

Familles recomposées, vieillissement de la population, dépendance, tutelles...

Conférence n°3

Ont participé à la conférence :

Frédéric PETIT, Notaire à Taverny (95), Membre du conseil d'administration de l'Institut Notarial du Patrimoine et de la Famille, Chargé d'enseignement à l'Université de Paris XII et Lyon 3

Marie-Eve JOEL, Professeur des Universités, Leda-Legos Université Paris Dauphine

Sylvie LEROND, Avocat, Responsable du Service droit du Patrimoine de CMS Bureau Francis Lefebvre, Membre de l'Association Française des Avocats Conseils d'Entreprises (ACE), Membre de l'institut des Avocats Conseils Fiscaux (IACF)

Stéphane BERRE, Docteur en droit, Chargé d'enseignements et de recherche à la Faculté de droit de l'Université Jean-Moulin Lyon 3, Diplômé supérieur de notariat

La conférence a été animée par Thierry BOGATY, Rédacteur en Chef d'Investir Magazine.

I. Introduction

Thierry BOGATY

Je vous souhaite la bienvenue à cette troisième conférence organisée dans le cadre de la 17^{ème} édition de Patrimonia. Aujourd'hui en France, les personnes âgées de plus de 60 ans sont plus nombreuses que celles qui ont moins de 20 ans, ce qui n'est pas le cas au sein des pays en forte croissance. La France, de plus, compte plus de 1,3 million de personnes âgées de plus de 85 ans. Pour adresser cette population, il convient de mettre en place des outils financiers, juridiques et patrimoniaux nouveaux.

Pour débattre de ces problématiques, j'ai le plaisir d'accueillir :

- Frédéric PETIT, Notaire à Taverny (95), Membre du conseil d'administration de l'Institut Notarial du Patrimoine et de la Famille, Chargé d'enseignement à l'Université de Paris XII et Lyon 3 ;
- Marie-Eve JOEL, Professeur des Universités, Leda-Legos Université Paris Dauphine ;
- Sylvie LEROND, Avocat, Responsable du Service droit du Patrimoine de CMS Bureau Francis Lefebvre, Membre de l'Association Française des Avocats Conseils d'Entreprises (ACE), Membre de l'institut des Avocats Conseils Fiscaux (IACF) ;

- Stéphane BERRE, Docteur en droit, Chargé d'enseignements et de recherche à la Faculté de droit de l'Université Jean-Moulin Lyon 3, Diplômé supérieur de notariat.

II. Composantes sociologiques du vieillissement

Marie-Eve JOEL

Actuellement, la France accueille 1,3 million de personnes âgées de plus de 85 ans en France, âge auquel le risque de dépendance survient. De 628 000 à 850 000 personnes sont en fort état de dépendance, mobilisant environ 21 milliards d'euros de dépenses publiques. Ces dernières sont prises en charge :

- par l'Assurance Maladie, à travers le financement des établissements médico-sociaux ;
- par les départements, à travers le financement de l'APA, complété par la CNSA, la CNAF et la CNAV.

En 2040, la France devrait compter de 1,4 à 1,6 million de personnes dépendantes, essentiellement à domicile. Leur prise en charge devrait, selon les estimations, représenter de 1 à 2 % du PIB.

Le 5^{ème} risque, attendu pour 2011, a donné lieu à l'élaboration de deux scénarii. Le premier d'entre eux, esquissé dans le rapport 2007 de la CNSA, plaide pour :

- la création d'un « droit universel de compensation pour l'autonomie » ;
- le financement collectif de ce dernier, sur la base d'une évaluation préalable ;
- la convergence entre les systèmes de prise en charge des personnes âgées et des personnes handicapées, sachant que la France est l'un des seuls pays tenant compte d'un critère d'âge ;
- l'apport, par les conseils généraux, de réponses et la réduction, par la CNSA, des inégalités départementales.

Le second scénario, proposé par le Sénat en 2008, met en avant le rôle de l'assurance privée dans la prise en charge des personnes âgées dépendantes. Il plaide également pour la mise en œuvre d'une forme de gage patrimonial. Ainsi, l'Etat pourrait récupérer 20 000 euros sur la succession des personnes souhaitant percevoir l'APA à taux plein et disposant d'un patrimoine excédant 150 000 euros. Dans les faits, la solution esquissée par le Sénat, compte-tenu de l'état des finances publiques, devrait prévaloir.

Par ailleurs, la famille est le premier financeur de la dépendance. Selon le Sénat, elle y contribue à hauteur de 7 milliards d'euros. Cette somme se décompose comme suit :

- frais d'hébergement en EPAD : 5,7 milliards d'euros ;
- ticket modérateur de l'APA à domicile ou en hébergement : 1,3 milliard d'euros.

Au-delà, la famille apporte également un support pouvant dépasser le seul plan d'aide financé par l'APA. Ce dernier, en effet, est activé après évaluation de la situation de la personne âgée à son

domicile et est soumis à l'approbation des départements, qui ne sont pas dans l'obligation de le financer intégralement.

