La Solitude

39e Congrès
Mouvement Jeune Notariat
Saint-Pétersbourg
2008

Congrès du Mouvement Jeune Notariat 2008

À Saint-Pétersbourg

Introduction de la Présidente Me Tejedor

Présentation du Rapporteur général
Me François Person
Introduction aux travaux du Congrès 2008

Me Bernadette Tejedor
Présidente
du congrès MJN 2008

Me François Person
Rapporteur général
du congrès MJN 2008

La Solitude

Me Bernadette TEJEDOR
Présidente du congrès 2008,
notaire à Ceret

Ce terme provenant du mot latin « *solitudo* » dérivé de « *solus* » (seul) désigne l'état d'une personne seule ou isolée. Au figuré, nous pouvons l'appliquer à la privation d'affection et par extension à un lieu peu fréquenté.

De ce mot découle le terme « solitaire », substantif qui peut désigner un individu qui, par caractère ou par situation, aime être seul ou vivre seul.

Plus généralement, il désigne les personnes, animaux ou objets qui ne sont associés à aucun autre, détachés des autres, en dehors du lot ou de la communauté. Ne désigne-t-on pas ainsi chez l'homme l'anachorète, chez l'animal, le sanglier vivant hors de la harde et pour l'objet, le diamant qui est détaché et monté seul ?

Chez un homme ou une femme, la solitude serait l'absence de communication avec les autres, soit subie, soit voulue. En revanche, l'isolement serait plutôt une situation de rupture avec les liens sociaux, qui rend l'homme dur ou féroce ; subi, il blesse et fait souffrir, et, lorsqu'il est de l'ordre du rejet, ne peut qu'appauvrir

Quant à la solitude, elle est ambivalente ; elle peut tout aussi bien séparer que rassembler.

On pourrait distinguer quatre types de solitude :

- la solitude de situation, due à la carence d'interactions sociales ; ainsi se traduit l'absence, la privation d'un être cher ;
- la solitude de condition, due au face à face exclusif avec soi-même ; exemple : l'effet pervers du narcissisme ;
- la solitude de raison, celle qui résulte de la négation de biens significatifs dans la perspective d'un monde absurde et sans Dieu ;
- enfin, la solitude de vocation, qui est un retrait du commerce social en réponse à un appel intérieur ; exemple : méditation ou ascèse.

Dans notre monde d'hypercommunication et de connexion, le discrédit est souvent jeté sur la solitude. Il est en effet très mal vu de s'écarter du commerce social et de s'isoler.

Aujourd'hui, l'accent est mis sur les solidarités, sur le partage, sur le dialogue, de sorte qu'on en arrive à confondre la solitude et le mal.

On a oublié du même coup les vertus du silence et de la méditation. Certains les recherchent ; ils sont même plus nombreux qu'il y a quelques années.

Il est vrai aussi que d'aucuns peuvent répondre à un besoin de tranquillité pour fuir les besoins de la vie sociale ou de la vie familiale.

Dans une société en crise, informatisée, atomisée, mécanisée comme la nôtre, la solitude peut aussi valoriser l'homme en favorisant la réflexion, en luttant contre le vide et l'agitation stérile et en lui redonnant son unicité (plénitude de lui-même).

Elle peut à l'inverse entraîner l'engourdissement de l'esprit, la passivité et l'amoindrissement de l'affectivité.

De nos jours pourtant, elle est un véritable phénomène de société. Dans une société agitée comme la nôtre, il s'observe un déferlement de solitudes. L'homme peut avoir tout ce qu'il veut dans le monde et se trouver le plus isolé des êtres.

Beaucoup de situations choisies ou subies donnent lieu cependant à un sentiment d'impuissance gagnant de proche en proche toute une masse de gens. Aujourd'hui, elle est considérée comme le dénominateur commun de toutes les pauvretés. Cependant, ce phénomène ne concerne pas seulement des jeunes, des malades, des vieillards, des exclus. Il a gagné des travailleurs, des cadres, des patrons confrontés quotidiennement à des responsabilités de plus en plus lourdes dans un contexte économique déconcertant et impitoyable.

Les grandes villes voient les solitudes les plus atroces au cœur des populations les plus denses sévissant chez les jeunes comme chez les vieux.

L'effondrement des structures traditionnelles comme la famille, le quartier, la profession, la religion, le village, a privé l'homme de ses attaches naturelles et de ses repères stables, le laissant parfois désespérément face à lui-même, sans aucun ancrage.

La société de communication actuelle, aggravée par le verbiage médiatique qui a tué la parole vraie, exclut en fait beaucoup de gens qui ne savent pas ou ne peuvent pas communiquer, ou qui ne le veulent pas de cette manière. Loin de supprimer l'isolement, celui-ci est rendu plus intolérable. Alors, la solitude dépasse dans tous ces cas le stade de la situation objective pour former la situation quotidienne de l'incompréhension, de l'indifférence, du manque de véritable communication.

La solitude est donc un phénomène aux multiples visages. Pour beaucoup, c'est une réalité, pour d'autres, c'est une menace qui assombrit l'horizon de la vie. Les revenus modestes, la crise du mariage et de la famille, le handicap physique, le handicap social du chômage, le handicap culturel des migrants et l'individualisme en sont les principaux facteurs

Les jeunes de l'équipe de François PERSON ont choisi de traiter quelques exemples parmi les trop nombreux cas et essayé d'y remédier par des solutions.

Je remercie à cet effet François, Annie et Catherina d'avoir accepté leur mission.

Je remercie vivement tous les jeunes d'avoir durant près de deux ans accepté de se déplacer en laissant un moment famille et obligations et avoir élaboré le document qu'aujourd'hui nous vous présentons, Monsieur le Président Christian BERNARD, ainsi que l'équipe « support » qui n'a pas cessé de recevoir des mails, fax, lettres et d'y répondre : mon équipe de travail à l'Étude, notre photographe Serge AYALA, notre secrétaire générale Marie-Hélène FREMONT, sans oublier UNOFI et la Sécurité Nouvelle.

Nous offrons également ce travail à :

– Madame le Ministre de la Justice, Madame Rachida DATI, et son conseiller,
– Maître Bernard REYNIS, Président du Conseil Supérieur du Notariat,
– Maître Jean-Pierre FERRET, Vice-Président du Conseil Supérieur du Notariat, chargé des affaires internationales,
– Maître Dominique GARDE, notaire à La Fouillouse,
– Maître Hervé CLERC, notaire à Neuilly-sur-Seine,
– Maître Jacques BENHAMOU, notaire à Paris,
– Maître Olivier GOUSSARD, notaire à Châteauneuf-sur-Loire,
– Maître Sylviane PLANTELIN, notaire à Saint-Germain-en-Laye,
– Maître Olivier JAMAR, notaire belge à Chaumont-Gistoux et ancien Président du Mouvement,
– Maître Jacques COMBRET et son épouse,
– Maître Bruno CHEUVREUX et associés, notaires à Paris, qui ont mis à la disposition du Congrès deux membres de leur équipe,
– Maître Jacques CHARLIN,
– Monsieur Patrick CALVET, Président de l'Association Nationale des Inspecteurs Comptables,
– Madame Anne GOTMANN, Directrice de recherche au CNRS,
– Nos amis les généalogistes ANDRIVEAU, AUBRUN, DELCROS, DELABRE, CANTEGREL et associés, COUTOT-ROEHRIG, MAILLARD, PIERSON, TRANCHANT, qui eux aussi dans cet ouvrage vous parleront de la solitude,
– Maître Bertrand RYSSEN, Président de l'Assemblée de Liaison, et Maître Éric DURAND, Président honoraire,
– Maître Élisabeth COUTURON, Présidente du Syndicat des Notaires,
– Le cabinet ANTOINE-PAVENTA,
– L'association des personnes en deuil *Dialogue & Solidarité* de Nancy,
– Enfin la famille de Louis REILLER au travers de la revue *Notariat 2000*, Et également les excellents professeurs Jacques FOYER et Michel ROUCHE.

À ma famille

Présentation du Rapporteur général
Introduction aux travaux du Congrès 2008

François PERSON
Rapporteur général du congrès 2008,
notaire à Toul

Chers Amis,

Je vous remercie par avance de l'attention que vous porterez aux travaux de notre congrès.

Celui-ci, au travers de son thème général : « La Solitude », s'est voulu un « pot-pourri » de questions pouvant intéresser le notariat pris au sens large. Qu'il s'agisse de l'individu « notaire », qui encore plus que tout autre citoyen en sa qualité de juriste ouvert et attentif aux souffrances et détresses, s'intéresse aux faits de société, mais également du professionnel « notaire », qui demeure confronté à ses propres problématiques.

Remerciements à toute l'équipe des rapporteurs

Je tiens ici à remercier le travail de notre jeune équipe de rapporteurs, ainsi que Messieurs les Professeurs FOYER, ROUCHE et CHARLIN pour leur aide ; chacun, dans son contexte familial et professionnel, a su dégager l'énergie et le temps nécessaires à la rédaction de ce rapport.

Je rends hommage à leur jeunesse d'esprit, à leurs analyses, à leurs expérimentations, à leurs suggestions ; ils ont répondu à mon attente :

> « Proposons, proposons, il en restera toujours quelque chose…
> Ne nous censurons pas, d'autres le feront pour nous…
> Nous n'avons d'autre ambition que de servir, quelque soit la perception de nos idées.
> Si elles sont jugées farfelues, c'est bon signe,
> Car être en avance sur son temps, c'est souvent être perçu comme tel…
> Nous sommes "jeunes" et revendiquons de l'être…
> Le privilège que nous revendiquons, est celui de la liberté de penser, de l'esprit "d'enfance" auquel rien ne résiste dans sa spontanéité naturelle.
> Seule cette sincérité est à même de toucher l'âme de chacun, et donc de convaincre. »

Tel fut notre feuille de route !

Je souhaite à tous mes confrères de vivre cette intense aventure de préparation d'un congrès :

- pour un jeune ou futur notaire, c'est l'occasion, par une réflexion collective et des travaux individuels d'approfondissement, de progresser dans tous les domaines, et ainsi de mieux se connaître lui-même ;
- pour un notaire confirmé, c'est l'occasion de s'engager plus avant dans le service de notre profession, en se confrontant aux plus jeunes, en leur transmettant le résultat de ses réflexions, et en progressant ainsi à nouveau.

Vous allez découvrir le fruit de plus d'un an de travail ; la naissance d'un congrès est digne d'une gestation pachydermique. C'est un temps d'efforts, de doutes, d'espérances, qui aboutit dans la douleur, et qui permet d'accéder à un grand bonheur que j'espère vous faire partager.

Ce rapport pourrait parfois vous paraître un « inventaire à la PRÉVERT », mais notre prétention fut d'y intéresser le plus vaste auditoire. Sans nous éparpiller, il nous faut pour capter votre attention, varier nos sujets, les aborder sous de nouveaux angles : tel a été notre *modus operandi*. L'objet de tout congrès est, en s'appuyant sur une réflexion, d'explorer des voies nouvelles…

Le rapporteur qui a laissé libre cours à son imagination, n'a donc pas tout le mérite : une part de celui-ci en reviendra au lecteur, qui aura la gentillesse ou la faiblesse de nous lire…

Mais, intéressons-nous au thème de nos travaux « La Solitude ».

Plaidoyer pour une philosophie du droit

Après « l'économie du droit » [1], il s'agit de s'ouvrir à la « philosophie du droit ». En effet, l'économie du droit part du postulat de l'efficience du droit en vue d'obtenir son optimalisation à satisfaire au mieux les besoins de l'individu. Or, ces besoins matériels sont admis communément comme un postulat au bonheur.

Aujourd'hui, il s'agit d'affirmer que l'argent ne fait pas le bonheur…

L'individu se réalise par d'autres voies : quête d'absolu, aspiration au sentiment de légitimité, de reconnaissance, de sécurité… Ainsi la philosophie du droit n'est-elle pas le moyen de concourir à ce même objectif qu'est le bonheur des individus. En d'autres termes, l'économie ne prend en compte qu'une facette des aspirations de l'homme sur la terre ; la mettre au sommet de l'échelle des valeurs ne contribue qu'à déséquilibrer la société : les déviances religieuses et fondamentalistes actuelles ne sont qu'une réaction à l'absurdité de ce dogme.

Aujourd'hui, face à une fracture sociale, et à ces deux antagonismes exacerbés (économie et spiritualité), il convient de prôner la paix sociale par la prise en compte d'autres valeurs.

1. 38e Congrès du Mouvement Jeune Notariat à San-Franscico.

Au temps de l'économie florissante, il était possible de limiter les effets pervers du « tout économique », qui laissait augurer la promesse d'un lendemain meilleur, par une croissance régulière ; aujourd'hui, il faut lutter plus ardemment encore, en faveur de la philosophie du droit, seul gage d'un réel développement durable et du réel bonheur de nos concitoyens.

Le mot est lâché : la philosophie doit être au droit, ce que l'écologie est à l'environnement. Les excès du « tout économique » s'assimileraient-ils à la pollution du milieu juridique ?

Le dogme de la croissance, de l'efficience comptable et du productivisme est ébranlé (renchérissement de l'énergie, contrecoup climatique), il convient maintenant d'inventer l'avenir. Toutefois, nous sommes au XXIe siècle, et le temps de l'affrontement stérile de ces deux conceptions est révolu.

Nous pressentons que la compétition économique, source d'hégémonie et de négation de l'individu semble courir à sa propre perte. Par son élitisme chevronné, elle pousse inéluctablement à l'affrontement tant des individus que des masses.

Heureusement, au cours des dernières décennies, nous avons vu naître de nouveaux pans de notre droit (droit de la consommation, droit de l'environnement, droit de l'action sociale…), qui ont initié ce rééquilibrage nécessaire. Il appartient maintenant à nos dirigeants de leur donner une dimension internationale.

Le développement durable de notre société passera obligatoirement par l'outil juridique qui constitue le seul contrepoids efficace, aux facteurs économiques qui, comme les flots tumultueux, ne se dirigent pas, mais s'infléchissent imperceptiblement, sur le long terme.

À défaut de pouvoir lutter de front face aux éléments déchaînés, il convient de revenir à une homéopathie, aux effets lents, mais inexorables. Le temps est venu du retour de balancier et du rééquilibrage de l'esprit du droit face à l'économie.

Démontrer le rôle moteur du notariat dans la philosophie du droit

Le Notaire, homme du contrat, apporte quotidiennement sa compétence au service de la société, en vue d'élaborer des remèdes à ses maux.

Individuellement ou collectivement au travers de nos congrès, notre profession joue un rôle de premier plan dans l'évolution de notre droit ; elle doit toujours demeurer cette force de proposition, en symbiose avec la société.

Notre pérennité dépend certes de notre adaptabilité aux évolutions en cours, mais également, de notre faculté d'anticipation.

En sortant d'une conception notario-notariale, mais en s'ouvrant sur toutes les problématiques de la société, nous démontrons que notre profession est à même de répondre aux défis de demain, en s'affranchissant de tout corporatisme.

La Solitude - Ce thème pour un congrès de notaires !

Notre étonnement premier vient sûrement du fait que nous considérons intuitivement, le droit comme étranger à cette problématique si intime.

Dostoïevski n'a-t-il pas dit que « *pour un homme normal, la solitude temporaire est plus nécessaire que le manger et le boire* »,

Et pourtant « *La solitude est mère de la violence et du désespoir.* »

« *L'enfer est tout entier dans ce mot : solitude.* »

Jusqu'où le droit doit-il s'immiscer et interférer dans la sphère de l'individu ?

À cette question, nous serions tentés d'apporter cette réponse : par le contrat social, le droit se doit de répondre aux besoins de l'homme et de tenter de palier à ces détresses.

Dès lors, nos travaux trouvent toute leur légitimité.

Les solitudes

La solitude fut donc le fil conducteur de nos travaux. Plus nous progressions, plus nous en découvrions de multiples aspects. Très vite, nous avons choisi de scinder nos propos, au plan de la société, d'une part, au plan professionnel, d'autre part.

À la première commission : l'aspect social : témoins quotidiens des faiblesses et détresses de nos contemporains, nous nous devions d'apporter notre vision du paysage juridique. Ainsi, nos travaux évoqueront-ils tour à tour, la solitude liée aux épreuves de la vie humaine (survenance du handicap ou de la maladie, les ruptures : divorce, séparation et deuil), puis la solitude liée aux temps de la vie humaine (l'enfance, la période de fin de vie, vieillesse)

À la seconde commission : L'aspect professionnel : nous évoquerons les problématiques du jeune notaire face à l'installation ou à la création, le notaire isolé, enfin, la mésentente au sein des structures sociales.

Enfin, au cours des séances de travail de notre congrès, il nous sera donné au travers du forum international, de confronter avec nos confrères étrangers, leurs visions à cet égard.

Au travers de ces travaux, notre unique prétention est de rassembler en un même lieu, des notaires ouverts à la discussion, de leur donner l'occasion de s'exprimer et de susciter de la part de ce groupe de réflexion, des idées nouvelles pour promouvoir le rôle social du Notariat.

Ce rapport se veut un tremplin pour fédérer la pensée de notre profession. Chacun en fera ensuite l'usage qu'il jugera bon à son niveau d'action.

Le contrat social du notariat

Se voulant acteur de l'évolution actuelle de notre société, notre profession doit sans cesse justifier de son utilité sociale et de sa « valeur ajoutée ». Il nous appartient de démontrer qu'au-delà du domaine contractuel classique, auquel chacun de nous apporte son ministère, la profession toute entière se sent investie d'une mission bien plus large, au service de l'intérêt public, un « contrat social notarial » nous unissant à l'État et aux citoyens ; un rôle d'interface à double sens ne se contentant pas de dire le droit, mais faisant remonter les informations auprès de nos gouvernants pour susciter l'évolution du droit.

Cette dimension passionnante sera la force mais aussi la grandeur de notre profession

Le plus beau métier du monde…

Si tel est également votre vision du notariat, nous serions heureux de vous compter parmi nous lors de nos travaux à Saint-Pétersbourg.

À mon père

PREMIÈRE COMMISSION

La solitude dans la société contemporaine

Président
Benoît POIRAUD

Rapporteurs
Natalia BOGDANOVA
Aliénor GUILLAUME
Agnès MICHELIS
Xavier MECHAIN

Président
de la première commission

Benoît Poiraud

Rapporteurs
de la première commission

Natalia Bogdanova

Aliénor Guillaume

Agnès Michelis

Xavier Mechain

Sommaire de la première commission
La solitude dans la société contemporaine

Introduction 19

Première partie – La solitude en France : état des lieux

§1 – La solitude liée aux épreuves de la vie humaine 20

I – La solitude et la survenance du handicap ou de la maladie 21

A/ Le constat actuel de la situation des personnes handicapées et malades en France 21
1) Les problèmes posés par la solitude dans le handicap et la maladie 22
a) La solitude de la personne handicapée ou malade 22
a-1) La personne handicapée 22
a-2) La personne malade 23
b) L'isolement de la famille d'une personne handicapée ou malade 23
2) Les solutions existantes 24
a) Les solutions pour les personnes malades 24
a-1) Aménagement du travail du salarié malade 24
a-2) Autorisations d'absence 24
a-3) Aménagements de poste 24
a-4) Mi-temps thérapeutique 24
a-5) Protection contre le licenciement 25
a-6) Prise en charge totale de la Sécurité Sociale 25
a-7) L'accès au crédit de la personne malade ou handicapée 25
b) Les solutions pour les personnes handicapées 27
b-1) Intégration à la vie sociale 27
b-2) La scolarisation des enfants handicapés 28
b-3) L'intégration des personnes handicapées dans le milieu du travail 29
b-4) L'accès au logement de la personne malade ou handicapée 31
c) Les aménagements offerts à l'entourage familial 33
c-1) Le congé de soutien familial 33
c-2) Le congé de solidarité familiale 34
c-3) Les aménagements du temps de travail 35
c-4) Le congé parental d'éducation 35

c-5) Le statut d'aidant familial 36
d) Les différentes aides 36
d-1) La Maison Départementale des Personnes Handicapées (MDPH) 37
d-2) Les cas d'attribution des aides et prestations 38
d-3) Les différentes catégories d'aides 39
d-4) Les solutions d'amélioration du quotidien 42
3) Les associations : relais des familles 43

B/ Lacunes et solutions à approfondir et découvrir 44
1) Les régimes de protection juridique 44
a) Les régimes classiques : tutelle, curatelle, curatelle renforcée 45
b) L'encadrement du majeur protégé 45
2) Les incitations fiscales 46
a) Impôt sur les Revenus 46
a-1) Le quotient familial 46
a-2) Le calcul de l'impôt sur le revenu 46
a-3) Dépenses liées à la dépendance 46
a-4) Abattement et réductions spécifiques 47
a-5) L'exonération des allocations versées aux personnes handicapées 47
b) Les contrats d'assurance 47
b-1) Le contrat de rente survie 47
b-2) Le contrat épargne handicap 48
c) Impôts Locaux 48
d) Droits d'enregistrement 49
e) Impôt de Solidarité sur la Fortune 49

II – La solitude et la survenance de ruptures : divorce, séparation et deuil 50

A/ Constat sur la solitude née des ruptures familiales 50
1) Les solitudes subies 51
a) La solitude du divorce 52
a-1) Confrontation au choc psychologique de la rupture 52
a-2) L'appauvrissement suite à la rupture 53
a-3) Dialogue « solitaire » avec divers organismes 54
b) La solitude en cas de séparation des concubins 55
b-1) La volonté des concubins d'éviter l'encadrement 55
b-2) Le concubinage et le PACS 56
c) La solitude du deuil 57
c-1) La gestion des affaires et les relations avec la famille 57
c-2) La nécessité de l'évolution de la notion de veuvage 58
2) Les solitudes volontaires ? 59

a) La solitude des célibataires 60
b) La solitude des familles monoparentales 62
c) La solitude dans les familles recomposées 63

B/ Les solutions existantes 65
1) L'organisation des procédures 65
a) Simplification des procédures du divorce 65
b) Désignation d'un mandataire 66
2) Organisation du patrimoine des personnes seules 66
a) Situation du conjoint survivant 66
b) Conventions entre concubins 67
b-1) Conventions d'indivision 67
b-2) Règlement des conséquences de la rupture 68
c) Relations financières après le divorce 68
c-1) Prestation compensatoire 68
c-2) Autres avantages du conjoint séparé 69
3) Rôle des associations 70
4) Les aides sociales aux mères isolées 70
a) Aide au recouvrement de la pension alimentaire 70
b) Les prestations sociales 71
c) Aides collectives 72

§2 – La solitude liée aux temps de la vie humaine 74

I – L'enfant et la solitude 74

A/ La société actuelle face à la solitude de l'enfant 74
1) L'adoption : les difficultés 75
a) L'adoption intra-nationale 77
a-1) L'accouchement « sous X » 78
a-2) La maternité pour autrui 80
b) Au niveau international 82
2) L'éclatement de la cellule familiale : l'enfant dans la mêlée 86
a) La garde alternée 87
b) L'autorité parentale 90
c) L'enfant au sein des mutations familiales : vers une amélioration de la prise en compte de la place occupée par des tiers auprès de l'enfant ... 91
c-1) Les tiers ayant un lien de parenté avec l'enfant 96
c-2) Les tiers n'ayant pas de lien de parenté avec l'enfant 97
3) Les dérives sectaires 98
a) Le positionnement du problème 99
b) Un constat alarmant 99

B/ Les solutions existantes 102
1) Les armes juridiques européennes 102
2) La législation française 102

II – La solitude des personnes âgées 104

A/ La condition sociale et patrimoniale de la personne âgée dans la société 105
1) Quelques chiffres 105
2) Les études menées sur les parcours résidentiels des personnes âgées 105
3) L'état des structures d'accueil des personnes âgées dépendantes en France 111
4) Les personnes âgées, leur patrimoine, les solutions offertes 114
5) De l'amélioration des structures d'accueil 117
6) Les aides fiscales et sociales au maintien à domicile 118

B/ Les dispositifs actuels 119
1) Les solutions immobilières : les structures d'accueil originales existantes 120
2) Les dispositifs financiers 121
a) L'assurance-vie 121
b) Le prêt viager hypothécaire 122
3) Les aides fiscales 124
4) L'aide sociale : allocation personnalisée d'autonomie 126
5) L'apport des nouvelles technologies 127

Deuxième partie – Propositions de remèdes

§1 – Les remèdes législatifs et réglementaires 128

I – Les remèdes préconisés pour les personnes âgées 129

A/ Vers un urbanisme et une propriété intergénérationnelle 129

B/ L'aide à la pierre : l'accueil des personnes âgées 130

C/ L'aide à la personne : la rémunération par l'aide sociale de la « famille d'accueil » de la personne âgée en contrepartie de la baisse du coût de la prise en charge par la Société 131

II – Les solutions préconisées pour les enfants 132

A/ L'adoption 132
1) Au niveau national 132
a) Accouchement anonyme 133
b) Convention de mère porteuse 136
2) Au niveau international 140

B/ Les remèdes pour l'enfant dans la mêlée de l'éclatement familial ..141
1) La création d'un mandat d'éducation ponctuel au profit d'un tiers 142
2) Instituer une convention de partage de l'exercice de l'autorité parentale avec un tiers 142
3) Donner au juge qui confie un enfant à un tiers (proche de confiance, aide sociale à l'enfance), la possibilité d'élargir l'éventail des actes que le tiers peut être amené à réaliser pour les besoins de l'enfant 143
4) Améliorer les possibilités de prise en charge de l'enfant par un tiers en cas de décès de son ou de ses parents 143
5) Consacrer un droit de l'enfant à entretenir des relations personnelles avec le tiers qui a partagé sa vie quotidienne et avec lequel il a noué des liens affectifs étroits 144

C/ Les solutions envisageables face aux dérives sectaires 145
1) La laïcité face aux sectes : une république laïque 147
2) D'autres solutions sont préconisées 148

§2 – Les remèdes contractuels 150

I – L'engagement familial face à la solitude 151

A/ S'inspirer et développer l'accueil familial, une solution encore trop peu mise en avant 151
1) L'accueil familial, une structure atypique 151
2) L'accueillant familial, un bailleur salarié multicarte 153
3) Avantages – intérêts et lacunes 154
4) Le coût de l'accueil 156

B/ Promouvoir et développer deux solutions détonantes : la cogestion et la cohabitation 157
1) Le développement de la participation technique et humaine des seniors à l'entretien et la gestion de leur structure d'accueil, ou la mutualisation des décisions et des dépenses. 157
2) Le logement intergénérationnel, une pratique encore méconnue 158

C/ La créance de salaire différée de l'enfant dévoué et les libéralités rémunératoires 161
1) La créance de salaire différé – une rémunération à ne pas rapporter à la succession ! 161
2) Les libéralités rémunératoires 164
a) Principes 164
b) Dans les couples séparés 166
c) Fiscalité 167

II – Pactes de famille : outils de gestion patrimoniale 168

A/ Les contrats familiaux 168
1) Les donations 169
a) Graduelles 169
b) Résiduelles 170
c) Le démembrement de propriété 171
d) La libéralité avec charge 172
2) La renonciation à l'action en réduction 172
3) Le bail à nourriture 172
4) Conventions familiales suite à une rupture 174
a) Conventions de divorce : expérience internationale 175
b) Dans les familles recomposées 176
c) Pactes entre concubins et partenaires 176
5) Autres techniques contractuelles 177
a) La société civile 177
b) Les contrats d'assurance-vie 177
c) La réforme sur les incapacités 178
d) Un nouveau droit d'usage et d'habitation ? 179

B/ Mandats : prévoir et régler la période de vie et du deuil 179
1) Le mandat posthume 179
2) Le mandat de protection future 179
a) Le mandat de protection future pour soi-même 180
b) Le mandat de protection future pour autrui 180
b-1) La protection patrimoniale 181
b-2) La protection de la personne 182
3) L'accompagnement du malade en fin de vie – le testament de vie 183
4) Convention de gestion en cas de deuil 185

Amélioration, collaboration des institutions et des professions 186

Conclusion 190

Introduction

Au sens philosophique, la solitude représente l'échec de la communion entre les hommes. Elle naît de sentiments et d'émotions – la peur, la jalousie, la douleur, le désespoir – qui isolent celui qui en est animé. Non ; l'enfer ; ce n'est pas « les autres » ; c'est au contraire le moi replié dans son orgueil, sa souffrance ou son ressentiment et refusant les valeurs de la communauté.

Mais la solitude peut être aussi tout autre chose. Les âmes soucieuses de spiritualité ont toujours recherché la solitude, non point parce que, comme le dit Sénèque avec amertume, « chaque fois que l'on va dans la compagnie des hommes on en revient moins homme qu'on n'était. » mais parce qu'au-delà des valeurs de communauté, toujours plus ou moins déterminées par les contingences, il y a les valeurs universelles. Ainsi, il y a une solitude qui unit. C'est celle pratiquée comme un exercice spirituel par le sage qui doit prouver sa valeur et sa fécondité dans ses relations avec le dehors que la séparation avait paru abolir. En ce sens, solitude et communauté sont complémentaires l'une de l'autre.

Par-delà ces représentations générales que se fait la tradition philosophique de la solitude, il est important pour les notaires, conseils des personnes et des familles, de s'interroger sur ce que peut signifier la solitude dans le monde d'aujourd'hui. Notre première commission a ainsi cherché à identifier les différentes formes de solitude vécues par un grand nombre de nos contemporains, celle que l'on croise à tout moment dans nos familles, nos cités, nos campagnes, nos territoires. On peut certainement paraphraser le poète pour qui « la solitude, ça n'existe pas », mais dans le sens où il n'existe pas une mais des solitudes, parfois voulues, le plus souvent subies, et rarement organisées. Nos modèles sociaux occidentaux ont une conception de plus en plus restreinte de la famille, oubliant peu à peu toute solidarité intergénérationnelle, privilégiant un cadre familial réduit à sa plus simple expression, composé d'un ou plusieurs parents et ses (leurs) enfants. L'époque se prête plus volontiers aux rapprochements amicaux, par définition moins contraignants que les rapports familiaux, car moins obligeants, donc plus distants.

Notre métier nous fait rencontrer tous les jours des personnes dont la situation individuelle ou familiale, la santé ou les sentiments témoignent d'une détresse importante causée par la solitude ; il nous faut impérativement mieux comprendre ces personnes afin de bien les conseiller. Car il ne faut pas se méprendre : il n'existe ni logiciel, ni antivirus à la solitude. En revanche, il y a de multiples raisons, de nombreux remèdes déjà expérimentés, et encore bien des pistes à explorer. C'est ainsi que nous allons décrire les situations de solitude vécues par nos contemporains âgés, handicapés, malades, mariés ou non, veufs, mineurs, et proposer des remèdes, indiquer nos craintes, notre volonté, notre espoir.

Première partie
La solitude en France : état des lieux

LA PREMIÈRE PARTIE de notre étude consistera à faire l'inventaire des situations de solitude dans notre pays, et à apprécier l'efficacité des remèdes existants. Avant d'étudier la solitude rencontrée par l'Homme aux différents temps de sa vie, nous nous pencherons sur les solitudes subies par les personnes malades, handicapées, séparées, endeuillées…

1 § – La solitude liée aux épreuves de la vie humaine

I – La solitude et la survenance du handicap ou de la maladie

II – La solitude et la survenance de ruptures : divorce, séparation et deuil

2 § – La solitude liée aux temps de la vie humaine

I – L'enfant et la solitude

II – La solitude et les personnes âgées

§1 - La solitude liée aux épreuves de la vie humaine

RENÉ CHAR écrivait que l'on ne peut prendre la vie « autrement que par les épines ». Sans verser dans la mélancolie ou le désespoir, il faut, quand on est notaire, savoir regarder la vie bien en face pour connaître les nombreuses épreuves qui frappent les individus et les familles.

Au premier rang, le corps humain, enveloppe fragile de la personnalité juridique, est exposé à tout moment aux agressions du temps et du mal, ainsi qu'aux coups du sort. À ce sujet, on peut observer que le handicap et la maladie s'accompagnent souvent d'un retrait de la société, d'une solitude de la personne handicapée ou malade, liée à son état ou à sa psychologie. (I)

Mais les difficultés de la vie constituent une autre épreuve pour l'individu. La solitude est une conséquence fréquente de la séparation des personnes vivant en couple. La solitude du deuil est souvent inévitable et conduit à des souffrances de l'être humain. (II)

Nous allons faire une description de la société actuelle dans laquelle de nombreuses personnes sont confrontées aux épreuves de la vie et présenter en amont les solutions existantes à ces difficultés.

I – La solitude et la survenance du handicap ou de la maladie

Agnès MICHELIS

LA VIE EST FAITE d'épreuves et de nombreuses familles se trouvent aujourd'hui confrontées à la maladie ou au handicap. Le handicap, la maladie peuvent survenir suite à un accident, mais un enfant peut naître avec un handicap ou une maladie. Dans une société qui recherche sans cesse la perfection, ces personnes malades ou handicapées se retrouvent souvent marginalisées, et leur famille avec elles. Nous analyserons dans un premier temps la situation actuelle et les solutions apportées aux personnes malades ou handicapées, pour envisager ensuite les solutions qu'il conviendrait d'approfondir pour briser toujours plus la solitude de ces personnes.

A/ Le constat actuel de la situation des personnes handicapées et malades en France

Il résulte d'une enquête réalisée par l'INSEE entre 1998 et 2001[1], qu'environ 2,3 millions de personnes vivant à leur domicile perçoivent une allocation, une pension ou un autre revenu en raison d'un handicap ou d'un problème de santé. Plus de 5 millions de personnes bénéficient d'une aide régulière pour accomplir certaines tâches de la vie quotidienne, pour les mêmes raisons. Deux fois sur trois, l'aide est apportée par l'entourage proche.

Selon le Ministère de la Famille, la France compte plus de 5 millions de personnes handicapées, ce chiffre regroupe les personnes souffrant de handicaps moteurs, mentaux et psychiques, et de déficiences auditives et visuelles graves. Environ 800 000 personnes perçoivent l'Allocation aux Adultes Handicapés (AAH).

En domicile ordinaire, la proportion de personnes socialement isolées est assez faible : si l'on combine la cohabitation avec d'autres personnes dans le même logement, les relations avec les autres membres de la proche parenté et celles avec des parents éloignés, amis ou collègues, quelques pour cent à peine des personnes sont isolées (moins de 5 % aux âges les plus élevés). Il résulte de cette enquête HID que l'isolement social est rare mais l'aide humaine parfois insuffisante.

Le handicap touche tout le monde, peut toucher tout le monde ; la maladie aussi. On peut être épargné à la naissance mais être confronté plus tard à la maladie ou à un handicap, suite à un accident par exemple.

1 • Enquête HID : Handicaps – Incapacités – Dépendance.

Le handicap est défini comme un désavantage, qu'il s'agisse d'une infirmité ou d'une déficience. Le handicap peut être sensoriel (visuel, auditif), ou encore mental (déficience intellectuelle, trouble psychiatrique). Dans le sport, c'est un désavantage imposé à un concurrent pour égaliser les chances de victoire : poids, distance… Dans la vie de tous les jours, le handicap s'impose à la personne, elle le subit involontairement. Le terme de handicap est péjoratif aujourd'hui car il va à l'encontre d'un système de perfection vers lequel tend la société. Ne faudrait-il pas parler de personnes inadaptées plutôt que de personnes handicapées ?

1) Les problèmes posés par la solitude dans le handicap et la maladie

La solitude de la personne malade ou handicapée peut être un poids pour elle directement, elle est aussi et même très souvent une solitude qui touche la famille de cette personne.

a) La solitude de la personne handicapée ou malade

a-1) La personne handicapée

L'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) analyse de la façon suivante les relations entre maladie et handicap :

- les maladies incluent les accidents et les autres traumatismes moraux ou physiques ainsi que les malformations congénitales.
- les déficiences sont les pertes ou dysfonctionnements des diverses parties du corps ou du cerveau. On parle aussi d'invalidité.
- les incapacités sont les difficultés ou impossibilité de réaliser des actes élémentaires comme se tenir debout, s'habiller…
- les désavantages désignent les difficultés ou impossibilités que rencontre une personne à remplir les rôles sociaux auxquels elle peut aspirer ou que la société attend d'elle.

Le handicap regroupe les trois derniers domaines et l'atteinte peut être minime ou conséquente.

> L'article 21 de la loi numéro 2005-12 du 11 février 2005, codifiée sous l'article L 114 du Code de l'Action sociale et des Familles dispose que « constitue un handicap, au sens de la présente loi, toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant. »

Le monde moderne n'est pas adapté à la personne handicapée, que ce handicap soit moteur ou mental. On évolue en effet dans une société où il faut aller vite, où le profit domine, dans laquelle il faut être compétitif. La personne

handicapée est donc souvent exclue de la société car elle n'est pas en phase avec ces besoins. Elle est handicapée, donc différente des autres, de ceux qui sont valides, les plus nombreux, ceux par rapport auxquels on raisonne.

L'enfant handicapé n'est pas ou peu scolarisé, même si d'importants progrès ont été accomplis récemment en la matière, comme il sera vu ci-après ; la personne handicapée éprouve des difficultés à faire des études, à trouver ensuite du travail, à le conserver.

a-2) La personne malade

La personne malade vit les mêmes difficultés que la personne handicapée. Elle est souvent dans l'incapacité de travailler, elle doit rester chez elle, se soigner. Les maladies touchent des personnes jeunes et moins jeunes. La personne malade est exclue de la vie sociale : elle se heurte à de nombreuses difficultés : trouver du travail, conserver ce travail, obtenir du travail. La maladie rend la personne vulnérable. Les personnes malades doivent suivre des traitements médicaux, parfois très lourds, leur empêchant toute activité professionnelle; elles se trouvent exclues du monde du travail et désocialisées de ce fait. La maladie les exclut du crédit : impossibilité de contracter un prêt à la consommation ou immobilier car elles ne peuvent être assurées contre les risques de décès, invalidité ou incapacité de travail ou assurées avec des surprimes qu'elles ne peuvent assumer.

Le malade en fin de vie est, quant à lui, dans une souffrance différente car, en plus d'être isolé du monde professionnel et social, il doit faire face à une souffrance physique et psychologique plus importante. S'il est souvent âgé, il peut néanmoins être jeune, parent d'enfant en bas âge. Ses préoccupations sont souvent différentes des autres personnes malades. Le milieu médical est le plus présent, c'est lui qui soulage le malade, l'accompagne au cours de ses derniers moments. Nous verrons qu'une loi permet désormais à ces malades d'être mieux accompagnés. Le notaire est parfois appelé au chevet de ces malades soucieux de prendre des dispositions de dernières volontés mais il est souvent face à des professionnels de santé peu préparés à lui offrir la place qu'il devrait avoir.

b) L'isolement de la famille d'une personne handicapée ou malade

L'enfant handicapé, que le handicap soit moteur ou mental, a besoin d'encore plus d'aide qu'un enfant valide. Lorsqu'il est petit, les parents sont là pour s'occuper de lui, lui prodiguer des soins, l'entourer, le conseiller, le protéger. Mais nombreux sont les parents qui sont inquiets du sort de leur enfant handicapé à leur décès. Qui va s'occuper de lui, qui va gérer ses biens, les revenus qu'il va percevoir, qui va veiller sur lui ?

La famille de la personne malade souffre également de cette maladie qui ne la touche pas directement : elle souffre à cause de l'exclusion subie par cette personne, elle ne peut pas toujours s'absenter de son travail et accompagner la personne. Le conjoint, le compagnon doit subir la maladie de l'autre et se

heurte aux mêmes difficultés, aux exclusions : la société n'aime pas les gens malades ou handicapés.

> En 2005, l'Association France Alzheimer a précisé que 860 000 personnes en France sont atteintes de cette maladie mais que ce sont plus de 3 000 000 de Français qui, au quotidien, vivent avec la maladie : conjoints, enfants, aidants, personnels de santé. Ces personnes se trouvent souvent seules, la prise en charge psychologique offerte étant peu importante.

2) Les solutions existantes

Pour faire face à la solitude des personnes malades ou handicapées, il faut leur permettre d'accéder à la vie sociale à tous les âges de la vie. Petit, l'enfant doit être scolarisé, adolescent et jeune adulte il doit pouvoir faire des études et acquérir un apprentissage pour pouvoir travailler et ainsi s'épanouir, il doit avoir un logement, pratiquer du sport, accéder aux lieux de culture. Le principe est désormais celui de l'accessibilité généralisée. Pour toutes les personnes que la maladie ou le handicap ne permettent pas de vivre comme la majorité, il a été mis en place différentes solutions.

a) Les solutions pour les personnes malades

a-1) Aménagement du travail du salarié malade

Le salarié atteint d'une maladie grave (sida, cancer, insuffisance cardiaque grave…) bénéficie de dispositifs tenant compte de son état de santé :

- droit au travail et autorisations d'absence,
- aménagements de poste et mi-temps thérapeutique,
- protection contre le licenciement,
- prise en charge totale de la Sécurité Sociale.

Par ailleurs, des protections spécifiques sont prévues pour les salariés exposés à des risques professionnels. Il est important de préciser que, quelle que soit la maladie du salarié, le principe de non-discrimination en raison de l'état de santé doit être respecté par l'employeur.

a-2) Autorisations d'absence

Tout salarié atteint d'une maladie grave bénéficie d'autorisations d'absence pour suivre les traitements médicaux rendus nécessaires par son état de santé. Le résultat d'examens complémentaires demeure couvert par le secret médical.

a-3) Aménagements de poste

Si le salarié est déclaré inapte par le médecin du travail, l'employeur doit lui proposer un autre emploi approprié à ses capacités.

a-4) Mi-temps thérapeutique

Après un arrêt total de travail, le salarié peut bénéficier – temporairement – d'un mi-temps thérapeutique. Le principe : sur prescription de son médecin

traitant, le salarié reprend son emploi à mi-temps. L'employeur le rémunère en fonction des heures travaillées, tandis que la Caisse de Sécurité Sociale verse des indemnités journalières pour les périodes non travaillées.

La Caisse de Sécurité Sociale est libre d'accepter ou non le mi-temps thérapeutique. En cas de prise en charge, c'est elle qui fixe le montant et la durée de versement des indemnités journalières.

a-5) Protection contre le licenciement

La maladie ne constitue pas en elle-même un motif de licenciement. Par contre, l'inaptitude physique constatée par le médecin du travail, les absences répétées ou la maladie prolongée perturbant la marche de l'entreprise, peuvent constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement.

a-6) Prise en charge totale de la Sécurité Sociale

Certaines affections de longue durée (ALD) peuvent donner lieu à une prise en charge à 100 % (exonération du ticket modérateur) par les caisses primaires d'assurance-maladie (CPAM).

a-7) L'accès au crédit de la personne malade ou handicapée

La personne malade est protégée dans son milieu professionnel, il existe de nombreux textes. Mais la personne malade ainsi protégée se voit néanmoins exclue d'autres aspects de la vie sociale. Nous sommes parfois confrontés aux refus de crédits immobiliers opposés à des acquéreurs pour impossibilité d'assurance ou surprime liée à un problème de santé.

Pour garantir le plus grand nombre d'emprunteurs, les assureurs mettent au point des contrats standards (contrat groupe ou individuel). Le tarif et les conditions d'assurance de ces contrats sont déterminés en fonction de critères correspondant à un risque de santé moyen. Lorsqu'une personne n'entre pas dans ce cadre car elle présente un risque aggravé de santé, le tarif et les conditions d'assurance doivent être adaptés.

Pour faciliter l'accès au crédit des personnes présentant un risque aggravé de santé ou un handicap, une convention dite Convention Belorgey avait été signée en 2001 entre les professionnels de la banque et de l'assurance, des associations de malades et de consommateurs et les pouvoirs publics. Le contenu de cette convention a été enrichi à plusieurs reprises, jusqu'en 2006 où elle a été remplacée (avec effet au 1er janvier 2007) par une nouvelle convention dite Convention AERAS [2].

Cette convention s'applique à l'ensemble des emprunteurs ; elle comporte des règles relatives au respect de la confidentialité des informations qui touchent à la vie privée et à la santé des personnes ainsi qu'un dispositif particulier pour favoriser l'accès à l'assurance des personnes qui présentent un risque aggravé

2• S'Assurer et Emprunter avec un Risque Aggravé de Santé.

de santé. Le dispositif prévu dans la convention s'applique sous certaines conditions aux prêts à caractère personnel (prêts au logement et certains types de crédit à la consommation) et professionnel (prêts pour l'acquisition de locaux et de matériels).

Pour les prêts au logement et les prêts professionnels, les assureurs se sont engagés, lorsque cela est possible, à proposer une assurance invalidité, dans le cas où celle-ci s'avérerait nécessaire à l'aboutissement de la demande de prêt. Cette assurance invalidité couvrira au minimum le risque de perte totale et irréversible d'autonomie ainsi que certains risques additionnels dans des cas déterminés prévus au contrat. La banque, qui fonde sa décision sur le seul critère de solvabilité de l'emprunteur, acceptera, chaque fois que cela est possible, une couverture partielle du risque invalidité.

La convention AERAS a prévu la prise en charge d'une partie des surprimes éventuelles pour les personnes aux revenus modestes. Dans cette hypothèse, la prime d'assurance ne pourra pas représenter plus de 1,5 point dans le taux effectif global de leur emprunt.

Les professionnels de la banque ont confirmé dans la convention AERAS, leur engagement à informer l'emprunteur par écrit de tout refus du prêt qui a pour seule origine un refus d'assurance. Lorsque l'assurance est refusée, l'emprunteur peut prendre contact par courrier avec le médecin de l'assureur, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un médecin de son choix, afin d'obtenir des précisions sur les raisons médicales du refus.

Sans assurance pour garantir un prêt (ou si les garanties apparaissent insuffisantes pour le succès de l'opération), la banque va rechercher un moyen pour permettre à l'emprunteur de réaliser son projet. À cet effet, elle essaiera de trouver avec lui, des garanties alternatives à l'assurance dont la valeur et la mise en jeu offrent la même sécurité pour l'emprunteur et le prêteur.

Il peut s'agir par exemple d'une garantie personnelle, comme la caution d'une personne solvable, d'une garantie réelle comme le nantissement d'un capital placé, de la délégation d'un contrat d'assurance-vie ou de prévoyance individuelle, ou encore d'une hypothèque sur un bien immobilier (en complément de celle sur le bien financé). Dans tous les cas, c'est la banque qui appréciera la valeur de cette garantie alternative.

Lorsque les mécanismes de la convention AERAS, tels qu'ils sont décrits dans le texte de la convention, n'ont pas correctement fonctionné, il est possible de faire appel à une commission de médiation. Elle est chargée d'examiner les réclamations individuelles qui lui sont transmises ; elle facilite la recherche d'un règlement amiable du différend en favorisant le dialogue entre le médecin de l'emprunteur et le médecin-conseil de l'assureur.

En 2007, le Conseil Supérieur du Notariat (CSN) et la Fédération Nationale de l'Immobilier (FNAIM) ont décidé de se joindre à l'effort

de communication engagé par les pouvoirs publics, les fédérations professionnelles de la banque et de l'assurance, les associations de malades et de consommateurs en vue d'informer les futurs propriétaires des garanties apportées par cette convention AERAS.

b) Les solutions pour les personnes handicapées

La personne handicapée a des difficultés dans sa vie de tous les jours, à toutes les étapes de sa vie : l'enfant quand il doit être scolarisé, l'adolescent lorsqu'il souhaite bénéficier d'un enseignement, l'adulte en âge de travailler mais également dans son cadre de vie, dans son accès au logement notamment. Nous envisagerons les différents mécanismes mis en place par la loi qui a, au fil des ans, amélioré le cadre de vie de ces personnes et leur accès à la vie quotidienne.

b-1) Intégration à la vie sociale

La loi du 11 février 2005, et son décret d'application du 11 mars 2005, pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, a apporté des évolutions très importantes pour répondre aux attentes des personnes handicapées.

Ainsi, l'article L 114 du Code de l'Action sociale et des Familles dispose que « *Toute personne handicapée a droit à la solidarité de l'ensemble de la collectivité nationale, qui lui garantit, en vertu de cette obligation, l'accès aux droits fondamentaux reconnus à tous les citoyens ainsi que le plein exercice de sa citoyenneté. (…) À cette fin, l'action poursuivie vise à assurer l'accès de l'enfant, de l'adolescent ou de l'adulte handicapé aux institutions ouvertes à l'ensemble de la population et son maintien dans un cadre ordinaire de scolarité, de travail et de vie. Elle garantit l'accompagnement et le soutien des familles et des proches des personnes handicapées.* »

L'objectif du législateur, au travers des différents textes législatifs qui ont été pris a été de permettre à la personne handicapée un accès à la vie de tous les jours dont elle est souvent exclue : l'accès à l'école et à l'enseignement, au travail, au sport et à la culture, aux bâtiments et infrastructures diverses. Cela va lui permettre de ne pas être isolée, de pouvoir se mêler aux autres, de vivre avec les autres, de briser sa solitude.

La vie sociale et économique que nous connaissons crée des exclus. Dans le cas des personnes handicapées ou malades, elles n'ont pas la vivacité des travailleurs dans la force de l'âge, ont des difficultés pour assumer les mêmes tâches, sont amenées à être absentes pour cause de traitement, de mauvaise santé. La loi de 2005 a mis en place tout un arsenal de règles destinées à maintenir ces personnes au sein de la société, elles ne doivent pas être exclues au prétexte de leur différence.

Il est à noter que, sans nier les besoins spécifiques des personnes handicapées, l'équipement culturel mis en place offre également un confort d'usage à un

public plus large qui n'est pas identifié comme handicapé mais qui est heureux de bénéficier de ces aménagements qui sont transposables à d'autres publics. Ainsi, la rampe d'accès se révèle être un confort pour la personne âgée, les parents d'enfants en bas âge en poussette. Les spectateurs étrangers apprécient les surtitrages et les boîtiers électroniques de traduction.

L'accessibilité mise en place au cadre bâti et aux transports permet également leur usage sans dépendance pour toute personne qui, à un moment ou à un autre, éprouve une gêne : grossesse, fauteuil roulant, poussette des enfants en bas âge, personnes âgées.

> Notons que Madame Soraya Kompany dans son ouvrage « *L'accessibilité pour tous* » a constitué un guide exhaustif de l'ensemble des dispositions législatives et réglementaires concernant l'accessibilité. Il constitue un outil précieux pour tous ceux qui entendent contribuer à rendre la société accessible à nos concitoyens handicapés.

Rappelons que depuis le 1er janvier 2007, les maîtres d'œuvre, les maîtres d'ouvrage et tous ceux qui entreprennent des travaux dans le bâtiment, dans les transports collectifs et sur les espaces publics sont tenus de respecter les règles d'accessibilité. Ces règles, issues de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005, instituent deux grandes catégories d'obligations, qui fondent le principe d'accessibilité, ainsi énoncées :

> *1. « Les dispositions architecturales, les aménagements et équipements intérieurs et extérieurs des locaux d'habitation, qu'ils soient la propriété de personnes privées ou publiques, des établissements recevant du public, des installations ouvertes au public et des lieux de travail doivent être tels que ces locaux et installations soient accessibles à tous, et notamment aux personnes handicapées, quel que soit le type de handicap, notamment physique, sensoriel, cognitif, mental ou psychique. »*
>
> *2. « La chaîne du déplacement, qui comprend le cadre bâti, la voirie, les aménagements des espaces publics, les systèmes de transports et leur intermodalité, est organisée pour permettre son accessibilité dans sa totalité aux personnes handicapées ou à mobilité réduite. Dans un délai de dix ans, à compter de la publication de la présente loi, les services de transports collectifs devront être accessibles aux personnes handicapées et à mobilité réduite. »*

Ces dispositions, par les champs qu'elles couvrent, touchent des domaines très larges, comme les immeubles d'habitation, les bâtiments publics, les équipements, les transports, les espaces publics. La loi institue également, le principe de l'accès aux nouvelles technologies et aux moyens de communication de l'information, comme l'accès à Internet ou à la téléphonie mobile.

b-2) La scolarisation des enfants handicapés

La loi du 11 février 2005 reconnaît à tout enfant porteur de handicap le droit d'être inscrit en milieu ordinaire, dans l'école la plus proche de son

domicile. L'effort pour intégrer ces enfants dans des milieux traditionnels est à souligner, il permet à l'enfant d'être en contact avec des camarades de son âge et de son quartier, à sa famille de rester près de lui sans avoir à déménager ou faire de longs trajets.

La loi reconnaît également aux enfants qui ont des besoins spécifiques le droit de bénéficier d'un accompagnement adapté. Les établissements et services du secteur médico-social complètent le dispositif scolaire ordinaire. La loi prévoit que les parents sont étroitement associés à la décision d'orientation. Elle garantit également l'égalité des chances entre les candidats handicapés et les autres candidats en donnant une base légale à l'aménagement des conditions d'examen.

Un suivi personnalisé de l'enfant permet de garantir la cohérence et la continuité du parcours scolaire. Ce projet coordonne le déroulement de la scolarité et l'ensemble des actions pédagogiques, psychologiques, éducatives, sociales, médicales et paramédicales qui viennent compléter la formation scolaire et sont nécessaires pour assurer la cohérence et la continuité du parcours scolaire.

L'intégration des élèves et étudiants handicapés est facilitée par la mise en place d'équipes dédiées et formées. Des équipes de suivi de la scolarisation, dans chaque département, regroupent l'ensemble des personnes qui concourent à la mise en œuvre du projet personnalisé de scolarisation. Un enseignant référant assure, sur l'ensemble du parcours de formation, la permanence des relations avec l'élève et ses parents. Les auxiliaires de vie scolaire facilitent l'accueil et l'intégration des enfants dans leurs classes.

b-3) L'intégration des personnes handicapées dans le milieu du travail

Les personnes privées de travail sont à notre époque très souvent conduites vers l'isolement et la traduction la plus concrète de l'accueil des personnes handicapées adultes par la société consiste très certainement à leur assurer une fonction.

La loi handicap affirme le principe de non-discrimination et donne la priorité au travail en milieu ordinaire, en misant sur l'incitation des employeurs. Le dispositif de sanction est renforcé et étendu aux employeurs publics.

Les entreprises doivent prendre les mesures appropriées pour permettre aux travailleurs handicapés d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi correspondant à leurs qualifications ou pour qu'une formation adaptée à leurs besoins leur soit dispensée. Tout ou partie des dépenses supportées à ce titre par l'employeur peut être compensé par des aides.

Depuis 1987, les entreprises de plus de vingt salariés sont tenues à une obligation d'emploi d'au moins 6 % de personnes handicapées. La loi de 2005 réaffirme cette obligation et l'étend à de nouvelles catégories de personnes handicapées : les titulaires de la carte d'invalidité et les titulaires de l'Allocation aux Adultes Handicapés (AAH). Elle renforce également la contribution à

l'Association Nationale pour la Gestion du Fonds pour l'Insertion Professionnelle des Personnes Handicapées (AGEFIPH) pour les entreprises qui n'ont pas rempli leur obligation. Elle augmente jusqu'à six cents fois le Salaire Minimum Interprofessionnel de Croissance (SMIC) par travailleur handicapé non employé et peut atteindre mille cinq cents fois le SMIC horaire par travailleur handicapé non employé pour les entreprises qui n'auront engagé aucune action en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés dans un délai de trois ans. Pour le calcul de cette contribution, tous les emplois de l'entreprise sont considérés (en application du principe de non-discrimination) comme pouvant être occupés par un travailleur handicapé.

Parallèlement, des incitations sont mises en œuvre : les entreprises peuvent déduire de la contribution les dépenses qu'elles engagent en faveur de l'insertion professionnelle des travailleurs handicapés au-delà de l'obligation légale. Elles bénéficient également d'un allégement de leur contribution ou d'une aide spécifique pour le recrutement d'une personne lourdement handicapée.

Il est à préciser que les dépenses d'amélioration, non déductibles de l'impôt sur les revenus des personnes physiques pour les locaux à un autre usage que l'habitation, peuvent être déduites lorsqu'elles sont afférentes aux locaux professionnels et commerciaux destinés à faciliter l'accueil des handicapés[3].

Le statut de la Fonction Publique a été modifié pour tenir compte des difficultés particulières d'accès à l'emploi des travailleurs handicapés : modernisation du recrutement par contrat, recul ou suppression des limites d'âge pour se présenter aux concours, création d'un temps partiel de droit, mise en œuvre d'aménagements d'horaires pour les fonctionnaires handicapés ou les « *aidants* » familiaux. Il a été créé un fonds pour l'insertion professionnelle dans la Fonction Publique alimenté par la contribution des ministères, des collectivités territoriales et des hôpitaux publics ne respectant pas l'obligation d'emploi de 6 % de travailleurs handicapés.

Il existe également des structures spécialisées pour permettre à la personne handicapée de travailler.

Les Établissements et Services d'Aide par le Travail (ESAT) [4] (anciennement appelés Centres d'Aide par le Travail – CAT) sont des établissements médicaux sociaux régis par le Code de l'Action sociale et des Familles, ce ne sont pas des entreprises. Ils sont prévus pour des personnes dont les capacités de travail ne leur permettent pas, momentanément ou durablement, à temps plein ou à temps partiel, ni de travailler dans une entreprise ordinaire ou dans une entreprise adaptée (…) ni d'exercer une activité professionnelle indépendante.

Les ESAT ont une double finalité : faire accéder, grâce à une structure et à des conditions de travail aménagées la personne handicapée à une vie sociale

3. Article 31-I-1 b bis du Code Général des Impôts.

4. Article L 344-2 à 6 du Code de l'Action Sociale et des Familles.

et professionnelle et permettre, à celles qui ont manifesté des capacités, de quitter la structure et d'accéder à un milieu ordinaire de travail ou dans une entreprise adaptée.

Ces entreprises, dont l'ancienne dénomination, avant la loi du 11 février 2005, était celle d'ateliers protégés, permettent à certaines personnes, moins fortement handicapées que celles fréquentant un ESAT, d'accéder à un véritable statut de salarié.

Enfin, le législateur a mis en place différents contrats de travail aidés : « *contrat emploi consolidé* » (CEC), « *contrat d'accompagnement dans l'emploi* » (CAE), « *contrat d'insertion-revenu minimum d'activité* » (CIRMA), « *contrat d'avenir* » (CAV)… L'employeur reçoit chaque mois une aide venant en complément du salaire, laquelle est déduite du montant mensuel de l'Allocation Adulte Handicapé.

b-4) L'accès au logement de la personne malade ou handicapée

Le maintien à domicile de la personne malade ou handicapée est un élément de maintien dans la vie sociale très important.

L'État permet aux personnes à faibles revenus d'accéder au logement par l'attribution d'une allocation de logement. L'allocation de logement familiale est versée à tous les bénéficiaires d'allocations familiales remplissant certaines conditions de ressources [5]. Mais elle est également versée aux familles qui ne perçoivent pas ces prestations mais qui hébergent une personne handicapée. Le maintien de la personne handicapée à domicile et en famille est très important, il lui permet de ne pas être isolée. Les familles qui perçoivent cette allocation sont ainsi soulagées financièrement car l'entretien des personnes handicapées à domicile peut être coûteux. Cette allocation permet également de financer des travaux dans le logement et ainsi de l'adapter aux besoins nés du handicap.

L'Aide Personnalisée au Logement (APL) est assimilée à une prestation caractère social, familial et économique permettant l'accès à un logement par le biais de la location et de l'acquisition.

Le Fonds de Solidarité Logement (FSL) a pour but d'aider des personnes en difficulté à accéder à un logement ou s'y maintenir. Ainsi, le FSL apporte des aides financières pour permettre de trouver un logement (cautionnement du paiement de loyers, prêts sans intérêt pour le dépôt de garantie…) ou pour le conserver (couverture d'une dette locative, des frais engagés).

Les personnes en situation de handicap et les familles ayant à leur charge une personne en situation de handicap qui ont des revenus modestes sont prioritaires pour l'attribution des logements d'Habitations à Loyer Modéré.

5• Article L 542-1 du Code de la Sécurité Sociale.

D'autre part, la maladie ou le handicap pouvant évoluer, le logement peut se retrouver inadapté et le maintien à domicile compromis. La personne malade ou handicapée peut être très attachée à son cadre de vie, son environnement et le départ du logement peut être traumatisant. Pour pallier cette difficulté, différentes mesures ont été mises en œuvre pour apporter à la personne une aide à domicile.

Les aides sont de deux ordres : financières et fiscales.

Sur le plan financier, l'aide la plus importante est la prestation de compensation. Elle sera envisagée ci-après. Elle permet l'aménagement de l'appartement ou la maison de la personne pour faciliter son accès, l'agrandir, le moderniser. En outre, différents organismes peuvent octroyer des aides pour effectuer ces travaux : organismes collecteurs du 1 % logement, mutuelles… D'autre part, l'Association nationale pour l'amélioration de l'habitat (ANAH) est susceptible de subventionner ces travaux.

Au plan fiscal, depuis la loi de finance rectificative de 2005, un crédit d'impôt sur les revenus a été mis en place[6]. Ainsi, les dépenses d'installation ou de remplacement d'équipements spécialement conçus pour les personnes handicapées sont éligibles à ce dispositif. Il doit s'agir de dépenses payées entre le 1er janvier 2005 et le 31 décembre 2009 dans le cadre de travaux réalisés dans un logement achevé, d'équipements intégrés à un logement acquis neuf ou en l'état futur d'achèvement entre ces mêmes dates. Ces dépenses sont retenues pour l'ensemble de la période de 2005 à 2009 dans la limite de 5 000 € pour un contribuable seul ou 10 000 € pour les couples soumis à imposition commune, majoré de 400 € par enfant à charge. Le crédit d'impôt est calculé sur le montant des dépenses éligibles au dispositif, éventuellement plafonné, au taux de 25 %.

Dans les cas où les personnes dont le handicap limite une vie à domicile, des établissements favorisent leur autonomie dans la vie quotidienne et proposent un hébergement adapté. Il s'agit :

- des **Foyers d'accueil médicalisés (FAM)**
  Ils ont vocation à accueillir des personnes lourdement handicapées et polyhandicapées dont la dépendance totale ou partielle nécessite le recours à une tierce personne, une surveillance médicale et des soins constants.
- des **Maisons d'accueil spécialisés (MAS)**
  Elles reçoivent des personnes ne pouvant effectuer seules les actes essentiels de la vie, et dont l'état nécessite une surveillance médicale et des soins constants mais non intensifs.
- des **foyers de vie ou foyers occupationnels**
  Ils accueillent, à la journée ou à temps complet, des personnes qui ne sont pas en mesure de travailler mais qui disposent d'une certaine autonomie physique ou intellectuelle.

6. Article 18 ter du Code Général des Impôts annexe 4.

- des **foyers d'hébergement pour travailleurs handicapés**
  Ils assurent l'hébergement et l'entretien des travailleurs handicapés exerçant une activité pendant la journée en milieu protégé ou ordinaire.
- des **Services d'Accompagnement à la Vie Sociale (SAVS)**
  Ils proposent un accompagnement soit à domicile soit dans des structures d'hébergement rattachées à des établissements.

Enfin, il est ici précisé que les personnes handicapées qui ne peuvent rester dans la cellule familiale peuvent être admises dans des unités de soins du système hospitalier pour des séjours courts ou plus longs (troubles mentaux, absence d'autonomie). La famille n'est pas toujours en mesure de les accueillir ou peut souhaiter souffler quelque temps. Elle confie alors son enfant à cette unité spécialisée. Elles peuvent également être hébergées dans des établissements d'accueil spécialisés : foyers d'accueil ou maisons d'accueil spécialisées.

Il existe également une alternative au placement, c'est l'accueil familial. Il permet d'offrir à des personnes handicapées, malades ou convalescentes, mais également âgées, un milieu de vie familial partagé. Les uns et les autres y trouvent un intérêt financier mais il est surtout humain et constitue une véritable alternative aux différentes formes de placements en institution. La solution alternative apportée par la famille d'accueil sera plus amplement étudiée dans la seconde partie de notre étude.

c) Les aménagements offerts à l'entourage familial

La personne malade ou handicapée a besoin d'aide, elle ne peut rester seule le plus souvent, son état nécessite des soins, une présence psychologique. Des aménagements ont été mis en place pour permettre à un parent d'être présent aux côtés de son enfant malade ou handicapé.

c-1) Le congé de soutien familial

Le congé de soutien familial a été créé par décret n° 2007-573 du 18 avril 2007, il permet aux salariés et aux non-salariés d'interrompre leur activité professionnelle pour s'occuper d'un parent gravement malade.

Certains ont pu dire que le risque est de voir les pouvoirs publics se désengager de l'aide aux personnes dépendantes. Il est en effet plus aisé et surtout moins coûteux de permettre à une personne de bénéficier d'un congé non rémunéré pour s'occuper d'un malade que d'apporter de véritables aides nécessaires à la personne concernée.

La personne aidée doit être un proche parent le conjoint, le concubin, le partenaire de Pacte civil de solidarité (PACS), l'ascendant, le descendant, l'enfant à charge, le collatéral jusqu'au quatrième degré. La personne doit présenter un handicap ou une perte d'autonomie d'une particulière gravité, elle doit résider en France de façon stable et régulière et ne doit pas être placée en établissement, ni chez un tiers autre que le salarié.

Le congé de soutien familial est d'une durée de trois mois, renouvelable dans la limite d'une année pour l'ensemble de la carrière professionnelle du salarié. Le salarié doit cesser totalement son activité.

Pendant le congé de soutien familial, le contrat de travail est suspendu et le salarié n'est pas rémunéré, sauf s'il bénéficie de dispositions conventionnelles plus favorables. Il peut néanmoins être employé par la personne aidée. Ainsi, l'allocation personnalisée d'autonomie allouée à une personne âgée peut rémunérer l'aidant familial à condition que ce ne soit ni le conjoint, le concubin ou le partenaire lié par un PACS. Si la personne aidée perçoit la prestation de compensation du handicap, cette prestation peut être servie à l'aidant, quel que soit le degré de parenté avec elle.

En tout état de cause, à notre sens, et dans la mesure du possible, il nous paraît nécessaire de tenir compte de l'aide dans le cadre de la succession de l'aidé, afin de récompenser l'aidant de son investissement.

Outre le congé de soutien familial, le congé de présence parentale, le congé de solidarité familiale ou encore les congés pour enfant malade constituent d'autres possibilités pour assister un membre de sa famille atteint d'une maladie.

c-2) Le congé de solidarité familiale

Le congé de solidarité familiale permet à tout salarié de s'absenter pour assister un proche souffrant d'une pathologie mettant en jeu le pronostic vital[7]. Ce congé a remplacé le congé d'accompagnement en fin de vie. Il peut se cumuler avec le congé pour événement familial prévu en cas de décès ou tout autre congé pour convenance personnelle (congé sans solde, congé sabbatique).

Le congé de solidarité familiale est d'une durée maximale de trois mois renouvelable une fois. Avec l'accord de l'employeur ce congé peut être transformé en congé à temps partiel.

Tout salarié devant s'occuper d'un enfant à charge gravement malade, handicapé ou accidenté nécessitant la présence d'une personne peut bénéficier d'un congé de présence parentale[8]. Cela lui permet de travailler à temps partiel ou de suspendre son contrat de travail et, éventuellement, de bénéficier d'une allocation compensant la perte de salaire. Ce congé est attribué pour une période maximale de 310 jours ouvrés (soit l'équivalent de 14 mois) par enfant et par maladie, accident ou handicap. Le salarié peut utiliser cette réserve en fonction de ses besoins, espacés sur une période de trois ans maximum. Ce congé n'est pas rémunéré mais le salarié peut bénéficier de l'allocation journalière de présence parentale. L'employeur ne peut ni refuser ni demander de reporter le départ en congé. À l'issue du congé, le salarié doit retrouver son emploi précédent ou un emploi similaire avec une rémunération égale.

7• Article L 225-15 et suivants du Code du Travail.

8• Articles L 122-28-9, R 122-11-2 et D 122-26 du Code du Travail.

À l'occasion d'un tel congé, celui qui aide l'enfant malade ou handicapé pourra bénéficier d'une libéralité rémunératoire.

c-3) Les aménagements du temps de travail

La loi de 2005 pour l'égalité des droits et des chances introduit dans le Code du Travail un nouvel article qui prévoit que les proches de la personne handicapée bénéficient d'aménagements d'horaires individualisés propres à faciliter l'accompagnement de cette personne[9].

Les salariés qui en font la demande peuvent bénéficier d'une réduction de la durée du travail sous forme d'une ou plusieurs périodes d'au moins une semaine en raison des besoins de leur vie familiale. Les périodes non travaillées correspondent, le plus souvent, aux vacances scolaires. Ce mode d'aménagement du temps de travail sur l'année peut être organisé de façon individuelle, par simple avenant au contrat de travail. Il ne s'agit pas d'un droit automatique : l'employeur n'est pas juridiquement tenu d'accepter cette organisation du temps de travail. Il peut donc la refuser, à condition que cela soit justifié par des raisons objectives liées aux nécessités de fonctionnement de l'entreprise.

c-4) Le congé parental d'éducation

Le congé parental d'éducation permet à tout salarié (le père et la mère ou l'un ou l'autre) de bénéficier d'un congé ou d'une réduction de son temps de travail afin de s'occuper de son enfant de moins de trois ans (seize ans, en cas d'adoption). Ce congé ne peut être refusé à un salarié, s'il a un an d'ancienneté dans l'entreprise. Le congé parental peut être total ou à temps partiel. À l'issue de son congé, le salarié reprend son activité antérieure ou un emploi équivalent. Sauf dispositions conventionnelles plus favorables, l'employeur n'est pas tenu de rémunérer le congé parental total, ni de compenser la baisse de rémunération résultant de la réduction du temps de travail. Cependant, le salarié bénéficie d'une allocation versée par la caisse d'allocations familiales.

