit. Ici, le mandataire devra obtenir l'autorisation du juge des tutelles avant de les accomplir ; ceci afin d'éviter des donations abusives ou sous influence.

- Le contrôleur de la gestion par le notaire

Dans le cadre d'un mandat par acte notarié, le contrôle de la gestion du mandataire est effectué par le notaire ; ainsi le mandataire doit rendre compte de sa gestion au notaire en lui adressant chaque année ses comptes, auxquels doivent être associées les pièces justificatives utiles à l'accomplissement des actes.

Le notaire, quant à lui, doit conserver ces pièces, avec celles de l'inventaire des biens. S'il s'avère que le not

B / Le mandat sous seing privé

Ce type de mandat est conclu seulement entre les différents acteurs que sont : le mandant, le mandataire et la personne chargée du contrôle de la gestion du mandataire. On parle de mandat sous seing privé car c'est la signature de ces personnes qui confère à l'acte son « authenticité » ou validité.

On va voir qu'il y a quand même ici un formalisme à respecter en plus.

- la rédaction du mandat

Ce mandat est écrit par le mandant ; il doit être daté et signé de sa main. Le mandataire va l'accepter en le signant également.

Le formalisme qu'a rajouté la loi est le suivant : en plus de la signature du mandant et mandataire, ce mandat devra :

- soit être contresigné par un avocat ;
- soit être établi conformément à un modèle défini par le décret du 30 novembre 2007 (voir annexes).

Le mandant devra alors apposer sa signature sur chaque page et le dater en dernière page. S'il est sous curatelle, le curateur doit également apposer sa signature.

Le mandataire et la personne chargée du contrôle vont également dater et signer cet acte. Il y aura autant d'exemplaires originaux que de mandataires ; le contrôleur aura une copie de l'acte.

Ici, de même que le mandat notarié, tant qu'il n'a pas reçu exécution, le mandat peut être modifié, révoqué, ou faire l'objet d'une renonciation.

En pratique, le mandat sous seing privé devra être annulé (« barré ») que ce soit pour la modification, la révocation, ou la renonciation, avec la date et la signature, le tout de manière manuscrite.

S'il est modifié, alors, un nouvel acte sous seing privé devra être établi. Il devra être adressé à toutes les parties concernées (mandant si renonciation, mandataire si modification ou révocation, et contrôleur).

A noter que la personne chargée du contrôle peut également renoncer à sa mission ; dans ce cas le même formalisme s'applique pour l'information aux tiers.

Pour donner date certaine au mandat sous seing privé, le mandant doit le faire enregistrer à la recette des impôts. L'intérêt est que le mandat sera validé avec certitude vis-à-vis des tiers (qui pourraient sinon le contester).

L'association APAJH du Tarn peut vous conseiller pour l'établissement de ce mandat, en vous apportant les précisions nécessaires à y faire figurer.

- L'étendue de la protection

Contrairement à l'acte notarié, l'acte sous seing privé est limité quant à la gestion du patrimoine.

Ici, il ne peut contenir que les actes que le tuteur a le pouvoir de faire seul, c'est-à-dire aux actes qu'il peut sans l'autorisation du conseil de famille ou, à défaut, du juge des tutelles. Sont donc concernés les actes conservatoires et les actes d'administration du mandant, à l'exclusion des actes de disposition.

Toutefois, s'il s'avérait nécessaire d'accomplir un acte de disposition dans l'intérêt du mandant, le mandataire pourra solliciter le juge des tutelles afin qu'il l'autorise à l'effectuer.

- Les obligations comptables du mandataire

Le mandataire ayant des pouvoirs moindres que ceux permis par un acte notarié, ses obligations en matière comptables vont être également moins contraignantes. Il lui revient à lui, de conserver les pièces de l'inventaire des biens et ses actualisations, des 5 derniers comptes de gestion accompagnés de leurs pièces justificatives, ainsi que de tout pièce qui s'avèrerait utile à la continuation de la gestion.

Pendant l'exécution du mandat, le contrôle est assuré par le juge des tutelles et le procureur de la république, qui peuvent demander à tout moment à ce que les pièces comptables leur soient transmises. Le mandataire devra alors s'exécuter.