Selon le rapport du Sénat, le « reste à charge moyen » s'établit, toutes institutions confondues, à 1 600 euros. De fait, 80 % des personnes hébergées en EPAD perçoivent des revenus inférieurs à leurs frais d'hébergement. En parallèle, la prise en charge publique du maintien à domicile, représente 30 à 50 % du coût moyen associé.

Depuis quelques années quoi qu'il en soit, la collectivité a pris conscience de l'importance des familles dans la prise en charge de la dépendance. L'aidant, qualifié indifféremment de naturel, d'informel ou de familial, apporte aux personnes dépendantes une contribution financière et une contribution en nature. Or cette dernière est délicate à estimer. En effet, convient-il de la calculer en fonction du coût de remplacement ou du coût d'opportunité ? En moyenne, 3,2 millions de personnes sont aidées par un professionnel et par un proche. 3,7 millions d'aidants non professionnels sont recensés, dont 66 % de femmes. Pour information, 70 % hommes des hommes dépendants sont aidés par leurs épouses, contre 30 % de ces dernières.

En moyenne, le conjoint aidant est âgé de 70 ans. Pour sa part, l'enfant aidant est âgé, en moyenne, de 51 ans.

L'aidant informel, s'il s'agit d'un conjoint, s'occupe plutôt des tâches ménagères et personnelles. S'il s'agit d'un enfant, il apporte plutôt une aide administrative et économique. Selon une estimation européenne, 75 % des aidants consacrent, chaque semaine, 20 heures à la personne dont ils s'occupent. L'aidant actif, en règle générale, conserve son travail. Aussi aménage-t-il ses horaires ou accepte-t-il une baisse de salaire, apportant son support durant son temps libre.

Par ailleurs, les difficultés des familles de personnes dépendantes commencent à être connues. Ainsi, l'APA est insuffisante. Les derniers rapports portant sur la situation des départements démontrent que la situation se détériore. En parallèle, la contribution de la CNSA se réduit et le reste à charge n'est pas forcément très bien réparti.

Le conjoint non dépendant, pour sa part, se trouve dans une position délicate. De plus, nombre d'études ont dénoncé le malheur des classes moyennes, trop riches pour bénéficier d'aides et pas assez fortunées pour bénéficier d'exonérations fiscales.

Au-delà de ce que les différents rapports disponibles dénoncent, force est de constater que les familles sont confrontées à un véritable problème de gestion, lequel est largement sous-estimé. Ainsi, elles doivent faire appel à des professionnels qui se succèdent. Elles doivent, très rapidement, gérer du personnel soignant et trouver la trésorerie associée, sur une longue période et dans un univers complexe, marqué par des législations compliquées et des dispositifs de coordination publics peu efficaces.

La gestion de cette période difficile repose sur :

- **la personne âgée dépendante**

Cette dernière n'est pas toujours capable d'assumer cette responsabilité. Parfois, elle ne souhaite pas déléguer à ses enfants sa prise en charge.

- **les professionnels médico-sociaux**

Ce ne sont pas des spécialistes de la gestion.

Vue de l'extérieur, la situation relève d'une triple rationalité. La première renvoie à la rationalité de la lignée, de la transmission et de l'héritage. A titre d'exemple, la belle-fille dédiée à son beau-père ou à sa belle-mère, le jour de la succession, est totalement laissée de côté. La seconde renvoie aux affinités électives qui existent au sein de l'ensemble des familles. Ainsi, s'organisent des dons et des « contre-dons ». La troisième renvoie à ce que les anthropologues appellent la « maisonnée ». L'existence d'une personne dépendante au sein d'une famille peut créer, entre certains de ses membres, une cohésion qui fonde une mutualisation volontaire des ressources.

Ces trois logiques économiques, qui ne sont pas de même nature et qui fonctionnent en parallèle, complexifient la situation.

En matière de dépendance, la maladie d'Alzheimer revêt un caractère très spécifique. Les familles y étant confrontées sont souvent démunies face à cette dernière. A cet égard, elles doivent « passer en premier » dans la gestion de la dépendance. En outre, la maltraitance financière n'est pas un phénomène à négliger, les personnes âgées pouvant se faire voler sous des formes très différentes (abus de faiblesse, surfacturation de services etc.).

Pour gérer correctement la dépendance à domicile, les professionnels de la gestion doivent avoir des connaissances sur les « embuches » associées à la gestion familiales, ainsi que sur les maladies dégénératives. Ils doivent mener une action préventive, en matière de maltraitance. C'est d'autant plus difficile que l'univers est, en la manière, plus qu'incertain.

Thierry BOGATY

Je vous remercie pour cette intervention passionnante. Je laisse la parole à Stéphane Berre, qui va faire état de la prise en compte de la dépendance dans le droit.

III. Protection de la personne sous mesure judiciaire

Stéphane BERRE

La population française vieillit aujourd'hui de manière indiscutable. Quelles sont, en conséquence, les modalités de prise en charge de cette évolution par le droit ?