Le congé parental prend fin au plus tard au troisième anniversaire de l'enfant ou, en cas d'adoption d'un enfant de moins de trois ans, à l'expiration d'un délai de trois ans à compter de l'arrivée au foyer de l'enfant. Le congé comprend une phase initiale d'une durée d'un an maximum qui peut être prolongée deux fois. La limite du congé parental est prolongée d'un an en cas de maladie, d'accident ou de handicap grave de l'enfant. Le handicap grave de l'enfant est établi dès lors que ce handicap ouvre droit à l'allocation d'éducation spéciale.

9• Au titre des mesures prévues par l'article L 323-9-1 du Code du Travail, les salariés handicapés bénéficient à leur demande d'aménagements d'horaires individualisés propres à faciliter leur accès à l'emploi, leur exercice professionnel ou le maintien dans leur emploi. Les aidants familiaux et les proches de la personne handicapée bénéficient dans les mêmes conditions d'aménagements d'horaires individualisés propres à faciliter l'accompagnement de cette personne handicapée.

c-5) Le statut d'aidant familial

Les membres de la famille qui s'investissent dans la prise en charge de la personne handicapée peuvent se voir reconnaître un statut, celui d'aidant familial[10]. C'est la Conférence des familles 2006 qui a notamment reconnu ces aidants.

L'aidant familial est la personne qui vient en aide, à titre non professionnel, en partie ou totalement, à une personne âgée dépendante ou une personne handicapée de son entourage, pour les activités de la vie quotidienne. Cette aide régulière peut être permanente ou non. Elle peut prendre différentes formes comme le *nursing*[11], les soins, l'accompagnement à l'éducation et à la vie sociale, les démarches administratives, la coordination, la vigilance, le soutien psychologique, les activités domestiques… L'aidant familial peut exercer son activité à son domicile si elle accueille le proche ou au domicile de la personne qui a besoin d'aide.

Ainsi, l'aidant peut être rémunéré si la personne âgée dépendante qui est aidée bénéficie de l'Allocation Personnalisée d'Autonomie (APA). Toutefois, tout membre de la famille peut être salarié, hormis le conjoint, le concubin ou le partenaire ayant conclu un PACS. La personne handicapée aidée doit percevoir la prestation de compensation, mais, comme pour les personnes âgées, le salarié ne peut être le conjoint, le concubin ou le partenaire ni son obligé alimentaire au premier degré (fils ou fille) ou inversement, père ou mère dès que cette personne n'a pas fait valoir ses droits à la retraite ni cessée ou renoncée totalement ou partiellement à une activité professionnelle pour apporter cette aide.

Le dédommagement de l'aidant familial est au maximum de 85 % du SMIC sur la base de 35 heures par semaine et les sommes ainsi perçues doivent être déclarées aux impôts. La rémunération peut être effectuée au moyen de Chèques Emploi Service Universel (CESU), lesquels permettent de payer moins d'impôts (déduction de 50 % des dépenses engagées dans la limite d'un plafond) et de charges (exonération d'une partie des cotisations patronales).

Toutefois, prendre en charge la personne handicapée peut s'avérer trop lourd, trop coûteux et inadapté à la famille. Cette dernière peut donc décider qu'elle soit prise en charge par un tiers : un établissement spécialisé ou une famille d'accueil.

d) Les différentes aides

La Loi Handicap du 11 février 2005 pose le principe du « droit à compensation » : la personne handicapée a droit à la compensation des conséquences de son handicap quelles que soient l'origine et la nature de sa déficience, son âge ou son mode de vie.

10• Le Ministère de la Santé et des Solidarités diffuse un guide de *L'aidant Familial* (www.santesolidarites.gouv.fr)

11• Expression d'origine anglaise signifiant « ensemble des soins d'hygiène et de confort prodigués aux personnes dépendantes ».

Le principe vise à permettre à la personne handicapée de faire face aux conséquences de son handicap dans sa vie quotidienne en prenant en compte ses besoins, ses attentes et ses choix de vie, exprimés dans son « projet de vie ».

Le droit à compensation permet de répondre aux besoins en matière de :

- accueil de la petite enfance et la scolarité,
- enseignement et éducation,
- insertion professionnelle,
- aménagements à domicile ou au travail, nécessaires à l'autonomie
- accueil dans des établissements ou services médico-sociaux.

Ces besoins sont inscrits dans le plan personnalisé de compensation, proposé par l'équipe pluridisciplinaire.

La Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées prend les décisions relatives à l'ensemble des droits de la personne qui relèvent du droit à compensation :

- attribution de prestation : la Prestation de compensation du handicap (PCH), à domicile ou en établissement, est au cœur, du plan personnalisé de compensation. Elle englobe des aides de toute nature et est attribuée sans condition de ressources.
- L'orientation en établissement ou services médico-social.

d-1) La Maison Départementale des Personnes Handicapées (MDPH)

Elle a été créée par la loi du 11 février 2005[12]. C'est un organisme qui permet un accès unique aux droits et prestations prévues par les personnes handicapées. Sont membres de plein droit : le département, trois représentants des services de l'État, les organismes locaux d'assurance-maladie et des Caisses d'Allocations Familiales. D'autres organismes peuvent demander à en être membres, notamment les organismes gestionnaires d'établissements ou de services destinés aux personnes handicapées.

Sa mission essentielle est l'accueil, l'information, l'accompagnement et le conseil aux personnes handicapées et leur famille.

Elle assure la mise en place et l'organisation de l'équipe pluridisciplinaire. Cette équipe est chargée d'évaluer les besoins de compensation de la personne handicapée et son incapacité permanente sur la base de son projet de vie et de proposer un plan de compensation du handicap. C'est dans cette perspective qu'elle offre à la personne handicapée et sa famille l'aide nécessaire à la formulation de son projet de vie grâce à l'appui de professionnels (psychologues, assistantes sociales…).

C'est auprès d'elle que sont déposées toutes les demandes de droits ou prestations qui relèvent de la compétence de la Commission des Droits et de l'Autonomie des Personnes Handicapées (CDAPH), instance qui remplace la

12. Article L 146-3 à L 146-12 du Code de l'Action Sociale et des Familles.

COTOREP (Commission Technique d'Orientation et de Reclassement Professionnel) et la CDES (Commission Départementale de l'Éducation Spéciale).

Son rôle d'accompagnement est important, tant pour la personne handicapée que pour sa famille. Elle brise l'isolement en rendant l'information accessible et à la portée de la personne handicapée.

d-2) Les cas d'attribution des aides et prestations

L'aide sociale est versée aux personnes justifiant d'un besoin et ce, indépendamment de toute cotisation. Elle est subsidiaire et vise à assurer à l'allocataire des moyens de subsistance, son montant est donc variable en fonction des revenus de celui qui en a besoin. Cette aide est précaire et varie en fonction des besoins de la personne, ainsi, son versement peut cesser et dans ce cas, la loi prévoit que les sommes précédemment versées sont susceptibles de récupération [13]. Le principe est la récupération mais un tel recours ne peut concerner que les prestations versées au titre de l'aide sociale et ne peut en aucun cas concerner les prestations servies au titre de la Sécurité Sociale. Ainsi, sont récupérables les frais d'aide à domicile, les frais d'entretien et d'hébergement dans les foyers, l'allocation de solidarité aux personnes âgées mais sont exclus de la récupération l'allocation d'adulte handicapé, la prestation de compensation, les frais d'institut médico-éducatif, les frais de maison d'accueil spécialisées (MAS), qui sont spécifiques aux personnes handicapées et dont il sera parlé ci-après.

Le Conseil Général, qui exerce les recours en récupération, peut le faire dans les cas suivants :

- lorsque le bénéficiaire de l'aide sociale revient à meilleure fortune, étant ici précisé que ce recours n'existe plus pour les frais d'hébergement et l'Allocation compensatrice pour tierce personne (ACTP),
- lorsque le bénéficiaire de l'aide décède. Le Département procédera à une récupération sur son héritage. Toutefois, la récupération sur les frais d'entretien et d'hébergement ne pourra être mise en œuvre lorsque les héritiers sont ses parents, ses enfants, ses petits-enfants, son conjoint ou la personne ayant assumé sa charge effective et constante. Les sommes avancées au titre de ces frais ne sont désormais plus systématiquement récupérables à l'encontre des parents héritant de leur enfant handicapé, ces derniers n'ont plus à apporter la preuve qu'ils en ont assumé la charge effective et constante.

Il est important pour la famille qui assume la charge d'un enfant handicapé, qu'il s'agisse d'un père, d'une mère, d'un frère ou d'une sœur, de savoir que les frais ainsi versés par la Collectivité ne seront plus récupérables.

13. Article L 132-8 du Code de l'Action Sociale et des Familles.

L'effort de ces personnes sera récompensé si la personne handicapée laisse un patrimoine qui ne sera pas amputé de ce que l'on aurait pu appeler « avance ».

d-3) Les différentes catégories d'aides

Les aides versées peuvent être classées en deux catégories :

1• Les ressources relevant de la solidarité nationale

L'Allocation aux adultes handicapés (AAH) : la garantie d'un minimum social

Cette allocation vise à assurer un revenu d'existence aux personnes handicapées, pour faire face aux dépenses de la vie courante. Elle est versée par l'État aux personnes atteintes d'un handicap d'au moins 80 % ou compris entre 50 et 79 % si celles-ci sont dans l'impossibilité de se procurer un emploi compte tenu de leur handicap et n'ont pas occupé d'emploi depuis un an à la date du dépôt de la demande. Elle est versée à la personne qui ne peut plus bénéficier de l'Allocation d'Éducation de l'Enfant Handicapé : elle doit être âgée de plus de vingt ans ou de plus de seize ans si elle ne remplit plus les conditions pour ouvrir droit aux allocations familiales. Elle n'est en principe plus versée à partir de soixante ans, à cet âge les bénéficiaires basculent en effet dans le régime de retraite pour inaptitude.

Les ressources prises en compte pour le calcul du droit à l'AAH sont les revenus nets catégoriels du demandeur. De ces ressources sont exclues :

- les rentes viagères versées dans le cadre d'un contrat de rente survie ou d'épargne handicap dont il sera parlé ci-après au titre des avantages fiscaux,
- si la personne handicapée verse un salaire à un aidant familial et si celui-ci est son conjoint, son concubin ou son partenaire lié par un Pacte civil de solidarité, ce salaire n'est pas pris en compte dans les ressources du ménage.

Les personnes qui ne disposent pas d'autres ressources perçoivent le montant maximum de l'AAH qui est de 628,10 € au 1er janvier 2008. Par comparaison, il est précisé que le SMIC mensuel net est de 1 005,37 € au 1er juillet 2007.

À côté de cette garantie d'un minimum il y a différentes ressources qui sont destinées à compenser le handicap :

Le Complément de ressources

Ainsi, à l'AAH s'ajoute, depuis le 1er juillet 2005, le complément de ressources [14]. C'est une allocation forfaitaire qui permet de constituer une garantie de ressources et tend à compenser l'absence durable de revenus d'activité des personnes handicapées dans l'impossibilité de travailler. Celle-ci vise à permettre une vie aussi autonome que possible aux personnes handicapées durablement privées de revenu d'activité.

14• Article L 821-1-1 et suivants du Code de la Sécurité Sociale.

À titre de condition pour bénéficier de cette allocation, la personne handicapée doit disposer d'un logement indépendant. Toutefois, lorsque la personne handicapée est hébergée par un particulier à son domicile, elle n'est pas considérée disposer d'un logement indépendant sauf s'il s'agit de son conjoint, son concubin ou son partenaire avec lequel elle est liée par un PACS. Une fois encore la famille aidante est mise en avant et permet à la personne handicapée de ne pas rester isolée sans perdre certains avantages. On remarquera une fois encore que les membres de la fratrie ne sont pas associés à cette possibilité de cumul.

Le montant de cette prestation est fixé, au 1er janvier 2008, à 179,31 €, ce qui porte la garantie de ressources à 807,41 €.

La Majoration pour vie autonome

Depuis le 1er juillet 2005 a été mise en place une nouvelle prestation : la majoration pour vie autonome[15]. Elle remplace le complément de l'allocation pour adulte handicapé. Elle n'est pas cumulable avec la garantie de ressources dont il a été parlé ci-dessus. Ainsi, la personne qui remplit les conditions d'octroi de ces deux avantages doit choisir de bénéficier de l'un ou l'autre. Pour en bénéficier, la personne handicapée doit notamment percevoir l'AAH, disposer d'un logement indépendant ou bénéficier d'une aide au logement, comme titulaire du droit ou comme conjoint, concubin ou partenaire lié par un PACS. Elle est destinée aux personnes handicapées qui peuvent travailler mais ne travaillent pas. Elle a pour objectif de favoriser la vie autonome en allégeant les charges d'un logement indépendant : la personne handicapée qui a fait le choix de vivre dans un logement indépendant peut, avec cette majoration, faire face à des dépenses supplémentaires, notamment du fait des aménagements que cela implique.

Elle s'élève, au 1er janvier 2008, à 104,77 €.

La Prestation de compensation

Elle a remplacé, à la date du 1er janvier 2006, l'Allocation compensatrice pour tierce personne (ACTP) par la Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées (CDAPH). Elle est versée par le Conseil Général aux personnes handicapées dont le taux d'incapacité, reconnu par la CDAPH est au moins de 80 % et qui ont besoin de l'aide d'une autre personne pour les actes essentiels de la vie (se laver, marcher, s'habiller…) [16]. L'aide couvre également les besoins d'aides techniques qui peuvent aller de la nécessité d'aménager le logement ou le véhicule de la personne handicapée, à des frais spécifiques ou exceptionnels (acquisition ou entretien de produits liés au handicap), liés à l'attribution et à l'entretien des aides animalières (chiens guides d'aveugles).

La personne handicapée doit être âgée d'au moins 20 ans et de moins de 60 ans. Les besoins de compensation doivent être inscrits dans le plan personnalisé

15• Article L 821-1-2 et suivants du Code de la Sécurité Sociale.

16• Article L 245-1 et suivants du Code de l'Action sociale et des Familles.

défini par l'équipe pluridisciplinaire de la MDPH sur la base du projet de vie exprimé par la personne. Cette prestation peut être versée lorsque la personne vit à domicile ou lorsqu'elle est en établissement.

L'article L 245-7 dispose que l'attribution de la prestation de compensation n'est pas subordonnée à la mise en œuvre de l'obligation alimentaire définie par les articles 205 à 211 du Code civil.

Cette prestation n'est pas soumise au recours en récupération à l'encontre de la succession du bénéficiaire décédé, ni sur le légataire ou donataire. Les sommes versées ne font pas non plus l'objet d'un recouvrement à l'encontre du bénéficiaire lorsque celui-ci est revenu à meilleure fortune. Elle n'est enfin pas prise en compte pour le calcul d'une pension alimentaire ou d'une dette calculée en fonction des ressources.

2• Les autres aides

Au-delà de la création de la prestation de compensation, la loi handicap réaffirme et renforce les aides existantes pour mieux répondre aux besoins des personnes handicapées et réduire les obstacles que celles-ci rencontrent dans la vie quotidienne et dans la participation à la vie sociale. La loi handicap articule son action autour de deux axes :

- des ressources financières : elles constituent le revenu d'existence pour les personnes handicapées dont le handicap empêche d'accéder à un emploi stable.
- des droits pratiques pour améliorer leur quotidien (carte d'invalidité, carte de priorité pour personnes handicapées, carte de stationnement, l'accès aux transports des chiens guides d'aveugle…) : ils permettent également à la personne handicapée de mieux s'intégrer et de participer à la vie sociale via un accès dans les établissements ou manifestations recevant du public, la priorité dans les files d'attente, ou encore un accès privilégié dans les transports en commun.

Parmi les **ressources financières** qui peuvent être octroyées, figurent notamment :

L'Allocation d'éducation de l'enfant handicapé (AEEH)

Elle a pour objet d'aider les personnes ou parents qui assument la charge d'enfants handicapés sans qu'il soit tenu compte de leurs ressources. L'allocation de base s'élève, au 1er janvier 2008, à 120,92 €.

Éventuellement, un complément d'allocation peut s'ajouter si l'importance du handicap de l'enfant justifie l'aide d'une tierce personne ou des dépenses particulièrement coûteuses.

C'est une prestation familiale[17] financée par la Sécurité Sociale destinée à compenser les frais d'éducation et de soins apportés à un enfant handicapé.

17• Article L 541-1 et suivants du Code de la Sécurité Sociale.

Cette allocation est incessible, insaisissable et ne donne pas lieu à récupération [18].

Il y a d'autres allocations qui permettent d'aider les personnes handicapées dans la vie de tous les jours :

- L'*Allocation de placement familial* est destinée aux bénéficiaires pour payer leurs frais d'hébergement lorsqu'ils sont placés dans les familles agréées par le Conseil Général.
- L'*Aide à l'hébergement*: il s'agit d'une aide destinée à prendre en charge les frais d'hébergement des personnes handicapées dans un établissement public ou privé, après orientation par la CDAPH (foyer occupationnel, foyer thérapeutique ou foyer d'hébergement de Centre d'Aide par le Travail).
- L'*Aide au repas*: elle permet la participation aux frais de repas servis en foyers restaurants ou portés à domicile.
- L'*Aide ménagère* participe financièrement à la rémunération des aides ménagères.
- La *Majoration pour parent isolé* est due, sans condition de ressources, pour chaque enfant nécessitant le recours à une tierce personne ou dont le parent isolé doit cesser ou réduire son activité professionnelle.

d-4) Les solutions d'amélioration du quotidien

Parmi les droits pratiques pour améliorer le quotidien des personnes handicapées, on peut citer la carte d'invalidité, la carte de priorité pour personnes handicapées (elle remplace la carte « station debout pénible » et donne la priorité dans les files d'attente), la carte de stationnement, l'accès aux transports des chiens guides d'aveugle…

L'accessibilité étant une condition primordiale pour permettre à tous d'exercer les actes de la vie quotidienne et de participer à la vie sociale, la loi pose comme principe le principe d'accessibilité généralisée, quel que soit le handicap : physique, sensoriel, mental, psychique, cognitif, polyhandicap…

La loi étend l'obligation d'accessibilité à toute la chaîne du déplacement : la personne handicapée doit pouvoir accéder à tous les bâtiments recevant du public et évoluer de manière continue sans rupture (aménagement de voiries, accès aux gares, transports en commun…). Une attestation de conformité est désormais établie en fin de chantier par un tiers indépendant pour les travaux soumis à permis de construire. Des sanctions sont prévues en cas de non-respect de ces règles : fermeture de l'établissement ne respectant pas le délai de mise en accessibilité, remboursement des subventions publiques, amende de 45 000,00 € pour les architectes, entrepreneurs et toute personne responsable de l'exécution des travaux. Une commission communale ou intercommunale d'accessibilité est constituée dans toutes les collectivités de plus de 5 000 habitants,

18. Article L 132-8 du Code de l'Action sociale et des Familles.

permettant d'associer les personnes handicapées à la mise en œuvre de l'accessibilité.

En matière de logement, l'objectif de la loi est de permettre aux personnes handicapées de pouvoir disposer d'un logement adapté et d'élargir le parc immobilier accessible, pour leur permettre de choisir leur lieu de vie. Les bâtiments d'habitation collectifs neufs doivent être accessibles et permettre une adaptation ultérieure plus facile des logements aux personnes handicapées.

La loi prévoit également que les établissements publics et privés recevant du public doivent être tels que toute personne handicapée puisse y accéder, y circuler et y recevoir les informations qui sont diffusées. L'accès et l'accueil doivent être possibles pour toutes les catégories de personnes handicapées, dans les établissements neufs recevant du public. La mise en accessibilité des établissements existants doit intervenir dans un délai de dix ans, les préfectures et universités doivent être accessibles dans un délai de cinq ans.

Les transports collectifs doivent être accessibles à tous dans un délai de dix ans et en cas d'impossibilité technique, ils auront trois ans pour la mise à disposition de moyens de substitution accessibles au même tarif.

La totalité des programmes des chaînes audiovisuelles, dont l'audience annuelle dépasse 2,5 % de l'audience totale des services de télévision devra être sous-titrée dans un délai de cinq ans.

La culture doit être accessible aux personnes handicapées : les musées doivent pouvoir accueillir les personnes en fauteuil roulant ; il doit y avoir des équipements adaptés aux malentendants, aux mal ou non voyants.

3) Les associations : relais des familles

Il existe de nombreuses associations qui militent pour la création de foyers d'accueil, d'appartements médicalisés, de services d'accompagnement à la vie sociale, de maisons relais… Ces associations sont nationales ou locales, elles défendent les droits des personnes malades ou handicapées mais elles conseillent également, soutiennent les familles. Elles sont un excellent vecteur d'informations, un soutien des familles et des malades.

L'enfant handicapé qui va perdre le ou les parents qui l'auront entouré toute sa vie sera perdu à son décès, son repère parti, il risque de sombrer. L'association est là aussi pour assurer un relais. Les parents doivent essayer durant leur vie de préparer l'envol de leur enfant. Il peut trouver une place dans un foyer, un emploi dans un Centre d'aide par le travail (CAT) : vivre sans être trop dépendant de ses parents.

La loi du 11 février 2005 associe le monde médical, les associations, les familles, les organismes sociaux à l'accompagnement de la personne malade ou handicapée.

> Le notariat ne pourrait-il pas faire partie de ces intervenants pour conseiller les personnes malades ou handicapées, leurs familles ?

Son rôle dans la contractualisation des relations familiales a été largement accru. Il pourrait être étendu en concertation avec les différents acteurs. Un partenariat entre associations et notariat serait certainement apprécié des familles en manque d'informations, de conseils.

On peut conclure en précisant ici que la loi du 11 février 2005 permet aux personnes handicapées, une participation effective à la vie sociale grâce à l'organisation de la société autour du principe d'accessibilité généralisée, qu'il s'agisse de l'école, de l'emploi, des transports, du cadre bâti ou encore de la culture et des loisirs.

On participe tous les jours à améliorer la vie des personnes handicapées : des places de stationnement adaptées leur sont réservées dans de nombreux lieux publics et des sanctions et slogans forts permettent le respect de ces emplacements. On leur réserve des emplois dans les entreprises, lesquelles sont sanctionnées si elles ne respectent pas les obligations qui leur sont imposées. Les nouvelles dispositions légales visent à intégrer les personnes handicapées dans la société, à briser la solitude qui les accompagne, même s'il y a de nombreux efforts à faire encore.

B/ Lacunes et solutions à approfondir et découvrir

Nous envisagerons dans un premier temps les régimes classiques de protection de la personne ainsi que les incitations fiscales mises à la disposition de la personne et de sa famille pour nous pencher ensuite sur les nouveaux contrats qui peuvent être mis en place.

1) Les régimes de protection juridique

Les parents d'un enfant handicapé sont inquiets à la perspective de leur vieillesse et de leur décès. Grâce aux progrès de la médecine, l'espérance de vie de ces personnes handicapées s'est accrue et elles survivent de plus en plus souvent à leurs parents.

La société aura très certainement des difficultés à créer des structures pour les accueillir, elles sont en effet très lourdes financièrement. Les parents se demandent donc comment l'hébergement et les soins à prodiguer à leur enfant seront financés. Cette crainte est partagée entre les parents qui disposent d'un patrimoine au moment de leur décès mais également par ceux qui n'en ont pas, il est en effet indispensable de protéger les allocations qui constituent la seule ressource de l'enfant. Elles peuvent également compter parfois sur la solidarité des autres membres de la famille.

Les inquiétudes des parents se situent à plusieurs niveaux : le toit, le couvert, les soins mais également l'accompagnement amical et spirituel de l'entourage qui évite à la personne fragile de sombrer dans la solitude. Ils souhaitent que leurs enfants, incapables de subvenir à leurs besoins, ne manquent de rien à

leur décès et cherchent des solutions qui soient susceptibles de protéger leur enfant tout en maintenant la cohésion familiale. Il convient de trouver une solution qui préservera l'équilibre de la famille dans son ensemble.

a) Les régimes classiques : tutelle, curatelle, curatelle renforcée

Dès qu'une personne a dix-huit ans, elle est majeure et donc pleinement capable. Mais l'altération de ses facultés mentales pouvant la mettre dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts, elle peut être placée sous un régime de protection.

> L'article 490-1 du Code civil affirme que « *les modalités du traitement médical, notamment quant au choix entre l'hospitalisation et les soins à domicile, sont indépendantes du régime de protection appliqué aux intérêts civils. Réciproquement, le régime applicable aux intérêts civils est indépendant du traitement médical* ».

Néanmoins, ce principe d'indépendance a une portée limitée car le médecin intervient à plusieurs niveaux en ce qui concerne les intérêts patrimoniaux du majeur. En effet, la décision de placement implique que l'altération des facultés mentales soit médicalement constatée, le médecin est consulté pour les décisions graves.

b) L'encadrement du majeur protégé

Les autorités judiciaires jouent un rôle assez important. Ainsi, le juge des tutelles est chargé d'organiser la protection des intérêts civils de l'aliéné, sur avis consultatif du médecin traitant, le procureur quant à lui intervient dans la mise en place des régimes de protection. Ces deux autorités peuvent « visiter ou faire visiter les majeurs protégés par la loi ».

La famille a un rôle majeur dans la mise en place d'un régime de protection puisqu'elle peut provoquer l'ouverture d'une tutelle ou d'une curatelle ; elle assure des fonctions au sein des différents organes. Dans les cas où la famille est négligente ou refuse d'assumer les charges de la gestion, c'est à des associations que sont délégués les rôles de la gérance. La tutelle administrative est de plus en plus fréquente. Les nombreuses difficultés rencontrées pour retrouver la famille lorsqu'elle est absente, son manque de compétence ou parfois son refus expliquent un recours accru à la représentation extra-familiale.

La réforme des tutelles, issue de la loi du 5 mars 2007, dont les dispositions seront applicables à partir du 1er janvier 2009, conforte la vocation familiale de la protection et maintient un lien très étroit entre droits des incapacités et droit de la famille. Le travail social devient subsidiaire. L'article L 215-4 du Code de l'Action sociale et des Familles évoque l'information de ces personnes qui vont prendre en charge la protection de la personne, qui vont s'occuper de gérer ses intérêts personnels et patrimoniaux, par la mise en place d'antennes d'aide aux tuteurs familiaux.

Cette loi met également en place des institutions nouvelles, telles que la co-tutelle ou la co-curatelle (article 447 alinéa 2 du Code civil), réclamée par de nombreux parents de personnes handicapées, permettant ainsi un contrôle approfondi des décisions prises par les organes de tutelle ou curatelle. La tutelle et la curatelle peuvent également être divisées comme cela est prévu par l'article 447 alinéa 2 du Code civil, permettant ainsi la répartition de la charge en fonction des compétences.

2) Les incitations fiscales

Ces différentes mesures visent à alléger le poids fiscal pesant sur la personne handicapée ou la personne qui a en la charge. Elles revêtent la forme d'incitations à la constitution de ressources, d'aides fiscales ou avantages fiscaux que l'on retrouve dans les différents impôts auxquels ils s'appliquent.

a) Impôt sur les Revenus

a-1) Le quotient familial

Le calcul du quotient familial constitue une aide pour les parents pour qu'ils puissent subvenir aux besoins de leurs enfants handicapés ou à tout contribuable pour qu'il subvienne de la même manière aux besoins d'une personne handicapée dont il a la charge. Ce quotient permet d'attribuer des parts supplémentaires aux foyers fiscaux ainsi constitués. Ainsi, toute personne détentrice d'une carte d'invalidité bénéficie d'une demi-part supplémentaire. D'autre part, toute personne handicapée détentrice d'une carte d'invalidité peut être rattachée au foyer fiscal ; elle permet de majorer le quotient familial au titre du handicap (une demi-part voire, une part selon le nombre de personnes dans le foyer fiscal) et au titre de l'invalidité (une demi-part). Enfin, tout parent peut rattacher son enfant à son foyer fiscal, même s'il n'est pas porteur d'une carte d'invalidité.

L'effet du quotient est plafonné à 2 770 € par demi-part supplémentaire liée au handicap (à 2 159 € dans les autres cas).

a-2) Le calcul de l'impôt sur le revenu

Le rattachement au foyer fiscal d'un enfant handicapé marié ou chargé de famille prend la forme d'un abattement sur le revenu et non plus d'une majoration du quotient familial. Il s'agit d'un abattement sur le revenu net global pour les contribuables handicapés de condition modeste titulaires de la carte d'invalidité ou d'un abattement sur le revenu global du foyer fiscal prenant en charge des personnes handicapées mariées ou chargées de famille.

a-3) Dépenses liées à la dépendance

Tout contribuable peut obtenir une réduction d'impôt pour les dépenses, y compris d'hébergement, liées à son état de dépendance. Il s'agit de toute personne hébergée, soit en France, dans un établissement de soins de longue durée, comportant un hébergement aux personnes privées d'autonomie et dont l'état nécessite une surveillance médicale constante et des traitements d'entretien

(établissements visés à l'article L 6111-2-2° du Code de la Santé publique), soit dans un autre état de la Communauté Européenne, en Norvège ou en Islande (article 199 quindecies du Code Général des Impôts). Les dépenses retenues sont celles liées à la dépendance : interventions relationnelles, animation, aide à la vie quotidienne et sociale… et à l'hébergement : nourriture et logement. La réduction d'impôt est égale à 25 % des dépenses effectivement supportées au titre de la dépendance ou l'hébergement, dans la limite de 10 000 € par personne hébergée. Il est à préciser que la base de la réduction est réduite du montant de l'APA perçue par la personne dépendante et le cas échéant de l'aide sociale accordée au cours de l'année d'imposition.

Le notariat pourrait s'inspirer de la philosophie de ces aides fiscales pour adapter les pactes de famille.

a-4) Abattement et réductions spécifiques

La loi du 21 août 2007 (Travail, Emploi et Pouvoir d'achat) permet aux personnes handicapées de doubler le crédit d'impôt au titre des intérêts d'emprunts souscrits auprès d'établissements financiers en vue de l'acquisition ou la construction de leur habitation principale : 7 500,00 € (au lieu de 3 750,00 €) pour une personne seule, 15 000,00 € (au lieu de 7 500,00 €) pour un couple si l'un de ses membres est handicapé.

a-5) L'exonération des allocations versées aux personnes handicapées

Toutes les allocations versées aux personnes handicapées ou en raison de la présence d'une personne handicapée (qu'il s'agisse d'aide sociale ou de prestations familiales) sont exonérées d'impôt sur le revenu. Cette exonération s'applique à l'allocation aux adultes handicapés, l'allocation compensatrice ou différentielle, l'allocation éducation spéciale, l'allocation de présence parentale.

Cette exonération s'applique sans condition de ressources et quel que soit le foyer fiscal auquel est rattachée la personne handicapée.

b) Les contrats d'assurance

Le contrat de rente-survie et le contrat d'épargne-handicap [19] ont été créés spécialement pour inciter fiscalement à la constitution de ressources au profit des personnes handicapées.

b-1) Le contrat de rente survie

C'est un contrat de prévoyance souscrit au profit exclusif d'un enfant handicapé, son objet est de lui constituer un capital. Ce contrat se dénoue soit en rente soit en capital. Ce contrat peut être souscrit par les parents de l'enfant handicapé mais également par tout parent jusqu'au troisième degré ou de toute personne à la charge du souscripteur et vivant sous son toit. Depuis l'entrée en vigueur de la loi sur le handicap, le remboursement de ces contrats est possible en cas de prédécès de l'enfant handicapé.

19. Article 199 septiès du Code Général des Impôts.

Son avantage réside dans la réduction d'impôt accordée au titre des cotisations versées sur le contrat : elle est de 25 % du montant des primes versées, plafonnée à 1 525 €, majoré de 300 € par enfant à charge.

Les capitaux versés au titre de ces contrats au décès sont exonérés du prélèvement de 20 % [20] (article 990 I du CGI) : il s'agit des contrats souscrits avant le 70e anniversaire et pour un capital versé supérieur à 152 500 €. Il n'a rien été prévu pour les contrats entrant dans le champ d'application de l'article 757 B du CGI (abattement limité à 30 500 € pour les primes versées après le 70e anniversaire et pour la totalité des bénéficiaires).

Les rentes versées sont soumises aux règles des rentes viagères à titre onéreux (article 158-6 CGI). Ainsi, l'impôt sur le revenu et les contributions sociales (au taux de 11 %) s'appliquent à une fraction de la rente en fonction de l'âge du rentier lors de sa mise en place. Il est à noter que les rentes versées au titre des contrats de prévoyance individuelle classique sont exonérées d'impôt sur le revenu et de contributions sociales lorsque les cotisations n'étaient pas déductibles du revenu imposable. Le contrat de rente-survie bénéficiant d'une réduction d'impôt sur le revenu en amont, on lui refuse un avantage lors de son exécution.

b-2) Le contrat épargne handicap

C'est un contrat souscrit à son profit par une personne handicapée. Il a donc un impact sur les revenus du foyer fiscal de la personne handicapée si celle-ci est autonome ou du foyer auquel elle est rattachée. Ce mécanisme est incitatif à la constitution d'un patrimoine pour la personne handicapée. Il ouvre droit à une réduction d'impôt dans les mêmes conditions que les contrats rente-survie. Cette réduction s'applique sur la totalité de la prime. Il est à noter que si l'enfant est rattaché à un foyer fiscal, le plafond est commun pour la rente-survie et le contrat épargne-handicap. Les primes peuvent être payées par les parents sans fiscalité particulière dès lors que leur montant reste dans les limites du don d'usage.

Son avantage réside dans la réduction d'impôt accordée au titre des cotisations versées sur le contrat : elle est de 25 % du montant des primes versées, plafonnée à 1 525 €, majoré de 300 € par enfant à charge. Il bénéficie également d'une exonération de CSG avec quelques difficultés de mise en œuvre.

c) Impôts Locaux

Les personnes handicapées bénéficient d'une exonération de taxe d'habitation, sous condition de ressources [21], ainsi que de la redevance audiovisuelle.

En matière de taxes foncières, seules les personnes bénéficiant de l'allocation personne handicapée, sous les mêmes conditions de ressources, sont exonérées. Il reste à préciser que cette exonération ne s'applique qu'à la résidence principale.

---

20. Article 990 I du Code Général des Impôts.

21. Article 1414 du CGI.

d) Droits d'Enregistrement

Pour la perception des droits de mutation à titre gratuit, il est effectué un abattement supplémentaire de 151 950 €[22] pour toute personne handicapée qui est héritier, légataire ou donataire et incapable de travailler dans des conditions normales de rentabilité en raison d'une infirmité physique ou mentale, congénitale ou acquise. Les successions entre frères et sœurs vivant sous le même toit sont exonérées si les conditions qui étaient antérieurement requises pour l'application de l'abattement spécifique de 57 000 € sont remplies (le frère ou la sœur survivant est âgé de plus de 50 ans ou handicapé, il n'est pas marié et vit depuis au moins cinq ans sous le même toit que le défunt). Cette disposition permet notamment à la personne handicapée de maintenir un capital important, non amputé d'une imposition à 55 %.

Toutefois, il serait souhaitable d'encourager de récompenser le frère ou la sœur, le neveu ou la nièce qui prendra à sa charge son frère ou sa sœur, son oncle ou sa tante handicapé. L'abattement ainsi prévu au profit du survivant handicapé pourrait être étendu au parent qui s'est occupé de la personne handicapée. La mesure pourrait aller au delà et prévoir un abattement spécifique pour la personne non membre de la famille qui a pris soin de cette personne. Pourquoi pas avec les mêmes conditions que l'abattement spécifique ci-dessus ?

Il est à préciser également que cet abattement est cumulable avec l'abattement de 30 500 € applicable aux contrats d'assurance vie souscrits par un défunt ayant moins de 70 ans, la seule qualité requise étant d'être frère ou sœur.

Corrélativement à l'exonération de droits de succession entre frères et sœurs ci-dessus relatée, le prélèvement de 20 % sur les sommes reçues en exécution d'un contrat d'assurance-vie par les mêmes personnes est exonéré de droits de succession. Une dernière mesure concerne l'abattement de 20 % applicable à la valeur de la résidence principale lorsque celle-ci est occupée par le conjoint survivant ou un enfant handicapé[23].

e) Impôt de Solidarité sur la Fortune

Le montant de l'impôt est réduit de 150 € pour chaque enfant mineur ou handicapé à charge ainsi que pour toute personne titulaire de la carte d'invalidité, vivant sous le même toit et à la charge du contribuable. Il est ici précisé que l'article 885 E du CGI prévoit d'ajouter au patrimoine du contribuable le seul patrimoine de son enfant mineur : donc, un redevable ayant à sa charge une personne handicapée autre qu'un enfant mineur bénéficie de l'abattement de 150 € sans pour autant additionner son patrimoine au sien pour le calcul de l'ISF. Les aides et incitations fiscales sont nombreuses. Elles pourraient être encore plus attrayantes pour les membres de la famille souhaitant prendre à sa charge un proche parent handicapé.

22. Depuis le 1er janvier 2008.

23. Article 764 bis du Code Général des Impôts.

II – La solitude et la survenance de ruptures : divorce, séparation et deuil

Natalia BOGDANOVA

« La vie privée, par opposition à la vie publique, c'est le retour sur soi-même. Il y a dans le privé une discrétion, une sorte de pudeur envers soi-même. C'est une protection contre la vie d'autrui ; c'est le secret, la solitude. Mais la vie privée c'est aussi la rencontre et le dialogue. » [24]

LE DROIT est la sauvegarde de la vie privée. Il a pour fonction aussi bien de la préserver que de trouver un dialogue quand la solitude se transforme en ennemie. Les statistiques témoignent des changements profonds apparus dans la société actuelle et notamment dans la structure familiale.

« La rupture devient maintenant une éventualité qu'il faut pouvoir anticiper » [25]. Le changement de la cellule familiale exige de trouver des solutions plus adaptées à chaque nouvelle situation apparue après la rupture du couple.

L'instabilité du couple a pour conséquence le risque de la solitude qui se produit à un moment non choisi et confronte les personnes aux difficultés liées à la séparation. La solitude, provisoire ou durable, impose l'organisation plus précise des rapports personnels ou patrimoniaux.

Nous tracerons, dans un premier temps, un descriptif de la situation des solitudes liées à la rupture familiale et ferons ressortir les problèmes qui apparaissent lors de la rupture. Puis, dans un second temps, nous évoquerons les solutions législatives ou sociales qui aident les couples à surmonter ces épreuves.

A/ Constat sur la solitude née des ruptures familiales

Le recensement de la population de 1999 a révélé qu'actuellement en France une personne sur huit vit seule et que près d'un ménage sur trois est composé d'une personne seule contre un peu plus d'un sur quatre en 1990.

Précisant ce phénomène de la solitude dans la société actuelle, l'INSEE a dressé un tableau de la solitude en France. Cette tendance, qui touche 7,4 millions de personnes, concerne toutes les classes d'âge, y compris les jeunes, qui sont aujourd'hui moins nombreux à s'installer en couple après avoir quitté le domicile familial. À 40 ans, il y a deux fois plus d'hommes que de femmes, dans les rangs des célibataires : ce sont en grande partie des hommes divorcés n'ayant pas

24. JCL, *Répertoire Notarial*, Vie privée, Fasc. 10.

25. L. TOULEMON, « Situations et trajectoires familiales en France », *La semaine juridique Notariale et Immobilière*, 1996 n° 26, 3775, p. 954.

la garde des enfants. À 50 ans, il y a autant d'hommes que de femmes qui vivent seuls. Plus tard la solitude se féminise. [26]

On en conclut que l'augmentation du nombre de personnes seules est liée aux changements intervenus depuis une quarantaine d'années dans les mœurs et les comportements des personnes. La modification de la structure familiale y joue un rôle important.

Actuellement, les critères juridiques permettent de définir la famille par le mariage et excluent la cohabitation. Cependant, dans les termes du rapport d'information déposé au Sénat le 13 juin 2006, le modèle familial traditionnel, fondé sur un couple composé d'une femme et d'un homme unis par les liens du mariage et ayant des enfants communs, n'est certes pas contesté, mais ne constitue plus dans les faits le seul mode d'organisation de la vie familiale [27].

Moins stables qu'autrefois, les couples, mariés ou non, sont affectés par des séparations de plus en plus fréquentes. Il en résulte un accroissement considérable du nombre de familles monoparentales, alors que pendant longtemps celles-ci n'avaient représenté qu'une faible proportion de l'ensemble des familles, la monoparentalité étant autrefois pour l'essentiel issue du veuvage.

Aussi, la solitude fait référence à deux réalités : la solitude choisie qui est réfléchie et acceptée volontairement, et la solitude imposée, vécue comme une expérience négative. L'expérience de la solitude n'est pas toujours causée par le fait d'être seul mais par le sentiment d'être privé de liens. Ce sentiment est au fond de la rupture familiale.

1) Les solitudes subies

Les causes de cette solitude sont différentes : divorce, séparation, deuil.

Selon une étude réalisée par la Commission technique des allocations familiales de l'Association Internationale de Sécurité Sociale (AISS), la progression des séparations et des divorces contribue à la croissance de la monoparentalité. [28]

Le phénomène de monoparentalité touche d'ailleurs tous les pays de l'Europe : 22 % de veufs, 57 % de séparés ou divorcés, dont 84 % sont des femmes.

---

26. *INSEE Première*, juillet 2001, n° 788.

27. « Familles monoparentales, familles recomposées : un défi pour la société française ». *Rapport d'information sur l'activité de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes*, 2005-2006, n° 388.

28. « Les familles monoparentales en Europe », *Dossier d'études*, 2004, n° 54. En 1999 on dénombrait 1,5 million de familles monoparentales, soit plus du double qu'au début des années 1960. Près d'une famille sur cinq était une famille monoparentale (Rapport précité, comptes rendus des auditions de N. ROTH, E. ALGAVA, L. TOULEMON).

D'après les études sociologiques qui ont été menées au Québec la solitude est ressentie comme une situation « totalement négative ». Notamment, « la perte du domicile conjugal autrefois lieu de refuge et d'ancrage contribue à créer un sentiment de solitude » [29]. Le divorce, la séparation ou la perte d'un proche perturbent le rythme de vie normal de la personne. Et en l'absence d'activité planifiée, les personnes seules ressentent un malaise et rompent souvent les contacts avec les amis. Les situations de solitude sont diverses et sujettes à différents types de problèmes.

a) La solitude du divorce

Le rapport de la Commission technique des allocations familiales témoigne « de la montée de l'individualisme », « du déclin de la signification du mariage » qui s'exprime par « le refus de toute union légale mais aussi par une remise en cause de l'engagement à vie, c'est-à-dire une montée du divorce » [30].

Le divorce est une réalité de notre vie qui suscite de nombreux problèmes. Les personnes divorcées se retrouvent seules sans avoir un soutien social et juridique correspondant ou suffisant.

a-1) Confrontation au choc psychologique de la rupture

La rupture est génératrice de stress, d'angoisse et de souffrance pour la simple raison que le divorce touche au sentiment de la solitude des personnes séparées. Avant tout c'est un constat d'échec. La première étape peut être assimilée à un deuil du couple. Le conjoint subit un important bouleversement dans sa vie.

Mais en plus de cet état de bouleversement les personnes divorcées doivent faire face aux différents problèmes. Toutefois elles ne sont plus ensemble pour les gérer. En effet, suite au divorce on est amené à régler seul des problèmes qu'on aurait pu résoudre à deux.

Enfants

Les enfants se retrouvent souvent en première ligne de tous les problèmes. Combien de couples attendent la majorité de leurs enfants pour divorcer ? Quel que soit le choix des parents, et quelle que soit la réaction apparente de l'enfant, celui-ci subira le divorce comme une rupture dans sa vie.

La situation se complique par un phénomène que les psychologues nomment le Syndrome d'Aliénation Parental. Il s'agit du fait de diaboliser l'autre parent devant son enfant dans le but de le monter contre lui.

La rupture du lien familial est au fond du sentiment de la solitude à l'intérieur de la famille. Or, la recherche d'une « cohérence » dans l'éducation des enfants est ainsi plus difficile à trouver quand les deux parents ne sont plus ensemble.

29• L. SAINT-LAURENT, « Dans la foule solitaire », 1999.

30• « Les familles monoparentales en Europe », *Dossier d'études*, 2004, n° 54, p. 10.

Difficultés financières

Le choc émotionnel n'est pas le seul obstacle que les personnes divorcées doivent surmonter. D'une part, un divorce est très souvent synonyme de vente du bien immobilier. Et quand on doit refaire sa vie, il faut trouver un logement. Dans cette situation l'un des deux époux sera forcément moins avantagé par rapport à l'autre et souvent sera seul à faire un sacrifice en abandonnant le domicile conjugal. D'autre part, s'il a lieu de payer une pension alimentaire ou une prestation compensatoire, il est possible qu'il y ait des soucis d'argent du côté du payeur. Il faudra affronter en amont des difficultés financières.

Organisation de la vie après la rupture

Le choc psychologique provoqué par le divorce est à l'origine de la difficulté de retrouver un rythme de vie normal. L'organisation de la rupture demande des efforts supplémentaires, notamment pour suivre la procédure liée au divorce, trouver un accord afin de liquider le régime matrimonial, prendre des décisions concernant les enfants. L'organisation de la vie après la rupture est souvent source de conflits entre les époux en séparation. Le choc psychologique empêche incontestablement les personnes concernées à prendre des décisions raisonnables et à gérer avec sérénité les problèmes patrimoniaux.

Les procédures de divorce sont dans la plupart des cas, sauf éventuellement le divorce par consentement mutuel, longues et peuvent prendre de nombreux mois, voire même des années. Cependant certains problèmes ne peuvent pas attendre. Durant cette période, le recours à l'aide de la famille est souhaitable, mais n'est pas toujours possible pour diverses raisons (éloignement de la famille, conflits familiaux, absence de famille).

a-2) L'appauvrissement suite à la rupture

Les analyses statistiques constatent que divorce ou séparation sont facteurs de pauvreté et de risque.

Ainsi, une famille monoparentale sur quatre est pauvre en Europe. D'une façon générale, les mères monoparentales travaillent plus souvent que les autres. Cependant le taux de chômage des mères seules est de 23 % contre 15 % pour les mères vivant en couple [31]. En Autriche, Grèce, Italie, Luxembourg, Portugal, Espagne, plus de la moitié des mères isolées sont au chômage. Les écarts de salaires entre les hommes et les femmes sont également importants.

Le paiement des pensions alimentaires, qui s'élèvent en moyenne à 150 €, entraîne souvent des problèmes financiers pour les familles monoparentales gérées par les mères. Mais les problèmes financiers concernent également les pères des familles séparées.

> Ainsi, un père divorcé paie une pension à sa femme et sa fille. Son ex-épouse a une nouvelle vie familiale (il y a deux salaires dans le foyer).

31. Ce taux est encore plus élevé chez les mères n'ayant jamais vécu en couple ou n'ayant jamais été mariées.

La fille est logée par son père (en plus de la pension) et ses études sont également payées par lui.
Dans un autre exemple, un père divorcé paie une pension. Son ex-épouse s'est remariée et a un très haut niveau de vie. La garde d'enfants est partagée. Le niveau de vie est différent dans les deux familles. Les enfants sont perturbés par cette différence et le père est confronté à cette situation.

Certaines propositions sont à prendre en considération. Ainsi il a été souligné que l'élaboration d'un barème indicatif pour la détermination des pensions alimentaires, permettant d'améliorer pour les couples la prévisibilité des modalités de la séparation et de favoriser la conclusion d'accords, serait souhaitable [32]. L'analyse a également démontré que cet appauvrissement mal anticipé au moment de la rupture évoque la solitude extrême d'un certain nombre de mères isolées dont les revenus sont largement constitués de minima sociaux, cette tendance s'étant aggravée au cours des dix dernières années [33].

Les problèmes sont parfois aggravés par le fait de la séparation familiale transfrontalière. Dans le monde actuel et en présence de couples internationaux, le divorce provoque parfois un éloignement : les époux résident dans des pays différents et leur contact s'avère plus difficile.

Ainsi, un couple de nationalité anglo-belge avec un enfant divorce. La mère vit en France. Son fils partage sa vie entre son père et sa mère. Le père refuse de communiquer avec son ex-épouse. L'éducation de l'enfant est mise en péril. Les différences dans le train de vie des parents et l'absence de communication entre eux provoquent un sentiment de solitude non seulement chez les parents divorcés mais aussi chez l'enfant.

Notre société devient de plus en plus complexe. Au moment où la rupture survient, la sensation de solitude et d'isolement peut alors être difficilement surmontée si vous n'avez personne à qui vous adresser.

a-3) Dialogue « solitaire » avec divers organismes

Un certain nombre de parents séparés ou divorcés rencontraient des difficultés pour obtenir communication des résultats scolaires de leurs enfants, lorsque celui-ci réside chez l'autre parent. Cependant tout parent qui possède l'autorité parentale a un droit de décision dans les choix qui concernent la vie scolaire de l'enfant (choix de l'école, des matières à option, etc.). En cas de conflit de décision entre les deux parents, aucun responsable d'établissement

32• Rapport du Sénat précité ; Les propositions de M^me^ Anne-Marie LEMARINIER, vice-présidente, responsable du service des affaires familiales, et M^me^ Morgane LE DOUARIN, juge aux affaires familiales au tribunal de grande instance de Paris.

33• Rapport précité ; l'analyse de M^me^ Annie GUILBERTEAU, directrice générale du Centre national d'information sur les droits des femmes et des familles (CNIDFF).

n'a en principe à prendre parti. Seul le Juge aux affaires familiales, saisi par requête des parents, a compétence pour arbitrer. Un parent doit être informé par l'établissement, à sa demande, des résultats scolaires de son enfant et des informations importantes le concernant. Depuis juillet 2001 les chefs d'établissements scolaires ont l'obligation d'informer automatiquement les deux parents des résultats scolaires de leur enfant[34].

Il a été ainsi constaté dans le rapport précité de la *Commission technique des allocations familiales*, que même lorsque les parents s'efforcent de rester en bons termes dans l'intérêt des enfants, les diverses institutions, et notamment l'école, le fisc, les caisses d'allocations familiales, les hôpitaux ne considèrent comme interlocuteur qu'un seul des deux parents, celui chez qui réside enfant. L'organisation des rapports entre les divers organismes et la famille séparée pourrait transformer le sentiment de combat solitaire du parent séparé. Certains moyens d'amélioration de cette situation mis en œuvre par l'État seraient d'une utilité incontestable.

b) La solitude en cas de séparation des concubins

On compte plus de 4 millions de concubins hétérosexuels, des personnes qui restent célibataires au sens administratif. On compte aussi plusieurs dizaines de milliers de « concubins non-cohabitants » – ou « solitaristes » – engagés dans une relation stable mais vivant à part, ainsi que près de 2 millions de célibataires vivant avec un ou plusieurs enfants[35].

> En 1990 (dernières données disponibles), sur 550 000 personnes qui se mettent en couple, 90 % se mettent en concubinage et seulement 10 % se marient sans vie commune préalable. Les couples sont de plus en plus longs à « régulariser leur situation » (en clair à se marier après avoir cohabité) : la proportion de couples ayant « concubiné » plus de 10 ans avant de se marier était de 7,5 % en 1970 et semble avoir atteint 30 % en 2000.

Le manque de recul suffisant par rapport à la montée de l'individualisme ne permet pas de donner une appréciation réelle de la solitude qui entoure une grande partie de notre population, la solitude qui s'accentue au moment de la séparation des concubins.

Deux réalités entrent en contradiction faisant obstacle à toute aide apportée au phénomène de la solitude de cette catégorie : la volonté d'échapper à un statut déterminé et la création des avantages qui sécurisent les couples non mariés.

b-1) La volonté des concubins d'éviter l'encadrement

La situation des concubins n'est soumise à aucune réglementation sociale ou juridique. La liberté choisie par les concubins est en effet préservée. Mais

34. Lettre de rappel de la Ministre déléguée (octobre 1999) : Transmission des résultats scolaires aux familles ; Circulaire ministérielle n° 94-149 du 13-4-1994.

35. *La Croix*, 24 août 2007.

l'indépendance voulue par les concubins peut se retourner contre eux. Or on constate le manque de protection juridique (notamment dans le domaine de successions, situation matrimoniale). Au surplus, si la séparation des personnes mariées se voit encadrée, la situation des concubins après la séparation est assez précaire malgré certains aménagements introduits récemment par le législateur. De nombreux contentieux surgissent.

Préjudice pour rupture

Il arrive fréquemment que le concubin délaissé fasse valoir un préjudice que la rupture de l'union lui fait subir. Mais seule une faute caractérisée indépendante de la rupture, peut engager la responsabilité de son auteur sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Si le concubin délaissé veut obtenir réparation, il devra prouver qu'en l'abandonnant, l'autre concubin commet une faute, qu'il en éprouve un dommage direct, actuel et certain, et que son dommage découle de cette faute.

Instabilité du logement

Lorsque le logement du couple appartient à un seul des concubins, l'autre ne dispose d'aucun droit. La protection du logement familial n'existe en effet que pour les couples mariés. Le concubin ne pourra donc pas s'opposer à la vente ou à la mise en location du bien par son propriétaire. En cas de séparation conflictuelle, le concubin propriétaire peut contraindre l'autre à quitter le logement. En effet, si le logement constitue la propriété privative de l'un d'entre eux, l'autre concubin ne dispose d'aucune protection particulière.

La situation du concubin est d'une telle précarité que tout dépend de la volonté d'autrui. Cependant la solitude les concerne d'autant plus que le lien familial restant très inconsistant et n'étant pas reconnu par la société ne permet pas à présent organiser leurs rapports. Si auparavant les couples concernés étaient ceux qui rejetaient l'institution du mariage, actuellement le mariage est mis en second plan par un nombre considérable de couples. Or la liberté des concubins ne doit pas les priver du minimum de protection juridique.

b-2) Le concubinage et le PACS

L'introduction du PACS par le législateur a modifié indirectement la situation juridique des concubins. Le PACS accorde plus d'avantages juridiques que le concubinage.

> 19 000 PACS ont été conclus entre la promulgation de la loi sur le PACS (16 novembre 99) et le 1er juillet 2000. En 2005, 60 473 pactes civils de solidarité ont été enregistrés en France, soit une hausse de 50 % par rapport à 2004.

Il a été souligné dans le rapport préparatif de la loi sur le PACS que la société a intérêt à franchir un certain pas et à considérer que la notion de vie

à deux mérite non pas une récompense, mais des droits supplémentaires [36]. C'est ainsi qu'est née l'idée d'un « pacte d'intérêt commun », devenu un PACS. En effet, ce pacte est un peu moins qu'une société et un peu plus d'une indivision. Il s'agissait à l'époque des débats que les droits octroyés doivent aboutir aux droits accordés aux personnes mariées. L'objectif de cette réforme était de combattre la solitude. La logique est celle de la vie en commun : dès lors qu'elle existe, il doit y avoir statut de la vie en commun. L'expérience de ce nouveau contrat pourrait être prise en considération afin de moderniser les rapports juridiques dans notre société actuelle. La question que l'on pourrait se poser : le PACS ne serait-il pas une avant-garde des relations contractuelles des couples modernes ?

c) La solitude du deuil

Le deuil est une période solitaire dans la vie d'une personne habituée à vivre en couple.

L'association des personnes en deuil *Dialogue & solidarité* a fait le constat sur le ressentiment de la solitude chez les personnes ayant perdu leur proche. On constate notamment qu'après la perte d'un être aimé, le survivant est en état de choc et refuse d'y croire et d'accepter la disparition de la personne décédée. La personne peut aussi ressentir une certaine distance par rapport à l'entourage. C'est ainsi que la solitude commence. Ensuite la désorganisation prend place lorsque la personne en deuil prend conscience de la souffrance et du vide laissés par la perte du conjoint. La tristesse et le désespoir sont des conséquences habituelles de cette étape. À la suite de cela la personne envisage l'avenir avec crainte, et, peu à peu, elle s'isole du monde extérieur. La solitude s'accentue.

Le veuvage statistiquement dominant frappe des femmes de plus de soixante ans et les installe dans la solitude pour une durée moyenne d'environ dix années, parfois largement supérieure. Mais le veuvage concerne également une population plus jeune dont il faut tenir compte.

c-1) La gestion des affaires et les relations avec la famille

À la douleur morale due à la perte d'un être cher, viendra s'adjoindre un tourment matériel. La douleur morale est essentiellement liée à un sentiment d'abandon, de solitude et de manque. La personne réalise qu'elle doit s'occuper seule de l'éducation des enfants et assurer l'organisation du foyer. La désorganisation de la vie relationnelle et matérielle peut amener la personne à prendre des décisions brutales qu'elle regrettera par la suite, par exemple un déménagement ou la vente de biens. Souvent les femmes ne participent pas à la gestion des affaires de leurs maris. Après le décès, qui intervient parfois d'une façon inattendue, les épouses sont incapables d'assurer la continuité de

36. Rapport d'information de M. Jacques LARCHÉ, Commission des lois1997-1998, n° 481

la gestion. On peut parfois compter sur l'aide des enfants, mais quand les enfants sont mineurs, la gestion des affaires s'avère d'être un fardeau.

Une fois la première étape du deuil franchie, intervient la période de réorganisation lorsque la perte est acceptée, reconnue en tant que telle. C'est la période de reconstruction de soi : la personne est capable de se tourner vers l'extérieur, de créer de nouveaux liens et de retrouver goût à la vie. Cette reconstruction n'est pas acquise une fois pour toutes. Cette réorganisation ne peut se faire sans l'aide des autres. Or, on constate, dans la société contemporaine, une grande solitude et une difficulté à exprimer et à partager une peine [37]. La contribution de la famille proche peut être très favorable.

c-2) La nécessité de l'évolution de la notion de veuvage

En France, chaque année, environ 24 000 femmes de moins de 55 ans perdent leur conjoint par décès, contre 6 000 hommes. De manière générale, le veuvage précoce concerne 360 000 personnes, parmi lesquelles on dénombre près de 80 % de femmes [38].
Le nombre effectif de veufs et de veuves en France s'établit en réalité à 4,68 millions si l'on prend en compte les situations de concubinage. Ainsi, 23,1 % des ruptures du couple par décès n'apparaissent pas dans les statistiques habituelles, soit 880 000 personnes. La catégorie modernisée de veuvage fait apparaître 120 000 personnes supplémentaires, soit 33 % du total réel des jeunes veufs.

Madame Delaunay-Berdaï constate que depuis 1968 les statistiques sur le veuvage se fondent sur l'état civil : pour qu'une personne soit considérée comme « veuve », il faut qu'elle ait été mariée. Elle fait remarquer à juste titre que cette approche ignore les ruptures par décès de couples non mariés. Les anciens concubins dont le conjoint est décédé disparaissent ainsi dans la catégorie des célibataires. Étant donné la fréquence du concubinage dans les nouvelles générations, cette situation est en décalage avec la réalité contemporaine. En outre, pour qu'un individu soit considéré comme veuf au regard de l'état civil, il faut également qu'il ne soit pas remarié [39].

On ne peut que s'accorder à dire que la notion de « couple », quand le couple est rompu par décès, doit être élargie aux situations de fait (concubinage, voire couples non-cohabitants), pour rendre compte de différents phénomènes d'évolution du lien familial, ainsi que des familles recomposées par remariage ou « re-concubinage ».

---

37. Rencontre avec Monsieur Daniel RUTH, psychologue ; Association pour les personnes en deuil.
38. Les données proviennent de l'étude effectuée par Madame Isabelle DELAUNAY-BERDAÏ, dans *Recherches et prévisions. Modes de vie,* septembre 2006, n° 85, p. 29.
39. *Idem*.

Problèmes sociaux du veuvage précoce

L'analyse de la situation des jeunes veufs a conduit les spécialistes à faire le constat suivant : Ainsi, alors que les veufs et veuves âgés de plus de 55 ans peuvent percevoir une retraite personnelle, cumulée ou non avec une retraite de réversion de la Sécurité Sociale (CNAV) et/ou une pension de réversion des régimes de retraite complémentaires (60 ans pour l'AGIRC, 55 ans pour l'ARRCO), la situation des jeunes veufs et des jeunes veuves est différente. S'ils peuvent désormais percevoir une retraite de réversion du régime de base, en revanche, l'octroi des pensions de réversion des régimes de retraite complémentaire est réservé uniquement aux jeunes veufs ayant au moins deux enfants à charge au moment du décès. Or, si ces veufs avaient vécu leur veuvage après l'âge de 55 ans, ces conditions ne leur auraient pas été appliquées. Par ailleurs, tous ces droits sont refusés aux veufs ayant perdu un conjoint avec lequel ils n'étaient pas mariés (y compris dans le régime général).

Les inégalités financières d'un veuvage précoce

Le veuvage précoce peut également agir comme un révélateur des rapports inégalitaires existant dans des nombreux couples. La présence d'enfants modifie les comportements d'activité professionnelle dans un sens inverse pour les hommes et pour les femmes : la présence de jeunes enfants se traduit par une augmentation du temps de travail professionnel (et non du travail domestique) chez les pères et par une diminution de celui de la mère. Le travail à temps partiel est beaucoup plus fréquent chez les femmes âgées de moins de 55 ans.

Les disparités sociales entre les sexes s'expriment à travers les inégalités de conditions d'activité et de formes d'emploi. Ainsi, les jeunes veuves sont beaucoup plus souvent que les jeunes veufs en contrats aidés, reflétant ainsi des différences constatées entre hommes et femmes en France en général.

Les situations respectives des hommes et des femmes sont aujourd'hui très différentes, en particulier lorsque le veuvage touche des personnes en situation de vulnérabilité sociale et/ou fait basculer le survivant dans une véritable précarité. En effet, les familles monoparentales résultant d'un veuvage précoce sont nombreuses (90 000 familles). La prise en compte des différents paramètres liés au veuvage pourrait aider les personnes endeuillées à sortir des impasses plus facilement.

2) Les solitudes volontaires ?

La solitude qui détruit est celle qui se vit dans l'isolement. Une autre forme de la solitude est la solitude acceptée. Toutefois, elle aussi est source d'un certain nombre de problèmes. Le mariage a connu son apogée au début des années soixante : 3 % des couples n'étaient pas mariés, il y avait peu de

divorces (10 %) [40]. Depuis que l'autonomie des femmes par rapport à leur conjoint a augmenté, l'activité professionnelle est devenue majoritaire pour les mères d'un ou deux enfants. Le mariage a cessé de déterminer le mode de vie de la société. Beaucoup de personnes restent seules. Certaines mères demeurent célibataires parce qu'elles veulent éviter à leurs enfants la souffrance causée par le départ du père. L'augmentation des familles monoparentales n'en demeure pas moins préoccupante ; en effet, qui dit parent seul avec enfants dit souvent tensions émotionnelles, difficultés économiques, handicaps sociaux, risque que l'enfant reste privé de la direction parentale nécessaire. Les mères célibataires sont souvent jeunes et manquent d'expérience. Elles sont davantage sujettes à la pauvreté et susceptibles d'occuper des emplois peu rémunérés. Une mère non mariée peut également être en proie à un sentiment de solitude.

a) La solitude des célibataires

> « Jusqu'à 28-29 ans, je ne me suis pas inquiétée, j'étais comme toutes mes copines ; à partir de 32-33 ans, j'ai vraiment commencé à flipper ; à 36-37 ans, j'étais désespérée et j'en voulais à la terre entière ; j'ai maintenant 42 ans et je me suis fait une raison… » [41]

Cette situation concerne de plus en plus de personnes en France.

> En croisant les statistiques des célibataires et des personnes vivant seules, on arrive à près de 4 millions de « vrais » célibataires, non engagés dans une relation privilégiée et sans enfant. Ces célibataires habitent surtout dans les grandes agglomérations : rien qu'à Paris, on en compterait 310 000. Parmi eux, les sociologues ont pris l'habitude de distinguer un « célibat d'attente », concernant 1,5 million d'hommes et de femmes de moins de 40 ans, et un « célibat définitif » pour 2,4 millions de personnes de plus de 40 ans. Depuis une trentaine d'années, l'attente se prolonge de plus en plus. [42]

« Célibataire » veut dire « solitude ». Par principe, le célibat s'oppose au mariage, et non à la vie de couple. Cependant le terme concerne toutes les personnes vivant seule, qu'il s'agisse de célibataires, de divorcés non remariés ou encore de veufs sans enfants. L'accroissement du nombre de célibataires est révélateur de la transformation de notre société. Comme le fait remarquer Madame Lesegretain, l'augmentation actuelle du nombre de célibataires « pourrait bien être ainsi une conséquence de la révolution sexuelle qui a modifié l'idée du couple, rendant de plus de plus hasardeux, voire décevant, l'engagement de deux consentements amoureux ». [43]

40. L. TOULEMON, « Situations et trajectoires familiales en France », *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière,* 1996, n° 26, 3775, p. 954.

41. *La Croix* du 7 octobre 2005.

42. C. LESEGRETAIN, « Célibataires, une solitude douce-amère », *La Croix*, 7 octobre 2005.

43. *Idem*.

Le célibat est alors un phénomène très répandu. Cependant on s'aperçoit que notre société n'est pas toujours prête de leur assurer des garanties nécessaires pour les protéger de l'isolement social et juridique. Ainsi les personnes seules sont notamment confrontées à une fiscalité désavantageuse par rapport aux couples. La fiscalité française est moins favorable pour les personnes qui vivent seules. D'après les rapports de l'INSEE et de l'OFCE, à revenu équivalent le niveau de vie du célibataire est de 30 % inférieur de celui du couple sans enfant.

L'association des célibataires UNAGRAPS [44] fait état de leur situation juridique et fiscale. Notamment concernant la succession ou donation, hors ligne directe « les droits sont confiscatoires et les abattements ridicules » : 60 % avec un abattement de 1 500 €, à l'exception des frères et des sœurs, pour lesquels le taux est de 35-45 % avec un abattement de 15 000 €, l'exonération n'étant pas prévue que dans certains cas (frère/sœur doit avoir plus de 50 ans et avoir habité avec le défunt 5 ans avant le décès).

Pour cette raison l'UNAGRAPS a suggéré une augmentation des abattements et une diminution des taux pour les successions hors ligne directe, disant que toute personne doit pouvoir léguer son patrimoine à ses nièces et neveux, ou toute autre personne qui lui est proche, librement sans différenciation de son état civil et sans pénalités excessives. Or, les célibataires ont souvent pour seul patrimoine leur logement qui ne devient « disponible » qu'à leur mort. La personne seule qui a travaillé toute sa vie pour acheter son logement doit pouvoir le transmettre à la personne de son choix, sans que celle-ci ait à payer des droits confiscatoires qui l'obligent souvent à vendre le bien.

Au surplus, étant donné qu'un célibataire a une seule part fiscale contre le couple sans enfant qui en a deux, l'association UNAGRAPS revendique notamment 1,5 part fiscale pour les célibataires, s'appuyant sur le fait que la fiscalité doit tenir compte des charges incompressibles, qui sont les mêmes pour tous.

Par ailleurs, certains travaux sont déductibles des impôts. Mais pour une même surface, le couple sans enfant peut déduire jusqu'à 8 000 € tandis que pour la personne seule le plafond était de 4 000 € en 2006. La taxe sur l'enlèvement des ordures, par contre, ne tient pas compte du nombre d'occupants : elle peut être la même pour une personne seule que pour une famille de cinq.

La situation inéquitable dans laquelle notre système fiscal place les personnes seules a déjà fait l'objet des discussions politiques mais les conditions plus favorables ne sont pas encore mises en place.

44. Union Nationale des Groupes d'Action des Personnes qui vivent Seules.

Nombre de parts de « quotient familial » (1)

Situation familiale	Nombre de personnes à charge			
	0	1	2	par pers. supp.
Couple marié ou pacsé depuis + de 3 ans	2 parts	2,5 parts	3 parts	+ 1 part
Veuf ou veuve (2) (3)	1 part	2,5 parts	3 parts	+ 1 part
Célibataire ou divorcé vivant seul (3)	1 part	2 parts	2,5 parts	+ 1 part
Célibataire ou divorcé en concubinage (3)	1 part	1,5 part	2 parts	+ 1 part

(1) + 0,5 part par personne à charge invalide.
(2) Si aucun enfant n'est issu du mariage avec le défunt, le veuf ou la veuve est assimilé à un célibataire ou divorcé avec personne(s) à charge.
(3) + 0,5 part pour les personnes seules ayant au moins 1 enfant majeur ou imposé séparément, ou ayant eu un enfant décédé après l'âge de 16 ans.

b) La solitude des familles monoparentales

Selon une étude sociologique de l'INSEE les familles monoparentales sont de plus en plus nombreuses : +22 % en dix ans. Or, 20 % de familles en France sont des familles monoparentales. Trois millions d'enfants sont concernés et 13 % des moins de 15 ans sont élevés dans une famille de ce type. Les naissances hors mariage sont notamment un facteur important de constitution de familles monoparentales. Ainsi, dans l'ensemble des pays de l'Union européenne, la part des naissances hors mariage dans le total des naissances est passée de 9,6 % en 1980 à 28,4 % en 2000. La progression a été particulièrement sensible en France : de 11,4 % en 1980 à 42,6 % en 2000. La proportion de mères célibataires avait augmenté au fil du temps : elles représentaient 9 % des mères de familles monoparentales en 1968 et en représentent plus de 40 % en 2004 [46].