IV / LA VIE DU MANDAT

A / Précision sur la prise d'effet du mandat

Le mandat ne peut produire effet tant que le mandant conserve ses facultés personnelles. Par contre, dès lors que le mandant ne peut plus pourvoir seul à ses intérêts et que cela est établi par certificat médical (donc la réalisation de l'événement redouté), le mandant reçoit notification de la prise d'effet du mandat.

Il appartient au mandataire d'effectuer les démarches nécessaires lorsqu'il constate que le mandant ne peut plus prendre seul soin de sa personne ou de ses affaires. Il va donc faire les démarches pour que l'altération soit des facultés mentales du mandant, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté, soit constatée par certificat médical rédigé par un médecin, qui doit être un médecin choisi sur la liste tenue par le procureur de la République. Cette liste est disponible dans les tribunaux d'instance.

Le greffier va donc avoir pour rôle de vérifier plusieurs choses :

- voir si les conditions prévues par la loi pour l'établissement d'un mandat sont remplies (âge des parties, désignation d'une personne en charge du contrôle de la gestion, co-signature du curateur si le mandant se trouve sous curatelle)
- les pièces accompagnatrices : le certificat médical (il doit dater de moins d'un mois), l'identité du mandataire, le certificat de domicile du mandant

Après vérification, le greffier apposera son visa puis le restituera au mandataire.

Il faut savoir que le greffier n'effectue pas un contrôle d'opportunité, mais juste de conformité. Le mandat prend alors effet.

B / Les éventuelles modifications apportées par le juge

Il appartient au juge des tutelles de statuer sur la mise en œuvre du mandat ou sur les conditions et les modalités de son exécution. Pour cela, il peut être saisi par toute personne intéressée.

Le juge va donc pouvoir apporter des modifications quant à la protection du mandant :

- il peut ouvrir une mesure de protection juridique en prononçant une sauvegarde de justice, une curatelle ou une tutelle (après révocation du mandat)
- il peut constater que l'étendue du mandat s'avère insuffisant pour protéger les intérêts personnels ou patrimoniaux de la personne ; dans ce cas il peut compléter ce mandat en lui associant une mesure de protection judiciaire, confiée le cas échéant, au mandataire. Il peut également autoriser ce dernier (comme vu précédemment) ou un mandataire autre désigné à cet effet, à accomplir un ou plusieurs actes déterminés non prévus par le mandat.

Si jamais il y a coexistence d'un mandat de protection future et d'une mesure de protection judiciaire, les deux sont indépendants ; il n'y a donc pas coresponsabilité de l'un envers l'autre ; par contre, ils ont l'obligation de s'informer mutuellement des décisions qu'ils prennent dans le cadre de leur mandat réciproque ; les décisions de l'un pouvant avoir des répercussions sur la gestion de l'autre.

C / La suspension du mandat

Normalement, sauf décision du juge, un mandat de protection future ne peut coexister avec un mandat de protection judiciaire (curatelle, tutelle..), sauf pour la sauvegarde de justice où cela est possible (protection très minime).

Cependant, pour éviter certaines difficultés qui apparaissent évidentes (ex : une personne est chargée de la protection de la personne du mandant et une autre, par un mandat judiciaire, est chargée de la protection des biens du mandant), la loi du 05 mars 2007 prévoit que le juge des tutelles peut suspendre les effets du mandat de protection future pour le temps d'une mesure de sauvegarde de justice.

D / La fin du mandat

Le mandat de protection future prend fin dans cinq cas :

- la plus heureuse : c'est le rétablissement des facultés personnelles du mandant (alors le mandat n'a plus lieu d'être). Ce rétablissement suit les mêmes formes que pour l'établissement, c'est-à-dire qu'il doit être constaté à la demande du mandant ou du mandataire, établi par un médecin choisi sur la liste tenue par le procureur de la République. Le greffier vérifiera ce certificat.
- la pire : le décès du mandant
- l'ouverture d'une mesure de protection judiciaire (curatelle ou tutelle) sauf décision contraire du juge
- le décès du mandataire, son placement sous une mesure de protection judiciaire (pour une personne physique) ou son placement en redressement ou liquidation judiciaire (pour une personne morale)
- la révocation judiciaire du mandataire qui est possible dans trois situations :
 - lorsque c'est par erreur ou par fraude que le mandat a été mis en œuvre : il n'y a pas altération des facultés personnelles du mandant
 - lorsque les règles du droit commun peuvent s'appliquer (ex : les régimes matrimoniaux)
 - lorsque, sans parler de fraude, l'exécution du mandat est de nature à porter atteinte aux intérêts du mandant (éloignement néfaste...)

