

ACTES DU COLLOQUE

HANDICAP Patrimoine, Famille, Succession



**9 février 2007
Le Vinci – TOURS**



Association d'Action et d'Insertion Sociale

Handicap : patrimoine, famille, succession

Accueil



Maître Jacques HARDY
Président d'ANAIIS
Notaire honoraire
Administrateur FEGAPEI

Maître Jacques HARDY

Vous avez pu visionner le film de présentation des différentes activités de l'Association Nationale d'Action et d'Insertion et Sociale (ANAIIS). Celle-ci se veut être un acteur majeur pour contribuer à la reconnaissance de la personne handicapée et à l'exercice de son droit à vivre, à s'épanouir et à prendre toute sa place dans la société d'aujourd'hui. Née il y a 53 ans à Alençon, ANAIIS a pour but d'accueillir, de former, de promouvoir et d'insérer, d'héberger et de soigner toute personne handicapée et dépendante, à tous les âges de la vie. Telle est bien la vocation de notre association qui aujourd'hui, dans ses 75 établissements répartis sur 13 départements, accueille plus de 3 000 personnes encadrées par plus de 1 700 salariés professionnels au service des personnes handicapées ou dépendantes.

Le souci des parents d'un enfant handicapé sera de lui assurer de bonnes conditions de vie et de préserver son avenir. Le droit répond à ce besoin de protection par de multiples solutions patrimoniales, dont les mécanismes peuvent cependant paraître complexes. Depuis plus de vingt ans, le législateur est en effet intervenu à plusieurs reprises, et notamment ces derniers temps. Les notaires se sont intéressés, lors de leur congrès national organisé en mai dernier à Strasbourg, au sort des personnes vulnérables. Quelques participants à ce congrès ont accepté, sous la conduite de leur rapporteur général Maître Potentier, de venir vous exposer les grandes lignes de la réglementation en rigueur et de répondre à vos questions.

Je tiens à remercier mes confrères présents pour les services qu'ils rendent en procurant une meilleure information à ceux à qui la vie a réservé un destin moins favorable. Je tiens également à remercier le public participant à ce colloque d'être venu si nombreux, preuve de l'intérêt qu'il porte au monde du handicap. Il faut en effet changer le regard, afin que la différence des uns fasse cesser l'indifférence des autres. Je vous remercie d'être là pour en témoigner.

J'ai remarqué dans l'assistance de nombreux représentants d'associations, gestionnaires d'établissements médico-sociaux, souvent d'origine parentale. Je les salue amicalement, heureux de les voir participer à notre rencontre. Je tiens à souligner que notre mission commune est identique : nous ne sommes pas concurrents, mais complémentaires et aussi complices.

Renonçant à citer tout le monde, je saluerai plus particulièrement Monsieur Cyprien, président de l'ADAPEI d'Indre-et-Loire, qui nous accueille dans son département, Monsieur Henri Grechez, représentant de l'ADAPEI de Haute-Garonne, qui était également vice-président de la FEGAPEI. Je remercie Monsieur Christian Ravanais, vice-président de la FEGAPEI, président de l'association

La Chrysalide de Marseille, Madame Evelyne Friedel, présidente de l'association Autisme France, Monsieur François Raoul, premier président de l'ADAPEI de l'Orne.

ANAIS, qui n'est pas d'origine parentale, sait aussi être à l'écoute des familles et des personnes confiées à ses établissements. Je souhaite également saluer la présence nombreuse des membres de l'AFTAHT, qui regroupe les familles des handicapés confiés aux établissements ANAIS d'Indre-et-Loire.

Je me permets de vous faire part des excuses et des regrets de diverses personnalités de ne pouvoir participer à ce colloque.

- Monsieur Renaud Donnedieu de Vabres, Ministre de la Culture mais aussi Président de l'ADAPEI d'Indre-et-Loire, nous fait part de ses encouragements et de son soutien dans la lutte que nous menons pour la reconnaissance des plus vulnérables d'entre nous.
- Monsieur Alain Lambert, ancien ministre, Sénateur de l'Orne et premier vice-président du Conseil Général de l'Orne, s'est également excusé.
- Monsieur Marc Pommereau, président du Conseil Général d'Indre-et-Loire, s'est fait représenter par Huguette Briet, directrice du pôle personnes handicapées et personnes âgées au Conseil Général.
- Monsieur Jean Germain, Maire de Tours, s'est fait représenter par son adjointe chargée des dossiers santé et hygiène, Madame Monique Chevet.
- Monsieur Pierre Matt, Président de la FEGAPEI, s'est fait représenter par Monsieur Philippe Calmette, Directeur Général de la FEGAPEI.
- Monsieur Maurice Leroy, président du Conseil Général du Loir-et-Cher, est également excusé, de même que Madame Chantal Chevet, de la DDASS d'Indre-et-Loire.
- Maître Jacques Combret, Président du 102^{ème} Congrès des notaires de France, va tenter de nous rejoindre dès cet après-midi.

Je tiens enfin à saluer la présence de Madame Clélia Prieur, Présidente du Tribunal d'Instance de Loches, de Maître Jean-Luc Roche, Président de la Chambre des Notaires d'Indre-et-Loire et de Madame Marianne Mounier, directrice de la Maison Départementale des Personnes Handicapées d'Indre-et-Loire.

Je souhaite à tous une bonne et studieuse journée.

Monique CHEVET
Adjointe au Maire de Tours

Au nom de Monsieur le Maire de Tours, je suis honorée d'assurer l'ouverture de ce colloque. Je remercie les organisateurs d'avoir choisi la ville Tours et l'Association Nationale d'Action et d'Insertion Sociale d'avoir retenu le thème « handicap : patrimoine, famille, succession ».

Je sais que ce sujet intéresse tout particulièrement les familles de personnes handicapées et les travailleurs sociaux. Les progrès de la médecine font que les personnes atteintes d'un handicap survivent souvent à leurs parents, qui s'inquiètent pour l'avenir de leurs enfants qui se retrouveront seuls. Il est important de pouvoir anticiper, régler les problèmes de succession de façon sereine, hors du deuil et de la souffrance. Il faut remercier les notaires pour leur implication et leur participation à cette journée. Ce sont des conseillers précieux qu'il ne faut pas hésiter à consulter.

Je souhaite revenir sur l'association ANAIS et sur l'énorme travail qu'elle effectue sur le territoire français à travers les établissements qu'elle gère en direction des personnes âgées, handicapées enfants et adultes.

Qui dit association dit salariés, mais également bénévoles. Merci à eux. Au sein de la municipalité, nous nous impliquons autant que possible pour aider les personnes âgées et handicapées. Je suis moi-même membre de la délégation en charge des personnes handicapées. Nous avons créé trois postes de chargés de mission handicap, dont un poste « culture handicap ». Nous facilitons les déplacements dans la ville en réaménageant les trottoirs, en créant des places de stationnement réservées. Celles-ci sont au nombre de 285 dans la ville de Tours. Nous avons également mis en place un macaron spécifique « ville de Tours » pour les personnes du département dont le taux de handicap est supérieur à 50 %. En 2006, nous en avons délivré 326, dont 184 pour les habitants de Tours.

Ce ne sont là que des exemples, qui peut-être s'éloignent du sujet de ce colloque. Néanmoins, je tenais à expliquer que notre ville, comme beaucoup d'autres, est attentive aux conditions de vie des personnes atteintes d'un handicap, que nous nous employons à constamment les améliorer.

En vous exprimant le plaisir que nous avons à vous accueillir, je vous souhaite un bon colloque et des échanges fructueux.

Introduction



Maître Philippe POTENTIER
Notaire à Louviers,
Rapporteur général du 102^{ème} Congrès des Notaires de France

Je souhaitais avant tout m'excuser auprès de vous, connaissant le large panel de compétences qui est rassemblé au sein de cette assemblée. Il est en effet difficile d'intervenir auprès d'un public aussi large. Nous nous emploierons à éviter un double écueil, celui de la généralité du propos, qui insupporterait les juristes avertis, et celui de la sur-technicité qui découragerait beaucoup d'autres personnes, moins au fait de la technique du droit. Nous essaierons d'adopter le ton juste afin de vous intéresser à ce vaste sujet.

La meilleure façon d'atteindre cet objectif est probablement de ne pas délivrer un catalogue de recettes. Nous sommes réunis ici afin d'organiser une journée pédagogique et d'expliquer comment traiter les problèmes posés.

Le droit des personnes vulnérables n'est pas un droit technique. C'est avant tout un droit humain. Il ne s'agit pas de se faire plaisir en jouant avec telle ou telle règle : lorsqu'on parle de ce droit, il s'agit surtout d'évoquer un individu qui a sa personnalité, sa dignité, sa légitimité.

Le droit des personnes vulnérables est la face cachée d'une société humaine complexe, qui n'est pas uniquement celle des biens portants. Il est un signe d'humanité. L'adage est bien connu : « dis-moi comment la société protège la personne vulnérable, et je te dirai dans quelle société tu vis ».

Le droit des personnes vulnérables est un processus législatif et réglementaire qui intervient en deux temps. Il ne s'agit pas, dans un premier temps de protéger l'individu vulnérable mais bien de l'aider.

Permettez-moi de donner une explication sur le vocabulaire que nous allons employer. Le Congrès des notaires de l'année 2006, qui a eu lieu à Strasbourg, a travaillé sur le thème des personnes vulnérables. Ce thème regroupe tous les handicaps, toutes les difficultés, toutes les fragilités que la personne est susceptible de rencontrer. Une personne vulnérable doit d'abord être aidée.

Ce droit de la personne vulnérable inclut tout un pan d'aides à la personne. Il va de soi que cette aide n'est pas toujours suffisante : en plus d'aider, il faut aussi parfois la protéger.

Durant cette matinée, je vous propose de revoir ce processus législatif en deux temps. Dans un premier temps, nous nous attarderons sur les caractéristiques de l'aide à la personne. L'aide à la personne se manifeste de manière intellectuelle, humaine, financière, et aussi matérielle. Comme toute aide sociale, elle est souvent récupérable. C'est une avance que la collectivité fait à l'individu et à son entourage. Maître Garonnaire va vous présenter cette thématique.

Plus tard, nous aborderons la question de la protection de la personne.

L'aide sociale et sa récupération



Maître Jean-Eric GARONNAIRE
Notaire à Saint-Etienne,
Président de la Première commission
du 102^{ème} Congrès des Notaires de France

Afin d'évoquer ce sujet, je souhaiterais rappeler trois caractéristiques de l'aide sociale.

Il s'agit en premier lieu d'un droit alimentaire. La société aide sans contrepartie ses membres qui sont dans le besoin.

Il s'agit en second lieu d'un droit subjectif. L'aide est attribuée et doit être attribuée en fonction des caractéristiques propres de chaque personne.

Enfin, cette aide a un caractère subsidiaire. Elle n'est attribuée que lorsque la personne vulnérable ou subsidiairement sa famille ne peut pas faire face à ses besoins. En effet, l'article L. 132-6 du Code de l'action sociale et des familles subordonne tout octroi d'une aide sociale à l'examen préalable des possibilités d'aides apportées au titre de l'obligation alimentaire. Le caractère subsidiaire de l'aide va fonder la majeure partie des principes du droit de la récupération de l'aide sociale.

I. Les principes de la récupération de l'aide sociale

Si l'on se réfère à l'article L. 132-8 du Code de l'action sociale et des familles, on remarque que le principe de récupération est très général. La lecture de cet article donne le sentiment que toute aide sociale est récupérable. Or, de nombreuses aides sont devenues non récupérables. Le domaine matériel de la récupération s'est réduit au fil du temps.

Le plus souvent, les aides apportées aux personnes handicapées ne sont pas récupérables. Il s'agit de l'allocation aux adultes handicapés et de la prestation de compensation créée par la loi du 11 février 2005.

Les aides apportées aux personnes âgées sont en principe récupérables. Le fondement de cette récupération est certainement le caractère prévisible de la vieillesse. Le caractère aléatoire et imprévisible du handicap légitime l'intervention de la communauté nationale. En revanche, la vieillesse est prévisible : nous risquons tous d'être confrontés aux difficultés liées au grand âge. Néanmoins, l'allocation personnalisée d'autonomie, dernière grande aide aux personnes âgées, résultant de la loi de 2001, a été conçue comme non récupérable. On voit donc qu'il existe de nombreux cas de figure.

Une fois que le domaine d'application matériel des aides récupérables et non récupérables est défini, il faut étudier les conditions dans lesquelles ces aides deviennent récupérables.

Ici encore, plusieurs cas de figure sont envisageables.

La récupération peut se faire du vivant de la personne. Il peut alors s'agir d'un cas de récupération fondé sur le retour à meilleure fortune ou d'un cas de récupération en cas de donation.

Les deux autres cas de récupération sont exercés au moment du décès de la personne. Il s'agit du recours contre la succession de la personne aidée et du recours éventuel contre son légataire particulier.

On voit ici que les possibilités sont multiples. Nos travaux nous ont amenés à faire en annexe de notre rapport un tableau de synthèse des aides récupérables et non récupérables. Il est entendu que certaines aides sont récupérables suivant l'un ou l'autre des systèmes de récupération que j'ai évoqués.

II. Les modalités d'application des recours en récupération de l'aide sociale

Nous avons vu que le premier recours était le recours en en cas de retour à meilleure fortune. Je souhaiterais à cet instant faire une précision de vocabulaire : il est important de distinguer le recours en récupération de la révision de l'aide. La révision de l'aide en est une actualisation. Elle intervient si une personne bénéficiaire voit son revenu modifié pour une raison quelconque : la collectivité ajuste l'aide en fonction de la modification des revenus de la personne aidée. Si l'aide a été attribuée sur des bases erronées, il s'agit d'une répétition de l'indu : l'aide n'aurait jamais dû être attribuée.

La récupération s'applique au contraire à une aide qui a été attribuée normalement.

Par exemple, si une personne aidée reçoit un héritage, l'augmentation de son patrimoine justifie dans certains cas la récupération de l'aide qui lui a été attribuée. Il est important de noter que la jurisprudence impose une augmentation significative du patrimoine de la personne aidée entraînant une augmentation significative de ses revenus. La vente simple d'un élément du patrimoine de la personne aidée n'est pas suffisante pour légitimer un cas de recours en meilleure fortune. Compte tenu de ce critère, il en résulte une jurisprudence très factuelle. Pour mieux le comprendre, on peut se reporter au recueil de jurisprudence des commissions départementales d'aide sociale, de la commission centrale d'aide sociale, voire du Conseil d'Etat en cassation.

Le deuxième recours en récupération du vivant des personnes est le recours contre le donataire. Le fondement de ce recours est le suivant : si la collectivité aide une personne en difficulté, est-il concevable que cette personne puisse par ailleurs consentir des donations ? L'objectif du recours contre le donataire est de dissuader les personnes aidées de faire des donations si elles n'ont pas les moyens financiers de s'assumer. Le texte a prévu également la possibilité d'une récupération contre une donation consentie moins de dix ans avant l'attribution de l'aide.