Pour rappel, la loi de mars 2007 a induit un certain nombre de réformes. En droit, il n'était pas possible de se fonder sur un critère lié à l'âge, pour rattacher une personne au risque de dépendance. En conséquence, toute la difficulté a été d'identifier un critère de déclenchement de mesures de protection, sans qu'il ait un caractère discriminatoire. Le critère retenu a été celui de la dépendance, laquelle n'est pas le seul fait des personnes âgées. En effet, elle peut être économique, intellectuelle (maladies neuro-dégénératives par exemple) ou encore physique (perte d'autonomie). De fait, le droit prend en compte, au-delà de l'âge, les personnes dépendantes. Ainsi, aucune mesure légale n'est spécifiquement dédiée aux personnes âgées.

Comme vous le savez, le régime de la protection des majeurs a été réformé par la loi de mars 2007, qui est entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2009. Cette dernière a « modernisé » le cadre juridique de la protection des majeurs, sans pour autant remettre en cause l'architecture mise en place par la loi de 1968. Ainsi, à côté de la mesure « de sauvegarde de justice », à caractère temporaire, ont été conservés :

- **le régime de la curatelle**

La curatelle, mesure de protection intermédiaire, permet à la personne vulnérable de conserver partiellement ses capacités juridiques. Il s'agit d'un régime d'assistance de la personne par son curateur.

- **le régime de la tutelle**

Il concerne les personnes dont les facultés intellectuelles sont les plus gravement atteintes. La personne âgée est représentée par son tuteur.

En réalité, la nouveauté réside dans l'esprit de la réforme de 2007. La personne vulnérable, en 2010, n'est plus l'aliénée ou l'incapable qui était protégée en 1968. Statistiquement, elle est souvent âgée et dépendante, a une vie familiale et sociale et a eu une vie professionnelle. Ce sont autant d'éléments que le législateur a pris en compte pour définir le nouveau régime associé aux mesures de protection que sont la curatelle et la tutelle.

Quelles sont les nouveautés issues de la loi de mars 2007 ? Quelles sont les dispositions qui peuvent répondre aux questions des aidants, ainsi qu'aux interrogations des personnes âgées elles-mêmes ?

La loi de mars 2007 a cherché à « dédramatiser » les notions de curatelle ou de tutelle, bien que ces dernières demeurent lourdes de sens et continuent à faire l'objet d'une publicité sur les registres d'Etat Civil, ce qui peut créer une peur du « quand dira-t-on ». Néanmoins, elle apporte un certain nombre d'éléments qui permettent, encore une fois, de mieux faire accepter la mise en place d'une mesure de curatelle ou de tutelle. Ainsi, elle a essayé de trouver un équilibre entre deux objectifs qui peuvent sembler contradictoire :

- la nécessaire préservation de l'autonomie de la personne âgée vulnérable, qui doit pouvoir s'exprimer et participer aux décisions la concernant ;
- l'efficacité de la mesure de protection.

Pourquoi ouvrir une mesure de tutelle ? La loi de mars 2007 a réaffirmé, de manière très nette, trois principes fondamentaux qui existaient déjà dans le droit antérieur :

- **le principe de nécessité**

Une mesure de tutelle ou de curatelle ne peut être ouverte que s'il est établi, par un certificat médical, que les facultés intellectuelles de la personne visée sont altérées. Cette disposition est supposée mettre fin à toute mesure de tutelle qui concernerait une personne ayant toutes ses facultés intellectuelles, mais qui se trouverait dans une difficulté économique et sociale. Par ailleurs, les mesures de tutelle sont aujourd'hui ouvertes pour une période donnée, d'une durée

de 5 ans en général. Si rien n'est fait à l'expiration de celle-ci, la personne qui était placée sous tutelle ne l'est plus. Aussi convient-il de veiller à s'acquitter des formalités nécessaires au renouvellement de cette mesure, afin qu'elle arrive à son terme.

- **le principe de subsidiarité**

Une mesure de tutelle ou de curatelle ne sera ouverte que s'il n'existe aucune solution de protection alternative.

- **le principe de proportionnalité**

Le juge peut moduler l'étendue de l'incapacité en fonction de l'état de la personne considérée.

Comment la tutelle s'organise-t-elle ? Comment peut-elle s'anticiper ? Une personne majeure peut désormais, par anticipation, désigner celui ou ceux qui lui serviront de protection, le jour où elle sera en situation d'incapacité. Cette mesure se rapproche du mandat de protection future.

Dans quelle mesure l'autonomie de la personne âgée est-elle prise en compte, dans le fonctionnement du régime de tutelle ou de curatelle ? Les mesures de curatelle ou de tutelle ne sont plus, comme par le passé, un couperet. Après ouverture d'une mesure de protection, il demeure possible d'adapter la situation patrimoniale de la personne protégée. Dans un certain nombre de cas, la personne protégée peut elle-même prendre l'initiative de certains actes, avec l'autorisation du juge des tutelles. C'est notamment le cas en matière de transmission du patrimoine, de donation, de souscription de contrats d'assurance-vie ou de changement de régime matrimonial. Dans ce cadre, le tuteur est totalement écarté. Le contrôle du juge des tutelles est, à cet effet, très important, puisqu'il permet de veiller aux intérêts de la personne protégée. Il n'en demeure pas moins que les dispositions présentées ne seront réellement efficaces que si la personne vulnérable accepte sa mise sous tutelle et que si elle a conservé une partie de ses facultés.