Si les mères de famille monoparentale sont plus souvent présentes sur le marché du travail, elles sont aussi beaucoup plus nombreuses à ne pas trouver d'emploi : ainsi, elles n'occupent pas plus souvent un emploi (68 % dans les deux cas), mais sont deux fois plus fréquemment au chômage que les mères en couple. Parmi les mères de famille monoparentale qui ont un emploi, seulement 26 % sont à temps partiel contre 36 % des mères en couple. De surcroît, parmi celles qui ont un emploi à temps partiel, presque la moitié souhaiterait travailler davantage (47 %) contre un quart des mères en couple.

46. Anne EYDOUX, Marie-Thérèse LETABLIER, « Les familles monoparentales en France », *Rapport de recherches du Centre d'études et de l'emploi*, juin 2007, n° 36

Il ressort également de cette étude sur les familles monoparentales que les mères qui élèvent seules leurs enfants apparaissent en situation particulièrement défavorable sur le marché du travail relativement aux pères dans la même situation. Les pères seuls sont moins souvent inactifs que les mères seules (10,9 % contre 18,2 %), plus souvent en emploi (78,7 % contre de 66,8 %), moins souvent au chômage (10,4 % contre 14,4 %) et pour des durées moins longues que les mères de famille monoparentale [47].

Si la conciliation de la vie familiale avec la vie professionnelle est a priori plus difficile pour les mères de famille monoparentale, elle l'est d'autant plus quand elles ont des enfants d'âge préscolaire, en raison du coût de la garde, et de leur plus faible niveau de qualification qui les défavorise sur le marché du travail. Dans ce cas, cette « conciliation » prend plus souvent la forme d'un renoncement, au moins provisoire, à l'exercice d'une activité professionnelle, ce qui leur permet d'assurer elles-mêmes la garde de leurs enfants. Parmi les mères de familles monoparentales ayant au moins un enfant de moins de trois ans, près de 6 sur 10 sont soit chômeuses, soit inactives, contre 46 % des mères d'enfants en bas âge qui vivent en couple. Les mères de famille monoparentale qui occupent un emploi doivent donc gérer davantage de contraintes, alors que pour des besoins de garde équivalents, si ce n'est supérieur, elles ne peuvent mobiliser que des ressources financières a priori plus réduites que celles des ménages à deux revenus. Ainsi, 47 % des familles où la mère vit en couple recourent exclusivement à des personnes ou à des organismes rémunérés, contre seulement 36 % des familles monoparentales.

La création d'un système, dans lequel les parents de familles monoparentales se sentiraient moins seuls avec un niveau de vie correspondant, pourrait être fondé aussi bien sur le support collectif (entreprises ou État), que contractuel.

c) La solitude dans les familles recomposées

Le développement de la monoparentalité va de pair avec la multiplication des recompositions familiales, car la monoparentalité n'est le plus souvent qu'une situation transitoire et les parents qui se sont séparés assez jeunes reprennent généralement au bout d'un certain temps une vie de couple avec un nouveau conjoint ou compagnon [48].

> En 1999, la France comptait plus de 700 000 familles recomposées, soit 8 % de l'ensemble des familles, ce qui représente une hausse de près de 10 % par rapport au précédent recensement de 1990.
> Plus de 1 petit Français sur 10 vit dans une famille recomposée – c'est-à-dire au sein d'un couple dont seul l'un des membres est son parent, biologique ou adoptif.

47. Seuls 14 % des parents de famille monoparentale sont des hommes.

48. Rapport d'information précité.

> Dans ces familles, 63 % des enfants habitent avec leur mère et son nouveau compagnon, 37 % avec leur père et sa nouvelle compagne. Il faudrait aussi rajouter les enfants qui passent leurs week-ends et vacances dans le nouveau foyer de leur père. Au total, les enfants concernés seraient donc près de 2 millions. [49]

La prise en compte des demi-frères et demi-sœurs, c'est-à-dire des enfants qui partagent un parent en commun, conduit à étendre la définition des fratries, puisque certains de ces enfants sont alors des « quasi-frères » ou « quasi-sœurs », soit des enfants sans lien de sang mais dont les parents forment un couple. Encore des quasi-frères ou quasi-sœurs qui ne résident pas ensemble ne se considèrent-ils pas forcément comme frères ou sœurs. Ils restent ainsi seuls face à la nouvelle famille.

Les familles recomposées rendent également beaucoup plus complexes les relations entre adultes et enfants.

> *« J'adore les enfants et mon rêve était de construire une jolie famille. Gabriel avait 9 ans quand j'ai connu son père, il y a six ans. Je me suis occupée de lui avec amour, je crois. J'ai même organisé sa première boum ! Mais sa mère n'a pas supporté ce lien entre lui et moi. Gabriel a dû choisir son camp, d'une certaine façon. Il est devenu si désagréable que j'ai fini par refuser qu'il vienne à la maison. Je ne l'ai quasiment pas vu depuis un an. Je ne sais pas si notre couple pourra surmonter cela… »*

Vivre avec un beau parent n'est pas nouveau mais, dans le passé, ces situations étaient généralement issues du veuvage et non, comme aujourd'hui, de la séparation conjugale. Or, à la différence du veuvage, où le beau parent vient, d'une certaine manière, occuper une place « vacante », la désunion fait de celui-ci un acteur supplémentaire du contexte familial. Selon lui, le rôle du beau parent, ce « parent en plus », ne peut dès lors se jouer exclusivement sur le mode de la substitution. Cette situation implique des modèles inédits de comportements.

Les familles monoparentales et plus encore les familles recomposées, rencontrent en effet de nombreuses difficultés juridiques. D'une part, l'exercice conjoint de l'autorité parentale après une séparation ne va pas sans difficultés, d'ailleurs d'autant plus sensibles que la séparation du couple a été conflictuelle. D'autre part, le développement des familles recomposées ne va pas sans poser la question, particulièrement délicate, d'une prise en compte juridique de la place du beau-parent et de ses liens avec ses beaux-enfants.

La rupture du lien familial constitue en effet un traumatisme pour certaines personnes non préparées à assumer une autonomie financière et une identité propre en dehors de leur vie familiale. Le constat des solitudes des personnes

49. *INSEE Première*, juillet 2001, n° 788.

séparées étant ici énoncé, nous pourrons évoquer ci-après des solutions juridiques existantes qui tentent d'aménager les problèmes liés à la solitude.

B/ Les solutions existantes

Dans le contexte des problèmes exposés certains arrangements juridiques existent déjà. Ainsi, depuis une trentaine d'années les réformes, les lois, les prestations, tentent à s'adapter aux évolutions de la famille contemporaine. Ainsi quelques réformes ont été entreprises :

1965 : Le mari n'est plus le « chef de famille ».
1975 : Instauration du divorce « par consentement mutuel ».
1976 : Allocation de parent isolé.
1987 : L'autorité parentale devient « conjointe », que les parents soient mariés ou non.
2001 : Congé parental de maternité.
2004 : Réforme du divorce.

Mais sont-ils satisfaisants pour résoudre les problèmes posés par la solitude dans les différentes situations envisagées ?

1) L'organisation des procédures

Les conflits provoquent souvent le sentiment de solitude entre les intéressés et les situations de blocage naissent. Éviter l'opposition et les conflits entre époux amènerait à rompre l'isolement de chacun d'eux au moment de la rupture.

a) Simplification des procédures du divorce

Depuis la réforme de 2004 les procédures de divorce sont moins conflictuelles. « La durée relativement courte des mariages et l'âge auquel les époux divorcent ont conduit à simplifier les procédures et à chercher des voies intermédiaires entre « le tout amiable » et « le tout contentieux ». [50]

Le juge aux affaires familiales en prononçant le divorce, homologue les conventions présentées par les époux, pour autant qu'elles lui semblent préserver suffisamment les intérêts des époux et des enfants. La libéralisation du divorce par consentement mutuel conduit notamment à ce que les délais soient considérablement accélérés, un seul passage devant le juge étant désormais suffisant. Pour assurer l'efficacité de ce dispositif, « tout devra être préparé en amont par les praticiens, qui devront travailler en synergie, avocats et notaires » [51].

Un autre moyen d'organisation de la procédure est le système de passerelle entre différentes causes de divorce et la possibilité d'arriver à chaque fois au

50. Divorce. *Dossiers pratiques Francis Lefebvre*, 2007, p. 5.

51. Nathalie COUZIGOU-SUHAS, « Les incitations procédurales à une liquidation rapide et efficace du régime matrimonial », *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, n° 10, 11 mars 2005, 1178.

divorce amiable. Ces accords peuvent être concrétisés sur le fondement de la passerelle rappelée à l'article 247 du Code civil, selon lequel les époux peuvent à tout moment de la procédure, demander au juge de constater leur accord pour voir prononcer le divorce par consentement mutuel. Les époux ont la possibilité de continuer la procédure initialement commencée et de solliciter du magistrat l'homologation de leurs conventions, de sorte que lorsque le divorce est prononcé, l'intégralité des éventuels litiges patrimoniaux ou ex-patrimoniaux est réglée ; le but du législateur est d'éviter que les conflits post-divorce perdurent de nombreuses années.

b) Désignation d'un mandataire

La technique du mandat est largement utilisée dans les situations conflictuelles, notamment la réforme sur les successions a prévu afin d'éviter qu'un héritier bloque la procédure de règlement de la succession, que le récalcitrant devra répondre dans un délai de deux mois aux héritiers qui lui auront adressé une sommation au plus tôt quatre mois après le décès. Sans réponse dans ce délai il sera considéré comme acceptant. En outre, lors du partage, un copartageant pourra obliger un héritier « taisant » à se faire représenter. Faute de réponse dans les trois mois, le juge pourra désigner un mandataire pour le représenter. Cette technique pourrait-elle être translatée aux situations de blocage dans les couples après la rupture, par exemple sous forme d'une solution provisoire mais efficace ? Cette solution serait adaptable également au veuvage afin de confier à une personne compétente la gestion des affaires par une personne restant seule et qui ne se considère pas apte à faire face aux différents problèmes. L'efficacité des procédures nourrit chez les personnes séparées, le sentiment d'être entourées et protégées ce qui est ne pas négligeable lors du combat contre la solitude.

2) Organisation du patrimoine des personnes seules

Les ruptures d'union et les « recompositions familiales » peuvent s'accompagner d'une « recomposition » du patrimoine. Actuellement ce sont les intérêts des enfants qui sont au centre des solutions recherchées par les personnes concernées [52]. Par ailleurs, une protection plus appropriée est prévue pour le conjoint survivant.

a) Situation du conjoint survivant

Quand survient le deuil, l'immense majorité des conjoints qui est autonome, souhaite demeurer dans le logement qu'elle occupait à l'époque du décès et

52. L. TOULEMON, « Situations et trajectoires familiales en France », *La semaine juridique Notariale et Immobilière*, 1996 N° 26, 3775, p. 954.

dans les meubles qui le garnissent [53]. Or, en cas de pluralité d'héritiers, la loi successorale menaçait cette demande de stabilité, si les mécanismes de l'indivision et du partage se révélaient indifférents aux attentes spécifiques du conjoint survivant. Tel fut le cas, ou presque, jusqu'à ce que la loi du 3 décembre 2001 apporte des modifications sur le sujet [54].

Les problèmes du deuil ne sont cependant pas toujours surmontés, la personne restant notamment seule face aux problèmes financiers.

b) Conventions entre concubins

La possibilité de signer une convention entre les concubins est du domaine contractuel. Elle s'avère souvent utile permettant de préciser qui possède quoi. Mais les concubins la négligent généralement, au motif que ce genre de document est contraire à cet esprit de liberté revendiqué dans le couple. Les problèmes se posent alors au moment de la séparation quand chacun se retrouve seul, sans avoir une réglementation particulière pour défendre son cas.

b-1) Conventions d'indivision

On a déjà souligné ci-dessus que la situation du concubin non-propriétaire d'un logement est très précaire.

Différentes techniques juridiques s'offrent aux couples vivant en union libre, pour acquérir conjointement un logement, notamment l'acquisition en indivision. Lorsque le logement a été acheté en commun par les deux concubins, l'accord des deux est nécessaire pour tout acte de disposition (vente, location, donation). En cas de séparation du couple, le bien acquis en indivision devra être partagé entre les deux membres du couple, soit à l'amiable, soit judiciairement.

La question est encore plus délicate pour les biens meubles. Le caractère souvent équivoque de la possession d'un bien par un concubin fait en effet obstacle à l'application de l'article 2279 du Code civil. Il est alors proposé de poser une présomption d'indivision qui permet de régler la question toujours délicate du sort des biens après la rupture. Elle rapprocherait certes le concubinage du PACS, mais en étant plus étroitement définie, puisqu'elle serait limitée aux biens meubles codétenus, d'une part, et ne jouerait, d'autre part, que dans les rapports entre concubins, ce qui est normal car le concubinage demeure un fait juridique, et non un statut volontairement choisi, régulièrement publié, et donc opposable aux tiers. Elle peut être prévue dans un article 515-10 du Code civil.

---

53. À ce sujet voir 95e Congrès des Notaires de France, Marseille 1999, Questionnaire destiné aux associations familiales, p. 43.

54. À ce sujet voir F. SAUVAGE, Le logement de la veuve, *Droit et patrimoine*, janv. 2003, p. 32 s.

b-2) Règlement des conséquences de la rupture

Actuellement les concubins peuvent organiser leur convention en utilisant le droit commun des contrats. Cette convention pourra ainsi réglementer les conséquences de la séparation afin de prévenir un éventuel contentieux. Elle peut notamment contenir les clauses relatives à la contribution aux charges du ménage, prévoir des dommages-intérêts en cas de séparation [55].

L'engagement peut prendre la forme d'un acte sous seing privé ou d'acte authentique. On s'accorde avec Monsieur Charlin que ce dernier est préférable en raison des avantages que présente l'intervention d'un praticien : « Les parties sont précisément informées sur les conséquences de leur engagement, les causes de nullité sont limitées et l'administration de la preuve est facilitée » [56].

Au surplus, ces conventions évitent, en absence de statut légal et face à des solutions de droit commun insuffisantes, de solliciter certains mécanismes juridiques correcteurs (enrichissement sans cause, obligation naturelle ou société de fait). Cependant la valeur juridique de ces conventions est effacée car elles ne sont opposables qu'aux concubins et non aux tiers. Ainsi, par exemple, le créancier personnel de l'un des concubins ne pourrait-il s'en prévaloir.

Malheureusement, malgré les avantages que présentent les conventions entre les concubins, actuellement il est rare que les concubins réglementent les conséquences de leur séparation en utilisant ce moyen juridique.

c) Relations financières après le divorce

Différents mécanismes existent afin de compenser la rupture du lien familial et améliorer la situation financière de l'ex-conjoint.

c-1) Prestation compensatoire

Principe d'attribution de la prestation compensatoire

La prestation a pour objet de compenser autant qu'il est possible la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives (art. 270 du Code civil). Elle prend la forme d'une somme d'argent, d'attribution d'un bien ou encore de versements périodiques.

Depuis la loi du 26 mai 2004, les époux ont la possibilité de se mettre d'accord conventionnellement sur le montant et les modalités de la prestation compensatoire. Toutefois un certain contrôle judiciaire est toujours nécessaire, indépendamment du mode de divorce choisi [57].

Jusqu'à l'entrée en vigueur de cette loi, seuls les époux divorçant sur requête conjointe pouvaient s'entendre dans leur convention soumise à l'homologation

55• CA Aix-en-Provence, 26 sept.1997, JCP G 1998, IV, n° 1949.

56• J. CHARLIN, Le contrat de concubinage, in *Indépendance financière et communauté de vie*, Colloque LERADP, LGDJ, 1989, Formule.

57• À ce sujet voir J.L.PUYGAUTHIER, « Prestation compensatoire après la réforme du divorce par la loi du 26 mai 2004 », *La Semaine juridique Notariale et Immobilière*, n° 3, 21 janvier 2005, 1007.

du juge sur le principe, le montant et les modalités de la prestation compensatoire (art. 278 du Code civil). Ainsi la jurisprudence refusait-elle que la convention notariée de partage anticipé de la communauté pendant l'instance en divorce visée à l'article 1450 du Code civil n'englobe un quelconque accord sur la prestation compensatoire [58].

Cependant les nouvelles conventions ne peuvent être établies que pendant l'instance en divorce. L'objet des conventions peut être plus large que l'accord sur la prestation compensatoire. Le juge vérifiera toutefois les intérêts des époux et des enfants.

Principe d'interdiction des conventions anticipées portant sur la prestation compensatoire

La jurisprudence de droit français s'est toujours refusée à reconnaître la validité des accords préparatoires de divorce. Ainsi, dans un arrêt récent, la Cour de Cassation décide : « *Sauf lorsque le divorce est prononcé sur demande conjointe, la prestation compensatoire ne peut être fixée que par le juge si bien qu'aucune convention, fut elle notariée relative à l'attribution à l'un d'eux d'une prestation compensatoire ne peut être conclue par les époux* » [59]. Or les parties ne peuvent transiger tant que le principe de la prestation n'est pas définitivement acquis, c'est-à-dire tant que le juge n'a pas constaté la disparité.

Toutefois l'art.268 et 279-1 du Code civil (modifié par la loi du 26 mai 2004) dit que les conjoints pourront soumettre à l'homologation du juge, en cours d'instance, un accord sur la prestation, même si l'homologation n'intervient qu'au moment du prononcé du divorce. Il s'avère qu'il ne s'agit que de problème de date puisque les conventions durant la procédure de divorce, voire celles postérieures au divorce sont tolérées [60].

c-2) Autres avantages du conjoint séparé

Après le divorce le conjoint perd sa qualité d'héritier. Mais certaines dispositions législatives ont facilité le sort du conjoint divorcé.

Aux termes de la nouvelle législation le sort des libéralités et avantages matrimoniaux est totalement dissocié des torts. L'article 265 du Code civil énonce que les avantages matrimoniaux qui prennent effet au cours du mariage et les donations de biens présents ne sont pas modifiés par le divorce. En revanche, les dispositions à cause de mort sont révoquées de plein droit.

La rupture est garantie par un certain nombre de dispositions juridiques. Mais les obstacles psychologiques que provoque la solitude ne sont pas toujours pris en compte. Les différentes associations viennent alors compenser ce manque.

58• Cass. 1re civ., 23 mars 1994.

59• Cass. 1re civ. 14 déc. 2004, *in* V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Interdiction des conventions entre époux portant sur l'attribution d'une prestation compensatoire », *Droit de la famille*, n° 2, février 2005, comm.32.

60• Cass. 1re civ. 8 fév. 2005.

3) Rôle des associations

Plusieurs associations existent actuellement prétendant apporter une aide nécessaire aux personnes dans des situations de rupture. Beaucoup d'entre elles sont religieuses. D'autres sont d'ordre plus pragmatique.

Ainsi l'Association Divorcées de France a pour objectif :

- d'informer dans les domaines juridiques et administratifs ;
- d'animer un centre d'information et de documentation sur le divorce ;
- de sélectionner des avocats en fonction de la difficulté de votre divorce ;
- d'apporter un soutien moral et l'expérience des autres ;
- de créer un dialogue avec les pouvoirs publics sur la condition des personnes concernées par un divorce pour améliorer règlements et procédures.

L'Association explique comment les éviter et comment obtenir une juste indemnisation de votre préjudice et ce qu'il convient de faire et surtout ne pas faire, indique ce qu'il faut préparer pour chaque audience. Ces informations apportent certainement une aide que les organismes juridiques n'offrent pas aux personnes seules.

4) Les aides sociales aux mères isolées

Les différentes aides sociales sont prévues afin d'améliorer la situation financière des personnes restant seules après le divorce ou la séparation.

a) Aide au recouvrement de la pension alimentaire

Il existe des difficultés de recouvrement des pensions alimentaires non versées ou versées irrégulièrement. Une note de la Direction de la Recherche, des Études, de l'Évaluation et des Statistiques (DREES) intitulée *Les familles monoparentales et leurs conditions de vie*, comporte plusieurs précisions. Les prestations alimentaires constituent une source importante du revenu initial pour les familles monoparentales, alors que ce n'est pas du tout le cas des autres familles avec enfants ; ainsi, les chiffres issus du traitement des données fiscales indiquent que les pensions alimentaires atteignent 18 % à revenu initial des familles monoparentales.

Alors certaines mesures ont été envisagées pour rendre le recouvrement plus efficace. Du point de vue juridique, la pension alimentaire – due par le parent chez lequel la résidence habituelle de l'enfant n'est pas fixée – a le caractère d'une dette d'aliments, ce qui permet la mise en œuvre d'outils juridiques spécifiques.

Les sanctions pénales

Le manquement du débiteur d'une pension alimentaire à son obligation est sanctionné pénalement par le délit d'abandon de famille (article 227-3 du Code pénal) puni de deux ans de prison et d'une peine d'amende de 15 000 €.

Les possibilités de saisie et de paiement direct

Sur le plan civil, l'huissier de justice dispose de pouvoirs renforcés en matière de recouvrement des créances alimentaires. Les administrations et les organismes sociaux sont ainsi tenus de lui communiquer les informations qu'ils détiennent concernant l'employeur, les comptes bancaires ou le domicile du débiteur de la pension. Cette obligation permet d'accroître l'efficacité des voies d'exécution de droit commun, telles la saisie des rémunérations ou la saisie attribution sur un compte bancaire.

Le recouvrement public

Le créancier d'aliments peut justifier du caractère infructueux d'une tentative d'exécution de son titre par l'une des mesures de recouvrement forcé rappelées ci-dessus, pour avoir la possibilité d'adresser sans délai une demande au Procureur de la République, aux fins que celui-ci établisse un état exécutoire transmis au Trésor public. Celui-ci pourra ensuite utiliser les procédures particulièrement contraignantes habituellement applicables à la perception des contributions directes.

Les aides des caisses d'allocations familiales

Le créancier d'aliments qui remplit les conditions pour demander le recouvrement public a, par ailleurs, la possibilité de solliciter une avance sur pension auprès des caisses d'allocations familiales, habilitées à prélever des sommes à cet effet sur leur fonds d'action sanitaire et sociale (article L. 581-9 du Code de la Sécurité Sociale). La caisse se trouve alors subrogée de plein droit dans les droits des créanciers, à concurrence du montant des avances [61].

b) Les prestations sociales

Les prestations sociales contribuent très fortement à améliorer le niveau de vie des familles monoparentales. Certaines prestations, comme l'Allocation pour parent isolé (API) et l'Allocation de soutien familial (ASF), leur sont réservées. Le barème de l'impôt sur le revenu tient en outre spécifiquement compte de leur situation (une demi-part fiscale supplémentaire) [62].

Enfin et surtout, en raison de ressources initiales souvent plus faibles, les familles monoparentales bénéficient plus souvent de prestations sous conditions de ressources : complément familial à partir de trois enfants âgés de plus de trois ans (CF), Allocation pour jeune enfant (APJE17), minima sociaux dont

61. *Familles monoparentales, familles recomposées : un défi pour la société française*. Rapport d'information sur l'activité de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes pour l'année 2005-2006 n°388.

62. Malgré l'apport des transferts, le risque de pauvreté monétaire demeure néanmoins élevé, lorsque les familles monoparentales n'ont pas de revenu d'activité. Le taux de pauvreté atteint 40 % pour ces dernières, alors qu'il n'est que de 9 % pour les 87 % de familles monoparentales qui ont déclaré des revenus d'activité professionnelle.

l'API et le RMI, aides au logement. Plus des trois quarts des familles monoparentales perçoivent ainsi des prestations familiales.

Allocation au parent isolé

L'API est conçue non pas comme une prestation d'assistance, mais comme un « revenu de remplacement » permettant de compenser les risques familiaux. Il s'agissait de permettre une transition longue, ou qui ne soit pas trop brutale, d'une situation de mère au foyer à une situation de mère active, de manière à permettre aux mères seules de s'occuper de leurs enfants en bas âge.

Le défi principal de cette mesure était bien de permettre à terme aux mères de (re)trouver un emploi à l'expiration de leurs droits à l'API. En dépit d'amendements en ce sens, cherchant notamment à favoriser l'accès des allocataires à la formation professionnelle.

Allocation de soutien familial

L'ASF répond à deux préoccupations majeures : venir en aide à des familles dont les difficultés sont accrues par le non-paiement des pensions alimentaires ; prendre en compte le fait que nombre de débiteurs sont eux-mêmes confrontés à des difficultés économiques qui les empêchent de s'acquitter de leurs obligations.

c) Aides collectives

Certaines aides sont prévues aux parents isolés pour la garde de leurs enfants. Les évolutions et débats récents ne ciblent pas directement les familles monoparentales, mais plutôt les parents bénéficiaires de minima sociaux qui connaissent des difficultés particulièrement aiguës pour accéder à un mode d'accueil pour leurs enfants, ce qui constitue un frein à leur retour à l'emploi. La loi du 23 mars 2006 (article 8) cherche à remédier à cette situation et à faire en sorte que la garde des enfants ne soit pas un obstacle à la reprise d'activité des mères les plus démunies, que celles-ci vivent en couple ou élèvent seules des enfants.

En 2004, les CAF ont versé 1 927 millions € en prestations spécifiques destinées aux familles monoparentales (API et ASF réunies) en plus des prestations générales. L'allocation de parent isolé (API), qui fait partie des minima sociaux, garantit un revenu minimal pour les personnes qui assurent seules la charge d'au moins un enfant ou pour les mères qui attendent un enfant. Le montant de l'API est (en 2004) de 512 € par mois plus 171 € par enfant. L'allocation de soutien familial (ASF) assure quant à elle un soutien au parent qui élève seul ses enfants après une séparation ou un divorce, lorsque l'autre parent ne verse pas la pension alimentaire fixée. De la même manière, on a assisté à une très forte croissance du nombre de familles qui bénéficient de l'ASF : leur nombre est passé de 66 000 bénéficiaires en 1989 à 113 500 en 1994,

593 000 en 2000 et 686 000 en 2004. La dépense totale pour la CNAF est passée de 816 000 € en 1997 à 1 027 000 € en 2004 [63].

Au résumé de la situation des personnes divorcées, séparées ou en deuil on ne pourrait que souhaiter la prise en considération de l'évolution de notre société et de l'institution du mariage et l'élaboration d'une réglementation juridique ou sociale plus approfondie qui se dirigerait vers le combat de l'isolement de ces personnes.

Les épreuves de la vie qui plongent de nombreuses personnes dans la solitude et que nous venons d'envisager ne doivent pas faire oublier que les différentes étapes de la vie sont parfois synonymes.

63. Source : CNAF.

§2 - La solitude liée aux temps de la vie humaine

AUX DEUX EXTRÉMITÉS de la vie humaine, l'enfant et la personne âgée représentent les personnes les plus vulnérables de notre société. Le défaut d'autonomie lié à l'âge pour l'un comme pour l'autre bien qu'à des degrés différents peut, dans certains cas, générer une rupture des liens avec la famille et la société. Dans les deux cas, cette solitude subie est difficilement acceptable pour nos sociétés préoccupées du bien-être social de leurs membres.

I – L'enfant et la solitude

Aliénor GUILLAUME

LES DROITS DE L'HOMME se fondent sur le respect de la dignité et de la valeur de chaque individu, indépendamment de sa race, de sa couleur, de son sexe, de sa langue, de sa religion, de ses opinions, de son origine, de sa fortune, de sa naissance ou de ses facultés, et s'appliquent donc à chaque être humain, partout dans le monde.

En 1989, les dirigeants mondiaux ont décidé que les enfants devaient avoir une convention spéciale juste pour eux, car les moins de 18 ans ont souvent besoin, en raison de leur qualité spéciale, d'une protection et d'une assistance spéciales.

Les quatre principes fondamentaux de la Convention Internationale des Nations Unies sur les droits de l'enfant sont la non-discrimination, la priorité donnée à l'intérêt supérieur de l'enfant ; le droit de vivre, de survivre et de se développer ; et le respect des opinions de l'enfant. Un enfant a le droit à la survie ; le droit de se développer dans toute la mesure du possible ; le droit d'être protégé contre les influences nocives, les mauvais traitements et l'exploitation ; et de participer à part entière à la vie familiale, culturelle et sociale.

A/ La société actuelle face à la solitude de l'enfant

En abordant ce fléau qu'est la solitude dans notre monde actuel, il convenait donc de s'interroger sur la solitude qui peut envelopper nos enfants :

Nous ne pourrons pas, malheureusement, répertorier toutes les situations où un enfant peut se sentir seul. Nous allons essayer, toutefois, d'aborder ces situations récurrentes où les enfants peuvent se sentir seuls par rapport à leurs parents, mais également nous contournerons ce problème en envisageant la solitude des parents face à leurs enfants.

Dans une première partie, nous étudierons cette vaste institution que peut être l'adoption (1) : destinée à amener un enfant sans foyer, au seuil d'un foyer

sans enfant, elle peut être, malheureusement, la source de nombreuses difficultés d'application, tant au niveau national (a), qu'international (b).

De plus, l'évolution de notre société nous amène également à dépasser les frontières *stricto sensu* de l'adoption, pour s'interroger sur le cadre juridique que le juriste, ou législateur, pourrait être amené à développer pour d'autres institutions, ou autres pratiques, telles l'accouchement anonyme, et la gestation pour autrui.

Dans une seconde partie, nous envisagerons l'éclatement de la cellule familiale, et l'enfant qui peut être, tel un ballon dans un match de rugby, pris dans la mêlée de ses parents (2). Garde alternée (a) et autorité parentale (b) seront ainsi développées, eu égard aux dernières modifications législatives, mais également aux lacunes qui semblent déjà apparaître.

Enfin, sans se faire juge, nous ne pouvions pas terminer cette photographie de détresse dans laquelle peuvent se trouver les enfants, sans aborder l'alarmante situation de certains d'entre eux se trouvant dans des mouvements à croyances sectaires (3).

1) L'adoption : les difficultés

Dame nature fait-elle vraiment toujours bien les choses ?

Le cycle de la vie veut que tout être vivant puisse procréer. Mais que se passe-t-il lorsqu'un couple ne le peut pas ?

Face à ce sentiment d'injustice, et lorsqu'après plusieurs étapes, on a pris la décision de recourir à l'adoption, ne se sent-on pas également seul face au carcan juridique des procédures permettant d'accueillir, au sein de son foyer, un enfant ?

Les moyens juridiques français réussissent-ils réellement, facilement et rapidement de répondre à ce désir d'offrir un foyer à un enfant ?

Nous ferons un bref rappel historique des mécanismes français de l'adoption, pour développer, ensuite, leur application tant au niveau national qu'international, et enfin, envisager, à une échelle modeste, ce que nous pourrions apporter comme remèdes.

Le contexte historique

De nombreuses histoires rapportées dans la Bible et divers récits mythologiques en sont la preuve : l'adoption existe depuis la nuit des temps.

Les héros de l'Antiquité ne font partie d'aucune descendance humaine : Œdipe fut adopté par le roi de Corinthe, Romulus et Remus élevés par une louve ainsi que Moïse adopté par la fille du Pharaon. Jésus n'aurait-il pas eu un père adoptif en la personne de Joseph ?

De tout temps, dans les civilisations où les familles étaient imprégnées de politique et de religion, il n'a été de cesse de ne pas laisser disparaître le groupe familial dont chacun était issu, et de perpétuer le culte de ses ancêtres.

Depuis l'Antiquité gréco-romaine, deux constantes étaient présentes : la primauté de la puissance paternelle (*pater familias*) et la transmission du patrimoine (*patria potestas*). Ainsi dans la société romaine, non seulement l'adoption était un mode courant d'intégration dans une famille, mais elle ne pouvait se faire que par la volonté du père de famille. C'est l'homme qui choisissait d'être père ou non. Non seulement il pouvait refuser un enfant, mais il pouvait modifier la trajectoire de son héritage.

C'est dans cette même logique de suprématie du père que les biens se transmettaient toujours au sein de la branche agnatique (parents en ligne paternelle).

Deux conditions étaient nécessaires pour adopter :

- Il fallait être citoyen romain.
- Et avoir prouvé son aptitude à engendrer.

La Grèce antique reconnaissait également l'adoption.

Elle permettait de créer un lien de filiation entre deux individus. Consentie par le législateur à la condition de ne pas avoir d'enfants légitimes de sexe masculin ; l'adoption ne devait servir qu'à éviter l'extinction d'un *oikos*. Aussi, même si les Hellènes ont largement recours à l'adoption (souvent celle d'un proche), il leur était nécessaire de la justifier par un manque d'héritiers.

Grâce à l'adoption, on palliait ainsi à l'absence d'un héritier, on assurait la descendance, la continuité du nom, et la transmission du patrimoine. L'adoption était principalement un moyen d'accroître le pouvoir au sein d'une famille.

À la chute de l'Empire Romain, l'adoption tombe en désuétude. Pire, elle est considérée avec défaveur par la religion.

Au XVI^e^ siècle, elle ne confère plus, à l'enfant adopté, de droits à la succession de l'adoptant. Au cours de siècles, et en partie sous l'effet du christianisme, les structures de parenté se modifient quelque peu ; l'omnipotence du *pater familias* tombe en désuétude au profit d'une valorisation nouvelle de la femme et du couple.

Le Code civil, sous l'impulsion, non sans intérêt, de Napoléon Bonaparte, réintroduit l'adoption par la loi du 30 Ventôse an XII.

Elle est promulguée comme une institution de bienfaisance et de philanthropie, destinée à être à la fois « la consolation des mariages stériles et une vaste carrière de secours pour les enfants pauvres » (*Fenet*, tome X, p. 247).

Au XIX^e^ siècle et au début du XX^e^ siècle, l'adoption est limitée aux seuls enfants adoptifs **majeurs**, elle ne faisait pas sortir l'enfant adopté de sa famille de sang : il restait tenu envers elle à toutes les obligations qui lui incombe et, réciproquement conserve d'elle tous ses droits. Il garde en tout état de cause son patronyme de naissance.

La loi du 19 juin 1923 permit enfin l'adoption des **mineurs**.

C'est malheureusement le fléau de la guerre, qui, en laissant nombre d'orphelins, à donner un certain regain de faveur à l'institution ; institution qui n'en demeura

pas moins, aux yeux des législateurs, du seul domaine de la **bienfaisance** et de l'**assistance**.

Le décret-loi du 29 juillet 1939 sur la famille apporte, pour la première fois, une rupture des liens entre l'enfant adoptif et sa famille de sang.

Enfin, c'est en 1966 que la législation est entièrement centrée sur l'intérêt de l'enfant. Cette loi abandonne les mesures de suppression des conditions et de durée de mariage, lorsqu'il était reconnu que la femme était médicalement dans l'impossibilité de donner naissance à un enfant.

Aujourd'hui, l'adoption est un acte solennel, soumis à l'approbation de la Justice. Elle crée entre deux personnes des relations d'état analogues à celles qui résulteraient d'une filiation légitime :

> « Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux. » [64]

Mais peut-on réellement affirmer que le système français, tant au niveau national qu'international, permet, pour reprendre les termes de Jean Carbonnier, d'*amener un enfant sans foyer au seuil d'un foyer sans enfant*? En d'autres termes, est-il simple, aujourd'hui, pour tout parent d'accueillir un enfant et d'en faire, juridiquement son enfant ?

L'adoption d'un enfant est la solution pour les personnes n'ayant pu obtenir de façon naturelle une descendance. Aujourd'hui le parcours est long, difficile et parfois très coûteux. Le désir puissant et légitime d'enfant pousse ces personnes à accepter parfois n'importe quelle tractation pour obtenir le fruit de leur recherche.

a) L'adoption intra-nationale

L'adoption d'enfants venant de France est difficile.

Pour ne citer que quelques chiffres : 14 000 dossiers d'adoption sont déposés chaque année. Or l'effectif des enfants adoptables en France est d'environ 4 000. Pire, sur ces 4 000, deux tiers ne sont pas adoptés. Juridiquement, ils sont adoptables, mais officieusement, ce sont des enfants dits « à particularité » : ils ne présentent pas de caractéristiques répondant aux souhaits de la majorité des postulants.

Cet état de fait ne reflète t'il pas un malaise significatif sur la difficulté d'adopter en France ?

De plus, parler d'adoption sur le plan national pose indubitablement le délicat problème de l'**accouchement anonyme.** Abandonner et adopter : ces deux démarches de détresse et d'amour, apparemment contradictoires, ne se conçoivent pas l'une sans l'autre.

64. Article 310 du Code civil.

a-1) L'accouchement « sous X »

L'*accouchement « sous X »* est un terme correspondant à la possibilité offerte à la mère de demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé lors de l'accouchement [65].

Cela correspond à un abandon à la charge des différentes institutions médicales, après l'accouchement de la mère. La mère dispose de deux mois pour changer d'avis (article 348-3 du Code civil) et à l'issue de ces deux mois l'enfant, qui a été confié à la Direction des affaires sanitaires et sociales (DASS), peut-être adopté.

Malgré la loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 sur l'adoption, qui oblige les services de l'aide sociale à l'enfance à informer la mère qui choisit l'accouchement « sous X » de la possibilité de donner des renseignements qui ne portent pas atteinte au secret de l'identité, **le droit français reste attaché au secret des origines biologiques**.

En effet, en cas d'adoption, la communication de l'identité des parents biologiques, certes possible, n'est pas organisée. De plus, les enfants conçus par procréation médicalement assistée ne peuvent obtenir aucun renseignement sur les donneurs à l'origine de leur naissance.

Les pratiques d'accouchement et d'abandon secrets ont pris, en France, des formes différentes, de la Révolution à nos jours. Quand la Révolution (1793) voulait plutôt mettre la femme au secret pour la protéger de la vindicte sociale et préserver son lien à l'enfant, la Troisième République façonna très nettement la mise au secret de l'enfant abandonné par la rupture totale de la filiation. Plus tard, l'accouchement « sous X » (1941) conditionna l'octroi de la confidentialité protectrice pour la femme en détresse, à l'abandon anonyme de son enfant. À partir des années 60, l'accouchement « sous X » sembla la manière la plus « pratique » pour permettre des adoptions « plénières » fondées sur le mensonge et le mimétisme de la filiation biologique, au mépris des droits de l'enfant et de la mère naturelle. Traditionnelle en France, la possibilité d'accouchement anonyme, déjà reconnue par le Code de la Famille et de l'Aide sociale, a été solennellement affirmée dans le Code civil. L'article 341-1, qui résulte de la loi 93-22 du 8 janvier 1993, énonce en effet : « *Lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé.* »

La principale innovation de la loi 93-22 dans ce domaine a consisté à faire de l'accouchement anonyme une **fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité**, puisque l'article 341 du Code civil, également introduit par la loi 93-22, dispose désormais que : « *La recherche de maternité est admise sous réserve de l'application de l'article 341-1.* »

65. Article 326 du Code civil.

Pour faciliter les recherches ultérieures sur les origines familiales, la loi du 5 juillet 1996 relative à l'adoption oblige les services de l'aide sociale à informer la mère, le père, ou la personne qui remet l'enfant de la possibilité de donner des renseignements « ne portant pas atteinte au secret de l'identité ».

Pour certains, l'idée que l'accouchement anonyme serait le fondement de l'adoption plénière. Ce raisonnement repose sur l'idée que la non-connaissance de l'origine des individus est ce qui garantit l'irréversibilité objective de l'adoption, en cas d'adoption plénière.

A *contrario*, les fervents défenseurs du droit d'origine (article 7 de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant), plaideront que les adoptions les plus réussies voient les parents accompagner leurs enfants dans leurs recherches, et les enfants leur en donner crédit et les conforter dans leur statut et leur fonction de parents.

Aujourd'hui, 67 % des adultes pensent que la recherche des origines est légitime, que tout doit être fait pour permettre les retrouvailles, que 87 % des enfants le pensent aussi, comme l'énonce un récent sondage commandité par l'Unicef.

Cette question de l'accouchement « sous X » obstrue le paysage juridique. L'observation des articles de presse, des émissions de télévision, des débats publics la fait apparaître de manière obsessionnelle. Par exemple, lors de la commémoration du dixième anniversaire de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant, organisée le 8 novembre 1999 par l'Unicef, la Ligue des droits de l'homme, le journal *Le Monde*, la question a occupé les deux tiers du temps de débat. Pourquoi ?

De même, lors des débats sur le droit d'origine, les témoignages les plus angoissés, les plus pathétiques, se retrouvent à dénoncer l'accouchement « sous X », comme s'il s'agissait de la cause unique des difficultés apparentes des personnes interviewées. Comme si son abrogation était la clef de la solution à la souffrance exprimée.

Qu'en penser ?

Ainsi que le rappelle très justement Claude Sageot, sociologue et président de la DPEAO (Association pour le droit des origines des pupilles de l'État et des adoptés), il ne faut pas penser que la souffrance exprimée par les « abandonnés » soit le seul produit de l'accouchement « sous X », ni que l'accouchement « sous X » soit à l'origine de toutes les souffrances d'origine.

Son abrogation ne sera pas la clef qui va dénouer les situations de souffrance et de solitude telles qu'elles s'énoncent.

Actuellement, l'accouchement « sous X » concerne les femmes en situation de détresse grave, et il semble important, a affirmé le représentant du gouvernement français devant le tribunal européen, de leur garantir totalement cet anonymat. C'est aussi leur vie privée qui est en jeu, et limiter ce droit reviendrait à limiter la sphère de leur liberté.

De plus, la recherche des origines d'une personne née « sous X » peut cacher des motifs bien divers. Tous ne le feront pas pour des motifs désintéressés. Cela est apparu dans un domaine pas très éloigné avec l'affaire Perruche, traitée par la Cour de Cassation, dans laquelle une personne handicapée a pu toucher des indemnités parce que les médecins n'avaient pas prévenu sa mère et l'avait ainsi empêchée d'avorter. Nul doute que la recherche de dédommagement pourrait se retrouver dans le cas des naissances « sous X ». De plus, la suppression de l'anonymat risque d'effrayer des futures mères en situation de détresse et les inciter à avorter plutôt qu'à confier leur enfant à l'Assistance publique. Le droit à la vie est ici même menacé, et il semble plus essentiel que le droit d'avoir une information sur ses origines. Si difficile à appliquer que soit la réglementation française, force est de constater qu'elle n'est pas sans justification. La tendance, depuis un certain nombre d'années, est d'élargir les droits des victimes, et les personnes nées « sous X » peuvent bien apparaître comme des victimes. Mais sans l'accouchement « sous X », elles n'auraient pas eu le loisir d'être des victimes… parce qu'elles n'auraient pas vécu. Ce souci peut conduire à des excès et l'on peut se demander si l'affaire qui nous concerne n'en serait pas un, finalement. La restriction de l'anonymat améliore peut-être la condition des enfants abandonnés, mais restreint celle des femmes et menace le droit à la vie des générations suivantes, certaines femmes préfèrent avorter plutôt que de risquer, des années après, de perdre l'anonymat qu'elles avaient souhaité garder.

La France est le seul pays européen à permettre l'anonymat absolu, faut-il le supprimer ? L'expérience des autres pays peut être éclairante, mais ne nous dispense pas d'un effort de réflexion. Nous touchons là un débat important et finalement plus intéressant que bien des querelles politiciennes dont les journaux font leurs choux gras en périodes électorales.

« *Je vous reproche de ne pas respirer à la hauteur où je respire* » dit le roi Ferrante au prince Pedro dans la pièce de Montherlant, *La Reine Morte*.

Il est urgent d'élever quelque peu nos débats, au lieu de ne graviter qu'autour de deux principes « opposés » : les droits de la femme et les droits de l'enfant.

Nous y gagnerions en intérêt…

a-2) La maternité pour autrui

La maternité pour autrui peut s'envisager de deux façons. Soit la mère porteuse « loue » son utérus mais l'embryon est issu des gamètes des parents biologiques, soit elle est inséminée artificiellement par les spermatozoïdes du père en fournissant un de ses ovocytes.

En Europe, la gestation pour autrui est autorisée en Grande-Bretagne, en Belgique et en Grèce et tolérée aux Pays-Bas, au Danemark et en Finlande. En 2005, un parlementaire préconisait une dépénalisation de la pratique et une harmonisation des législations européennes. Cette pratique est, on le sait, interdite en France.

Quand ces parents reviennent en France, ils ne parviennent pas à faire transcrire les actes de naissance délivrés à l'étranger sur leur livret de famille. Punition civile : la France interdit ainsi la reconnaissance de la filiation de la mère (celle que l'on nomme parfois « la mère d'intention », pour la distinguer de « la mère de naissance »).

« La science va. Elle est inéluctable. Ce qu'il faut c'est la rendre éthique. »

Le droit positif français interdit de recourir aux mères porteuses. Un embryon *in vitro* implanté dans l'utérus d'une mère porteuse aura comme mère, selon la loi française, cette femme, et non les parents, de surcroît, même si ce sont les parents biologiques. C'est la consécration de l'adage « *Mater semper certa est* ». C'est l'accouchement qui détermine la mère, et non les réalités génétiques.

« *Il n'y a pas si longtemps, c'était l'enfant adultérin qu'on ne voulait pas voir, puisqu'il était le fruit de ce qui constituait à l'époque un scandale* », rappelle Xavier Labbée, professeur de droit à l'université de Lille 2.

Casse-tête des parents et des juristes : comment faire reconnaître la filiation maternelle de ces enfants nés d'une gestation pour autrui, les nouveaux « *enfants interdits* » ?

Marc et Brigitte ont passé une convention de mère porteuse aux États-Unis et ont eu une fille, en 2001, titulaire d'un passeport américain. « *Officiellement l'enfant est né aux États-Unis et ses parents sont français* », écrit Xavier Labbée. Leur avocat pensait avoir trouvé une manière de garantir à l'enfant la stabilité d'une filiation. Il s'est appuyé sur la notion de « *possession d'état* » qui permet de reconnaître la filiation d'un enfant à l'égard duquel quelqu'un aura eu pendant au moins cinq ans le comportement d'un père ou d'une mère. Cela « *ne bouleverse pas l'ordre familial,* écrit le juriste. *Dans cette mesure pourquoi pénaliser l'enfant ?* »

L'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation exige que la possession d'état soit désormais « *stable, continue et non équivoque* ». La circulaire du 30 juin 2006 vient préciser cette définition. En résumé : cette possibilité est exclue dès lors qu'elle « *est invoquée pour contourner les règles régissant l'adoption, l'interdiction d'établir la filiation incestueuse ou la gestation pour le compte d'autrui* ». C'est « *l'impasse juridique* », constate Xavier Labbée : « *Que la convention [de mère porteuse] soit choquante et qu'elle soit interdite en France [...] est une chose. Mais que l'enfant issu de la convention soit puni et se voit amputé de sa filiation en est une autre.* » L'hypothèse d'une adoption a déjà été exclue par la jurisprudence de la Cour de Cassation, celle de la possession d'état vient d'être écartée par les juges lillois. Que reste-il pour trouver un statut à ces enfants ? Légiférer.

La position de la Cour de Cassation est constante en la matière : elle condamne systématiquement l'adoption faite par les parents de la mère

porteuse, considérant qu'il y a détournement de l'institution de l'adoption.

Le 31 mai 1991, l'assemblée plénière de la Cour de Cassation vise les articles 6, 1128 et 353 du Code civil, afin d'affirmer le caractère illicite de la convention conclue entre une mère porteuse et un couple stérile.

La loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative à la bioéthique, dans son article 16-5 affirme :

> « Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles. »

De même, l'article 16-7 dispose :

> « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle. »

Sous couvert d'une prohibition de la convention, l'adoption plénière devient impossible par l'épouse du père, et ce, même si elle est la mère biologique de l'enfant…

En matière de maternité de substitution, l'intérêt de l'enfant reste donc au cœur du débat. La jurisprudence actuelle ne méconnaît-elle pas le droit de l'enfant à établir sa filiation, et ce, sous couvert d'une discrimination fondée sur les circonstances de sa naissance ?

De par sa position quant à la protection de l'adoption, la France est actuellement à l'encontre de ses engagements internationaux, mais l'évolution des mentalités suffira t'elle à assouplir la législation ?

b) Au niveau international

Le manque d'enfants français d'origine va souvent orienter les candidats à l'adoption vers d'autres sources plus lointaines. Depuis quelques années, de plus en plus de Français se tournent, en effet, vers d'autres pays que la France dans l'espoir de pouvoir y trouver un enfant adoptable, le plus souvent très jeune. Le nombre d'enfants adoptés venant de l'étranger serait chaque année d'environ 1 500, soit autant que d'enfants français adoptés[66].

On parle d'adoption internationale ou transnationale lorsqu'une personne seule ou un couple souhaite adopter un enfant étranger. L'enfant étranger est celui qui a une nationalité différente de celle de ses futurs parents adoptifs. Par ailleurs, dans le cas d'une famille recomposée, l'adoption de l'enfant du conjoint, non français, est une adoption internationale, puisque les problèmes juridiques à régler sont les mêmes.

Les candidats à l'adoption ont une volonté d'échange charitable pour un enfant au devenir a priori incertain. L'idéal des associations enveloppant cette activité est dans la même lignée. Cependant, nous constatons que fréquemment, quelques scandales éclatent.

66. Le droit à l'enfant face au droit de l'enfant et les procréations médicalement assistées RTD civ 1988.

Sous couvert d'une misère grandissante dans certaines parties du monde, certaines associations oublient de vérifier les conditions d'adoptabilité des enfants qui leur sont proposés, au regard notamment des circonstances de recueil du mineur par ces dernières.

Les associations internationales multiplient les rappels quant à l'exigence d'éthique lors de la constitution des dossiers d'adoption, et ce, pour éviter les négligences ou discordances, voire l'existence d'irrégularités et de pratiques frauduleuses portant en particulier sur le consentement des parents biologiques.

Certains pays, quant à eux, eu égard à la prolifération des demandes d'adoption, préfèrent suspendre momentanément ces dossiers, en attendant de réglementer de manière plus restrictive les conditions d'adoptabilité, et ce, afin de préserver au mieux l'intérêt de l'enfant et lui assurer une sécurité juridique avec sa nouvelle famille.

Nous ne reviendrons pas sur le parcours des parents potentiellement adoptifs qui accèdent, après un parcours, plus ou moins long, au stade de parents certifiés adoptifs.

La création de l'Agence française de l'adoption (AFA), créée par la loi n° 2005-744 du 4 juillet 2005 portant réforme de l'adoption et inaugurée le 18 mai 2006, a permis une simplification considérable dans un système où adopter pouvait devenir un véritable parcours du combattant. Cette agence donne aux parents une nouvelle voie d'accès aux pays.

Jusqu'à présent, deux possibilités s'offraient aux parents qui avaient obtenu l'agrément : une démarche strictement individuelle ou l'accompagnement par un organisme autorisé pour l'adoption. L'agence offre une troisième voie qui s'inscrit en complémentarité des deux autres. Elle peut aider gratuitement les familles à adopter, sans opérer de sélection sur les dossiers.

L'AFA a reçu une mission générale d'information, de conseil et d'orientation des candidats à l'adoption internationale pour l'ensemble des pays. Elle est également habilitée par la loi précitée à servir d'intermédiaire pour l'adoption des enfants étrangers mineurs de 15 ans dans tous les pays parties à la convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale. Elle a enfin vocation à le devenir dans tous les autres pays d'origine des enfants adoptés, après habilitation du Ministère des affaires étrangères et accréditation des autorités de ces pays, sans préjudice des organismes autorisés pour l'adoption (OAA) Français privés habilités à cet effet.

- Intervention de M. Philippe Douste-Blazy (Paris, 18 mai 2006)
  « Cette nouvelle structure présente de nombreux atouts, mais le premier sans doute est de représenter - et c'est une première en France - un guichet unique de l'adoption au service des familles. L'Agence française de l'adoption répond à un vrai besoin de synergie et d'efficacité opérationnelle sur le terrain, d'autant plus que pour agir, elle

pourra jouer de son double statut d'agence d'État et d'organisme autorisé pour l'adoption (OAA) – c'est un atout majeur dans l'obtention des autorisations nécessaires pour intervenir sur les territoires nationaux à l'étranger. »

- Intervention du Garde des Sceaux, Ministre de la justice, M. Pascal Clément (Paris, 18 mai 2006)
  « L'Agence française de l'Adoption [...] informera les candidats à l'adoption sur les aspects techniques et juridiques de la procédure d'adoption, notamment sur les procédures applicables dans les pays d'origine. Tous les futurs parents doivent en particulier pouvoir connaître les délais d'attente, variables selon les pays, mais qui ne doivent jamais être occultés. Elle conseillera les candidats à l'adoption pour la constitution de leur dossier et la préparation du projet d'adoption. Elle évitera ainsi aux futurs parents des démarches complexes avec les administrations des autres pays. Elle accompagnera les familles, une fois de retour en France, afin de les aider à respecter, pour les pays qui le demandent, leurs engagements de suivi post-adoption des enfants. »

Malheureusement, certains dysfonctionnements sont apparus. Même si l'Agence française d'adoption (AFA), a été créée pour faciliter les démarches, le nombre d'adoptions internationales n'a cessé de baisser depuis 2005.

Des procédures rallongées

La fermeture progressive aux adoptions individuelles a allongé les procédures et les dossiers s'accumulent dans les OAA (organismes autorisés pour l'adoption) et l'AFA. « *L'adoption est plus difficile maintenant mais on ne peut pas dire que l'AFA se débrouille mal* », se défend sa présidente Laure de Choiseul, qui rappelle qu'une adoption demande entre 18 et 36 mois pour aboutir.

La nouvelle loi sur l'adoption et la création de l'Agence française de l'adoption (AFA) en 2005 n'auront donc pas suffi à relever le défi lancé par Jean-Pierre Raffarin quand il était premier ministre. Non seulement le nombre d'adoptions n'a pas doublé, comme souhaité, mais il a même reculé de 5 % en 2006 pour totaliser seulement 3 977 adoptions contre 4 136 en 2005. Une tendance qui va s'est confirmée pour 2007. Contexte international difficile, rôle trop restreint de l'AFA…

Pour tenter d'inverser cette tendance, Monsieur le Président Nicolas Sarkozy a alors missionné Jean-Marie Colombani, ex-patron du *Monde* et père de deux enfants adoptés, en vue de centraliser les données et d'identifier les blocages.

Jean-Marie Colombani, a remis le 19 mars dernier son rapport au Président de la République sur l'adoption internationale.

Cette remise intervient quelques jours après l'annonce d'un recul de 20 % du nombre d'adoptions internationales finalisées en France l'an dernier. Rédigé avec le concours d'une inspectrice générale des affaires sociales, d'une magistrate et d'un diplomate, ce document porte un jugement très critique sur le dispositif actuel. Il met notamment en cause l'Agence française de l'adoption (AFA).

Selon Jean-Marie Colombani, l'AFA a mis du temps à s'implanter dans les pays d'origine. Reprenant une vive polémique qui a opposé l'agence et des candidats à l'adoption, il lui reproche de s'être « *imposé des quotas sans nécessité dans certains pays où l'on aurait pu réaliser un nombre plus important d'adoptions (Chine, Vietnam)* ».

Le rapport estime aussi que la création de l'AFA a affaibli l'Autorité centrale pour l'adoption et placé l'Agence et les organismes autorisés pour l'adoption (OAA) « en concurrence sur certains pays », comme l'Éthiopie ou le Vietnam.

Le rapport se montre également très sévère sur la procédure d'agrément des candidats à l'adoption, gérée par les départements. Il la juge « *peu satisfaisante* », insuffisamment sélective, n'offrant pas « *des garanties suffisantes aux pays d'origine* » et n'assurant pas « *une égalité de traitement entre les candidats* ».

De façon plus large, Jean-Marie Colombani estime que l'organisation de l'adoption internationale est, en France, « *moins efficace* » que dans d'autres pays et « *mal structurée* ». Selon lui, la stagnation depuis 2005, puis le recul du nombre d'adoptions internationales observé en 2007 ne sont toutefois pas une fatalité : « *Il est possible d'augmenter le nombre d'adoptions en France. C'est une question d'organisation.* »

Les propositions formulées par le rapport – et qui devraient être regroupées dans un plan d'action gouvernemental étalé sur deux ans – sont pourtant assez décevantes, plusieurs d'entre elles ayant déjà été souvent suggérées.

En matière d'agrément, Jean-Marie Colombani propose ainsi d'instaurer un écart d'âge maximum de 45 ans entre l'enfant adopté et le plus jeune membre du couple candidat à l'adoption. Une façon de diminuer le nombre d'agréments délivrés. Il préconise également d'expérimenter une nouvelle procédure d'agrément comportant une préparation collective des familles et de renforcer le suivi des enfants adoptés. Reprenant la critique traditionnelle selon laquelle « *les juges et des travailleurs sociaux [ceux des départements] donnent la priorité à la famille biologique et non pas à l'intérêt de l'enfant* », il juge l'adoption nationale « *trop marginale* » (environ 800 dossiers par an) et propose de développer l'adoption d'enfants nés « sous X » (de moins en moins nombreux) et de ceux faisant l'objet d'une procédure judiciaire de déclaration d'abandon.

À l'international, le rapport recommande de mobiliser davantage le réseau des postes diplomatiques français, et de charger l'Autorité internationale de l'adoption de coordonner les interventions de l'AFA et des OAA. À l'issue des deux années d'expérimentation prévues par le plan, une loi viendrait créer un organisme nouveau – l'Agence pour l'adoption – qui reprendrait les attributions de l'AFA, tout en ayant également compétence pour l'adoption nationale.

Les familles qui souhaitent adopter un enfant à l'étranger doivent donc toujours s'armer de patience face à des démarches qui seront, pendant un court terme, il faut l'espérer, encore longues.

2) L'éclatement de la cellule familiale : l'enfant dans la mêlée

Trop nombreuses sont les souffrances des enfants liées à des ruptures familiales et nous ne pouvons que constater la difficulté de notre société à accompagner cette détresse.

Tous les spécialistes de l'enfance soulignent l'importance de préserver les enfants des conséquences psychoaffectives des ruptures répétées et la nécessité d'organiser leur vie quotidienne en accompagnant, du mieux possible, les inévitables séparations.

Nous vivons dans une société où l'évolution des modes de vie et la solitude imposent, à certaines étapes de nos parcours, d'être épaulés dans ce rôle si important de « parent » : les grands-parents jouent notamment ce rôle essentiel, mais aussi les familles d'accueil dans le cas particulier des enfants placés, ou des tierces personnes.

Beaucoup d'entre nous sont amenés à imposer à leurs enfants de partager la vie de leur compagnon ou de leur compagne qui aura également de son côté des enfants issus d'unions précédentes. Au fil de la vie quotidienne pourront ainsi se développer des liens d'affection plus ou moins forts avec ces « tiers » dont le rôle peut être important dans l'éducation de l'enfant ; on comprend qu'une séparation brutale (rupture du couple, changement de famille d'accueil) puisse bouleverser cette vie en construction.

Le droit français s'est, certes, adapté à plusieurs reprises depuis quarante ans à l'évolution des familles et a esquissé des « droits de l'enfant » à avoir des relations avec des tiers, notamment en 2002 avec les grands-parents.

Toutefois, différents rapports réalisés ces dernières années et les impulsions données par le droit international et européen, démontrent qu'un certain nombre d'aménagements restent encore nécessaires pour assurer une meilleure sécurité juridique à l'environnement quotidien de l'enfant dans ses liens avec ces « tiers », notamment beaux-parents, qui participent à son éducation et avec lesquels il noue souvent des liens affectifs forts. Cette demande est largement liée à l'évolution des représentations traditionnelles de la famille qui amènent aujourd'hui près d'un enfant sur quatre à grandir dans des familles monoparentales, recomposées, homoparentales…

Pour ne citer que quelques chiffres :

- 50 % des enfants naissent hors mariage.
- Les familles recomposées concernent au moins 1,6 million d'enfants. Le nombre d'enfants vivant en familles recomposées a augmenté de 11 % en 10 ans et il semblerait que les enfants concernés soient certainement plus nombreux car ces chiffres ne comptabilisent pas d'autres situations très fréquentes, par exemple le cas d'enfants vivant seuls avec leur mère et se rendant régulièrement chez leur père où ils cohabitent alors avec une belle-mère.

• Les familles homoparentales comportent au moins 30 000 enfants.
Dans les années quatre-vingt, a émergé une demande de reconnaissance du couple homosexuel qui a abouti en France à la création du PACS en 1999. Le concept a été créé à l'initiative de l'Association des parents et futurs parents gays et lesbiens (APGL) pour désigner « *les situations familiales dans lesquelles au moins un adulte qui s'auto-désigne comme homosexuel est le parent d'au moins un enfant* ».

Le nombre d'enfants vivant dans une famille homo parentale est difficile à préciser dans la mesure où cela concerne des configurations très diverses : des enfants nés d'une union hétérosexuelle et dont l'un des parents recrée une vie commune avec un partenaire de même sexe, des enfants adoptés par une personne célibataire homosexuelle puis élevés en couple homosexuel ; on constate également le cas d'enfants nés dans un couple homosexuel à la suite d'une insémination artificielle avec donneur ou de l'intervention d'une mère porteuse.

Les chiffres sont très difficiles à cerner car l'INSEE n'inclut pas les couples de même sexe dans ses statistiques. Le démographe Patrick Festy estime à 30 000 le nombre d'enfants vivant à temps plein dans un couple homosexuel menant une vie commune. L'APGL évalue par extrapolation à 300 000 le nombre d'enfants concernés, de façon permanente ou ponctuelle, par des situations homoparentales.

Nous n'aborderons, cependant, pas la question de la filiation des enfants nés et élevés dans des couples homosexuels. Cette situation fait, en effet, partie des débats de société actuellement en cours dans la mesure où une forte demande des associations homosexuelles porte sur une évolution du droit actuel.

a) La garde alternée

Tout enfant est issu d'un homme et d'une femme, d'un père et d'une mère. Quand ses deux parents ne vivent pas ou plus sous le même toit, l'enfant doit se résoudre soit à perdre un de ses parents, soit à vivre alternativement avec l'un et l'autre de ses parents. Il vit alors un de ces deux modes de garde.

• **La résidence alternée** : L'enfant est élevé par ses deux parents et partage son temps de manière équilibrée entre les deux. Il a des relations affectives et éducatives avec sa mère et avec son père. Les deux parents assument pleinement leurs responsabilités et leurs devoirs parentaux.

• **La résidence monoparentale** : L'enfant est élevé par un parent « principal » chez lequel il réside majoritairement ou totalement et qui assume l'essentiel de son éducation. L'enfant peut bénéficier de son autre parent sous forme de courtes visites ou de vacances mais n'a parfois aucun contact ou presque aucun contact avec son autre parent.

Le problème des difficultés relatives à la résidence alternée a été récemment soulevé [67].

La loi du 4 mars 2002 a légalisé la résidence alternée.

Cette dernière réforme a introduit la possibilité de fixer la résidence d'un mineur en alternance au domicile de chacun de ses parents, et a élargi l'éventail des modalités d'organisation de la vie de l'enfant afin de permettre de mieux adapter les décisions à la diversité des réalités familiales. Le législateur n'a cependant pas entendu privilégier telle ou telle modalité de résidence. La résidence alternée, en particulier, ne saurait être la conséquence d'une revendication purement égalitaire des droits entre le père et la mère, au mépris de l'examen concret de chaque situation et de l'analyse, au cas par cas, des solutions les plus appropriées pour l'enfant. L'intérêt de l'enfant demeure en effet le critère unique qui doit guider aussi bien les parents dans le cadre de leurs conventions que le juge dans sa décision.

D'autre part, aux termes de l'enquête menée par la chancellerie sur les décisions rendues par les juges aux affaires familiales en matière de résidence alternée, il apparaît que la demande des couples séparés, à l'égard de ce mode d'organisation de la vie de l'enfant, reste modeste. En effet, seules 10 % des procédures mettant en cause la résidence des enfants mineurs donnent lieu à une demande d'alternance, qu'elle émane des deux parents ou d'un seul. En revanche, le caractère très consensuel d'une telle démarche doit être souligné : le juge étant saisi dans plus de 80 % des cas par une demande conjointe des parents.

Le désaccord des père et mère ne fait pour autant pas obstacle à l'organisation de ce mode de résidence, lorsqu'il paraît adapté pour l'enfant et conforme à son intérêt. Toutefois, il convient d'observer que les juges n'imposent la résidence alternée qu'après avoir recueilli des informations sur la situation de la famille, notamment par le biais d'une enquête sociale, ou, dans un certain nombre d'hypothèses, après avoir fait application de l'article 373-2-9, alinéa 2, du Code civil, qui permet la mise en œuvre de l'alternance à titre provisoire. L'enquête montre également que, lorsqu'ils doivent trancher un litige sur la résidence alternée, les juges motivent leurs décisions sur la situation particulière de la famille et les aptitudes de chacun des parents, et non en fonction de considérations générales en faveur de tel ou tel mode d'organisation de la vie familiale.

Il faut cependant rester vigilant sur les effets de la loi nouvelle du 4 mars 2002. Symboliquement, le fait que les parents soient reconnus égaux en droits et en devoirs à l'égard de leur enfant est une avancée considérable. Cependant, il ne faut pas oublier que dans la construction psychique d'un enfant, les parents ne sont pas interchangeables : Ils ont chacun un rôle à jouer. Or, le projet de vie imposé à l'enfant n'est pas toujours conforme à ses besoins les plus élémentaires, mais souvent lié aux désirs personnels des adultes.

67• Assemblée Nationale, 17 octobre 2006, p. 10899.

Ce type de décision vise avant tout, sans d'ailleurs les satisfaire, à répondre de façon égalitaire aux demandes des deux parents, mais ne tient aucun compte des besoins réels de l'enfant qui sont sans rapport avec le temps passé avec chacun de ses parents. Il impose à l'enfant une double vie et compromet son besoin essentiel de stabilité, de sécurité et de confiance, qui passe par l'existence d'attachements solides. De nombreuses études à ce sujet confirment que l'alternance des attachements est gravement préjudiciable à l'enfant et constitue une atteinte à ses besoins fondamentaux.

Le temps de recul est assez court pour apprécier les effets, mais, depuis, l'observation des pratiques judiciaires montre que cette possibilité est réservée aux parents qui en sont tous les deux d'accord et que, dans l'hypothèse contentieuse, la liberté d'appréciation est laissée aux magistrats et se traduit encore, systématiquement, par l'affirmation de la famille monoparentale comme norme judiciaire. Cette soumission à une conception des rôles parentaux est généralement stéréotypée et peu adaptée à la société actuelle, et, en tout cas ne favorise pas l'égalité entre les femmes et les hommes. Il devrait être prévu que le tribunal examine prioritairement, à la demande d'un des parents au moins, la possibilité de fixer l'hébergement de l'enfant de manière égalitaire entre ses parents.

La pédopsychiatre Myriam David écrit à propos des enfants placés que :

> « l'assistante maternelle et sa famille entière sont forcément impliquées et dangereusement, non seulement pour l'enfant confié mais pour elles-mêmes, dans les processus psychiques interactifs qui infiltrent les rapports affectifs et sociaux qui se développent entre l'enfant placé et ses partenaires (parents, famille d'accueil, école, équipe). Ces processus sont à la source d'une problématique complexe au centre de laquelle se trouve l'enfant souffrant. C'est à l'équipe que revient la fonction d'accompagnement psycho socio-éducatif et thérapeutique de cet enfant ». [68]

Dans certains cas l'enfant est amené à vivre plusieurs fois de suite des séparations et des ruptures de liens avec des tiers auxquels il avait fait une place dans son paysage psychique : après la séparation de ses parents, celle du couple recomposé avec une rupture des liens avec le beau parent et les enfants de celui-ci nés d'une précédente union, les « quasi » frères et sœurs ; après l'éloignement de sa famille d'origine, le changement de famille d'accueil pour une autre famille d'accueil ou pour retourner dans sa famille d'origine et d'une autre manière, la rupture de liens avec l'assistante familiale et la famille de cette dernière [69].

Quelles que soient les raisons des décisions prises par les adultes ou les services sociaux, l'enfant, de son côté, devra réaménager sa construction psychique

68. L'enfant en placement familial, *in Nouveau Traité de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent.*

69. Selon l'expression de la sociologue Irène THÉRY, pour designer les demi-frères et sœurs issus d'une union précédente.

et gérer les séparations. Ceci se fera d'autant plus difficilement qu'il aura été mis devant le fait accompli et que le changement aura été insuffisamment préparé avec lui.

Ainsi, pour Jacqueline Phélip dans son *Livre noir de la garde alternée*:

> « La loi du 4 mars 2002 sur l'autorité parentale a octroyé aux juges aux affaires familiales le pouvoir d'imposer une résidence ou garde alternée, au nom de "l'intérêt supérieur de l'enfant". Cet "intérêt supérieur" de l'enfant constitue une formule théorique qui désigne en réalité l'intérêt des parents.
> Ces enfants de 0 à 6, 7 ans mais souvent plus âgés, sont traités comme des biens indivis qui relèveraient d'un droit de propriété. Ils sont donc partagés entre père et mère, condamnés à mener une double vie sans communication l'une avec l'autre, sans repère fixe affectif ou géographique, avec toutes les conséquences qui s'ensuivent sur la construction de leur personnalité.
> Malgré les travaux des pays anglo-saxons qui nous ont précédé dans la voie de la garde alternée et en constatent les méfaits chez nombre d'enfants, la loi définitive a durci la proposition initiale, en écartant toutes les mises en garde émises lors des débats qui ont jalonné son élaboration. »

Ce sujet relatif à la garde alternée, qui se recoupe avec celui de l'autorité parentale, que nous développerons ci-après, reste donc délicat quant à son appréciation, d'autant que les conséquences détermineront l'équilibre psychologique des enfants subissant une rupture dans leur foyer familial.