Nous abordons maintenant les modalités pratiques du recours contre le donataire, le donataire étant la personne qui bénéficie de la donation.

Il faut rappeler que ce recours peut porter sur toutes formes de donations : la donation classique, faite par acte notarié, les dons manuels, les donations indirectes, les donations en nue-propriété ou en usufruit. Toutes les donations provoquant un appauvrissement de la personne aidée sont concernées par ces textes.

Le cas de l'assurance vie pose problème. L'analyse diffère selon qu'elle est le fait des tribunaux judiciaires ou administratifs. En matière administrative, le Conseil d'Etat (arrêt ROCHE du 19 novembre 2004), a admis la possibilité d'une requalification d'une assurance vie en donation, bien que l'assurance vie ne soit pas par nature une donation.

Le recours s'exerce contre les donataires et non sur le bien donné. C'est la personne qui a bénéficié de la donation qui risque de subir le recours sur le bien donné. Il n'y a pas de droit de suite.

Enfin, le recours s'exerce à concurrence de la valeur du bien donné. S'il s'agit d'une somme d'argent, le recours sera du montant de cette somme. S'il s'agit d'un bien immobilier, le montant sera de la valeur du bien au moment de l'introduction de l'action en récupération.

Les textes prévoient les hypothèses de travaux et d'améliorations effectués sur un bien immobilier par la personne donataire. Le recours s'effectue alors sur la valeur du bien immobilier avant sa rénovation.

Une donation peut être complètement absorbée par un recours en récupération ; c'est ce que l'on appelle un recours au premier euro.

Nous allons maintenant aborder le recours en succession, pour lequel il y a des seuils de récupération. Auparavant, il faut indiquer qu'une donation peut entraîner un recours en récupération qui aurait été impossible lors de la succession du donateur. Un arrêt du Conseil d'Etat de 2004 a montré qu'une donation peut être une mauvaise opération patrimoniale si le donataire bénéficiaire de certaines prestations d'aide sociale.

Abordons maintenant les deux recours intervenant au décès de la personne aidée.

Le premier recours est le recours contre la succession. Son fondement est évident : une personne a bénéficié pendant des années d'une aide de la collectivité. La composition de son patrimoine au moment de son décès laisse apparaître qu'il reste un certain patrimoine. N'est-il pas normal que la collectivité qui a fait l'avance pendant des années à cette personne, qui ne disposait pas de revenus suffisants, puisse récupérer tout ou partie de ces avances au lieu que le patrimoine aille aux héritiers ?

Dans certains cas, le législateur a estimé que ce recours était normal et l'a inscrit dans les textes. Dans d'autres cas, en matière d'aide aux personnes handicapées notamment, ce recours a été exclu.

Par ailleurs, il est évident que le décès de la personne est un moment privilégié pour faire le point sur la situation et d'avoir une vision constante du patrimoine qui n'était pas forcément connu par les différents attributaires.

Comment s'exerce ce recours contre la succession des personnes aidées ?

Premièrement, il ne s'exerce qu'à partir d'un seuil net d'actif successoral. Les successions modestes, qui laissent peu de patrimoine, ne feront pas l'objet d'un recours en récupération. A ce titre, je ne citerai que deux chiffres : ce seuil de récupération est 46 000 euros pour certaines allocations déterminées par le code de l'action sociale, et de 39 000 pour les prestations résultant du Code de la sécurité sociale, des allocations supplémentaires du fonds spécial d'invalidité, ou du fonds solidarité vieillesse, que l'on appelait anciennement le FNS.

Le fait que la créance de l'aide sociale se récupère sur un actif net démontre qu'il s'agit d'une créance de dernier rang puisque l'aide sociale n'est récupérable que s'il reste un minimum d'actif net successoral.

Une autre caractéristique de cette récupération est l'obligation, dite *intra vires successionis*. Un héritier hérite d'un actif et d'un passif. Pour cette raison, une succession déficitaire est dangereuse puisqu'elle transmet un passif. Pour les successions douteuses, la parade peut être l'acceptation sous bénéfice d'inventaire. En matière de récupération d'aide sociale, ce principe n'existe pas : l'héritier ne risque pas de payer sur son patrimoine personnel une partie de la créance si la succession est insuffisante, compte tenu des seuils évoqués précédemment.

La dernière caractéristique du recours contre succession est qu'il est complètement autonome du recours contre le donataire. Les logiques de ces deux recours sont différentes. Lorsqu'il y a décès d'une personne qui durant son vivant avait fait des donations à ses descendants, un certain nombre de problèmes pratiques qui seront vus en dernière partie se posent.

Le dernier recours est le recours contre le légataire. Son fondement est résumé dans l'adage *nemo liberalis nisi liberatus*.

La règle est connue par les notaires : la succession peut être dévolue aux héritiers une fois que les créanciers sont payés. Dans le cas du recours contre le légataire, la règle est la même : le créancier d'aide sociale doit être payé avant le légataire.

A ce stade, une précision terminologique s'impose. Le légataire universel est la personne désignée par testament par le défunt qui a vocation à recevoir l'intégralité de l'actif et du passif de celui-ci.

Le légataire universel ou à titre universel est traité au titre du recours contre la succession.

Le recours contre le légataire évoqué ici concerne le légataire particulier, c'est-à-dire celui qui est désigné pour recevoir un bien ou une somme d'argent déterminé. Il est un peu assimilable à un créancier par le Code civil et doit passer après le créancier d'aide sociale. Cette raison explique que le recours contre le légataire s'exerce au premier euro.

III. Quelques difficultés pratiques

Le droit de l'aide sociale s'est construit avec la création d'allocations diverses et variées, répondant à divers problèmes, à des époques où les conditions de vie évoluaient dans notre société. Il est complexe et morcelé. Cet ensemble ne semble pas toujours harmonieux.

Mon propos sera axé sur trois sources de difficultés pratiques.

La première source de difficultés est la coexistence difficile de recours de natures et d'objets différents. Les quatre types de recours évoqués peuvent interférer : on peut évoquer par exemple le cas où un recours contre le donataire puis un recours contre la succession interviennent. De plus, il existe plusieurs manières de faire des donations et plusieurs types de donations.

Prenons un exemple : une donation en avancement d'hoirie ou en avance de part successorale équivaut à un acompte sur héritage. Un enfant peut bénéficier par avance de sa part d'héritage et ses frères et sœurs recevront l'équivalent de cette part au décès des parents du donateur. Cette

personne risque de subir une action en récupération par la collectivité puisqu'il a bénéficié d'une donation qui serait récupérable. Il risque également de devoir le rapport successoral, c'est-à-dire que ses frères et sœurs puissent demander l'équivalent de sa part alors même qu'elle aurait fait l'objet d'une récupération.

La combinaison pratique de ces deux recours est difficile.

La deuxième source de difficultés est l'existence de seuils de différentes catégories que nous avons évoqués précédemment (39 000 et 46 000 euros). Lorsqu'une personne décède après avoir bénéficié d'une prestation de la première catégorie et d'une allocation de la deuxième catégorie, la combinaison des deux seuils s'avère complexe.

Il existe un troisième seuil dit de recouvrement de 760 euros actuellement, applicable à certaines prestations seulement.

Par conséquent, un notaire chargé du règlement des successions peut être confronté à plusieurs allocations, qui elles mêmes obéiraient à trois seuils différents dont les montants et les objectifs ne sont pas les mêmes.

Enfin, la dernière difficulté provient de la détermination de l'actif net successoral, qui est la base de calcul pour la récupération de l'aide sociale.

Dans les six mois du décès en principe, le notaire établit la déclaration de succession de la personne décédée. Il s'agit en quelque sorte la photographie du patrimoine du défunt. Cette déclaration est parfois utilisée à tort comme base de calcul du recours en récupération de l'aide sociale.

Or la détermination de l'actif net successorale prévu par le code de l'action sociale et des familles et l'actif net de la déclaration de succession diffèrent sur de nombreux points. Trois exemples permettent d'illustrer ce propos.

Premièrement, il existe en matière de succession, la possibilité de pratiquer un abattement de 20% sur la résidence principale occupée. En pratique, la valeur déclarée sera de 80 pour un bien immobilier valant 100. Dans le cas du recours pour l'aide sociale, la valeur déclarée sera au contraire toujours de 100.

Deuxièmement, certains biens qui appartiennent en nue-propriété aux descendants de la personne qui en a l'usufruit doivent être déclarés dans la succession fiscale, alors que cette présomption n'existe pas en matière d'aide sociale.

Troisièmement, compte tenu du Code des assurances, l'assurance vie échappe par principe à la succession de la personne décédée au niveau civil, dans la plupart des cas, et au niveau fiscal avec des seuils fiscaux. Néanmoins, le Code des assurances a assuré un garde-fou puisque qu'il rend rapportables à la succession les primes manifestement excessives. En présence d'une assurance vie, on peut se trouver face à un double problème : le premier est celui d'une requalification possible de la totalité du contrat d'assurance vie en donation. Dans ce cas, il y a récupération contre le donataire. Si cette requalification n'a pas eu lieu, il s'agira d'intégrer l'assurance vie dans la succession. Le caractère excessif ou non des primes est tranché par le juge. Si les tribunaux jugent que les primes sont excessives, la question est de savoir si on affecte la totalité ou seulement la partie excessive des primes.

L'existence d'un actif net suppose la présence d'un passif. Une dette qui n'est pas enregistrée auprès du notaire n'est pas prise en compte dans la déclaration fiscale de l'intéressé. En revanche, pour le passif de l'aide sociale, elle pourra être prise en compte. Les frais d'obsèques peuvent également être pris en compte dans le passif de l'aide sociale. La déduction des frais et des droits de règlement de succession est quant à elle admise dans certains départements pour le calcul de seuil d'actif net successoral, et pas dans d'autres. La créance d'aide sociale elle-même n'est pas déductible dans certains départements. En revanche, la déduction de la créance d'aide sociale récupérée, dans la déclaration de succession est en principe admise.

IV. Les possibilités de réformes proposées lors du Congrès des notaires 2006

En guise de conclusion, j'évoquerai une proposition que notre congrès avait fait voter pour suggérer au législateur de modifier ce droit positif qui est très complexe. La proposition a porté sur trois axes.

Nous suggérons tout d'abord de simplifier les procédures de récupération. L'idée est de reconstituer une masse unique du patrimoine de la personne qui bénéficiait d'une allocation. L'objectif est que les conditions de récupération s'exercent de la même manière contre l'ensemble du patrimoine qu'aurait eu cette personne, comme s'il n'y avait pas eu de donation. Cette mesure ferait disparaître le recours contre le légataire et le recours contre le donataire.

Ensuite, la récupération doit être plus claire. Nous avons abordé précédemment quelques problèmes liés à la détermination de l'actif et du passif nets successoraux. Nous souhaitons une règle nette, précise et uniforme sur le territoire français.

Enfin, comme l'évoquait Maître Potentier, le droit de l'aide sociale doit rester humain. Il prend déjà en compte dans certains cas l'aide apportée par une famille à une personne en difficulté. D'ores et déjà, cette assistance permet d'être exonéré de certains cas de récupération. Nous pensons que ce système devrait être généralisé afin de renforcer des liens familiaux naturels. Par ailleurs, nous considérons que l'instauration d'un seuil unique serait le bienvenu.

Table ronde

Huguette BRIET, Directrice du pôle personnes handicapées et personnes âgées au Conseil Général d'Indre-et-Loire

Philippe CALMETTE, Directeur Général de la FEGAPEI

Michelle CROE, Présidente de l'Association Tutélaire d'Indre-et-Loire (ATIL)

Maître Jean-Eric GARONNAIRE, notaire à Saint-Etienne, Président de la Première commission du 102^{ème} Congrès des notaires de France

Jean-Marc LE GRAND, Directeur général d'ANAIIS

Maître Henri LENOUEVEL, notaire à Marseille, rapporteur de la Quatrième commission du Congrès des notaires de France

Maître Philippe POTENTIER, notaire à Louviers, rapporteur général du 102^{ème} Congrès des notaires de France

Jean-Marc LE GRAND

A-t-on une indication sur les sommes que la collectivité récupère au titre de l'aide sociale ? Il semble en effet que les sommes récupérées sont très faibles.

Huguette BRIET

Dans le domaine des récupérations exposées précédemment, il s'agissait aussi bien des personnes âgées que des personnes handicapées. Il est important de faire une distinction très nette entre les dispositifs mis en application pour ces deux catégories de personnes.

En ce qui concerne les personnes handicapées, et du fait des nouvelles lois qui se sont succédé depuis 2002 et particulièrement depuis la loi du 11 février 2005, les récupérations sont devenues très rares. La nouvelle prestation de compensation ne donne pas lieu à la récupération. Elle remplace progressivement l'allocation compensatrice, qui elle non plus n'est plus récupérable. Les dispositions concernant l'hébergement, que ce soit pour une personne travaillant par exemple en CAT ou en foyer d'accueil spécialisé, ont elles aussi évolué : on ne peut pas récupérer sur l'actif net successoral des parents, du conjoint, ou d'une personne tierce qui s'est occupée de la personne handicapée. La récupération des aides pour services à domicile ou services ménagers n'a pas évolué avec les nouveaux textes : dans ces cas, la loi permet la récupération, avec le seuil de 46 000 euros qui a été évoqué. En définitive, la récupération dans le secteur du handicap est devenue modeste. Moins de 200 000 euros ont été récupérés en 2006.

En revanche, dans le secteur des personnes âgées, même si les patrimoines sont plus importants, la personne âgée n'est pas toujours en mesure de payer sa maison de retraite. Dans ce cas, il s'agit véritablement d'une avance de la collectivité : la récupération sur donation et succession s'opère. Pour ce secteur, le niveau de récupération de l'aide sociale est incomparablement plus élevé que pour le secteur des personnes handicapées.

Michelle CROE

Les personnes handicapées et les personnes âgées bénéficient-elles de dispositions particulières ?

Huguette BRIET

Ici encore, on constate de nombreuses évolutions. Jusqu'à la loi du 11 février 2005, une personne handicapée acquérait le statut de personne âgée à 60 ans. Suite à cette loi, une personne handicapée conserve son statut. Au sein de la catégorie des personnes âgées, il faudra désormais distinguer les personnes rentrées dans le dispositif après 60 ans en tant que personnes âgées proprement dites et celles qui ont été considérées comme personnes handicapées avant 60 ans. L'évaluation des situations devient par conséquent plus complexe et requiert une analyse au cas par cas afin de connaître la situation des personnes aidées avant leur 60 ans.

Philippe CALMETTE

Dispose-t-on aujourd'hui d'un outil chiffré qui permette de faire le point au niveau national et départemental de l'ensemble des niveaux de recouvrement demandés pour les personnes âgées et handicapées ?

Vos interventions m'inspirent par ailleurs une remarque. Nous nous trouvons dans un système très inégalitaire. La récupération est en effet l'objet de dispositions très techniques et dépendent des politiques que les collectivités locales vont mener. La personne handicapée et sa famille sont en situation de sujet et non de citoyen.