IV. Mandat de protection future

1. Caractéristiques du mandat de protection future

Sylvie LEROND

La loi du 5 mars 2007 offre aux personnes à protéger une alternative entre les régimes de protection légaux exposés par Stéphane Berre et le mandat de protection future. Ce dernier leur permet d'organiser leur régime de protection par anticipation.

Que devons-nous conseiller à ceux de nos clients qui s'interrogent sur les mesures à prendre lorsqu'ils ne pourront plus pourvoir seuls à leurs intérêts ? N'avons-nous pas le devoir de les préparer au jour où ils se trouveront en situation de dépendance ? Mon exposé sera limité au mandat de protection future pour soi-même. Il fera fi du mandat de protection future pour autrui.

Pour information, toute personne majeure ou mineure émancipée peut donner un mandat de protection future, destiné à couvrir une situation dans laquelle elle ne pourrait, ses facultés corporelles ou mentales étant affectées, exprimer sa volonté. Le mandataire peut être un proche, un

avocat, un notaire, un conseiller patrimonial etc. Il peut également s'agir d'une personne morale. Dans ce cas toutefois, le dispositif est extrêmement encadré, la loi de mars 2007 ayant uniformisé le cadre régissant les professions associées. Aujourd'hui en conséquence, il n'existe plus qu'une unique profession, à savoir celle de mandataire judiciaire à la protection des majeurs. De fait, le mandataire « personne morale » est forcément inscrit sur une liste.

Par ailleurs, il est possible de donner un mandat notarié ou un mandat sous seing-privé. Ce dernier peut être « pur » ou contresigné par un avocat. Le premier ne laisse aucune liberté de rédaction, devant être rédigé conformément à un modèle établi par décret. Le second, pour sa part, offre la possibilité d'opter pour la rédaction de son choix. En la matière, l'acte notarié doit être privilégié, puisqu'il :

- **offre au mandataire un champ d'intervention plus important**

Il peut rédiger tout type d'actes, sauf les actes à titre gratuit. Dans le cas d'un mandat sous-seing privé, le mandataire ne peut être à l'origine d'un acte de disposition, devant saisir, pour cela, le juge des tutelles.

- **emporte des modalités de contrôle plus importantes**

Les textes relatifs au mandat de protection future prévoient, dans le régime général, la réalisation d'un inventaire, qui sera ensuite actualisé régulièrement, lors de la mise en œuvre du dit mandat. S'ensuit une procédure de reddition de comptes annuelle. Dans le cadre du mandat notarié, la loi stipule que le mandataire doit rendre des comptes au notaire qui a établi le mandat de protection future, en lui *adressant « les comptes annuels auxquels sont annexées toutes pièces justificatives »*. Le notaire doit également saisir le juge des tutelles de « *tout mouvement de fond et de tout acte non justifié ou n'apparaissant pas conforme aux stipulations du mandat de protection future* ».

Par ailleurs, le mandat de protection future prend effet lorsqu'il est établi que le mandant ne peut plus pourvoir seul à ses intérêts. Pour cela, un certificat médical doit être établi par un médecin agréé. Le mandataire, muni de ce document et du mandat de protection future, doit alors le déposer au greffe du Tribunal d'Instance.

La loi prévoit également un certain nombre de cas mettant fin au mandat, à savoir :

- le décès ou l'amélioration de la santé de la personne visée ;
- la mise en œuvre d'un régime de tutelle ou de curatelle.

Enfin, existent des cas de révocation, qui seront explicités par la suite.

2. Comparaison entre le mandat de protection future et le régime de protection judiciaire

Le dispositif régissant le mandat de protection future confère au juge des tutelles une place importante. Toutefois, la saisie de celui-ci n'est pas automatique. En effet, il n'intervient jamais de manière spontanée, ce qui marque une différence notable avec le régime de protection judiciaire.

Le mandat de protection future suit une logique fondée sur la confiance en l'individu et en sa volonté individuelle. Dans ce schéma, il est estimé que ce dernier est le plus à même de prendre les

mesures nécessaire à sa propre protection, lorsqu'il ne sera plus en capacité de veiller à ses intérêts. A l'inverse, les régimes de tutelle et de curatelle laissent au juge des tutelles le soin de prendre toutes les décisions.