E / L'annulation des actes faits par le mandant

Lorsque la personne qui est sous mandat mis à exécution fait des actes ou prend des engagements alors qu'elle ne devrait pas, alors ces actes là peuvent être remis en cause.

On dit qu'ils peuvent être « rescindés pour lésion » (c'est-à-dire l'annulation car portent préjudice) ou « réduit en cas d'excès » (réduction de la valeur de l'acte) ; alors même que ces actes pourraient être annulés pour insanité d'esprit en vertu du droit commun (article 414-1 du code civil). La charge de la preuve (pour prouver l'existence d'un trouble mental) appartient à la personne qui demande la nullité de l'acte.

Pour savoir s'il faut rescinder ou réduire un acte, les tribunaux vont s'attacher à prendre en considération : l'utilité ou l'inutilité de l'opération, l'importance ou la consistance du patrimoine de la personne sous mandat, et la bonne ou mauvaise foi de ceux avec qui elle a contracté.

Ces deux actions appartiennent à la personne protégée et après sa mort à ses héritiers. La prescription est de cinq ans.

2. Le patrimoine de la personne vulnérable

Depuis 2001, des réformes majeures se sont succédées en droit des personnes et de la famille : la révision des lois bioéthiques, le divorce, l'adoption, la filiation, les successions et libéralités du 23 juin 2006.

Avec les lois successives du 23 juin 2006 et 5 mars 2007 le droit successoral et celui des personnes protégées deviennent pour une large part un droit *à façon*, adapté à chaque individu.

Les membres de la 4ème commission du 102ème congrès des notaires de France se sont attachés à réviser la donation partage d'ascendant à la lumière du thème de leurs travaux.

La présence d'une personne vulnérable dans la fratrie rend plus utile encore l'organisation de la transmission du patrimoine sous la médiation des parents. La donation partage est une anticipation de la succession. Fort de cette projection dans le temps, le droit positif l'encourage et la favorise. En fonction de la composition du patrimoine, des intérêts de chacun, d'un ensemble combiné de faits, il est possible de prévoir des donations partage de différentes natures.

La loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et libéralités a élargie également le champ d'application des substitutions autorisées avec les libéralités graduelles et résiduelles. Il est intéressant de voir en quoi ces libéralités peuvent être utiles à la préservation, à la constitution ou à la gestion du patrimoine d'une personne vulnérable ainsi qu'à la transmission de ce même patrimoine.

A) LA TRANSMISSION

1) Les libéralités graduelles et résiduelles

Depuis l'application de la loi du 23 juin 2006, la technique juridique des libéralités graduelles et résiduelles sont assez proches l'une de l'autre.

A) La technique

Aux termes de l'article 1048 du code civil, une libéralité peut être grevée d'une charge comportant l'obligation pour le donataire (ou le légataire) de conserver les biens donnés et de les transmettre, à son décès, à un second gratifié, désigné par le disposant: il s'agit d'une libéralité graduelle définie par trois critères: l'obligation de conserver, l'obligation de transmettre au décès du 1er gratifié.

Depuis le 1er janvier 2007, ces libéralités sont permises quelque soit le degrés de parenté ou même l'absence totale de parenté entre le disposant, le grevé et le (ou les) seconds gratifiés. Un disposant pourra ainsi gratifier un de ses enfants handicapés à charge pour ce dernier de transmettre à son décès les bien donnés ou légués à ses frères ou soeurs ou à une association. De même un legs pourra être envisagé au profit du conjoint en secondes noces à charge de transmettre les biens légués aux enfants du premier mariage.