La solution est dans la loi du 11 février 2005, qui reconnaît à toute personne handicapée un droit essentiel, fondamental, universel, qui est le droit à compensation de son handicap. Pour être mis en œuvre concrètement, ce droit a été complété par une prestation de compensation du handicap. Nous sommes passés avec cette loi du 11 février 2005 d'un système de protection sociale à un système d'action sociale. La différence juridique entre les deux systèmes est fondamentale. Le système d'action sociale correspond à un dispositif où la collectivité décide d'allouer une enveloppe d'un montant variable destiné à pallier certaines difficultés sociales de certaines populations. Les logiques de l'action sociale sont des logiques de charité appliquées aux institutions publiques et aux collectivités locales, qui se réservent la possibilité de récupérer le montant de l'aide sociale. Avec la loi du 11 février, nous sommes passés dans un système de protection sociale où ce n'est plus la décision de la collectivité qui est le moteur du système, mais le droit des personnes handicapées de bénéficier d'une prestation de compensation.

Par conséquent, la prestation de compensation est assimilable à une prestation d'assurance maladie. De même que pour l'assurance maladie, il semble illégitime de procéder à une récupération de l'aide sur la prestation de compensation, quelle que soit la situation patrimoniale de la personne aidée.

Il faut par conséquent, dans le cadre de la loi du 11 février 2005, être attentif à ce que l'on intègre dans le périmètre de la prestation de compensation non récupérable lors des compléments législatifs qui accompagneront cette loi. Il convient d'y intégrer l'ensemble des prestations que l'on peut qualifier de prestations d'action sociale, quelles que soient leurs formes, afin qu'elles deviennent irrécupérables.

Maître Philippe POTENTIER

Je souscris totalement à vos propos. La récupération est à la fois une question économique et politique. La question politique est de savoir si ce risque doit être totalement mutualisé et pris en charge par la solidarité nationale. Il est compréhensible que la réponse à cette question qui fait débat varie suivant la forme du handicap. On peut penser que la prise en charge du risque du handicap, du fait de sa nature imprévisible et subie, soit du ressort de la solidarité nationale. Le risque de dépendance lié à la vieillesse, de nature prévisible quant à lui, peut amener une réponse politique différente.

La deuxième question est économique. Comment une société peut-elle appliquer ce principe de mutualisation totale du risque ? Cela dépend du seuil jusqu'auquel la collectivité peut accepter le risque.

En ce qui concerne la question du chiffrage des niveaux de récupération de l'aide sociale, il semble que cette opération est techniquement facile à effectuer. Néanmoins, la question fondamentale reste complexe puisqu'il y a un élément de disparité du fait du pouvoir de modération de la récupération des aides par les départements. Ce pouvoir de modération appartient également aux juges. Il est par conséquent difficile d'apprécier département par département cette possibilité de récupération. Elle est à ce titre très inégalitaire. Certains départements sont plus consommateurs que d'autres d'aides sociales du fait de la répartition inégalitaire des personnes âgées sur le territoire national. Il faudrait donc imaginer des fonds de péréquation sur le plan national afin de répartir équitablement les efforts.

Huguette BRIET

Les disparités sont plus flagrantes dans le secteur des personnes âgées puisque les dispositions légales sont imposées à tous mais un département peut arbitrairement agir au-delà de la loi. Concernant la prestation de compensation du handicap qui n'est plus une prestation récupérable, il est intéressant de noter que la loi mise en place en 2002 a déjà mis en place ce dispositif. L'APA, pour les personnes âgées, permet de couvrir les dépenses liées à la perte d'autonomie, que ce soit à domicile ou dans les établissements dédiés. Il s'agit déjà d'une prestation universelle qui n'est pas récupérable. La prestation de compensation du handicap s'est dotée des mêmes caractéristiques. Les deux nouvelles lois marquent donc la fin de l'aide sociale et de l'action sociale au sens large.

En revanche, l'aide sociale à l'hébergement est récupérable et apporte des recettes non négligeables.

Maître Jean-Eric GARONNAIRE

D'après l'étude de certaines statistiques, il apparaît bien que les disparités départementales de l'aide sociales sont considérables : le rapport entre le budget de l'aide sociale de la Creuse et celui des Hauts-de-Seine est approximativement de 1 à 20. C'est là un réel problème qui mérite d'être traité.

Au-delà des problèmes juridiques que nous avons évoqués, il est important de prendre en considération le problème économique issu du vieillissement structurel de notre population.

La question des personnes âgées voyageuses est elle aussi problématique en matière de récupération de l'aide sociale. La récupération de l'aide sociale d'une personne âgée ayant bénéficié de l'aide dans plusieurs départements du fait de déménagements s'avère délicate pour le notaire : il devra enquêter afin de savoir où l'aide sociale a été attribuée, car il n'existe pas de fichier national actuellement.

Philippe CALMETTE

La question soulevée est un enjeu économique et politique. Les représentants du monde du handicap et des pouvoirs publics sont en faveur de la généralisation de la prestation de compensation à l'ensemble de la population handicapée. Cette généralisation permettrait de venir en aide à des personnes et à des familles qui sont en dehors du périmètre de cette prestation (environ 40 000 personnes). Le coût économique de la généralisation de la PCH et des solutions apportées à l'ensemble des personnes en situation de handicap, après mise en place de la journée de la solidarité, est évalué à 0,3 % de la CSG. Apporter une réponse globale a un coût que l'on peut qualifier de minime. L'enjeu reste par conséquent avant tout un enjeu politique.

Monsieur MORISOT

Je suis le frère d'une femme handicapée mentale et son tuteur légal depuis le décès de nos parents : elle détient un capital, elle est hébergée et travaille en CAT. Depuis quelques années, je suis responsable de ses biens.

Le Conseil général, qui m'a prévenu qu'il procèdera à la récupération des aides au moment de la succession, retient 90 % des revenus du capital de ma sœur. Je m'occupe en « bon père de famille » de la gestion de ses revenus : ma sœur dépense ce dont elle a besoin, et le reste est épargné.

Je souhaiterais savoir quel est l'intérêt pour moi de conserver ce capital. Ne serait-il pas plus utile de s'en débarrasser sous forme de don, sous la responsabilité du juge des tutelles ? En effet, ma sœur et moi-même n'en avons aucune utilité. Outre la complexité du calcul de la récupération, je ne vois pas l'intérêt pour ma sœur de conserver ce capital, alors qu'il est amené à être récupéré.

Christian RAVANAS

Je suis le président d'une association de prise en charge de personnes handicapées mentales à Marseille. Je souhaiterais formuler quelques remarques suites aux thématiques abordées ce matin :

La première est que le droit de compensation, qui n'est pas récupérable, devrait à mon sens permettre la récupération de l'aide sociale pour des personnes qui sont dans des foyers de vie.

La deuxième remarque, indépendante de la première, est qu'il y a deux financements : celui du Conseil général (donc de l'Etat) et celui du GAS. La personne handicapée qui se trouve dans un établissement d'accueil spécialisé obtient une aide non récupérable financée par l'Etat, provenant du secteur de la sécurité sociale. Là aussi, on constate une anomalie. Suivant la lourdeur du handicap, on parle soit de financement par la sécurité sociale, et dans ce cas il n'y a pas de récupération, soit d'un accueil en foyer spécialisé, qui, selon les départements et les décisions politiques prises, peut subsister. En ce qui concerne la question posée par Monsieur Morisot

précédemment, il me semble que la disposition du legs des résiduo peut résoudre le problème : elle permet en effet d'envisager des dons à des associations dans des conditions intéressantes.

De la salle

Vice présidente d'une association de frères et sœurs de personnes handicapés confrontés notamment à la gestion des biens de ces personnes du fait de leur position de curateur ou tuteur.

Suite à la récupération de l'aide sociale, on est toujours surpris que le patrimoine de certaines personnes handicapées soit réduit à néant. Du jour au lendemain, certaines de ces personnes sont condamnées à dépendre de l'aide et de la charité de la collectivité. Il semblerait que d'après la nouvelle loi, la récupération ne puisse plus se faire du vivant de la personne, ce qui tend à résoudre le problème évoqué. Néanmoins on se trouve parfois confronté à la mise sous hypothèque des biens de la personne aidée. Dans ce cas, le capital est « mort » ; on ne peut faire d'opérations dessus. On ne peut par exemple le vendre si la personne handicapée âgée souhaite acquérir un bien immobilier qui lui est mieux adapté. Quelle est la cohérence de ces deux mesures ? D'un côté, la récupération n'est plus en vigueur et, de l'autre, si l'on vend un bien sous hypothèque, on doit rembourser le créancier, ce qui empêche l'utilisation du capital de la personne aidée, comme évoqué dans l'exemple ci-dessus.

Michel CHAMAURET

Je suis généalogiste successoral à Tours.

Pourquoi faut-il attendre que l'on dépose la déclaration de succession pour connaître le montant de la créance qui est due ? Pourquoi ne peut-on pas chiffrer le montant de la créance avant cette déclaration, afin que les héritiers puissent décider s'ils acceptent ou refusent la succession ?

Dominique BERTIN

Je suis la mère d'une enfant handicapée. Le transport scolaire payé pour faciliter le transport des enfants handicapés est-il récupérable ?

Jean-Marc LE GRAND

Pour cette dernière question, je vous invite à vous reporter au tableau préparé par Maître Garonnaire, qui détaille les aides et leurs modalités de récupération. A ma connaissance, l'aide concernant le transport scolaire n'est pas récupérable.

Maître Jean-Eric GARONNAIRE

Pour répondre à Monsieur Chamoret, je rappellerai que l'actif net successoral est une photographie du patrimoine de la personne décédée qui ne se calcule pas sur les mêmes bases que sa déclaration fiscale. Il arrive que, du vivant de la personne, les liens familiaux aient été distendus, voire rompus et, dans ce cas, la succession devient en quelque sorte une enquête sur la vie de la personne défunte. Théoriquement, rien n'empêcherait de faire la déclaration d'actif net, intégrant la créance d'aide

sociale, avant la déclaration de succession fiscale. Néanmoins, s'il manque des éléments lors de la déclaration fiscale, la récupération de l'aide ne pourra être faite correctement : on court le risque d'omettre un élément de patrimoine.

Concernant le cas de Monsieur Morisot et les conditions la récupération des aides au moment de la succession par le Conseil général, deux aspects doivent être distingués.

Le premier aspect relève des conditions d'attribution de l'aide, qui sont extrêmement complexes et méritent probablement des améliorations sur le point législatif.

Le deuxième aspect concerne l'anticipation de la succession des parents de la personne handicapée : la succession peut être organisée de manière à ce que les blocages évoqués par Monsieur Morisot soient minimisés.

En tout état de cause, il faut avoir une vision d'ensemble des dossiers. Sur le sujet même des récupérations proprement dites, en matière d'allocations attribuées aux personnes handicapées, le domaine d'application est aujourd'hui extrêmement résiduel. Pour les quelques allocations aux personnes handicapées encore récupérables du vivant de la personne, seuls les cadres du retour en meilleure fortune et de la donation de la personne handicapé existent, ce qui marginalise la récupération de l'aide. Le retour à meilleure fortune semble d'ailleurs peu pratiqué. Les cas de la récupération de l'aide du vivant de la personne sont donc rares.

Jean-Marc LE GRAND

Il me semble nécessaire de soulever ici la confusion entre la récupération d'aide sociale et la participation de la personne handicapée sur ses ressources tout au long de sa vie pour sa prise en charge dans des établissements spécialisés, qui est tarifée par les conseils généraux. Ces deux aspects n'obéissent pas aux mêmes mécanismes.

Maître Henri LENOUEVEL

La question de Monsieur Morisot peut se résumer dans les termes suivants : à quoi bon prendre en charge le patrimoine de ma sœur puisqu'il sera récupéré ?

Il existe des moyens juridiques d'organiser la transmission du patrimoine de la personne handicapée pour coller au mieux à ses besoins et à sa personnalité. Avez-vous tort de gérer le patrimoine de votre sœur ? Il semble au contraire que vous avez raison, pour au moins une raison : si vous disparaissiez avant elle, vous aurez su préserver son capital, et elle ne se retrouvera pas dans le besoin.

La protection de la personne vulnérable



Maître Philippe POTENTIER
Notaire à Louviers,
rapporteur général du 102^{ème} Congrès des Notaires de France



Maître Jacques COMBRET
Notaire à Rodez,
Président du 102^{ème} Congrès des Notaires de France

Maître Philippe POTENTIER

Il existe différents degrés de vulnérabilité. L'aide est parfois insuffisante. En plus d'une aide, la personne vulnérable peut avoir besoin de protection.

La protection est inspirée par l'incapacité de l'individu à comprendre : l'individu souffre d'une altération mentale. Pour qu'il y ait protection, un handicap physique ne suffit pas. Le critère majeur est l'altération mentale. Kant définit l'incapacité comme l'impossibilité, pour l'individu, de distinguer le vrai du faux, le bien du mal. On a défini là les formes de l'incapacité, susceptibles de déclencher une protection.

Cette protection est nécessaire à double titre. Elle l'est d'abord pour la société, afin d'éviter de perturber l'ordre social. Elle est également nécessaire pour l'individu lui-même, qui à défaut de protection serait la proie des cupides, des malhonnêtes ou des intrigants. La loi protège les personnes dont les facultés mentales sont altérées.

Il est important de bien comprendre ce qu'est la protection : la loi protège les aliénés, mais de ce fait les aliène inmanquablement. Le premier effet d'une protection est la privation de liberté. Le législateur a par conséquent ajouté deux principes à la protection : un principe de précaution, car il convient de faire attention à la liberté de l'individu, et un principe de proportionnalité, parce qu'il faut adapter la mesure de protection au véritable besoin.

I. Le principe de précaution

Le premier effet majeur d'une protection est qu'elle compromet la liberté de l'individu. La liberté de l'individu se mesure à deux niveaux : l'attention à la mesure que le législateur a mise en place et l'attention à la personne.

La protection de la personne vulnérable est nécessairement en tout temps et en tout lieu une mesure judiciaire. C'est un principe absolu.

Cette mesure judiciaire commence par une requête. Celle-ci n'est cependant ouverte qu'à un nombre limité de personnes. La requête est formée par les membres de la famille, les proches, le

parquet. Le juge des tutelles peut également se saisir d'office. Néanmoins, le projet de réforme des tutelles qui est en cours de lecture au Parlement envisage d'abandonner cette saisine d'office afin d'éviter une confusion des genres où le juge se saisit et décide.

La requête est à distinguer du signalement, qui n'est qu'une mesure d'information réservée à un cercle plus éloigné de la personne protégée. Le signalement sert à signaler une altération. Il est néanmoins interdit à ce cercle plus éloigné de former une requête.

Le deuxième élément important est le constat médical. Il ne suffit pas de déclarer que telle personne a des facultés mentales altérées pour que la mesure de protection s'opère. Il faut constater médicalement cette altération par un médecin spécialiste, inscrit sur une liste détenue par le procureur. Ce constat portera sur la gravité de l'état et la qualité de spécialiste du médecin qui effectue le constat.