De fait, l'idée portée par le mandat de protection future est très séduisante. Cela étant, ne risque-t-elle pas, dans les faits, d'être une forme de leurre ? Ainsi, la personne désignée par un individu à l'âge de 50 ans sera-t-elle toujours, 25 ans plus tard, la plus compétente et la plus impartiale ? Les besoins envisagés à l'âge de 50 ans sont-ils toujours pertinents, au moment de la mise en place du mandat de protection future ? Le juge des tutelles, en analysant une situation de manière impartiale, n'est-il pas le plus à même de protéger les intérêts de la personne affaiblie ? La volonté privée offre-t-elle les mêmes garanties que les régimes légaux de protection ?

De fait, le mandat de protection future porte un certain nombre d'incertitudes. Il ne prive pas le mandant de sa capacité. Lorsqu'il prend effet ainsi, il octroie au mandataire un certain nombre de pouvoirs. Pour autant, le mandant reste capable. Pour information au-delà, les avis des spécialistes et des professionnels divergent, concernant la capacité du mandant. Il est regrettable que la loi n'apporte aucune réponse à ces interrogations. De la même manière, il est difficile de savoir si un mandataire « protection future » a la possibilité d'exercer le droit de vote de son mandant au sein des sociétés commerciales auxquels il est rattaché. Le mandat de protection future peut-il primer sur le droit général régissant la représentation en matière de société ? Il apparaît indispensable que la loi réponde définitivement à cette interrogation.

La prise d'effet du mandat de protection future est beaucoup moins « protectrice » que celle associée aux régimes de tutelle ou de curatelle. A titre d'exemple, le certificat médical doit être, dans le cadre de ces derniers, circonstancié. Dans un mandat de protection future, il n'a pas à l'être. Il est simplement réalisé à la demande du mandataire, lequel doit le déposer au greffe du Tribunal d'Instance. Dans ce schéma, le juge n'intervient pas. De surcroît, il n'auditionne pas la personne à protéger. Cela étant, le mandat de protection future présente, à ce titre, l'avantage d'être moins pesant psychologiquement que le régime de curatelle ou de tutelle.

Par ailleurs, un individu pensant qu'il va être protégé par un mandat de protection future peut se trouver placé sous un régime de protection judiciaire. En effet, le juge ne peut pas donner suite à une demande de mise sous tutelle ou curatelle, s'il sait que la personne concernée a établi un mandat de protection future. Encore faut-il qu'il le sache, puisque le mandat de protection future ne fait l'objet d'aucune publicité, reposant sur une simple déclaration à un greffe. En outre, le juge peut également révoquer un mandat de protection future s'il estime qu'il n'est pas suffisamment protecteur. Il lui substitue alors un régime de protection légal.

Pour information, le mandat de protection future ne fonctionne pas lorsque le mandant, marié, vit avec son conjoint et qu'il est, à ce titre, suffisamment protégé par les règles associées aux régimes matrimoniaux. Si le mandant considère que son conjoint n'est pas à même de protéger ses intérêts, il peut désigner, par avance, son futur curateur ou tuteur. Dans ce schéma, le juge n'a d'autre choix que de l'accepter.

En conclusion, le mandat de protection future est un régime très souple, fondé sur un contrat et la volonté individuelle, quand le régime de protection légal est plus strict. Pour arbitrer entre ces deux voies, il est indispensable d'en comprendre les tenants et les aboutissants.

Thierry BOGATY

Je vous remercie pour cette intervention.

V. Transmission et protection, réversibilité des contrats**Frédéric PETIT**

L'allongement de la durée de vie conduit les conseillers en patrimoine de tout bord à porter sur les libéralités un regard neuf. Un double constat milite en ce sens.

- Les transmissions étant « retardées », il nous faut appréhender une évolution de la famille « complexifiée ».
- L'individu étant appelé à vivre encore longtemps après la transmission, la libéralité doit être à la fois réversible et sur mesure.

Dans quelle mesure les libéralités peuvent-elles être adaptées à une situation familiale complexifiée ? L'établissement d'une libéralité ne peut plus se limiter à une vision « étriquée » de la famille, réduite à un rapport bilatéral entre parents et enfants. Pour rappel, ce sont davantage les petits enfants que les enfants, les neveux et nièces que les frères et sœurs qui vont être dans le besoin au moment de la transmission. Ce labyrinthe familial peut nous conduire dans une impasse, notamment lorsque l'enfant est sans postérité ou lorsqu'il faut prendre en compte des familles recomposées.

Si le loup « rôde » dans les contes pour enfants, ici, c'est la réserve héréditaire qui « rôde ». La loi du 23 juin 2006, qui a porté réforme des successions et libéralités et qui s'est enquis des conséquences de l'allongement de la durée de vie, a mis en place des outils répondant aux problématiques posées. Parmi ces dernières, citons celle qui est relative aux transmissions transgénérationnelles, lesquelles peuvent être envisagées du vivant du donateur ou au moment de son décès.