Hommes ou femmes de Loi, nous devons essayer de responsabiliser ces adultes dans leur rôle de parents, en essayant de leur apporter une aide juridique pour construire psychologiquement leurs enfants pour qu'ils puissent un jour appréhender, au mieux, l'avenir.

b) L'autorité parentale

Il y a encore peu de temps, le Code civil soutenait le principe de la coparentalité ou de l'exercice en commun de l'autorité parentale. L'ancien article 371-4 du Code civil prévoyait, de manière restrictive, la possibilité pour le juge d'accorder « en considération de circonstances exceptionnelles » un droit de correspondance ou de visite à d'autres personnes, parents ou non.

Les parents sociaux (second parent, co-parent ou beau-parent) n'avaient officiellement aucune légitimité à jouer un rôle dans l'éducation des enfants de leur conjoint, ou concubin, même si cela apparaissait non seulement concevable, mais surtout utile, si l'autre parent s'était éloigné de son enfant.

Avant la loi du 4 mars 2002, deux conditions étaient requises:

- la remise de l'enfant au tiers délégataire, et
- le renoncement à exercer l'autorité parentale.

De telles conditions rendaient totalement inenvisageable un partage consensuel de l'autorité parentale avec une tierce personne, quand bien même elle aurait été partie prenante à la vie quotidienne et affective de l'enfant.

La loi du 4 mars 2002 a placé l'enfant au centre du dispositif, en faisant expressément de l'intérêt de l'enfant la « finalité » de l'autorité parentale dans le nouveau libellé de l'article 371-1 du Code civil. En cela, la loi s'inscrit pleinement dans l'esprit de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant, dont l'article 18 consacre le principe selon lequel « *la responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents* », lesquels « *doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant* ».

La Convention Internationale des Droits de l'Enfant prévoit dans son article 12 que l'enfant « *capable de discernement* » puisse « *exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, ses opinions étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité* ». Le droit français s'est inscrit dans le droit fil de cette Convention en prévoyant que la parole de l'enfant soit intimement liée à son intérêt et à l'autorité parentale telle qu'elle est exercée par les parents : « *les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité.* » De même, la parole de l'enfant est consacrée devant les tribunaux puisque le « *mineur capable de discernement peut* », depuis la loi du 8 janvier 1993 et « *dans toute procédure le concernant* », « *être entendu par le juge ou la personne désignée par le juge à cet effet* ». En matière de contentieux relatif à l'autorité parentale, il est par ailleurs spécifiquement prévu que le juge aux affaires familiales doit notamment prendre en considération « *les sentiments exprimés par l'enfant mineur* ».

La Cour de Cassation a décidé le 18 mai 2005, par un revirement de jurisprudence notable, que les dispositions de la Convention Internationale relative aux droits de l'enfant peuvent être d'application directe en droit interne. Reprenant l'article majeur de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant – l'article 3 – elle a affirmé que, « *dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* », et que, lorsque le mineur capable de discernement demande à être entendu, son audition ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée.

c) L'enfant au sein des mutations familiales : vers une amélioration de la prise en compte de la place occupée par des tiers auprès de l'enfant.

Le droit de la famille français a connu des évolutions majeures dans la prise en compte des nouvelles mutations familiales et sociales. L'égalité entre les enfants, quelle que soit leur filiation, ainsi que l'exercice conjoint de l'autorité parentale par le père et par la mère, quelle que soit leur situation matrimoniale, ont été progressivement consacrés.

Les nouvelles formes de parentalité ont aussi trouvé une certaine reconnaissance et une protection dans la loi, notamment avec la dernière réforme introduite par la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale. Le législateur a été amené à prendre en compte le rôle du tiers qui est appelé à s'occuper de l'enfant dans sa vie quotidienne et à envisager le maintien des relations existantes entre l'enfant et le tiers après une séparation.

Pourtant des insuffisances apparaissent au regard de l'augmentation de ces nouvelles formes de parentalité et il nous apparaît que le droit de la famille pourrait encore progresser afin d'offrir une meilleure sécurité juridique aux enfants vivant au sein de ces familles.

Prenant en compte les mutations familiales et sociales, le législateur est venu ouvrir plus largement la voie à l'intervention des tiers dans la vie de l'enfant et à la préservation de leurs relations personnelles ; toutefois, le droit de l'autorité parentale affirme tout d'abord la place prépondérante des parents.

La place prépondérante des parents est posée en tant que titulaires de l'autorité parentale, c'est-à-dire d'« un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant » [70] jusqu'à sa majorité ou son émancipation pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne. Selon le principe de l'indisponibilité de l'autorité parentale, les père et mère ne peuvent pas en disposer librement : « aucune renonciation, aucune cession portant sur l'autorité parentale, ne peut avoir d'effet, si ce n'est en vertu d'un jugement (…) » [71] et dans des cas strictement limités : homologation des pactes conclus entre père et mère au sujet des modalités d'exercice de l'autorité parentale, de l'éducation de l'enfant, ou de la décision de confier l'enfant à un tiers [72], ou jugement de délégation d'autorité parentale.

Le nombre de demandes réalisées sur le fondement de l'article 371-4 du Code civil a été, en première instance, de 2 640 en 2002, 2 692 en 2003, 2 561 en 2004 (Sources du Ministère de la justice, Annuaires statistiques ed. 2004, 2005 et 2006). Ces chiffres ne distinguent pas les demandes introduites par les ascendants des demandes introduites par d'autres tiers.

Le droit de l'enfant au maintien des relations personnelles, s'il est clairement consacré concernant les relations avec les ascendants, l'est donc beaucoup moins concernant les relations avec les autres tiers, même si l'on peut considérer qu'il ressort de l'esprit du texte qu'il y a une extension du droit de l'enfant à entretenir des relations personnelles à d'autres tiers.

Prenant en compte les mutations familiales et sociales, le législateur est venu ouvrir plus largement la voie à l'intervention des tiers dans la vie de

70• Article 371-1 du Code civil.

71• Article 376 Code civil.

72• Article 376-1 Code civil.

l'enfant et à la préservation de leurs relations personnelles ; toutefois, le droit de l'autorité parentale affirme tout d'abord la place prépondérante des parents.

Il est manifeste que le législateur a entendu donner une différence de degré entre les relations que l'enfant peut entretenir avec ses ascendants et celles qu'il entretient avec d'autres tiers. La différence réside dans la latitude qui est laissée aux titulaires de l'autorité parentale et donc dans les interférences possibles d'un tel maintien des liens avec les prérogatives des père et mère. Concernant les ascendants, il s'agit d'un droit automatique, il est présumé qu'il est de l'intérêt de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec eux. Le maintien des liens doit s'exercer sans que les grands-parents n'aient à demander d'autorisation judiciaire, sauf motifs graves avancés par les parents. Concernant les autres tiers, sans distinction, il appartient aux père et mère de décider si l'enfant peut entretenir des relations avec eux, et seul l'intérêt de l'enfant peut venir justifier de passer outre leur opposition en obtenant une autorisation judiciaire.

Toutefois, parmi les tiers concernés, qu'ils aient ou non un lien de parenté avec l'enfant, certains ont occupé une place importante dans la vie de l'enfant. La jurisprudence se charge d'ailleurs de préserver les relations qui se sont tissées entre l'enfant et ces tiers « particuliers », « privilégiés ». Le critère qu'elle suit afin d'en décider montre bien qu'il ne s'agit pas de n'importe quel tiers au regard de l'enfant. Il s'agit d'un tiers avec lequel l'enfant a partagé une vie quotidienne, et qui a souvent contribué de manière effective à la prise en charge, à l'éducation et au bien-être de l'enfant. De ce fait, il s'agit surtout d'un tiers avec lequel l'enfant a tissé des liens affectifs étroits, dont la rupture peut être préjudiciable.

Pourtant, on peut considérer qu'en l'état des textes, l'enfant n'a pas de droit particulier à garder des liens avec ce tiers, qu'il s'agisse de l'ancien conjoint, concubin ou partenaire de son parent, du parent nourricier ou de membres de la famille d'accueil qui l'a élevé pendant des années.

Face à l'évolution de notre société actuelle, une réforme s'imposait.

L'évolution de la conception traditionnelle de la famille s'étant modifiée – un enfant sur quatre est appelé aujourd'hui à grandir dans une famille monoparentale, recomposée, homo parentale, mais aussi dans une famille d'accueil, dans le cas particulier des enfants placés – il fallait permettre à toutes ces personnes (parents et tiers) qui gravitent dans la bulle affective d'un enfant de sacraliser, réglementer, leur rôle et empêcher qu'une rupture familiale ne vienne bouleverser l'équilibre si fragile de cet enfant.

La question des liens noués entre un tiers et un enfant amène à poser plus fondamentalement celle de l'importance des liens d'attachement qui structurent la personnalité du jeune enfant.

Plusieurs recherches conduites au cours des cinquante dernières années mettent en évidence que le besoin primordial du jeune enfant consiste à établir

un lien stable et sécurisant avec une figure maternelle vers laquelle l'enfant ira en fonction des réponses données à ses besoins.

Cette place est généralement celle de la mère mais peut être tenue par le père, un membre de la famille, une assistante familiale etc. Le chercheur anglais John Bowlby a établi que le petit enfant a besoin d'établir un lien stable de qualité et sécurisant à l'autre. C'est à partir de l'intériorisation de ces premières images d'assurance et de réassurance intérieure qu'il pourra trouver des points d'appui pour nouer avec les autres des relations intimes et sociales de qualité, dans une continuité d'être qui permet l'inscription de ces différentes personnes dans sa propre histoire.

Le chercheur canadien Paul Steinhauer a énuméré les grandes catégories de troubles qui peuvent être observés chez l'enfant qui a vécu une carence de cette relation et des ruptures successives à un âge précoce. Elles ne peuvent qu'engendrer des relations conflictuelles avec les autres, des réactions exagérées face à l'exigence de limites, une absence manifeste de réactions à la séparation, une sociabilité perturbée, instable ou sans discernement etc.

La question du statut du tiers avec lequel un enfant partage un temps de sa vie à l'occasion d'une recomposition familiale ou d'un placement en famille d'accueil est sous-tendue par les liens qui se créent avec des personnes qui vont avoir un rôle signifiant dans sa construction. Ce travail psychique de remaniement des liens initiaux noués avec ses parents d'origine puis avec d'autres personnes va résonner dans sa capacité de construire à nouveau des liens et différemment.

Dans ce « différemment », l'enfant investit, voire contre investit, preuve s'il en est de l'importance, à la fois, de sa capacité à « se lier » mais aussi de la difficulté plus ou moins grande qu'il peut avoir à accepter la situation et à différencier parenté et parentalité quand ses parents se séparent. « *Les deux aspects de filiation et d'éducation, conjoints dans une famille où les parents élèvent leurs enfants nés de leur union, sont disjoints dans le cas d'une recomposition familiale* » écrit Christian Flavigny [73], psychanalyste et pédopsychiatre.

C'est à la lumière de la psychologie du développement de l'enfant, enrichie de la psychologie des liens précoces et d'entretiens avec des professionnels de l'enfance que nous avons tenté de comprendre l'impact de la rupture des liens avec un tiers ayant partagé la vie de l'enfant.

Tous les professionnels de l'enfance rencontrés s'accordent à souligner que la construction des liens précoces est déterminante pour la vie de l'enfant.

Grâce à la loi nouvelle du 4 mars 2002, l'autorité parentale peut désormais être partagée, et non plus seulement transférée.

Les conditions d'exercice de ce partage sont, en effet, simplifiées.

Actuellement, dans le cadre d'une famille naturelle, et plus particulièrement lors de la reconnaissance d'un enfant, la résidence commune n'est plus une

73• *La lettre du psychiatre*, n° 3, juin 2006.

condition à l'exercice commun de l'autorité parentale. L'égale responsabilité des parents est renforcée par le fait que l'autorité parentale procède du seul lien de filiation, dès lors qu'il est établi dans la première année de la vie de l'enfant. L'éventuel exercice unilatéral de l'autorité parentale reviendra au premier parent qui aura reconnu l'enfant et non plus systématiquement à la mère.

La loi de 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale pose le principe de la primauté de l'accord des parents pour l'organisation de la vie de l'enfant.

En outre, en vertu de l'article 371-4 du même Code, l'enfant se voit reconnaître le droit d'entretenir des relations personnelles avec une personne avec laquelle il n'a pas de liens de parenté. En conséquence, cette tierce personne peut se voir accorder un droit de visite ou d'hébergement vis-à-vis de celui-ci. Enfin, le dernier parent survivant peut désigner de son vivant son partenaire pour exercer la tutelle sur son enfant mineur, en cas de décès (art. 397 du Code civil).

La possibilité pour l'enfant d'entretenir des relations avec les autres tiers (parents ou non). Le maintien des liens entre l'enfant et un tiers a été envisagé par le droit de la famille français juste après la ratification de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant, avec la loi du 8 janvier 1993 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant.

Toutefois, en exigeant la preuve d'une « situation exceptionnelle » et en n'accordant au tiers qu'un « droit de correspondance ou de visite » [74], cette loi n'envisageait la préservation des relations personnelles entre un tiers et l'enfant que de façon tout à fait dérogatoire et limitée.

La loi de 2002 a ouvert un peu plus largement la voie à l'intervention d'un tiers dans la vie de l'enfant sous la forme de relations personnelles avec pour seule condition qu'une telle décision soit conforme à l'intérêt de l'enfant apprécié par le juge au cas par cas.

Les relations entre l'enfant et un tiers ne sont pas limitées au droit de correspondance et de visite. Le juge dispose de plus de souplesse pour s'adapter aux différentes situations : il peut notamment envisager un droit d'hébergement en faveur d'un tiers qui a par exemple pris en charge l'enfant pendant un certain temps et développé avec lui des liens affectifs étroits.

La loi ne fait pas de distinction selon que le tiers est parent ou non de l'enfant. Toutefois, une lecture de la jurisprudence en fonction de cette distinction est pertinente car elle offre une meilleure lisibilité et permet un repérage des possibilités de maintien des relations offertes à des catégories de tiers très variées. Les critères qui se dégagent de la jurisprudence permettent de comprendre le dénominateur commun à ces différents tiers et l'esprit dans lequel un tel droit est accordé par les juges.

La jurisprudence ouvre le maintien des relations à une grande variété de tiers.

74. L'ancien article 371-4 alinéa 2 précisait : « En considération de situations exceptionnelles, le juge aux affaires familiales peut accorder un droit de correspondance ou de visite à d'autres personnes, parents ou non ».

c-1) Les tiers ayant un lien de parenté avec l'enfant

Au sein de cette catégorie, le maintien des relations entre frères et sœurs apparaît de façon spécifique, dans la mesure où il recoupe le droit de l'enfant de ne pas être séparé de ses frères et sœurs, prévu dans une autre disposition du Code civil.

Les frères et sœurs

L'actuel article 371-5 dispose ainsi que « *l'enfant ne doit pas être séparé de ses frères et sœurs, sauf si cela n'est pas possible ou si son intérêt commande une autre solution. S'il y a lieu, le juge statue sur les relations personnelles entre les frères et les sœurs* ».

L'obligation de ne pas séparer la fratrie, sauf en cas d'impossibilité ou d'intérêt contraire de l'enfant, concerne les enfants mineurs, dont les parents se séparent, décèdent, ou qui font l'objet d'un placement en foyer ou en famille d'accueil dans le cadre d'une mesure d'assistance éducative. La décision de séparer la fratrie, par exemple au sein de deux foyers différents, doit être spécialement motivée par le juge des enfants.

En cas de séparation de la fratrie, le droit des frères et sœurs au maintien des relations personnelles s'applique, et le juge aux affaires familiales en apprécie son exercice et en fixe les modalités en fonction de l'intérêt de l'enfant.

La jurisprudence a considéré que ce droit est aussi applicable aux demi-frères et sœurs, quel que soit le lien de filiation existant à l'égard des père et mère. Notamment, un droit de visite a pu être accordé à deux demi-sœurs compte tenu de leur attachement et du contexte familial perturbé [75]. Il a également été considéré comme conforme à l'intérêt de l'enfant d'accorder un droit de visite et d'hébergement aux demi-frères et demi-sœurs nés d'un premier mariage, à l'égard de l'enfant né d'un second mariage du père, ce dernier étant décédé [76]. Dans le même esprit, un droit de visite et d'hébergement a été accordé au beau-père pour les vacances, afin que les enfants nés d'un premier mariage de sa femme décédée puissent continuer à vivre pendant certaines périodes avec leurs demi-frères et sœurs [77].

Lorsque l'un des frères ou sœurs est majeur, le droit de l'enfant prévu à l'article 371-5 se recoupe avec celui prévu au second alinéa de l'article 371-4 car le frère ou la sœur entre dans la catégorie des « tiers parents » avec lesquels l'enfant a le droit de voir fixer des modalités de relations. Le frère ou la sœur majeur(e) peut dans ce cas solliciter un droit de visite et d'hébergement. Il peut s'agir du frère ou de la sœur qui a élevé l'enfant dans les faits, mais qui vient à en être séparé.

75• Nîmes, 19 avril 2000, *Juris-Data* n° 124492.

76• CA Rennes, 8 janvier 2001, *Juris-Data* n° 136245.

77• CA Pau, 5 juillet 2000, *Juris-Data* n° 122459. Il s'agit d'une application combinée des articles 371-4 et 371-5.

Les autres proches parents

Les autres tiers « proches parents » ont aussi la possibilité d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant, et donc de solliciter du juge aux affaires familiales, en cas de difficulté, une autorisation judiciaire. Il s'agit de tous les tiers ayant un lien de parenté avec l'enfant : oncle ou tante, cousin… L'intérêt de l'enfant peut en effet justifier de préserver des relations familiales mises à mal par une séparation ou un décès des parents, ou encore par un placement judiciaire de l'enfant.

Par exemple, un droit de visite et d'hébergement a été accordé à une tante maternelle, la mère de l'enfant étant décédée, car le juge a considéré qu'il était de l'intérêt de l'enfant de conserver des liens avec sa tante maternelle et ses deux cousins, malgré l'hostilité du père à l'égard de la tante de son fils [78].

c-2) Les tiers n'ayant pas de lien de parenté avec l'enfant

Cette catégorie est entendue largement car le texte n'exclut, par principe, aucune personne de la possibilité d'entretenir des relations avec l'enfant. La demande fait l'objet d'un examen au cas par cas par le juge aux affaires familiales. On répertorie dans la jurisprudence de nombreux tiers auxquels les juges ont reconnu un droit d'entretenir des relations avec un ou plusieurs enfants, principalement sous la forme de droits de visite et d'hébergement.

Familles d'accueil

Ces situations sont généralement appréciées favorablement par les tribunaux en raison des liens étroits qui se sont développés entre l'enfant et les personnes à qui il a été confié pendant un certain temps. Les juges aux affaires familiales peuvent accorder un droit de visite et d'hébergement à la famille qui a temporairement accueilli l'enfant si la rupture brutale de toute relation est susceptible de nuire à l'équilibre de l'enfant qui, après avoir séjourné pendant une période parfois assez longue au sein de cette famille d'accueil, réintègre sa famille d'origine.

Un droit de visite et d'hébergement a par exemple été accordé aux parrains et marraine de l'enfant qui l'avaient élevé pendant les cinq premières années de sa vie [79] ; à une tante maternelle ayant élevé l'enfant depuis sa naissance [80].

La nécessité d'« éviter un choc » affectif à l'enfant au regard d'une « affection très profonde et partagée » [81] avec le tiers est reconnue depuis longtemps. De même, celle de « ménager certaines transitions » et de « préserver les liens affectifs avec la famille d'accueil » [82]. L'octroi d'un droit de visite et d'hébergement

78. CA Nîmes, 14 mai 2003, *Juris-Data* n° 2003-224295.

79. CA Riom, 7 mai 2002, *Juris-Data* n° 182363.

80. CA Reims, 8 juin 2000, *Juris-Data* n° 124382.

81. CA Paris, 30 avril 1959, D. 1960 p. 673.

82. Cour de Cassation, Civ. 1, 20 mars 1979, D. 1979, IR p. 431 ; Civ. 1, 4 juillet 1978, Bull. Civ. 1 n° 249 ; Civ. 1, 11 mai.

trouve aussi une motivation dans le trouble affectif de l'enfant, qui s'est vu confié à un tiers en raison d'une défaillance de ses parents [83].

Personnes dont les liens de droit avec l'enfant ont été remis en question ou n'ont pas été établis [84]

La jurisprudence considère que les liens de fait, les liens affectifs, ne sont pas remis en cause et qu'ils doivent être préservés si l'intérêt de l'enfant l'exige. Un droit de visite et d'hébergement a été accordé à l'homme qui a reconnu et élevé l'enfant comme le sien jusqu'à ce qu'une action en contestation de paternité naturelle (mais ce peut être aussi une contestation de paternité légitime) vienne remettre en question ces liens de droit [85]. Un droit de visite a été accordé à l'auteur d'une reconnaissance annulée compte tenu des liens privilégiés existant entre cette personne et l'enfant. Dans le même esprit, un droit de visite a été accordé aux parents d'un homme qui était décédé avant d'avoir pu reconnaître l'enfant [86].

Autres tiers

Par exemple, un droit de visite a pu être accordé au second mari de la grand-mère [87]. La jurisprudence est même allée jusqu'à considérer les conséquences de facto de conventions de mère porteuse, pourtant interdites en France, en accordant un droit de visite et d'hébergement à l'épouse divorcée, concernant l'enfant qui avait été reconnu par la mère porteuse et par le mari, au motif qu'elle avait recueilli l'enfant immédiatement à sa naissance au foyer du père et qu'elle s'était comportée comme la « mère affective » de cet enfant [88].

3) Les dérives sectaires

> « *Je ne sais même pas si j'ai d'autres petits-enfants. Dans leur groupe, il paraît qu'ils ne les déclarent pas tous.* »
> M^me^ V. ne se bat plus. À 70 ans, cette grand-mère fragile, encore discrètement pomponnée, est résignée. Mais elle culpabilise : « *Si j'avais fait plus attention à eux, sans doute aurais-je pu agir, mais maintenant, c'est trop tard.* » Dans son salon, des photos des disparus sont disposées en autel. En 1992, sa fille et son gendre ont rejoint un groupe de la NA, un mouvement théosophique qui prépare l'instauration d'un régime « *aristocratique et totalitaire* ». Ils avaient à l'époque deux enfants, de trois ans et un an. Elle ne sait pas ce qu'ils sont devenus. « *Je crois qu'ils vont à l'école, mais je ne sais pas où. Je pense à eux plus encore qu'à ma fille, car elle est adulte. Eux, ils sont innocents.* »

83. 1976, Bull. civ. 1 n° 162, D. 1976 p. 521.
84. Civ. 1, 1er décembre 1982.
85. CA Rennes, 11 mai 2000, *Juris-Data* n° 120016 ; CA Reims, 8 juin 2000, *Juris-Data* n° 124379.
86. CA Paris, 18 septembre 2003, *Juris-Data* n° 2003-222869.
87. CA Riom, 13 mars 2001, *Juris-Data* n° 138053.
88. Civ.1,17 mai 1972.

D'après un rapport des Renseignements généraux partiellement divulgué en juin 1999 et dont les résultats sont confirmés par les principales associations antisectes, Adfi ou le Centre Roger-Ikor, 40 000 enfants seraient plus ou moins directement sous l'emprise de sectes.
Un chiffre qui recouvre aussi bien les égarements inquiétants du domaine parascolaire que la dissimulation d'enfants à l'état civil, la simple tentative d'endoctrinement que les pires sévices.

a) Le positionnement du problème

Il ne s'agit pas ici de se faire ni l'accusateur, ni le juge de certains organismes ou associations dont les pratiques sont pour le moins alarmantes. La religion du catholicisme n'était-elle pas, perçue, à l'origine, comme une secte par les Romains ?… Un individu, majeur, peut en effet, adhérer, en toute connaissance de cause à toute forme de croyance. Mais qu'en est-il si ces individus, dans leur rôle de parents, mettent la vie de leurs enfants en danger ? Si chaque famille a la liberté de promouvoir ses propres conceptions éducatives, celles-ci doivent s'exprimer dans le cadre du respect des normes juridiques et des valeurs communément admises. Par ailleurs, quelles que soient les conceptions éducatives, la finalité devrait rester la préparation de l'enfant à l'intégration à la société.

Est-ce ainsi réellement ?

On parle de plus en plus de maltraitance psychique et physique subie par les enfants du monde entier. Mais on parle très peu des enfants victimes des sectes. Ils restent les grands oubliés de la société et des professionnels chargés de la protection de l'enfance en danger.

Peut-être parce qu'il est encore difficile de préserver un enfant de la croyance de ses parents que de leurs coups ou de leur sexualité incestueuse. Peut-être aussi parce que la contrainte qu'imposent les parents en immergeant leur enfant dans une secte est parfaitement légale.

Le droit de l'enfant à l'instruction a pour objet de lui garantir, d'une part, l'acquisition des instruments fondamentaux du savoir, des connaissances de base, des éléments de la culture générale et, selon les choix, de la formation professionnelle et technique et, d'autre part, l'éducation lui permettant de développer sa personnalité, d'élever son niveau de formation initiale et continue, de s'insérer dans la vie sociale et professionnelle et d'exercer sa citoyenneté.

Ce droit est-il vraiment garanti ?

b) Un constat alarmant

Les sectes adorent les enfants. Dès 1953, LRH, écrivait : « *Sauvez l'enfant et vous sauverez la nation.* » Chez M, l'enfant est le troisième Messie, après… M. et, dans chaque couple, son propre conjoint. R se propose de faire passer des tests dès la maternelle pour « *extraire les génies en herbe* ». Un texte des TJ précise :

« Plus tôt la formation commence, plus grandes sont les chances que les enfants s'enracinent solidement dans la vérité et fassent du ministère leur vocation. Cette formation précoce aura aussi l'avantage de les protéger des façons de penser et d'agir du monde. »

Près de 500 enfants sont détenus en milieu fermé. Eux sont indéniablement en danger. Au commissariat de police de Dole (Jura), région dans laquelle se trouvent quelques groupes inquiétants, dont SRC, on avoue son impuissance : « *Il n'est pas possible de repérer les groupes avant un accident.* » Comme celui qui vit mourir de malnutrition le petit Raphaël en avril 1997 et a permis de mettre en avant les méthodes de la secte TP. Beaucoup de ces groupes ne déclarent pas les enfants.

En refusant de percevoir les prestations familiales, les parents échappent à tout contrôle. Ainsi la communauté iséroise la T, demande-t-elle à ses membres de « *rejeter toute aide sociale qui, au prix de quelques os à ronger, maintient ou rétablit l'insertion dans la collectivité, provoque soumission et reconnaissance à son égard* ». Les membres de la FFCK, située elle aussi dans le Jura, n'inscrivent aucun nouveau-né à l'état civil. On pense que cinq enfants vivent dans cette communauté. Et on estime à dix le nombre d'enfants dans la communauté ME, dans le Gers.

Parfois, la vie même de ces enfants est en danger : un nombre grandissant de petites associations prônent une vie bio qui peut entraîner des régimes alimentaires déficients.

Beaucoup refusent les traitements médicaux : les TJ sont hostiles aux transfusions sanguines ; E impose des régimes végétariens carencés ; YT, fondatrice de IVI, dit guérir le sida avec ses propres moyens ; les ALS pratiquent l'urinothérapie. AUCM abrite une vingtaine de personnes, dont trois mineurs, qui fréquentent normalement l'école mais ont intérêt à ne pas tomber malades : c'est le règne de l'imposition des mains, du recours aux médecines douces et à la guérison spirituelle. Les vaccins, bien sûr, sont refusés. Le gourou n'a-t-il pas dit : « *L'homme est bien portant quand Dieu se manifeste, il reste malade quand Dieu est silencieux.* »

Quand il n'est pas physique, le risque est psychologique. « *L'immense danger est celui de la désocialisation* », explique Hayat El-Mountacir, auteur de *L'Enfant et les sectes*, (Fayard).

L'enfant n'a pas accès aux crèches, écoles, activités culturelles, clubs de sport… Une frontière est créée entre l'intérieur de la secte et l'extérieur. Or, dans la secte, tout est obligatoire, alors que la société extérieure ne fixe que des interdits. Tout le reste y est permis, ce qui laisse un champ de liberté et pousse l'enfant au choix. Parfois la secte crée son propre langage, ce qui limite l'influence de l'extérieur. « *L'esprit critique de l'enfant ne peut plus s'exercer*, poursuit El-Mountacir, *puisqu'il n'a accès qu'à une seule source d'information.*

Les enfants n'apprennent dans les sectes ni la tolérance ni le pluralisme des sociétés démocratiques. »

L'identité familiale est, elle aussi, attaquée. Dans certains groupes, les droits des parents sur les enfants sont niés. La F, forme des groupes de 3 à 20 enfants, sans lien direct avec les adultes qui en ont la charge. La C fait vivre parents et enfants en vase clos. Chez E, chaque enfant a sept pères et sept mères. Cela se complique encore quand l'enfant, dès son plus jeune âge, est envoyé à l'étranger, comme ceux dont les parents appartiennent au SY.

Ailleurs, c'est la pédophilie qui est érigée en règle. Certains l'ont même théorisée :

> « *Le plaisir ne doit pas être réservé qu'aux adultes [...]. Dès la naissance, les organes sexuels sont prêts à fonctionner [...]. Et un enfant qui apprend tôt à jouir de son corps, de celui des autres, de ses sens développe d'autant plus tôt son intelligence.* »

Les connaissances sont triées, et les valeurs laïques, républicaines et démocratiques sont contrebalancées. « *Les enfants qui sont en contact avec les Témoins de Jéhovah sont privés de leur enfance*, accuse Hayat El-Mountacir *Ils sont victimes de maltraitance psychologique, ne peuvent pas faire valablement l'apprentissage de la citoyenneté.* »

Ces sectes installées ont été obligées de multiplier les associations paravents, se servant à la fois du parascolaire et des centres de formation. Des garderies, des crèches, des centres d'enfants ou des cours du soir proposent des enseignements parfois très prosélytes mais rarement présentés comme tels.

L'engagement sectaire des parents peut avoir des conséquences catastrophiques sur l'équilibre physique ou mental de leurs enfants. Aveuglés par leurs croyances, les parents peuvent entraîner leurs enfants dans des pratiques dangereuses, manquer à leur devoir d'éducation et d'épanouissement. Ce qui frappe, en premier lieu, est l'intense souffrance de ces jeunes enfants soumis à des maltraitances affectives, physiques ou psychologiques, ou à des ruptures familiales dans des contextes difficiles. Les jugements, au civil comme au pénal, donnent à entendre ces souffrances.

Souvenons-nous de la mort de ce petit garçon au service des urgences d'Avallon en août 1999, qui a conduit à la condamnation de six membres de l'association JL en mars dernier pour privation de soins ou d'aliments sur mineurs. Selon l'arrêt, le régime imposé aux membres de l'association n'était composé que de fruits, de fromages, de produits laitiers et d'eau : un mode d'alimentation qui, aux dires des experts, est désastreux pour la croissance, le développement mental et la santé des enfants. Au moment de la découverte des faits, les enfants souffraient d'anémie, de retard de croissance, de carences en vitamines ou en fer, voire d'un début de rachitisme.

Pire encore : l'exemple de privation de soins ou d'aliments qui a abouti à la mort du jeune Kerywan, décédé à 16 mois. Lors de sa mort, le poids de l'enfant était équivalent à celui d'un nourrisson de quatre mois. Ses parents, adhérents à la kinésiologie, ont été condamnés par la Cour d'assises du Finistère, à la peine de cinq ans d'emprisonnement dont cinquante-deux mois avec sursis mise à l'épreuve pendant trois ans. Par ailleurs, trois médecins ont été condamnés à la peine de 3 000 € d'amende pour non assistance à personne en danger.

Le 7 octobre 2005, la Cour d'assises de la Gironde a condamné un ex-adepte des TJ à douze ans de réclusion criminelle pour viols sur mineur de 15 ans par ascendant légitime. Les TJ l'avaient jugé en le traduisant devant leurs instances internes, mais en se gardant bien de saisir la justice des hommes, c'est-à-dire celle de la République… Le devoir du législateur est de doter la justice des moyens nécessaires pour mettre fin à ces pratiques intolérables.

Fin 2001, un couple de parents adeptes de OATP a été condamné à douze ans de réclusion criminelle pour avoir volontairement privé d'aliments et de soins leurs enfants. En 2004 et 2005, deux parents kinésiologues ont dû répondre devant la justice de la mort de leur enfant de 19 mois sur les mêmes chefs d'accusation. Leur procès a été l'occasion de soulever dans les médias la question de la dangerosité de cette mouvance. La liste de cette jurisprudence morbide pourrait, malheureusement, continuer.

B/ Les solutions existantes

1) Les armes juridiques européennes

Le Conseil de l'Europe a surtout mis l'accent sur la prévention, mais il encourage très clairement à l'action, avec deux recommandations l'une de 1992 relative aux sectes et aux nouveaux mouvements religieux, l'autre de 1999 relative à l'activité illégale des sectes. La réflexion, conduite à partir des 47 états du Conseil de l'Europe est très intéressante. Elle met en évidence l'émergence des très nombreux nouveaux mouvements religieux, dont tous ne méritent pas la qualification de secte. Les grandes religions « traditionnelles » ne sont pas les seules. Il y a une véritable éclosion, qui est une réalité de fait.

2) La législation française

En droit interne trois lois apportent leur concours à la lutte contre les sectes.

- La loi du 18 décembre 1998, au titre du contrôle de l'obligation scolaire, prévoit des hypothèses punissables de refus d'inscription d'un enfant dans un établissement d'enseignement (article 227-17-1 du Code pénal).
- La loi du 15 juin 2000 a permis aux associations de lutte contre les sectes d'exercer les droits reconnus à la partie civile (article 2-17 du Code de Procédure pénale).

- Le texte de référence est la loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 dite loi About-Picard qui traite « *des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et des libertés fondamentales* ». Cette loi permet de poursuivre les faits que l'on peut qualifier « *d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse* » avec des circonstances aggravantes lorsque sont concernés des enfants ou des personnes en situation de faiblesse (article 223-15-2). Le mouvement peut être déclaré responsable pénalement lorsque l'abus de faiblesse a été commis par son compte.

  Article 223-15-2 Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 € d'amende l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse soit d'un mineur, soit d'une personne dont la particulière vulnérabilité due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente et connue de son auteur, soit d'une personne en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer son jugement, pour conduire ce mineur ou cette personne à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables. Lorsque l'infraction est commise par le dirigeant de fait ou de droit d'un groupement qui poursuit des activités ayant pour but ou pour effet de créer, de maintenir ou d'exploiter la sujétion psychologique ou physique des personnes qui participent à ces activités, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 750 000 € d'amendes.

II – La solitude des personnes âgées

Xavier MECHAIN et Benoît POIRAUD

LORS DES DERNIERS MOIS écoulés, les pouvoirs publics ont commencé à se préoccuper véritablement de l'augmentation du nombre de personnes âgées en France (Plan Alzheimer, Loi Handicap, Plan Solidarité Grand Âge, Plan des Métiers de la Dépendance), phénomène démographique majeur des années à venir – les plus de 75 ans vont représenter 13,3 % de la population en 2015, contre 8 % aujourd'hui. Avec le vieillissement de la population se pose également le problème de la solitude des personnes âgées, phénomène mis cruellement en lumière lors de la canicule de l'été 2003. On peut cerner très diversement la notion de solitude des personnes âgées : solitude géographique dans les territoires à faible densité, éloignement ou disparition de la famille et des amis, raréfaction des liens et contacts sociaux, y compris dans les centres urbains, isolement et retrait de la vie des établissements d'accueil de personnes âgées.

Le paysage actuel : la solitude, entre espace commun et privé

Le paysage démographique de notre pays est bouleversé par l'entrée de la génération du « baby-boom » dans le troisième âge ; cette évolution va nécessiter un effort sans précédent d'aide au maintien à domicile, de création de structures d'accueil des personnes âgées, puis dépendantes. Elle va nécessiter également une meilleure reconnaissance des solidarités déjà actives. Ainsi, les cas suivants illustreront bien la multiplicité des problématiques liées à la solitude des personnes âgées :

1) Rose, 69 ans, qui vit à Agen a deux filles, Nicole et Marie. Nicole, en rupture avec sa mère et sa sœur depuis l'adolescence, vit au Canada. Marie est restée à Agen et s'occupe de sa mère, qui vit toujours chez elle, lui procure soins, aide matérielle et financière depuis bientôt dix ans, sans aucune contrepartie ni participation de sa sœur Nicole.
   Sauf disposition testamentaire préciputaire, qui sera probablement mal vécue de Nicole, Marie ne sera jamais assez récompensée de son effort.

2) Yolande, veuve de Michel, est âgée de 74 ans. Ses petits-neveux et présomptifs héritiers vivent à 300 kilomètres de Rochefort où elle a domicile. Yolande souffre d'isolement car elle ne quitte plus son domicile du fait de problèmes de santé. Son aide à domicile, mal intentionnée, met progressivement en place une stratégie de captation d'héritage.
   La solution préconisée qu'est le maintien à domicile ne convient vraisemblablement pas. La maison de retraite n'a pas la faveur de Yolande, qui n'a plus de réelle attache ; pourquoi ne pas lui proposer une famille d'accueil ?

3) Marcel et Denise, respectivement 80 et 77 ans, vivent toujours dans leur village creusois sans aide à domicile ni commerce ou service de proximité. Leur fils Gautier se rend chez eux une à deux fois par jour pour leur porter assistance. Pour rester auprès de ses parents, il a renoncé récemment à une mutation professionnelle. Ses sœurs, Marie et Esclarmonde, lui en sont très reconnaissantes et dans le même temps sont soucieuses qu'il puisse en recevoir un jour une récompense.
Ce cas de figure familial est parfaitement intégré par les sœurs de l'aidant, qui souhaitent le voir récolter une juste rémunération de son effort. Pourquoi le notaire ne pourrait-il que conseiller le préciput ? L'aidant ne devrait-il pas bénéficier de l'aide sociale, sa parenté avec l'aidé doit-elle le pénaliser ?

Ces situations et la solitude des personnes qu'elles mettent en lumière peuvent s'analyser dans la double dimension, bien connue des civilistes, des personnes et des biens, ces deux dimensions étant, on le sait, intimement liées.

A/ La condition sociale et patrimoniale de la personne âgée dans la société

Étudions donc tout d'abord quelques chiffres, qui pourront nous renseigner efficacement sur la situation sociale et patrimoniale des personnes âgées.

1) Quelques chiffres

Toutes les études démographiques prévoient une progression très forte du nombre des personnes âgées. Entre 2008 et 2020, le nombre de personnes âgées de plus de 75 ans sera multiplié par 1,5 et celui des plus de 85 ans par 2,4. Le nombre de personnes dépassant 80 ans va donc doubler en France dans les prochaines années – elles seront bientôt plus de 6 millions. Comment vivent et vivront ces personnes ? Demeurent-elles au cœur de la cité et de la vie communautaire ? Sont-elles au contraire marginalisées ou « parquées » dans d'autres espaces ? Quels sont les parcours résidentiels et sociaux des personnes âgées ?

2) Les études menées sur les parcours résidentiels des personnes âgées

Les comportements observés ont pu être modélisés par les économistes et les sociologues : dans un premier temps, au moment du départ en retraite, on assiste à la revente par les retraités de leur résidence principale, généralement un pavillon de banlieue, et à un retour en accession sur des surfaces moins importantes. Dans un deuxième temps (72 à 75 ans), et bien avant l'accession en maison de retraite, on constate un retour partiel vers le secteur locatif qui concerne environ 10 % d'une classe d'âge. En locatif comme en accession, la demande concerne essentiellement des appartements de 2 à 3 pièces à proximité immédiate des services, et donc des niveaux d'occupation qui seront plutôt de

l'ordre de 50 à 70 mètres carrés par personne. Les sociologues parlent de « nouveaux retraités » pour cette génération qui recherche confort et quartiers animés. Le retour au centre s'accentue donc avec le vieillissement, les ménages de plus de 80 ans vivant majoritairement aujourd'hui dans des villes de plus de 20 000 habitants. Il s'agit d'un bouleversement majeur dans l'évolution du parc, quand on sait que la construction actuelle est focalisée sur le logement individuel de périphérie en accession et les petites surfaces en investissement locatif. On assiste ainsi à l'émergence d'un nouveau segment du marché immobilier, le marché du logement « senior » - caractérisé par son hétérogénéité, car il concerne aussi bien le jeune retraité en pleine forme, très actif et mobile, que la personne âgée dépendante à qui il faut proposer d'aménager son logement, d'intégrer un logement service ou/et d'être pris en charge dans une structure d'accueil spécialisée. Ce phénomène a des conséquences multiples à l'échelle des agglomérations, concurrence générationnelle sur certains produits immobiliers, développement de nouvelles formes d'habitat et risque de ségrégations sociales dans certains quartiers au vieillissement trop homogène. Afin de sortir de l'alternative traditionnelle entre l'adaptation du logement et l'entrée en EHPAD, le secteur privé comme le secteur public ont développé de nouveaux concepts : les « quartiers intergénérationnels », les « villages seniors », les logements adaptés labellisés « seniors » qui associent de plus en plus à la fonction « logement » collectif ou individuel, « des services à la carte ». Il convient d'apporter des précisions sur les différents types d'hébergement existants afin de mieux comprendre les particularités du « logement senior ».

Maison de retraite : Le terme générique de maison de retraite englobe un ensemble très hétérogène dans lequel il faut distinguer entre les structures qui dépendent du secteur public ou du privé. Dans le secteur privé, les établissements peuvent avoir le statut de société commerciale ou d'association. Elles sont gérées par des caisses de retraite, des mutuelles, des associations, des fondations ou bien sont contrôlées par des groupes hôteliers ou des investisseurs privés. Leurs prestations et leurs tarifs sont très variables. Elles peuvent accueillir des personnes âgées aux revenus modestes si elles ont obtenu l'agrément des DDASS qui prennent en charge le complément du prix de la journée que le résidant ne peut supporter. Dans le public, les établissements peuvent relever du secteur sanitaire (hospitalier) ou de la commune. Plus précisément, 60 % d'entre elles sont **publiques**. Elles appartiennent à la commune ou au département et sont placées sous l'autorité d'un centre communal d'action sociale (CCAS), de l'Assistance publique, d'un centre hospitalier ou d'un hôpital. Moins onéreuses que les maisons de retraites privées, elles sont très souvent complètes et le délai d'admission est généralement de plusieurs mois.

Le résident dont les ressources sont insuffisantes peut bénéficier de l'aide sociale. Elles peuvent accueillir des personnes âgées en perte d'autonomie, valides, dépendantes voire désorientées en leur offrant un logement, des services collectifs et en leur assurant un encadrement et une surveillance médicales. Les établissements peuvent être plus ou moins médicalisés selon qu'ils ont pour vocation d'accueillir des personnes âgées autonomes, en perte d'autonomie ou dépendantes. Une maison de retraite est dite médicalisée lorsqu'elle emploie du personnel médical assurant des soins infirmiers : médecins, infirmières, aides-soignants, ainsi que des soins paramédicaux : kinésithérapeutes, ergothérapeutes. Enfin le séjour peut être de longue durée ou temporaire. Un séjour temporaire correspond à un séjour d'été, un séjour de convalescence ou bien à un séjour d'essai renouvelable. Il peut se transformer en un séjour de longue durée. Enfin, certains établissements offrent la possibilité d'un accueil de jour.

EHPAD : Sigle désignant un établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes, forme d'institution pour personnes âgées la plus répandue. Depuis 1999, les établissements accueillant des personnes âgées – maisons de retraite, MAPAD – sont appelés des EHPAD. Ces « maisons de retraite » peuvent accueillir des personnes dépendantes, parfois atteintes de la maladie d'Alzheimer ou de maladies dégénératives ; elles doivent alors justifier d'équipements adaptés et de personnels spécialisés, selon le nombre de places disponibles. On compte quelque 10 000 établissements d'hébergement pour personnes âgées (EHPAD) qui permettent de disposer de 640 000 lits. La réforme des établissements hébergeant des personnes âgées dépendantes a été initiée par la loi du 24 janvier 1997, modifiée par la loi du 20 juillet 2001 et leurs décrets d'application – réforme souvent dénommée « réforme de la tarification ». La mise en œuvre de la tarification des EHPAD passe, pour chaque établissement, par l'élaboration et la signature d'une convention tripartite pour 5 ans entre ce dernier, le président du Conseil général et l'autorité compétente pour arrêter le tarif soins (préfet ou directeur de l'agence régionale de l'hospitalisation). Ce document, signé pour 5 ans et établi à partir d'un cadre national, définit les conditions de fonctionnement de l'établissement sur le plan budgétaire et en matière de qualité de la prise en charge des personnes âgées. La convention formalise les engagements pris par l'institution dans le cadre de la démarche qualité. Cette démarche est guidée par un cahier des charges, défini au niveau national (arrêté du 26 avril 1999) qui aborde tous les aspects de la vie de l'institution, et en particulier, l'accueil et l'information des résidents et des familles, le respect des droits des résidents, le confort de l'hébergement, l'animation, la qualité et l'organisation des repas, l'aide à la vie quotidienne, la qualité des soins, l'accompagnement de la fin de vie,

les relations avec l'environnement (réseaux gérontologiques). Les engagements sur ces différents points sont matérialisés dans un « projet d'établissement », qui comporte lui-même un « projet de vie » et un « projet de soins ».

MAPAD : Sigle désignant une Maison d'Accueil pour Personnes Âgées Dépendantes. Il s'agit d'un établissement qui s'adresse en priorité aux personnes âgées en perte d'autonomie, physique et/ou psychique, et ayant besoin de l'assistance permanente d'un personnel spécialisé pour les accompagner dans les gestes de la vie quotidienne (se lever, se laver, se nourrir, s'habiller). Il est organisé le plus souvent autour d'une unité fonctionnelle permettant d'accueillir dans une même unité géographique des personnes présentant une détérioration intellectuelle. La vie s'y organise le plus souvent autour d'activités domestiques quotidiennes, coordonnées généralement par une maîtresse de maison. Cette terminologie commence à être remplacée par celle d'EHPAD.

Résidence avec services : Ce type d'hébergement collectif est conçu pour servir d'intermédiaire entre le logement personnel et la maison de retraite traditionnelle. Elles sont destinées à accueillir des personnes âgées valides, autonomes, seules ou en couple, ne désirant ou ne pouvant plus vivre isolées. Tout en conservant une certaine indépendance au sein des appartements, les résidents bénéficient d'équipements ou de services collectifs dont l'usage est facultatif et payant : restaurant, services ménagers, services paramédicaux, animations et activités diverses.

Accueil de jour : Les personnes âgées autonomes, dépendantes ou désorientées peuvent être accueillies durant une ou plusieurs journées (voire une demi-journée) afin de poursuivre les soins, de diminuer les hospitalisations ou tout simplement de soulager, un temps, les familles… Durant leur séjour, elles participent aux activités thérapeutiques et aux animations. Les accueils de jour sont gérés par des structures d'accueil existantes : maisons de retraite ou parfois par des hôpitaux psychiatriques. Comme leur nom l'indique, ces accueils de jour ne prévoient pas d'hébergement nocturne. La personne âgée assure le paiement des frais d'hébergement à la journée. Selon son degré de dépendance et ses ressources, elle peut bénéficier d'une prise en charge par le Conseil général au titre de l'Allocation personnalisée d'autonomie (APA).

Unités de soins de longue durée : Appelées autrefois « hospices » puis « centres de long séjour », ces unités relèvent aujourd'hui du secteur hospitalier et accueillent des personnes qui ont perdu leur autonomie et dont l'état nécessite une aide constante en matière de soins et pour les gestes de la vie quotidienne ainsi qu'une surveillance médicale constante.

Foyer logement : Les foyers logements sont une formule intermédiaire entre le domicile et la maison de retraite permettant une indépendance de vie. Ces foyers logements sont destinés à des personnes âgées, de 60 ans et plus, autonomes ou légèrement dépendantes, capables de vivre dans des logements indépendants, loués vides, de type F1 ou F2 (pour la plupart à caractère social HLM). Les personnes âgées sont locataires ou propriétaires de leur appartement. En plus de logements privatifs, des espaces communs sont à la disposition des résidents : salle à manger… Certains services collectifs facturés en supplément sont parfois proposés mais demeurent néanmoins facultatifs : restauration, blanchisserie, coiffure, sécurité, animations… Les résidants sont soumis au respect d'un règlement intérieur.

MAPA : Les MAPA (maison d'accueil pour personnes âgées) accueillent des personnes âgées en perte d'autonomie, dans l'incapacité de vivre seules à leur domicile mais ne nécessitant pas de prise en charge médicale. Dans les MAPA, le mode de vie est collectif. Leur implantation est située à proximité du centre-ville pour que les résidants conservent une vie sociale normale.

MARPA : À l'initiative de la mutualité sociale agricole, la MARPA (maison d'accueil rurale pour personnes âgées) est destinée à une population (de 60 ans et plus) vivant en milieu rural, généralement autonome ou en légère perte d'autonomie, de même milieu social et géographique. Elle regroupe une vingtaine de personnes âgées dans de petits appartements indépendants, loués vides, tout en proposant des espaces de vie communautaire. La MARPA est gérée par une maîtresse de maison. Toutefois, la personne âgée est associée à la vie matérielle de la communauté. Ainsi chacun peut-il participer à la préparation des repas, accomplir des tâches ménagères et prendre ses repas avec les autres.

CANTOU : Le Cantou (centre d'activités naturelles tirées d'occupations utiles) est une petite structure accueillant une dizaine de personnes âgées souffrant de troubles du comportement, désorientées, atteintes de maladie d'Alzheimer… Ces unités autonomes ou intégrées dans des établissements de type maison de retraite disposent d'un équipement adapté à la surveillance des personnes âgées. Le personnel d'encadrement diplômé est formé à la prise en charge de personnes âgées désorientées et partage la vie des résidants. Une maîtresse de maison assure le bon fonctionnement de l'établissement. La personne âgée est associée, selon ses possibilités, à la vie quotidienne du Cantou : épluchage, vaisselle, mise du couvert…

Hôpital de jour : L'hôpital de jour est une structure intermédiaire entre les soins hospitaliers et ambulatoires. Ses activités débutent à 9h pour se terminer à 16h. Cette formule concerne les personnes âgées en perte d'autonomie qui peuvent être hospitalisées dans la journée et dont

le suivi médical (traitement, rééducation) nécessite une prise en charge globale et temporaire. Les patients rentrent chez eux le soir. L'hôpital de jour se veut être un tremplin vers la reprise d'une vie active. Ce qui fait de cette structure un lieu d'écoute. Une fois terminé leur traitement, le patient regagne son domicile.

Hébergement temporaire : C'est un lieu d'accueil qui permet aux personnes âgées autonomes de bénéficier temporairement durant quelques semaines ou quelques mois d'un hébergement pour répondre à des besoins ponctuels et variés tels que l'inconfort de l'habitat, la sortie d'hospitalisation, l'absence momentanée de l'entourage familial, l'isolement pendant la période d'hiver, la maladie du conjoint, l'attente d'un hébergement collectif. Ces structures sont soit autonomes, soit rattachées à une institution d'hébergement permanent : hôpital, maison de retraite.

Lotissement senior ou **Village retraite** : Les personnes âgées sont logées en pavillons individuels, implantés souvent en zone rurale ou en périphérie de zones urbaines. Les résidents vivent de manière autonome, mais peuvent demander les services d'une aide à domicile et profitent d'équipements communs au lotissement (centre de loisirs, commerces, restaurants). Le service gérant le village retraite s'occupe entre autre du suivi administratif et matériel.

Pour illustrer notre étude, nous prendrons pour exemple la situation des personnes âgées dans le Limousin, région pilote pour l'aide apportée aux personnes âgées. Le Limousin est la région la plus âgée de France. Selon l'INSEE, les 60 ans et plus représentent 201 878 personnes (12 889 864 pour la France). À l'horizon 2030, les projections tablent sur 118 000 personnes âgées de 75 ans et plus, contre 82 000 actuellement.

Selon l'INSEE, je cite, « *avec deux fois plus d'arrivées en Limousin que de départs, les échanges migratoires des personnes de plus de 60 ans ont un impact réel sur le peuplement de la région. Plus de la moitié de ces immigrants arrivent de la région parisienne, et seulement un tiers sont natifs de la région* ». Cette migration de seniors (excédent migratoire de plus de 6 000 personnes) est attirée par les atouts environnementaux de la région et elle s'installe dans des logements d'un bon niveau de confort.

En Haute-Vienne, Limoges, capitale régionale du Limousin, est un pôle où se concentre une bonne partie de la vie économique, sportive, culturelle et associative de la région. C'est dans ce département que se produira la progression la plus forte des 50 ans et plus dans les années à venir [89].

89• Source INSEE : Bilan démographique au 1er janvier 2002 – *Focal Insee Limousin*, octobre 2004 « Les personnes âgées aujourd'hui et demain ».

Cette présentation faite, nous avons souhaité rencontrer le professeur Thierry Dantoine, gériatre au CHU de Limoges, spécialiste de la question de la personne âgée, afin de lui poser quelques questions sur les structures d'accueil des personnes âgées dépendantes en France.

3) L'état des structures d'accueil des personnes âgées dépendantes en France

– Professeur Dantoine, pouvez-vous nous décrire, en quelques mots, la situation des structures d'accueil pour personnes âgées en France ?

L'arrivée du papy-boom va considérablement augmenter le nombre des personnes âgées dépendantes. Il existe, à l'heure actuelle, à peu près 8 000 établissements pour personnes âgées dépendantes (EHPAD) et de nombreuses USLD (Long Séjour), qui couvrent, aujourd'hui, à peine les besoins. En effet, les listes d'attente, pour l'entrée dans ces établissements, sont importantes et les délais d'attente sont de plusieurs mois. Il est intéressant de noter que le souhait le plus cher des personnes âgées, même pour les plus dépendantes, est de rester à domicile, et que 80 % des personnes âgées de plus de 80 ans, vivent au domicile. C'est pour ces raisons qu'il faut comptabiliser, comme équivalent des structures d'accueil, toutes les structures de maintien à domicile.

– Comment peut évoluer, à votre avis, le tableau que vous venez de brosser, au cours des quinze prochaines années ?

Dans les années à venir, l'augmentation du nombre des structures d'accueil est indispensable. Il faudrait, d'ici à 15 ans, les doubler. Parallèlement, l'augmentation de la professionnalisation des personnes travaillant auprès des personnes âgées, la domotique, les nouveaux concepts de réseau (tel GEROPASS), doivent optimiser l'existant. Il ne s'agit pas de raisonner sur les concepts actuels de la gériatrie et de la gérontologie, mais il faut repenser la prise en charge de la personne âgée dépendante, en fonction des évolutions socioculturelles, et des bénéfices de la prévention du mauvais vieillissement, commencée dans les années 80, qui porte maintenant ses fruits. À titre d'exemples, la télémédecine doit éviter des hospitalisations abusives qui entraînent une dégradation de l'autonomie, des services innovants comme l'Unité de Recours et de Soins qui évitent le passage des personnes âgées en situation aiguë aux urgences, permettant ainsi une prise en charge optimum, rapide et humaine, ou comme le concept du réseau GEROPASS.

Le concept GEROPASS : il s'agit de sensibiliser les médecins traitants, les infirmières travaillant au domicile, et les aidants, aux indicateurs de rupture d'autonomie, qui, quand ils sont ignorés, conduisent trop souvent les patients âgés aux urgences. En effet, 2 000 personnes âgées, si elles avaient été prises en charge avant la rupture d'autonomie qui les a conduits aux urgences du CHU, n'auraient pas fait cet état pathologique grave et auraient pu

bénéficier de soins adaptés, moins onéreux, plus efficaces et moins lourds.
L'équipe du professeur Dantoine a réparti ces indicateurs de ruptures d'autonomie, qui permettent de dépister, avant cette rupture, des personnes âgées en état de risque, en six blocs :

- pathologies (insuffisance cardiaque, insuffisance respiratoire, diabète,…)
- démence (maladie d'Alzheimer ou autre,…)
- dépression
- nutrition (et déshydratation)
- mobilité (chutes,…)
- social (problèmes sociaux étant souvent responsables d'une mise en institution,…).

Ainsi, le médecin traitant, les infirmières à domicile ou les aidants peuvent, bloc par bloc, dépister les risques de rupture d'autonomie. À la suite de cela, ils mobilisent le réseau GEROPASS qui, se servant des possibilités de soins et de prises en charge locales existantes (IDE, CLIC, soins médicaux spécialisés privés ou publics, kinésithérapie, soins à domicile, consultations mémoires,…), vont permettre d'éviter l'aggravation de l'état de dépendance de la personne âgée. Ce concept GEROPASS est une innovation de la prise en charge adaptée de la personne âgée fragile, et devrait permettre d'améliorer la qualité de cette prise en charge tout en augmentant son efficacité et son humanité.
De plus, l'EHPAD, grâce à l'expertise de son médecin coordonnateur, un « gériatre de terrain » va devenir à moyen terme « la tête de pont avancée » de la prise en charge gériatrique et gérontologique. Plutôt que de déplacer les patients, le médecin traitant pourra, grâce aux médecins coordonnateurs, adapter les soins et les traitements aux personnes âgées à proximité de leur lieu de résidence. Il existe déjà des structures de terrain médico-sociales, les CLIC (centres locaux d'information et de coordination), qui pourraient bénéficier de l'expertise du médecin coordonnateur ajoutant ainsi une dimension gériatrique à leurs capacités gérontologiques.

– Quels sont les aspects positifs du paysage actuel sur lesquels il sera possible de s'appuyer pour développer une meilleure organisation, ou des structures d'accueil répondant mieux aux besoins actuels et à venir ?

Les progrès de la gériatrie sont énormes ces dernières années. Tout d'abord, par la prise de conscience des politiques, du problème incontournable de la dépendance au grand âge des populations à venir, ensuite par la reconnaissance des pathologies, comme la démence, par tous, enfin, par la pression des aidants et des familles pour améliorer la prise en charge des aînés. De ce fait, des moyens supplémentaires et une reconnaissance accrue ont été apportés à la gériatrie. Le point majeur sur lequel il est important d'insister est la nécessité de la professionnalisation des personnes travaillant auprès des personnes âgées. Il existe cependant un écueil : les salaires augmentent en fonction de cette

professionnalisation. Le coût horaire des personnes travaillant en gérontologie s'avère une charge exorbitante pour les malades, ainsi, beaucoup ont recours à un personnel non qualifié. Il est urgent de réfléchir sur des possibilités de subventions adaptées pour « amortir » ce surcoût, car plus le personnel sera qualifié, meilleure sera la prise en charge. Le maillage gériatrique représenté par les EHPAD, va également permettre d'améliorer la qualité de la prise en charge. Il reste, cependant, de nombreuses réticences à vaincre pour faire reconnaître, tant par les médecins que par bon nombre de personnes travaillant auprès des personnes âgées, le bénéfice indiscutable que représente l'expertise gériatrique de terrain. La domotique, aujourd'hui en pleine recherche (tout particulièrement dans notre région, grâce à l'implantation des établissements Legrand) a donné, à notre région, une avance importante et une reconnaissance européenne dans ce domaine. Les structures d'accueil sont à peine suffisantes dans notre région. Mais, il existe également un manque important en gériatre et en personnel qualifié. L'implantation récente de structures privées dans notre région, devrait permettre d'élargir les offres. Il faudra cependant être vigilant pour préserver, dans ces établissements, la qualité des soins. Il est impossible aujourd'hui de travailler en gériatrie sans une évaluation des pratiques professionnelles. Celle-ci est entrain de se mettre en place dans notre région, elle va permettre d'harmoniser les pratiques et d'optimiser l'existent.

– À votre connaissance, peut-on s'inspirer d'exemples plus constructifs à l'étranger ?

Le Canada est très en avance sur la prise en charge gérontologique de la dépendance. Nous travaillons en partenariat avec l'université du Québec afin d'adapter le modèle canadien à la France. L'Allemagne est à la pointe dans les domaines de la domotique ainsi que plusieurs pays du nord. L'équipe du professeur Dantoine est d'ailleurs, à l'heure actuelle, sur un projet européen dans ce domaine.

– Qu'est-il urgent de faire, pour un avenir proche, à deux ans, à cinq ans, à dix ans, à quinze ans ?

- *L'urgence, plus que de vouloir multiplier les structures, est de se donner les moyens d'obtenir un personnel non seulement suffisant, ce qui n'est pas le cas (à titre d'exemple : sur 100 infirmières nécessaires au recrutement en Gériatrie au CHU, seules la moitié a été trouvée !) mais également en professionnalisant le personnel travaillant auprès des personnes âgées dépendantes.*
- *Les réseaux gérontologiques doivent être repensés et réorientés sur une prise en charge globale de la personne âgée polypathologique. Il n'est pas possible de continuer à traiter efficacement, pathologie par pathologie, des personnes âgées aux pathologies multiples. Les réseaux existants se sont spécialisés, par exemple diabète, insuffisance cardiaque, nutrition, Alzheimer, c'est un non-sens gériatrique. Il est indispensable de fédérer toutes ces actions ponctuelles pour redonner à la personne âgée fragile, sa place centrale au sein des réseaux.*
- *Développer le maintien à domicile grâce à des hôpitaux de jour spécifiques pour les personnes âgées, des accueils de nuit, et optimiser les hébergements temporaires dans les EHPAD pour qu'ils soient plus, comme à l'heure actuelle, des hébergements pour*

« l'aide aux aidants » mais pour qu'ils deviennent « des équivalents services de convalescence de proximité ».

- *Le développement de l'Unité Mobile de Gériatrie Pluridisciplinaires (avec un gériatre, une infirmière, une psychologue, un ergothérapeute, une assistante sociale) qui intervient aujourd'hui aux Urgences, doit savoir donner les moyens de « pouvoir sortir » sur la ville pour améliorer la qualité du maintien à domicile.*

Malgré les efforts déployés par les professionnels tel que le professeur Dantoine qui compte parmi les plus grands spécialistes mondiaux, le sentiment général demeure que la satisfaction faite des besoins de la personne âgée est souvent proportionnelle aux moyens dont elle dispose, ce qui, à défaut de surprendre, peut toutefois interpeller, ou révolter.

4) Les personnes âgées, leur patrimoine, les solutions offertes

À de rares exceptions près, si l'on propose à une personne âgée dont la dépendance grandit le choix entre le maintien à son domicile accompagné d'une assistance adaptée, d'une part, et le placement dans une résidence adaptée à ses besoins, d'autre part, le choix du senior se portera sur la première solution, pour des raisons de confort, d'habitude, et d'indépendance.

Si la même question est apportée au comptable public, ce dernier se prononcera également pour la première option. De même, la solution de placement en famille d'accueil sera moins onéreuse et probablement plus humaine pour la personne âgée. La famille de la personne âgée hésitera peut-être un peu plus, la réponse sera parfois moins affirmative, mais devrait, sous certaines conditions et selon certaines garanties, suivre le choix de l'aïeul.

Selon une étude de la Direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques (DREES), en 2005, le maintien des personnes âgées dépendantes à leur domicile ou celui de leur famille restait le vœu de huit Français sur dix. En juin 2006, selon une autre étude réalisée pour le compte de la Fondation Caisses d'Épargne, 82 % des personnes âgées se déclaraient favorables au développement d'un habitat individuel aménagé, permettant l'autonomie et le maintien d'un lien social.

Comme on l'a vu, les personnes âgées sont de plus en plus nombreuses à envisager un changement de lieu de vie avec la retraite, avec une nette préférence pour le logement individuel. On ne se retire plus seulement dans la petite maison bricolée sa vie durant. On rêve pour certains de faire construire une maison facile à vivre comportant un confort et toutes les commodités pour ses vieux jours. Il existe également de nombreuses aides sociales incitatives au maintien à domicile, dont la popularité dépend malheureusement encore trop souvent du caractère récupérable sur la succession, et il est établi qu'une personne âgée soignée à son domicile coûte beaucoup moins cher à l'administration qu'une personne placée dans un établissement de long séjour.

Une partie non négligeable de nos seniors a soigneusement préparé sa retraite, à deux, puis seul, et dispose d'une autonomie financière lui permettant de répondre aux besoins de la vie courante, ainsi qu'aux soins à domicile remédiant à la maladie d'un membre du couple, fut-elle dégénérescente.

Il faut oser le dire, cette préparation, qui n'est pas majoritaire, est bien, nous semble-t-il, la meilleure solution aux difficultés rencontrées par les seniors dans la gestion médicale de leur quotidien. En effet, un senior propriétaire de sa résidence principale, d'une résidence secondaire ou locative, d'un patrimoine financier raisonnablement placé et d'une retraite correcte peut espérer pouvoir subvenir à ses besoins jusqu'à la fin de ses jours, à condition que ce patrimoine soit bien géré. À cet égard, il est important de souligner que la signature d'un « pacte de famille », contrat proposé dans les prochains chapitres de cette étude, peut beaucoup aider à s'entendre sur la curatelle future de la personne âgée en deveni comme le fait d'ailleurs, dans une autre hyphothèse, le mandat de protection future. Il faut également souligner que les réformes récentes en matière de fiscalité successorale éviteront sans doute à nos seniors de trop se défaire de leurs biens par crainte de ne pas passer entre les fourches caudines de l'administration fiscale et des droits de succession, tout en leur permettant de transmettre la partie de leur patrimoine dont ils n'auront ni l'usage, ni l'utilité, avec opportunité et cohérence. Malheureusement, la partie la plus importante de nos seniors ne dispose pas de moyens aussi considérables, ou voit, en tout état de cause, son pouvoir d'achat s'amenuiser, sans pouvoir y remédier avec efficacité, faute d'avoir su ou pu organiser son « après-vie active », en comptant sur la seule solidarité nationale pour subvenir à ses besoins.

Notre rôle est de proposer des solutions à cette population d'employés retraités, souvent propriétaires de leur résidence principale, qui, sans être dans la misère, ne dispose pas d'une retraite suffisante pour s'assurer un avenir sans nuage et parer à un éventuel « coup dur ».

Aujourd'hui, la situation des résidences pour personnes âgées, en sus des structures d'accueil que l'on qualifiera de « maisons de retraite » et des unités de « long séjour », est la suivante. Il faut tout d'abord observer la multiplication des « résidences-services », qui sont des copropriétés verticales le plus souvent, constituées d'appartements de deux ou trois pièces offrant des services d'accueil, de laverie, de restauration, et de fourniture du linge de maison ; ces copropriétés sont de plus en plus souvent « médicalisées », en ce qu'elles développent un éventail de plus en plus étendu de prestations médicales : visites ou consultations médicales organisées, aides-soignantes se déplaçant régulièrement, infirmières à domicile. Se développent également d'autres prestations telles que le standard téléphonique, l'assistance administrative, etc…

Il convient d'ajouter que certaines de ces copropriétés se tournent résolument vers un modèle plus orienté vers les 60/85 ans non dépendants en fournissant

au rez-de-chaussée de nombreux commerces de détail, qui permettent aux seniors encore actifs et désireux de conserver une certaine autonomie d'économiser de pénibles déplacements. Dans le même ordre d'idée, on constate le développement de villages de seniors, véritables lotissements à l'américaine, où chaque co-loti dispose de sa maison et carré de jardin, où une certaine sécurité est organisée, certaines activités organisées… qui prennent la forme de lotissements et sont souvent entourées de centres commerciaux et comportent souvent à proximité espaces de loisirs et de détente. Les parties communes sont des lieux de rencontre entre personnes de même génération sans aucune forme d'obligation, ce que redoutent souvent les personnes âgées dans les structures d'accueil plus organisées. Une attention particulière est portée sur la sécurité, dans ces lotissements « à l'américaine », qui comprennent clôtures et gardiennage.

Ce dispositif, d'une certaine simplicité (vigile à l'entrée, périmètre sécurisé, organisation de visites et de livraisons à domicile, commandes groupées, association syndicale particulièrement vivace proposant loisirs, activités « à la carte ») est très séduisant pour les seniors qui souhaitent « rester entre eux » ou, tout en moins, s'assurer une certaine quiétude à l'abri de jeunes couples par nature bruyants. Reste que le manque de poésie du système ne nous satisfait pas réellement dans notre objectif de rupture de la solitude ; en effet, on peut penser que ces personnes s'isolent entre elles coupées du reste du monde. Au moins réussissent-elles à développer un troisième, voire un quatrième âge paisible, et à se créer de nouvelles relations, après avoir perdu, là où elles habitaient, nombre de leurs connaissances. Il n'est pas utile de développer le fonctionnement de ces structures ; il faut comprendre qu'elles se forment sur la base d'un lotissement, dont les charges sont plus importantes que celles des lotissements classiques. Reste qu'il serait illégal d'en interdire l'accès aux jeunes, et que, par la force des choses, une mixité générationnelle finira bien par s'instaurer ! Enfin, comment ne pas aborder les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EPHAD), structures d'accueil plus classiques, régulièrement critiquées [90].