Enfin, quand la requête est formée, une décision judiciaire intervient. Elle est de la compétence d'un magistrat, précisément du juge des tutelles, qui prendra une décision qui elle-même est susceptible de recours devant le tribunal de grande instance.

Par conséquent, pour solliciter une mesure de protection, il faut respecter une certaine procédure.

Enfin, si le projet de réforme de tutelle aboutit, une exception sera envisageable : il s'agit du mandat de protection future. Une personne, de son vivant, alors qu'elle est pleinement capable, va pouvoir décider elle-même de son système de protection, dans le cas où ses facultés mentales viendraient à s'altérer, en délivrant un mandant à une personne choisie. Cette mesure n'est plus judiciaire, puisque le mandat sera mis en jeu sans autre contrôle du juge des tutelles. Le constat médical viendra appuyer la mise en place de la procédure.

C'est donc une exception qui peut se comprendre : on se passe du juge puisque la volonté de l'individu s'est exprimée au moment où il en avait encore les facultés.

Hormis ce cas futur, le principe de précaution fait qu'une mesure de protection est toujours une mesure judiciaire.

Si l'on fait attention à la mesure, on doit également faire attention à la personne. Longtemps, on considérait qu'une personne protégée était une personne incapable, surtout sur le plan patrimonial. Pendant un siècle et demi, on ne pensait, lorsqu'on évoquait la protection de la personne, qu'à son patrimoine. Pour s'en convaincre, il suffisait d'observer la sanction qu'on attachait à l'incapacité d'une personne : la nullité. Elle est compréhensible, s'agissant d'un acte juridique accompli par une personne incapable. S'agissant d'un acte personnel, elle est plus incertaine pour ne pas dire parfois impossible.

Depuis une trentaine d'années, on a vu fleurir dans notre législation contemporaine un certain nombre de dispositions témoignant d'une attention à la personne, au-delà de la question du patrimoine. La loi de 1968 a amorcé ce principe.

Comment se manifeste cette attention à la personne ? Premièrement, la personne doit être entendue. On ne décide pas une mesure de protection sans l'avoir auditionnée.

Le deuxième élément d'attention est la subsidiarité de la mesure. La mesure de protection ne coule pas de source. Toute solution alternative est explorée. Par exemple, dans le cas d'une personne

mariée, on favorisera une mesure qui investira le conjoint d'une mesure particulière avant de considérer la mise en place d'une mesure pure de protection.

Le troisième élément est la prise en compte de la personne dans sa chair, son corps, son esprit. Les notaires ne sont pas les derniers à avoir demandé un statut personnel. Afin de marquer que la protection ne se limite pas au patrimoine, les notaires avaient même proposé d'inverser le principe en ce qui concerne la personne et le patrimoine. On peut entendre que, sur le plan patrimonial, la personne soit totalement représentée par son tuteur. Sur le plan de la personne, ne pas savoir gérer un patrimoine ne signifie pas que l'on ait perdu toute faculté de discernement, lorsqu'il s'agit par exemple d'être opéré ou quand il s'agit du choix d'un mode de vie. Sur le plan de la personne, nous avons milité pour un statut de la personne qui favorise un principe de capacité.

Nous avons été entendus sur ce sujet car le projet de réforme en cours de lecture au Parlement est très clair : on parle d'un statut personnel de la personne avec un principe de capacité. Cette évolution législative à venir doit être favorablement accueillie dans le monde du handicap. On regrettera néanmoins que le législateur, dans sa dernière mouture, n'ait pas pensé à rassembler des dispositions un peu éparpillées illustrant le principe, sauf exceptions, de la capacité de la personne sur le plan personnel, malgré le prononcé d'une mesure de protection.

Le quatrième élément, qui n'existe pas encore mais qui est une mesure phare de la loi nouvelle, bientôt votée, est le mandat de protection future. Très prochainement en effet, une personne pourra anticiper son incapacité, et décider la façon dont elle entend être protégée, lorsque l'altération de ses facultés mentales sera constatée. Elle le fera à travers un mandat que l'on appellera un mandat de protection future.

II. Le principe de proportionnalité

Complémentaire du principe de protection, le principe de proportionnalité consiste à adapter la mesure de protection à l'altération proprement dite. A ce sujet, avec la loi de 1968, le droit français offre déjà une très belle règle graduée de protection. Une infinité de mesures ont été mises en place pour traiter une infinité de cas d'altération des facultés mentales.

Toutefois à cet égard, rien n'est figé : la vulnérabilité est une notion qui évolue. Entre 1968 et aujourd'hui, elle n'est plus nécessairement la même : de nos jours, le phénomène est susceptible de recouvrir d'autres réalités. Les évolutions économiques et démographiques de notre société en témoignent. On n'est pas seulement vulnérable du fait d'un handicap. Un individu peut être également vulnérable s'il est en marge de la société, du fait de difficultés économiques ou de difficultés à se loger. Ces vulnérabilités sont assez nouvelles dans notre société ou du moins se sont considérablement développées. Cette incapacité reste traitée aujourd'hui, par absence de dispositions plus imaginatives, par un dispositif judiciaire de protection. On s'est aperçu cependant qu'une mesure de tutelle n'était pas la plus appropriée dans ces cas. Il convenait sans doute d'envisager une mesure plus personnalisée et plus appropriée, à travers un accompagnement intellectuel et financier. Dans le projet de réforme dont je vous parle souvent depuis le début de cette intervention, nous devrions avoir une remarquable évolution sur ce sujet.

Comment envisage-t-on ces mesures de proportionnalité ?

Comme dans de nombreuses autres disciplines juridiques, la mesure de proportionnalité s'analyse en deux stades.

Le premier stade est un dispositif de protection inorganisé : quand on accomplit un acte juridique, il faut être sain d'esprit. A défaut, l'acte est nul. Cette nullité est une première manifestation de la protection. Dans ce cas, la sanction a un effet réparateur : on annule les actes signés par la personne altérée mentalement dans le souci de protéger cette personne. Cette protection s'exprime également à bon escient : si l'acte n'a pas causé de tort à la personne, on n'envisagera pas la nullité. La nullité est prononcée *a posteriori* pour le bien de la personne. De plus, elle ne peut l'être en principe que de son vivant. Après la mort de la personne, la nullité juridique des actes qu'elle a signés est exceptionnelle. Les cas d'ouverture sont spécialement définis dans le Code civil (art. 489-1 notamment) auquel par manque de temps, je me contente de renvoyer.

Le second stade de protection relève d'un système plus organisé : ce dispositif de protection est défini par la loi. Il peut d'ailleurs être anticipé.

La protection anticipée se manifeste par la mise sous sauvegarde de justice. C'est une période en quelque sorte suspecte où l'on doute des facultés mentales de la personne. Dans l'urgence, on met en place une mesure de sauvegarde.

Deux formes de sauvegarde sont légalement possibles.

- Le médecin peut révéler au procureur l'altération de la personne et demander sa mise sous sauvegarde de justice.
- La sauvegarde judiciaire peut intervenir à l'instigation du juge qui réalise que l'altération est patente. Il peut immédiatement mettre en place une sauvegarde de justice.

Une telle mesure, prise inconsidérément, peut avoir des effets désastreux. Pour cette raison, cette sauvegarde de justice est limitée dans le temps, et est suivie d'une réelle procédure judiciaire instituant une mesure de protection.

Après l'anticipation possible, vient la mesure de protection proprement dite. Dans la gamme des solutions possibles, deux mesures de protection sont envisagées : la mesure de curatelle, qui est une mesure d'assistance, et la mesure de tutelle, qui est une mesure de représentation.

La curatelle permet à la personne dont les facultés sont altérées d'être seulement assistée, et encore partiellement. Elle peut encore elle-même accomplir une catégorie d'actes, les moins importants. Pour les actes qui le sont davantage, il lui faut l'assistance de son curateur. En cas de conflit entre la personne sous curatelle et son curateur, l'arbitrage est effectué par le juge des tutelles.

La mesure de tutelle est plus grave puisqu'il s'agit d'une mesure de représentation : elle confisque l'autonomie juridique de la personne, c'est une réelle privation de liberté. Seul son tuteur peut agir. Le tuteur devra agir sous contrôle du juge des tutelles pour certains actes qui sont listés dans le code civil.

Plusieurs formes de tutelles sont envisageables. On privilégie d'abord la tutelle familiale. D'abord et avant tout, on recrute un tuteur dans la famille. La tutelle varie alors suivant le type de famille rencontrée.

Dans le cas d'une famille nombreuse et bien représentée, la famille élargie, on organise en principe un conseil de famille. Ce sont les membres de la famille les plus proches et les plus impliqués.

Dans l'hypothèse d'une famille plus rétrécie, le juge a la possibilité d'organiser une administration légale sous contrôle judiciaire. Pour les majeurs protégés, le juge peut se borner à nommer un seul administrateur qui n'agira que sous contrôle du juge des tutelles.

Dans la configuration d'une famille totalement inexistante, ou éclatée, ce qui peut revenir au même, on envisagera seulement dans ce cas une tutelle administrative ou bien encore la tutelle en gérance pour les patrimoines peu importants. Il s'agit d'une tutelle d'Etat, où l'on nomme un mandataire particulier (association tutélaire, notaire...).

Les articles 501 et 511 du Code civil permettent encore de multiplier des possibilités intermédiaires. L'article 501 permet de redonner un peu d'autonomie en cas de tutelle : le juge peut accroître la sphère d'indépendance de la personne sous tutelle en lui permettant d'accomplir certains actes. L'article 511 est le pendant de l'article 501 pour la curatelle.

Cette règle graduée des niveaux de tutelle et de curatelle mérite sans doute d'être allongée : elle ne prend plus en compte tous les types de handicap susceptibles d'être rencontrés. Elle est notamment mal adaptée aux incapacités sociales et économiques qui se sont considérablement développées ces dernières années, et dont sont victimes certains individus. La réforme à laquelle je faisais allusion tout à l'heure devrait permettre de combler ces manques.

La première évolution emportera un volet social. Il s'agit de la possibilité d'une mesure d'accompagnement social. Il ne s'agit plus de priver l'individu de son autonomie, et partant de sa capacité, mais au contraire de façon plus positive d'offrir une aide intellectuelle afin que la personne puisse gérer convenablement et utilement ses ressources. Cette mesure serait mise en place par le département pour toute personne dont la santé ou la sécurité est menacée par les difficultés qu'elle éprouve à gérer ses ressources. C'est une aide personnalisée. Cette mise en œuvre ferait l'objet d'un contrat entre le président du Conseil général et la personne elle-même. La personne signera un contrat d'assistance pour être aidée. Si cette mesure devait échouer, la loi nouvelle réserve au juge d'ordonner une mesure plus autoritaire, dite mesure d'accompagnement judiciaire destinée à rétablir l'autonomie de l'intéressé dans la gestion de ses ressources. Cette mesure conserve intacte cependant la capacité de l'individu, qui serait alors seulement assisté au quotidien pour gérer ses ressources et préserver des conditions de vie élémentaires.

Voici comment est envisagée la protection de la personne vulnérable. J'ai conscience que cet exposé est très rapide, trop rapide, mais il a le mérite à mon sens de vous inviter à me poser quelques questions.

Jean-Marc LE GRAND

Dans la thématique évoquée, qui présente un nouveau dispositif d'accompagnement social, on peut entrevoir un nouveau champ de fonctionnement pour nos services d'accompagnement.

Clélia PRIEUR

Un point important qui mériterait d'être ajouté à l'exposé de Maître Potentier est la limitation à cinq ans de la mesure de protection judiciaire incluse dans le projet de réforme évoqué. Le principe est que chaque mesure sera limitée à cinq ans au maximum. Il faudra tous les cinq ans initier une

nouvelle instruction, sauf dans le cas exceptionnel d'une personne dont l'incapacité ne peut de fait évoluer (une personne née handicapée).

Le deuxième élément important est l'audition systématique de la personne, qui est réaffirmée dans le projet de loi.

Le troisième élément est la priorité à la famille qui est réaffirmée dans la réforme qui existait déjà mais qui est réaffirmée.

Michelle CROE

Je souhaiterais souligner une attente concernant la réforme évoquée : la formation des délégués à l'appel, dont les compétences sont à la croisée des domaines judiciaire et social. Sur ce point, une clarification semble nécessaire.

Jean-Marc LE GRAND

Sur le même registre, j'aurais souhaité soulever un point dans le projet de réforme qui nous semble inquiétant : il s'agit du point qui prévoit que, dans les établissements médico-sociaux, les responsables devraient endosser le rôle du délégué des tutelles. Cela nous semble contradictoire avec la mission des responsables d'établissements, qui doivent le suivi et la défense individuelle de la personne protégée.

Philippe CALMETTE

Le conseil national et les parlementaires se sont prononcés sur ce point : l'Assemblée nationale a supprimé pour partie cette disposition. Dès que le projet de réforme a été présenté, nous avons consulté les associations de défense et les associations de tutelle, mais également les associations gestionnaires d'établissements.

Un point a fait l'unanimité : il n'est pas possible de confondre un mandataire de justice avec un salarié d'association. Il y a effectivement un conflit d'intérêts : on ne peut être juge et partie. Il y a avait là une distorsion dans la notion de contrat de séjour. On voyait apparaître des salariés avec des statuts complexes, tant du point de vue du droit que du fonctionnement quotidien, et qui faisaient peser un risque évident pour la personne handicapée. Nous avons été entendus par le législateur en première lecture à l'Assemblée nationale afin que cette double fonction de mandataire de justice et de salarié d'association soit supprimée. La difficulté qui reste est que cette suppression n'est intervenue que pour des associations de droit privé. En revanche, la possibilité de cumul a été autorisée pour les établissements publics. Nous jugeons cela choquant, car cela sous-entend qu'il y a une présomption de moralité supérieure des établissements publics. Nous sommes en train d'agir pour que cette disposition soit également supprimée pour les salariés d'établissement public. Nous avons déposé des amendements qui seront présentés au Sénat lors de la lecture le 14 février.

Je souhaitais enfin revenir sur l'intervention concernant la formation. L'enjeu de la formation est majeur pour le bon fonctionnement des associations tutélaires. Nous avons plusieurs conventions

collectives du secteur qui sont bien structurées pour les salariés, à l'exception du statut de salariés d'associations tutélaires. C'est ici un enjeu majeur pour les gestionnaires d'association.

C'est un chantier qui est sur le point d'aboutir.

Jean DAUBERT

Je souhaitais interroger les intervenants sur l'opportunité de mettre mon fils épileptique sous tutelle. Dois-je attendre la mise en place de nouvelles mesures ? Que deviendront ces mesures de tutelle lorsque la nouvelle mesure aura été mise en place ?

Daniel GUEUX

Je suis le tuteur de mon fils. Lorsque je ne serai plus apte de présenter le compte rendu de la personne handicapée au juge, pourrai-je désigner la personne de mon choix pour prendre le relais ?

Maître Philippe POTENTIER

Concernant la question de Monsieur Daubert, je rappellerai que nous sommes dans un principe de nécessité. Ce n'est pas vous qui allez décider du moment de la protection. Le critère objectif est l'altération avérée, et dans cette hypothèse le juge des tutelles prendra en toute circonstance la décision de la protection.