Du vivant du donateur, il s'agit, bien souvent, de transmettre à des petits-enfants une somme d'argent, ce qu'il sera aisé de faire sous la forme d'un don manuel, enregistré fiscalement. Fréquemment, les personnes oublient que « *donner un bien, c'est donner un rendez-vous* », comme le disait Frédéric Lucet. Un don manuel est une donation, dont il conviendra de tenir compte au moment de la succession. Elle va s'imputer sur la quotité disponible et venir, en cela, diminuer les droits du conjoint survivant. Elle devra être revalorisée au moment du décès, ce qui fera courir des risques de restitution. Ces derniers sont même aggravés lorsque les grands-parents donateurs sont mariés sous le régime de la communauté universelle avec attribution intégrale.

Que faire face à cela ? C'est ici que la loi du 23 juin 2006 vous offre un outil formidable : la donation « partage transgénérationnelle ». Elle permet d'allotir les enfants, ce qui n'est pas une nouveauté, mais également les petits-enfants, voire exclusivement les petits-enfants. D'un point de vue liquidatif, l'on raisonne ici en termes de « souche », dans le sens où tout ce qui aura été donné à ces derniers va s'imputer sur la réserve des enfants eux-mêmes. Les valeurs vont rester figées au moment de l'acte, ce qui permet d'éviter tout risque de restitution. Ce schéma, qui plus est, peut

être optimisé fiscalement en étant combiné avec un mécanisme de démembrement successif. Ainsi, le grand-père peut donner la nue-propriété aux petits-enfants, se réserver l'usufruit et prévoir un usufruit successif au profit des enfants.

Quid des dons manuels effectués par le passé ? Ils peuvent être incorporés à une donation « partage transgénérationnelle » effectuée à date.

Les mécanismes de transmission transgénérationnelle peuvent également être mis en place au moment du décès, par le truchement des renonciations, en matière d'assurance-vie par exemple. Si le premier bénéficiaire n'accepte pas la « clause », elle est proposée au second bénéficiaire. Si l'usufruitier n'accepte pas la « clause », elle est proposée au nu-propriétaire.

Par le jeu des renonciations, il est également possible de :

- prévoir, au moment du décès, une clause bénéficiaire démembrée qui n'avait pas été inscrite en amont ;
- de renoncer à une succession en tant que telle.

Si ce n'est pas une nouveauté, la loi du 23 juin 2006 permet de représenter un renonçant. Si les enfants renoncent à la succession en conséquence, tout « passe » aux petits enfants. L'on a donc, en lieu et place de deux transmissions, une transmission directe.

Néanmoins, la situation familiale peut être complexe, marquée par :

- l'absence d'enfants ou de petits-enfants ;
- l'incapacité ;
- la recomposition familiale.

Cette complexité peut parfois conduire le stipulant à vouloir « téléguidé » la transmission au profit de deux bénéficiaires successifs :

- son enfant handicapé, puis son frère par exemple ;
- sa seconde épouse, puis ses enfants issus d'une précédente union par exemple.

Les libéralités résiduelles et graduelles répondent à cet objectif. La libéralité graduelle impose à un premier bénéficiaire de conserver des biens, pour être certains qu'ils reviendront à un second bénéficiaire, qui est la véritable cible de la transmission. Pour sa part, la libéralité résiduelle confère au premier bénéficiaire le plus de pouvoirs possible. Ce n'est que ce qui restera au moment du décès qui reviendra au second bénéficiaires.

Ces deux dispositifs couvrent parfaitement les cas suivants :

- enfant sans postérité ;
- enfant handicapé ;
- familles recomposées.

Il est également possible de doubler le mécanisme de libéralité résiduelle / graduelle d'un apport préalable en société civile de patrimoine ou de conforter les choses *via* une RAAR (Renonciation Anticipée à l'Action de Réduction).

Dans le cadre d'une famille recomposée, les choses peuvent être plus complexes. Parfois, les libéralités ne conviendront pas. Il faudra tenir compte des objectifs du client, de l'entente entre la seconde épouse et les enfants issus d'une précédente union, de la structure familiale et de la priorité accordée à la part réservataire ou à la part héréditaire.

Prenons l'exemple d'un individu qui souhaite conférer tous les pouvoirs à sa seconde épouse, sur l'ensemble de son patrimoine, sans pour autant déshériter ses enfants. Il devra alors se tourner vers les avantages matrimoniaux, en adoptant une communauté avec des stipulations de parts inégales et une clause de prélèvement moyennant indemnité payable au second décès, combinées avec du quasi-usufruit, le tout verrouillé avec une RAAR.

Au regard de cette complexité, il est parfois nécessaire d'instaurer un schéma sur-mesure, ce qui nous conduit à la problématique posée par l'allongement de la durée de vie. Ici, il ne s'agit plus de tenir compte de la diversité des bénéficiaires potentiels de la libéralité, mais de la diversité des événements qui vont venir perturber la relation entre donateur et donataire.

Le souhait premier d'un individu peut être d'instaurer un schéma sur-mesure au bénéfice de son conjoint. Les outils classiques – donation entre époux, convention matrimoniale – doivent être revisités. La donation entre époux doit l'être en amont (clauses), mais également en aval (faculté de cantonnement). Il est par exemple possible de :

- mettre en place l'organisation du démembrement de propriété ;
- prévoir un usufruit temporaire, un droit d'usage et d'habitation ou un commodat ;
- conférer au conjoint 100 % du patrimoine en pleine propriété et de prévoir une réduction facultative et pas automatique.