La libéralité résiduelle impose au premier gratifié de transmettre ce qui restera des biens donnés ou légués à son décès à un second gratifié mais n'empêche pas l'obligation de conserver les biens.

Elle réalise une double libéralité, la seconde étant doublement conditionnelle puisqu'elle ne s'exécutera que tout autant que le second bénéficiaire survivra au premier et que les biens donnés ou légués se retrouveront dans le patrimoine du premier gratifié au moment de son décès.

Le premier gratifié peut donc disposer des biens reçus par acte entre vifs (soit à titre onéreux, soit à titre gratuit mais une clause de la libéralité peut le lui interdire: clause contraire possible), mais ne peut pas en disposer à cause de mort (par testament ou donation au dernier vivant) et sans possibilité de clause contraire.

La charge résultant d'une libéralité (graduelle ou résiduelle) n'est valable qu'au premier degré et permet au disposant de programmer sa succession sur deux générations. Si la charge a été stipulée au-delà du premier degré, elle demeure valable mais uniquement pour le premier degré.

En cas de prédécès du second gratifié ou de sa renonciation, l'article 1056 du code civil stipule que ces biens dépendent alors de la succession du grevé à moins que le disposant n'ait désigné un second gratifié de substitution ou qu'il n'ait expressément prévu qu'en cas de prédécès, les héritiers du second gratifié pourront eux-mêmes les appréhender.

La clause de substitution peut figurer aussi bien dans une donation que dans un testament.

Le choix du testament permettra de procéder à toutes les modifications souhaitées jusqu'au décès du disposant et ainsi de moduler le legs en fonction de l'évolution de la situation familiale, patrimoniale et personnelle des gratifiés.

Pour que la charge puisse s'exécuter il conviendra d'identifier clairement les biens qui en sont l'objet et d'assortir les obligations imposées au grevé de garanties spécifiques.

On mesure toute l'importance que revêt l'identification des biens grevés et des garanties mises en place pour l'exécution de la charge. En effet, en matière de libéralités graduelles, c'est l'ensemble des biens grevés qui devra revenir au second gratifié au décès du premier, alors qu'en présence d'une libéralité résiduelle il n'y a aucune obligation de conservation. Toutefois, la détermination du *residuum* ne se conçoit pas sans une détermination précise des biens reçus à l'origine par le grevé.

La loi de 2006 précise que lorsque les biens objets de la libéralité résiduelle ont été aliénés par le premier gratifié, les droits du second ne se reportent ni sur le produit de ces aliénations ni sur les nouveaux biens acquis, avec toutefois une mention particulière pour un portefeuille de valeurs mobilières: la libéralité produit également son effet, en cas d'aliénation, sur les valeurs mobilières qui y sont subrogées. Il est certain que le second bénéficiaire n'a droit qu'aux titres acquis en remploi des titres d'origine et non ceux acquis au moyen des revenus des titres donnés ou légués.

B) Donations graduelles et résiduelles et vulnérabilité

Les hypothèses (nombreuses) de la vulnérabilité ne nécessitent pas toutes la mise en place d'une mesure de protection juridique.

Le plus souvent, la problématique en la matière se résume en deux termes simples: assurer un logement décent à la personne vulnérable et lui procurer des revenus suffisants. Au-delà, l'idée de conservation des biens dans la famille et la programmation de la transmission des biens sur deux générations à l'initiative du donateur ou du testateur est aussi une préoccupation que rencontrent les praticiens. La volonté des parents de pérenniser la présence d'un bien dans le patrimoine de leur enfant vulnérable constitue également une préoccupation majeure.

La technique rénovée des libéralités graduelles et résiduelles peut en partie répondre à ces préoccupations. Le choix sera fait en fonction de l'analyse établie par le disposant avec l'aide de son conseil. La libéralité graduelle, plus contraignante pour le grevé, peut apparaître aussi plus rassurante pour le disposant qui aura la certitude que le bien donné ou légué sera conservé en nature, affecté à l'usage auquel il le destine et transmis selon ses volontés à un second bénéficiaire de son choix. La libéralité résiduelle offre plus de liberté au premier gratifié puisque seul le *residuum* sera transmis. Les critères du choix dépendront en grande partie de l'analyse de la situation de la personne à protéger, de la nature de sa vulnérabilité, de son autonomie et de l'évolution prévisible de son état dans l'avenir.