Vous pouvez donc dès maintenant former une requête auprès du juge des tutelles, si vous estimez qu'il doit être protégé. Le juge vérifiera néanmoins l'altération réelle des facultés de votre fils, en s'appuyant sur un constat médical.

Quant à la question suivante, je préciserai qu'il est actuellement impossible de désigner un tuteur de votre choix. Mais cette impossibilité ne devrait pas perdurer. Le projet de loi actuel ouvrirait clairement cette possibilité.

Huguette BRIET

Le projet de loi devrait entrer en vigueur en le 1^{er} janvier 2008. Il y aura une période d'adaptation pour les mesures en cours. Les mesures seront révisées graduellement. L'entrée en vigueur de la loi n'a pas d'incidence sur la décision que vous devez prendre aujourd'hui.

Maître Philippe POTENTIER

Avec le projet de réforme actuel, il sera également possible de rédiger un mandat de protection future, pour le cas de sa propre incapacité future. La forme de ce mandat sera libre : sous seing privé ou par acte notarié. Si le mandat est sous seing privé, il s'agira ni plus ni moins de la possibilité de désigner un tuteur. Si le mandat est rédigé par acte notarié, il sera possible au mandant de définir de façon plus large les pouvoirs du mandataire.

Le mandat de protection future sera également réservé au dernier vivant des père et mère, capable, qui exerce l'autorité parentale sur son enfant mineur ou qui assume la charge matérielle et affective de son enfant majeur.

Madame SORET

Je souhaite revenir sur la question de l'hypothèque.

Maître Philippe POTENTIER

L'hypothèque est une question de garantie. Elle permet de faciliter la récupération des sommes récupérables. Si une hypothèque est prise, on privilégiera les sommes garanties par l'hypothèque. Dans les faits, on voit de moins en moins d'hypothèques prises au profit du département.

Madame VAN GAMPELAERE

Je suis juge des tutelles à Tours.

Je souhaiterais apporter une précision. Il a été question d'un renouvellement de l'instruction tous les cinq ans pour les décisions de mise sous tutelle. Il ne s'agit pas de dire qu'on réexamine les dossiers tous les cinq ans seulement. Il ne faut pas perdre de vue que la tutelle est une aliénation. Les cas peuvent être réexaminés librement, même avant une période de cinq ans : la situation n'est pas figée.

Il a été également fait référence à la réforme, que nous avons été nombreux à appeler. Il manque des moyens pour l'appliquer : au tribunal d'instance de Tours, nous sommes deux magistrats qui assurons la fonction de juge des tutelles, et l'on considère qu'il y a un juge des tutelles pour 4 800 demandes.

Maître Jacques COMBRET

Je remercie très sincèrement les organisateurs de ce colloque et l'assemblée présente de l'intérêt qu'ils témoignent pour le sujet du handicap.

Je trouve le titre du colloque très évocateur, car on y retrouve tous les éléments essentiels. Il me semble qu'il permet de mettre en valeur le triptyque de la famille, de la collectivité publique et du monde associatif

- Lorsque l'on touche à ce type de question, la famille a un rôle central. Pour l'avoir vécu moi-même, il est certain que la vie n'est pas la même lorsque l'on est confronté au handicap.

- On a alors souvent besoin de l'assistance de la collectivité publique sous tous ses aspects.

- Enfin, l'engagement du monde associatif est indispensable au bon fonctionnement de la société, et il convient de rendre hommage à tous ses membres bénévoles ou salariés. Une association permet de fédérer les énergies, d'informer. Ainsi un échange tel que celui d'aujourd'hui permettra de relayer les informations juridiques reçues. N'oublions pas non plus qu'une association permet de

revendiquer c'est-à-dire de faire entendre la voix de ceux qu'elle défend afin d'améliorer leur situation.

Si vous êtes si nombreux, c'est que vous êtes convaincus de l'importance de votre engagement. Il est essentiel de rappeler que vous ne vous êtes pas investis sur une question marginale. Trop souvent, nos médias se focalisent sur le détail. Ici, nous parlons de centaines de milliers de personnes.

Nous savons qu'aujourd'hui plus de 1% de la population française bénéficie d'un régime de protection. Dans un rapport du Conseil économique et social relatif au projet de réforme du droit des personnes protégées paru en septembre, il est expliqué qu'en 2010, un million de personnes seront sans doute concernées par des mesures judiciaires telles que la tutelle ou la curatelle. Celles-ci connaissent depuis plusieurs années un taux de croissance considérable.

On constate également une évolution dans la manière dont sont mises en place ces mesures de protection. A l'heure actuelle, il y a plus de curatelles que de tutelles. En entrant plus dans le détail, on constate que plus de 90% de ces curatelles sont des curatelles aggravées, c'est-à-dire où les droits de la personne protégée sont limités.

En dehors de ces quelques données chiffrées, il convient de rappeler que le projet de loi portant réforme du droit des personnes protégées tend à revaloriser le rôle de la famille. On constate actuellement un recul des mesures qui sont confiées à la famille. Elles ne représentent guère plus de la moitié des mesures.

Lorsque l'on examine enfin la population des personnes placées sous un régime de protection, on est frappé par son hétérogénéité. Quatre publics sont touchés par ces régimes :

- Les personnes âgées, les personnes frappées de handicap, celles atteintes de troubles psychiatriques et celles souffrant d'exclusion sociale.

L'allongement de la durée de la vie constitue un facteur aggravant, avec notamment l'augmentation des cas de maladie d'Alzheimer (200 000 cas découverts par an). Entre 1999 et 2003, le nombre de personnes protégées de plus de 70 ans est passé de 48 à 52%.

Ajoutons les progrès de la médecine qui aident à améliorer l'espérance de vie des plus fragiles d'entre nous. Par suite, de plus en plus de parents ont la conviction que l'enfant handicapé dont ils ont la charge va leur survivre et s'interrogent sur son avenir après leur décès.

* Où en sommes-nous sur le plan de l'évolution de nos règles juridiques applicables aux personnes protégées ? La législation va changer de manière certaine et Me Potier y a déjà fait allusion à diverses reprises depuis ce matin. Comme toujours, lorsqu'on observe notre système législatif, on peut considérer que le verre est à moitié vide ou à moitié plein.

- D'un point de vue négatif, il apparaît que le cadre juridique actuel n'est pas exempt de critiques. Le Conseil économique et social dans son rapport précité a évoqué trois niveaux de critiques : il considère qu'il s'agit d'un droit éclaté, d'un droit contourné, d'un droit lacunaire.

- Ce droit est effectivement éclaté, car lorsqu'on traite de ces questions, de nombreux codes sont concernés et il faut aller chercher ici ou là la réponse à telle ou telle question. Une amélioration est espérée avec la réforme en cours mais on ne peut craindre qu'elle reste largement insuffisante.

- Il faut également reconnaître que c'est un droit contourné, qu'il s'agisse du principe de nécessité, de subsidiarité ou de proportionnalité, tous indiscutablement battus en brèche. Par manque de moyens, le principe de nécessité n'est pas suffisamment pris en compte. Par ailleurs, le principe de subsidiarité est trop souvent bafoué. Si on se penche sur la proportionnalité, il est vrai qu'aujourd'hui, par manque d'outils à disposition des magistrats, les mesures les plus adaptées ne sont pas toujours prises. En effet, le sacro saint principe de précaution a pour conséquence qu'en cas de mise en place d'une mesure de protection la tentation d'aller trop loin est grande.

- Enfin, notre droit est lacunaire : la loi en cours de discussion va essayer de combler certains vides au regard par exemples d'outils de protection mieux adaptés et surtout laissant plus de place à l'expression de la volonté individuelle.

A ces critiques justifiées, il convient d'ajouter le fait que notre système législatif actuel est centré pour l'essentiel sur la protection du patrimoine et non sur celle de la personne elle-même. Le respect des droits de l'homme, la prééminence du bien-être de la personne ne sont pas assez abordés. Notre système est probablement insuffisamment contrôlé et régulé. Un très intéressant rapport datant de 1998 réalisé conjointement par les Inspections des Finances, des Services judiciaires et des Affaires sociales constatait une absence de mécanisme régulateur de flux et une masse trop importante des procédures imposées aux juges. Par ailleurs, Ce rapport dénonçait un système financier jugé par certain coûteux et insuffisant.

- D'un point de vue positif, il y a de multiples motifs de rester optimistes :

- Nos magistrats sont admirables : ils arrivent à faire fonctionner le système malgré un manque flagrant de moyens : en équivalent temps plein, 80 juges des tutelles traitent près de 800 000 mesures de protection. S'il est fait référence à cette notion d'équivalence temps plein, c'est tout simplement parce que les magistrats exerçant la fonction de juge des tutelles sont les juges d'instance. Or ceux-ci ne peuvent généralement consacrer qu'une part très réduite à leur rôle de juge des tutelles du fait des nombreuses tâches variées qu'ils remplissent. A titre d'exemple, actuellement dans mon département en raison de la vacance de certains postes, un juge des tutelles assume la responsabilité de deux tribunaux d'instance hormis ceux dont il est titulaire.

- Tout ne va pas mal non plus au niveau de nos associations qui font des miracles, grâce à l'extraordinaire mobilisation de l'ensemble de leurs membres et collaborateurs.

- Les départements sont également impliqués et exercent de grandes responsabilités en la matière ainsi qu'une lourde charge financière.

- La jurisprudence a comblé certaines lacunes de la loi : elle a par exemple affirmé et précisé certains principes notamment en matière de protection de la personne.

- Enfin, notre système législatif n'est pas resté inactif. A titre d'exemple, la toute récente loi du 23 juin 2006 portant réforme du droit des successions et des libéralités contient déjà des outils extraordinaires applicables depuis le 1^{er} janvier dernier, notamment en matière de donation ou de dispositions testamentaires.

- Il n'empêche que la réforme du droit des majeurs protégés était devenue urgente. Où en est-elle actuellement ?

- L'an dernier, tout le monde s'est uni dans le but de la faire aboutir avant la fin de l'actuelle législature. Il convient de saluer l'action prépondérante de Monsieur Jean-Paul Delevoye, Médiateur de la République, celle de la profession notariale qui pendant les deux années précédentes avait travaillé sur la question des personnes vulnérables, thème de son congrès 2006 qui a permis de réunir des acteurs de tous horizons pendant 4 jours à Strasbourg en mai dernier. Nous étions au total plus de 4000 ! Il y fut largement relayé l'action importante de l'ensemble des associations familiales. Le tout a permis d'exercer une forte influence sur la décision des ministres concernés. Nous avons été entendus, puisqu'à Strasbourg, notre Garde des Sceaux puis le ministre de la famille promirent tour à tour que la réforme sortirait avant la fin de la législature.

Malgré un calendrier parlementaire très chargé, l'engagement pris a été respecté. Une procédure d'urgence a été mise en place : un seul vote à l'Assemblée, un seul vote au Sénat, suivi s'il y a lieu d'une commission mixte paritaire réunissant des représentants des deux assemblées afin d'aboutir à un texte commun.

A cette heure, il est possible d'annoncer que le texte va être voté dans les quinze jours qui viennent. En effet, le Garde des Sceaux a été auditionné le 6 février, et les débats sont à l'ordre du jour mercredi et jeudi prochain. Dans les semaines qui suivront, le texte devrait être promulgué. Pour autant, il n'entrera probablement pas en application immédiatement : des décrets devront être mis en place, et la question financière devra être réglée. De ce fait, la réforme sera normalement applicable au premier janvier 2009.

Je conclurai à propos de ce projet de loi par un sentiment mélangé de joie et de regrets. Joie, car cette réforme est le fruit du travail laborieux et conjugué de nombreux intervenants du monde du handicap. Regrets car un texte aussi important aurait pu encore être amélioré. Il est notamment regrettable qu'il ne fasse l'objet que d'un débat parlementaire limité.

Mais ne faisons pas la fine bouche : la réforme annoncée va représenter une avancée considérable et rien n'interdira dans l'avenir de l'améliorer.

- Il est temps pour moi de transmettre le relais au prochain intervenant. Ce matin, les questions liées aux aides publiques et à la protection du handicap ont fait l'objet de développements et d'échanges très riches. Nous allons maintenant aborder les questions de patrimoine familial, de sa transmission.

La présence d'une personne handicapée au sein d'une famille impose d'examiner avec encore plus d'attention la transmission du patrimoine. Mieux celle-ci sera organisée, mieux sera assurée la quiétude des parents. Certains d'entre eux, par crainte de voir les biens transmis à un enfant handicapé être récupérés par l'aide sociale, pensent qu'il est préférable de léguer peu de patrimoine à leur enfant handicapé. D'autres considèrent leurs enfants valides et handicapés de la même manière et souhaitent par conséquent leur léguer un bien équivalent. Une troisième catégorie de parents estime qu'il faut avantager l'enfant handicapé afin d'améliorer sa situation. Au final, la

question est bien de savoir ce que l'enfant obtiendra du patrimoine des parents soit de leur vivant à travers des donations soit au moment de leur décès.

Il apparaîtra ensuite une autre question, celle de la transmission du patrimoine de l'enfant. Cette préoccupation est de plus en plus fréquente et de nouveaux outils vont en faciliter le règlement.

Henri LENOUVEL va nous proposer maintenant, sur les deux aspects de la transmission du patrimoine au profit d'une personne protégée et de la transmission du patrimoine de la personne protégée, une analyse très complète.

Maître Jacques HARDY

Je souhaiterais remercier Maître Combret de sa visite et souligner la solidarité du corps notarial : en faisant appel à la profession, j'ai trouvé une équipe disponible et volontaire qui vient de Marseille, de Rodez, de Saint-Etienne ou de Louviers. Toute la France se mobilise pour répondre aux questions de parents de personnes handicapées.

La transmission d'un patrimoine au profit d'une personne protégée



Maître Henri LENOUVEL

Notaire à Marseille

Rapporteur de la Quatrième commission du Congrès des notaires de France

Que deviendra mon enfant handicapé quand je ne serai plus là, ou lorsque je ne serai plus capable de m'occuper de lui ? S'il a des frères et sœurs, quelle charge représentera-t-il pour eux ?

En matière de patrimoine, il s'agit, non seulement de transmettre un patrimoine à la personne vulnérable, mais également de se préoccuper de la transmission de son propre patrimoine.

Deux préoccupations existent en matière de transmission à la personne vulnérable : celle de lui procurer un toit, et celle de lui assurer un minimum pour vivre. Il faut savoir utiliser les bons outils et faire des choix appropriés. Quatre axes de choix sont envisageables :

- le choix du moment de la transmission ;
- le choix des éléments de la transmission ;
- le choix des modalités de la transmission ;
- le choix de la gestion des biens transmis.

I/ LE MOMENT DE LA TRANSMISSION

Il convient d'arbitrer entre anticiper la transmission ou la retarder.