La faculté de cantonnement de l'émolument du conjoint survivant est une autre nouveauté de la loi de 2006. Ici, le conjoint peut prendre moins que ce à quoi il a droit. Plutôt que de prendre l'usufruit sur toute la succession par exemple, il peut y renoncer sur certains biens. Au sein des familles recomposées, cette faculté de cantonnement peut être une monnaie d'échange, qui peut se résumer comme suit : « *Je renonce à l'usufruit sur les biens d'origine familiale, pour que vous, mes enfants d'une précédente union, puissiez appréhender immédiatement les biens en pleine propriété. En échange, vous me consentez un quasi-usufruit sur les actifs monétaires et financiers dépendant de la communauté* ».

Dans l'hypothèse d'une mésentente avec les enfants, un individu peut vouloir appréhender tout de suite un bien en pleine propriété. Cela lui permet d'éviter de devoir obtenir l'autorisation des enfants pour aboutir à un partage, ainsi que la fiscalité associée à un partage.

Par ailleurs, la communauté universelle avec attribution intégrale doit être revisitée. Il convient d'utiliser les clauses de prélèvement moyennant indemnités, qui sont facultatives pour le conjoint survivant. Ici, la convention matrimoniale doit être transformée en une boîte à outils modulable. Il s'agit de prévoir des clauses de préciput à la carte, adressant tous les éléments du patrimoine. Ainsi, le conjoint survivant, au moment de la succession, peut se positionner sur les différents éléments du patrimoine (acceptation, renoncement, acceptation en usufruit, acceptation en quasi-usufruit etc.).

L'on a ici tous les avantages de la communauté universelle intégrale, qui offre les pleins pouvoirs au conjoint survivant par l'utilisation du quasi-usufruit notamment, sans pour autant en avoir les inconvénients. En effet, les enfants peuvent alors conserver leur abattement fiscal.

Le donateur peut prévoir l'aspect révocable de la donation. L'on a évoqué les avantages matrimoniaux. Comme vous le savez, toutes les clauses liées au partage sont révoquées de plein droit en cas de divorce. Il est nécessaire de prévoir des clauses de reprises d'apports. Les donations entre époux, testaments, assurance-vie, libéralités résiduelles et graduelles, tant qu'elles n'ont pas été acceptées, sont librement révocables. Existente également des clauses de révocation légales pour ingratitude ou inexécution des charges.

Evoquons, pour conclure, la réversibilité. Il est possible, pour des raisons fiscales, de donner un bien en nue-propriété avec réserve d'usufruit. Au moment de la vente ultérieure, le nu-propriétaire, dont l'accord sera requis, sera en droit de réclamer sa part sur le prix de vente. Si j'ai besoin de la totalité du prix de vente parce que le placement sur lequel j'ai effectué une donation ne me convient plus, il me faut « appréhender la totalité du prix », d'où la nécessité de prévoir, en amont de la donation, une clause de report du démembrement sur le prix de vente, laquelle s'imposera ensuite.

Thierry BOGATY

Je vous remercie pour cette intervention.

VI. Questions de la salle

Une intervenante

La première intervenante a beaucoup parlé de l'APA. Cela étant, les personnes entrant dans le handicap au moment de leur retraite, peuvent avoir, avant cela, été handicapées et, par extension, avoir bénéficié des mesures offertes par la MDPH (Maison Départementale du Handicap). Ces dernières peuvent être maintenues après la retraite, ce qui limite les problèmes potentiels avec la famille.

Marie-Eve JOEL

Je vous remercie pour ce complément d'information.

Un intervenant

Quel est le coût d'un mandat de protection future ? Répond-il à un tarif standard ?

Frédéric PETIT

Je ne l'ai pas en mémoire. Son coût, fixe, est relativement faible, conformément à la volonté du législateur.

Sylvie LEROND

Pour un avocat, aucun tarif n'est fixé. Pour information enfin, les certificats médicaux font l'objet d'une tarification fixée par décret. De mémoire, leur coût est de l'ordre de 160 euros.

Un intervenant

Il est possible de combiner le mandat de protection future et les mesures de protection judiciaire. Quel est le pouvoir du mandataire par rapport au tuteur ou au curateur ?

Sylvie LEROND

Si un mandat de protection future a pris effet, un juge ne peut pas prononcer une tutelle ou une curatelle. Il peut toutefois le révoquer et le remplacer par un dispositif de tutelle ou de curatelle s'il est saisi par un tiers. Enfin, il peut, si le mandat de protection future est insuffisant, ordonner la mise en place d'une mesure de protection complémentaire.