90. À ce sujet, voir l'édifiant ouvrage de Christophe FERNANDEZ, Thierry PONS, Dominique PREDALI et Jacques SOUBEYRAND, « On tue les Vieux », volontiers alarmant sans être pour autant alarmiste, aux *éditions Fayard*. Cet ouvrage dresse un état des lieux dramatique de la condition de la personne âgée en France, sans concession, nourri de nombreux exemples sans doute provocateurs, mais sans démagogie, et s'il n'a pas la prétention d'écrire que tout va mal, nous rappelle tout au moins que tout est loin d'aller bien.
Quelques-uns de ses sous-titres : sale temps pour les vieux, l'euthanasie économique, des conditions d'accueil déplorables, l'industrialisation des soins, une belle accréditation, des soins au rabais, maltraitances ordinaires, plainte contre les plaignants, le business de la vieillesse, les mannes de l'État, le jackpot gérontologique, des millions pour les actionnaires et une misère pour les pensionnaires… La lecture de cet ouvrage permet de bien comprendre la nécessité, évoquée plus loin dans cette étude, de placer la personne âgée, dépendante ou non, au cœur du raisonnement, en en faisant le sujet du développement du système, et non de la considérer comme l'objet de ce développement.

Ils se répartissent entre les maisons de retraite et les logements-foyers. Ils accueillent des personnes âgées présentant un degré de dépendance variable. L'état de ces structures laisse parfois à désirer, malgré la bonne volonté de beaucoup de responsables ou d'employés. Mais nous y reviendrons.

On observe que certains établissements doivent fermer pour ne pas « être aux normes », malgré les bonnes volontés évidentes des dirigeants et employés envers les résidents. Nous pensons à divers exemples de foyers de type « petites sœurs des pauvres » fermés récemment, pour être remplacés par de plus grandes structures, mieux considérées par les autorités administratives, à défaut de l'être par leurs résidents. Il convient en effet de s'interroger sur le ratio entre l'accueil des résidents, la qualité du service, le coût de l'hébergement et la rentabilité de ces établissements, dont la morale voudrait précisément qu'ils ne soient pas rentables… On a vu que le financement public n'était probablement pas la réponse aux maux des seniors, qui sont réels. On constate, en consultant les experts et en se documentant, à quel point les structures d'accueil privées sont marquées, à quelques exceptions près, par le souci de rentabilité plus que par l'intérêt de la personne âgée. Il convient donc, de façon urgente, de replacer la personne âgée au cœur du système, et de lui proposer des solutions, de préférence, avant qu'elle ne soit âgée et dépendante.

Ces solutions, nous en proposerons, qui coûteront assurément moins aux finances publiques que le prix actuel et futur des systèmes existants. Mais pas d'impatience, ce sera l'objet de la seconde partie de notre développement.

Il convient tout d'abord de se pencher sur l'inadaptation actuelle des structures d'accueil aux besoins à venir, et surtout sur leur insuffisance.

Pour cela, reprenons notre dialogue avec le professeur Dantoine.

5) De l'amélioration des structures d'accueil

– Professeur, les différents points de vue et documents que nous avons consulté au cours de nos recherches font parfois apparaître d'inquiétants dysfonctionnements dans de nombreuses structures d'accueil, voire dans toute l'organisation de l'accueil des personnes âgées dépendantes en France. Il apparaît cependant que le Limousin, qui présente la particularité d'être « pilote » en France de par la proportion de personnes âgées dans la population, qui devrait être celle de la France dans une quinzaine d'années, s'est doté de structures aujourd'hui adaptées. Pouvez-vous nous en dire plus ?

Le Limousin est innovant à plus d'un titre dans le domaine de la gériatrie :

- *par la création de l'unité mobile de gériatrie, ce concept pluridisciplinaire notre région a permis, par son travail aux urgences d'optimiser la prise en charge des personnes âgées en rupture d'autonomie*

- *par le service de post-urgences gériatriques, ce service, encore trop petit pour absorber les besoins, permet d'éviter des hospitalisations inadaptées à des personnes en situation d'urgence gériatrique*
- *par l'unité de recours et de soins, ce service encore expérimental, qui devrait s'ouvrir définitivement en décembre prochain, est une innovation de l'équipe du professeur Dantoine et a été particulièrement remarqué par son esprit innovant et ses performances.*
- *le réseau GEROPASS, prise en charge de la rupture d'autonomie en amont de l'urgence. Ce concept de réseau global de prévention répond, avant l'heure, au cahier des charges proposé par le ministère dans ce domaine. Il n'a pas pu encore voir le jour en raison « d'opposition de chapelles » alors qu'il aurait pu, depuis déjà un an, fonctionner. Les études prospectives ont montré qu'il optimiserait une économie substantielle dès la première année de son fonctionnement, tout en permettant une meilleure prise en charge gériatrique.*

Après avoir étudié les structures d'accueil existantes, penchons-nous sur la solution préférée des Français, et de l'État, c'est-à-dire le maintien de la personne âgée à son domicile. Pour cela, nous étudierons dans la seconde partie de cet état des lieux, intitulée les remèdes actuels, les solutions qui rendent ce maintien possible pour la personne âgée ; auparavant, penchons-nous sur les incitations fiscales et sociales au maintien à domicile.

6) Les aides fiscales et sociales au maintien à domicile

La tradition juridique en France est favorable à la responsabilité familiale (l'obligation alimentaire) pour la prise en charge des phénomènes de solitude et dépendance. Toutefois, cette solidarité familiale traditionnelle n'est plus en phase avec la réalité économique et sociale des dernières décennies. Les personnes tenues à une obligation alimentaire ne sont pas toujours en mesure d'y faire face. La société a par conséquent pris le relais et son intervention revêt de nombreuses formes.

Notre expérience nous enseigne que les personnes âgées qui peuvent être maintenues à leur domicile privilégient cette solution plus que toute autre ; ainsi faut-il encourager tant que faire se peut les aides sociales y afférentes. À cet effet, nous listerons brièvement ci-après les aides fiscales actuellement existantes ; le lecteur se reportera utilement aux rapports des 95e et 102e Congrès des notaires de France qui ont listé ces aides.

Nous avons cependant constaté la limite, peut-être marginale, mais en tout cas inacceptable, constituée par l'abus opéré par certaines familles de l'aide sociale ; ainsi est-il parfois demandé au notaire de procéder à la donation de tout ou partie des biens de la personne âgée dans l'objectif d'organiser sa pauvreté, afin de lui faire bénéficier de la plus large des aides sociales possible, sans que l'État ne puisse récupérer tout ou partie de l'aide dans la succession.

Aussi faudrait-il, dans le souci du bien commun et dans tous les cas, imposer aux héritiers, légataires, donataires ou bénéficiaires de contrats d'assurance-vie de rapporter l'intégralité des biens donnés/reçus, en valeur uniquement, au moment du décès en l'imputant, au prorata de la valeur au décès des biens donnés, sur la part reçue. Cette solution permettra évidemment une meilleure récupération de l'aide sociale, donc une diminution des abus y afférents.

L'idée n'est pas uniquement de préserver l'intérêt des administrations fiscales et sociales, même si ce souci est louable, car synonyme d'économies réalisées par l'État, donc par les contribuables. Il est vérifié que l'appauvrissement de la personne âgée, dans le but de gain au détriment de l'administration sociale nuit avant tout à la personne âgée. Or c'est bien cette dernière qui doit être au centre de notre raisonnement, et au centre du raisonnement de sa famille.

À cet égard, et par analogie avec un domaine complètement différent, à l'aulne du rôle qui a été confié au notaire, dans le cadre du calcul de la taxe sur la plus-value des particuliers, il pourra être confié au notaire en charge de la rédaction de la déclaration de succession, dont la rédaction et le dépôt devraient être, à notre humble avis, confiés au notaire dans le cadre de son rôle d'officier ministériel, conseil des parties, responsable de ses actes, et meilleur allié des administrations fiscale et sociale, un rôle de contrôle et de conseil de cette récupération, dans le cadre d'une déclaration sur l'honneur des héritiers.

B/ Les dispositifs actuels

Nous avons pris le parti pris volontaire de ne pas traiter, au sein de ce chapitre, des solutions actuelles qui ne nous paraissent pas présenter de caractère innovant suffisant et dont l'encouragement du développement serait potentiellement contre-productif en ce qu'il ne présente pas, à notre sens, l'avantage de placer la personne âgée au centre du dispositif sanitaire, mais aussi économique de la gériatrie.

Ainsi, nous avons préféré mettre en lumière des solutions innovantes, pour l'heure marginales, mais au potentiel de développement intéressant, avant d'étudier nos remèdes à ce qu'il faudra bien un jour considérer comme une crise sociétale, une crise de solitude de la soixante dizaine.

Au-delà de ces solutions immobilières, nous souhaitons, sans révolutionner le droit des incapacités, dont la récente réforme par la loi du 5 mars 2007, applicable à compter du 1er janvier 2009, est, à notre avis, de très bon sens, intégrer les dispositifs de tutelle ou curatelle au pacte de famille ; en effet, la famille est replacée au centre de la tutelle, et la mise en place de la co-tutelle /curatelle ne peuvent qu'encourager le choix opéré à l'avance par le futur majeur protégé de son tuteur, curateur, co-tuteur ou curateur. Mais nous y reviendrons.

Enfin, il ne sera pas évoqué ici le dispositif d'accueil familial des personnes âgées, car notre constat est qu'il est encore développé de façon trop inégalitaire selon les régions, et que notre rôle est de promouvoir cette innovation, synonyme de mieux vivre pour nos anciens.

1) Les solutions immobilières : les structures d'accueil originales existantes

Nous avons déjà décrit les villages de personnes âgées, des résidences de services ou des résidences avec lieux de vie et commerce en parties communes. Ces structures présentent, à notre avis, l'avantage essentiel de mettre la personne âgée au centre du système, en lui laissant également, dans une certaine mesure, la maîtrise économique de ce système, malgré des charges de copropriété très, parfois trop élevées, et l'autonomie qui leur est naturellement due.

En effet, il apparaît assez nettement qu'on ne guérira pas la solitude des personnes âgées par le retour en force du collectif ou du communautaire. Les études sociologiques menées sur ce sujet ont pu mettre en évidence que le comportement des personnes âgées reste caractérisé par l'individualisme. L'idéal des personnes âgées n'est guère celui du village ou de la famille traditionnelle, contrairement ce que mettent souvent en place les directions des établissements d'accueil de personnes âgées. Ainsi, l'espace des maisons de retraite se partage entre espace public où dominent les personnes mal en point et des espaces privés où se réfugient les autres personnes âgées qui fuient ce rappel. Le modèle se rapproche davantage de celui de la ville et de l'espace intergénérationnel, où les relations sont caractérisées par la recherche de l'anonymat des conduites et la relative mise à distance des autres individus.

Il convient d'encourager le développement de ces formes de résidences au moyen de solutions fiscales adaptées. Nous évoquerons ces solutions lors de nos préconisations de seconde partie. L'objet de cette sous-partie est plutôt de promouvoir une solution intergénérationnelle existante, et encore méconnue, c'est-à-dire le développement de quartiers présentant une mixité sociale et générationnelle. Cette solution, connue depuis un demi-siècle par les habitants des immeubles-cités, tant décriés lors de leur édification, créés par Le Corbusier, est expérimentée depuis peu à Dijon, où un véritable quartier intergénérationnel s'est développé.

Conjuguant logement social, lotissement communal, vie associative et nouvelles technologies, cette résidence baptisée *Générations* expérimente l'intergénérationnel au quotidien. À *Générations*, on croise des personnes âgées, dont certaines atteintes de la maladie d'Alzheimer, d'autres en fauteuil roulant. Quelque 150 personnes vivent dans cette résidence, réparties à parts égales entre retraités et jeunes couples avec enfants en bas âge. L'entraide et la vie sociale se déroulent dans un espace de rencontre baptisé « domicile collectif »

situé à la pointe d'un des immeubles où peuvent se croiser parents et enfants de la halte-garderie, et personnes âgées de l'accueil de jour. L'entraide est encore facilitée grâce à un système de téléphonie interne permettant à tous les habitants de se contacter sans passer par les Télécoms. De l'aveu des habitants, le regard sur la grande dépendance a changé et la solitude des personnes âgées s'en est trouvée très atténuée.

Il semble que cela constitue également une préoccupation des groupes privés qui pourraient miser sur la « cohabitation entre classes d'âge » pour l'aménagement de quartiers équilibrés, conformément aux vœux actuels des collectivités.

On a évoqué, pour remédier à la solitude des personnes âgées, les solutions « immobilières » existantes. Il convient également de se pencher sur les moyens de financement du temps de retraite des personnes âgées. Il existe pour cela divers dispositifs, que nous allons nous attacher à étudier successivement [91].

2) Les dispositifs financiers

L'étude des dispositifs qui permettent aux personnes âgées de disposer de meilleurs moyens au cours de leur retraite a pour but de mettre en valeur les solutions fournissant un réel « plus » à la personne âgée ; l'intérêt de la famille ne doit pas être oublié dans le bilan « coût-avantages » du dispositif, mais il doit, à notre sens, passer au second plan.

Étudions tout d'abord les dispositions classiques, en commençant par l'assurance-vie. Ce mécanisme a trop souvent été seulement considéré – à tort – comme un moyen d'évasion fiscale permettant une transmission indolore aux descendants ou à d'autres bénéficiaires.

a) L'assurance-vie

L'assurance-vie – à bien distinguer de l'assurance-décès – peut effectivement présenter selon l'âge du souscripteur un attrait fiscal, et il n'est pas ici besoin de développer ce sujet. Il faut tout de même noter que les nouvelles dispositions fiscales en matière de droits de succession vident quelque peu le dispositif de son intérêt lorsqu'il n'est pas envisagé pour ce qui pourrait être son but principal, c'est-à-dire la fourniture à la personne âgée d'une rente solide, permettant un complément de retraite, au moins indexée sur le coût de la vie, et la conservation du capital placé.

Ce dispositif, qui n'a pas toujours les faveurs des familles ou des « décideurs », car imposant une immobilisation du capital et un rendement improductif car utilisé aux besoins de la personne âgée, présente pourtant l'avantage de ne pas coûter un sou de deniers publics, et d'économiser autant d'argent privé fourni par les familles pour le paiement des besoins de l'aïeul. Il est assorti d'une fiscalité très favorable quant à sa transmission en cas de

91. *Challenges*, 9 novembre 2006, n° 55, pp. 86-87, « Un toit neuf pour ses vieux jours ».

placement avant 70 ans, et permet à la personne âgée de conserver une grande autonomie, le capital restant sien.

La seule limite de ce dispositif est la nécessité de détenir un capital suffisant pour produire la rente escomptée, ce qui n'est évidemment pas toujours le cas. Se présente alors une autre solution, tout aussi classique, bien que relativement peu usitée : la vente à charge de rente viagère.

Pour être intéressante pour la personne âgée, cette vente doit – mais elle l'est le plus souvent – être assortie de toutes les garanties nécessaires. Il est également dans l'intérêt de la personne âgée de conserver l'usufruit du bien vendu, ce qui en limite évidemment le prix, mais présente l'avantage, dans l'hypothèse où la personne âgée doit déménager pour être placée en établissement spécialisé, soit de vendre son droit à usufruit au propriétaire de la maison, en augmentant ainsi le montant de la rente viagère, soit de le louer ce qui augment les revenus de la personne âgée. Cette solution est peu courue en présence d'héritiers à réserve de la personne âgée, qui s'estiment souvent « déshérités » par une telle opération. Il peut alors, dans le cadre d'un pacte de famille, qui sera évoqué plus loin, et dans l'hypothèse d'une fratrie d'héritiers dont certains plus fortunés que d'autres, proposé aux plus riches d'acquérir le bien à charge de rente viagère ; cette solution n'est pas si « choquante » que cela, si l'aléa est bien présent, et qu'ainsi, les payeurs sont récompensés de leur contribution par « l'attribution » de l'immeuble au décès, étant ici précisé qu'en vertu de l'obligation alimentaire, cette contribution leur aurait été de toute façon imposée, mais sans contrepartie.

Il convient donc, de nouveau, d'évoquer un pacte de famille exposant clairement les capacités financières et les besoins de chacun, afin de permettre une bonne rétribution des contributeurs, et une justification claire de cette rétribution. Malheureusement, il n'est pas toujours possible de vendre le bien immobilier à charge de rente viagère, faute de tiers intéressé, ou de membre de la famille fortuné. Il convient alors d'étudier les dispositions du prêt viager hypothécaire, nouveauté intéressante, pas encore assez développée [92] pour en connaître les vicissitudes pratiques, mais assez bien théorisée pour en espérer les effets bénéfiques et en prévenir des dérives.

b) Le prêt viager hypothécaire

Le prêt viager hypothécaire est un mécanisme finalement aisé à concevoir pour un notaire, car il constitue la combinaison de plusieurs éléments connus – et reconnus ! – de la pratique notariale : le prêt, la rente viagère et l'inscription d'hypothèque conventionnelle. L'ensemble de ces éléments combinés, et un peu améliorés, forme donc un mécanisme qui permet à la personne âgée de se constituer un capital fort utile à l'effet de financer les remèdes à sa solitude.

92. Actuellement seulement proposé par le Crédit foncier.

Le prêt viager hypothécaire, qui s'inspire du « reverse mortgage » anglo-saxon, est codifié aux articles L 314-1 et suivants du Code de la Consommation. Il s'agit du « *contrat par lequel un établissement de crédit ou un établissement financier consent à une personne physique un prêt sous forme de capital ou de versements périodiques, garanti par une hypothèque constituée sur un bien immobilier de l'emprunteur à usage exclusif d'habitation et dont le remboursement – principal et intérêts – ne peut être exigé qu'au décès de l'emprunteur ou lors de l'aliénation ou du démembrement de la propriété de l'immeuble hypothéqué s'ils surviennent avant le décès.* » [93]

Nous avons ici la solution à la difficulté posée par une situation familiale où aucun des enfants ne serait en mesure de financer l'acquisition à charge de rente viagère du logement du senior, ou par une situation familiale sans enfant, avec aucun acquéreur du bien à charge de rente viagère.

Ce prêt viager hypothécaire, pourtant bien connu du droit anglo-saxon, ne semble pas recueillir encore les faveurs des prêteurs – par définition professionnels – français, ni des Français eux-mêmes. Il est pourtant clairement établi que les prêts qui seront établis connaîtront les mêmes sécurités juridiques qu'un prêt immobilier « *Scrivener* » classique, l'équilibre du contrat sera validée par un expert choisi en commun par les parties quant à la valeur de l'immeuble donné en garantie, par une vérification au moins formelle du notaire connaisseur du marché immobilier, par le fait que l'acte de prise d'hypothèque, par définition notarié, permettra à l'emprunteur de comprendre les enjeux d'une telle inscription et d'un tel emprunt, de bien cerner ses obligations (entretien, notification et remboursement en cas d'aliénation).

Relativement au régime juridique de ce contrat, nous renvoyons nos lecteurs, à l'étude réalisée pour la semaine juridique notariale et immobilière par Maître Virginie Morin Brucker, exhaustive et didactique [94]. Une des conclusions de cette étude permet de bien comprendre l'adéquation du prêt viager hypothécaire avec notre sujet, mais met toutefois en garde le lecteur contre les dérives potentielles du mécanisme.

L'auteur expose que le prêt viager hypothécaire « *présente l'intérêt de permettre de dégager des liquidités (…) en fin de vie* », elle répond à une prospective sociale mais la Banque de France souligne cependant « *qu'il existe un certain risque de voir des personnes âgées dilapider quelque peu leur bien par ce moyen* ». Le groupe de travail présidé par M. Grimaldi a émis, « *des doutes sérieux sur ce nouveau crédit, incitant les personnes âgées à un endettement indolore, donc irréfléchi* ». Stéphane Piedelièvre estime que cette solution doit rester marginale.

> « • On l'a vu, ce risque n'est pas théorique compte tenu des obligations pesant sur l'emprunteur. Il s'agit d'une résiliation anticipée d'un capital

93• Article L 314-1 du Code de la Consommation.

94• Le Prêt viager hypothécaire, *JCPN*, n° 19 du 11 mai 2007, 1176.

dont l'emprunteur n'aura pas nécessairement conscience puisque le remboursement de la dette doit s'effectuer en principe à son décès.

• Ce crédit peut également mettre en péril la vocation successorale du conjoint survivant.
• Il peut enfin grever très sérieusement la situation des héritiers autres que le conjoint.
• C'est pourquoi il convient de ne l'envisager qu'avec prudence, en attirant l'attention de l'emprunteur sur ces conséquences. » [95]

Ces réticences de l'auteur sont compréhensibles, on pourra y ajouter qu'il conviendra de bien surveiller les montants prêtés par rapport au bien donné en hypothèque, afin de garantir un bon équilibre du contrat. Enfin, on pourra penser que, selon la période, le dispositif aura plus ou moins d'efficacité, ce qui ne semble pas être le cas aujourd'hui, à l'heure où les établissements de crédit se séparent de leurs foncières ou de leurs biens fonciers, à la gestion lourde, et à la rentabilité future incertaine, au regard de la remontée des taux et des augmentations des valeurs immobilières récentes. Mais nous ne devons pas occulter de notre raisonnement que cette mesure va dans le bon sens pour la personne âgée elle-même, si celle-ci a besoin de liquidités pour financer sa fin de vie sans quitter son domicile. L'ignorer serait déplacer la personne âgée du cœur de notre raisonnement, et nous ne le souhaitons pas. L'étude de la situation actuelle nous a permis d'envisager avec plus d'acuité les difficultés, notamment matérielles, qu'ont à affronter les personnes âgées dans le cadre de la gestion de leurs solitudes, et les solutions parfois nouvelles qui leur sont proposées.

Nous nous interrogerons, à la fin de la présente étude, sur les solutions innovantes et créatives récemment testées, ou que notre commission propose de mettre en place pour le bien commun.

La vocation sociale d'une partie du parc immobilier a été réalisée grâce à un ordonnancement législatif et réglementaire et à un financement public depuis la fin du XIX^e^ siècle, afin de faire face au fléau du mal-logement pour les personnes défavorisées. Le fléau de notre époque est sans aucun doute celui de la fragmentation de la société et de la solitude des personnes âgées (personne n'a oublié l'épisode de la canicule de l'été 2003). Par quel ordonnancement et dispositifs juridiques donner désormais une vocation intergénérationnelle au logement pour lutter contre ce fléau de la solitude des personnes âgées ?

3) Les aides fiscales

Les dispositifs fiscaux visant à remédier aux diverses solitudes sont nombreux ; dans tous les domaines, par petites touches ou lors de réformes d'envergure, le législateur fiscal a bâti un véritable arsenal protecteur des faibles.

95• Maître Virginie MORIN BRUCKER, Le Prêt viager hypothécaire, *JCPN*, n° 19, 11 mai 2007, 1176.

Ainsi, on le sait, les contribuables aux revenus modestes sont exonérés d'impôt sur le revenu ; or, on constate que la modestie de ces revenus s'apprécie différemment selon l'âge du contribuable ; ainsi, s'il a plus de 65 ans, la limite d'exonération n'est pas fixée à 7 920,00 € en 2006, mais à 8 660 € [96].

D'autre part, ces personnes âgées de plus de 65 ans, ou les personnes invalides, bénéficient d'un abattement spécifique sur leur revenu net global [97]. Le législateur a également conçu des dispositifs de crédit d'impôt en cas de remplacement d'équipements pour personnes âgées ou handicapées, fournis et installés par une même entreprise [98]. Les personnes âgées ou handicapées qui utilisent à titre privé, les services d'employés déclarés bénéficient d'une réduction ou d'un crédit d'impôt [99].

Les personnes dépendantes hébergées dans un établissement ou dans un service de soins de longue durée d'un établissement de santé bénéficient d'une réduction d'impôt égale à 25 % des dépenses effectuées au titre de la dépendance et de l'hébergement, et limitée à 2 500,00 € par personne [100].

En matière de taxe foncière, les titulaires de l'allocation aux adultes handicapés aux revenus limités, les titulaires de l'allocation supplémentaire versée par le fonds de solidarité vieillesse ou le fonds spécial d'invalidité, les redevables de plus de 75 ans sont exonérés. En tout état de cause, les plus de 65 ans sont avantagés au titre de la Taxe foncière [101].

En fait de taxe d'habitation, les exonérations sont encore plus étendues : personnes âgées, veufs ou veuves aux faibles revenus, invalides, infirmes, titulaires de l'Allocation adulte-handicapé, bénéficiaires du RMI, et ce sous diverses conditions… [102] La TVA n'est pas en reste ; ainsi, un taux réduit est appliqué pour les prestations de service d'aide à la personne exercées à titre exclusif et effectuées au domicile : préparation de repas à domicile, garde-malade… [103]

Les personnes âgées ou handicapées employeurs à titre onéreux de particuliers agréés qui les accueillent à domicile sont légalement redevables de taxe sur les salaires ; cependant, il est établi que cette taxe ne leur est jamais réclamée.

Les hébergeants de personnes âgées sont également bien considérés par l'administration fiscale ; ainsi, lorsqu'un descendant recueille un ascendant sans ressource ou âgé de plus de 75 ans et titulaire d'un revenu imposable faible, envers lequel il est redevable d'une obligation alimentaire, il peut déduire les

96. Article 52 bis du Code Général des Impôts.
97. Article 157 bis du Code Général des Impôts.
98. Article 200 quater A du Code Général des Impôts.
99. Article 199 sexdecies du Code Général des Impôts.
100. Article 199 quindecies du Code Général des Impôts.
101. Articles 1390, 1391 et 1391 B du Code Général des Impôts.
102. Article 1414 du Code Général des Impôts.
103. Article 279 I du Code Général des Impôts.

dépenses de nourriture et d'hébergement, sans justificatif, à hauteur de 3 162 € par ascendant, et les autres dépenses, si elles sont dûment justifiées.

Le contribuable peut également déduire de son revenu global les avantages en nature consentis sans contrepartie aux personnes âgées de plus de 75 ans, avec lesquelles il n'a aucun lien de parenté, dont le revenu est faible, et qui vivent sous son toit, sur justificatif, dans la limite annuelle de 3 162 € [104].

4) L'aide sociale : allocation personnalisée d'autonomie

Bien qu'il soit pratiqué un renvoi au 102e congrès des notaires de France pour l'étude des diverses aides sociales, il est important de rappeler les enjeux de l'APA, qui constitue une aide au financement des services de maintien à domicile.

Pour pouvoir bénéficier de l'APA, il faut être âgé de plus de 60 ans, résider en France – et être en situation régulière –, et présenter une perte d'autonomie. Comme cela a été exposé plus haut, l'évaluation de la perte de dépendance s'effectue selon une échelle « AGGIR », qui classe les demandeurs de l'APA en six groupes, des plus dépendants (GIR 1) aux plus autonomes (GIR 6). Les personnes classées de GIR 1 à GIR 4 peuvent bénéficier de l'APA, avec des montants moyens, suivant la dépendance et les revenus en 2007 de 400,16 € pour les GIR 4 à 914,24 € pour les GIR 1 [105].

Cette aide est proposée en prenant en compte les besoins de la personne âgée : intervenants à domicile, repas, téléassistance (voir ci-après), aide technique pour la réalisation d'aménagements dans le logement… Cette aide constitue un élément essentiel au maintien de la personne âgée dans son cadre de vie. Au-delà, son caractère récupérable ou non a été beaucoup discuté ; s'il ne nous appartient pas de nous prononcer avec fermeté sur ce point, deux remarques de bon sens nous semblent devoir être faites :

- L'abandon du caractère récupérable a fait « exploser » le nombre de demandes d'APA [106], ce qui tend à prouver que les familles des personnes âgées, souvent prescriptrices en fait de demande d'APA, mais aussi les personnes âgées elles-mêmes, attachent de l'importance à la transmission de leur patrimoine et ne souhaitent pas que leur succession soit minorée des aides accordées de leur vivant. Si ce souci est louable, bien que critiquable, quand il émane de

104. Article 156-II ter du Code Général des Impôts.

105. Source : Haute-Vienne, l'*Express*, janvier 2008, n° 14.

106. L'allocation personnalisée d'autonomie en 2007 : La direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques des ministères sociaux (DREES) a publié les chiffres de l'allocation personnalisée d'autonomie (APA) et de la prestation de compensation du handicap (PCH) au 31 décembre 2007 (Études et résultats n° 637, mai 2008).1078000 personnes ont bénéficié de l'APA à cette date (+ 5,1 % sur un an). Le taux d'acceptation des premières demandes est resté stable : trois sur quatre des premières demandes d'APA à domicile ont été acceptées, neuf sur dix en établissement. Fin décembre 2007, 61 % des bénéficiaires de l'APA vivaient à domicile et 39 % en établissement. Le montant mensuel moyen du plan d'aide attribué est de 493 € à domicile et de 429 € pour les personnes en établissement. Au 31 décembre 2007, 28600 personnes ont perçu la PCH.

la personne âgée, il est, à notre sens, inacceptable, lorsqu'il provient des héritiers, qui se considèrent alors comme créanciers de la succession !

- Notre seconde remarque est qu'il est aujourd'hui possible pour les seniors de souscrire un prêt viager hypothécaire afin de financer un besoin, lequel prêt est octroyé, comme cela a été vu plus haut, par un organisme bancaire privé contre remboursement anticipé, ou, au plus tard, sur le bien immobilier au décès de l'emprunteur.

On commence à observer que ce type de prêt est souscrit soit par des emprunteurs ne laissant pas d'héritiers en ligne directe, soit par des emprunteurs dont les héritiers ne sont pas en mesure de les aider à hauteur de leurs besoins, lesquels besoins ne sont pas nécessairement de survie. Le seul argument favorable à une non-récupération de l'APA est qu'elle constitue, malgré tout, une économie pour les finances publiques en comparaison avec un placement en établissement spécialisé. Reste que la solidarité nationale n'a pas, à notre sens, à n'être qu'un dû.

Pour « moraliser » le système, peut-il être proposé, à titre symbolique compte tenu des dispositifs fiscaux et sociaux (*cf.* Code de l'Action sociale) actuels, mais en tout cas à titre d'exemple, d'imputer l'aide sociale, y compris l'APA, à due concurrence, sur les abattements successoraux dont bénéficient les héritiers de la personne âgée, lors de son décès. Cette proposition ne rendant pas l'aide sociale récupérable, mais elle avait le mérite de rendre « visible » l'effort consenti par la collectivité à la place de la famille du défunt.

5) L'apport des nouvelles technologies

Le maintien à domicile est, pour des raisons budgétaires mais aussi humaines, la priorité des Conseils généraux, qui développent toutes les solutions susceptibles d'apporter plus de confort et de sécurité au senior qui fait le choix du maintien à domicile, alors même que sa condition justifierait d'un placement en famille d'accueil, voire d'un accueil en EPHAD.

Dans certains départements, comme la Haute-Vienne, des organismes de téléassistance se sont développés auprès des personnes âgées ; ainsi, l'association « Présence Verte » a organisé un dispositif d'alarme relié à une centrale d'écoute 24h/24, 7 jours sur 7, qui permet une intervention rapide, en cas de chute ou malaise [107]. La technologie est assez simple, il s'agit de boîtiers avec bouton d'appel, reliés à un opérateur, qui, selon le cas, contacte les services d'urgences, voisins désignés, etc…

Ce dispositif est bien plus qu'une incitation à rester à domicile ; il permet de maintenir un sentiment de sécurité, une tranquillité d'esprit pour la personne âgée, qui ne se sait ainsi, jamais abandonnée à sa solitude. Ce dispositif, de coût modeste, peut être pris en charge par le Conseil général dans le cadre de l'aide sociale ou de l'APA, mais aussi des caisses de retraites ou mutuelles.

107• Haute-Vienne, l'*Express*, janvier 2008, n° 14.

Deuxième partie
Propositions de remèdes

NOUS AVONS SOUHAITÉ proposer au congrès deux types de remèdes à la solitude ; ces remèdes sont, volontairement, d'importance inégale, mais notre volonté n'est pas d'imposer notre point de vue comme celui qui sait qu'il a raison, mais bien de proposer humblement plusieurs points de vue qui, à notre avis, présentent tous autant d'intérêt ; notre opinion est celle qu'aucune piste de réflexion qui nous semble efficace ne doit être ignorée, même la plus petite, même la plus insignifiante, fut-elle anecdotique à ce jour ; car d'une initiative intelligemment encouragée peut naître un mouvement de plus grande ampleur duquel naîtra une prise de conscience, un espoir, une concrétisation.

1§ - Les remèdes législatifs et réglementaires
I- Les remèdes préconisés pour les personnes âgées
II- Les solutions préconisées pour les enfants
2§ - Les remèdes contractuels
I- L'engagement familial face à la solitude
II- Pactes de famille : outils de gestion patrimoniale

§1 – Les remèdes législatifs et réglementaires

Xavier MECHAIN et Benoît POIRAUD

IL EST POSSIBLE de remédier à la solitude par l'incitation ; ces remèdes, de natures diverses, présentent le point commun d'être provoqués par le législateur à l'effet de favoriser une plus grande mixité intergénérationnelle, un accueil plus humain et plus personnalisé des enfants et des personnes âgées, et un remède au cas par cas aux difficultés rencontrées par les personnes seules.

I - Les remèdes préconisés pour les personnes âgées

LE DÉVELOPPEMENT d'un habitat de qualité, la protection de l'enfance, représentent des exigences qui relèvent de la responsabilité collective, et ces problématiques ont été prises en charge par l'État en France depuis la fin du XIXe siècle. Le logement des personnes âgées, l'adoption, la filiation, l'éducation et la protection des enfants appellent naturellement l'intervention du législateur et des responsables politiques, à l'échelle étatique ou locale. C'est à cette échelle qu'il convient d'envisager les remèdes généraux à la solitude et aux problématiques qui lui sont associées, s'agissant des enfants et des personnes âgées.

A/ Vers un urbanisme et une propriété intergénérationnelle

Une proposition audacieuse de notre commission est issue de la constatation que les cités radieuses évoquées plus haut, où se mélangent seniors et jeunes primo-accédants, avec des espaces de vie communs, des commerces et des services, permettent de briser la solitude, de par leur structure intergénérationnelle. Ce nouvel urbanisme est une solution à adopter par le politique, afin de créer à grande échelle des cités qui seront une solution pérenne à l'isolement, mais aussi à l'augmentation du coût de l'habitat. À cet effet, les besoins des personnes âgées doivent être pris en compte par les documents d'urbanisme. Le vieillissement de la population remet forcément en question, à différents niveaux, les manières actuelles de concevoir et d'aménager les quartiers et les villes. Le notaire, partenaire des collectivités, peut accompagner les décideurs publics et mener avec eux la réflexion sur les conditions dans lesquelles pourront être mieux satisfaits demain les besoins des populations âgées résidant dans les villes et intégrer cette problématique du vieillissement dans les documents d'urbanisme et de planification. Les nouvelles formes d'habitat des personnes âgées sont amenées à moyen terme à se développer plus que les maisons de retraite pour lesquelles l'âge moyen d'admission est plutôt de l'ordre de 80-85 ans. Les agglomérations doivent donc s'interroger sur cette nouvelle demande, l'intégrer et l'organiser au mieux au cours de l'élaboration des documents d'urbanisme et de planification. Le notaire, consulté par le Maire, peut participer à la réflexion sur le Plan local d'Urbanisme (PLU), qui permet de définir le droit des sols et le droit à construire. Par le biais de ce document, il peut attirer l'attention du Maire sur les choix de nature à influencer le peuplement à venir de la commune. En choisissant par exemple, d'affecter à une zone des typologies de logements différentes (logement collectif et individuel, taille des parcelles variée), le PLU peut conditionner un peuplement plus hétérogène de la commune. De même, le PLU peut définir des emplacements réservés pour accueillir, dans certains secteurs stratégiques certaines activités. Par ailleurs, les ZAC, dont le plan et le règlement sont maintenant intégrés au PLU, sont également des outils

performants pour créer de véritables quartiers intergénérationnels. Par conséquent, le PLU est un outil au service des élus pour éviter un vieillissement non maîtrisé de leur commune. Le notaire doit absolument sensibiliser le maire, lorsqu'il le sollicite, sur cette problématique du vieillissement lors de l'élaboration ou la révision des documents d'urbanisme.

B/ L'aide à la pierre : l'accueil des personnes âgées

Il est dérangeant d'observer que les projets contribuant à un meilleur accueil des personnes âgées dépendantes ou solitaires ne positionnent pas toujours la personne âgée au centre du système, tant dans l'élaboration du projet que dans sa réalisation.

Ainsi a-t-on pu observer, ça et là, la construction de maisons de retraite aux architectures audacieuses et remarquables, qui ont valu aux constructeurs les félicitations du jury, jusqu'à ce que l'on s'aperçoive que si le plumage était merveilleux, le ramage – donc l'accessibilité, l'aération, le confort – ne correspondait pas, peu s'en faut, aux besoins de la personne âgée.

De même, on a pu observer que les coûts des maisons de retraite augmentaient régulièrement, alors que les prestations de service diminuaient de façon alarmante ; la rentabilité n'est, en soi, pas un drame, même s'il convient d'y poser des limites ; nous évoquerons plusieurs propositions qui viseront à éloigner les investisseurs les moins scrupuleux du marché si lucratif de la vieillesse, mais ne perdrons pas de vue que ce sont les investisseurs privés, et à notre sens les particuliers, personnes âgées en puissance, qui pourront sauver leur futur.

Notre idée est d'utiliser un dispositif existant, de type Borloo-Populaire, en lui apportant quelques dispositions spécifiques, qui permettront de créer un « boom » du logement adapté aux personnes âgées, qui ne sont pas concernées par la « crise du logement », mais peuvent légitimement espérer un logement mieux adapté à leurs nouveaux besoins.

Un développement de l'investissement locatif pour la création de résidences services pour personnes âgées aurait pour double conséquence la réponse aux besoins des personnes âgées et un meilleur « roulement » des logements en France, gage d'un plus grand équilibre social, et d'une stabilisation des prix de l'immobilier. Pour assurer un tel objectif, il convient de faire preuve d'une grande audace, et de proposer un dispositif sans précédent, qui permettra aux investisseurs particuliers de se créer un patrimoine adapté à leur avenir, et aux personnes âgées actuellement concernées de disposer rapidement d'un logement adapté à leurs besoins. Ainsi, les contribuables concernés par ce dispositif ne seront que des personnes physiques, soumises à l'impôt sur le revenu des personnes physiques.

Les logements concernés par ce dispositif seront des logements nus situés en France métropolitaine, ou dans les DOM. Ils devront être affectés à l'usage d'habitation principale du locataire. Ils devront obligatoirement être situés dans

une « résidence » (copropriété horizontale ou verticale, lotissement) comprenant un minimum de services communs, ayant trait à la sécurité, à l'entretien, à la fourniture de services médicaux, sanitaires, sociaux, etc…

Le locataire pourra appartenir à la famille de l'investisseur, il devra être âgé de plus de soixante ans, par exemple, et retraité. Le propriétaire devra s'obliger à louer son bien à usage d'habitation pendant quinze ans au moins, sauf reprise par lui-même, à condition qu'il atteigne lui-même l'âge de soixante ans, ou qu'il soit lui-même, ou son conjoint, retraité.

Un taux de déduction forfaitaire de 30 % sera appliqué fiscalement sur les revenus perçus. Un taux d'amortissement de 6,66 % par an pendant 15 ans sera appliqué, soit 100 % du prix d'acquisition du logement !

Le point de départ de l'amortissement sera le même que ceux des dispositifs *Borloo Populaire* / *Robien2* recentré, il devra être prévu un plafonnement des loyers indexé sur un indice de hausse des retraites, et un plafond de ressources du locataire, prenant en compte la moyenne des retraites par lieu concerné (voir zones A, B1, B2, C du *Borloo Populaire*), devra être fixé.

Ce projet n'est pas qu'un rêve. Il constitue à coup sûr une incitation extrêmement forte pour des investisseurs particuliers âgés d'une quarantaine d'années. Ceux-ci sont désireux de se ménager une place « au soleil » pour leur retraite et de voir diminuer leur imposition. Il s'agit de les inciter à bâtir des résidences de qualité, ayant l'assurance de bénéficier de la plus-value apportée.

À suivre !

Nous avons évoqué de nombreuses solutions originales aux divers problèmes, notamment de logement, synonymes de solitude, rencontrés par les personnes âgées. Nous avons compris qu'il était possible d'améliorer par petites touches ou grands dispositifs la condition de la personne âgée. Notre dernier apport au problème nous ramène à un domaine d'intervention familier des notaires : le cercle familial.

Là encore, l'idée n'est pas nouvelle. Le législateur fiscal a, depuis longtemps, compris la nécessité de pousser à l'investissement locatif social ; les différents régimes qui se sont succédés, dont les derniers en application sont le *Robien* et le *Borloo Populaire*, en sont la preuve.

C/ L'aide à la personne : la rémunération par l'aide sociale de la « famille d'accueil » de la personne âgée en contrepartie de la baisse du coût de la prise en charge par la Société

Il n'est pas illusoire de constater que la multiplication des résidences d'accueil pour des particuliers par des particuliers de type « gîte », dont le nombre est croissant, peut donner des idées à certaines personnes âgées, désireuses de conserver leur autonomie, de changer de cadre de vie, voire de se retrouver

avec d'autres personnes âgées, sans pour autant emménager dans un village de personnes âgées ou une résidence-services, en conservant un cadre familial.

Ces résidences d'accueil, qui ne sont pour le moment que rarement adaptées aux besoins des personnes âgées, pourraient néanmoins à l'avenir faire l'objet de conventions tripartites où l'État, sous condition de respect de cahier des charges permettant un contrôle de normes sanitaires rigoureuses, aiderait à l'accueil par les particuliers de personnes âgées moyennement dépendantes, qui verraient ainsi le coût de leur hébergement réduit, chacun y trouvant son compte.

On peut penser que ces conventions pourraient être rédigées de façon analogique avec les « bonnes vieilles » conventions APL, aux termes desquelles l'hébergeant s'obligeait à louer sous certaines conditions – de loyer, auxquelles seraient ajoutées des conditions de décence du logement, d'âge de l'hébergé, de nettoyage des lieux, etc… – pendant que l'État s'obligeait à verser une aide au logement à la personne âgée hébergée.

II – Les solutions préconisées pour les enfants

Aliénor GUILLAUME

A/ L'adoption

Comme nous l'avons souligné en première partie, l'institution de l'adoption soulève de multiples difficultés quant à son application : application stricto sensu (au niveau national et international), mais également dans ses plus profondes limites (accouchement anonyme et convention de mère porteuse)

La plupart des parents qui adoptent pensent, en toute bonne foi, que, enfants « de leur sang » ou enfants « adoptés », cela ne fait aucune différence. Mais ils oublient souvent de se demander s'il en va de même pour ces enfants… S'ils ont choisi de les adopter, eux n'ont pas choisi de l'être. Car s'il est des enfants adoptés qui ne posent aucun problème, d'autres réagissent, en particulier à l'adolescence, par des comportements excessifs et quelquefois destructeurs.

Moïse reçut dans sa corbeille d'adoption un bel héritage. Et pourtant il se révolta contre son peuple adoptif. Si tout humain se construit avec le complexe d'Œdipe, l'adopté, lui, doit y ajouter le complexe de Moïse qui caractérise sa filiation.

Après cette brève photographie des difficultés liées à l'adoption, tant au niveau national qu'international, il convient d'envisager, de manière modeste, les solutions qui pourraient être préconisées sur le plan juridique.

1) Au niveau national

À l'ère de la contraception, des procréations artificielles, du débat sur le biologique, quels sont les hommes, les femmes, qui « abandonnent » ou qui « adoptent » aujourd'hui en France ?

Pourquoi continue-t-on à culpabiliser ces femmes qui laissent leur enfant ou celles qui deviennent mère sans procréer ? Quel regard porte-t-on sur ceux qui sont rejetés avant même de naître ? Peut-on parler d'« instinct d'adoption » comme on parle d'instinct maternel ?

Traiter de filiation amène le juriste à répondre au psychologue, le médecin à se tourner vers le sociologue qui lui aussi pourra soumettre ses interrogations au juriste comme à ses autres collègues. Cette approche pluridisciplinaire peut permettre d'appréhender plus facilement toutes les difficultés relatées en première partie.

a) Accouchement anonyme

La question douloureuse de l'accouchement « sous X » revient régulièrement sous les feux de l'actualité. Plusieurs affaires juridiques récentes viennent souligner quelles difficultés cette disposition légale entraîne pour les personnes qui y sont confrontées. Enfants « nés « sous X », mère biologique, géniteur, parents adoptifs… Tous doivent faire face à des douleurs et des attentes différentes qu'il n'est pas toujours aisé d'appréhender pour le législateur…

L'anonymat du donneur ou la possibilité d'accoucher « sous X » ne sont pas sans soulever de nombreux débats et donnent lieu à des revendications de modification de la loi, notamment au nom du droit de l'enfant à connaître ses origines. Centrés sur l'intérêt de l'enfant, certains demandent que soit assurée l'égalité entre les enfants sans considération du lien existant entre leurs géniteurs, ainsi que les circonstances de leur conception et de leur naissance. Aujourd'hui, 67 % des adultes pensent que la recherche des origines est légitime, que tout doit être fait pour permettre les retrouvailles, que 87 % des enfants le pensent aussi, comme l'énonce un récent sondage commandité par l'Unicef [108].

D'autres, afin de protéger toutes ces femmes qui ont eu l'obligation ou font le choix d'accoucher anonymement, évoquent la question de l'inceste, du viol, de la menace contre la vie de la femme. Le rapport Pascal [109] et les quelques rares données dont nous disposons, montrent que l'accouchement « sous X » est le fait de femmes dépendantes au plan économique, dans la misère sociale, sous la contrainte de la volonté maternelle ou paternelle. En d'autres termes, la femme qui accouche « sous X » est d'abord une femme victime d'un contexte social défavorable.

C'est à cette victime que l'on veut ajouter le poids d'une maternité impossible ? d'une rupture avec son enfant ? Où est le soulagement ? Où est la protection ?

108• Claude SAGEOT, sociologue – Président de la D.P.E.A.O. (Association pour le droit aux origines des pupilles de l'État et des adoptés) – site : www.ancic.asso.fr

109• Rapport commandé par Simone WEIL, alors Ministre des Affaires sociales, à Pierre PASCAL.

On ne peut pas contraindre des femmes en grande détresse à laisser leur identité, à tout prix, au nom d'un droit de l'enfant. Si on supprime l'accouchement anonyme, on peut craindre que certaines d'entre elles ne donnent un faux nom ou se marginalisent, en commettant, par exemple, des abandons sauvages. L'accouchement « sous X » est une soupape de sécurité, il ne peut pas être rayé radicalement.

Il s'agit d'une question politique de première importance en ce qui concerne la résorption d'une réponse archaïque à des situations particulièrement complexes. On pourrait même rapprocher cette situation de celle des Folles de mai en Argentine : que faire des folles de mai qui tournent toujours à la recherche de leur enfant disparu ?

En janvier 2002, la loi sur l'accouchement « sous X » a été modifiée, suivant une volonté d'alléger le poids du secret, puisque cette nouvelle loi incite désormais la mère biologique à laisser des indications à destination de l'enfant. La femme qui désire accoucher « sous X » est informée des conséquences juridiques, ainsi que des répercussions psychologiques probables d'une telle décision, afin que son choix soit effectué de façon « éclairée », ce qui était (et est toujours) mis en doute par les opposants à cette démarche. Ensuite, elle est « invitée » à laisser à l'hôpital, sous pli fermé, son identité, ainsi que des indications médicales sur elle-même et le géniteur.

Son identité ne peut toutefois être communiquée à l'enfant qu'après obtention de son accord, mais la femme peut lever à tout moment ce secret. Bien entendu, toute transmission d'information implique une démarche de l'enfant né sous X, une fois sa majorité atteinte, ou alors avec l'autorisation de ses parents adoptifs si l'enfant est mineur.

Si le géniteur souhaite, lui, reconnaître l'enfant alors que la femme enceinte souhaite le secret sur son identité, le père peut alors en informer le Procureur de la République, qui recherche alors les date et lieu d'établissement de l'acte de naissance de l'enfant. La démarche de reconnaissance du père doit être faite avant le placement en vue de l'adoption, qui interdit formellement que l'enfant soit restitué à sa famille biologique. Mais dans le cas où les parents biologiques ne seraient pas restés en contact et où le géniteur n'a pas connaissance de la date ni du lieu de naissance, il lui sera pratiquement impossible d'arriver à reconnaître l'enfant dans les délais.

La loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 a entraîné la création du Conseil national pour l'accès aux origines personnelles (CNAOP), dont les antennes gèrent certaines modalités pratiques des démarches ayant trait à l'accouchement « sous X » et ses conséquences.

Les antennes du CNAOP gèrent donc les plis confidentiels laissés par les femmes, reçoivent les demandes d'informations des enfants, procèdent à d'éventuelles recherches sur les parents biologiques, enregistrent les demandes

de lever du secret et peuvent également assurer un suivi psychologique et social des personnes nées « sous X » et des femmes ayant accouché « sous X ».

Cette disposition de la législation française est remise en cause par de nombreux enfants « nés sous X » avant les nouvelles dispositions de la loi de janvier 2002 et qui ne peuvent avoir accès à leurs origines. Ainsi, Pascale Odièvre, née en 1965, a saisi la Cour européenne des Droits de l'homme afin de poursuivre l'État français qui refuse de lui communiquer l'identité de sa mère biologique. La 3e chambre de la Cour européenne des Droits de l'homme, d'abord en charge de l'affaire, s'en est dessaisie en mai 2002, au profit de la Grande Chambre, témoignant ainsi de la complexité et de la difficulté de l'affaire. Son issue revêt en conséquence une importance toute nouvelle, puisque tout arrêt rendu par la Grande Chambre est définitif et fait jurisprudence…

Il semble aujourd'hui que la jurisprudence, sans véritablement prendre partie sur le droit à connaître sa filiation, contourne ce délicat problème en reconnaissant le droit à un père de voir établie sa filiation. Il ne s'agit pas d'aborder les discriminations entre hommes et femmes, mais pour la première fois, la haute juridiction s'est prononcée sur la place réservée au père dans l'institution qu'est l'accouchement « sous X ».

> *Cour de Cassation, Première Chambre civile, arrêt du 7 avril 2006* :
> Jugé que l'enfant ayant été identifié par son père biologique, à une date postérieure, en vue du placement pour adoption, la reconnaissance prénatale souscrite par le père biologique, antérieurement à la naissance « sous X » de l'enfant, établit la filiation paternelle vis-à-vis de celui-ci. Ses effets remontant au jour de la naissance de l'enfant. Qu'ainsi le consentement à l'adoption de l'enfant relève du seul pouvoir souverain du père biologique.

Dans son arrêt, la Première Chambre civile de la Cour de Cassation bouleverse profondément les règles de l'accouchement « sous X ». Jusqu'alors, la mère était la seule à détenir les clés de la filiation : en prenant la décision d'accoucher anonymement, elle privait automatiquement son compagnon de toute paternité. La haute juridiction a mis fin à ce système : si un homme reconnaît *in utero*, sa filiation paternelle sera désormais établie.

Solutions envisageables

– Ne pourrait-on pas alors envisager la possibilité de dresser un acte par lequel la paternité serait reconnue in utero ; où les modes de preuve resteraient à définir…

– Ne pourrait-on pas reprendre la proposition de Pierre Murat, professeur de droit à l'université Mendès-France de Grenoble, membre de la commission Dekeuwer-Défossez et créer une seconde voie concurrente.

Les femmes auraient le choix entre deux types d'anonymat :

• l'un, définitif et irrémédiable ;

• l'autre, pouvant être levé par la conservation de renseignements identifiants en lieu sûr. Il suffirait que la mère glisse son nom dans une enveloppe scellée à destination d'une instance centralisée. À sa majorité, l'enfant pourrait consulter son dossier. Mais il n'est pas question de lever le secret de manière unilatérale, comme le suggèrent certains militants. Je préconise l'exigence d'une double volonté, de la mère et de l'enfant, pour éviter des drames familiaux.

L'accouchement « sous X » n'a pas fini de susciter des réactions passionnelles.

Il devient indéniable qu'il faille trouver un consensus sur cette situation. Mais quelle que soit la solution adoptée, nous ne devrons pas oublier que cette solution nécessitera des médiateurs entre ces mères qui réclament le droit au secret et ces enfants qui revendiquent le droit à la vérité. Il est regrettable que le débat autour de l'accouchement « sous X » ne s'articule souvent qu'autour de deux principes « opposés » : les droits de la femme et les droits de l'enfant.

Les ravages psychologiques pour les personnes nées « sous X » ne sont désormais plus à démontrer, mais il est clair que pour bien des femmes en détresse, la solution de l'accouchement « sous X » est parfois la seule qu'elles puissent envisager. Dès lors, il faudrait repenser ce débat sans pour autant opposer de manière aussi primaire les uns et les autres, pour évoluer et éviter une situation bloquée ou chacun campe sur ses positions de principe.

Le facteur humain est déterminant et doit le rester dans le traitement de ce point de la législation française. Un tel débat ne peut que souligner la nécessité d'un réel travail éducatif et social sur la contraception et la libre disposition de leur corps par les femmes.

b) Convention de mère porteuse

Les droits de l'enfant sont fondamentaux, mais existe-t-il un droit à l'enfant ? Le législateur doit-il constater tout ce qui est médicalement possible ? Maternité de substitution pour certains, location d'utérus pour d'autres.

Jusqu'à présent, la jurisprudence a toujours refusé l'adoption des enfants par des couples ayant eu recours à la gestation pour autrui, considérant qu'il s'agit d'un détournement de l'institution de l'adoption. Or la Cour d'appel de Paris vient de reconnaître comme parents légitimes un couple français ayant fait appel à une mère porteuse américaine.

Même si cette solution reste isolée, elle a néanmoins le mérite d'assouplir la jurisprudence actuelle. L'intérêt de l'enfant deviendrait-il une exception au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes et à l'interdiction des mères porteuse ?

Pourquoi ne pas envisager un acte authentique par lequel une mère porteuse donnerait son consentement concernant la gestion de la grossesse, et par laquelle elle abandonnerait ses droits parentaux à la naissance de l'enfant [110].

110• Rabih CHENDEB, Docteur en droit, *Defrenois*, 2008, n° 3, article 38717.

Le couple demandeur devrait s'engager à assumer la garde de l'enfant dès la naissance.

Pour la rémunération, elle serait inacceptable dans le sens d'une *marchandisation*. Elle serait envisageable sous la forme de compensation destinée à dédommager les inconvénients liés à la grossesse, sur la base de la Loi *Huriet* (loi sur la recherche médicale avec volontaires sains). Le couple demandeur devrait prendre en charge les dépenses médicales, administratives et psychologiques, ainsi qu'un montant raisonnable alloué à la mère porteuse pour subvenir à ses besoins. Les juges apprécieraient librement ce montant raisonnable, sans que cela puisse jamais être considéré comme une « vente » d'enfant.

Dans ce débat, il faut faire la différence entre la légitimité éthique du procédé et la licéité juridique du contrat de gestation pour autrui. C'est la réponse à la légitimité du procédé qui doit conditionner la réponse à la licéité du contrat, et non pas l'inverse. De plus, accepter la licéité d'une telle convention amène inexorablement à nous poser certaines questions :

Peut-on déroger à la règle d'ordre public qui constitue la base du droit des personnes, à savoir l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes ?

La réponse est sans doute positive, une comparaison pouvant être faite ici avec l'évolution jurisprudentielle en matière de reconnaissance du transsexualisme.

Quelles sont les conditions d'admissibilité de la gestation pour autrui ?

Faut-il la réserver à l'impossibilité médicale pathologique de concevoir ou de porter un enfant ? Faut-il au contraire l'autoriser pour des homosexuels seuls ou en couple ?

Qu'en est-il de l'exécution forcée ou non de la Convention ?

Trois situations peuvent être envisagées :

• **1re situation** : La mère porteuse refuse de se séparer de l'enfant.

Deux options sont ici concevables :

– On peut considérer que la mère porteuse a un droit absolu au repentir : c'est un droit fondamental fondé sur le vécu de la grossesse qui modifie de façon imprévisible le physique et le psychique de la femme.

– On peut au contraire considérer que le contrat est obligatoire et doit être exécuté comme tout contrat : la mère porteuse doit remettre l'enfant car le désir des parents commanditaires pèse plus lourd que le lien éventuel qui a pu se nouer pendant la grossesse entre la porteuse et l'enfant.

Peut-être faudra-t-il faire une différence selon que la mère porteuse est ou non également la mère génétique de l'enfant. La situation serait sans doute différente dans l'hypothèse où la femme commanditaire est elle-même la mère génétique de l'enfant.

• **2e situation** : Les commanditaires ne veulent plus de l'enfant et la mère porteuse ne désire pas non plus le garder.

Dans ce cas, faut-il contraindre les parents génétiques à assumer leurs responsabilités ou considérer, dans l'intérêt de l'enfant, que l'adoption par un tiers est préférable ?

• **3e situation** : *Quid* si les commanditaires décèdent ?

Doit-on envisager un « droit de retour » de l'enfant dans sa famille biologique, ou, au contraire, envisager la création du lien de filiation *in utero* avec la famille commanditaire, et laisser l'enfant avec cette dernière ?

Qu'en est-il de la filiation de l'enfant ?

Cette énumération très schématique des possibilités d'établissement de la filiation de l'enfant né d'une gestation pour autrui démontre que les situations ne sont pas simples. Il est clair que le droit civil doit privilégier le droit de l'enfant et non pas le droit à l'enfant. Mais il est clair aussi que le droit de l'enfant c'est le droit à une protection notamment par l'établissement de sa filiation et par l'égalité des effets de cette filiation. Sur ce plan, une loi est nécessaire face à un procédé de gestation pour autrui dont la réalité ne peut être méconnue.

Depuis janvier 2008, un groupe de travail parlementaire, émanant de la commission des lois et de la commission des affaires sociales du Sénat, a auditionné une cinquantaine d'experts en France et à l'étranger. Leur objectif ? Proposer une légalisation, bien encadrée, répondant à toutes les questions complexes soulevées par la gestation pour autrui.

Les sénateurs Michèle André, Alain Milon et Henri de Richemont, membre de la commission des lois et de la commission des affaires sociales ont rendu, en juin 2008, un rapport favorable à l'évolution de la législation française en matière de maternité pour autrui. Celle-ci est en effet désormais possible et fiable, grâce à la dissociation entre maternité génétique et maternité utérine au moyen de techniques d'insémination artificielle et de fécondation *in vitro*.

Après avoir insisté sur l'importance de distinguer les différents types de gestion pour autrui et leurs conséquences sur le plan juridique mais aussi social et psychologique, les auteurs du rapport ont émis plusieurs recommandations. S'ils sont favorables, sous conditions, à la gestation pour autrui, ils excluent d'emblée les couples de même sexe de cette procédure. En outre, ils confient aux trois acteurs de la gestation pour autrui des droits sur l'enfant à naître, ce qui ne sera pas sans poser des problèmes lorsque la mère porteuse usera de son droit à devenir la mère légale de l'enfant.

Plus précisément :

• *Les conditions requises des bénéficiaires :*

– Obligation de former un couple composé de personnes de sexe différent, mariées ou en mesure de justifier d'une vie commune d'au moins deux années, en âge de procréer et domiciliées en France ;

– Obligation, pour la femme, d'être dans l'impossibilité de mener une grossesse à terme ou de la mener sans danger pour sa santé ou pour celle de l'enfant à naître ;

– Obligation, pour l'un des deux membres du couple au moins, d'être parent génétique de l'enfant.

• *Les conditions requises de la gestatrice (mère porteuse) :*

– Interdiction d'être la mère génétique de l'enfant ;

– Obligation d'avoir déjà eu au moins un enfant sans avoir rencontré de difficulté particulière pendant la grossesse ;

– Interdiction de mener plus de deux grossesses pour le compte d'autrui ;

– Interdiction, pour une mère, de porter un enfant pour le compte de sa fille ;

– Obligation d'être domiciliée en France.

• *L'exigence d'un agrément de l'ensemble des intervenants :*

– Obligation, pour les couples demandeurs et les femmes prêtes à leur venir en aide, d'obtenir un agrément, après examen de leur état de santé physique et psychique, délivré par une commission pluridisciplinaire placée sous l'égide de l'agence de la biomédecine ;

– Obligation, pour les praticiens et les centres de procréation médicalement assistée, d'obtenir une habilitation spécifique ;

– Interdiction, pour les praticiens concernés par une gestation pour autrui, de participer à la délivrance de ces agréments ;

• *La mise en relation des couples demandeurs et des gestatrices :*

– Possibilité, pour des associations à but non lucratif agréées par l'agence de la biomédecine, de mettre en relation les couples demandeurs et les gestatrices ;

– Interdiction de percevoir une rémunération pour ce rôle d'intermédiaire ou de faire de la publicité sur la gestation pour autrui ;

– Maintien des délits de provocation à l'abandon d'enfant et d'entremise en vue d'une gestation pour autrui en cas de violation de ces règles.

• *L'accompagnement de la gestation pour autrui :*

– Octroi à la gestatrice de tous les droits sociaux afférents à la maternité mais pas de droits supplémentaires à la retraite ;

– Octroi aux parents intentionnels de droits à congés pour l'accueil de l'enfant calqués sur les droits à congés en matière d'adoption ;

– Mise en place d'un accompagnement psychologique de la gestatrice et des parents intentionnels, pendant la grossesse et après l'accouchement ;

– Interdiction de rémunérer la gestatrice mais possibilité de prévoir un « dédommagement raisonnable », à la charge du couple bénéficiaire, afin de couvrir les frais qui ne seraient pas pris en charge par la sécurité sociale.

• *L'intervention du juge judiciaire :*

– Subordination du transfert d'embryon à une autorisation judiciaire (le magistrat vérifierait les agréments, recueillerait les consentements écrits des intéressés, les informerait sur les conséquences de leur engagement sur la filiation de l'enfant, fixerait et, le cas échéant, réviserait le montant du dédommagement de la gestatrice).

• *Les règles relatives au déroulement de la grossesse :*

– Compétence de la seule gestatrice pour prendre les décisions afférentes au déroulement de la grossesse, notamment celle de demander son interruption.

• *Les règles relatives à l'établissement de la filiation de l'enfant :*

– Possibilité, pour la gestatrice, de devenir la mère légale de l'enfant, à condition d'en exprimer la volonté dans les trois jours suivant l'accouchement et application du droit commun de la filiation ;

– À défaut, inscription automatique des noms des parents intentionnels sur les registres de l'état civil en exécution de la décision judiciaire ayant autorisé le transfert d'embryon ;

– Pour l'avenir, maintien de l'interdiction d'établir la filiation maternelle des enfants nés à l'étranger en violation des règles d'ordre public édictées par la loi française ;

– Pour le passé, possibilité d'établir la filiation maternelle d'un enfant né d'une maternité pour autrui si ses parents intentionnels remplissent les conditions d'éligibilité précitées.

Face à ces recommandations, force est de constater qu'un encadrement légal devenait obligatoire, ceci, afin d'éviter toute dérive, dont le sujet, outre les discussions d'ordre moral, religieux, éthique, demeure et demeurera l'intérêt de l'enfant et rien d'autre.

Les autres pays, qui reconnaissent cette possibilité de mère porteuse, peuvent nous apporter le recul nécessaire quant à l'application de ces conventions de gestation pour autrui, et l'avenir nous dira si la France est prête à progresser dans l'idée que la maternité peut être non seulement utérine, mais également, et avant tout, génétique.

2) Au niveau international

Il va sans dire que la mondialisation touche également l'adoption.

Connaître le droit des pays étrangers, ainsi que les conventions internationales, pour conseiller utilement les futurs parents adoptifs d'un enfant étranger devient pour le notaire ou les différents CRIDON qui l'assistent, une nécessité. Les Français se tournent de plus en plus vers l'étranger pour adopter un enfant. Dans le cadre de ces adoptions, deux sortes de situations présentent des inconvénients juridiques.

Dans certains cas, les futurs parents adoptifs vont chercher un enfant à l'étranger pour l'adopter en France. Bien entendu, ils veulent régulariser la situation pour que cet enfant devienne définitivement le leur aux yeux de la loi (séparation avec la famille d'origine, attribution de leur nom, droits dans leur succession,…). Le juge français vérifie alors que les conditions d'adoption sont remplies. Mais quelle loi va-t-il appliquer pour savoir si ces conditions sont réunies ? La loi du pays d'origine de l'enfant ou celle du pays des parents adoptifs ? La loi du pays dont l'enfant a la nationalité ou celle du pays dont les parents adoptifs ont la nationalité ? Les conditions de l'adoption sont quelquefois très différentes d'une nation à l'autre.

Parfois même, la règle de droit change selon qu'il s'agit d'une adoption par une personne seule ou par un couple. Dans certains cas, rares il est vrai, le pays de l'adopté interdit le régime juridique de l'adoption. De plus, il faut savoir à quelle autorité s'adresser pour officialiser une adoption et quelle procédure suivre. En France, pour adopter un enfant étranger, il faut obtenir un « agrément ». À défaut, les autorités françaises ne délivreront pas le visa permettant à l'enfant étranger d'entrer sur le territoire français

La deuxième série de difficultés concerne les futurs parents adoptifs qui adoptent un enfant à l'étranger. De retour en France, ils veulent régulariser l'adoption prononcée par une autorité étrangère. Ceci est tout à fait possible, mais les effets de l'adoption peuvent être très différents d'un pays à l'autre. Il arrive qu'une décision d'adoption étrangère ne produise pas tous les effets juridiques attendus par les parents. Si, par exemple, le pays ayant prononcé l'adoption ne connaît pas l'adoption plénière, l'enfant conservera ses liens avec sa famille d'origine qui gardera des droits sur lui. Il faut donc être vigilant et bien étudier les jugements d'adoption prononcés à l'étranger. Certains pays ne connaissent pas l'adoption, de telle sorte que la procédure suivie à l'étranger aboutit à une simple remise d'enfant. Des problèmes se posent ainsi pour certains pays : Vietnam, Corée, Inde, Haïti, et Liban notamment. Peut-on adopter un enfant d'un tel pays ? La décision judiciaire rendue à l'étranger suffit-elle en France ou doit-on requérir un jugement d'adoption en France ? Après l'adoption, quelle sera la nationalité de l'enfant adopté ? Nous sommes en présence de personnes de nationalités différentes vivant dans des pays différents et il n'existe pas encore un droit applicable partout. Il est donc très important d'être certain que les documents rédigés à l'étranger sont valables en France, et que ceux établis en France sont reconnus à l'étranger.

B/ Les remèdes pour l'enfant dans la mêlée de l'éclatement familial

Dominique Versini, « Défenseure des enfants », s'est prononcée en faveur de la mise en place d'un véritable statut au profit des tiers qui

reconnaissent leur place dans la vie quotidienne des enfants et qui permettent à ces derniers – s'ils le souhaitent – de maintenir des relations personnelles avec ceux qui auront partagé leur vie un certain nombre d'années et avec lesquels ils ont noué des liens affectifs forts (beau-parent, enfants de celui-ci, les « quasi », comme les appellent certains !).

Ne devrait-on pas poursuivre l'aménagement du droit de la famille à la lumière des droits de l'enfant, en s'appuyant sur le droit international ?

En reprenant certaines des propositions de Dominique Versini relatives à l'aménagement du droit français pour conforter le statut des tiers, le notaire ne peut-il pas accompagner ces parents sociaux dans leur démarche et établir par un acte de notoriété, préalablement à une procédure judiciaire si elle devenait nécessaire, les différents liens affectifs et éducatifs avec un enfant ?

1) La création d'un mandat d'éducation ponctuel au profit d'un tiers

Le notaire constaterait l'institution d'un mandat d'éducation donné à un tiers, par un parent ou deux parents. Grâce à ce mandat, le tiers verrait ses pouvoirs délimités pour les actes usuels, voire même certains actes graves. Ce mandat, rédigé sous forme notariée, aurait une durée déterminée, et bénéficierait de la force probante et de la conservation de l'acte authentique.

2) Instituer une convention de partage de l'exercice de l'autorité parentale avec un tiers

Actuellement, le partage de l'exercice de l'autorité parentale peut être prononcé par le juge aux affaires familiales dans le cadre d'un jugement de délégation d'autorité parentale. C'est une possibilité tout à fait innovante dans laquelle un parent peut partager son autorité parentale tout en continuant à l'exercer lui-même, dans un esprit de coopération avec le tiers, afin de répondre aux besoins de l'enfant : cela vise les situations dans lesquelles un tiers (notamment le beau-parent) est amené à participer de façon plus active et continue à l'éducation de l'enfant. Elle permet au parent de partager de façon durable tout ou partie de l'exercice de son autorité parentale avec lui, pour les seuls actes usuels nécessaires à la vie quotidienne de l'enfant. En revanche, pour les actes graves, l'accord de l'autre parent, s'il y en a un, serait nécessairement requis.