A/ Anticiper la transmission

J'évoquerai tout d'abord la transmission anticipée. On peut anticiper de manière concertée ou de manière imposée. Les parents peuvent souhaiter anticiper la transmission d'une manière concertée, sous forme de donation ou de donation-partage. Ils peuvent également l'imposer sous forme de testament. Le testament est un mode plus autoritaire. Les enfants n'ont alors pas d'autre alternative que d'accepter les dispositions testamentaires ou renoncer à l'ensemble de la succession. Cette méthode permet toutefois aux parents d'adapter leur testament ou de le modifier à tout moment jusqu'au jour de leur décès.

Trois motivations à la transmission peuvent être identifiées :

- Pour un couple parent d'une personne handicapée, la transmission répond à la motivation de stabilité du patrimoine.
- En cas de décès d'un conjoint, la transmission répond au souhait de gestion indépendante du patrimoine par le conjoint survivant.
- En cas du décès des deux parents, cette transmission répond à la volonté d'organisation du patrimoine.

B/ Retarder la transmission

Plutôt que d'anticiper la transmission, on peut souhaiter la retarder. Je pense ici aux mécanismes de la communauté universelle avec clause d'attribution intégrale au conjoint survivant. Le régime adopté permettra au conjoint survivant d'être propriétaire de l'intégralité du patrimoine des époux, lui permettant d'organiser au mieux et sans contrainte, la vie future de son enfant handicapé. Pas de tracasseries de comptes à rendre, d'indivision, de demandes en partage ou d'autorisation judiciaire.

Il serait toutefois dangereux que ce régime soit présenté comme la panacée. Certains de ses inconvénients ne sont pas négligeables : accord des deux époux obligatoire dans les domaines de la co-gestion, perte du pouvoir de disposer à titre gratuit séparément, perte de la liberté de tester par le prémourant. Au point de vue fiscal, il ne sera appliqué qu'un seul abattement au décès du second au lieu de deux. Au niveau économique, le conjoint vieillissant, lui-même devenu vulnérable est-il toujours le mieux à même de gérer le patrimoine ?

Rappelons que notre droit positif est riche en clauses et que chaque famille peut bénéficier de dispositifs adaptés. Pourront être ainsi utilisées par exemple les clauses relatives à la composition et au partage de la communauté moyennant indemnité ou même la clause d'acquisition ou d'attribution de bien propre du prémourant ou la clause de préciput.

II/ LES ELEMENTS DE LA TRANSMISSION

Lorsque l'on a choisi d'anticiper ou de retarder la transmission, se pose la question des éléments à transmettre. Quatre points sont à considérer.

- Dois-je transmettre un capital ou un revenu ?
- Si je transmets un revenu, dois-je le transmettre en argent ou en nature ?
- Quels sont les outils à ma disposition ?
- Quelles sont les contraintes ?

A / La transmission en capital ou en revenu

La question du capital ou du revenu est souvent une préoccupation majeure des parents qui estiment que leur enfant handicapé a *a priori* davantage besoin d'un flux de revenus que d'un capital afin d'assurer sa vie quotidienne. Le choix des parents de transmettre des revenus ou un capital va dépendre de nombreux critères, mais plus particulièrement de la nature du handicap. S'il s'agit d'un enfant handicapé mental qui n'aura pas d'enfant, on sera tenté de lui transmettre des revenus, tandis que l'on transmettra un capital aux autres enfants. Cette transmission pose souvent le problème du respect de la réserve héréditaire ainsi que de la récupération des aides sociales.

B/ La transmission de revenus en argent ou en nature

La transmission de revenus à l'enfant handicapé peut s'effectuer sous forme de revenus en argent ou en nature. Pour certains, il s'agira d'assurer des rentrées suffisantes pour assurer un niveau de vie. Pour d'autres, il s'agira de procurer un logement à cet enfant en évitant qu'il puisse vendre et dilapider l'argent. Pour d'autres encore, il s'agira de s'assurer que certaines personnes de l'entourage pourront prodiguer soins et attention à l'enfant, il s'agira alors d'un revenu en nature.

C/ De quels outils dispose-t-on pour transmettre le patrimoine ?

Il peut, comme nous l'avons vu précédemment, s'agir de la constitution d'un revenu ou d'un capital.

1°) La constitution de revenus

La constitution de revenu peut s'effectuer à titre gratuit ou à titre onéreux ; il peut également s'agir de la constitution d'une assurance.

a) La constitution de revenus à titre gratuit

Trois exemples peuvent éclairer la constitution de revenu à titre gratuit.

Le premier est la mise à disposition d'un logement, qui constitue un revenu en nature à titre gratuit. On sera là très vigilant sur la qualification juridique de cette mise à disposition. S'agit-il d'une donation ou d'un prêt ? S'il s'agit d'une donation, sera-t-elle rapportable (avance sur patrimoine) ou s'effectuera-t-elle hors parts successorales ? Il sera la plupart du temps très utile de le préciser par testament.

Le deuxième exemple est l'utilisation des libéralités en usufruit. Faire de son vivant une donation en usufruit peut constituer une source de sécurité pour un enfant handicapé. On peut également envisager de constituer une rente viagère ou de léguer en usufruit un bien à une personne handicapée et la nue-propriété à sa sœur ou à son frère. Cette combinaison nous est souvent demandée. Il pourra parfois être fait bon usage du démembrement de clauses bénéficiaires dans les contrats d'assurance-vie, avec obligation d'emploi.

Le troisième exemple est celui d'une donation avec charge. On peut donner un bien à l'enfant non atteint de handicap avec l'obligation de verser une rente viagère à son frère ou sa sœur. On peut également instituer une obligation de soins.

b) La constitution de revenus à titre onéreux

La constitution de revenu à titre onéreux peut prendre différentes formes.

- **la rémunération du travail**

Certains effectuent chez leurs parents des travaux qui pourraient faire l'objet d'une rémunération.

-

La vente d'un bien contre rente viagère est également un moyen de dégager une source de revenu régulier pour l'enfant handicapé. L'attention doit ici porter sur le risque de non-paiement de la rente viagère.

- **la vente à charge de soin**

L'acquéreur doit s'engager à prodiguer des soins à la personne vulnérable. Cette disposition, d'antan commune dans nos campagnes, semble un peu désuète, et mériterait d'être revisitée.

- **Le prêt viager hypothécaire.** L'interrogation sur l'avenir de ce nouveau type de prêt constitué pour les personnes âgées se pose. Ce prêt permet d'emprunter auprès d'une banque des sommes qui sont versées en une fois ou par mensualité. La banque est payée au décès de l'emprunteur et a pour garantie le bien immobilier.

c) L'assurance-vie

Il existe des contrats d'assurance vie classiques ainsi que des contrats dédiés aux handicapés (tel que le contrat rente survie ou le contrat épargne handicap). Ces contrats peuvent être utilisés par les parents en faveur des personnes handicapées, et peuvent inclure des clauses particulières sur l'usufruit et la nue propriété. Le projet de loi actuel permet de désigner de manière claire qu'un enfant handicapé peut lui-même désigner un bénéficiaire avec l'accord du juge des tutelles et son tuteur.

2°) La constitution d'un capital

a) à titre gratuit

La constitution en capital peut s'effectuer à titre gratuit. On ne saurait trop conseiller ce formidable outil que constitue la donation-partage, qui va connaître un nouvel essor avec la donation transgénérationnelle, permettant de faire intervenir lors de la donation-partage des enfants et des petits-enfants, ainsi que les donations partages en présence de familles recomposées.

Les techniques classiques du testament et de la donation sont bien sûr toujours d'actualité mais la rénovation de certains outils comme la libéralité résiduelle ou la libéralité graduelle constituera souvent une belle opportunité pour les familles. Je reviendrai sur ce point tout à l'heure.

b) à titre onéreux

On aurait tort me semble-t-il de bannir l'investissement à titre onéreux du capital d'une personne vulnérable. Il s'agira bien entendu de choisir avec minutie le choix du type d'investissement en fonction du degré d'autonomie de la personne, de ses besoins réels et surtout de sa capacité à exprimer ses volontés. Un des gros problème de la constitution d'un patrimoine à titre onéreux d'une personne vulnérable reste cependant la discrimination à l'accès au crédit du fait de la non assurabilité de certaines personnes atteintes de certaines pathologies.

D/ Les contraintes et les gardes fous de la loi

Elles sont constituées par les règles du rapport et de la réserve héréditaire. Le rapport a pour but de préserver l'égalité entre les héritiers, la réserve de préserver un minimum de droits aux héritiers réservataires. Tout héritier doit en principe rapporter à ses co-héritiers ce qu'il a reçu du défunt. Sauf dispositions contraires une donation est faite en avance de part successorale, un testament hors part successorale. Le rapport est dû au moment du partage mais c'est à la date du décès que s'effectue le calcul de la réserve. Il peut être dérogé aux règles du rapport mais celles de la réserve

sont d'ordre public. Le principe de la réserve héréditaire est que chaque enfant doit recevoir une part en pleine propriété minimale, nette de toute charge. Ce principe interdit de pouvoir être rempli de sa réserve au moyen d'un simple allotissement en usufruit ou en nue-propriété. Or nous avons vu que cet allotissement pouvait rendre de grands services. Le principe de l'absence de charge a pour conséquence l'impossibilité de recevoir sa réserve grevée du service d'une rente viagère

Cela n'interdit pas de transmettre à charge de rente viagère, ou de transmettre un bien en usufruit ou en nue-propriété, à condition que chaque enfant dispose de son minimum légal.

Une autre problématique provient de la loi du 23 juin 2006. Cette loi a introduit dans notre droit la possibilité pour un héritier de renoncer par avance à une action en réduction.

Prenons un exemple : Monsieur Dupont a deux fils : Jean-Pierre et Michel, qui est handicapé et sans revenu. Monsieur Dupont effectue une donation partagée pour ses enfants : il transmet une maison d'une valeur de 350 000 euros à Michel et un bien d'une valeur 100 000 euros à Jean-Pierre. Chaque enfant devrait recevoir lors de la succession au moins 450 000 euros (350 000 + 100 000). Monsieur Dupont et Jean-Pierre conviennent d'un pacte successoral (RAR) devant leur notaire, dans lequel Jean-Pierre renonce à son action en réduction et désigne son frère comme bénéficiaire. Au décès de Monsieur Dupont, Jean-Pierre ne pourra pas réclamer l'indemnité malgré l'atteinte portée à sa réserve.

L'exemple est plus frappant avec une donation simple consentie au bénéfice d'un enfant handicapé. Le frère, du vivant des parents, renonce par avance à une action en réduction. Au moment de la renonciation, il sait qu'il sera alloti de biens qui pourraient entre-temps être consommés par les parents, ce qui l'amènerait à n'hériter de rien. Sa renonciation sera définitive. Il faudra donc être extrêmement prudent lors de cette action en renonciation. Le formalisme qui encadre cette action est extrêmement rigoureux.

La renonciation peut prendre deux formes : soit renoncer à une part de réserve, soit renoncer à l'une des caractéristiques de cette réserve comme par exemple accepter d'être alloti en usufruit et en nue-propriété. La loi prévoit que l'enfant non handicapé peut renoncer au profit de son frère handicapé. Peut-on faire l'inverse, c'est-à-dire l'enfant handicapé peut-il être alloti de l'usufruit ou de la rente viagère uniquement ? La loi du 23 juin semblait ouvrir cette possibilité puisque la capacité de donner du majeur handicapé a été étendue aux collatéraux. Cette possibilité a été écartée par la réforme des tutelles.

II/ LES MODALITES DE LA TRANSMISSION

En ce qui concerne les modalités de la transmission, nous avons vu que nos outils sont riches et variés, et qu'ils peuvent être utilisés en même temps. On peut combiner les règles testamentaires, les donations, l'assurance vie et la technique des sociétés civiles. C'est bien l'utilisation de ces différentes techniques, de manière souvent concomitante qui permettra une meilleure transmission et une meilleure gestion des biens de la personne vulnérable. Il m'est difficile ici en aussi peu de temps de développer ces points que j'aborde donc pour mémoire.

III/ LA MISE EN PLACE DE LA GESTION

Il ne s'agit pas seulement de transmettre un capital ou un revenu à une personne handicapée, il s'agit aussi de savoir comment le gérer.

A / La gestion des biens

Deux points seront évoqués quant à la gestion des biens. Le premier concerne l'indivision, qui devrait être organisée, en constituant des conventions d'indivision et être utilisée plus fréquemment.

Le second point concerne les sociétés civiles. La liberté contractuelle permet de prévoir la nomination d'un gérant qui sera doté de larges pouvoirs de gestion lui permettant de gérer le patrimoine de son frère ou de sa sœur handicapé, titulaire d'une grande partie des parts sociales. Dès l'instant de son immatriculation, la société acquiert une personnalité distincte et indépendante de la personnalité des associés. La capacité juridique de la société est indépendante des personnes qui la composent. L'idée est de concentrer les pouvoirs de gestion entre les mains du gérant pour laisser à l'associé un rôle très passif tout en maintenant à travers cette structure une sécurité de revenu. La société civile est capable de contracter alors qu'elle comporte en son sein des associés incapables. La participation à la vie de la société devient un acte d'administration, même si la société prend des décisions de disposition. La rédaction des statuts se révélera d'une grande importance notamment en ce qui concerne la définition de l'objet social, des pouvoirs du gérant ou l'exercice du droit de vote. Néanmoins, il est certain que l'accord du juge des tutelles est impératif. Il contrôle l'entrée de la personne dans la société par succession, donation, apport ou achat

B/ La gestion de la vie courante

Nous terminerons l'exposé sur la gestion de la vie courante : quels sont les apports de la nouvelle loi ?

Le premier apport de la loi nouvelle est la possibilité de signer un mandat posthume : il s'agit d'un contrat qui permet de désigner, de son vivant, une ou plusieurs personnes dont la mission est de gérer sa succession pour le compte et dans l'intérêt d'une ou plusieurs personnes identifiées. Ce type de mandat doit être utilisé uniquement quand il y a un intérêt légitime et sérieux : la présence d'un enfant handicapé constitue un intérêt légitime et sérieux pour la signature d'un tel mandat.

Cela permet, pour les parents qui ont un enfant handicapé qu'ils n'ont pas souhaité mettre sous tutelle, de désigner un mandataire qui pourra gérer leur succession pendant une période de deux à cinq ans, en attendant que l'enfant bénéficie d'un système de protection. Les pouvoirs du mandataire sont toutefois limités à la gestion et à l'administration des biens ou de certains biens de la succession. Autre élément important : le mandataire exerce ses fonctions alors même qu'il existe un enfant mineur ou un majeur protégé. Le mandat posthume est donc opposable au représentant de l'incapable à qui le mandataire doit rendre compte.

Un apport majeur de loi future consistera en la création le mandat de protection future, évoqué précédemment par Maître Potentier. Je souhaiterais insister sur l'une de ses dispositions. Il a été question d'un mandat de protection future pour soi. Les parents d'un enfant handicapé devenu majeur peuvent aussi établir un mandat de protection future en désignant la personne chargée de sa protection et en établissant les clauses du mandat. Ce mandat prendra effet le jour du décès des parents ou au jour où le dernier des parents ne pourra plus prendre soin de cet enfant. Ce mandat sera probablement d'un grand secours pour les parents qui ne souhaitent pas entrer dans un régime de tutelle pour leur enfant tant qu'ils sont à même de s'occuper de lui.