Un intervenant

Tel n'était pas le sens de ma question. Une personne sous curatelle peut, comme vous l'avez indiqué, décider de mettre en place un mandat de protection future. Aussi peut-il y avoir concurrence entre un curateur et un mandataire. De la même manière, des parents peuvent mettre en place un mandat de protection pour autrui pour leur enfant handicapé, déjà placé sous curatelle ou tutelle. En conséquence, le pouvoir du mandataire prime-t-il sur celui du curateur ou du tuteur ?

Stéphane BERRE

Selon le principe de subsidiarité, une mesure de protection judiciaire ne peut être mise en œuvre que si la protection de la personne ne peut être assurée par d'autres moyens. Dans ce cadre, il est possible de combiner mandat de protection future et demande de mise en œuvre d'une curatelle / tutelle, notamment lorsque le premier ne permet pas une protection totale de la personne visée. Enfin, la loi permet aux majeurs sous curatelle d'établir un mandat de protection future. Elle ne règle toutefois pas la question de la hiérarchie des pouvoirs du curateur et du mandataire. Cela étant, la logique voudrait que priorité soit accordée à ce dernier.

Une intervenante

Quel est le coût du suivi du mandat de protection future ? Chaque année en effet, le notaire doit examiner un résumé des actes du mandataire et l'approuver.

Sylvie LEROND

Ce suivi est soumis à une tarification encadrée par la loi.

Frédéric PETIT

Absolument. A mon sens, le coût du mandat doit être compris entre 150 et 200 euros. Celui de la gestion, que je n'ai pas en tête, est également limité.

Un intervenant

Maître Petit a présenté les différentes possibilités attachées aux successions. Comment les faire appliquer en Corse ? Lors des successions en Corse en effet, les notaires, les avocats ou le procureur de la République ne font rien. Que faut-il faire pour que la loi soit appliquée ?

Frédéric PETIT

Mes parents ayant une résidence secondaire en Corse, je vais vous opposer mon devoir de réserve. Plus sérieusement, la loi s'applique en Corse. Les problèmes y résident essentiellement dans l'établissement des titres de propriété, ce qui est sans rapport avec le sujet débattu.

Un intervenant

Dans le cas que j'évoque, le notaire a produit une attestation disant que la succession pouvait se faire au dernier vivant. Or elle ne se fait pas.

Frédéric PETIT

J'en prends note.

Une intervenante

Maître Petit, vous avez fait état, dans le cas d'une famille recomposée, des mesures de protection des conjoints survivants. N'y a-t-il pas un risque, pour les enfants issus d'un premier lit, de voir l'assiette de la réserve héréditaire réduite à la fin d'un quasi usufruit ?

Frédéric PETIT

Oui. Plus précisément, tout dépend de la structure du patrimoine ou de l'entente qui règne au sein de la famille. Si l'objectif est de privilégier le conjoint, il est possible de réduire la part des enfants issus d'une précédente union à leur part réservataire.

J'ai précédemment pris l'exemple d'une famille dont les membres s'entendent correctement. Lorsque les enfants s'entendent bien, il est possible de prévoir une communauté universelle, avec attribution intégrale en pleine propriété, au profit du conjoint et les enfants peuvent signer une RAAR Retranchement. En cela, ils s'engagent à attendre le second décès pour percevoir leur part. Cette dernière, toutefois, est réservataire.

Pour « récupérer » la part héréditaire, il est possible, à travers les avantages matrimoniaux, de prévoir un quasi-usufruit pour le conjoint survivant, lui donnant tout pouvoir sur les actifs monétaires et les immeubles, par le biais des clauses de prélèvement moyennant indemnités. Les enfants, au titre de la créance de restitution, récupéreront leur part au second décès. Au-delà, l'objectif d'un époux agissant de la sorte est de conserver son patrimoine, au moment du décès de son épouse, au sein de sa propre famille.

Un intervenant

Est-il possible d'imposer la production d'un certificat médical circonstancié dans le cadre d'un mandat de protection future ?

Sylvie LEROND

Absolument. Libre au mandant d'organiser la tâche du mandataire comme il l'entend.

Un intervenant

Je suis expert comptable et tuteur bénévole. Je tenais à revenir sur le rôle des associations tutélaires. Au sein de mon département, une association compte plus de 600 personnes assujetties à l'ISF placées sous tutelle ou curatelle, dont certaines disposaient de livrets B. Cela pose question, quant au rôle de ces associations.

Une intervenante

Un mandat de protection future peut-il distinguer des mandataires différents, l'un en charge de la gestion des biens, l'autre de la protection du mandant ?

Sylvie LEROND

Absolument. Il est également possible de nommer, selon leurs compétences, plusieurs mandataires responsables de la gestion des biens. Il convient toutefois de veiller, dans ce cadre, à ne pas verser dans une trop grande complexité.

Frédéric PETIT

Au sein d'une famille recomposée, l'ex-époux conserve l'autorité parentale sur son enfant. Toutefois, la gestion des biens peut ne pas lui échoir.

Stéphane BERRE

Cette possibilité existe également lors de la désignation d'un tuteur. Il est possible de nommer plusieurs tuteurs, selon le domaine adressé.

Thierry BOGATY

Je vous remercie pour ces interventions.