Cette proposition vise à simplifier le partage de l'autorité parentale en évitant la lourdeur d'un jugement et en permettant la conclusion d'une convention par acte authentique entre le ou les parents et un tiers, tout en maintenant un minimum de contrôle judiciaire (simple homologation par le juge aux affaires familiales à la place d'un jugement). Certaines situations plus douloureuses pour les parents (difficulté matérielle ou psychologique, maladie grave, décès) rendent nécessaire la prise en charge complète de l'enfant par un tiers

(membre de la famille ou de l'entourage, aide sociale à l'enfance). Il s'agit de faciliter cette prise en charge en assouplissant les dispositifs juridiques la prévoyant.

Cette partie des propositions de Madame Versini vise d'une part, à élargir le champ des actes que le tiers auquel l'enfant est confié par le juge (aide sociale à l'enfance notamment) peut réaliser pour l'enfant (proposition 3) ; d'autre part, dans le cas de décès des parents, elle vise à ouvrir davantage la possibilité pour le tiers vivant avec l'enfant (beau-parent par exemple) de se voir confier l'enfant par le juge (proposition 4).

Elle ne doit pas être confondue avec la délégation d'autorité parentale dans laquelle un parent délègue son autorité parentale en renonçant à l'exercer.

3) Donner au juge qui confie un enfant à un tiers (proche de confiance, aide sociale à l'enfance), la possibilité d'élargir l'éventail des actes que le tiers peut être amené à réaliser pour les besoins de l'enfant

Lorsqu'un enfant est confié provisoirement par un juge à un tiers, il s'avère nécessaire de ne pas limiter les possibilités d'intervention du tiers aux seuls actes usuels, notamment lorsqu'il faut effectuer des actes graves pour l'enfant et que le tiers a des difficultés à obtenir l'autorisation des parents pour diverses raisons. Le juge devrait pouvoir déterminer de façon plus souple l'éventail des actes qu'il autorise le tiers à effectuer.

4) Améliorer les possibilités de prise en charge de l'enfant par un tiers en cas de décès de son ou de ses parents

En cas de décès d'un parent, il conviendrait de clarifier l'article 373-3 du Code civil (possibilité pour le juge aux affaires familiales de confier l'enfant à un tiers) en prévoyant explicitement l'hypothèse du décès d'un parent et de permettre au tiers qui partage ou a partagé la vie de l'enfant de saisir directement le juge de cette demande.

En cas de décès des deux parents, et s'ils n'ont pas choisi de tuteur avant leur décès, il serait opportun de permettre au juge des tutelles d'attribuer la tutelle au tiers qui partage ou a partagé la vie de l'enfant, par dérogation au principe d'attribution aux ascendants (grands-parents).

Au regard de toutes les conséquences psychoaffectives des ruptures de vie sur l'enfant, et compte-tenu des impulsions du droit international sur l'importance de préserver les liens affectifs forts que l'enfant noue avec des tiers qui partagent sa vie quotidienne, il est important de consacrer explicitement un droit de l'enfant à entretenir des relations personnelles avec ces tiers (proposition 5).

Cette proposition se situe dans l'esprit de la proposition de loi faite par Valérie Pécresse en date du 28 juin 2006 [111].

111. Proposition n° 3209 du 28 juin 2006 auprès du bureau de l'Assemblée Nationale.

5) Consacrer un droit de l'enfant à entretenir des relations personnelles avec le tiers qui a partagé sa vie quotidienne et avec lequel il a noué des liens affectifs étroits

Il s'agirait de compléter l'article 371-4 du Code civil en rajoutant un nouvel alinéa concernant ce tiers :

> « L'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seuls des motifs graves peuvent faire obstacle à ce droit.
> (Nouvel alinéa) *L'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec le tiers, parent ou non qui a partagé sa vie quotidienne et avec lequel il a noué des liens affectifs étroits. Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à ce droit.*
> Si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales, fixe les modalités des relations entre l'enfant et d'autres tiers, parents ou non ».

Par ailleurs, il conviendrait de prévoir que les ascendants et le tiers qui a partagé la vie de l'enfant et noué avec lui des liens affectifs étroits puissent saisir directement le juge aux affaires familiales sans passer par le ministère public. Les autres tiers devant continuer à passer par le filtre du ministère public.

Par ailleurs, des aménagements ont également été envisagés dans le cadre de parents séparés. Le législateur a tenté par ce texte de réduire les conséquences du divorce pour les enfants. La nécessité de maintenir le lien du couple parental avec l'enfant s'est imposée car, comme l'a souligné un parlementaire, « on ne divorce pas d'avec ses parents ».

En conséquence, un nouvel article 373-2 organise l'exercice de l'autorité parentale par les parents séparés. Il rappelle que la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale et que chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent. Ainsi, l'information préalable et en temps utile de l'autre parent en cas de déménagement envisagé et susceptible de modifier les modalités d'exercice de l'autorité parentale est rendue obligatoire. Dans ce cas et si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut alors décider d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale par l'un des parents. L'autre parent reste impliqué dans la vie de son enfant puisqu'il conserve l'exercice du droit de visite et d'hébergement (qui ne peut lui être retiré que pour motifs graves), le droit et le devoir de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant et doit être tenu informé des choses importantes relatives à la vie de ce dernier. Le texte tend à favoriser l'exercice consensuel de l'autorité parentale partagée. Les parents pourront désormais organiser librement et avec de nouveaux moyens les conséquences de leur séparation et tenter de « pacifier les conflits » par l'homologation par le juge de conventions privées fixant les modalités d'exercice de l'autorité parentale. Les règlements amiables des conflits, les solutions négociées et non imposées sont ainsi mis en avant.

Privilégier les conventions privées entre les parents séparés pour leur redonner l'initiative des modalités de l'exercice de l'autorité parentale et leur conférer plus de liberté dans l'organisation de leurs conditions de vie, afin d'aboutir à une plus grande responsabilisation de ces derniers, tel paraît avoir été le but suivi par le législateur. Dans les nouveaux moyens mis en œuvre pour aboutir à un tel résultat, notons le versement d'une pension alimentaire en vue de la contribution à l'entretien de l'enfant en cas de séparation entre les parents, fixée soit d'un commun accord entre les parents soit sur décision du juge.

Cette pension peut consister en une prise en charge directe des frais exposés au profit de l'enfant ou par l'exercice d'un droit d'usage et d'habitation. Elle peut être convertie en une rente indexée ou faire l'objet d'un abandon de biens en usufruit lorsque la consistance des biens du débiteur s'y prête.

Enfin, nous évoquerons rapidement également la proposition de loi pour délégation de d'autorité parentale à la marâtre et au parâtre qui a été déposée [112]. Le « beau parent » dans les familles recomposées doit trouver sa place, mais cela doit être dans un accord partenarial avec les deux parents, et non en se substituant à l'un des deux parents, et avec respect de l'autorité parentale du parent qui ne vit pas au quotidien avec son enfant.

La proposition de loi dont s'agit introduit un dispositif intermédiaire en faveur des beaux-parents, sur la base d'un accord commun entre les parents qui délégueraient à un beau-parent l'accomplissement des actes de la vie courante relatifs à la surveillance et à l'éducation de l'enfant, au moyen d'une convention simplement enregistrée au greffe du tribunal d'instance du lieu de résidence de l'un d'eux.

C/ Les solutions envisageables face aux dérives sectaires

Quand des mouvements usurpant le discours religieux utilisent la liberté pour faire progresser l'obscurantisme, et partant, bafouer les libertés, ils quittent le terrain des idées et des croyances pour entrer dans la sphère du politique et du juridique. De surcroît, les groupements sectaires exploitent les vides de notre société, la solitude, l'effondrement des grands systèmes idéologiques, la peur de l'avenir, la difficulté de comprendre ce qui nous arrive individuellement et collectivement. Combien de personnes abusées et spoliées, de couples brisés, de parents accablés, de vies mises en danger par les agissements de ces groupes ?

L'Observatoire interministériel des sectes en 1996, la Mission interministérielle de lutte contre les sectes en 1998 et, depuis le 28 novembre 2002,

112. Le 15 février 2007 M. Jean-Luc WARSMANN, député UMP, Vice-Président de l'Assemblée Nationale, Président de la délégation du Bureau chargée des groupes d'études a déposé une proposition de loi en faveur d'un beau-parent visant à assouplir les règles de délégation de l'exercice des actes de la vie courante relatifs à la surveillance et à l'éducation de l'enfant (http://www.assemblee-nationale.fr/12/propositions/pion3719.asp).

la Mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires ont eu pour fonction d'analyser le phénomène, d'en suivre les évolutions et de fournir au gouvernement ainsi qu'au Parlement toutes informations nécessaires, afin que soient assurés la protection des personnes, le libre exercice des libertés individuelles et la défense de la dignité des êtres humains, dans le plus strict respect de la liberté de conscience et de pensée.

Grâce à la loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 dite *loi About-Picard*, le délit d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse. Dans le même temps, les gouvernements successifs ont instauré une veille permanente de la question, aujourd'hui sous la responsabilité de la MIVILUDES.

Cette vigilance conjuguée a donné des résultats tangibles, mais les sectes n'ont pas pour autant renoncé au prosélytisme. Pire encore, elles se sont adaptées en multipliant leurs moyens d'action et en diversifiant leurs cibles. Aujourd'hui, les enfants et les adolescents sont particulièrement exposés.

Il importe aujourd'hui de renforcer notre vigilance contre toutes les formes de dérives remettant en cause les libertés et portant atteinte à l'intégrité physique et psychique des personnes.

Lorsqu'un enfant est soumis à des parents sous emprise, qui peut le protéger, sinon l'État ? Lorsqu'un enfant est abusé, maltraité, affamé, qui peut le sauver, sinon la justice ?

Lorsqu'un enfant connaît une éducation défaillante, comment espérer qu'il puisse devenir un citoyen libre ? Comment préserver son autonomie, sa capacité d'apprendre, sa joie de vivre ?

Pour protéger les enfants, nous n'avons d'autres choix que d'utiliser toutes les ressources de l'arsenal législatif existant (non-assistance à personne en danger, agressions sexuelles, incitation à la débauche, détournement de mineurs, abandon de mineurs, non-représentation d'enfants, droit de visite et d'hébergement des grands-parents, travail des mineurs, obligation scolaire, etc.), mais aussi de faire très tôt de la prévention, notamment en veillant à ce qu'un enfant ne soit pas confié à une assistante maternelle ou une famille adhérant à une secte.

> « Face aux dangers encourus par l'enfant soumis à une secte, il ne faut pas se contenter de décrire le problème, mais… agir », plaide Hayat El Mountacir [113].

Les services publics doivent se substituer aux parents défaillants et les personnes en charge de la protection de l'enfance doivent être soigneusement formées à toutes les maltraitances dont sont victimes les enfants des sectes.

113• Madame Hayat EL MOUNTACIR est chargée de mission au Centre Contre les Manipulations Mentales, auteur du livre *Les enfants dans les sectes*.

1) La laïcité face aux sectes : une république laïque

Les sectes, toujours promptes à semer la confusion attaquent la laïcité en assimilant sa base philosophique à un combat contre la religion. Or la laïcité est garante du libre exercice des convictions religieuses de chacun dans leur diversité et pour autant qu'elle respecte les lois. Elle constitue, au contraire, un rempart contre les sectes qui s'arrogent l'exclusivité de la vérité et œuvrent pour une société entièrement au service de leur doctrine.

En France, la notion de citoyenneté, consacrée par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen après la Révolution de 1789, est l'aboutissement d'une longue maturation. Elle reconnaît la valeur de l'individu indépendamment de son appartenance à une quelconque communauté. En France le modèle éducatif s'inspire de ce principe de laïcité. Il vise un double objectif : l'universalité et la singularité.

La laïcité tend à affranchir de l'ignorance en favorisant le développement de la réflexion critique et en donnant des armes intellectuelles pour apprendre à faire ses choix. La laïcité s'oppose donc aux sectes pour lesquelles il n'y a pas d'objet de pensée. Il faut croire au leader. Un des précurseurs du siècle des Lumières, Jean-Jacques Rousseau expliquait fort justement : « avant d'examiner l'acte par lequel le peuple élit un roi, il serait bon d'examiner l'acte par lequel un peuple est un peuple ».

La loi du 28 mars 1882 dite « loi Ferry » a instauré pour tous les enfants des deux sexes, âgés de six à seize ans, une obligation scolaire à laquelle nul parent ne saurait déroger. Ce principe universel posé, la loi française a néanmoins admis que certains parents puissent s'y soustraire, à condition qu'une instruction soit dispensée à leurs enfants au sein de leur famille. Plus qu'une obligation de fréquentation d'une école, la loi impose en fait une obligation d'instruction aux parents. Cette particularité, propre à la France, a favorisé sur notre territoire l'émergence de nombreuses sectes qui ont trouvé ainsi le moyen commode d'écarter du système scolaire normal des enfants destinés à devenir de futurs petits adeptes. Ce détournement d'enfants, souvent hélas fait avec la complicité des parents, a surtout été rendu possible par les nombreuses lacunes dont souffre notre système de contrôle en matière d'obligation scolaire.

La loi du 11 août 1936 a imposé aux parents qui souhaitent donner une instruction en famille à leur enfant de le déclarer en mairie, dans les quinze jours suivant la rentrée. Cette obligation faite aux parents est importante car elle permet aux autorités locales de recenser les enfants qui échappent ainsi au système scolaire. Si les parents ne le font pas, ils ne recevront pas de la part de l'inspecteur d'académie le certificat indispensable pour faire valoir leurs droits aux allocations familiales. De plus, ils risquent théoriquement des sanctions pénales.

Cependant, pour certains, ce système montre des limites, et doit être renforcé :

Georges Fenech a lancé en effet, un véritable cri d'alarme devant Jean-Louis Debré, président de l'Assemblée Nationale, lors de la remise du rapport de la commission parlementaire sur les sectes. Président de cette commission créée fin juin 2006, le député UMP du Rhône se dit « *consterné par l'inertie et la complaisance des pouvoirs publics* » à l'égard des communautés susceptibles de dérives sectaires.

Cinquante propositions sont venues appuyer ses propos, rédigées par une trentaine de parlementaires. Après les commissions de 1995 et de 1999, celle-ci s'est intéressée de près aux mineurs victimes des sectes qui seraient, selon Georges Fenech, entre 60 000 et 80 000 en France.

Dans la ligne de mire du rapport : l'Éducation nationale. Il lui est reproché de ne s'intéresser qu'aux acquis fondamentaux lors des contrôles effectués sur des mineurs non scolarisés dans des structures sous contrat. Et de passer outre la loi de 1998, dite loi Royal, qui dispose que le contrôle doit aussi porter, comme le précise Georges Fenech, « *sur l'épanouissement de la personnalité de l'enfant* ». « *L'Éducation nationale a le devoir de vérifier que ces enfants acquièrent bien les savoirs de la citoyenneté, susceptibles de leur constituer un esprit critique, ouvert sur le monde, éclairé et libre. On laisse prospérer des écoles sans existence juridique* », explique le député.

Il est donc important de renforcer le rôle de la laïcité, de l'éducation nationale pour la prévention des dérives sectaires sur les enfants. Observatrice directe du bon déroulement de la vie d'un enfant, l'éducation nationale, ou laïcité doit donner des armes intellectuelles pour apprendre à faire ses choix.

2) D'autres solutions sont préconisées

À titre d'exemple, celle de Maître Jean-Pierre Jougla, avoué à la Cour d'appel de Montpellier, ancien avocat. Administrateur de l'association de défense des victimes de sectes UNADFI (Union Nationale des Associations de Défense de la Famille et de l'Individu).

Selon lui, il faudrait multiplier :

– L'information auprès des **professionnels** de la santé, de la justice, du social et de la police.

– L'information et formation des **associations** d'aide aux victimes

– La mise en place de **cellules de vigilance préfectorales** et des correspondants sectes des parquets dans les secteurs où elles ne sont pas encore implantées.

– Le renforcement de la sensibilisation à la spécificité des processus sectaires dans les diplômes universitaires de **victimologie**.

– Le renforcement de la **cellule d'intervention mobile**, spécialisée dans l'aide aux victimes lors de la survenance de drames sectaires (OTS, Néophare, Gimel, etc.).

– Le renforcement du diplôme universitaire sur les « processus d'emprise et assujettissement sectaire » ayant pour but de : former des professionnels de terrain (médecins généralistes, médecins du travail, médecins scolaires, pédiatres, psychiatres, psychologues, juristes, travailleurs sociaux, experts et policiers) pour créer un réseau de professionnels compétents connaissant le processus sectaire, capables de repérer dans l'exercice de leurs fonctions les victimes de sectes et de leur apporter l'aide appropriée dont elles ont besoin.

La mise en place de ce réseau de professionnels formés correspond au-delà de l'attente des victimes à une attente du corps social, des institutions et des associations d'aide aux victimes confrontées aux phénomènes sectaires.

Pourquoi ne pas, également, envisager **certaines alarmes juridiques**, qui consisteraient pour les professionnels à détecter toutes pratiques qui leurs sembleraient suspectes :

• *Les critères de dépendance juridique sensible*

– Existence du lien entre prestataires ou fonctions au sein de l'entreprise et autres entités ayant un rapport éloigné ou artificiel avec la vocation du prestataire ou la mission d'une fonction ;

– Existence d'un écart entre protocole et réalité de la prestation.

• *Les critères déterminés par le risque de fraudes*

– Couverture d'une opération frauduleuse par l'utilisation d'un cadre juridique invoquant un objet social ou culturel ;

– Financement d'un mouvement par le moyen d'activités économiques déviantes.

• *Sur le plan judicaire*

À l'image de la jurisprudence belge (les *Cahiers de la Santé,* n° 16 : « Santé mentale et phénomène sectaire » [114]), on pourrait regrouper les affaires ayant explicitement trait à l'appartenance de l'un des acteurs à une secte.

• *Les armes juridiques européennes*

Le Conseil de l'Europe a surtout mis l'accent sur la prévention, mais il encourage très clairement à l'action, avec deux recommandations l'une de 1992 relative aux sectes et aux nouveaux mouvements religieux, l'autre de 1999 relative à l'activité illégale des sectes. La réflexion, conduite à partir des quarante-sept états du Conseil de l'Europe est très intéressante. Elle met en évidence l'émergence des très nombreux nouveaux mouvements religieux, dont tous ne méritent pas la qualification de secte. Les grandes religions « traditionnelles » ne sont pas les seules. Il y a une véritable éclosion, qui est une réalité de fait.

• *La législation française*

En droit interne trois lois apportent leur concours à la lutte contre les sectes.

114. http://www.cocof.irisnet.be/site/common/filesmanager/sante/cahier16

– La loi du 18 décembre 1998, au titre du contrôle de l'obligation scolaire, prévoit des hypothèses punissables de refus d'inscription d'un enfant dans un établissement d'enseignement (article 227-17-1 du Code pénal).

– La loi du 15 juin 2000 a permis aux associations de lutte contre les sectes d'exercer les droits reconnus à la partie civile (article 2-17 du Code de Procédure pénale).

– Le texte de référence est la loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 dite loi About-Picard qui traite « *des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et des libertés fondamentales* ». Cette loi permet de poursuivre les faits que l'on peut qualifier « *d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse* » (Code pénal article 313-4), avec des circonstances aggravantes lorsque sont concernés des enfants ou des personnes en situation de faiblesse (article 223-15-2). Le mouvement peut être déclaré responsable pénalement lorsque l'abus de faiblesse a été commis par son compte.

> Article 223-15-2 Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 2 500 000 F d'amende l'**abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse** soit d'un mineur, soit d'une personne dont la particulière vulnérabilité due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente et connue de son auteur, soit d'**une personne en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer son jugement, pour conduire ce mineur ou cette personne à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables**. Lorsque l'infraction est commise par le dirigeant de fait ou de droit d'un groupement qui poursuit des activités ayant pour but ou pour effet de créer, de maintenir ou d'exploiter la sujétion psychologique ou physique des personnes qui participent à ces activités, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 5 000 000 F d'amende.

§2 - Les remèdes contractuels

Xavier MECHAIN et Benoît POIRAUD

DANS UNE SOCIÉTÉ de plus en plus contractualisée, un contrat existe qui semble ne pas être suffisamment développé car certainement pas adapté aux situations les plus courantes. La structure familiale est remplacée par un accueil des plus seuls dans une famille reconstituée. Un autre contrat, déjà existant dans les familles en milieu agricole, pourrait être développé pour s'adapter aux nouvelles situations que la solitude a fait naître. À côté de ces contrats qui ont une place en dehors du droit successoral, existent de nouveaux pactes, nés de la pratique et mis en forme de manière tout à fait nouvelle par le législateur : les pactes de famille.

I – L'engagement familial face à la solitude

A/ S'inspirer et développer l'accueil familial, une solution encore trop peu mise en avant

L'accueil familial, ou le placement en famille d'accueil, est une véritable alternative au placement en maison de retraite ou au maintien à domicile, notamment lorsque le placement de la personne âgée en EPHAD [115] n'est pas « nécessaire ». Cet accueil s'adresse à des personnes susceptibles de retirer un bénéfice d'une prise en charge dans un milieu familial. Il s'agit pour les familles qui ne souhaitent pas placer leur aïeul ou membre de la famille handicapé ou malade, dans une maison de retraite ou un établissement spécialisé, dont ils craindraient la taille, souvent synonyme de moins d'humanité, et qui ne pourraient pas ou ne voudraient pas le maintenir à domicile ou s'en occuper personnellement, pour des raisons de temps ou de confort de vie. L'ambiance familiale est bien souvent préférée à celle d'un établissement public. La rédaction de cette sous-partie a été grandement aidée par la collaboration de Madame Dunoyer, Présidente de l'accueil familial en Haute-Vienne, et au site f*amidac.net*.

1) L'accueil familial, une structure atypique

Tout adulte locataire ou propriétaire d'un logement comprenant pièces habitables et points d'eau peut prétendre à devenir accueillant familial d'une à trois personnes. Il est évident que cette définition a minima se doit d'être étoffée, car ne peut obtenir l'agrément du Conseil général, nécessaire à l'exercice de cette activité, qui veut. L'accueil peut être de longue durée ou temporaire (par exemple saisonnier, au moyen d'une convention avec une maison de retraite, qui héberge les personnes âgées en alternance), ou permanent, sans que cette permanence n'empêche l'accueillant de prendre quelques congés… sans solde !

Il peut être thérapeutique (AFT) pour les personnes souffrant de troubles mentaux. Il s'agit d'une modalité particulière d'hospitalisation à temps complet. Il peut s'agir d'une phase de réadaptation et d'acquisition d'une certaine autonomie de la personne souffrant de ces troubles. L'accueil familial est dit thérapeutique car il intègre l'hébergement et la continuité des soins. Il est organisé sous la responsabilité d'un centre hospitalier et permet ainsi la poursuite du traitement tout en rompant avec l'enfermement hospitalier.

Ce type d'accueil se révèle très adapté :

– aux patients ne supportant pas le placement en établissement spécialisé, isolés ou dont l'entourage manque de disponibilité,

115. Établissement hospitalier pour personne âgées.

– aux adultes handicapés ayant toujours vécu avec leurs parents sans aucune prise en charge institutionnelle, ce qui est souvent le cas en milieu rural.

Dans cette structure, l'accueillant n'est pas salarié de la personne accueillie mais salarié d'un établissement psychiatrique, le financement est assuré par la Sécurité sociale et l'Assurance maladie. Le coût de ce placement en famille d'accueil est très inférieur au placement en milieu hospitalier.

Penchons-nous donc sur les critères de l'agrément, et l'organisation du système.

Initialement, l'accueil familial était inorganisé, non réglementé, et pouvait revêtir la forme d'un bail meublé assorti de prestations de services, le tout diversement déclaré et fiscalement incertain. Le temps des incertitudes est bien levé depuis la loi du 10 juillet 1989, complétée de décrets récents [116].

Un réseau de partenaires complémentaires est venu se greffer sur le réseau de familles d'accueil, avec la participation plus ou moins enthousiaste des Conseils généraux, dont certains sont emballés par la multiplication de ces petites structures d'accueil qui remédient aux carences des structures plus organisées, mais aussi plus coûteuses pour la collectivité. La demande d'agrément est opérée auprès du Conseil général ; le demandeur doit être un adulte ou un couple, détenir une chambre indépendante de 9 m^2 (16 m^2 pour un couple) minimum qui a un point d'eau potable à proximité immédiate, et un point de chauffage adapté au climat. La personne accueillie doit avoir un accès libre aux pièces communes.

Le Conseil général peut fixer un nombre inférieur de personnes accueillies, et se doit de procéder au contrôle des familles agréées ; certains Conseils généraux, qui ne souhaitent pas investir dans des structures éclatées et isolées, préfèrent ne pas faire la publicité de ce système. En règle générale, les conditions d'accueil sont beaucoup plus confortables, la période des Thénardier étant, selon le site *famidac.net*, définitivement révolue ! Cela dit, la confiance n'excluant pas le contrôle, le rôle du Conseil général est nécessaire quant à la délivrance de l'agrément et à la surveillance de la famille d'accueil, et au contrat établi entre les parties.

La formule séduit, mais les places en famille d'accueil sont rares ; il y a moins de 15 000 places en famille d'accueil en France, dont la moitié pour les personnes âgées, et l'autre pour les personnes handicapées ; cette alternative à la maison de retraite n'est toutefois ouverte qu'aux personnes âgées valides et en relative bonne santé, au profil psychologique adapté à une coexistence avec une famille qui n'est pas la leur, et elle nécessite une capacité d'adaptation et d'accueil rares de la part de la famille accueillante.

Participent de la logique de la famille d'accueil des données aussi diverses que l'altruisme, la volonté d'aider, le dévouement, l'intérêt économique, le don

116. Décret n° 2004-1542 du 30 décembre 2004 relatif au contrat type prévu à l'article L 442-1 du Code de l'Action sociale et des Familles notamment.

de soi, le partage, l'affectif au plus intime de la famille, la patience, la routine, la solidarité, la culture de l'effort renouvelé.

À cette enseigne, on observe que Paris ne recense aucun accueillant familial, cette forme d'hébergement des personnes âgées trouvant majoritairement son public en zone rurale, pour diverses raisons : absence de temps, coût du logement pour la famille d'accueil, faible investissement des conseils généraux des grandes métropoles urbaines, qui ne disposent pas de service consacré à l'accueil familial, ou refusent d'instruire les demandes d'agrément…

2) L'accueillant familial, un bailleur-salarié multicartes

L'accueillant familial est un homme-orchestre, ou le plus souvent une femme-orchestre. La fonction d'accueillant familial est un véritable métier, avec ses spécificités, souvent méconnues.

Pour le comprendre, il n'y a qu'à interroger Monique Dunoyer, présidente de l'AFHV, nous relater une « journée-type » :

- **7 h 00** : lever de l'accueillant ; préparation du petit-déjeuner, réveil de la maisonnée (famille et accueillis) ;
- **7 h 30/8 h 30** : prise en commun du petit-déjeuner et des médicaments (l'hiver, déjeuner après la toilette).
- **8 h 30/9 h 30** : toilettes des accueillis : 20 minutes en moyenne par jour et par accueilli.
- **10 h 00** : ménage des chambres, lits…
- **11 h 00** : préparation du déjeuner ; produits frais.
- **12 h 00/13 h 00** : déjeuner pris en commun.
- **13 h 30** : vaisselle ;
- **14 h 00** : repos de moins d'une heure pour l'accueillant ; sieste / repos pour les accueillis.
- **15 h 00** : repassage, lessive ;
- **16 h 00** : goûter ;
- **16 h 30/17 h 00** : travail administratif ;
- **18 h 00** : préparation repas, télévision pour les accueillis, ou animation par un tiers ;
- **19 h 00/19 h 30** : dîner.
- **21 h 00** : coucher.

On le comprend, les temps de repos ou de loisir sont rares… l'accueillant est réellement l'homme/la femme-orchestre de la maison, et a de multiples « casquettes ». Sa première fonction est celle de salarié des accueillis, même si les décrets d'application de la loi de 2002 précisent que la relation entre l'accueillant et l'accueilli ne saurait être une relation salarié-employeur… mais nous y reviendrons.

L'accueillant nourrit, blanchit, fait les courses, le ménage, distrait, sort, établit un relationnel, partage avec l'accueilli. Il exerce une activité à temps plein, un vrai métier, désormais enseigné comme tel aux termes d'une formation initiale permettant de mieux appréhender cette fonction ; cependant le gros des bataillons d'accueillants est formé par d'anciens professionnels aguerris, désireux d'exercer leur profession chez eux, dans une atmosphère plus familiale, moins oppressante.

L'accueillant doit également veiller à la prise de médicaments de l'accueilli, et agir conformément au contrat signé entre l'accueillant, d'une part, et l'accueilli et un référent, qui est le tuteur/curateur de l'accueilli, le cas échéant. Le suivi médical et social de la personne accueillie est assuré par le Conseil général.

L'accueillant se doit, à l'image d'un médecin ou d'un notaire, d'être d'une parfaite probité ; il doit n'accepter AUCUN don ou testament de la personne accueillie ; il se doit d'accepter, en provenance du Conseil général, les visites de contrôle et le suivi médico-social de la personne accueillie, assurer une présence permanente par lui-même ou un remplaçant compétent et averti, le tout étant codifié aux articles L 441-1 à L 443-12 du Code de l'Action sociale.

En tout état de cause, les engagements pris par l'accueillant et les droits et obligations de chacune des deux parties et les conditions d'accueil ainsi que les éléments et le montant théorique (selon prestations) de la rémunération sont intégrés dans le contrat obligatoire signé entre les deux parties, l'accueilli étant généralement assisté de son curateur, remplacé par son tuteur, ou assisté d'un membre de sa famille s'il n'est pas sous curatelle, tutelle ou sauvegarde de justice.

3) Avantages – intérêts et lacunes

La famille d'accueil présente un grand avantage, elle permet une gestion de la personne âgée ou handicapée plus humaine, car à taille réduite (trois personnes au maximum), un cadre familial (accueil « chez l'habitant », ou logement indépendant avec espaces de vie commun, moments partagés…), mixité d'âge et de milieux sociaux, compétence et dévouement des accueillants… En recréant une famille, elle rompt l'isolement de la personne âgée, malade, handicapée qui retrouve un cadre de vie.

Un autre avantage, non négligeable, est l'économie pour les familles, mais aussi pour la Société, la rémunération de la famille d'accueil étant sans commune mesure avec le coût d'une maison de retraite, pour une qualité de service bien plus importante.

Alors comment arrive-t-on à ce résultat ? Par quel miracle une plus petite structure permet-elle de faire des économies, alors qu'une grande structure devrait permettre de réaliser des économies d'échelle ?

Probablement par la suppression des intermédiaires, par une qualité humaine renforcée par la personnalisation forte de la relation accueillant-accueilli, par le relatif désintéressement de l'accueillant, et par un système parfaitement huilé et cohérent, nourri par trois logiques complémentaires :

– L'accueilli, en sa qualité d'hébergé, est locataire de l'accueillant, à qui il verse donc un loyer.

– L'accueillant, en sa qualité de petit soignant, prestataire de services, aide-ménager, garde-malade, transporteur, est rémunéré ou défrayé par l'accueilli, dont il est, à cet égard, l'employé, lequel employé est protégé par le droit du travail, à l'image de tout employé. Ce système est donc une source d'emploi,

de revenu « équitable », un peu à l'image d'un commerce équitable qui respecterait les intérêts de l'accueillant et de l'accueilli.

– L'ensemble du système est mis en cohérence par l'agrément nécessaire à l'accueillant qui ne peut héberger de personne âgée que s'il remplit les conditions étudiées ci-après.

Un grand intérêt qui est procuré par l'accueil familial réside dans sa capacité à générer des emplois et des économies pour la collectivité, qui va payer moins cher pour maintenir la personne âgée à domicile ou la personne handicapée dans un établissement spécialisé, et permettre à l'accueilli de finir ses jours au sein d'une structure forcément plus humaine, même si la maison de retraite n'est pas forcément inhumaine.

Ce dispositif peut toutefois inquiéter les familles des seniors, qui préféreront parfois « placer » leur aïeul dans une maison de retraite, que de le confier à une famille inconnue, voire non éprouvée ; il est certain que la « réputation » d'une maison de retraite peut rassurer, mais elle peut aussi inquiéter, et le coût de la prise en charge peut faire reculer les revenus les plus modestes.

Les articles L 441-1 et suivants du Code de l'Action sociale et des Familles concernent toute personne accueillant habituellement à son domicile des personnes âgées ou en situation de handicap n'appartenant pas à sa famille jusqu'au 4e degré inclus. Il s'agit d'un obstacle important, un frein à la multiplication du nombre de familles d'accueil.

> On notera donc que les enfants ou neveux ne peuvent pas bénéficier du statut d'accueillant familial, ce qui est, à notre sens, injuste, et contre-productif en ce que la solution de la famille d'accueil serait probablement le meilleur cadre juridique pour l'accueillant enfant, petit-enfant, neveu ou petit-neveu ; celui-ci se verrait alors verser une juste rémunération de ses services, laquelle ne pourrait être remise en cause au décès de l'accueilli, au titre du rapport à la succession notamment.
> Cette exclusion est d'autant plus paradoxale que la Cour de Cassation reconnaît depuis 1994, le bien fondé d'une telle créance.[117]

Initialement, l'accueil familial était inorganisé, non réglementé, et pouvait revêtir la forme d'un bail meublé assorti de prestations de services, le tout diversement déclaré et fiscalement incertain. La loi du 10 juillet 1989, complétée par la loi du 17 janvier 2002, a encadré l'accueil familial, sortant imparfaitement et de façon incomplète l'accueillant familial de son absence de statut, lequel est tout à fait particulier. En effet, l'accueillant est salarié de l'accueilli, mais s'il cotise pour sa retraite, il ne cotise ni ne bénéficie de l'allocation chômage en cas de perte d'emploi ; autrement dit, en cas de vacance d'accueilli, il ne pourra s'inscrire au chômage, et risquera de se retrouver très rapidement

117• Cass. 1re civ., 12 juillet. 1994, commentaire *JCP,* Ed N 1995, n° 47.

dans une précarité préoccupante ; doit-on y voir une mauvaise considération de ce type de métier ? Probablement. On observera que, si le métier d'accueillant familial ne nécessite pas de diplôme particulier, sa compétence n'est pas non plus récompensée par un diplôme qui serait attribué a posteriori. On pourrait pourtant penser nécessaire l'accomplissement d'un stage par un candidat à l'accueil, avant même l'obtention de l'agrément ; on ne s'improvise pas accueillant.

En sus du salaire, faible, souvent basé sur le SMIC horaire majoré des congés payés (10 %), et « capé » à 2,5 heures par jour par accueilli – perçu par l'accueillant, l'accueillant perçoit un petit loyer ainsi que la rémunération des services rendus, l'ensemble de ces règlements étant limité de façon à permettre un coût raisonnable pour l'accueilli, d'ailleurs largement pris en charge par les aides sociales existantes.

4) Le coût de l'accueil

Relativement au coût de la prise en charge, il convient de distinguer :

le gain réalisé par l'accueillant ; sa rémunération se compose, par personne accueillie, de quatre postes :

- Une rémunération journalière de 2,5 SMIC horaires plus 10 % au titre des congés payés, au minimum ;
- Une indemnité en cas de sujétions particulières, suivant la dépendance de la personne, grille GIR, égale à 1 à 4 fois le minimum garanti horaire (3,17 € le minimum) ;
- Une indemnité représentative des frais d'entretien courant de la personne, accueillie qui couvre les fournitures mises à la disposition de l'accueilli, comprise entre 2 et 5 fois le minimum garanti : 15,85 € maximum par jour.
- Le loyer, nommé « *indemnité représentative de mise à disposition de la pièce réservée à la personne accueillie* », dont le montant est proportionnel à la taille et la qualité de la pièce et des éléments de confort offerts, et en fonction du prix moyen des locations dans le secteur environnant. Dans certains départements, le loyer est capé (153 € en Haute-Vienne).

Ainsi, en moyenne, le coût d'accueil d'une personne âgée est de 1 100,00 € mensuels, soit 1 500 € mensuels, charges sociales comprises, auquel il faut ajouter la prise en charge médicale de la personne âgée.

Pour la personne âgée et éventuellement sa famille, l'accueil familial est très économique ; en effet, la personne âgée est considérée comme vivant à son domicile ; par suite, elle bénéficiera, le cas échéant, de l'allocation personnalisée d'autonomie, et de l'allocation de logement sociale, ou de l'aide personnalisée au logement, ainsi que de l'aide sociale. Elle bénéficiera également d'une réduction d'impôts égale à 50 % des sommes effectivement versées au titre de la rémunération journalière et de l'indemnité de sujétions particulières. Cette réduction est plafonnée à 12 000 €, 20 000 € si l'accueilli est titulaire

d'une carte d'invalidité à 80 %, ou d'une pension d'invalidité de 3e catégorie. Enfin, plus classiquement, les aides des ascendants ou descendants sont déductibles au titre des pensions alimentaires.

B – Promouvoir et développer deux solutions détonantes : la cogestion et la cohabitation

1) Le développement de la participation technique et humaine des seniors à l'entretien et la gestion de leur structure d'accueil, ou la mutualisation des décisions et des dépenses

Il existe déjà quelques exemples de gestion coopérative d'établissements de retraite, et il est frappant de constater que ces exemples sont tous heureux.

• Heureux pour les pensionnaires et leurs familles, dont la facture se trouve être considérablement réduite, du fait de la participation des anciens, tous compétents dans leur domaine, aux décisions et aux travaux d'entretien et de gestion.

• Heureux pour les pensionnaires et leurs familles, qui ont la satisfaction de se voir enfin considérer comme des êtres humains responsables et encore capables de s'occuper d'activités dignes de leurs capacités, et non d'une sorte de club de vacances géré par de gentils organisateurs s'adressant à eux comme à des enfants qu'ils ne sont pas.

• Heureux pour les pensionnaires et leurs familles, associés aux décisions stratégiques de l'établissement, à une démarche de qualité qui n'est plus un label de plus, mais une véritable recherche de résultat, une amélioration patente du service, de la qualité des repas, du nombre de douches et de soins opérés à chaque pensionnaire.

• Heureux pour les pensionnaires et leurs familles, parties prenantes de la vie de la maison de retraite, non écartés de ses réalités, et jamais trompés dans l'exécution pratique des tâches de la vie quotidienne.

Ce système de gestion et de travail coopératif a bien entendu des limites, mais elles ne sont pas si importantes : il lui est fréquemment objecté que rares sont les personnes placées dans ces établissements qui sont en mesure d'assurer un travail semblable à ceux qu'ils sont censés remplacer ; cette objection n'en est pas une, car il est évident qu'un pensionnaire n'a pas à assurer le travail d'un employé ou d'un cadre ; en revanche, cinq, dix pensionnaires pourront le faire, et s'en trouveront gratifiés. Ce système n'est donc négatif que pour ceux qui veulent tirer un profit maximal d'une maison de retraite ; leur intérêt n'est pas l'objet de cette étude, et il faut, à mon sens, encourager le développement de ce type de gestion coopératif, qui aura, en tout état de cause, le mérite de repositionner la personne âgée au cœur du système, en la mettant en mesure de disposer de leviers de contrôle de sa fin de vie.

Lorsque cela n'est plus possible, ou lorsqu'une personne âgée ne veut pas être prise en charge par une institution de retraite, mais se trouve prise en

charge par sa famille, il est prévu un dispositif d'aides sociales que l'on a étudié plus haut pour le maintien à domicile. Un dispositif original peut également être étudié, afin de concilier logements et personnes disponibles avec un besoin d'hébergement plus humain, moins massif, d'accueil des personnes âgées.

2) Le logement intergénérationnel, une pratique encore méconnue

Il existe, dans nos grandes métropoles, un problème de logement certain. On ne compte plus le nombre d'étudiants sans toit, et ce problème ne sera pas résolu de sitôt, sauf à avoir foi en la dénatalité, ce qui ne serait pas, gageons-le, signe de grande confiance en l'avenir !

À ce sujet, pour remédier à la rareté de logements étudiants, le Premier ministre a missionné Jean-Paul Anciaux, député UMP, auteur d'un rapport sur le logement étudiant et les aides. Les débats ne font que commencer. Celui-ci a lancé la concertation le mercredi 3 octobre 2007, entouré des leaders des principales organisations étudiantes.

À l'issue de cette concertation est née la charte du logement intergénérationnel. Cette initiative doit être développée, et le rôle des associations, ci-après évoqué, renforcé.

Il existe, dans nos grandes métropoles, une solitude toujours plus importante des personnes âgées. Éloignées de leurs familles, et pas toujours placées en institution, celles-ci occupent parfois seules des appartements de bonne taille, et n'ont pour seule visite régulière que le médecin, l'aide soignante ou l'infirmière…

Il existe, dans nos grandes métropoles, des associations compétentes et dévouées, sans but lucratif, qui participent au comblement des deux besoins vus ci-dessus, et dont on ne parle pas assez. Nous allons tenter de réparer cette injustice, comme elles réparent ces solitudes.

La solution à deux besoins majeurs, et à d'autres difficultés.

Ainsi allons-nous aborder avec confiance notre première proposition ; elle consiste à faire confiance aux jeunes pour améliorer le sort des anciens ; il s'agit du développement de liens intergénérationnels.

Nous n'avons, en ce domaine, rien inventé. L'habitat intergénérationnel existe déjà, à de nombreuses échelles ; ainsi a-t-on évoqué, dans notre première partie, l'expérience dijonnaise, exemplaire en ce qu'elle ne contribue pas, à l'inverse des villages de seniors ou des résidences services, au regroupement – irons-nous jusqu'à dire à l'enfermement – des seniors entre eux, mais contribue au contraire à enrichir les différentes générations en leur proposant un équilibre harmonieux de type « cité idéale » ; nous sommes aussi là pour rêver, mais ne nous départissons cependant pas du pragmatisme qui fait notre force, aussi procédons par ordre en partant de l'exemple existant, pour extrapoler et aboutir à son amélioration.

Il n'est pas rare, à Paris, de constater que des logements indécents sont, malgré la loi, proposés aux jeunes étudiants désargentés, qui se doivent d'accepter de véritables placards pour se loger ; on comprend bien que ces mêmes étudiants préféreront, s'ils en ont l'opportunité, une chambre confortable en appartement à un tarif beaucoup plus raisonnable, surtout si une partie du loyer est payée par l'exécution de prestations de services adaptées aux capacités des jeunes hébergés.

Bien entendu, il ne faut pas que la personne âgée soit dans un trop grand état de dépendance, ou, en tout cas, qu'il en soit trop demandé au jeune ; toutefois, cette remarque est un faux problème, déjà réglé en amont par l'association « entremetteuse » ; nous y reviendrons. « *Les étudiants ne sont pas là pour servir d'auxiliaires du troisième âge !* » a ironisé Jean-Paul Anciaux.

Nous avons déjà compris que l'autre besoin dont il est question est celui de la personne âgée, désireuse d'avoir une compagnie, une assistance pour les menus besoins de la vie courante, voire un complément de retraite nécessaire pour faire face aux augmentations de loyer ou de charges.

Il faut également noter que cette « co-habitation » inédite, bien organisée, saura apporter un sentiment accru de sécurité à la personne âgée, qui contribuera à son souhait de rester à son domicile, ce qui est un autre effet bénéfique du système.

Il a également pour avantage de maintenir une quantité intéressante de personnes âgées dans la cité, à tous les sens du terme !

Cependant, pour qu'il fonctionne, ce système doit être solidement encadré, encore plus qu'il ne l'est actuellement, dans l'intérêt des deux parties prenantes.

• *La nécessité d'un encadrement rigoureux*

Il est essentiel que les parties soient mises en relation par des associations solides et bien structurées ; on compte actuellement plusieurs associations de ce type, comme le « Parisolidaire », ou encore l'association « logement intergénération », qui sont des associations [118] *a priori* désintéressées dont l'objectif est la mise en relation de jeunes et d'anciens « compatibles » afin de leur permettre une cohabitation heureuse qui réponde à leurs besoins.

Ces associations proposent leur structure, leur arbitrage, imposent – à raison – leurs règles, mais travaillent, à notre avis, sans filet, c'est-à-dire sous couvert de leur seule expertise, certainement nécessaire, mais qui pourrait être insuffisante, à grande échelle.

Le principal intérêt de l'intervention de ces associations (dont on pourrait suggérer à l'image des associations proposant l'adoption, qu'elles soient agréées, ce qui aurait pour mérite de limiter d'éventuels abus) est le sérieux et le « professionnalisme » qu'elles déploient dans le cadre de la mise en relation (entretiens

118• http://www.logementintergeneration.org & http://www.leparisolidaire.com

préalables approfondis, exposé des droits et devoirs, limitation des prétentions des uns et des autres), dans le contrôle (convention définissant les droits et devoirs, les interdictions, la participation aux charges et aux services… signée en commun, charte à respecter sous peine d'exclusion, etc…).

À notre avis, ces associations devraient être soutenues par les pouvoirs publics, et assistées de travailleurs sociaux. La boucle pourrait également être bouclée par l'intégration plus nombreuse de personnes de troisième âge dans la gestion de ces associations, comme cela sera proposé plus tard en matière de cogestion.

Il appartient néanmoins à notre profession de poser les quelques questions que ces associations, reposant sur le bénévolat, la bonne foi et une certaine (bonne) idée de la Société, ne se posent pas, mais qui pourraient leur être posées.

Tout d'abord, relativement à la nature du contrat, s'agit-il d'un bail en meublé payé en tout ou partie par l'exécution de prestations de service ou d'un contrat de travail rémunéré par un logement ? Il ne nous appartient pas de nous prononcer ; tout au plus peut-on espérer qu'en l'espèce, la contrepartie à fournir par le jeune étant a priori bien plus faible que l'avantage procuré, on s'oriente bien vers l'idée d'un contrat de bail en meublé, payé en tout ou partie par les menus services rendus par l'étudiant. Cette solution paraît très souhaitable, et éviterait bien des difficultés, notamment de droit du travail…

Fiscalement, il est tout aussi souhaitable de donner une réponse identique ; ainsi, un bail en meublé d'une chambre située dans la résidence principale du bailleur ne sera pas, en lui-même, imposable au titre des BIC, en raison de la modicité du revenu.

En revanche, considérer qu'il y a là contrat de travail serait malsain, à bien des égards, et ne serait pas sans conséquence fiscale. Il convient donc de conserver la prééminence du bail, ou d'aligner le statut de l'étudiant sur celui de la fille au pair ! Les conséquences sociales du contrat en seront d'autant simplifiées, et il sera alors possible de maintenir une relation bailleur/locataire, plus saine en l'espèce qu'une relation employeur/salarié !

Il est en réalité espéré qu'aucune fiscalité, sauf celle, exonérée, du bail en meublé sis dans la résidence principale du bailleur, ne soit applicable à l'opération, sauf à proposer, ce que nous souhaitons, une incitation fiscale à adopter ce dispositif, comme la non-imposition d'une résidence principale dans laquelle serait hébergé un jeune étudiant au titre de l'impôt sur la fortune. Cette solution aurait le mérite de ne pas faire supporter à la personne âgée un ISF trop lourd au regard de ses moyens. Là encore, un contrôle accru des abus, des seniors cette fois, sera nécessaire, afin de ne pas voir un senior loger un étudiant du 30 décembre au 2 janvier ! On le voit, le développement de solutions existantes passe souvent par l'incitation fiscale, celle-ci n'étant pas nécessairement coûteuse pour le comptable public, ce dernier pouvant ainsi diminuer – ou ne pas augmenter – son effort en matière d'hébergement de jeunes et d'anciens.

C/ La créance de salaire différée de l'enfant dévoué et les libéralités rémunératoires

L'assistance apportée par un membre de la famille à son parent : père ou mère, frère ou sœur notamment, peut dépasser les exigences d'une contribution normale et une rémunération peut lui être octroyée. Il peut s'agir d'une rémunération à terme sous forme de salaire différé ou d'une rémunération immédiate.

1) La créance de salaire différé – une rémunération à ne pas rapporter à la succession !

Il est encore fréquent d'observer, dans de nombreuses familles, qu'un membre dévoué s'occupe de ses parents jusqu'à la fin de leurs jours, en vivant sous leur toit, ou en les recueillant chez lui.

Parfois, les autres membres de la fratrie lui en sont reconnaissants ; parfois, ils lui reprochent, à tort ou à raison, d'avoir opéré un détournement sentimental et financier des parents.

Le sujet est délicat tant il touche à ce que chacun a de plus profond, en atteignant parfois les coins les plus sombres de l'âme humaine, et tant il est difficile pour le notaire de trancher, a posteriori, dans ce genre de difficultés.

Il paraît pourtant simple de s'entendre, en considération de l'évolution de la situation de la personne âgée, sur les modalités de sa prise en charge en famille, et de brosser un compte en considération des besoins de la personne âgée, des mérites de celui qui s'en occupe, de sa légitime rémunération – qui osera dire que le paiement raisonnable du service rendu par un membre de la famille, qui eût été rémunéré s'il avait été rendu par un tiers, constitue un avantage rapportable à la succession ? Quel membre de la fratrie aura la mauvaise foi d'imposer à un autre membre, plus dévoué que lui, la gratuité des soins prodigués à son parent, lorsque ces soins ont un coût, au moins en temps, et procurent donc une économie à la famille ?

Il paraît en tout cas autrement plus efficace de s'entendre par avance sur les modalités de rémunération, ou sur l'existence d'une créance de salaire différé du membre de la fratrie qui s'est consacré à ses parents, afin de ne pas affronter un effet de surprise lors du règlement de la succession.

> Vincent a rendez-vous chez son notaire.
> « Je me suis occupé de mes parents durant des années, mon frère, parti travailler aux États-Unis, par manque de temps et sans doute d'intérêt, n'a pas pris part au paiement des factures ni à leur entretien quotidien. Puis-je réclamer une créance d'héritage ? »
> Quel notaire n'a pas un jour reçu des enfants qui se sont occupés de leurs parents et qui souhaiteraient voir leurs efforts récompensés ?

Il ne sera pas toujours possible de provoquer un accord du vivant de la personne âgée, mais, à défaut d'accord, une volonté clairement exprimée devant

notaire, et devant la plupart des membres de la famille, constituera une force lorsque les tribunaux auront à trancher ce type de difficulté. Il est souhaitable, pour lui donner une force plus grande, de consacrer enfin ce type de contrat, qui sera le ciment d'une succession bien comprise, et le tombeau de jalousies et mesquineries déplorables.

À l'instar de l'article L 321-13 du Code rural qui dispose que tous les descendants de l'exploitant agricole, dès lors qu'ils remplissent les conditions requises, peuvent bénéficier du salaire différé, lequel est un droit de créancier et non un droit d'héritier, nous souhaiterions que cette créance de salaire différé puisse être envisagée pour les enfants de la personne âgée, malade ou handicapée ou pour son frère ou sa sœur, qui s'est occupée d'elle. Il s'agit d'une alternative à la libéralité, une reconnaissance financière à celui qui a prodigué des soins à la personne malade ou handicapée.

La Cour de Cassation a consacré, par un arrêt rendu le 12 juillet 1994 [119], le devoir d'assistance de l'enfant dévoué au-delà de l'obligation alimentaire. Un fils a demandé, et obtenu, une indemnité prélevée sur l'actif, consacrant ainsi le temps passé et les soucis apportés au service de ses parents. Cette indemnisation est fondée sur les principes de l'action de *in rem verso*, sur l'enrichissement sans cause. Dès lors que l'engagement de l'enfant va au-delà de son obligation alimentaire, il peut prétendre à une indemnité rétablissant un équilibre entre ses frères et sœurs lors du règlement de la succession. La Cour de Cassation s'est contentée de consacrer « une indemnité pour l'aide et l'assistance apportée », laissant au juge du fond sans détailler son mode de calcul comme cela est fait dans la créance de salaire différé.

> Le 29e Congrès du Mouvement Jeune Notariat [120] s'est interrogé sur la contractualisation de l'obligation alimentaire : Valérie Danton-Ferrant – Frédéric Aumont – dixième proposition.

Notre suggestion est donc de créer trois cadres de contrats, comme suit :

- Soit un contrat fondé sur l'**accord de l'ensemble des héritiers présomptifs et des parents**, qui relatera, en son exposé, les droits des parents et les devoirs de l'enfant ou du tiers dévoué, rémunération sous forme de salaire versé mensuellement, annuellement, ou différé au décès, mais par définition non rapportable car rémunérant une prestation à titre onéreux, et les conséquences du défaut de réalisation de sa prestation par l'enfant ou le tiers rémunéré.

- Soit un contrat passé entre les parents et l'enfant aidant, à défaut d'accord des autres enfants : ce contrat sera certes incomplet au sens du droit actuel, car ne comportant pas la signature des autres héritiers réservataires et faisant

119• Bulletin civil I, n° 250, p. 181.

120• Évian 1998, *Recomposition familiale*, Le droit au bonheur.

courir le risque d'un rapport et d'une réduction de la somme versée à l'aidant, mais il aura le mérite d'expliquer une situation et d'inciter les enfants non signataires à faire un effort pour comprendre les raisons d'un tel acte, les parents ayant exprimé leur volonté. Ce contrat, s'il fait l'objet d'un cadre législatif et réglementaire, créant une « niche » dans la réserve héréditaire sans toutefois lui porter atteinte, comme constituant une juste rémunération – car préalablement et raisonnablement fixée, permettra à de nombreuses familles d'éviter des litiges.

Mais on pourrait aller plus loin encore en prévoyant la possibilité de faire homologuer ce contrat en cas de désaccord avec le ou les enfants « non aidants ». Il s'agirait d'un moyen pour les parents de faire reconnaître une situation, de forcer le ou les récalcitrants à prendre conscience de l'aide apportée par un enfant. À défaut d'accord, les parents et l'aidant devraient solliciter l'homologation de la convention par le juge. Ce dernier pourrait la refuser. En cas d'accord, la reconnaissance serait judiciaire et imparable : elle s'imposerait à l'ensemble des enfants. Cet accord forcé ne favorisera pas l'entente fraternelle mais celui des enfants qui se sera impliqué, qui aura apporté son aide, donné son temps, sera récompensé.

Le rôle du notaire serait semblable à celui qui existe aujourd'hui dans les changements de régime matrimonial : le changement est décidé dans l'intérêt de la famille et l'homologation n'est requise qu'en cas d'opposition.

• Soit un acte de type notoriété, testimonial, dans lequel l'aidant souhaite établir, après le décès de ses parents, sa « créance de salaire différée », malgré la position réticente à cet égard de la Cour de Cassation. La simple existence de cet acte serait incitative pour les enfants à établir un pacte de famille pour que les modalités de l'aide ne soient pas organisées à leurs dépens, et inciterait l'enfant dévoué à conserver les factures et preuves de son aide, afin de les utiliser après le décès.

Ces actes sauront permettre une meilleure organisation de la succession, mais surtout, de façon plus surprenante, une meilleure acceptation et une déculpabilisation des autres héritiers, non aidants, qui pourront alors chiffrer les créances de l'aidant, et leur carence d'aide ; ainsi, leur culpabilité personnelle sera beaucoup diminuée par la rémunération de l'aidant.

Le rôle du notaire dans l'élaboration de ces contrats sera important et évident. Le législateur qui permettrait la rédaction de ce type de contrat devrait laisser une grande liberté aux parties pour évaluer et quantifier la dette. En effet, diverses méthodes pourraient être envisagées : la dépense peut se calculer par rapport aux paiements que le parent n'a pas eu à effectuer, sur les économies qu'il a pu réaliser ; il peut s'agir également du salaire que l'enfant dévoué aurait pu percevoir si ce parent avait été un tiers.

Lors de ce 29e Congrès, le Mouvement Jeune Notariat [121], dans sa onzième proposition, suggère un barème pour quantifier cette dette alimentaire, à titre indicatif compte tenu des spécificités liées aux nombreux cas qui peuvent exister, ou une grille d'évaluation, qui pourrait être élaborée par l'INSEE.

En tout état de cause, le quantum de cette créance devra faire l'objet d'une fixation réglementaire, comme en matière de « salaire différé » rural. Toutefois, il conviendrait d'affiner ce barème pour tenir compte de la nature des aides apportées (soins, nourriture, logement…) et surtout de la localisation (grille d'indemnité en considération du secteur géographique comme nous en trouvons en matière de loyers).

Ce nouveau type de créance qui pourrait être créé, se rapproche de la libéralité rémunératoire car cette dernière est consentie en rémunération d'un service rendu. Il convient de noter que cette « créance » n'est en aucun cas, un salaire, car il n'existe pas de lien de subordination entre l'aidant et l'aidé ; il ne s'agit que d'indemniser et non pas à proprement parler de rémunérer. Quant à la nature juridique de tels contrats : si le droit français est frileux par crainte de la prohibition des pactes sur succession future, il convient de noter que d'autres droits européens, reconnaissent de telles conventions, notamment, le droit allemand au travers du contrat successoral [122].

2) Les libéralités rémunératoires

Natalia BOGDANOVA

Qu'il s'agisse d'une donation ou d'un legs, la libéralité revêt un caractère rémunératoire lorsqu'elle est consentie pour récompenser un service rendu. Si ce service est appréciable en argent, la libéralité est qualifiée d'acte à titre onéreux et n'a de libéralité que le nom.

a) Principes

Cette libéralité correspond à l'exécution d'une obligation naturelle de rémunérer le service ainsi rendu, dans une certaine limite toutefois, puisque la fraction excédent le service rendu présentera un caractère gratuit.

La personne qui va consentir l'aide, n'exige et ne sollicite aucune rémunération, il s'agit pour elle d'une obligation morale ou naturelle, mais le donateur entend quant à lui rémunérer le service ainsi prodigué. L'aide apportée

121• Évian 1998, *Recomposition familiale*, Le droit au bonheur

122• Voir à cet égard, l'intéressant article de Monsieur Michel MATHIEU, diplômé d'études supérieures de droit « Le contrat successoral en droit allemand (ou comment exprimer à titre irrévocable des dispositions de dernières volontés) », *JCP*, Ed Not 2001 n° 30-35.

par une personne à un membre vulnérable de la famille (souvent une personne âgée ou malade) peut être récompensée par celle-ci.

Il est vrai que dans les rapports familiaux, le service que la libéralité est destinée à récompenser est difficile à évaluer en argent. Il s'agit des soins donnés à un parent âgé, du dévouement d'une concubine envers son concubin, du temps passé à élever un enfant ou à assister un vieillard dans ses dernières années [123].

Ce mécanisme appelle toute notre attention car il permet à celui ou celle qui prend en charge une personne seule (par exemple, la mère recueillant sa fille après son divorce) d'être « récompensée » de la part de cette dernière.

Cette libéralité rémunératoire peut être intégrée dans un acte ou faire l'objet d'un acte autonome. Ainsi, une donation peut être mixte avec un aspect soit rémunératoire pour une aide déjà fournie, soit de charge en vue d'organiser les modalités d'une aide future. Elle peut également être adossée à une donation simple sans contrepartie.

C'est cet aspect rémunératoire qu'il convient de souligner dans le pacte de famille, afin de bien exposer aux autres membres de celle-ci, non aidants, que le gratifié n'est pas avantagé, mais rémunéré.

Cependant, on l'a toujours dit, un frein d'ordre moral existe dans ce cas. Quand il s'agit du financement familial de l'aide apportée à une personne vulnérable, « il est souvent fait le reproche d'introduire dans la famille le principe d'une indemnisation ». En effet, une telle aide de la part de la famille se fait parfois naturellement. Mais, dans d'autres situations, un encouragement financier peut favoriser l'entraide familiale.

La libéralité rémunératoire est une rémunération pour une aide déjà fournie. Mais cela peut prendre la forme d'une simple donation sans contrepartie. Elle correspond toujours à une obligation de rémunérer le service rendu [124].

La réalité des services rendus (leur nature et leur ampleur justifiant le caractère rémunératoire) a été toujours appréciée par la Cour de Cassation [125]. Le juge est là pour contrôler l'adéquation entre le service rendu et la générosité du disposant ; l'absence d'équilibre impliquera une requalification en donation. Le juge est là pour contrôler l'adéquation entre le service rendu et la générosité du disposant ; l'absence d'équilibre impliquera une requalification en donation.

Dans l'hypothèse où cette donation est requalifiée en véritable libéralité, elle devient rapportable à la succession. Le risque est grand lorsque la donation est excessive eu égard aux facultés du disposant. Toutefois, on pourrait envisager que cette fraction de donation non rémunératoire soit plutôt réductible que

123• CA Colmar, 1re Ch., 28 mai 1985, dans *JCL N Répertoire*, Contrats et obligations, Fasc. 63, Libéralités rémunératoires.

124• CA Paris, 1re Ch. B, 16 février 2004.

125• Cass. 1re Civ., 12 juin 1967 : *JCP N,* 1967, II, 15225.

rapportable en cas de dépassement de la quotité disponible en présence d'autres héritiers réservataires. La jurisprudence est rare et la loi dispose que la donation est présumée faite en avancement sur la part successorale. Il est vivement conseillé aux parties de prendre position et de qualifier la donation : rémunératoire ou non, rapportable ou pas, ce que le pacte de famille pourrait expressément indiquer.

S'agissant de l'éventuel recours en récupération à l'encontre de la succession : la question de savoir si cette donation rémunératoire doit être retenue pour déterminer le montant récupérable n'est pas tranchée, mais il serait logique qu'elle ne le soit pas. L'aide apportée a permis à la personne handicapée qui en a bénéficié, de ne pas solliciter d'aide publique. Les critères de recouvrement devraient être les mêmes qu'en matière civile : la récupération n'est due qu'à concurrence de l'émolument net perçu.

Les donations rémunératoires se différencient des donations avec charge : les libéralités rémunératoires interviennent après la prestation faite au profit de la personne concernée.

> « Depuis plus de dix ans, la Cour de Cassation reconnaît un principe d'indemnisation pour l'enfant qui s'est occupé de ses parents au-delà d'une obligation naturelle d'assistance. Cette créance est souvent sollicitée par l'enfant aidant au décès de la personne aidée. Dans certaines situations, le bénéficiaire de l'aide voudra initier de son vivant cette indemnisation, au moyen d'une donation ou d'un testament. » [126]

b) Dans les couples séparés

Mais il serait possible de transposer ce principe aux personnes qui restent seules après la séparation, notamment pour les familles monoparentales. On pourrait imaginer qu'une aide à la personne séparée serait apportée par les frères et sœurs ou les parents de cette personne. Or, une mère isolée dégagera plus de temps pour travailler si quelqu'un de la famille assurait, par exemple, la garde des enfants. On est amené à faire état de différentes situations auxquelles la libéralité rémunératoire serait applicable.

> « Entre époux, ce type de donation est souvent invoqué lorsqu'à la suite du décès de l'un d'entre eux, l'Administration, constatant que le défunt a financé en totalité un bien acquis en indivision, considère qu'il dispose d'une créance à réintégrer à l'actif de succession. » [127]

Ce type de libéralités est fréquemment employé lors de la séparation des époux.

126. N. GOUZIGOU-SUHAS, Y. LE LEVIER, « 102e Congrès des notaires de France Strasbourg, 21-24 mai 2006, Les personnes vulnérables. – Les libéralités rémunératoires », *La Semaine juridique Notariale et Immobilière*, n° 19, 12 mai 2006, 1190.

127. D. FAUCHER, « Donations rémunératoires entre époux », *La Semaine juridique Notariale et Immobilière*, n° 35, 1er septembre 2006, 1276.

> « La femme dans un couple avait participé à l'entretien et l'éducation d'un enfant que son mari avait eu d'un précédent mariage et dont il avait la garde. L'épouse avait ainsi contribué au-delà de son obligation aux charges du mariage, ce qui constituait la cause des versements faits par son mari pour son compte à l'occasion d'acquisitions de biens immobiliers indivis entre eux ».[128]

Le même cas est invoqué quand un époux a apporté sa collaboration, sans rémunération, à l'activité professionnelle de son conjoint. Un tel mode de rétribution, validé lors de litiges civils en cas de divorce [129] a été admis par le juge fiscal. Le cas particulier d'une veuve de médecin est à retenir : il a été considéré comme contrepartie de sa collaboration non rémunérée le paiement par le défunt, avec des deniers personnels, de l'intégralité du prix d'un immeuble acquis en indivision entre les époux [130]. On pourrait préconiser dans cette situation, une indemnisation de l'époux fixée d'un commun accord et établie en la forme notariée. Elle serait l'équivalent d'une prestation compensatoire ou d'une pension alimentaire prévue pour les cas de rupture familiale.

De même, le concubin « qui a rompu peut volontairement réparer ou promettre de réparer le dommage qu'il a causé à l'autre, soit par une pension, qui a un but alimentaire mais un fondement indemnitaire, soit par une donation, qui prend alors l'aspect d'une libéralité rémunératoire » [131]. La jurisprudence soutient les libéralités destinées à faciliter la rupture du concubinage, en indemnisant la concubine pour le préjudice qu'elle a subi ou en rémunérant les services qu'elle a rendus parce que celles-ci se présentent comme une obligation naturelle d'assurer l'avenir de la concubine abandonnée [132].

c) Fiscalité

On songerait également à une imposition favorable. Il a été déjà proposé d'exclure « les aides qu'un époux a pu fournir à l'autre, de même que celles fournies par des parents à un enfant rattaché à leur foyer fiscal » [133]. La liberté rémunératoire n'est considérée imposable que si elle intervient entre deux foyers fiscaux différents. La jurisprudence a tendance à considérer que si le travail fourni par une tierce personne en faveur de la personne aidée, il ne s'agit pas d'une libéralité taxable [134]. Il faut qu'existent l'intention libérale et le devoir de conscience.

128• TGI Versailles, 18 janvier 2006, *in* D. FAUCHER, *op. cit*.

129• Cass. 1re civ., 8 février. 2000.

130• CA Paris, 26 février 2004.

131• *JCL N Répertoire*, Contrats et obligations, Fasc.63, Obligation naturelle

132• Notamment : pour une donation entre vifs, Cass. 2e civ., 28 octobre 1986 ; pour un legs, Cass. 1re civ., 6 janvier 1982.

133• COUZIGOU-SUHAS, LE LEVIER, *op. cit*.

134• CA Paris, 1re ch. B, 15 avril 2005.

II – Pactes de famille : outils de gestion patrimoniale

Agnès MICHELIS

Le « PACTE » est un mot d'origine latine qui désigne un accord. Dans le vocabulaire classique, on utilise ce terme pour désigner une convention. Mais ce terme recouvre aujourd'hui des situations variées : le Code civil a institué le Pacte Civil de Solidarité (PACS) [137], on parle également de pacte de famille [138] lorsqu'il s'agit d'une convention passée entre les père et mère d'un enfant mineur séparés ou divorcés, portant de manière générale sur l'exercice de l'autorité parentale et plus spécifiquement sur la garde, l'éducation, l'entretien ou le droit d'hébergement. La loi permet également désormais le pacte successoral qui permet d'anticiper le règlement d'une succession, auparavant prohibé et qui a évolué.

La loi du 11 février 2005 et son décret d'application ont posé comme principe la réalisation du projet de vie de la personne handicapée par un maintien et une restauration de leurs liens familiaux, sociaux, scolaires, universitaires ou professionnels en leur facilitant l'accès à l'ensemble des services offerts par la collectivité.

Pour parvenir à la réalisation de ces objectifs, une grande liberté contractuelle est mise en avant par les différentes lois votées depuis. Il en est ainsi en matière successorale avec les innovations issues de la loi du 23 juin 2006, tandis que la loi du 5 mars 2007 sur la réforme des régimes de protection instaure un véritable caractère subsidiaire à la loi pour la protection des personnes vulnérables.

A/ Les contrats familiaux

Le professeur Pierre Catala, lors de la publication de la loi du 23 juin 2006, a déclaré que cette dernière révélait une « *apothéose du contrat dans les règlements de famille* ». La contractualisation du droit patrimonial et du droit de la famille est aujourd'hui encouragée par l'érosion contemporaine de l'ordre public familial. Le notariat a un immense rôle à jouer, le notaire est le confident des familles, celui que l'on vient consulter pour répartir son patrimoine, préparer sa succession. Il est l'expert des situations familiales, celui qui connaît les règles à mettre en œuvre pour protéger les personnes et leur famille, leur patrimoine.

Dans un article paru dans *La Croix* [139], intitulé « L'avenir d'un enfant handicapé se prépare », il est traité de l'utilisation judicieuse de différents contrats et techniques de gestion de patrimoine qui vont permettres aux parents d'enfants handicapés de préparer leur avenir.

137• Articles 515 et suivants.

138• Article 376-1 du Code civil.

139• Nathalie LACUBE, *La Croix*, mercredi 24 et jeudi 25 mai 2006.

« Le toit, le couvert, les soins, mais aussi l'accompagnement amical et spirituel d'un entourage qui évite à la personne fragile de sombrer dans la solitude : telles sont les demandes des parents, pour que leurs enfants, incapables de subvenir à leurs besoins, ne manquent de rien après eux. Ces familles cherchent des solutions qui peuvent protéger cet enfant, tout en maintenant la cohésion familiale. »

1) Les donations

a) Graduelles

Nous parlerons ici de donation mais la loi s'applique à toute libéralité : à cause de mort ou entre vif. Elle est définie comme l'opération par laquelle un disposant donne à un premier gratifié (ou grevé) à charge pour ce dernier :

– de conserver les biens ou droits qui en sont l'objet,

– et de les transmettre à son décès à un second gratifié désigné dans l'acte.