Dominique PROU

Je suis la sœur d'un handicapé mental dont la mère assure la tutelle depuis le décès du père. Nous sommes une famille nombreuse sous régime d'indivision familiale avec propriété. Mon frère aîné étant handicapé de naissance, il touchait une aide sociale dans le cadre du CAT. Ma mère est toujours apte à assurer la tutelle, mais se voyant vieillir, elle souhaite régler cette indivision familiale qui a été faite dans l'urgence au moment du décès de mon père. Nous nous trouvons actuellement face à un problème considérable, notamment vis-à-vis de la récupération de l'aide sociale et de l'indivision familiale que nous avons avec les autres frères sur un bien immobilier. Maître Lenouvel a parlé d'une convention d'indivision. Malheureusement, les dispositions n'étaient les mêmes qu'aujourd'hui il y a vingt ans, notamment concernant la reconnaissance du handicapé mental dans l'indivision.

Maître Henri LENOUEL

Vous exposez ici un problème fréquent. Un parent décède et la famille se retrouve en situation d'indivision qu'elle gère par défaut. Il s'agit de déterminer ce que l'on veut faire de l'indivision. Sans être exhaustif, on peut rappeler qu'on peut passer sur une donation partage, avec différents allotissements, ou sur un système de rente viagère, ou encore sur un système de société civile. Ce n'est pas parce qu'une situation n'est pas organisée au départ qu'on ne peut pas la modifier. En la matière, les familles se sentent souvent coincées dans une situation insurmontable. Il s'agit là de lister les problèmes concrets et de trouver avec le notaire les montages et les solutions appropriées.

Maître Jacques COMBRET

Il me semble qu'il s'agit d'un faux problème. Tant que le frère handicapé est en vie, la situation de l'indivision est figée. Si votre mère décède, vous sortirez de l'indivision par un partage ou par la vente du bien. Ce n'est qu'au moment où votre frère mourra qu'il y a aura éventuellement recours sur la succession pour la récupération de l'aide sociale. Si on ajoute que les risques de récupération ont largement diminué, il semble que l'inquiétude n'est pas systématiquement justifiée. Dans votre cas, la présence d'un frère handicapé dans une indivision n'est pas insurmontable et l'aide sociale n'est pas paralysante.

Odile LABELLE

Je suis la vice-président de l'ASFHA. Je souhaitais exposer mon cas qui concerne la récupération. Nous vivons en indivision, et l'aide sociale conduit à une hypothèque sur la totalité des biens de l'indivision. La personne handicapée demande à récupérer sa part au moment de la vente. Que devons-nous faire ?

Maître Jacques COMBRET

On ne peut que constater l'efficacité limitée de l'inscription hypothécaire relative à une dette personnelle à l'un des co-indivisaires sur un bien indivis. Il semble ici que l'administration a commis une erreur de droit. Imaginons que, lors du partage du bien entre vous et vos frères et

sœurs, le bien soit attribué à vous et non à la personne handicapée; l'hypothèque tombera à l'instant même. Dans ce cas, l'hypothèque ne sert à rien.

Françoise PECLIN

Existe-t-il des dispositions particulières quand l'enfant handicapé est enfant unique ?

Maître Henri LENOUVEL

Il est vrai que beaucoup d'enfants handicapés sont enfant unique. On ne peut donc pas effectuer de transmission avec les frères et sœurs.

Lorsque l'on a un enfant unique, on s'occupera de la transmission davantage en amont, dans l'optique de la transmission de ce même patrimoine après le décès de l'enfant. En présence de l'enfant handicapé, on va projeter la transmission vers l'enfant handicapé puis vers une tierce personne ou d'une association.

Daniel GUEUX

Une assurance vie constituée par le vulnérable travaillant dans un CAT fera-t-elle l'objet d'une récupération ?

Maître Philippe POTENTIER

Une assurance vie en cas de décès souscrite par un majeur sous tutelle n'est pas possible, conformément à un article du Code des assurances : cette interdiction est formellement mentionnée. Néanmoins, cette assurance est pratiquée parfois, voire autorisée par certains juges des tutelles. Il y a lieu de s'en étonner. Mais je ne me contenterai pas d'évacuer ainsi cette question. La question que vous posez peut être élargie, lorsqu'elle est souscrite, non pas par une personne incapable, car ce n'est pas possible, du moins durant son incapacité, mais par une personne dépendante qui reçoit certaines aides sociales.

Une personne âgée dépendante, qui reçoit l'aide sociale, peut souscrire une assurance vie au profit d'un tiers bénéficiaire. La question est de savoir si l'on peut récupérer sur le nom du bénéficiaire le montant de l'assurance vie. Cette question, souvent posée, est compliquée car elle fait l'objet d'un conflit entre les juridictions de l'ordre administratif et les juridictions de l'ordre civil. Le Conseil d'Etat a pris clairement position dans l'arrêt Roche : s'il apparaît que l'assurance vie est tout simplement une donation indirecte, il autorise le recours contre le donataire de l'assurance vie en vue de récupérer l'aide distribuée. La cour de cassation a un autre point de vue puisqu'elle ne qualifie plus l'assurance-vie de libéralité, en raison de sa nature juridique. Néanmoins, elle considère, conformément au Code des assurances, que les primes versées, si elles sont exagérées, peuvent rentrer dans la succession de l'allocataire. La prime réintégrée peut alors faire l'objet de récupération, comme tout autre bien dépendant de la succession, lorsque ce recours est possible..

De la salle

Ma femme est tutrice d'une personne handicapée majeure de 53 ans. Si elle vient à disparaître, qui assurera le suivi de son rôle de tutrice ?

Maître Philippe POTENTIER

La question est claire et la réponse également. Si votre épouse décède, l'enfant n'aura plus de tuteur. Il y aura donc vacance de la mesure de protection. Il faut dès lors solliciter par requête la nomination d'un nouveau tuteur.

Clélia PRIEUR

Si le tuteur décède, aucune requête n'est nécessaire. Le juge devra par simple ordonnance, qui n'implique pas de mesure d'audition, désigner s'il y a un membre proche de la famille, ou ouvrir un conseil de famille. Mais la mesure de protection ne tombe pas ; elle existe toujours.

De la salle

Peut-on anticiper en désignant par avance une tierce personne qui assurera la mission de tutelle ?

Maître Philippe POTENTIER

Il n'est pas autorisé, actuellement, de désigner par avance un tuteur. Les choses peuvent évoluer avec le projet de réforme comme je l'ai déjà dit tout à l'heure.

Clélia PRIEUR

Dans la pratique, lors de l'audition, un listing des personnes proches pouvant assurer la tutelle est établi. Dans le cas du décès, les personnes listées sont contactées. Cette pratique s'inspire des pratiques avec les mineurs. La réforme clarifie la procédure avec la désignation du mandat futur.

Maître Jacques COMBRET

On rencontre de plus en plus de parents âgés qui souhaitent conserver la responsabilité de leur enfant tant qu'ils le peuvent. Toutefois, il me semble que le meilleur conseil à donner est celui d'anticiper. A partir d'un certain âge, il faut savoir lâcher prise. On ne perd rien à anticiper : au contraire, on évite une période confuse lorsque le décès intervient ou si le parent qui assume la responsabilité de son enfant devient lui-même hors d'état de manifester sa volonté. Il faudra quelques semaines au juge pour la désignation d'un nouveau tuteur alors que si le changement de représentant a eu lieu du vivant aucun retard ne sera à craindre.

Madame CALVEZ

Je suis mère d'un fils handicapé dont j'assure la tutelle. Le juge des tutelles m'a été demandé de faire un testament par notaire pour dénommer la personne qui assurera la tutelle après moi.

Maître Philippe POTENTIER

Il n'y a pas actuellement de tutelle testamentaire possible pour les enfants majeurs. On peut toujours évoquer son opinion dans un testament, mais le juge n'est pas lié par cette décision testamentaire.

Maître Jacques COMBRET

Il faut faire la différence entre la tutelle testamentaire des mineurs et la tutelle testamentaire de l'enfant majeur. On peut désigner un tuteur testamentaire jusqu'à la majorité de l'enfant, pour le cas où les deux conjoints viendraient à disparaître. Mais pour un enfant majeur, la possibilité est actuellement exclue. Le projet de loi actuellement en cours de vote devrait en revanche le permettre dans l'avenir.

Madame CALVEZ

Faut-il une autorisation du juge pour la constitution d'une société dans le cadre de la curatelle renforcée ?

Clélia PRIEUR

La curatelle renforcée s'exerce dans le cadre d'une assistance à la personne, tandis que dans la tutelle est une représentation de la personne. Dans la curatelle renforcée, c'est le curateur qui perçoit les ressources et affecte les dépenses. Mais en ce qui concerne les décisions importantes, la personne sous curatelle donne son avis. Le curateur ne peut vendre un logement sans l'avis de la personne sous curatelle. La volonté de la personne reste intacte. Dans la curatelle aggravée, le curateur gèrera le budget.

Madame CALVEZ

Qu'en est-il pour les assurances vie des personnes sous curatelle ?

Maître Philippe POTENTIER

L'article 132-3 du Code des assurances désigne clairement le majeur sous tutelle et non le majeur sous curatelle. Le majeur sous curatelle avec assistance de son tuteur peut souscrire une assurance décès.

Des évolutions sont en cours à propos d'assurance vie en cas de décès souscrite par un majeur en tutelle. Cette assurance pourra être souscrite avec le juge des tutelles. Non seulement on pourra souscrire une assurance vie, mais aussi choisir un bénéficiaire.

Transmissions du patrimoine de la personne protégée



Maître Henri LENOUEL

Notaire à Marseille,

Rapporteur de la Quatrième commission du 102^{ème} Congrès des notaires de France

Il faut se préoccuper dès l'origine de la transmission du patrimoine de l'enfant handicapé, ce qui implique une anticipation.

I/ LES DIFFICULTES INTRINSEQUES

Les difficultés intrinsèques de l'anticipation tiennent essentiellement à deux éléments :

- la capacité pour la personne handicapée de faire un testament ;
- la capacité de cette personne à donner.

Antérieurement à la loi du 23 juin 2006, le majeur sous tutelle était frappé d'une incapacité de jouissance en ce qui concerne ses capacités à tester. Toutefois, le juge des tutelles pouvait déjà autoriser un majeur en tutelle à tester. La loi nouvelle prévoit dans l'article 504 du Code civil que le testament fait par le majeur en tutelle est nul de droit, à moins que le conseil de famille ait décidé que le majeur pourra tester avec l'aide de son tuteur. Dans ce cas, deux conditions sont imposées :

Il doit demander l'autorisation préalable et l'assistance du juge des tutelles d'une part et d'autre part l'assistance du tuteur.

L'incapacité de tester n'est pas systématiquement liée à un handicap mental. Elle peut également être liée à un handicap physique. Il existe donc différents types de testaments.

- Le testament authentique est écrit par un notaire en présence d'un deuxième notaire ou de deux témoins. Il est très utile pour les personnes ne pouvant écrire ou signer.
- Le testament écrit de la main même d'une personne sourde ou muette est tout à fait valide.
- Le testament mystique, ou international, est placé sous pli cacheté et présenté au notaire en présence de deux témoins. La personne effectuant un testament mystique doit au moins savoir lire.

Les modalités de testaments peuvent être adaptées au handicap physique de la personne.

La capacité de donner a connu des évolutions législatives ces dernières années. Autrefois, un majeur sous tutelle, sur autorisation préalable du juge ne pouvait donner qu'à son conjoint ou à ses enfants qu'en avancement d'hoirie. La loi du 22 juin 2006, sur amendement présenté au sénat a étendu la capacité de donner aux frères et sœurs.

Le projet de loi adopté mi-janvier par l'assemblée nationale autorise un majeur sous tutelle à faire une donation à quiconque, avec l'autorisation du juge des tutelles.

Ces difficultés pratiques militent encore une fois pour la nécessité d'anticiper.

II/ LA NECESSITE D'ANTICIPER

Revenons sur l'utilisation des outils dont nous disposons. Le premier est la donation avec charge. C'est la technique qui consiste à donner un bien à un enfant qui aura la charge d'exécuter pour son frère ou sœur une obligation en nature (soins, affectation d'un bien...) ou en argent. Elle permet ainsi de transmettre un patrimoine.

Le deuxième outil est le recours au démembrement de propriété : l'usufruit d'un bien sera transmis à un enfant et la nue-propriété à l'autre enfant. L'usufruit du bien aura bien été transmis à l'enfant handicapé, et on peut souhaiter décider par avance ce qu'il adviendra au moment du décès du parent, puisque l'usufruit s'éteindra au moment du décès et le nu-propriétaire obtiendra la pleine propriété. C'est une première manière de téléguider la transmission du patrimoine.

Deux aspects de la loi du 23 juin 2006 peuvent être abordés : il s'agit des libéralités graduelles et résiduelles.

La loi nouvelle permet d'utiliser ces libéralités soit par voie testamentaire soit sous forme de donation.

La donation résiduelle consiste à donner un bien à un premier bénéficiaire, l'enfant handicapé par exemple. Elle prévoit que le bénéficiaire de cette donation sera tenu de transmettre à son décès à un second bénéficiaire, par exemple son frère ou sa sœur, ce qui subsistera de cette donation. Dans cette libéralité, le premier gratifié est tenu de transmettre au second ce qui restera du bien en nature, et certains aménagements ont été prévus pour transmettre des valeurs mobilières.

L'importance de la libéralité résiduelle est que le premier gratifié peut vendre ou léguer le bien.

Le second gratifié doit accepter expressément la libéralité. Cette disposition permet de transmettre un bien en sachant que ce bien sera transmis à ses frères et sœurs.

Deux intérêts : on ne bloque pas l'enfant, et on lui fournit un bien qu'il pourra vendre. S'il ne reste rien, rien ne sera transmis au second. Si le bien existe toujours, il sera transmis aux frères et sœurs. Le bien est transmis au premier enfant qui paiera des droits de succession en ligne directe. Si l'enfant décède, ses frères et sœurs hériteront. Ils ne sont pas censés hériter de leur frère handicapé mais des parents. Par conséquent, l'héritage s'effectue bien en ligne directe. Le deuxième avantage fiscal est que les droits de succession payés au moment de la transmission au premier gratifié seront déduits des droits de succession dus par le second gratifié.

La donation graduelle est une libéralité, au même titre que la libéralité résiduelle. Dans ce cas, le premier gratifié est tenu de conserver le bien dans son patrimoine. Il est obligatoire de transmettre

le bien, en nature, au second gratifié. Le second gratifié n'est pas nécessairement un membre de la famille. Il peut par exemple être un tiers ou une association. La donation à une association est valable dans la libéralité graduelle et résiduelle.