De telles libéralités pourront être mises en œuvre dans des situations très particulières, après examen détaillé de la situation patrimoniales et familiales des parties.

L'hypothèse la plus fréquente sera celle des couples ayant plusieurs enfants dont l'un est handicapé et par suite vulnérable. Il pourra alors être envisagé d'allotir cet enfant, sans postérité, d'un immeuble lui permettant de se loger ou de biens frugifères destinés à lui procurer des revenus, à charge pour lui de transmettre à son propre décès tout ou partie de ces biens à ses frères et sœurs. Il pourra aussi être tentant de donner à son enfant vulnérable mais qui ne nécessite pas de régime de protection (un handicap psychique, un problème de dépendance à l'alcool ou à la drogue...) un logement avec obligation de le conserver, sous forme de libéralité graduelle. Cette situation pourra rassurer les parents inquiets de la prodigalité de leur enfant.

Dans d'autres situations, on préférera une libéralité résiduelle qui permettra d'adapter le patrimoine de la personne vulnérable à sa situation personnelle. Il pourra être utile de permettre la possibilité de vendre le logement donné qui ne sera plus adapté à l'âge du donataire devenu âgé ou impotent.

A défaut de fratrie, le second bénéficiaire pourra être une association chargée d'assurer la prise en charge de personnes handicapées. Ce type de libéralité pourra être également utilisé par un époux pour protéger son conjoint d'un second mariage à charge pour ce dernier de conserver le bien qui reviendra à son décès aux enfants nés d'un premier mariage.

Des legs graduels ou résiduels pourront être envisagés entre frères et sœurs célibataires et partageant le même logement, notamment si l'un d'entre eux est handicapé.

2) Abattements et réductions

La loi TEPA a profondément modifié les règles en matière de donation et de succession

1°) Suppression des droits de succession entre époux et entre partenaires liés par un pacte civil de solidarité

Le conjoint survivant, ainsi que le partenaire lié au défunt par un PACS n'a plus de droits de succession à payer. Les reversions d'usufruit au profit du conjoint survivant sont aussi exonérées de droits.

Un abattement de 20% sur la valeur vénale de la résidence principale du partenaire du défunt est également pratiqué si, au moment du décès, la résidence est occupée par le partenaire survivant ou les enfants mineurs ou les majeurs protégés du défunt ou de son partenaire.

2°) En matière de donation

- Augmentation de l'abattement en ligne directe

Au profit des enfants: l'abattement est triplé, il est passé à 151 950 € (loi de finance 2008) tant en matière de donation que de succession.

Entre époux, il reste inchangé (76 988 €)

Pour les partenaires liés par un PACS, il est passé 76.988€ et le barème d'imposition a été aligné sur le barème entre époux (taxation par tranche).

- Donation en faveur des petits enfants: 30 390 €

- Donation en faveur des arrières petits enfants: 5 065 €

- Entre frère et sœur: l'abattement est passé à 15.195 € et sous certaines conditions il y a une exonération des droits de succession (à 3 conditions: vie commune pendant les 5 années précédent le décès; l'héritier doit être veuf, célibataire ou divorcé et âgé de plus de 50 ans ou atteint d'une infirmité)

- Pour les neveux et nièces: l'abattement est de 7 598 € tant en matière de donation que de succession (avant cet abattement n'était applicable qu'en cas de donation).

- L'héritier handicapé (physique ou mental) qui est empêché de travailler dans des conditions normales de rentabilité bénéficie d'un abattement de 151 950 € sur sa part et cet abattement peut se cumuler avec celui prévu en faveur notamment des parents en ligne directe et des frères et sœurs.

- Pour les autres cas : abattement est de 1 520 €.

- Les dons familiaux de sommes d'argent sont exonérés à hauteur de 30 390 € s'ils sont consentis en pleine propriété au profit d'un enfant, d'un petit-enfant, d'un arrière-petit-enfant ou si le donateur n'en a pas, d'un neveu ou d'une nièce à condition que le donateur soit âgé de moins de 65 ans au jour de la transmission et le donataire doit avoir 18 ans au moins ou émancipé au jour de la donation.