Les droits du second gratifié s'ouvrent au décès du grevé qui est propriétaire des biens objets de la libéralité [140].

Depuis la réforme opérée par la loi du 23 juin 2006, la libéralité graduelle est ouverte à toute personne, la loi n'exigeant plus aucun lien par le sang entre le disposant, le premier et le second gratifié. Ainsi, les parents de l'enfant handicapé peuvent inclure un membre de la fratrie, une personne de confiance (fiscalement pas intéressant puisqu'au décès du premier donataire, l'actif transmis est taxé d'après le degré de parenté existant entre le donateur et le second donataire [141]) ou une institution spécialisée dans la libéralité graduelle, comme premier ou second gratifié selon les cas, pour aménager l'avenir. Ils pourront également faire une libéralité à leur enfant handicapé à charge de conserver et de transmettre à leurs autres enfants. L'intérêt d'une telle donation réside dans la totale liberté des parents qui pourront adapter la transmission à la situation. Une telle donation permettra notamment de maintenir des revenus suffisants à l'enfant handicapé ou un toit, tout en préservant les autres membres de la famille qui hériteront à terme. Les parents souhaitent souvent maintenir un bien dans la famille. Ce type de donation répond tout à fait à cette préoccupation.

À défaut de frère ou sœur ou si ces derniers ne souhaitent pas s'occuper de cet enfant, une association chargée d'assurer la prise en charge de l'enfant handicapé peut être désignée second bénéficiaire.

Ce mode de transmission permet d'associer la famille ou l'association tant à la vie sociale de la personne handicapée que dans son patrimoine.

140. Articles 1048 à 1056 du Code civil.

141. Article 791 bis du Code Général des Impôts.

b) Résiduelles

Elle est définie comme l'opération par laquelle un disposant prévoit dans une donation (ou un testament) qu'une personne (le second gratifié) est appelée à recueillir ce qui subsistera du don ou du legs (le *residuum*) fait à un premier gratifié à la mort de celui-ci [142].

Dans le cas d'un enfant handicapé, le choix entre ces deux libéralités appartiendra au parent. Il sera judicieux de consentir une libéralité résiduelle si le bien est peu frugifère ou plutôt graduelle si le bien est frugifère. Il faudra que le parent anticipe le futur et prenne une décision qui soit fonction des besoins de l'enfant handicapé, de son degré de handicap. Il pourra également effectuer son choix en fonction de la confiance qu'il met dans le premier gratifié. Ainsi, il peut être judicieux de consentir une donation résiduelle à l'enfant handicapé qui aura l'obligation de transmettre à son frère ou sa sœur qui s'est occupé de lui.

La loi ancienne prévoyait des mesures protectrices des intérêts de l'appelé : nomination d'un tuteur à la substitution [143] ayant mission de faire « toutes diligences nécessaires pour que la charge de restitution soit bien et fidèlement acquittée ». Désormais, il appartient au disposant de prescrire des garanties et des sûretés pour la bonne exécution de la charge. Ces garanties, stipulées dans l'intérêt du deuxième appelé, seront très importantes pour le premier appelé dans le cas où il est handicapé et peu apte à la gestion du patrimoine ainsi donné ou légué. Ainsi, le disposant peut imposer une autre charge au premier gratifié : celle de confier la gestion du bien au second gratifié ou à un tiers. Cela permettra à l'enfant handicapé de percevoir des revenus ou de maintenir en bon état, le bien constituant sa résidence principale sous le contrôle du second gratifié. « Désormais, c'est à la volonté du disposant et à l'inventivité des praticiens qu'il appartiendra de mettre en œuvre les garanties jugées nécessaires. » [144]

Une objection à ces deux modalités de transmission peut être opposée. En effet, ces libéralités ne peuvent porter que sur la quotité disponible. Il s'agit du principe selon lequel la réserve doit être transmise libre de toute charge, même si on le sait, la réduction est aujourd'hui en valeur et non plus en nature. À cette objection, il convient de répondre qu'un assouplissement est possible. À l'effet de préserver l'intégrité de sa réserve, l'héritier dispose d'une action en cantonnement. En effet, le donataire peut accepter [145,] dans l'acte de donation lui-même ou postérieurement dans un acte établi dans les conditions de l'article 930 du Code civil (renonciation anticipée à l'action en

142. Articles 1057 à 1061 du Code civil.

143. Articles 1054 et 1055 notamment du Code civil.

144. Gérard CREMONT et Henri LENOUVEL, *in* Les Libéralités graduelles et résiduelles au service des personnes vulnérables, *Droit et Patrimoine*, n° 169, avril 2008.

145. Article 1054 du Code civil.

réduction) que la charge grève tout ou partie de sa réserve. Dans cette hypothèse, la charge portant sur la part de réserve du grevé, avec son consentement, est opposable de plein droit, dans cette mesure, à l'ensemble de ses enfants nés ou à naître. Toutefois, une telle renonciation est interdite au mineur même émancipé ainsi qu'au majeur en tutelle.

L'ensemble de ces clauses et actes spécifiques, ajouté les uns aux autres permettent de protéger l'enfant handicapé sa vie durant et de gratifier et récompenser le frère ou la sœur qui a pris soin de lui.

Un élément non négligeable de ces transmissions est la fiscalité y afférente. En effet, l'article 791 bis du CGI dispose « qu'au décès du premier légataire ou donataire, l'actif transmis est taxé d'après le degré de parenté existant entre le testateur ou le donateur et le second légataire ou donataire. Le régime fiscal applicable et la valeur imposable des biens transmis au second légataire ou donataire sont déterminés en se plaçant à la date du décès du premier gratifié. Les droits acquittés par le premier légataire ou donataire sont imputés sur les droits dus sur les mêmes biens par le second légataire ou donataire. »

Dans le cas de l'enfant handicapé, l'objectif poursuivi par ses parents sera atteint à double titre : ils maintiendront des revenus ou un logement à leur enfant, sous le contrôle d'un frère ou d'une sœur, lequel sera récompensé des soins prodigués audit enfant en devenant propriétaire dudit bien au décès de l'enfant, le tout sans une fiscalité trop lourde puisque le frère ou la sœur évite la taxation à 45 et 55 %. Dans ce cas en effet, ce sont les droits de mutation à titre gratuit en ligne directe qui seront applicables au décès de l'enfant handicapé, premier gratifié, et non ceux applicables en ligne collatérale. Ce type de donation semble parfaitement adapté à de nombreux cas.

c) Le démembrement de propriété

Il permet de maintenir des revenus à l'enfant handicapé sous le contrôle de la fratrie ou d'une tierce personne. Ainsi, les parents peuvent consentir une donation d'un immeuble de rapport ou d'un portefeuille titres à deux enfants au moins. L'enfant handicapé étant usufruitier, ce qui lui permettra de percevoir des revenus, et le frère ou la sœur étant quant à eux nus-propriétaires. Il peut également s'agir du logement de la personne handicapée. Cette technique peut être un moyen de récompenser le frère ou la sœur qui est dévoué, qui s'occupe de l'enfant handicapé. Il récupérera en effet un bien au décès de son frère ou sa sœur mais également, il ne sera pas contraint de subvenir aux besoins de cet enfant, les parents lui ayant assuré des moyens de subsistances.

Cette formule présente des avantages notables si l'enfant usufruitier n'a pas de descendance. En effet, par ce biais, il est logé ou doté de revenus sans être à la charge de ses frères et sœurs et de la collectivité. En outre, lors de son décès, s'il n'a pas de conjoint et d'enfant, sa succession serait dévolue à la ligne collatérale, à un tarif très lourd (sauf dans les cas visés ci-dessus). Le recours

à l'usufruit leur évite de payer des nouveaux droits de mutation sur les biens en provenance de leurs parents communs.

d) La libéralité avec charge

La donation avec charge permet d'organiser au mieux, la vie de la personne handicapée dans sa famille, surtout pour le moment où les parents auront disparu, tout en transférant le patrimoine aux autres enfants. Les parents feront donation à leurs enfants « valides » tout en leur imposant de prendre soin de leur frère ou sœur handicapé, les modalités de cette prise en charge étant énumérées dans l'acte de donation. Il convient notamment de bien anticiper les risques d'inexécution des charges (révocation de la libéralité), les modalités d'une éventuelle révision de celles-ci (évolution de leurs modalités d'exécution), les difficultés de leur évaluation (palier à une éventuelle contestation fondée sur leur caractère excessif)… La prise en charge de l'enfant handicapé peut être assurée non par ses frères ou sœurs mais par une tierce personne qui sera le plus souvent une association ou une fondation pour assurer une assistance pérenne et stable.

2) La renonciation à l'action en réduction

Cette renonciation trouve sa place dans tous les pactes de famille qui viennent d'être envisagés. L'article 929 du Code civil autorise désormais tout héritier réservataire présomptif à renoncer par anticipation à demander la réduction des libéralités consenties par celui dont il a vocation à hériter. Elle va favoriser une transmission organisée du patrimoine en fonction de la composition du patrimoine et de la famille. Le législateur a voulu donner une forme contractuelle à cette renonciation, qui, avant l'entrée en vigueur de la loi du 23 juin 2006, ne pouvait qu'être une décision prise au décès du *de cujus*.

C'est en articulant l'ensemble de ces mesures que le pacte de famille permettra d'aménager la rémunération de l'aidant dans le respect de l'équilibre successoral et dans le souci d'une juste rémunération de l'effort consenti par l'aidant, si la donation n'était pas considérée comme rémunératoire.

3) Le bail à nourriture

C'est un contrat par lequel l'une des parties (preneur) s'oblige à fournir à l'autre (bailleur) (parfois à une autre personne que le co-contractant) diverses prestations en nature nécessaires à l'existence : nourriture, logement, soins…, moyennant une contrepartie : redevance périodique, capital, soit en argent soit en nature. Celui qui bénéficie des prestations est dénommé « bailleur », celui qui les doit est dénommé « preneur » [146.]

146. Pour plus de précisions à cet égard, il est proposé de se reporter à l'excellente analyse de Me Nathalie COUZIGOU-SUHAS et de Me Yann LE LEVIER lors du 122e Congrès des Notaires de France, reprise au *JCP Not* 2006, 15-15 n°1160.

Dans la pratique, il s'agit le plus souvent de l'abandon d'un immeuble en contrepartie de prestations de nourriture, logement et soins divers. Il s'agit alors d'une vente dont le prix consiste en des prestations, plutôt que d'un bail à nourriture. Le contrat d'accueil envisagé plus haut entre dans le cadre du bail à nourriture, il est encadré légalement et bien organisé par la loi du 10 juillet 1989. Le bail à nourriture n'étant régi par aucune disposition particulière, exception faite du contrat d'accueil, il est régi par le droit commun des contrats. Il est généralement conclu pour la durée de vie du créancier mais n'est pas soumis aux dispositions du Code civil sur les rentes viagères (article 1968 et suivants du Code civil). La liberté des parties est de ce fait très grande, elles peuvent être très inventives et adopter des dispositions très spécifiques et adaptées aux besoins du bailleur. Le contrat est aléatoire puisque les prestations sont dues durant la vie de la personne. Il peut également être doublement aléatoire si le débiteur doit aussi soigner son créancier tombé malade.

La Cour de Cassation qui a eu à se prononcer sur ce type de contrat, notamment en 1952 et 1979, a analysé le bail à nourriture en un contrat à fonds perdu, de sorte que les dispositions de l'article 918 du Code civil qui dispose que la vente d'un immeuble à un successible en ligne directe, à charge d'entretenir, loger et nourrir le vendeur est présumée constituer une libéralité lui sont applicables. Toutefois, l'assimilation à une donation préciputaire cesse à l'égard des autres successibles en ligne directe qui ont consenti à l'aliénation ainsi que cela est prévu par l'article 918 du Code civil. Il importe donc d'obtenir l'intervention des autres successibles en ligne directe ou à défaut, d'informer le débiteur de prestations de la présomption de donation préciputaire et de son caractère irréfragable. L'*intuitu personae* domine le contrat en raison des services qui sont dus. Ainsi, le créancier ne saurait être contraint de recevoir des soins d'une personne autre que le preneur sauf accord de sa part. Il est donc judicieux de stipuler dans ce type de contrat qu'en cas de décès du débiteur, l'exécution du contrat se fera au moyen d'une rente viagère compensatrice.

La liberté contractuelle domine et les prestations dues aux bailleurs peuvent être diverses et variées, les parties étant libres de les aménager tant dans leur contenu que dans leurs modalités d'exécution. Le principe reste néanmoins la fourniture de tout ce qui est nécessaire à l'existence. S'il est d'usage de préciser les prestations dues, il importe que l'énumération ne puisse être considérée comme limitative. Il conviendra toutefois de préciser si des prestations habituelles sont exclues ou si des prestations inhabituelles sont impératives. Si les soins sont dus en cas de maladie, il est important de préciser si la personne malade ou handicapée bénéficie d'une assurance, la fraction non prise en charge par l'assurance-maladie incombant alors au preneur.

Les dispositions pouvant être stipulées dans ce type de contrat sont aussi nombreuses que les cas de handicaps ou de maladie. Le notaire qui pourrait être appelé à rédiger un tel contrat devra s'entourer de toutes informations relatives à la maladie ou le handicap du créancier. Les acteurs du monde médical et social pourraient participer à l'élaboration de telles conventions. Compte tenu des aléas qui peuvent accompagner l'exécution de ce contrat, il est indispensable de définir les circonstances dans lesquelles une faculté de substituer aux prestations en nature une rente viagère compensatrice pourrait être mise en œuvre. À défaut, il conviendra d'avoir recours au juge.

On voit ici à nouveau, comme pour le contrat d'accueil [147], que l'intervention d'un parent proche dans l'entretien et l'accompagnement d'une personne handicapée, moyennant rémunération, peut difficilement être envisagée en dehors d'une libéralité. Il est paradoxal de sanctionner un tel contrat conclu dans la sphère familiale, alors qu'humainement, il est souvent difficile de le concevoir à l'extérieur de celle-ci. Il convient ici de préconiser une modification de la présomption de l'article 918 du Code civil, qui constitue un frein à la mise en place d'un bail à nourriture dans un contexte familial, au moins en supprimant le caractère irréfragable de la présomption de libéralité, laissant alors aux juridictions, le soin d'apprécier la réalité tant de l'aléa que de la prestation fournie [148]. Il est à noter que celles-ci se reconnaissent déjà un droit de contrôle sur la réalité du bail à nourriture, et adoptent d'ailleurs une définition stricte supposant une réelle obligation de subvenir à la vie et aux besoins du bailleur [149].

4) Conventions familiales à la suite d'une rupture

Natalia BOGDANOVA

Le retour vers la famille et l'aide de la part des membres de celle-ci serait d'un grand secours pour les personnes se retrouvant seules après une rupture familiale. Certains moyens existent déjà et il convient de les adapter à des situations de solitude. D'autres moyens pourraient être initiés afin d'organiser au mieux les rapports dans les familles après la rupture.

147. L'article 1er de la loi 89-475 du 10 juillet 1989 le prohibant avec la famille jusqu'au quatrième degré.

148. Voir en ce sens l'article susvisé note 146 de Me Nathalie COUZIGOU-SUHAS et de Me Yann LE LEVIER.

149. Voir à ce sujet Civ 1re, 20 février 2008, Pourvoi 06-19977 : « Attendu que le bail à nourriture est caractérisé par l'obligation contractée par l'acquéreur de subvenir à la vie et aux besoins de l'auteur de l'aliénation, spécialement, en lui assurant la fourniture et la prise en charge de ses aliments ; qu'ayant relevé que l'acte de vente ne mettant pas à la charge de l'acquéreur l'obligation d'assumer la subsistance du vendeur, la Cour d'appel a pu estimer que le contrat litigieux ne constituait pas un bail à nourriture mais un contrat de vente qui pouvait être résolu pour vileté du prix ; que le moyen n'est pas fondé ».

Les solutions juridiques doivent en tenir compte et proposer des modèles préétablis et faciles à adapter aux différents cas. On est enclin de penser que le déclin de l'institution du mariage laisse place à des contrats d'ordre privé.

On reconnaît aujourd'hui que « les réformes en droit de la famille accordent à la volonté un rôle grandissant » [150]. La contractualisation des relations familiales prend une place importante. Notamment la loi du 15 novembre 1999 (modifiée par loi du 23 juin 2006) offre aux concubins la possibilité de conclure un PACS afin d'organiser leur vie commune.

> « Mais la volonté est également susceptible d'intervenir lors de la rupture, car le couple a la faculté de régler les conséquences matérielles et morales qui en résultent. » [151]

Ainsi la loi du 11 juillet 1975 avait déjà accordé un certain rôle à la volonté des époux lors du divorce. La loi du 26 mai 2004 souhaitant apaiser et rendre moins conflictuelle la rupture du lien matrimonial, a accentué ce phénomène [152]. La contractualisation se manifeste notamment lors de la liquidation du régime matrimonial mais également lorsqu'il s'agit de la prestation compensatoire.

a) Conventions de divorce : expérience internationale

Une fois le divorce prononcé et la convention homologuée par le juge, chacun des époux reste seul. Mais l'évolution de sa situation peut amener à la nécessité de la révision de cette convention. S'il a été envisagé de soumettre les divorces par consentement mutuel à la compétence des notaires, cette voie apparaît abandonnée au profit d'une simplification de certaines procédures judiciaires amiables.

Il serait opportun de prévoir, très en amont, la conclusion d'un pacte entre époux sur les conséquences du divorce déterminant notamment les conditions de la prestation compensatoire. En droit allemand notamment, les époux sont autorisés à conclure des conventions déterminant d'avance les effets du divorce entre époux et les conditions de la prestation compensatoire. Ainsi les articles 1408 et 1585 du BGB offrent aux époux allemands, la possibilité de convenir de dispositions réglant les conséquences financières d'un divorce éventuel.

La jurisprudence de droit interne a toujours refusé de reconnaître la validité des accords préparatoires au divorce [153]. Mais un arrêt récent a confirmé la tendance jurisprudentielle à reconnaître la validité de telles conventions dans le cadre international concernant les couples mixtes franco-allemands.

150• La contractualisation de la famille, dir. FENOUILLET D. et de VAREILLES-SOMMIÈRES P., *Economica*, 2001, p. 86.

151• C. BRIDGE, « L'engagement des concubins sur les conséquences de leur rupture à l'épreuve du droit des obligations (à propos des arrêts des 23 mai et 20 juin 2006) », *Revue LAMY Droit civil,* 2007, n° 41, p. 59.

152• FULCHIRON H., Les métamorphoses des cas de divorce, *Defrenois 2004,* art. 37999.

153• C. CHALAS et Ch. BUTRUILLE-CARDEW, « Interrogations sur la validité en droit international privé des accords préparatoires de divorce », *La Semaine juridique Notariale et Immobilière*, n° 41, 12 octobre 2007, 1257.

La loi du 26 mai 2004 relative au divorce encourage les conventions des époux. Elle détermine les conditions et le contenu de la convention dans le divorce par consentement mutuel [154].

Une telle solution pourrait contribuer en droit français, à éliminer en partie l'isolement d'un époux au moment du divorce, surtout dans les divorces conflictuels.

b) Dans les familles recomposées

On peut imaginer que le problème d'organisation des rapports de couple après la séparation trouve des solutions amiables dans les familles recomposées. L'organisation des rapports familiaux se concrétise alors par un accord commun. L'intervention du notaire dans un tel cas est souhaitable. On pourrait notamment envisager la rédaction d'un pacte entre époux (et pourquoi pas entre parents et enfants).

Par ailleurs, le pacte de la famille est désormais prévu par la loi de 23 juin 2006 dans le cadre des successions afin d'organiser la transmission du patrimoine.

Le rapport d'activité 2005-2006 de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes et le compte rendu des travaux sur les familles monoparentales et les familles recomposées du Sénat ont fait état de certaines problématiques. Ainsi en cas de divorce la vente de la résidence acquise à crédit par le couple est souvent une conséquence de la diminution de la solvabilité des conjoints séparés, les banques peuvent refuser la reprise de l'emprunt par un seul des conjoints en raison de la réduction des garanties financières.

Le pacte notarié pour les familles séparées organiserait non seulement les rapports familiaux actuels et futurs des époux concernant différents sujets (garde d'enfants, participation aux frais d'éducation, frais de déplacement) mais également la transmission du patrimoine futur. Cette question s'avère souvent être complexe du fait qu'il existe plusieurs intervenants dans les rapports familiaux (les beaux-parents qui peuvent gratifier les enfants, les grands parents).

c) Pactes entre concubins et partenaires

Le PACS a été pensé comme une convention entre les concubins leur permettant de prévoir l'organisation de leur patrimoine et également les conséquences de leur éventuelle rupture. Ainsi les concubins qui ont conclu un PACS peuvent dans cet acte statuer aussi sur les conséquences de la rupture. À défaut d'accord il est envisageable de recourir de manière subsidiaire au juge.

> « En outre la possibilité a été évoquée d'insérer dans l'acte, une clause prévoyant une indemnisation forfaitaire, afin de réparer le préjudice résultant d'une éventuelle résiliation unilatérale » [155].

154• M.-P. MURAT-SEMPIETRO et V. TRAMBOUZE, « Les conventions de divorce », *La Semaine juridique Notariale et Immobilière*, n° 28, 14 juillet 2006, 1238.

155• F. VAUVILLE, « La fin du pacte civil de solidarité », Dr & part., 2000, n° 81, p 7.

Cette indemnité peut prendre une autre forme : organisation de la garde d'enfants, leur éducation. Ce dédommagement peut être également offert à une tierce personne qui s'occupe des affaires et des enfants après la rupture.

Pour ceux qui n'ont pas choisi le PACS, il est possible d'adopter une convention de concubinage qui peut se prononcer également sur les conséquences de sa cessation [156]. Le règlement des conséquences de séparation par les concubins suscite un certain nombre d'interrogations théoriques mais aussi pratiques. En cas de désaccord, les tribunaux sont amenés à effectuer un contrôle de l'engagement souscrit. « La volonté des concubins n'est donc pas toute puissante, car, quelle que soit la nature de leur engagement, celui-ci fait l'objet d'un contrôle de la part des tribunaux. » [157]

Il se pose alors le problème de la valeur juridique de la convention. L'intervention du notaire permettant d'éviter les erreurs de droit dans la convention des concubins serait un moyen de sécurité pour rendre plus efficace celle-ci.

5) Autres techniques contractuelles

Agnès MICHELIS et Natalia BOGDANOVA

a) La société civile

Elle permettra à l'enfant handicapé d'avoir des revenus, ceci tout en demeurant vigilant à ne pas occasionner une perte d'autres avantages sociaux (dépassement du plafonnement de revenus en matière d'Allocation Adulte Handicapé entraînant la perte de celle-ci et de manière induite, la couverture sociale qui en résulte). On peut associer dans cette société les autres membres de la fratrie : cela permet de prolonger les soins prodigués par les parents après leur décès. Ainsi, on va dissocier le droit aux revenus qui doivent permettre à la personne handicapée de maintenir son niveau de vie, des pouvoirs de gestion qui vont être confiés à une ou plusieurs personnes plus aptes à gérer. On concentre les pouvoirs entre les mains d'un gérant pour cantonner l'associé que l'on souhaite protéger dans un rôle plus passif tout en lui maintenant par cette structure sociale une sécurité de revenus.

b) Les contrats d'assurance-vie

Ils permettront à cet enfant de percevoir des revenus, lorsque le patrimoine n'est pas immobilier. Les capitaux versés au titre d'un tel contrat pourront l'être sous forme de capital ou de rente, permettant ainsi à l'enfant handicapé de maintenir son niveau de vie. Il ne faut pas penser que les remèdes proposés ci-dessus ne solutionnent que les difficultés nées de la solitude des personnes

156. M. STORCK, « Les contrats de concubinage », *Journal des notaires et des avocats*, 1988, p. 642.
157. BRIDGE, *op. cit.*

handicapées ; elles sont adaptables à toutes les solitudes, celles des personnes âgées, des enfants, des malades. S'agissant des personnes handicapées : nous pouvons succinctement évoquer les modifications récentes en matière de rente survie souscrite au profit d'une personne handicapé, ou d'épargne handicap souscrite par la personne handicapée elle-même.

La loi n° 2005-102 du 11 février 2005 a élargi la notion de bénéficiaire des contrats de « rente survie » puisque celui-ci n'est plus uniquement l'enfant de l'assuré. mais tout autre parent en ligne directe ou collatérale jusqu'au troisième degré (que cette personne soit ou non à la charge du souscripteur), ou à une personne réputée à charge du souscripteur en application de l'article 196 A bis du CGI (sans lien de parenté obligatoire), c'est-à-dire une personne titulaire de la carte d'invalidité vivant sous le toit du contribuable.

Par ailleurs, la perte du capital souscrit en cas de décès prématuré du bénéficiaire handicapé a constitué jusqu'à cette réforme, un inconvénient majeur souvent dénoncé. Depuis 2005, les primes versées par le souscripteur seront restituées à ce dernier, si la personne handicapée bénéficiaire du contrat de rente survie décède avant le terme stipulé.

Enfin, dernier avantage indéniable de ces contrats, l'article R821-4 du Code de la Sécurité sociale dispose que « n'entrent pas en compte pour l'attribution de l'Allocation aux adultes handicapés, les rentes viagères mentionnées aux 1er et 2e du I de l'article 199 septies du code général des impôts (rente survie et épargne handicap) lorsqu'elles ont été constituées en faveur d'une personne handicapée ou, dans la limite d'un montant fixé par décret [158], lorsqu'elles ont été constituées par une personne handicapée pour elle-même. »

c) La réforme des incapacités

L'ancien article 505 du Code civil applicable jusqu'au 31 décembre 2007 dispose que pour les donations faites au nom du majeur en tutelle, ni sa présence ni son consentement ne sont requis. Certains ont dit que cette donation sans a*nimus donandi* exprimé par le donateur n'était pas une véritable libéralité, simplement un pacte translatif de propriété au sein de la famille, lequel doit être autorisé par le conseil de famille ou à défaut par le juge des tutelles. Il est également frappé d'une incapacité de jouissance puisque ses biens ne peuvent être donnés en son nom qu'à sa famille proche : ses descendants (en avancement de part successorale), son conjoint, ses frères et sœurs et tous ses descendants.

La loi du 5 mars 2007 introduit un nouvel article 476 du Code civil qui supprimera cette incapacité relative de jouissance : le cercle des donataires n'est plus limité. À compter du 1er janvier 2009, la personne autrefois considérée

158• Article D821-6 Code Sécurité sociale : « La limite du montant annuel prévue au deuxième alinéa de l'article R. 821-4 est fixée à 1830 € à compter du 1er juillet 1990 ».

comme incapable, peut consentir personnellement à la donation ; le tuteur devra assister le majeur ainsi protégé.

d) Un nouveau droit d'usage et d'habitation ?

La loi a mis en place un droit d'usage et d'habitation au profit du conjoint et du partenaire pacsé en cas de décès. Prévu par le Code civil, il est un avantage matrimonial pour le conjoint qui ne peut en être privé. La loi prévoit également que ce droit peut être viager mais que la personne décédée peut en priver son conjoint par testament authentique. On voit ici que le logement, le cadre de vie est important, primordial à la personne qui se retrouve privée de son compagnon. Ce droit au maintien d'un cadre de vie ne pourrait-il pas être également affirmé pour l'enfant handicapé qui a vécu avec ses parents jusqu'à leur décès ? le droit fiscal reconnaît que le logement occupé par le conjoint survivant et le partenaire ou un enfant handicapé a une valeur minorée de 20 % mais le Code civil ne lui ouvre aucun droit au maintien dans ledit logement.

B/ Mandats : prévoir et régler la période de vie et du deuil

1) Le mandat posthume

Prévu par l'article 812 du Code civil, il permet au futur défunt, par acte authentique, de donner pouvoirs à un mandataire d'administrer ou gérer tout ou partie de sa succession, pour le compte et dans l'intérêt d'un ou plusieurs héritiers. Ce mandat doit être justifié dans un intérêt sérieux et légitime, motivé au regard de la personne de l'héritier ou de la consistance du patrimoine successoral. Ce mandat est consenti pour une durée qui ne peut excéder deux ans prorogeable une ou plus fois sur décision du juge, mais peut être porté à cinq ans également prorogeable, lorsqu'il est donné en raison notamment de l'inaptitude, de l'âge du ou des héritiers, ou de la nécessité de gérer des biens professionnels.

2) Le mandat de protection future

La loi numéro 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs s'est inspirée de législations étrangères, notamment allemande et québécoise [159] et a introduit le mandat de protection future. La définition de ce mandat n'est pas donnée. Monsieur Potentier, rapporteur du Congrès de Strasbourg précise que cette définition pourrait être la suivante : il s'agit d'un mandat de représentation d'une personne physique lorsque celle-ci, hors d'état de manifester sa volonté, ne peut plus pourvoir seule à ses intérêts, dans les actes de la vie civile, personnelle et patrimoniale. Ce mandat va permettre à toute personne, dans le cas où elle perdrait ses facultés, d'être représentée et aux parents d'une personne handicapée de prévoir l'avenir de leur enfant.

159• Voir Congrès des Notaires Strasbourg, 21 au 24 mai 2006, p. 497, n° 3046.

Cette loi entrera en vigueur le 1er janvier 2009. Il est ici précisé que ce mandat existe dans plusieurs pays culturellement proches du nôtre, notamment le Québec et l'Allemagne.

a) Le mandat de protection future pour soi-même

Il est prévu par les alinéas 1 et 2 de l'article 477 du Code civil qui dispose que : « Toute personne majeure ou mineure émancipée ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle peut charger une ou plusieurs personnes, par un même mandat, de la représenter pour le cas où, pour l'une des causes prévues à l'article 425, elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts. La personne en curatelle ne peut conclure un mandat de protection future qu'avec l'assistance de son curateur. »

La cause du mandat est l'altération des facultés soit mentales soit corporelles, empêchant l'expression de la volonté. Il s'agit essentiellement et avant tout d'un mandat pour soi-même mais le législateur est allé plus loin en permettant, dans des certains cas particuliers, de stipuler un mandat pour autrui.

b) Le mandat de protection future pour autrui

Il est prévu par l'alinéa 3 de l'article 477 du Code civil qui dispose que :

« Les parents ou le dernier vivant des père et mère, ne faisant pas l'objet d'une mesure de curatelle ou de tutelle, qui exercent l'autorité parentale sur leur enfant mineur ou assument la charge matérielle et affective de leur enfant majeur peuvent, pour le cas où cet enfant ne pourrait plus pourvoir seul à ses intérêts pour l'une des causes prévues à l'article 425, désigner un ou plusieurs mandataires chargés de le représenter. Cette désignation prend effet à compter du jour où le mandant décède ou ne peut plus prendre soin de l'intéressé. » Il n'est pas fait référence à un régime de tutelle ou de curatelle, le mandat s'adressera donc à tous les enfants, qu'ils soient soumis à un régime de protection ou simplement entourés d'un parent qui en prend soin. Le législateur faisant référence à une prise en charge matérielle ou affective de l'enfant. Certaines situations risquent de poser problème mais le législateur n'a pas précisé qui du notaire ou du greffier sera compétent pour apprécier cette notion.

Ce mandat s'imposera donc au juge s'il permet d'assurer une protection suffisante du majeur. Ce mandat est un mécanisme conventionnel, l'article 478 du Code civil fait référence aux articles 1984 et suivant du Code civil. Il est de ce fait un véritable mandat et une nouvelle catégorie de mandat. Il s'oppose toutefois avec les dispositions de l'article 2003 du Code civil qui dispose que le mandat finit, notamment, par la tutelle des majeurs, tandis que le mandat de protection future commence là où le mandat ordinaire finit.

Il s'agit d'une construction conventionnelle du régime de protection de la personne, en dehors du régime légal classique de tutelle ou curatelle. Le législateur permet un contrat là où autrefois seule la loi pouvait intervenir.

Maître Potentier [160] précise que « la souffrance, le mal-être, le regard des autres, la pudeur, la solitude éloignent souvent des instances publiques et des prétoires. Le mode volontaire de protection est un refus, à l'abri des indiscrétions. »

La protection envisagée dans le mandat est patrimoniale ou personnelle, elles peuvent être envisagées cumulativement ou alternativement, l'étendue du mandat pourra être limitée à certains actes ou au contraire être générale.

b-1) La protection patrimoniale

Cette protection patrimoniale volontaire de la personne est une véritable alternative à une mesure légale de protection (tutelle ou curatelle). Dès l'instant où une altération des facultés est constatée, si le mandat existe, il s'imposera purement et simplement à la mesure légale de protection qui pourrait être mise en place par un juge des tutelles dans une telle situation. Toutefois, l'étendue de cette protection est limitée.

Le mandataire est une personne physique choisie par le mandant, ou une personne morale inscrite sur la liste des MJPM (mandataires judiciaires de protection des majeurs) : il s'agit de personnes exerçant à titre habituel des mesures de protection juridique. Une subdélégation spéciale est permise et le mandant pourra désigner plusieurs mandataires. Ses pouvoirs varieront selon la forme du mandat.

Ainsi, le mandat consenti sous la forme d'un acte sous seing privé est exclusivement limité, quant à la gestion du patrimoine, aux actes qu'un tuteur peut faire sans autorisation. Si l'accomplissement d'un acte qui est soumis à autorisation s'avère nécessaire dans l'intérêt du mandant, le mandataire devra saisir le juge des tutelles pour le voir ordonner. Le mandat conclu en la forme authentique inclut quant à lui tous les actes patrimoniaux que le tuteur a le pouvoir d'accomplir seul ou avec une autorisation. Le formalisme imposé à ce type de mandat libère la volonté et multiplie la liberté du mandant. La confiance accordée au notariat est importante. Le notaire, conseil des familles, a un nouveau rôle à jouer, il doit permettre d'assurer la protection de la personne.

Les actes de disposition à titre gratuit ne pourront jamais être accomplis par le mandataire seul, il devra toujours solliciter l'autorisation du juge des tutelles [161]. Le mandat de protection future est un acte de protection et la liberté du mandataire est restreinte dans cette hypothèse. Ces actes s'entendent des donations sous toutes les formes qu'elles peuvent revêtir : donation notariée, don manuel, donation indirecte ou déguisée et très certainement des testaments même si cela n'est pas envisagé par la loi, à l'instar de l'article 476 alinéa 2 du Code civil qui permet à la personne sous tutelle de rédiger son testament.

160. *JCP N*, n° 1262, 19 octobre 2007.

161. Nouvel article 490 du Code civil.

La renonciation à l'action en réduction qui est interdite au tuteur, en application de l'article 509 du Code civil, n'est pas clairement visée pour le mandataire de protection future. La question reste donc posée, avec un certain intérêt. En ce qui concerne le contrat d'assurance-vie (rachat ou souscription), il semblerait que le mandataire puisse souscrire seul de tels actes, alors que le tuteur ou le curateur doivent solliciter l'accord du juge des tutelles ou du conseil de famille s'il est constitué [162].

Le mandataire ne pourra disposer seul du logement du mandant. L'article 426 alinéa 3 du Code civil a une portée absolue : l'aliénation, la résiliation ou la conclusion d'un bail afférent à ce logement doivent être autorisées par le juge. Cette disposition s'étend au mobilier de la personne protégée. La gestion des comptes bancaires par le mandataire est limitée aux termes de l'article 427 du Code civil qui lui impose de solliciter l'autorisation du juge pour procéder à la modification des comptes ou livrets ouverts au nom du mandant ou à l'ouverture d'un autre compte ou livret auprès d'un établissement habilité à recevoir des fonds du public. En dehors de ces restrictions fixées par la loi, contrôlées par un magistrat, gardien de la protection de la personne vulnérable, la liberté du mandant est grande. Le notariat va pouvoir exprimer toute sa créativité, la grande liberté autorisée permettant d'imaginer de multiples mandats. Le mandat sous seing privé est quant à lui limité aux seuls pouvoirs accordés au tuteur sans autorisation.

Ainsi, la convention peut prévoir une simple mission d'assistance, totale ou partielle, pour tous les actes patrimoniaux ou certains seulement. Elle peut également organiser une fonction de représentation, très large ou plus restreinte. Le mandataire pourra être unique, il pourra y avoir plusieurs mandataires, avec des fonctions précises pour chacun ou au contraire amenés à prendre des décisions collectives.

b-2) La protection de la personne

Le mandat outil de la protection de la personne a un rôle limité mais sa forme est quant à elle libre, il pourra être sous seing privé ou authentique. Le rôle assigné au mandataire de protection future est encadré par les articles 457-1 à 459-2 du Code civil. En dehors de ces attributions, la clause est réputée non écrite, certaines décisions imposent en effet un consentement personnel.

Les missions confiées au représentant de la personne placée sous le régime de la tutelle ou à la personne de confiance aux termes des dispositions du Code de la Santé publique pourront toutefois être exercées par le mandataire

162. Art. 490 du Code civil : « Par dérogation à l'article 1988, le mandat, même conçu en termes généraux, inclut tous les actes patrimoniaux que le tuteur a le pouvoir d'accomplir seul ou avec une autorisation… » En outre l'article 132-3-1 du Code des Assurances dispose que : « Lorsqu'une curatelle ou une tutelle a été ouverte à l'égard du stipulant, la souscription ou le rachat d'un contrat d'assurance sur la vie ainsi que la désignation ou la substitution du bénéficiaire ne peuvent être accomplis qu'avec l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille s'il a été constitué. »

de protection future. L'objectif recherché par le législateur est de respecter la dignité de la personne à protéger. Cette nouvelle possibilité ainsi offerte par le législateur est de nature à rassurer les personnes handicapées et les parents soucieux de l'avenir de leurs enfants handicapés à leur décès mais également dans l'hypothèse où ils se retrouveraient eux aussi dans l'incapacité de pourvoir à leurs intérêts et donc à celui de leur enfant.

Les directives anticipées de fin de vie trouveront dans ce mandat un lieu d'expression privilégié. Le rôle du médecin dans la fin de vie d'une personne est très étendu, il connaît le malade, la maladie, les évolutions futures possibles. Ce mandat s'imposera t-il à lui ? Quel sera son pouvoir face aux directives ainsi exprimées ?

Mais ce mandat pourra également prévoir des dispositions qui auront vocation à s'appliquer dans des situations diverses telles que la volonté de la personne de résider dans tel lieu et pas un autre, chez telle personne et pas une autre. Le prêt-à-porter ne sied pas à ce mandat, le sur-mesure semble la règle. On voit ici le risque à rédiger un mandat sans l'aide d'un juriste et d'un médecin.

Ce mandat sera mis en œuvre sur la foi d'un certificat médical qui sera fourni au Greffier qui assurera une publicité nécessaire à l'information des tiers.

L'instauration de ce mandat a eu également pour objectif d'alléger la tâche des juges des tutelles. Ainsi, le juge ne pourra ouvrir de tutelle ou curatelle si un tel mandat a été mis en place, sauf dans l'hypothèse où le mandant n'aura pas suffisamment pris de dispositions. De même, si le mandat est limité aux actes d'administration, la passation d'actes plus graves ne nécessitera pas l'ouverture d'une tutelle mais une simple requête au juge suffira. En présence du mandat, le juge n'aura théoriquement que deux attributions : trancher tout litige sur les conditions et modalités, autoriser les actes à titre gratuit et dans le cas d'un mandat sous seing privé, les actes de disposition.

Pour éviter que la nature conventionnelle du dispositif soit pervertie, des garanties sont offertes au mandant pendant la durée du mandat. Ainsi, le mandataire devra établir chaque année un compte de sa gestion que le juge pourra toujours lui demander de produire afin d'être vérifié par le greffier en chef. Si le mandat est authentique, c'est le notaire qui sera destinataire de comptes du mandataire, en assurera la conservation ainsi que celle de l'inventaire. Il devra saisir le juge des tutelles de tout mouvement de fonds et de tout acte n'apparaissant pas conforme à l'intérêt du majeur. S'il est sous seing privé, les comptes, qui doivent être conservés pendant cinq ans, peuvent être produits aux autorités judiciaires à leur demande exclusivement. En fin de mandat, ils seront fournis au mandant ou à ses héritiers.

3) L'accompagnement du malade en fin de vie – le testament de vie

La loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie a notamment admis la prise en compte de l'expression du malade quant à sa

fin de vie, sous la forme de directives anticipées que la pratique surnomme le « testament de vie ».

Le Mouvement Jeune Notariat a été l'un des ardents promoteurs de cette institution. Il s'agit d'un document écrit contenant les volontés de la personne quant aux soins médicaux qu'elle souhaite ou ne souhaite pas recevoir dans l'éventualité où elle deviendrait incapable de les exprimer ou dans l'hypothèse où elle ne pourrait prendre seule des décisions.

Ce document a la valeur de toute autre forme de consentement par un individu pour ce qui a trait à ses soins et à ce titre, il doit s'apprécier selon les circonstances. Le testament de vie devra être pris en compte mais il ne lie personne obligatoirement et inconditionnellement dans la mesure où de nombreuses années ont pu s'écouler et de nombreux évènements ont pu se produire depuis sa rédaction. Il ne s'agit pas d'un testament car ce dernier, au sens du Code civil, est un acte de disposition de ses biens et non de fin de sa fin de vie. Il s'agit plutôt « d'avant-dernières volontés » dans la mesure où il a vocation à produire des effets lorsque la personne n'est plus en mesure d'exprimer ses volontés. Il ne s'agit pas à proprement parler d'un acte juridique, mais plutôt une expression de volonté destinée à produire des effets juridiquement obligatoires.

Aucune formalité spécifique n'est exigée pour la préparation du testament de vie et toute personne est libre de le rédiger, avec ou sans l'aide d'une autre personne. Toutefois, un professionnel du droit peut fournir des conseils judicieux quant à la rédaction de ce document, notamment dans un souci de clarté. Ce testament de vie n'a pas à être remis à une personne en particulier mais il est souhaitable qu'une copie soit remise à l'entourage ou que celui-ci soit informé du lieu où est conservé ce testament pour y avoir un accès rapidement. Il est également judicieux que ce testament soit remis au personnel médical et qu'une copie soit jointe au dossier médical du patient. On voit ici qu'il n'y a aucune concertation, aucun dialogue ni entente entre monde médical et notariat. Le notariat, de la même manière qu'il va rédiger et donc conserver les mandats de protection future, pourrait être appelé dans le processus de rédaction et de conservation du testament de vie. De la même manière qu'il existe un fichier des dispositions de dernières volontés, il pourrait être instauré un fichier parallèle qui permettrait de connaître les volontés de la personne malade dans l'incapacité de s'exprimer.

Une loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé [163] permet à « toute personne majeure de désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant, laquelle sera consultée au cas où la personne elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin. Cette désignation

163. Article L 1111-6 du Code de la Santé publique.

est faite par écrit. Elle est révocable à tout moment. Si le malade le souhaite, la personne de confiance l'accompagne dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions. »

La désignation d'une personne de confiance n'est pas une obligation mais un droit pour le patient, cela lui est proposé à l'occasion de toute hospitalisation. La désignation vaut pour toute la durée de l'hospitalisation à moins que le malade n'en dispose autrement. Le rôle de cette personne de confiance est d'accompagner le malade dans ses démarches et entretiens médicaux pour l'aider dans ses décisions. Elle ne peut décider (consentir ou refuser) à la place de l'intéressé, elle l'accompagne uniquement. Cette personne ne doit pas être confondue avec les autres tiers accompagnants, notamment la famille qui a un grand rôle à jouer.

4) Convention de gestion en cas de deuil

Plusieurs techniques de mandat ont été déjà créées, tels que le mandat posthume, le mandat de protection future, le mandat général. Il serait possible de les étendre aux situations de deuil.

La personne restant seule après le décès notamment de son conjoint pourrait être accompagnée par une personne désignée par le défunt de son vivant que le survivant connaîtrait bien et en qui il aurait confiance, en lui attribuant des prérogatives précises, telles que la gestion de biens, l'éducation des enfants etc. En effet il s'agit d'une simple adaptation des solutions existantes aux personnes qui se sentent seules dans des situations particulières.

La mise en place de telles techniques accompagnées du conseil opportun ne peut être proposée que par les notaires connaissant déjà les problèmes des personnes concernées (souvent à la suite du règlement des successions).

Amélioration, collaboration des institutions et des professions

Le mandat de protection future, instauré par la loi du 5 mars 2007, était préconisé depuis les années 1970 par le notariat et les spécialistes du grand âge. Le monde médical est en prise directe avec les difficultés éprouvées par les personnes malades et handicapées, c'est d'ailleurs lui qui est sollicité pour déclencher une procédure de protection puisqu'il doit délivrer un certificat médical. Le notariat connaît quant à lui les difficultés de gestion patrimoniale, les capacités nécessaires à cette gestion. Pourtant, médecins et juristes ne travaillent que rarement ensemble. Est-ce par peur ? Par manque de concertation ? Par habitude ? Pourtant, le notaire pourrait être comparé au « médecin patrimonial » à celui qui va diagnostiquer le patrimoine et les difficultés et proposer ensuite des solutions à mettre en œuvre : vente d'un bien, transmission d'un patrimoine, mise en place de mesures particulières de gestion.

Le notariat qui se voit confier un nouveau rôle dans la protection de la personne aura quant à lui également besoin de l'aide d'un autre professionnel, avec lequel il n'a que très exceptionnellement des relations : le médecin. Une interaction entre les deux professions pourrait très certainement être envisagée ? Le contrat créateur de droit, qui s'impose aujourd'hui dans de nombreuses situations, doit être éclairé de la vision du professionnel de la personne envisagée dans son aspect plus intime.

• Notaire et associations

Des nombreuses associations tentent aujourd'hui de rétablir le lien social en aidant les personnes seules à surpasser les difficultés liées à la solitude. Réellement, elles demeurent le seul soutien psychologique de ces personnes. Ainsi, existe-t-il notamment des associations pour personnes en deuil, pour personnes divorcées, pour mères isolées, pour célibataires… Il est de l'intérêt de la profession notariale de nouer des liens avec ces associations afin de pouvoir trouver ensemble des solutions. L'interconnexion entre le notariat et les structures associatives pourrait orienter les personnes restant seules, chacun proposant les solutions propres à sa profession.

Pourrait-on organiser notamment des tables rondes à l'occasion desquelles le notaire interviendrait pour éclaircir la situation juridique des personnes seules ?

• Notaire et médiation familiale

Afin de pouvoir apporter de l'aide aux personnes concernées par une rupture familiale, il est important de remédier à ce sentiment de solitude. C'est ainsi que les solutions juridiques et le rôle du notaire dans la reconstruction des liens

familiaux s'avèrent primordiaux. Dès 2001, le Mouvement Jeune Notariat, lors de son 32e Congrès, sous la plume de Me Yvon Rose, plaidait pour un rôle majeur de notre profession, en matière de médiation. La contribution du notariat dans le processus de médiation a été affirmée par la suite [164].

L'évolution actuelle est favorable aux modes de règlement amiables des litiges. Mais on constate malheureusement, et cela a été déjà remarqué lors du 95e Congrès des notaires de France, que la législation actuelle ne fait officiellement aucune place au notaire dans le processus de médiation : « En effet, le divorce sur requête conjointe est, de toutes les procédures, celle qui ouvre le champ le plus vaste à la liberté des conventions. En ce domaine, le notaire saura faire ressortir les solutions les mieux adaptées et éclairer les époux sur les conséquences de leur choix. » [165] C'est ainsi que « la relative liberté des époux ne peut s'exercer qu'à la lumière des conseils du praticien » [166].

Ces dernières années ont été marquées par le développement des procédures de médiation familiale, qui privilégient la recherche de compromis et de dialogue entre les parents. Les réformes menées depuis les années 1970 se sont employées à pacifier la séparation des conjoints. L'introduction du divorce par consentement mutuel en 1975 en a été le coup d'envoi, qui permet aux parents de se mettre d'accord sur les conséquences de la séparation (notamment sur le partage des biens et sur la résidence des enfants ainsi que sur la pension alimentaire). La nouvelle réforme du divorce en 2004 poursuit ce mouvement de pacification en permettant un raccourcissement de la procédure par consentement mutuel. Les lois du 4 mars 2002 et du 26 mai 2004 ont ouvert la possibilité de recourir à la médiation familiale comme mode alternatif de gestion des conflits familiaux, notamment en cas de désaccord des parents sur la résidence des enfants. Si les parents entament une procédure, le juge peut les enjoindre de participer à une réunion d'information sur la médiation. La création en 2005 d'un diplôme d'état de médiateur familial permet de structurer et de professionnaliser la filière.

La fonction du notaire pourrait se traduire par les missions suivantes :

• Mission de **conseil** : « *Professionnel du droit, le notaire peut… assister un client dans le processus de médiation afin d'assurer la préservation de ses droits* ».[167]

• Mission de **médiateur** : « *Les notaires, en fonction de leurs qualités personnelles, de leur souci de contribution sociale et en conformité avec une certaine*

164. Mme Lyne BOINAT, qui fut membre du Comité de Direction de MJN, « La contribution du notariat dans le processus de médiation », *La semaine Juridique Notariale et Immobilière*, 2002 n° 14, 1250.
165. 95e Congrès des Notaires France, p. 649.
166. *Ibid*, p. 665.
167. L. BOINAT, *op. cit*.

idée de service public peuvent aussi conduire des processus de médiation ». Alors cette activité « *mériterait d'être systématisée et non plus noyée dans l'activité de conseil ou de rédaction d'acte pour laquelle il a été saisi* » [168].

• **Sécurisation** des accords nés de la médiation : Il s'agirait de « *délivrer des actes authentiques revêtus de la formule exécutoire* » [169]. On ne peut que rappeler que ce procédé a été consacré par la loi de 1991 introduisant la réforme des procédures civiles d'exécution. La procédure de médiation peut être parfois accompagnée de l'homologation judiciaire, ce qui rajoutera à l'acte notarié une sécurité supplémentaire dans des situations les plus complexes. L'accord des personnes séparées traduit sous la forme d'un acte notarié réunit en soi la volonté des parties, d'une part, et la force de contrainte étatique, d'autre part. Les atouts de l'acte authentique sont reconnus, à savoir :
– date certaine
– force probante
– conformité à la loi
– vérification de l'identité des parties
– vérification de la capacité
– vérification des pouvoirs
– vérification de fond tenant à la légalité de la convention formée
– assurance de la validité de condition de forme
L'intervention du notaire n'est qu'un formalisme répondant au souci d'organiser au mieux les rapports entre les personnes séparées afin d'éviter l'isolement de celles-ci qui pourrait les conduire aux éventuels conflits.

• **Notaire et structures sociales**

Depuis 2006, la CNAF a mis en place le développement de la médiation familiale afin d'accompagner la fonction parentale et préserver les liens familiaux [170]. La convention d'objectifs et de gestion signée entre l'État et la CNAF pour 2005-2008 a prévu la création d'une prestation de service « médiation familiale ». La politique poursuivie est d'accompagner les parents et favoriser les conditions de la construction et du maintien des liens enfants-parents.

La médiation familiale est déterminée de la façon suivante : « C'est un processus de construction ou de reconstruction du lien familial axé sur l'autonomie et la responsabilité des personnes concernées par des situations de ruptures ou de séparations dans lequel un tiers impartial, indépendant, qualifié et sans pouvoir de décision : le médiateur familial favorise, à travers l'organisation

168. *Idem* note 167.
169. *Idem* note 167.
170. *Idem* note 167.

d'entretiens confidentiels, leur communication, la gestion de leur conflit dans le domaine familial entendu dans sa diversité et dans son évolution. » [171]

Cette modalité d'intervention, au croisement du juridique et du social, a vocation à s'appliquer à toute situation où le lien familial est fragilisé ou rompu : toutes formes d'union (mariage, concubinage, PACS), tous les liens intergénérationnels, situations de rupture et de leurs conséquences (décès, succession), familles recomposées. Concrètement, les CAF assurent le financement pour favoriser le recours à la médiation familiale spontanée qui intervient en amont du judiciaire ; elles financent les associations existant localement en développant des actions de médiation familiale par des travailleurs sociaux de la CAF formés à cette pratique ; elles prennent également initiative de contacter leurs partenaires au plan local pour construire le partenariat nécessaire au développement de la médiation familiale, notamment en proposant les entretiens d'information.

Il est évident que l'intervention des notaires dans ce secteur d'aides proposées serait d'une utilité absolue.

171. Lettre du directeur de la CNAF aux directeurs des CAF relative à la mise en œuvre de la réforme médiation familiale.

Conclusion

LA SOLITUDE… notre monde n'a jamais été autant connecté, en ligne, en réseau(x) ; les amicales, associations, clubs, services téléphoniques, internet, luttant ainsi apparemment contre l'isolement. Et pourtant… combien d'entre nous connaissent vraiment leur voisin, combien peuvent compter cinq amis, combien peuvent se dire entourés par leur famille, leurs proches ?

On ne cherche pas la solitude, mais, tôt ou tard, on la trouve.

Notre première commission n'a pas voulu faire croire que la solitude ne tire son origine que dans les difficultés financières subies par ses victimes.

La pauvreté, on le sait, est facteur d'isolement. Ce n'est pas nouveau, mais le phénomène a pris de l'ampleur depuis que l'argent, la possession ou plus exactement la propriété ont plus d'importance que l'amitié, la fraternité ou l'entraide.

Faut-il en conclure que l'argent constitue un remède à la solitude ?

Ce serait méconnaître le fait que, tel la fraude, il corrompt tout. La solitude est une maladie qui frappe sans distinction toutes les classes sociales : elle n'atteint pas que les personnes pauvres ou vulnérables, bien qu'elle les touche plus durement, plus fréquemment, et aussi plus rapidement. Elle nous est inhumaine, car issue d'un défaut d'humanité que chacun d'entre nous se doit d'offrir à l'autre. Alors, notre commission ne solutionnera pas toutes les difficultés créées par la solitude, mais j'ose dire qu'elle a fait preuve de générosité et d'audace.

Générosité dans l'effort, malgré les activités de chacun de ses membres, et générosité dans l'écoute de ceux qui souffrent et de ceux qui luttent.

Audace quant aux remèdes souhaités, car si certains reprennent, en les renforçant, des modèles connus, d'autres innovent, aménagent ou font la promotion de solutions plus humaines, et tous placent la victime de la solitude au cœur du dispositif.

Nos remerciements vont à Bernadette Tejedor, présidente de notre congrès, et François Person, rapporteur général : leur qualité d'écoute, leur expérience, leur critique toujours constructive et leur conseil nous ont toujours aidé dans notre progression.

Merci également à Messieurs les professeurs Foyer et Rouche, à tous les professionnels consultés et à tous les intervenants qui ont jalonné ces deux années de travail.

Merci à tous les membres des deux commissions, qui ont travaillé ensemble pour parvenir au résultat que vous venez de lire.

Merci à vous, à vous tous.

Benoît POIRAUD
Président de la Première Commission

Deuxième commission

La solitude du notaire

Président
Pascal COAT

Rapporteurs
Julien BERNARD
Lionel FALLET
Christophe LAMARQUE
Frédéric MILAN
Ghislaine TEJEDOR

Président
de la deuxième commission

Pascal Coat

Rapporteurs
de la deuxième commission

Julien Bernard

Lionel Fallet

Christophe Lamarque

Frédéric Milan

Ghislaine Tejedor

Sommaire de la deuxième commission
La solitude du notaire

Introduction 197
Définition de la solitude 199
Indépendance du notaire 199
Le notaire isolé ou le notariat isolé? 200

Première partie – Le constat: un exercice empirique

I – La solitude du futur notaire 201

A/ L'isolement du futur notaire – sa formation professionnelle initiale 201
1) La formation du notaire proprement dite et les formations complémentaires 201
a) Rappel des différentes voies de formation 202
b) Les critiques 204
c) Nos suggestions 206
2) Le stage professionnel 208
a) Rappel des modalités du stage professionnel 208
b) Les critiques 208
c) Nos suggestions 209

B/ Lors de l'installation du notaire 211
1) La recherche et la sélection de l'office 212
a) Analyse économique des études 212
b) Accès aux données statistiques 213
c) La mise en place d'une inspection spéciale 215
2) La reprise de l'office 215
a) La répartition des produits et des charges 215
b) La problématique des cotisations professionnelles 216
c) Apurement des comptes débiteurs 218
d) Quant au transfert des comptes CDC (clients ou office) 218
e) L'accompagnement du cessionnaire 220
3) La création d'office 221
a) Rappel succinct de la procédure 221
b) La solitude du notaire créateur 222

c) Les mesures d'accompagnement : le parrainage et l'assistance technique 222

II – La solitude du notaire en exercice individuel 224

Introduction 224

A/ Les constats d'isolement et de solitude 225
1) Constat d'isolement territorial 226
2) Constat d'isolement économique 226
3) Constat d'isolement intellectuel et culturel 229
a) Difficulté du notaire d'être toujours au niveau d'excellence 229
b) Isolement psychologique et social du notaire 230
c) Difficulté dans le recrutement voire dans le maintien des collaborateurs compétents nécessaires au bon fonctionnement de l'étude individuelle 230
d) Quitter l'étude pour se former 232
e) Le remplacement des employés du notariat 232
4) Constat d'isolement technologique et des réseaux de l'information 234

III – L'isolement du notaire en société 236

A/ L'adoption d'une structure sociétaire, un remède à la solitude au champ d'application limité 236
1) Les apports de l'exercice sous forme sociétaire 237
a) Face aux problèmes humains 237
b) Face aux problèmes matériels 242
2) Les lacunes de l'exercice sous forme sociétaire 243
a) Au niveau économique 244
b) Au niveau humain 244

B/ L'adoption d'une structure sociétaire : l'apparition de nouvelles formes de la solitude 245
1) La solitude liée aux contraintes des sociétés 246
a) Les contraintes liées aux prises de décisions 246
b) Les contraintes liées à la répartition des bénéfices (et de la charge de travail) 247
2) La découverte d'une nouvelle situation de solitude : la mésentente 249
a) La difficile séparation 251
b) La dissolution judiciaire 255
c) Le référé 259
d) L'arbitrage 264

Deuxième partie – Les préconisations

Introduction 269

I – Les notions 271

A/ L'organisation de l'entreprise 271
1) La définition 271
a) La configuration de l'entreprise 271
b) Les moyens mis en œuvre 271
c) La prise de décisions 272
2) Les principaux types d'organisation 272
3) Les structures hybrides 273
4) Les caractéristiques communes aux petites entreprises 273
5) La démarche qualité : un préalable nécessaire 274

B/ L'intelligence économique 274
1) Un monde en mutation 275
2) Le concept 275
3) Sa signification pour les PME 281
4) La mise au point d'un modèle pour les PME 282

C/ Conclusion 284

II – Les applications 285

A/ Un dossier de présentation de l'office cédé 285

B/ La société d'exercice libéral 286

1) Les apports 286
a) Composition du capital social 286
b) Les dirigeants de la SEL 288
c) Rapports entre associés 288
2) Régime fiscal 289
a) Constitution de réserves 289
b) Différence au niveau de l'assiette de l'impôt 290
c) Le problème de la déductibilité des intérêts 291

C/ Les nouveaux moyens de formation 292

D/ Vers l'évolution du statut de notaire salarié 295
1) Rappel historique 295
2) Rappel du statut du notaire salarié 296
3) Quelles idées pour augmenter le nombre de notaires salariés 297

E/ De l'entraide en général et du parrainage notarial en particulier ...299
1) Les notions d'entraide en général 300
a) Le parrainage 300
b) Le mécénat 301
c) Le patronage 302
d) Le tutorat 303
2) Le parrainage et le tutorat appliqués au notariat 303
a) L'accompagnement pendant 6 mois du cédant auprès du cessionnaire ..304
b) Le parrainage notarial 304
c) Le concept 304

F/ L'externalisation et les groupements de moyens 306
1) L'externalisation 307
a) La définition 307
b) Les justifications à l'externalisation 308
c) Les risques liés à l'externalisation 309
d) L'approche économique 312
e) L'approche juridique 313
f) La mise en œuvre 315
2) Les groupements de moyens 316
a) Des préoccupations identiques à l'externalisation 316
b) La définition 316
c) La rigueur dans la mise en œuvre et la formalisation juridique 317
d) Les avantages et le risque liés au groupement de moyens 317
e) Le choix de la structure juridique 317

G/ L'échange interactif : les moyens technologiques, le partenariat et les réseaux 318
1) Les vecteurs de communication informatique comme le *streaming* ou les flux 319
a) Le *streaming* 319
b) les flux RSS 320
2) La maîtrise de l'information au moyen des technologies de l'information et de la communication 320
a) L'*e-learning* 320
b) L'enseignement à distance 321
c) Formation ouverte à distance 322
3) Le partenariat et les réseaux 323
a) Définition générale du réseau 323
b) Domaines d'utilisation 324
c) Applications notariales 325

Introduction

Christophe LAMARQUE

Comprendre le notariat pour se comprendre.

Qu'est ce qu'un notaire aujourd'hui ?

« *La profession libérale relève sans doute davantage de la sociologie que de la science juridique* », disait Jacques Sabatier.

Ce constat qui frappe par son universalité est-il applicable à la profession libérale notariale ?

Une réponse sociologique peut-elle être apportée à l'angoisse actuelle du notaire (voire du notariat), de plus en plus seul, isolé, solitaire, parfois égaré ou perdu dans son univers professionnel, relationnel, économique, voire familial, en perpétuelle évolution ?

Le métier de notaire a une nature complexe. La conférence des notariats de l'Union européenne des 22 et 23 mars 1990 à Madrid, intégrée dans le Code européen de Déontologie notariale, définit le notaire comme « un officier public ayant une délégation de l'autorité de l'État pour conférer le caractère d'authenticité aux actes dont il est l'auteur tout en assurant la conservation, la force probante et la force exécutoire desdits actes ». Afin d'assurer à son activité, l'indépendance nécessaire, le notaire exerce celle-ci dans le cadre d'une profession libérale, qui couvre toutes les activités juridiques hors contentieux, tant par les conseils qu'il donne aux parties d'une manière impartiale, que par la rédaction des documents authentiques qui en résultera, conférant ainsi la sécurité juridique recherchée.

Le notaire est un juriste de haute qualification, implanté géographiquement sur tout le territoire national, qui suit des règles disciplinaires strictes sous le contrôle permanent de l'autorité publique, prévenant les litiges possibles ; cela fait de lui un rouage indispensable dans l'administration d'une bonne justice civile. Sa finalité est donc de rendre une prestation de service à une clientèle personnelle et civile.

Cette prestation qui laisse des traces, une histoire et un souvenir, assure une pérennité sociale. Le notaire soigne, défend, bâtit, authentifie, conseille en toutes matières, équilibre les rapports humains dans l'intérêt exclusif du client, connu sous différents vocables selon les matières (consommateur, usager, partie). Le notaire est réellement gage de garantie, de certitude, d'indépendance, de responsabilité, de secret, de savoir, de technique au-delà de la nécessaire relation humaine privilégiée.

Le professionnel libéral qu'est le notaire se caractérise par :

– la nature du service qu'il rend, essentiellement humain et intellectuel quels qu'en soient la forme d'exercice et le support matériel de son activité ;

– une profession par essence indépendante, qui se doit d'être désintéressée, exclusive de toute spéculation économique face aux activités commerciales ;

– la nature de ses relations avec la clientèle fondée sur la confiance, sur l'intimité psychologique, le secret professionnel, base du service rendu, contrepartie de la puissance publique déléguée ;

– une liberté professionnelle légitimée par sa responsabilité, sa déontologie et son contrôle disciplinaire.

– une crédibilité et une pérennité aux yeux de sa clientèle, enracinée par l'histoire de la société, de sa profession, encadrés par son ministère de tutelle et le Conseil supérieur.

L'exercice personnel se heurte à un malaise, une confrontation psychologique, une pesanteur collective, une pression économique et financière créant ainsi des difficultés sociologiques, économiques et sociales. Afin d'assurer l'efficacité de son intervention, le notaire, professionnel libéral, n'en est pas moins un chef d'entreprise soumis aux mêmes impératifs d'organisation d'entreprise, de gestion de clientèle, de temps, de management de son équipe de travail au sein de son étude avec comme objectif commun à toute entreprise, la rentabilité de son entreprise libérale, malgré son statut d'office public si particulier.

L'histoire et le rôle du notariat rappellent que l'officier public exerçant sous forme libérale, a trois missions principales :

– authentifier les actes, en qualité de délégataire de la puissance publique, indépendant et libre.

– conseiller les personnes, les entreprises, les familles dans les matières les plus larges du droit et des contrats.

– équilibrer le rapport de force entre les parties, par une information impartiale et complète ;

Sa mission qui correspond à un besoin de société, un service public, implique une liberté de jugement, une indépendance vis-à-vis des parties qui le requièrent, une impartialité fondamentale liée à son statut particulier d'officier public, une solidarité ordinale une responsabilité, prix de son indépendance, gage de la sécurité de sa prestation. Le besoin de contractualiser les règles sociales entre les parties, correspond pour le notaire à ce service public qui suppose une tutelle de l'État, une implantation territoriale et géographique permanente et coordonnée, une structuration professionnelle ordinale pyramidale et hiérarchisée.

L'évolution constante de la Société impose au notaire une adaptabilité économique, sociale, psychologique et sociologique, au gré des modifications des besoins individuels afin de conserver sa mission, sa réalité et sa finalité d'être : « le Magistrat de l'Ordre contractuel » selon la formule du président Lapeyre.

Puisque l'évolution sociale est dans la nature des choses, celle du notariat n'y échappe pas. Notre avenir dépend, pour une grande part, de nous-mêmes, acteurs de notre destinée, au gré des réformes acceptées, engagées, parfois subies ou imposées de notre statut d'officier public, de notre structure d'exercice et d'organisation d'entreprise ; d'où l'émergence d'un malaise, d'un déséquilibre qui accentue notre sentiment d'isolement et de solitude. Le statut notarial, une fois encore sous le feu nourri des critiques émanant du rapport de la commission pour la libération de la croissance française est mal connu du plus grand nombre.

Quelle image renvoie alors le miroir de la solitude du notaire ?

Définition de la solitude

La solitude (du latin *solus* « seul ») est l'état, ponctuel ou durable, d'une personne seule, c'est-à-dire d'une personne qui n'est engagée dans aucun rapport avec autrui. La solitude peut relever d'un choix ou d'une contrainte. La solitude est d'abord l'état d'une personne qui est seule, retirée du monde, des autres, ou des échanges. Une personne qui n'aurait point de semblables. C'est aussi un état d'éloignement géographique, d'isolement, de régression démographique. Enfin c'est aussi un état de manque ou d'absence, voire de retrait d'échange, une privation d'affection, un isolement intellectuel, moral, ou un état inculturel.

La solitude ne se réduit pas à l'isolement, qui en est un cas particulier. Le solitaire qui revendique son état de solitude, résolu et décidé à être seul, loin de ses congénères ou retiré d'eux dans un lieu déshérité, souvent coupé du monde, oriente son avenir professionnel sur un chemin de vie qu'il accepte. Celui qui subit contre son gré, cette solitude, se sent isolé, séparé, abandonné, coupé de la solidarité professionnelle, coupé de la société. Dès lors, on remarque que si le notaire est solitaire de par son statut professionnel particulier d'officier public, il ne doit pas être coupé des rapports avec autrui, isolé, éloigné, ou retiré du monde. À long terme, la solitude qui nourrit un stress, peut engendrer une angoisse, voire une peur, qui augmente avec le temps. Le notaire distant de son environnement proche, professionnel et souvent familial, peut glisser souvent sans s'en rendre compte, vers un état instinctif, hors de réflexion et d'analyse sereine nécessaire à l'exercice de son ministère ou de sa vie sociale et familiale.

Indépendance du notaire

L'ombre de l'indépendance plane autour de l'étudiant en droit dès l'entrée à l'université et jusqu'à la fin de ses examens. L'idée de réussite, de compétition, d'excellence, d'individualisme propre à notre société, n'y est pas pour rien.

Au moment du choix d'embrasser la carrière ou la vocation notariale (souvent méconnue par celui-ci au départ), le futur notaire doit s'apercevoir qu'elle revêt deux aspects diamétralement opposés impératifs à l'exercice

même de la fonction : l'indépendance et la solidarité ordinale, toutes deux piliers fondamentaux du statut du notaire.

L'officier public doit être indépendant :

– par nature, lorsque le notaire envisage de postuler à la création d'office mise au concours ;

– par choix, lorsque le notaire écarte l'idée d'association, et demeure seul maître de l'office ;

– par essence toujours, puisqu'il est seul responsable des actes de l'office, de ses relations avec sa clientèle, les tiers, les instances ordinales professionnelles et son ministère de tutelle.

Il ne peut exercer son ministère sans s'intégrer solidairement à l'institution notariale, se rattacher à son histoire, à sa structure collective qui réglemente et organise la fonction.

Le notaire isolé ou le notariat isolé ?

Le notariat tient une place à part dans l'espace juridique français et européen, de par son statut spécifique unique, à la fois professionnel libéral et magistrat de l'ordre contractuel, délégataire de la puissance publique, détenteur du Sceau de l'État. Les critiques et attaques régulières dont fait l'objet l'institution notariale démontre l'intérêt qu'on lui porte. En parallèle du concept abstrait d'une profession isolée et mal comprise, un tour d'horizon humain, économique et géographique s'impose pour comprendre les multiples facettes de l'isolement du notaire qu'il soit géographique, psychologique ou intellectuel.