Ces deux types de libéralité auront des applications pratiques évidentes pour gérer le patrimoine des majeurs protégés.

Il permet notamment de transmettre un logement à l'enfant handicapé tout en s'assurant qu'il sera ensuite transmis à une tierce personne.

La libéralité graduelle sera probablement utilisée avec davantage de parcimonie que la libéralité résiduelle car elle est plus autoritaire. On sait que certains parents sont préoccupés par la dilapidation du patrimoine d'enfants touchés par la drogue ou l'alcoolisme.

La transmission permet soit de conserver le bien dans la famille soit de gratifier un tiers (association ou personne tierce) dans les conditions fiscales avantageuses. Beaucoup de parents d'un enfant unique handicapé peuvent anticiper la transmission.

Alain RIBBA

Je fais partie de l'AFTAHT. Si l'enfant handicapé a plusieurs frères et sœurs, peut-on désigner les deux autres frères et sœurs héritiers de l'enfant handicapé ?

Maître Henri LENOUVEL

Oui.

Madame MOREAU

Je suis la mère de deux enfants handicapés. Que se passera-t-il à mon décès ?

Maître Henri LENOUVEL

Tous les cas de figure existent. La solution sera adaptée au cas de chacun. On peut faire à chacun une donation résiduelle par exemple : on donne certains biens à chacun des enfants et on désigne l'association qui en héritera par la suite. En revanche, il n'est pas possible de doter chaque enfant d'un bien et de faire une donation résiduelle sur la tête du premier, et résiduelle sur la tête de l'association. On ne peut faire qu'une donation résiduelle. On utilise également des démembrements. Le fait qu'il n'y ait qu'un enfant handicapé ou plusieurs ne crée pas de différence sur les solutions qui peuvent être proposées.

Maître Jacques COMBRET

L'ouverture des libéralités résiduelles et graduelles constitue réellement une révolution. On peut mélanger ces deux types de libéralités. Si par exemple j'ai un enfant unique handicapé et deux appartements, le premier pourra faire l'objet d'une libéralité graduelle, et l'autre d'une libéralité

résiduelle. On peut concilier une part de liberté si le représentant légal doit vendre et une part sur laquelle on s'assure que le patrimoine sera obligatoirement transmis au bénéficiaire en second. La limite des libéralités est qu'il doit s'agir d'un bien déterminé.

Maître Henri LENOUVEL

Le second bénéficiaire paiera des droits de succession en fonction des liens de parentés avec l'enfant décédé. Ces droits vont être imputés des droits payés lors de la donation au premier gratifié en réévaluant le bien à l'époque de la seconde transmission.

De la salle

Je suis la sœur d'un adulte handicapé. Si les parents décèdent, peuvent-ils laisser l'usufruit à l'enfant handicapé et la nue-propiété aux autres enfants ?

Maître Henri LENOUVEL

Cela n'est pas possible sur la totalité de leur patrimoine. Si vous êtes trois enfants, chaque enfant doit récupérer au moins un quart de la succession non seulement en pleine propriété, mais également nette de charges. Si, dans la succession des parents, un enfant ne reçoit que l'usufruit, il pourra revendiquer une part en pleine propriété au décès des parents.

De la salle

Quel cadre existe-t-il pour transmettre la nue-propiété et l'intégralité de l'usufruit ?

Maître Henri LENOUVEL

Le problème est qu'au moment de la donation, on ne connaît pas l'étendue du patrimoine.

De la salle

Du vivant des parents, peut-on constituer une société civile avec l'accord du juge des tutelles ?

Maître Henri LENOUVEL

Constituer une société civile ne change rien. Détenir un bien en usufruit ou en nue-propiété et détenir des parts sociales soulève les mêmes problématiques.



Synthèse et conclusions

Maître Philippe POTENTIER

Notaire à Louviers

Rapporteur général du 102^{ème} Congrès des notaires de France

Faire une synthèse de la journée où de si nombreux sujets ont été traités est difficile.

Je crois que vous avez compris que le droit des personnes vulnérables est un droit institutionnel, normé, avec les règles précises d'une loi qui aide ou protège suivant le cas. En parallèle de ce droit imposé, il existe la volonté humaine, reconnu également par la loi, de construire des figures libres d'assistance et des alternatives patrimoniales. S'il n'y avait qu'un point à retenir de ce colloque, je soulignerais l'existence de cette combinaison entre la loi et la volonté pour construire un droit personnalisé.

Le droit institutionnel a un côté anonyme, un peu implacable, compliqué, touffu et morcelé. Je crois que si nous avons abordé le droit de la récupération sociale, c'est pour montrer qu'il est urgent de le réformer, comme l'a indiqué Maître Garonnaire ce matin. Trois axes d'amélioration sont à explorer. Premier axe, celui de la simplification : il ne faut imaginer qu'un seul recours sur une masse successorale au moment du décès, et non pas multiplier à l'infini les recours sur le donataire ou le légataire. Le deuxième axe est celui de la clarification lorsqu'il faut déterminer ce qu'est l'actif successoral net. Le troisième axe est un axe de modulation de la récupération. On ressent que la récupération a des côtés injustes. Il faut certainement exclure du droit de la récupération certaines aides. Il faut probablement exempter de la récupération les héritiers qui ont la lourde charge de s'occuper d'enfants handicapés. Il convient également d'instituer un seuil unique de déclenchement de la récupération, afin de protéger les familles modestes.

Nous avons ensuite abordé le droit de la protection de la personne. Il a été expliqué que c'était une belle règle graduée. Il existe une adaptation de la mesure au besoin qui est exprimé. Le projet de réforme améliore cette graduation en proposant à la fois la mesure d'accompagnement sociale et la mesure d'assistance judiciaire.

A côté de ce droit institutionnel, Maître Lenouvel a montré et illustré les figures libres de transmission patrimoniale. Les solutions sont multiples et personnalisables. On peut envisager assez librement la transmission d'un patrimoine vers la personne vulnérable, ainsi que la transmission du patrimoine de la personne vulnérable elle-même. Nous rentrons ici dans un monde juridique créatif.

Cette cohabitation entre le droit volontaire et le droit institutionnel est une nécessité dans notre organisation sociale pour déjudiciariser, chaque fois qu'il est possible notre droit. Mais il faut le faire pour de bonnes raisons, pour l'assouplir, pour l'humaniser, et non pour réaliser des économies qui seraient alors vaines. Il faut solliciter le pouvoir judiciaire, non pas moins mais mieux.

Cette conjugaison du droit volontaire et institutionnel est une façon de mieux respecter les vœux de la personne. Le droit devient volontaire parce qu'il est issu de la volonté de l'individu. Il est alors plus humain et il évite à la loi de rentrer dans le détail, car la loi renvoie à la volonté qui peut humaniser et personnaliser la mesure. Il reste que c'est un droit difficile à mettre en œuvre.

Le droit institutionnel est le droit de la paresse, car les choses sont établies. Pour le droit volontaire, il faut essayer de créer les choses et d'anticiper. Il est un droit à façon, il est alors exigeant.

A ce stade de la réflexion, je ne puis m'empêcher de rapporter une histoire racontée par Elie Wiesel en 1995, lors du congrès des notaires sur le droit de l'enfant qui a eu lieu dans ce même auditorium. Il était une fois un grand empereur qui régnait sur un petit empire. Il craignait de ne pas être un bon empereur pour ses sujets et redoutait sans cesse l'avenir. Il y avait dans l'empire un devin, un sage qui pouvait tout deviner et prédire l'avenir. L'empereur voulut vérifier en demandant au sage s'il pouvait bien tout deviner. Il le mit à l'épreuve. Il cacha un oiseau dans ses mains derrière son dos et demanda au devin si l'oiseau était vivant ou mort. Le sage avait saisi le dilemme. S'il disait à l'empereur que l'oiseau était vivant, il suffisait à l'empereur d'étouffer l'oiseau dans ses mains et de le tuer. S'il disait que l'oiseau était mort, l'empereur laisserait l'oiseau en vie. Dans les deux cas, la capacité du devin à tout deviner pouvait être déjouée. Pressé par l'empereur, le devin finit par lâcher ces mots : « Majesté, l'avenir de cet oiseau est entre vos mains ».

Je relie ce conte à un principe de Bergson : l'avenir de l'humanité est indécis car il dépend d'elle.

Ce principe philosophique me permet de conclure le colloque. Par cette conjugaison entre le droit volontaire et institutionnel, le droit que vous assurez peut être votre droit, celui que vous voulez et non celui que l'on veut vous imposer.

Nous tous, vous tous, dans ce monde si fragile de la vulnérabilité, acteurs de l'invisible, artisans de l'impossible, porteurs de silences respectueux ou affectueux, ce monde juridique vous est ouvert. Il dépend de vous. Il vous appartient. Quelle merveilleuse conjecture qui nous ouvre à chacun une belle responsabilité et une belle espérance !

Maître Jacques HARDY

Je tiens à terminer sur quelques mots de remerciement, à vous tous, parents, associations, particulièrement préoccupés par le monde des personnes vulnérables, et ainsi exprimer la reconnaissance à ces notaires qui nous ont apporté de brillantes explications sur ces sujets.

ANNEXE

Aide aux personnes handicapées

Dénomination de la prestation	Mise en œuvre préalable de l'obligation alimentaire	Recours en cas de retour à meilleure fortune	Recours contre le donataire	Recours contre le légataire particulier	Recours contre la succession, y compris le légataire universel
Aide à domicile (services ménagers) (C. action soc. et fam., art. L. 241-1 et s.)	Non	Oui au premier euro	Oui au premier euro	Oui au premier euro	Oui sauf contre les descendants de la personne handicapée, son conjoint ou la personne ayant exercé la charge effective de celle-ci (C. action soc. et fam., art. L. 241-4) et, en cas de recours, avec le bénéfice des seuils de 46 000 et 760 €
Allocation compensatrice pour tierce personne (ACTP) (remplacée par la prestation de compensation) (C. action soc. et fam., ancien art. L. 245-1 et s.)	Non (C. action soc. et fam., ancien art. L. 245-5)	Non (C. action soc. et fam., ancien art. L. 245-6)	Non depuis l'article 95 de la loi du 11 février 2005, avec un doute pour les actions en cours (Rép. Min. n° 64361, personnes handicapées : JOAN Q 23 août 2005, p. 8059)	Non depuis l'article 95 de la loi du 11 février 2005, avec un doute pour les actions en cours (Rép. Min. n° 64361, personnes handicapées : JOAN Q 23 août 2005, p. 8059)	Non depuis l'article 95 de la loi du 11 février 2005, y compris pour les actions en cours
Frais d'hébergement en établissement (C. action soc. et fam., art. L. 344-5 2°)	Non (C. action soc. et fam., art. L. 344-5 2°)	Non (C. action soc. et fam., art. L. 344-5 2°) sauf retour à meilleur fortune constitué avant le 6 mars 2002 (CE, 1 ^{er} oct. 2004, n° 253288 : Juris-Data n° 2004-067539 ; JCP A 2005, 1155)	Non depuis la loi du 11 février 2005 (art. 18) (C. action soc. et fam., art. L. 344-5 2°)	Non depuis la loi du 11 février 2005 (art. 18) (C. action soc. et fam., art. L. 344-5 2°)	Oui sauf contre les descendants de la personne handicapée, son conjoint, ses parents ou la personne ayant exercé la charge effective de celle-ci (C. action soc. et fam., art. L. 344-5 2°) en cas de recours, récupération au premier euro.
Allocation différentielle Allocation en voie de disparition Ne concerne que certaines personnes handicapées pénalisées par la loi du 30 juin 1975	Oui	Non	Oui au premier euro	Oui au premier euro	Oui sauf contre les descendants de la personne handicapée, son conjoint ou la personne ayant exercé la charge effective de celle-ci (C. action soc. et fam., art. L. 241-4)
Allocation supplémentaire du fonds spécial d'invalidité (CSS, art. L. 815-3) Constitue une des deux branches de l'ex FNS Allocation destinée à compenser la perte de revenus liée à l'apparition du handicap	Non	Non	Non	Oui mais avec le bénéfice d'un seuil de 39 000 € (CSS, art. L. 815-12 et D. 815-1)	Oui mais avec le bénéfice d'un seuil de 39 000 € (CSS, art. L. 815-12 et D. 815-1)

Dénomination de la prestation	Mise en œuvre préalable de l'obligation alimentaire	Recours en cas de retour à meilleure fortune	Recours contre le donataire	Recours contre le légataire particulier	Recours contre la succession, y compris le légataire universel
Allocation adulte handicapé (AAH) (CSS art. L. 821 1)	Non	Non	Non	Non	Non
Prestation de compensation (C. action soc. et fam., art. L. 245-6)	Non (C. action soc. et fam., art. L. 245-7)	Non (C. action soc. et fam., art. L. 245-7)	Non (C. action soc. et fam., art. L. 245-7)	Non (C. action soc. et fam., art. L. 245-7)	Non (C. action soc. et fam., art. L. 245-7)

Aides aux personnes âgées

Dénomination de la prestation	Mise en œuvre préalable de l'obligation alimentaire	Recours en cas de retour à meilleure fortune	Recours contre le donataire	Recours contre le légataire particulier	Recours contre la succession, y compris le légataire universel
Allocation personnalisée d'autonomie (APA) (C. action soc. et fam., art. L. 232-1)	Non (C. action soc. et fam., art. L. 232-24)	? car non prévu expressément par l'article L. 232-19 du Code de l'action sociale et des familles	Non (C. action soc. et fam., art. L. 232-19)	Non (C. action soc. et fam., art. L. 232-19)	Non (C. action soc. et fam., art. L. 232-19)
Prestation spécifique dépendance (PSD)	Sans objet, car remplacée par l'APA	Oui Au premier euro.	Oui Au premier euro.	Oui Au premier euro.	Oui, avec le bénéfice des seuils de 46 000 et 760 € (C. action soc. et fam., art. R. 132-12)
Aide à domicile (C. action soc. et fam., art. L. 231 1)	Non (C. action soc. et fam., art. L. 231-2)	Oui Au premier euro.	Oui Au premier euro.	Oui Au premier euro.	Oui mais avec le bénéfice des seuils de 46 000 et 760 € (C. action soc. et fam., art. R. 132 12)
Frais d'hébergement en établissement. (C. action soc. et fam., art. L. 231-5)	Oui (C. action soc. et fam., art. L. 231-2)	Oui Au premier euro.	Oui Au premier euro.	Oui Au premier euro.	Oui Au premier euro.
Allocation supplémentaire du fonds solidarité vieillesse. (CSS, art. L. 815-2) Constitue une des deux branches de l'ex FNS Allocation destinée à compléter les ressources insuffisantes des personnes âgées	Non	Non	Non	Oui mais avec le bénéfice d'un seuil de 39 000 € (CSS art. L. 815-12 et D. 815-1)	Oui mais avec le bénéfice d'un seuil de 39 000 € (CSS art. L. 815-12 et D. 815-1)

MOTS-CLÉS : Succession-Partage - Aide sociale - Modalités de récupération
Aide sociale - Succession-Partage - Modalités de récupération