3°) Barème de l'usufruit (tableau)

Avec ces nouvelles règles fiscales, il est plus facile aujourd'hui d'envisager la transmission à un moindre coût, en prévoyant des donations graduelles ou résiduelles ou encore un démembrement de propriété (usufruit/nue propriété) :

Il s'agira de démembrer la pleine propriété entre les donataires, pour articler la donation entre les bénéficiaires, autour des droits qui la compose.

La pleine propriété se compose civilement de l'usufruit et de la nue propriété. L'usufruit est le droit d'user et de percevoir les fruits pendant toute la durée de l'usufruitier. La nue propriété est le droit de disposer de toutes les prérogatives de la pleine propriété à l'extinction de l'usufruit, c'est-à-dire au décès de l'usufruitier.

L'intérêt d'un tel démembrement sur le plan fiscal tient au fait que lors de l'extinction de l'usufruit par le décès de l'usufruitier, le nu propriétaire devient plein propriétaire sans avoir un quelconque droit de succession à acquitter, quelle que soit la valeur du bien au jour de l'extinction de l'usufruit.

L'intérêt civil se joint à l'intérêt fiscal pour faire de la transmission démembrée un merveilleux outil d'anticipation successorale.

Ainsi les parents peuvent faire donation à leurs enfants de la nue propriété de tout ou partie de leurs biens tout en s'en réservant l'usufruit pour en conserver les revenus. La taxation se fait sur la valeur de la nue propriété déterminée en fonction de leur âge sur la valeur des biens donné au jour de la donation.

L'application de ces principes répondent à la problématique de la présence d'un enfant incapable: On peut concevoir que les parents donnent à leur enfant handicapé ou incapable (E1) l'usufruit de certains biens pour lui assurer des revenus et à leur enfant (capable) (E2) la nue propriété desdits biens. De son vivant, E1 profitera des revenus et à son décès les biens seront transmis à E2 sans fiscalité.

L'avantage est qu'il y a un contrôle des pouvoirs respectifs de chacun. L'usufruitier ne peut vendre sans le consentement du nu propriétaire et vice-versa. Autre avantage : les charges de l'usufruitier sont limitées aux seules charges d'entretien (grosses réparations à la charge du nu propriétaire).

B) LE MANDAT A EFFET POSTHUME

1) La technique

L'un des apports de la loi du 23 juin 2006 est de faciliter le recours au service d'un mandataire pour gérer ou administrer la succession dans l'intérêt des héritiers. Le mandataire pourra être désigné à l'avance par le futur défunt: c'est le mandat à effet posthume.

Toute personne peut désigner, sous certaines conditions, un ou plusieurs mandataires (personnes physiques ou morales) qui seront chargées après son décès d'administrer tout ou partie du patrimoine successoral pour le compte et dans l'intérêt d'un ou plusieurs héritiers désignés.

Un tel mandat prive l'héritier du droit d'administrer ses biens. Il doit donc être justifié par un intérêt sérieux et légitime au regard, soit de la personne de l'héritier (incapable), soit du patrimoine successoral. Cet intérêt doit être précisément motivé et doit durer tout au long du mandat. S'il cesse le mandat pourra être révoqué.

Le mandataire (qui peut être un héritier) doit jouir de la pleine capacité civile.

Le mandat doit être donné par acte notarié, l'acceptation du mandataire devant intervenir avant le décès du mandant.

Avant le décès du mandant, le mandant et le mandataire peuvent renoncer au mandat après avoir notifié leur décision à l'autre partie.

Le mandat est donné pour deux ans (ou pour une durée maximale de 5 ans) et peut être prorogé une ou plusieurs fois par le juge à la demande du mandataire ou d'un héritier.

Comme il a été précisé, le mandataire administre ou gère tout ou partie de la succession pour le compte et dans l'intérêt d'un ou plusieurs héritiers identifiés. A cet effet le mandataire a le pouvoir d'effectuer les actes conservatoires et d'administration mais pas les actes de disposition. Il doit rendre compte de sa gestion aux héritiers.

Le mandat est gratuit sauf si la rémunération a été spécialement prévue au contrat.

Le mandat prend fin automatiquement:

- à l'arrivée du terme prévue
- par la renonciation du mandataire
- par la conclusion d'un mandat conventionnel entre les héritiers et le mandataire titulaire du mandat à effet posthume
- par l'aliénation par les héritiers des biens mentionnés dans le mandat
- par le décès ou la mise sous mesure de protection du mandataire personne physique, ou la dissolution du mandataire personne morale
- par le décès de l'héritier intéressé ou, en cas de mesure de protection, par décision du juge des tutelles de mettre fin au mandat.
- par révocation en justice par un des héritiers au nom pour le compte desquels le mandat a été prévu, soit pour disparition de l'intérêt sérieux et légitime, soit pour mauvaise exécution du mandat.

2) Le mandat à effet posthume au regard du régime des incapacités

Au regard de la protection et des nouvelles figures juridiques instaurées par la loi du 5 mars 2007, il faut souligner la mise entre parenthèse des droits des majeurs protégés dans le cadre de la succession:

- Sauvegarde de justice

Actuellement, dans le cadre d'une succession, la personne sous sauvegarde de justice, capable, intervient directement dans la succession (sauf constitution d'un mandataire à cet effet). Dans le cadre de la loi du 5 mars 2007, elle conserve sa capacité et si elle a donné un mandat à une personne dans le cadre de la succession, cette dernière se trouvera aussi sans pouvoir de gestion et d'administration quand elle sera confrontée à un mandataire posthume.

Mais la loi du 5 mars 2007 permet au juge de conférer au mandataire spécial d'accomplir des actes de dispositions. Dans ce cas, le mandataire spécial retrouvera sa mission pour intervenir dans le cadre des actes de disposition pour lesquels il aura reçu une autorisation préalable du juge.

Le mandataire posthume rendra des comptes au mandataire conventionnel, au majeur lui-même et au juge.

- Curatelle

Actuellement le curateur ne peut faire que des actes de gestion et d'administration (sauf curatelle renforcée); il intervient au côté du curatelaire pour les actes de disposition.

La loi du 5 mars 2007 peut lui permettre d'être nanti de pouvoirs plus étendus en accomplissant seul des actes de disposition avec l'autorisation du juge.

Dans le cadre de la succession avec un mandat posthume, le curatelaire et le curateur sont représentés par le mandataire et sont dessaisis de leurs droits dans la gestion et l'administration de la succession.

Le mandataire rendra ses comptes tant au curatelaire qu'au curateur et au juge des tutelles.

- Tutelle

Le tuteur représente le tuteur dans tous les actes et peut faire des actes de disposition avec l'autorisation du juge des tutelles.

Dès lors qu'il existe un mandataire posthume, la même règle s'applique: le tuteur n'intervient plus pour les actes d'administration des biens de la succession. Il recevra seul et directement du mandataire posthume les comptes de gestion.

- Le mandat de protection future

Le mandataire accomplit les actes d'administration. C'est donc lui, dans le cadre d'une succession où le mandant de protection future se trouve être héritier, qui sera confronté au mandataire posthume et dessaisi de ses droits en présence de ce dernier. Il ne pourra exercer sa mission sauf au moment de la reddition des comptes qui lui seront remis. Il aura alors une mission de contrôle.

Le mandataire posthume ne peut accomplir seul aucun acte de disposition. C'est ici que les droits de tous les héritiers reprennent leur place. S'ils sont placés sous une mesure de protection, l'empire de la loi actuelle et future sur la protection des personnes protégées reprend ses droits.

Les mesures de protection du patrimoine sont donc variées et elles peuvent également être regardées du point de vue des parents de la personne incapable, en prévoyant une augmentation de leurs droits (par une donation entre époux, la conclusion d'une convention de quasi-usufruit facilitant la gestion par le conjoint survivant, les mandats à effet posthume et de protection future ou encore le changement de régime matrimonial). Et les donations (quelles soient démembrées usufruit/nu propriété, résiduelles ou graduelles) restent des outils essentiels pour la transmission du patrimoine.

Aucun des mécanismes existants ne mérite d'être considéré comme une panacée. Au contraire, chacun doit être apprécié, en fonction des contraintes spécifiques de chaque situation. Compte tenu de l'extrême mobilité des normes civiles ou fiscales, l'assistance de professionnels, tant dans l'élaboration des principes que dans leur mise en œuvre apparaît indispensable. Le notariat a l'ambition d'être à vos côtés pour cela.

3. L'Épargne handicap et la rente-survie

A / L'Épargne handicap

L'Épargne handicap est un contrat d'assurance vie destiné aux personnes handicapées. D'une durée au moins égale à six ans, il peut être souscrit par une personne en mesure de justifier qu'elle est atteinte de handicap (notification MADPH), en âge de travailler, mais l'empêchant d'exercer une activité professionnelle dans des conditions normales de rentabilité et qui n'a pas encore obtenu le calcul, en vue du versement, de ses droits à la retraite.

Un des intérêts de ce contrat ce sont les avantages fiscaux qui y sont attachés sans réduction importante des aides publiques (voir ci-après).

Ce contrat permet aux personnes de se constituer ou de valoriser un capital, puis éventuellement d'en tirer des revenus ou une rente.

Le capital est garanti si l'argent est placé dans un actif en euros. Pour les sommes investies dans d'autres types de supports (SICAV), il n'y a pas de garantie en capital.

L'argent est disponible ; pour autant, pour ne pas perdre les avantages liés aux réductions d'impôts à l'entrée, il faut conserver le contrat au moins six ans.

Le contrat peut rapporter des fonds, tout dépend du support financier sur lequel il est placé.

La règle fiscale est la suivante : le souscripteur bénéficie d'une réduction d'impôt égale à 25% des versements pris en compte à hauteur de 1525 euros maximum, plus 300 euros par enfant à charge.

Par la suite, seul l'argent que l'on sort du contrat est soumis à l'impôt. Sur le taux d'imposition, des abattements annuels sur les intérêts sont appliqués : 4600 euros pour une personne seule ou 9200 euros pour un couple.

L'impact de l'Épargne handicap sur l'aide sociale :

Contrairement aux autres placements, l'épargne handicap ne réduit pas les aides de la collectivité.

Les intérêts perçus ne sont pas pris en compte dans les revenus, ni récupérés par l'aide sociale.

Ainsi, pour les bénéficiaires de l'AAH, les rentes viagères versées n'ont pas d'incidence sur le montant de l'allocation en dessous d'un plafond de 1830 €.

Exemple : une personne percevant 1500 € de revenus boursiers verrait son AAH diminuée du fait de cette ressource. La même personne bénéficiant de 1500 € de rente épargne handicap conserverait son AAH sans aucune diminution.

Par contre elles seront prises en compte pour le calcul de l'allocation spéciale vieillesse.

B / La rente-survie

La rente-survie est un contrat assurance-décès, qui est souscrit par les parents au bénéfice d'un enfant ou d'un adulte dont le handicap l'empêche de se livrer à une activité dans des conditions normales de rentabilité, en vue de lui garantir le versement d'un capital ou d'une rente viagère, en cas de décès des parents.

La réduction d'impôt est accordée au signataire du contrat, s'il est parent du bénéficiaire soit :

- en ligne directe descendante (parent, grand-parent, arrière grand-parent)
- en ligne directe ascendante (enfant, petit-enfant, arrière petit-enfant)
- en ligne collatérale jusqu'au 3ème degré (frères et sœurs, oncle/tante et neveu/nièce)

De plus, la réduction est étendue au contribuable, qu'il soit parent éloigné, ou qu'il soit sans lien de parenté avec le bénéficiaire du contrat de rente-survie, lorsque ce dernier :

- vit sous son toit de façon permanente,
 - est fiscalement à sa charge,
 - et est titulaire de la carte d'invalidité
- (les trois conditions étant cumulatives).

Pour plus d'informations sur ces assurances, vous pouvez vous rendre sur le site www.service-public.fr dans la zone recherche en tapant « réduction d'impôt : rente-survie ; épargne-handicap ».