Les difficultés économiques de l'entreprise s'accompagnent généralement d'une inadaptation de ses moyens de production, d'une obsolescence de ses outils informatiques, de lacunes de compétences, d'une méconnaissance ou d'une sous-utilisation des nouveaux instruments issus des technologies de l'information et de la communication.

On citera le travail du très sérieux rapport 2007 de l'Assemblée de Liaison des Notaires de France « *Notaire : proximité et mondialisation* » et plus spécialement l'analyse qui rattache la mission de service public notariale implantée sur tout le territoire au plus proche des besoins de la société, formant ainsi un véritable réseau.

Voici succinctement planté le décor, dans lequel évolue notre profession, la connaissance et l'analyse de nos faiblesses constituent la seule voie de salut.

Nous engagerons notre démarche en nous intéressant à deux cas de solitude notariale :

- l'un lié à l'entrée dans la profession,
- l'autre résultant des modalités d'exercice de celle-ci.

Première partie
Le constat : un exercice empirique

I – La solitude du futur notaire

Julien BERNARD

NOUS ALLONS ici analyser la situation du **notaire** « **en devenir** », envisager les différentes situations problématiques auxquelles il peut être confronté jusqu'à sa prestation de serment et les pistes d'amélioration que nous proposons.

On conviendra qu'une personne peut-être considérée comme « futur notaire » dès qu'elle quitte sa formation de juriste généraliste et se spécialise vers le notariat. Ainsi nous envisagerons successivement l'isolement du futur notaire lors de sa formation professionnelle initiale, puis face à son installation. Enfin, nous distinguerons l'installation par « rachat » d'office et par création d'office.

A/ L'isolement du futur notaire – sa formation professionnelle initiale

Sommaire

1) La formation du notaire proprement dite et les formations complémentaires
2) Le stage professionnel

On peut imaginer que le sentiment de solitude du futur notaire résulte de son insuffisante préparation.

Dans la formation professionnelle du futur notaire, qu'elle soit initiée après une expérience professionnelle confirmée, c'est le cas traditionnel du « Premier Clerc », ou après une formation universitaire, que le choix du candidat s'oriente vers la voie dite professionnelle (centres de formation professionnelle « CFPN ») ou vers la voie dite universitaire, les programmes (1) d'études déjà chargés diffèrent peu. Quoi qu'il en soit cette formation est parachevée par un stage professionnel (2) de deux ans, lui-même couronné par un rapport de stage ou un mémoire.

1) La formation du notaire proprement dite et les formations complémentaires

Préalablement à notre analyse, il convient de noter ici que les nouveaux moyens de formation mis en place par le décret du 20 août 2007 relatif à la

formation professionnelle notariale trouveront leurs développements en Partie II – Les préconisations, section II – Les applications, C/ Les nouveaux moyens de formation.

Ceci exposé, on conviendra que les programmes de formation des futurs notaires ne diffèrent pas que les cours soient dispensés tant à l'université dans le cadre de DESS que par les CFPN.

a) Rappel des différentes voies de formation

Il existe deux voies d'accès pour les titulaires des 60 premiers crédits d'un Master en droit ou d'une Maîtrise en droit (la voie professionnelle et la voie universitaire). Une troisième voie existe pour recruter des personnes ayant obtenu l'un des diplômes reconnus équivalents postérieurement au diplôme de premier clerc ou au diplôme de l'institut des métiers du notariat pour lesquels il est indispensable de suivre les enseignements d'un des centres de formation professionnelle de notaires. Enfin, une quatrième voie ouvre l'accès à la profession pour des personnes titulaires de diplômes ou ayant exercé des professions leur permettant de prétendre à une équivalence de compétences.

a-1) La voie professionnelle

La voie professionnelle est scindée en deux parties :

• **La première**, d'une durée d'un an, dite « année à temps plein » comprend une formation délivrée par un des centres de formation professionnelle de notaires. Celle-ci est sanctionnée par le « diplôme d'aptitude aux fonctions de notaire » dressé par le centre national. La formation dispensée pendant l'année à temps plein repose sur les matières qui font l'objet des contrôles de connaissance du diplôme d'aptitude aux fonctions de notaire soit :

1. Droit patrimonial de la famille
- a) État des personnes
- b) Incapacités
- c) Régimes matrimoniaux
- d) Successions
- e) Libéralités

2. Droit immobilier
- a) Actes courants
- b) Droit rural
- c) Droit de la construction

3. Droit des affaires
- a) Notion d'entreprise (aspects juridiques et économiques dans la CEE).
- b) Patrimoine de l'entreprise
- c) Analyse comptable et financière des opérations de l'entreprise
- d) Registre du commerce et des sociétés ; centres de formalités des entreprises

e) Opérations sur fonds de commerce
f) Sociétés civiles et commerciales et autres groupements (aspects juridiques et fiscaux)
g) Transmissions d'entreprises (aspects juridiques, financiers, comptables, fiscaux et économiques)
h) Entreprises en difficulté, règlement amiable, redressement et liquidation judiciaires
i) Opérations bancaires, financières et boursières
j) Droit de la concurrence et de la distribution
k) Droit pénal des affaires
l) Droit communautaire des affaires

4. Statut, déontologie et organisation de la profession notariale
a) Spécificité de l'acte notarié
b) Déontologie, discipline et responsabilité
c) Organisation professionnelle
d) Conditions d'exercice de la profession
e) Comptabilité notariale et taxe

5. La tenue d'un office de notaire
a) Organisation de l'office
b) Informatique et bureautique
c) Gestion de l'office (financière, fiscale et sociale)
d) Marketing et communication
e) Gestion du patrimoine
f) Langues juridiques étrangères

• Dans la **deuxième partie**, d'une durée de deux ans, le titulaire du diplôme d'aptitude devient notaire stagiaire salarié à temps plein d'un office notarial, et suit différents séminaires au centre de formation. Ces séminaires portent sur le droit de la famille, le droit immobilier, le droit des affaires, la gestion de patrimoine, la gestion de l'office et la déontologie et enfin l'étude du notariat, tant dans son évolution nationale que dans ses relations communautaires et internationales. Enfin, il rédige un rapport de stage présenté en fin de période à un jury. Ce jury lui accorde un « certificat de fin de stage » qui, avec le diplôme, lui permet de présenter sa candidature à un office notarial.

a-2) La voie universitaire

La voie universitaire comprend deux phases, la première, d'une année, consiste en la préparation et l'obtention du diplôme d'études supérieures spécialisées de droit notarial. La seconde, de deux années, consiste en la préparation et obtention du diplôme supérieur de notariat, au moyen d'un stage professionnel et de la réussite aux examens sanctionnant quatre semestrialités d'enseignement et la soutenance d'un mémoire ou d'un rapport de stage.

Le programme des enseignements de la première année est semblable à celui de ceux dispensés dans les centres de formation professionnelle de notaires, ils ont trait au :

– Droit de la famille (personnes et patrimoine) ;
– Droit du contrat et des obligations ;
– Droit commercial général, droit des sociétés et des groupements ;
– Droit immobilier ;
– et à la Fiscalité notariale.

Les séminaires des deux années suivantes portent quant à eux sur :

– Actes courants et techniques contractuelles ;
– Techniques de droit immobilier ;
– Techniques des liquidations et partage des communautés et successions ;
– Techniques, structures, relations et mutations des entreprises civiles et commerciales.

b) Les critiques

b-1) Des déceptions et des insatisfactions des étudiants : une insuffisance d'écoute

Si un travail considérable a été accompli pour réformer le cursus de formation de nos collaborateurs, une réflexion commune doit également être menée quant au contenu de la formation de nos futurs confrères. Il convient d'être plus à l'écoute de leurs attentes. Cette évolution passera probablement par une plus grande participation des principaux intéressés à leur formation. Il ne faut pas oublier qu'ils participent déjà à son financement ; ils ont à ce titre, un droit légitime à la parole.

b-2) Des redites

Nos étudiants n'ont-ils pas souvent l'impression de repasser en revue les différentes matières qu'ils sont censés pourtant parfaitement connaître, lors de leur entrée dans notre cursus professionnel ?

On remarque que schématiquement les programmes d'enseignement de la voie professionnelle comme ceux de la voie universitaire, reposent sur une formation classique aux matières traditionnelles de la profession. Pourtant, lorsque les futurs notaires engagent leur formation spécifique au notariat, ils ont d'ores et déjà les connaissances de base des matières qu'ils vont à nouveau étudier. A l'extrême, nous pourrions dire que les matières figurant aux examens d'entrée sont censées être maîtrisées, et ne devraient plus figurer aux programmes d'enseignements théoriques. Quant aux aspects pratiques, il est indéniable que seul le stage leur apportera à cet égard, une expérience irremplaçable. Il convient donc, de donner une nouvelle ouverture au programme de formation.

b-3) Une vision trop étroite : une faute partagée

Quand considérerons-nous les futurs notaires comme de véritables « futurs chefs d'entreprise » et comme de « futurs confrères » ?

Quand nos étudiants-notaires sortiront-ils du syndrome du « bachotage » qui les focalise sur leurs examens, négligeant les formations non soumises à contrôle sanctionné ?

Une remise à plat des programmes et des moyens pédagogiques doit être réalisée. Face aux perspectives d'évolution de notre profession, il convient de leur ouvrir l'esprit au maximum. Cette phase privilégiée de formation doit être un temps d'initiation et de modelage du futur notaire. Notre mission sociale, l'éthique qui en résulte, suppose une véritable métamorphose du juriste, postulant notaire.

b-4) Des matières oubliées ou insuffisamment enseignées

Si les modalités d'accès à la profession ont été régulièrement réformées au cours des dernières années, le contenu et les modalités de la formation n'ont pas évolué.

Certes, le décret du 20 août 2007 modifiant l'article 3 du décret 73-609 relatif à l'accès à la fonction de notaire a prévu, pour une première nomination, le suivi obligatoire d'une formation en gestion d'un office de notaire, déontologie et discipline notariales. Pourtant, l'article 25 de ce même décret prévoit déjà l'enseignement de la gestion d'un office.

Mais nous pensons qu'il faut aller plus loin, en encrant plus avant dans le cursus de formation, des enseignements approfondis et surtout sanctionnés par des contrôles de connaissance dans ces matières fondamentales. Au-delà de la gestion, on citera la formation à la médiation, à la psychologie, à la gestion, à l'évaluation immobilière ou d'entreprise, la gestion des systèmes informatique, au management, au marketing, à la démarche qualité…

Le but n'est évidemment pas de former des experts en ces matières mais de sensibiliser à ces domaines annexes mais pas accessoires à notre profession. Il est indéniable que notre profession souffre d'un déficit en matière de gestion des ressources humaines et de management[1]. Il ne s'agit pas uniquement de droit du travail ou de comptabilité, de ratios, de ventilation du chiffre d'affaire…

Toute formation de futur chef d'entreprise, que ce soit au sein des écoles d'ingénieurs, ou des grandes écoles de commerce, réserve une part importante à ces domaines. Ainsi le temps d'étude des matières classiques considérées comme faisant double emploi avec la formation universitaire ou préalable pourra être réduit au profit d'un approfondissement pratique des mêmes matières, et de l'étude de matières complémentaires. À volume égal de formation, il est possible de balayer un spectre plus large de matières et de dispenser une formation plus pointue dans les autres matières essentielles.

Il convient de saluer ici l'initiative du Conseil régional des notaires de la Cour d'appel de Nancy qui a instauré au bénéfice des jeunes notaires récemment

1. La Convention collective de 2001 constitue à cet égard pour une initiative novatrice, voulant promouvoir une dynamique reposant sur une formation continue et une promotion sociale interne. Il est indéniable que l'objectif poursuivi n'a pas été atteint dans les faits.

installés un cursus de formations complémentaires sur plusieurs mois. Il s'agit ainsi de palier aux imperfections du système actuel de formation.

c) Nos suggestions

c-1) Une plus grande ouverture de la formation : un changement d'optique

Pour être armé face à la concurrence des autres professions, pour être plus à même d'affronter les futurs défis qui s'annoncent à nous, il convient d'élargir nos champs de vision.

L'article 26 du décret de 1973 prévoit que l'initiation à la pratique professionnelle peut être effectuée partiellement auprès d'un autre professionnel du droit, ou auprès d'un expert-comptable, d'un commissaire aux comptes ou dans le service juridique d'une entreprise.

Il est primordial que nos futurs confrères découvrent concrètement, nos institutions (Conseil supérieur du notariat, Conseils régionaux, Chambres, Syndicat des notaires, ADSN, UNOFI, MJN), les autres professions, et nos organes de tutelles. Cette découverte pourrait prendre la forme de rencontres, voyages d'étude, de séminaires, ou de stages de courte durée notamment auprès des juridictions ou des professions partenaires (avocats, experts-comptables, etc.). Armer nos successeurs dans tous les domaines sera le meilleur gage de la pérennisation de notre profession, de son adaptabilité et de sa compétitivité.

c-2) Une démarche qualité au sein de nos organismes de formation

Nous suggérons la mise en œuvre d'une véritable démarche qualité de la formation des futurs notaires. Dans la logique d'une approche « client-utilisateur », il serait bon qu'une étude de satisfaction soit systématiquement faite auprès des étudiants ou des jeunes diplômés tant en cours de cursus, qu'à la sortie des différentes filières pour évaluer leurs performances. Cette étude pourrait également être renouvelée, après plusieurs années d'installation. À cet égard, une démarche qualité au sein de nos différentes entités de formation, paraît s'imposer pour améliorer l'adéquation de celles-ci, aux aspirations et aux besoins des futurs notaires.

Le principe de la « Roue de Deming » [2] doit également trouver sa place dans nos différentes institutions et en premier lieu, en matière de formation. Une évaluation de leur performance serait notamment de nature à les dynamiser. Un classement annuel serait envisageable. L'excellence est à ce prix. Ces réflexions peuvent paraître « iconoclastes », mais ne constituent que le cheminement normal d'une amélioration du contenu de nos filières de formation. Une réflexion commune paraît s'imposer à partir des constats réalisés, des autodiagnostics.

c-3) Le profil des formateurs

Nous connaissons la frilosité de notre profession, pour les intervenants extérieurs souvent jugés inadaptés à ses spécificités. Paradoxalement, il est

2. Principe fondateur de la démarche qui initie un processus d'amélioration continue.

courant que nous ayons recours à des universitaires. Mais il faut se demander si ceux-ci ont vraiment encore un rôle à jouer à ce stade final et plus « opérationnel » de la formation. En effet nous touchons à l'aboutissement de celle-ci et les aspects pratiques doivent prédominer.

c-3-1) Des intervenants extérieurs – la mise en place de partenariat avec les grandes écoles

Il convient à tout le moins, de s'adjoindre les compétences de « sachants » extérieurs, pour les matières qui ne sont pas de la culture « notariale ». Il s'agit notamment de la gestion d'entreprise, des ressources humaines, et du management. Un partenariat ne serait-il pas fructueux avec certaines écoles de commerce ou d'ingénieurs, pour ses matières propres aux fonctions d'encadrement. Il a fallu près de dix ans à la profession pour adopter la démarche « qualité » alors que les exemples étaient nombreux par ailleurs (grandes entreprises, autres professions,…)[3].

Faudra-t-il encore de nombreuses années pour que nous considérions les futurs notaires comme de véritables « futurs chefs d'entreprise » ? À cet égard, la démarche qualité ne devrait-elle pas être enseignée prioritairement ?

c-3-2) La mise à contribution des « jeunes confrères » – rôle des présidents de chambre

Les critiques émanant des notaires jeunes diplômés sont fréquentes à l'égard de la teneur des enseignements et des méthodes pédagogiques. Par ailleurs, certains intervenants sont sur-sollicités par les organismes de formation (instituts du notariat, centres de formation, universités), alors que les ressources existent ; il convient simplement de les mettre à contribution.

En effet, qui pourrait mieux remédier à ces écueils, que de jeunes confrères qui auront à cœur de ne pas faire revivre à leurs successeurs, les affres de ces enseignements ?

Ce devoir de transmission du savoir n'est-il pas une des facettes de nos règles déontologiques : « tout notaire doit aide et assistance à son… futur… confrère ». Certes, l'appel au volontariat est gage de qualité de l'enseignement, et tout individu n'est pas un bon enseignant. Les chambres pourraient à cet égard, jouer un rôle de sélection et d'incitation. Comme dans les « clubs services », où le président doit favoriser l'intégration des nouveaux arrivants en leurs confiant des missions ou des fonctions, il apparaît souhaitable d'impliquer les présidents de chambres dans le recrutement des notaires formateurs, en privilégiant les jeunes confrères.

En conclusion

Sans avoir une vision élitiste de notre profession, il convient de mettre en place à cet égard, une formation à la hauteur de nos ambitions.

3• Le Mouvement Jeune Notariat a été à cet égard précurseur ; il convient de rendre ici hommage à nos prédécesseurs.

2) Le stage professionnel

Qu'il suive la voie universitaire, ou la voie professionnelle, l'étudiant notaire se mue en notaire stagiaire pendant deux ans (article 33 du décret 73-609). Nous ne reviendrons pas sur la formation théorique dispensée pendant ces deux années évoquées dans la partie précédente. Nous allons nous attarder sur le statut du notaire stagiaire proprement dit. Il s'agit parfois de son premier emploi rémunéré.

a) Rappel des modalités du stage professionnel

Lors de son stage, le futur notaire met en pratique au sein d'une étude candidate, les connaissances qu'il a acquises pendant sa formation. L'article 37 du décret 73-609 prévoit que « *les travaux de pratique professionnelle sont effectués, sous le contrôle du centre de formation professionnelle, auprès d'un notaire* ».

b) Les critiques

b-1) Des stages de qualités inégales

Nombreuses sont les critiques s'agissant des stages. En effet, il s'agit bien souvent d'une véritable « loterie », tant pour le maître de stage que pour le stagiaire. Il existe de nombreuses déconvenues qui pourraient pourtant être parfois évitées ou du moins, limitées. Certains se plaignent d'avoir été cantonnés à certains types d'acte (programmes immobiliers, vente, etc.), d'autres de ne pas avoir eu suffisamment de contacts avec la clientèle ; enfin, d'autres de ne pas avoir été formés à la gestion de l'entreprise.

Que pourrions-nous dire de l'apprenti pilote qui n'a jamais piloté, même sur simulateur ?

Et pourtant dès qu'il prête serment, on lui met un « Airbus » entre les mains avec des passagers à bord : nos clients…

b-2) Un statut dévalorisé du notaire stagiaire

S'estimant déjà qualifié, le stagiaire ressent fréquemment une dévalorisation de sa situation. Certes, s'agissant de son salaire, l'évolution récente de notre convention collective a notablement revalorisé sa rémunération. Toutefois, celui-ci éprouve fréquemment des difficultés à s'insérer dans l'organigramme de l'entreprise. En effet, alors que dans d'autres professions voisines comme celle d'avocat, l'avocat stagiaire a la faculté de plaider et dispose de toutes les prérogatives d'un avocat titulaire, le notaire stagiaire ne dispose pas plus de prérogatives au sein de l'étude que celles que son maître de stage veut bien lui donner, généralement celles d'un clerc rédacteur.

De ce fait, si le stage permet au candidat notaire de parfaire ses compétences pratiques, il est souvent marqué par une déresponsabilisation et par une insuffisance d'ouverture aux fonctions du notaire en exercice telles que la réception des actes ou la gestion de l'entreprise notariale.

c) Nos suggestions

c-1) Une plus grande contractualisation de la convention de stage – un renforcement du contrôle du centre de formation

Ainsi que nous l'avons dit, le stage constitue un élément fondamental du cursus de formation ; or, il est ressenti souvent comme un passage obligé et subi. Il convient de le remettre à l'honneur.

Certes, il est moins valorisant qu'un enseignement classique, mais, dans les faits, il est bien plus efficace que de longues heures d'enseignement.

En présence d'un futur confrère, il conviendrait de ne pas se contenter du simple droit du travail, et de donner à la convention liant les parties, une autre dimension. Ainsi dans le cadre de l'*Opération Jeunes*, le Conseil supérieur du notariat a rédigé conjointement avec le CNEPN, un document contractuel qui matérialise l'engagement réciproque des signataires, à savoir le maître de stage, le stagiaire et l'établissement de formation.

Il convient de « contractualiser » le stage, de prévoir ses différentes étapes, sa « montée en puissance », les valider le cas échéant avant tout passage à l'étape ultérieure, associer à cet effet, un responsable pédagogique ou un « parrain » extérieur à l'office pour servir de « tampon », d'élément modérateur, de conciliateur à l'image de ce qui est généralement prévu lors de stages en entreprise initiés par l'Éducation nationale.

c-2) Un véritable suivi et une progression « balisée » – une meilleure résonance, une complémentarité « étude d'accueil CFPN/Université »

Le stage est conçu théoriquement comme un processus de formation ; or, il s'avère généralement comme une suite de tâches et de dossiers confiés selon les opportunités. Pour réellement parvenir à une progression, il convient de le jalonner d'étapes obligatoires dans toutes les tâches techniques de l'office, le livret de stage prévoit déjà ce balayage, il convient d'aller au-delà : cela passera notamment par les ventes, les successions, les formalités et la comptabilité.

À chaque étape, le contenu devrait être « normalisé » pour permettre tant au maître de stage, qu'au stagiaire d'en appréhender les objectifs et la teneur.

S'agissant de l'aspect « gestion » : il peut paraître certes délicat, d'ouvrir à un stagiaire, toutes les informations « stratégiques » d'une étude : rémunération des collaborateurs, charges, produits, bénéfices. Une charte jalonnée d'étapes obligatoires, comme la saisie d'une journée comptable, de la saisie des écritures à l'analyse du tableau de bord, le suivi de production d'un acte des formalités préalables aux formalités postérieures, de la simulation de l'analyse d'un besoin en personnel à l'entretien d'embauche, devra être signée entre le maître de stage et le candidat, pour aboutir au final à une initiation approfondie à la fonction de notaire proprement dite.

Chaque maître de stage doit bien sûr, pouvoir rester maître des informations dont il autorise la divulgation. Sur ce point, il est concevable de passer par

la mise en place de « simulateurs » au sein des centres de formation : sorte de « jeu de simulation », s'appuyant sur la comptabilité « type » d'un office virtuel.

En associant les SSII de la profession, des consultants extérieurs (avocat en droit du travail, consultants en management), et quelques notaires « passionnés », il doit être possible de mettre au point un complément de formation, synchronisé avec le déroulement du stage.

c-3) Une véritable évaluation du stage

• Le principe

Si le notaire stagiaire est en droit d'exiger de son maître de stage, le respect de la convention de stage, il convient en contrepartie de sa mission de formation, que le maître de stage ait également son mot à dire quant à la validation de celui-ci. Certains pourraient craindre à cet égard, des risques d'abus. Or, dès lors que la mission de formateur du maître de stage est renforcée, il est tout à fait normal que celui-ci puisse « sanctionner » celle-ci. Il s'agit d'équilibrer le contrat tant dans son volet « formation » que dans son volet « contrepartie productive » au bénéfice de l'entreprise notariale qui en prend la charge. L'association des acteurs pédagogiques permettra de recadrer un stage sans attendre l'irréparable.

• La pratique

Il serait également possible d'encadrer cette mission, par la mise en place de « fiches de progrès » permettant de formaliser les efforts et améliorations suscités du stagiaire. En tout état de cause, un point régulier avec le responsable pédagogique du centre de formation paraît nécessaire, ainsi, si une expérience s'avère désastreuse, il pourra intervenir.

Il est primordial à cet égard de renforcer, le rôle « d'arbitre » du directeur du CFPN, ou de l'universitaire en charge de la formation ; dès lors qu'une difficulté survient, il est concevable que celui-ci prenne le cas échéant des dispositions pour y remédier : favoriser le changement d'étude, organiser un entretien dépassionné avec le maître de stage pour rechercher une solution par exemple.

Le stage devrait donc être jalonné d'étapes et de points de « recalage ».

c-4) Une valorisation progressive du notaire stagiaire

L'évolution récente de la convention collective consacre la « montée en puissance » et l'« opérationnalité » du notaire stagiaire.

Ne faut-il pas assouplir les conditions de l'habilitation des notaires stagiaires ?

En effet, l'article 38 du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 prévoit que l'habilitation ne peut être donnée qu'aux clercs qui l'acceptent et qui remplissent l'une des conditions suivantes :

– Avoir subi avec succès l'examen d'aptitude aux fonctions de notaire, ou être titulaire du diplôme supérieur de notariat institué par le décret précité ;

– Être titulaire du diplôme de premier clerc ;

– Justifier de six années de pratique professionnelle en qualité de clerc de notaire.

Cette durée est réduite à deux années pour les titulaires du diplôme national sanctionnant le second cycle d'études juridiques. C'est bien sûr au maître de stage d'apprécier le « mûrissement » de son collaborateur, mais ne faut-il pas considérer qu'en cours de stage, par exemple après 18 mois, le notaire stagiaire puisse être habilité. D'aucuns, nous les entendons, opposeront à ces idées les écueils de la responsabilité professionnelle. Il est certain qu'on ne devient pas « maître » avant d'avoir été « apprenti », mais si la formation du maître de stage a été bonne, si le stagiaire a été diligent, s'il a validé l'étape ultime permettant la réception des actes, en présence et sous la responsabilité du maître de stage par exemple, ces craintes peuvent être apaisées.

Voici quelques pistes pour améliorer la formation notariale en ayant pour objectif de faire correspondre le titre à la compétence acquise.

Après ces quelques réflexions sur la formation préalable du futur notaire, nous envisagerons la solitude du notaire titulaire de son diplôme qui envisage désormais la reprise d'un office.

B/ Lors de l'installation du notaire

Sommaire

1) La recherche et la sélection de l'office
2) La reprise de l'office
3) La création d'office

Le jeune notaire doit faire preuve d'une certaine inconscience pour se lancer dans la grande aventure de l'installation [4]; il est confronté à de multiples difficultés que ce soit la recherche de l'étude, de la société (SCP, SEL,…) au sein de laquelle il trouvera sa place, l'analyse des différents aspects de la reprise d'entreprise, les affres de la recherche de financements, la prise en main de la clientèle, son adaptation au personnel de l'entreprise. Toutes ces difficultés sont susceptibles de lui faire perdre pied, et il convient qu'une attention particulière lui soit accordée par ses pairs. Pour autant, il existe une grande vulnérabilité du jeune notaire fasse au plongeon en avant que représente son installation. Il est indéniable qu'il ne bénéficie pas systématiquement de l'aide de son prédécesseur.

Qu'il s'agisse de l'apurement des comptes ou de la découverte de spécificités « cachées » [5] de l'office, ces difficultés que nous rencontrons quotidiennement dans l'exercice de notre profession auprès de nos clients, ne nous sont pas étrangères et prennent une dimension particulière lors de l'installation.

4. Nous plagions ici le « Guide du Futur Notaire » !

5. Nous pourrions dire pudiquement « ignorées ».

1) La recherche et la sélection de l'office

Les cheminements du candidat notaire vers son futur office sont divers ; nous nous attarderons sur ceux qui relèvent de critères objectifs. En qualité de futur chef d'entreprise, le futur notaire se doit de procéder à un audit complet de l'entreprise qu'il envisage de reprendre.

Cet audit s'articule autour de deux axes :

– l'analyse reposant sur le passé de l'office à reprendre,

– et sur le futur potentiel de cet office.

Il est maintenant préparé en cela conformément aux dispositions du décret du 20 août 2007 et de son arrêté du 27 août 2007.

Il convient à ce sujet, de rendre ici hommage aux développements récents de Madame Sylvie Antoine dans le n° 2008-2 de la *revue du Mouvement Jeune Notariat* auxquels nous envoyons par ailleurs nos honorables lecteurs en annexe des présentes*.

a) Analyse économique des études

L'analyse de toute entreprise repose sur un traitement de l'information disponible à son sujet. Il s'agit de porter un jugement sur la valeur ajoutée qu'elle produit, le « *cash flow* » qu'elle est capable de générer. Tout spécialiste en gestion de patrimoine, dirait qu'il s'agit d'apprécier à un instant « T », la capacité bénéficiaire et donc les flux ultérieurs de revenus que cette entreprise est susceptible de générer.

Il en découle deux conséquences majeures :

– le prix : l'évaluation découle forcément de ces données,

– la stratégie à mettre en œuvre lors de la reprise.

Pour ce faire, il convient de s'appuyer sur les informations disponibles au sein de l'office, et sur des données extérieures (démographiques, économique).

a-1) L'analyse des données comptables

Nous ne passerons pas ici en revue, les données comptables classiques que sont le chiffre d'affaire, les charges, le produit moyen à l'acte, le coût à l'acte, les ratios de charges et de produit. Nous savons bien que cette première analyse, doit ensuite être comparée aux données statistiques de la profession ; nous évoquerons cet aspect par la suite. Toutefois, cette analyse doit être prolongée et affinée.

• **Par un audit social de l'office :** l'âge du personnel, son degré de formation, son coût, son intéressement, sa motivation et ses perspectives de carrière.

• **Par une analyse prospective et « marketing » de l'office :**

Les données internes à l'office :

– Cash flow.

– Ratio par type d'activité : ventes immobilières, négociation, promotions, succession, droit de l'entreprise.

* •« A chacun son prévisionnel ? », Cabinet ANTOINE - PAVENTA Associés, voir p. 347.

– Corrélation des activités aux marqueurs macro ou microéconomiques.
– Répartition de la clientèle (âge et catégories socioprofessionnelles, revenus moyens, taux de chômage, nombre et répartition des propriétaires et locataires, nombre de résidences principales et de résidences secondaires).

Les données microéconomiques :
– Les principaux prescripteurs : agences, promoteurs, collectivités locales.
– La répartition géographique des actes.
– La relation avec la démographie du secteur.
– La part de marché (statistique des actes publiés à la Conservation des hypothèques par rapport aux actes publiés de l'office).
– La politique.

Les données microéconomiques propres à la profession :
La concurrence :
– Les confrères du secteur, leurs âges.
– La densité notariale (ratio notaire par habitants).

• Conclusion

Il ne pouvait être de notre propos, faute de temps, de rentrer plus avant dans l'analyse de tous ces aspects ; ce pourrait être le thème d'un prochain congrès, car de la maîtrise de ces matières, et de la « culture » qu'elle suppose, naîtra inéluctablement, une force de notre profession, qui sera alors à même de réagir en ces domaines économiques et concurrentiels. Il s'agit pour le repreneur de tenter d'apprécier : la volatilité de la clientèle et donc de son chiffre d'affaire, le potentiel de l'office. S'il appartient en premier lieu au candidat cessionnaire de mener cette démarche, il convient également à notre profession de s'en préoccuper d'une part, pour « évaluer » le candidat repreneur qui doit démontrer ses capacités de futur chef d'entreprise, mais également pour mesurer l'impact des modalités de la cession projetée sur le service rendu au public et sur les risques qui pourraient en résulter.

b) Accès aux données statistiques

Dans notre profession, l'information statistique disponible existe et est particulièrement bien organisée, notamment par le Conseil supérieur du notariat.

Certains cabinets d'expertise comptable[6] éditent chaque année des statistiques fortes utiles. Néanmoins, force est de constater que les candidats à la reprise d'un office n'y ont pas accès. Comme toute analyse, celle de l'office vers laquelle se tourne le repreneur potentiel implique l'accès aux données qui lui permettront de replacer sa cible dans son contexte global puis local.

Il est indispensable de procéder à un examen approfondi du premier des critères qui occupe les discussions de celui qui envisage la reprise d'un office notarial. « Et toi tu rachètes à quel coefficient ? ».

6. Notamment FIDUCIAL.

b-1) Les coefficients de cession

La profession dispose de données statistiques fines sur ce sujet, néanmoins celles-ci ne sont pas communiquées aux futurs confrères.

Il semblerait que les raisons en soient de deux ordres :

– Le premier à trait à la sécurité des données et la crainte que celles-ci filtrent hors de la profession.
– Le second est plus pragmatique, ne serait-il pas la crainte de déstabiliser le marché des cessions d'office, et de nuire ainsi aux confrères en place ?

Il existe à cet égard un certain dilemme au sein de notre profession ; attachée à la liberté conventionnelle, et donc à celle de la libre fixation des prix, celle-ci aborde avec une certaine frilosité, la maîtrise des « coûts d'installation ». On peut citer à titre d'exemple, la liste des offices à céder tenue par le Conseil supérieur du notariat.

Celle-ci est organisée de la façon suivante :

– Les candidats repreneurs communiquent leurs souhaits, leur capacité de financement.
– La liste des candidats et leurs caractéristiques est communiquée aux notaires cédants, mais à l'inverse, la liste des notaires souhaitant céder leur office et le « prix » qu'ils en offrent n'est pas divulguée aux candidats à la reprise.

Or, à la différence d'autres professions, notre solidarité statutaire, notre déontologie, nos règles disciplinaires devraient nous amener à une meilleure transparence et à une meilleure maîtrise en la matière. Ainsi, le guide du futur notaire, réalisé conjointement par le Conseil supérieur du notariat et le Mouvement Jeune Notariat, dispose-t-il, p. 20 : « *Il n'y a pas de contrôle du prix par la Chambre ou par la Chancellerie. Les prix sont librement convenus entre les parties. Mais les autorités professionnelles comme les autorités de tutelle ont à examiner la fiabilité du plan de financement présenté.* »

En pratique, il semble que les prix de cessions ne soient jamais remis en cause notamment lors de la réunion de la commission d'accès. Il faut réaffirmer avec force, le rôle modérateur des instances professionnelles. De ce constat, nous pourrions conclure que la profession se tourne plus volontiers vers les cédants que vers les futurs confrères. Pourtant, l'intérêt collectif n'est-il pas d'assurer son avenir, en privilégiant l'installation de jeunes confrères, notamment alors que la profession s'insère dans une dynamique d'augmentation de ses effectifs de 20 %.

Soyons clairs : ces facteurs sont susceptibles d'entraîner une désinformation des candidats pouvant amener potentiellement une surévaluation des offices, source ultérieure de non-confraternité, de tentation de non-respect de la déontologie, de sinistres. Il faut dès lors proposer d'ouvrir aux candidats à la reprise d'un office, la possibilité d'accéder aux données statistiques fiables tenues par la profession y compris les chiffres d'affaire moyens dans la région, le département, des confrères à proximité, aux dernières inspections de l'office.

Certes, il conviendrait pour pallier le risque de divulgation, d'en encadrer l'accès, par exemple :

– par l'intermédiaire d'un notaire désigné par la chambre, ou du délégué régional de l'ANC[7],

– de rendre les données communiquées « anonymes » tout en soumettant leur accès à la signature d'une charte de non-divulgation engageant la responsabilité du candidat.

c) La mise en place d'une inspection spéciale

Il s'agirait d'imposer un audit préalable et normalisé de l'office à reprendre, par un organisme habilité. Ainsi, il s'agirait en prévision de la cession, d'apporter aux instances professionnelles et au cessionnaire, une vision « neutre et objective » de l'office en préalable à sa cession.

Il s'agirait également de fonder l'obligation de loyauté et de transparence du cédant. Ce rapport ferait le « pendant » du dossier de cession présenté par le cédant et le cessionnaire. Il permettrait aux instances de jouer pleinement, leur rôle de protection des parties et notamment du cessionnaire. Il est primordial qu'un arbitre, là encore, intervienne, non pas pour fausser le jeu de la négociation des offices, mais pour permettre une plus grande transparence dans l'analyse de la transmission des offices par le CSN et l'ANC notamment, et surtout pour donner des repères fiables aux instances professionnelles.

2) La reprise de l'office

Lors de l'entrée en fonction du cessionnaire, celui-ci, le plus souvent novice en la matière, se trouve confronté à des opérations transitoires complexes, auxquels il n'a pas été suffisamment préparé et dont les modalités n'ont généralement que peu été prévues au protocole de cession.

a) La répartition des produits et des charges

Dès lors que le candidat aura accès aux données statistiques de la profession, il sera en mesure de remettre l'office qu'il envisage de reprendre dans son contexte économique géographique, puis dans le contexte économique national de la profession notamment quant à la répartition des produits et des charges.

Traditionnellement, la profession connaît bien l'audit établi sur la base de données comptables communiquées par le cédant. Celui-ci prend en compte notamment le quantum du chiffre d'affaire, du produit, leur répartition par type d'activité de l'office analysé. Le nombre d'actes est également un facteur traditionnel d'importance dans l'analyse des dossiers de cession.

On remarque que le prévisionnel proposé notamment par le dossier type mis à disposition des candidats par la chancellerie, s'attarde sur les produits de l'office à reprendre, mais se satisfait d'une évaluation empirique des charges.

7• Association Notariale de Caution.

Il conviendrait de proposer une grille de « mise en lumière », des charges spécifiques liées au fonctionnement d'un office. Il faut partir à la recherche des niches de rentabilité potentielles de l'office qui est analysé.

On peut aller plus loin en envisageant d'établir des ratios à l'acte et par membre du personnel, un coût horaire par collaborateur pour apprécier l'adéquation de la responsabilité prise en charge et déterminer un rendement annuel de chaque collaborateur.

Au même titre que l'accès aux données connues par les organes de la profession, l'appréhension de ces paramètres implique un **accompagnement nécessaire au prévisionnel et à la cession elle-même**.

Il est suggéré d'ouvrir notamment les méthodes d'analyse de l'ANC lors de l'examen des traités de cession, et en collaboration avec elle, de créer un organe consultatif spécialisé dans l'accompagnement à l'établissement d'un prévisionnel fiable pour le candidat repreneur. Cet organe pourrait être composé des experts comptables qualifiés pour inspecter les offices et donc rompus aux spécificités de la profession. Cet organe devrait être rémunéré par les candidats à la reprise, mais il constituerait la garantie tant pour le candidat lui-même que pour la profession, que le prévisionnel établi aura la fiabilité qu'on est en droit d'attendre de lui. Il existe des spécificités qui doivent être prises en compte, et qui échappent souvent à un expert-comptable non averti. On citera à titre d'exemple le calcul des cotisations professionnelles.

b) La problématique des cotisations professionnelles

Il existe une problématique liée à l'inadéquation entre l'assiette de calcul des cotisations professionnelles et les produits qui permettent de les payer.

Les cotisations professionnelles sont assises sur les produits de l'office des années précédentes. Il convient de citer les principales cotisations qui sont en mesure d'influencer notablement la rentabilité d'un office :

- La cotisation d'assurance responsabilité civile professionnelle est assise sur les produits bruts totaux de l'année n-1,
- La cotisation annuelle de la garantie collective est assise sur la moyenne des produits bruts des années n-3 et n-2,
- La cotisation à l'assurance-maladie complémentaire est assise sur les produits bruts de l'année n-2,

Or, au cours de ses premières années d'exercice, le cessionnaire se voit imputer des charges assises sur un produit qu'il n'a jamais réalisé. Cette pratique professionnelle tend à accréditer le concept d'une « personnalité juridique » de l'office cédé, le cessionnaire se voyant réclamer des charges assises sur un produit qu'il n'aura jamais effectué. Cet état de fait pourrait n'avoir que des conséquences temporaires si, à l'instar de ce qui se produit en matière de cotisations sociales, la cotisation versée lors de l'année « N » n'était qu'une provision assise sur les années précédentes ; or tel n'est pas le cas.

Aucune régularisation n'a lieu. Au surplus, en cas de cession en cours d'année, les chambres appellent entre les mains du cessionnaire, des cotisations potentiellement dues par le cédant à charge d'en obtenir auprès de lui, le remboursement dans le cadre de l'apurement général de leurs comptes.

Il convient pour éviter de compliquer les relations financières « cédant cessionnaire » de mettre un terme à ces pratiques. En cas de cession de fonds de commerce, voyons-nous nos clients rentrer dans de tels errements ?

Tant que les produits augmentent personne n'y trouve à redire, mais dès lors que ce n'est pas le cas, le cessionnaire se verra d'autant plus « enfoncé » dans ses difficultés. Dans les perspectives de l'évolution prévisible de notre profession, d'une diminution de ses produits et de la rentabilité des offices, il convient que celle-ci prenne vite conscience qu'il existe un écueil important source de dysfonctionnements graves. Ce décalage entre la charge et le produit correspondant (le principe de la pince), non appréhendé et dans un contexte parfois dégradé, induit une accentuation des différends entre cédant et cessionnaire.

• **Quelle solution ?**

Il convient donc de proposer de corréler les cotisations professionnelles avec le produit servant de base à leur détermination et que celui qui l'a appréhendé en demeure le seul redevable en alignant leur régime sur celui en vigueur en matière de cotisations sociales.

Le système pourrait donc faire l'objet d'une provision au cours de l'année n en considération de l'année n-1, n-2 ou n-3 comme c'est le cas actuellement, mais ferait l'objet d'une régularisation définitive au début de l'année n +1. En tout état de cause, en considérations des perspectives contemporaines, notre profession se doit de ne pas « lester » ses impétrants !

L'équité doit gouverner nos règles internes… une remise à plat s'impose à cet égard. Nous pourrions même suggérer d'aller plus loin : à une époque où la comptabilité notariale et surtout les outils des gestions (moyens informatiques et logiciels) sont performants, pourquoi, ne pas faire verser semestriellement des cotisations sur le chiffre d'affaire réellement réalisé ?

Nous acquittons bien mensuellement notre TVA ou les cotisations CRPCEN : quel obstacle interdirait de faire de même pour certaines charges assises sur notre chiffre d'affaire, quitte à procéder annuellement à une régularisation ? Si, s'agissant de cotisations sociales acquittées sur un bénéfice, nous pouvons comprendre un décalage de calcul, s'agissant de cotisations acquittées sur le chiffre d'affaire, cela paraît archaïque.

Remédier à cette anomalie devrait permettre un meilleur déroulement des cessions et la mise en place de procédures mieux adaptées et normalisées.

En effet, l'accompagnement porte actuellement principalement sur l'apurement des comptes clients et leur répartition. Il conviendrait de prévoir

un cadre permettant l'accompagnement de l'apurement des produits et des charges de l'office pour lesquels aucun support n'existe actuellement.

c) Apurement des comptes débiteurs

Il existe une méthodologie à harmoniser et même à imposer à l'ensemble de la profession pour éviter tout litige. Nous avons évoqué le concept d'une « personnalité morale » de l'office ; cette appréciation résulte notamment de la détention des comptes et fonds clients qui se trouvent transférés au cessionnaire.

Nous savons que l'existence de comptes débiteurs constitue une anomalie ; en effet, l'article 6 du décret n° 78-262 du 8 mars 1978 portant fixation du tarif des notaires, impose la consignation d'une somme suffisante pour le paiement des frais, droits, déboursés et émoluments. Nous savons toutefois, qu'il est des cas, où cette obligation est difficile, voire impossible à respecter, notamment en présence de personnes publiques, ou, dans le cas de certaines successions.

À l'instant « T » de la cession, la couverture des comptes clients est transférée au cessionnaire ; il s'agit vis-à-vis du client, d'une novation par changement de débiteur (cédant vers cessionnaire) qui a pour corollaire, le transfert du compte « étude ». Mais s'agissant des comptes débiteurs, pouvons nous considérer qu'il s'agit également d'une novation ?

Cela paraît plus délicat, car le successeur ne peut-être considéré comme un nouveau débiteur vis-à-vis du cédant. Il est plutôt un mandataire de celui-ci, pour la perception des sommes restant dues ; s'agissant du recouvrement par voie judiciaire, peut-on admettre que le cessionnaire sera censé agir au nom et pour le compte de son cédant ?

Voici beaucoup de questions qui ne paraissent pas avoir de réponse unique, et surtout unifiée au sein de notre profession. Les causes de litiges entre cédant et cessionnaire sont déjà suffisamment nombreuses par ailleurs, pour ne pas les multiplier.

d) Quant au transfert des comptes CDC (clients ou office)

Il convient à cet égard de mettre en place en concertation avec la Caisse des Dépôts et Consignation, une pratique claire, destinée à éviter tout litige.

Nous savons que depuis la réforme du 30 novembre 2000, chaque office se trouve obligatoirement titulaire de trois comptes bancaires :

Deux obligatoirement ouverts auprès de la CDC s'agissant de fonds clients.

- le compte de consignation ou « compte de dépôts obligatoires »,
- le compte de « disponibilités courantes ».

Un compte ouvert librement auprès de tout autre établissement financier, pour recevoir la trésorerie de l'office.

d-1) S'agissant du compte de consignation

Il va de soi que celui-ci peut-être intégralement transféré au cessionnaire, sans difficulté.

d-2) S'agissant du compte de disponibilités courantes

La difficulté provient : d'une part, qu'il comporte dans la limite de 8 % prévue à l'article 1er de l'arrêté du 30 novembre 2000, des fonds constituant la trésorerie de l'office, d'autre part, qu'il s'y effectue postérieurement à la cession, des opérations de débit et de crédit concernant les clients.

Il s'agit notamment du recouvrement des comptes clients débiteurs, qui, de par le principe de la « couverture client » obligatoire, constituent indirectement un élément de la trésorerie du cédant.

d-3) S'agissant du compte de trésorerie

La solution est simple et classique : il demeure affecté à son titulaire.

Il est destiné à recevoir ultérieurement le recouvrement des comptes clients débiteurs. Le cessionnaire devra bien entendu ouvrir aussitôt sa nomination, son propre compte de trésorerie, sur lequel il versera selon toute prudence de gestion, son fonds de roulement, tel que prévu à son plan de financement.

De cette analyse, il résulte que seul le compte clients dit de « disponibilités courantes », pose réellement difficulté. S'agissant de la trésorerie de l'office qui pourrait figurer au crédit de ce compte, par définition son montant peut-être comptablement identifié. La solution est simple, et consiste à virer son montant sur le compte de trésorerie du cédant.

L'intitulé du compte client du cédant sera ensuite, purement et simplement modifié pour être transféré au cessionnaire. On évitera ainsi la difficulté engendrée par le versement de fonds clients postérieurement à la cession sur le compte du cédant qui pourrait subsister.

d-4) S'agissant de l'apurement de comptes débiteurs

Il est à souligner que depuis la suppression des honoraires d'ouverture de testament ou de donations entre époux, une cause classique de difficulté a disparu. En effet, auparavant le cessionnaire était tenu de reverser à son cédant, les honoraires ainsi perçus, dont le principe était acquis au jour de la cession, mais pas le montant…

Grâce à l'outil informatique et sous réserve de la mise en place des fonctionnalités nécessaires par nos prestataires, il apparaîtrait tout à fait possible d'automatiser lors de l'encaissement par le successeur de fonds représentant le compte débiteur, leur basculement directement en un compte de tiers, au sein de la comptabilité du cessionnaire, puis, leur virement régulier au compte de trésorerie du cédant.

Quelque soit la solution retenue, sa mise en place « normalisée » paraît tout à fait possible.

d-5) Il subsiste toutefois, quelques cas particuliers

Il s'agit notamment des actes en cours de formalité au jour de la cession, pour lesquels, une insuffisance de provision est constatée ultérieurement. Il ne

peut être question ici de retarder la formalité en cours, et seul le cessionnaire pourra prendre l'initiative et se trouvera dans l'obligation de mettre le compte client en débit. Il convient de l'autoriser en contrepartie à mouvementer le compte de tiers de son cessionnaire, pour lui imputer corrélativement cette « charge de trésorerie ». Le recouvrement ultérieur auprès du client fera alors l'objet d'une écriture en sens inverse.

Toutes ces opérations doivent bien sûr être réalisées sous le contrôle d'un expert-comptable ou de deux experts-comptables, avec compte rendu régulier et systématique auprès de la chambre des notaires, pour que celle-ci puisse être aussitôt informée des différends susceptibles de naître. Le recours à une procédure d'arbitrage pourra opportunément être inséré au protocole de cession ; cet aspect sera évoqué ci-après.

e) L'accompagnement du cessionnaire

Il est indéniable que le nouveau notaire a besoin d'aide et d'assistance dans les premières années d'exercice autonome de sa profession.

e-1) Le parrainage

Le Mouvement Jeune Notariat a toujours prôné la mise en place d'un parrainage, permettant d'épauler ainsi nos jeunes confrères. Établi sur la base d'un volontariat suscité le cas échéant au sein des membres de la chambre, il permettrait ainsi à nos instances, d'avoir un point de contact en prise directe avec l'office et le confrère. La mission de ce parrain ferait le cas échéant, l'objet d'une charte fixant les rôles, droits et obligations de chacun. Il va de soi, que sa mise en place devrait reposer sur un volontariat de part et d'autre, mais ceci sous l'égide « bienveillante » de la chambre. Cette assistance repose sur le principe fondateur de solidarité et d'entraide de notre profession. Il conviendrait simplement de la formaliser et d'inciter les différentes instances à en être le relais.

e-2) Une assistance technique – formaliste et comptable « volants »

Au-delà du conseil de ses pairs, le jeune notaire peut être confronté à des difficultés de personnel, notamment dans les domaines sensibles et sources de sinistres que sont la comptabilité et les formalités. Or, il s'agit de domaines où, d'une part, les relations clients sont quasi inexistantes et où le traitement est très administratif, selon des normes communes imposées réglementairement à notre profession. La suggestion serait de proposer au jeune notaire de pouvoir bénéficier de l'aide ponctuelle de personnels qualifiés extérieurs.

Il s'agit à cet égard, d'utiliser les compétences disponibles dans d'autres offices et de faire appel à des salariés qui accepteraient d'être délégués ponctuellement pour accomplir des tâches d'accompagnement à la cession, de remise à niveau, d'organisation, et de formation sur site.

Ainsi que nous l'avons évoqué précédemment, la reprise d'une étude est un véritable parcours du combattant, avant, pendant et après.

Il convient dans cette troisième phase, d'offrir au jeune notaire une assistance adaptée qui pourra soit prendre vite fin, soit être maintenue tout le temps nécessaire. En outre, la restructuration d'une étude après sa cession est souvent source de mouvement de personnel, et nous connaissons à cet égard, les difficultés de recrutement auxquelles nous sommes confrontés.

Au-delà de tout le panel de formations disponibles, rien ne peut mieux fonctionner qu'une sorte de tutorat qui permettra au jeune notaire de se reposer sur une structure fiable.

3) La création d'office

a) Rappel succinct de la procédure

La création d'un office fait l'objet d'un arrêté du Garde des Sceaux, Ministre de la justice[8], sur avis de la Commission de localisation des offices (CLON) [9].

Chaque candidature est adressée, par lettre recommandée, avec demande d'avis de réception, au procureur de la République près le Tribunal de grande instance dans le ressort duquel le candidat a sa résidence.

Le procureur de la République recueille dans les meilleurs délais, l'avis motivé de la chambre des notaires du dernier lieu d'activité du candidat au sein d'un office notarial, notamment sur ses aptitudes professionnelles et sa moralité[10].

Chaque nomination de notaire à un office créé intervient après classement des candidats suivant leur mérite par un jury [11]. Avant sa nomination, le candidat doit justifier dans un délai de six mois au plus, avoir pris les dispositions matérielles et financières nécessaires à son établissement sinon il est réputé renoncer à l'offre[12].

Des indemnités peuvent être dues par le notaire nommé à ceux de ses confrères qui subissent un préjudice résultant de la création de cet office ; celles-ci sont évaluées et réparties à l'expiration de la sixième année civile suivant celle de la prestation de serment dudit notaire. Pour l'évaluation des indemnités, la CLON tient compte notamment :

1) De l'évolution de l'activité de l'office créé ou supprimé et de celle des offices dont les titulaires apparaissent créanciers ou débiteurs d'une indemnité ;

2) De la situation géographique, démographique et économique de la région où est situé l'office et de ses perspectives d'avenir ;

3) Du nombre et de la localisation des offices dans la région.

---

8. Article 2-7 du décret 71-609 du 26 novembre 1971.

9. Instituée par l'article 2 du décret 71-609 du 26 novembre 1971.

10. Article 51 du décret n° 73-609 du 5 juillet 1973.

11. Article 49 du Décret n° 73-609 du 5 juillet 1973.

12. Article 55 du Décret n° 73-609 du 5 juillet 1973.

b) La solitude du notaire créateur

Se lancer dans l'aventure d'une création est bien évidemment très tentant : au premier abord, le candidat n'a rien à perdre et tout à gagner.

Dans le principe, la localisation de son futur office a fait l'objet d'une étude préalable objective et fiable. C'est un postulat de départ puisque la CLON et les instances qui la composent et initient donc ses décisions, disposent des données les plus précises en la matière… Ensuite, il n'a dans la théorie aucune mise de fonds initiale à réaliser, ou du moins, celle-ci devrait correspondre à un fonds de roulement couvrant les premiers mois de charges.

Or, à aucun moment, il n'est demandé au nominé de justifier d'un plan de financement et d'un prévisionnel. Pourtant, les risques pouvant en résulter pour la profession sont similaires à ceux générés par une reprise d'office, même si l'enjeu financier est généralement moindre. Mais dans la réalité, la solitude et la vulnérabilité du créateur d'office est grande.

En effet, il est indéniable qu'il arrive généralement dans un contexte notarial qui ne lui est pas propice… Il est certain qu'il ne peut compter que sur lui-même et la confraternité locale ne peut qu'être minimaliste sauf exception.

À l'exaltation et l'euphorie initiale peut vite succéder le découragement et l'angoisse. Quelles mesures d'accompagnement pourraient-elles être mises en place ?

c) Les mesures d'accompagnement : le parrainage et l'assistance technique

Il est indéniable que le créateur d'étude a besoin d'assistance et de contrôle. Il convient que la profession joue un rôle actif à cet égard, et ce d'autant plus, que les années à venir risquent, de par le retournement de tendance économique, d'être moins porteuses.

c-1) L'obligation pour le créateur de justifier d'un prévisionnel et du financement du fonds de roulement afférent à sa première année d'exercice

Certes, ainsi que nous l'avons rappelé le candidat doit justifier avant sa nomination auprès du procureur de la République, avoir pris les dispositions matérielles et financières nécessaires à son établissement. Or, il est primordial d'une part que ces justificatifs soient clairement définis, et que la profession en ait connaissance, pour d'une part, attirer l'attention de la Chancellerie en cas d'anomalie et d'autre part, en cas de « fragilité », apporter un suivi plus attentif au lancement de l'office créé.

c-2) La mise en place obligatoire d'un parrainage

Le créateur d'office se lance sans reprendre aucune structure préexistante ; il ne bénéficie à cet égard d'aucune aide interne, d'aucune antériorité sur laquelle s'appuyer. Or, il convient dès le départ que de bonnes pratiques et une bonne organisation soient mises en place. Il s'agirait d'ailleurs d'une véritable

« démarche qualité » *ab initio*… Dans un métier aussi technique que le nôtre, où les erreurs peuvent coûter cher tant individuellement que collectivement il convient de tout faire pour que l'envol se passe dans les meilleures conditions. Ce soutien ne paraît pouvoir venir que de la profession elle-même qui doit assumer ses responsabilités à cet égard, en coordination le cas échéant avec les services du parquet qui vis-à-vis de la chancellerie, doivent accomplir leur mission de tutelle.

Ainsi que nous l'avons suggéré sur la base d'un volontariat en matière de cession d'office, il apparaît crucial, en matière de création d'étude, de systématiser le parrainage du créateur pendant les premières années de son entrée en fonction.

c-3) Une assistance technique – formaliste et comptable « volants »

De la même manière, nous retrouvons également la nécessité de pouvoir s'appuyer sur l'expérience et la compétente confirmée de collaborateurs « volants ».

Comme nous l'avons évoqué précédemment, le besoin d'assistance dans les domaines « clés » que sont les formalités et la comptabilité, doit trouver une réponse au travers de notre profession. Il convient à cet égard, de mettre à disposition ces compétences, au moyen de personnels délégués, rémunérés en conséquence, qui interviendront aussi longtemps que nécessaire, pour assurer un bon décollage, et surtout la mise en place des bonnes pratiques.

D'aucuns pourront dire que les besoins sont faibles au démarrage, mais qu'une assistance est nécessaire par la suite. Or, nous savons tous combien il est difficile, une fois les mauvaises pratiques mises en place de les modifier, sans compter les erreurs commises qui font parfois perdre beaucoup de temps pour les corriger. En présence d'une étude naissante, la mise en place de processus adaptés compatible avec l'évolution prévisible de l'office apparaît donc fondamentale. C'est une véritable démarche qualité initiale qu'il faut imposer, et qui sera le gage d'une réussite et d'une pérennité.

Nous venons d'évoquer la solitude dont souffre le jeune notaire qu'il soit repreneur d'un office, ou créateur de celui-ci.

Il s'agit d'un état de solitude que nous pourrions considérer comme « passager » ; l'expérience venant au fil du temps, notre confrère devrait être mieux armé et entouré que ce soit tout d'abord de collaborateurs, et le cas échéant d'associés.

Toutefois, cette solitude peut demeurer.

II – La solitude du notaire en exercice individuel

Christophe LAMARQUE

Introduction

Les constats d'isolement et de solitude grandissante du notaire face à sa propre clientèle personnelle.

L'INTÉRÊT PORTÉ par la première commission illustre la vision de M. Jacques Marseille, historien en économie, sur notre société, à l'aube du troisième millénaire. Elle rejaillit sur le notaire indirectement et involontairement, placé au centre de contradictions socio-économiques.

Nous passons d'une société industrielle à une société de services, où tout le monde doit être performant avec un système d'adaptation et de mobilité du travail omniprésent. La concurrence, est la clé de cette société tournée vers les clients. Le fondement du rapport de Jacques Attali sur la libération de la croissance en est un exemple frappant. Nous glissons d'une société de solidarité familiale, de responsabilité individuelle vers une société de communautarisme, ou s'entrechoquent les oppositions et antagonismes de tous ordres. L'individu par l'économie seule est transcendé comme modèle de réussite et de reconnaissance sociale. Le bonheur individuel d'aujourd'hui prend son sens par le pouvoir d'achat ou le prix de l'essence à la pompe. Quant à l'entreprise considérée comme moteur de la croissance, elle n'est viable économiquement qu'au moyen d'un pôle élevé de compétences et d'effort de compétitivité qui justifient la valeur ajoutée à ses services. La réalité économique dicte ses lois aux individus et façonne nos règles sociales et sociologiques.

Quant à M. Robert Rochefort, président du CREDOC, il annonce dans le même temps, une société désabusée par la consommation, caractérisée par l'émergence d'un mal-être et le souci grandissant de sa personne. Une difficulté grandissante à trouver sa place dans la société. Les rapports dans le travail glissent d'une société hyper individualiste à un retour à l'intérêt collectif.

L'émergence de peurs collectives et individuelles liées à l'insécurité climatique, au terrorisme, aux flux migratoires, aux contraintes individuelles résulte d'une société de marché de plus en plus sécuritaire, au papy-boom des années 2010 à 2040. Le notaire observe et accompagne ces changements sociaux aux conséquences patrimoniales et familiales nouvelles. La famille, composée ou recomposée, se construit tardivement, avec une fécondité elle-même repoussée dans le temps.

Un étalement général de la population sur pratiquement tout le territoire se met à présent en place contrairement aux attentes d'une désertification annoncée par tous. Les motifs d'inquiétude, voire d'angoisse en l'avenir, sont réels. La relation du notaire avec sa clientèle change en conséquence, tout comme son approche de gouvernance d'office à laquelle il doit faire face. Il se doit d'y apporter des réponses adaptées et pertinentes, sans y être toujours suffisamment préparé. On cerne la difficulté grandissante d'être « notaire » dans un tel environnement socio-économique et l'on peut légitimement se demander si parfois la tâche n'est pas un peu lourde à porter seul et si elle est égalitairement répartie ?

Chacun de nous est soumis aux nécessaires impératifs de la profession, à l'organisation d'entreprise, à la gestion de clientèle, de temps, de management de son équipe de travail. Comme objectif commun à toute entreprise, la rentabilité de son entreprise libérale, malgré son statut d'Office public si particulier, est une nécessité.

Sans opposer les notaires des villes aux notaires des champs, on ne peut ignorer des situations disparates où certains notaires ruraux sont situés bien souvent dans des zones économiquement précaires, dépeuplées, isolées, voire déshéritées ou le revenu tiré du travail notarial n'est pas à un niveau suffisant du fait des compétences, de la responsabilité, de l'investissement nécessaire.

L'évolution générale de l'office (pris comme entreprise) suit et accompagne les évolutions démographiques, socio-économiques, des transports et des communications. L'évolution particulière pour chacun des notaires dépend aussi et surtout de sa capacité à s'adapter à l'environnement et à dépasser ses contraintes, ses difficultés et réalités.

A/ Les constats d'isolement et de solitude

Sommaire

1) Constat d'isolement territorial
2) Constat d'isolement économique
3) Constat d'isolement intellectuel et culturel
4) Constat d'isolement technologique et des réseaux de l'information

On recense trois types de notaire individuel dont deux particulièrement vulnérables qui méritent que l'on porte une attention particulière :

– le notaire titulaire d'un très petit office (TPO) représentant environ trois cents études,

– le notaire individuel chef d'une petite entreprise notariale, souvent installé en province en zone rurale ou semi-urbaine.

– l'étude individuelle urbaine de grande ou moyenne ville en zone économique favorable ayant plus de dix salariés assimilable et comparable à l'office notarial en société.

Notre étude portera sur les notaires individuels des deux premières catégories car l'environnement, la structure d'exercice, et les difficultés rencontrées par ces notaires sont comparables à ceux des petites et moyennes entreprises.

1) Constat d'isolement territorial

Fin 2004, les 4 510 offices avec plus de 1 281 bureaux annexes portant à 5 791 points de réception de clientèle sur l'ensemble du territoire national constituent le maillage territorial, l'implantation d'une fonction délégataire de la puissance publique au plus proche du citoyen.

La qualité d'officier public ministériel tend à maintenir un quadrillage sur le territoire national, du fait des obligations et charges inhérentes à la profession.

La réalité économique dicte les règles d'implantation, de maintien, de fusion ou scission d'étude. On rappellera que le décret du 29 avril 1986, modifiant le décret du 26 novembre 1971, a institué auprès du Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, une commission chargée de donner son avis et d'émettre des recommandations sur la localisation des offices de notaires (CLON).

La commission de localisation des offices de notaires émet un avis ou des recommandations sur la localisation des offices de notaires en fonction de l'évolution des besoins du public, de la situation géographique, économique et démographique. La mission de cette commission est double. D'une part, elle émet des avis sur les projets de localisation qui lui sont, au cas par cas, présentés. D'autre part, elle est chargée, dans le cadre d'une évaluation prospective, d'émettre des recommandations générales sur l'implantation notariale à l'échelle régionale. Elle élabore un mécanisme de prévisions quinquennales relatives au nombre de notaires et d'offices ainsi qu'à leur localisation, qui correspond mieux au rythme des évolutions démographiques et économiques qui doivent influencer la carte des implantations notariales.

Il n'est pas superflu (sur ce point) de s'appuyer sur le rapport de la commission pour la libération de la croissance présidée par Jacques Attali qui retient comme référence notre système juridique, de tradition juridique romano germanique, réaffirme la délégation de service public confiée à des professionnels habilités à authentifier des actes au nom de l'État et à percevoir des taxes pour le compte de l'État, en même temps qu'il rappelle un large consensus pour veiller autant que possible à un maillage territorial homogène de ces services pour garantir un égal accès au droit. On peut espérer que le mouvement de suppression des offices réputés non viables touche à son terme, et affirmer avec force, le nécessaire maintien des très petits offices de notaires.

2) Constat d'isolement économique

L'entreprise notariale individuelle de petite taille est avant tout une entreprise au sens général.

Les très petites entreprises (TPE) sont en France une appellation des entreprises de moins de vingt salariés. En fait, il n'existe aucune définition officielle, si ce n'est celle fournie par la Direction du commerce, de l'artisanat, des services et des professions libérales, attachée au ministère des PME françaises.

La Commission européenne a pris une recommandation (6 mai 2003 – 2003/361/CE) pour notamment définir les micro-entreprises (entreprises qui occupent moins de dix personnes et dont le chiffre d'affaires annuel ou le total du bilan n'excède pas 2 millions €) et les petites entreprises (entreprises qui occupent moins de cinquante personnes et dont le chiffre d'affaires annuel ou le total du bilan n'excède pas 10 millions €).

L'intérêt porté par l'économie était jusqu'à peu de temps inversement proportionnel à leur poids réel dans la société. Les chiffres clés fournis par la direction au 1er janvier 2004, indiquent que les TPE représentent en France 2 390 000 entreprises soit 96,6 % du total des entreprises françaises (proportion identique en Europe).

Les TPE exercent tous types d'activité, de l'industrie au commerce en passant par les services (bâtiment, hôtellerie restauration, conseils aux entreprises, services médicaux, services sociaux…). 61 % des TPE françaises n'ont aucun salarié, 23 % en ont entre un et trois. L'ensemble de ces TPE employait 5 798 700 personnes (dont 4 017 900 salariés) en 2002. Ces TPE réalisaient la même année 8,6 % des exportations françaises. La société française tout entière reconnaît désormais que les PME et TPE sont un facteur clé de la croissance et qu'aucune véritable politique économique cohérente n'a été mise en place par les pouvoirs publics.

Pour information, les petites et moyennes entreprises jouent à ce point un rôle primordial dans la création d'emplois dans de nombreux pays :

– 99 % des entreprises françaises sont des PME (92 % des Très Petites Entreprises et 7 % des Petites Entreprises).

– Les PME représentent plus des deux tiers de l'emploi en France.

Il n'existe pas de définition officielle de la petite entreprise, et encore moins de la petite entreprise notariale, car comme nous l'avons déjà dit, celle-ci se caractérise essentiellement par la faiblesse de son effectif salarié et la modicité de son chiffre d'affaires.

• Vers une définition d'un très petit office notarial

Seuls les notaires individuels peuvent être qualifiés de très petits offices.

La notion actuelle retenue par le Conseil supérieur du notariat est moins large que celle proposée par le Syndicat national des notaires, plus proche de la réalité économique admise et constatée pour l'ensemble des très petites entreprises.

Trois critères cumulatifs devraient être pris en compte afin de définir un très petit office notarial :

– Le chiffre d'affaires ne doit pas dépasser un seuil hors taxes inférieur à 400 000 €.

– Le nombre de salariés productifs ne doit pas dépasser le nombre de trois à plein-temps.

– Le ratio définissant la richesse géographique ne doit pas dépasser un seuil après le calcul de l'équation suivante :

- (PIB par habitant dans la localité du notaire multiplier par le nombre d'habitants du département) diviser par (le nombre de notaires du département),
- et/ou alternativement ; lorsque le bénéfice net avant impôt sur le revenu est inférieur à 60 000 €.

Ce dernier critère économico-local complexe à définir illustre la frontière entre un très petit office et un office notarial individuel de moins de dix salariés.

Il est nécessaire de favoriser le maintien des notaires qui rentrent dans cette catégorie, tout en évitant que ceux-ci ne puissent obtenir des aides et subventions injustifiées alors que leur volonté professionnelle est de demeurer dans une telle petite structure, afin de profiter d'une qualité de vie meilleure ou d'une situation géographique particulière.

Officiellement, on recenserait près de trois cents très petits offices si on se réfère à la définition du Conseil supérieur, certainement bien plus si on élargit comme critère de rattachement le ratio ou le revenu brut du notaire.

En 2003, les notaires ont globalement reçu 20 millions de personnes, 305 milliards € de capitaux en établissant 4,2 millions d'actes authentiques réalisant 5 milliards € de chiffre d'affaires.

L'activité immobilière	50,1 %
Le droit de la famille	23,3 %
Le crédit	13,2 %
Le conseil en entreprises et patrimoine	9,2 %
La négociation immobilière	4,2 %

Au-delà des chiffres, le poids des TPO ne représente que 2,9 % des actes et 1,8 % des produits de la profession, mais est un atout pour la profession toute entière constituant ainsi un réseau d'implantation territoriale dont la profession pourrait bien ne pas se passer à l'avenir et retrouver une légitimité.

Les petits offices et TPO ensemble forment en zone rurale ou dans des communes de moins de 5 000 habitants, 37,5 % des offices et produisent 25 % des actes. Leur poids économique est faible, leur chiffre d'affaire ou leur rapport à l'acte est très largement en deçà de la moyenne nationale constatée dans la profession. En permettant la mise en place d'aides adaptées telles que « *les contrats d'adaptation structurelle* » en partenariat avec les pouvoirs publics, l'accompagnement de ces offices vers une meilleure offre de service au public est possible.

L'évolution vers des « services innovants », par les technologies de l'information et de la communication (comme Tele@ctes, de la signature électronique sécurisée ou de l'acte authentique sur support électronique) est une force à saisir par ces offices.

Mais l'augmentation de ces charges d'exploitation liées à ces nouvelles missions, désormais confiées au notaire, (considérées acquises et maîtrisées comme telles) plaide pour une plus grande générosité et solidarité financière au sein de la profession afin d'aider les plus faibles à se hisser au niveau de ceux les plus performants.

3) Constat d'isolement intellectuel et culturel

Sommaire

a) Difficulté du notaire d'être toujours au niveau d'excellence
b) Isolement psychologique et social du notaire
c) Difficulté dans le recrutement voire dans le maintien des collaborateurs compétents nécessaires au bon fonctionnement de l'étude individuelle
d) Quitter l'Étude pour se former
e) Le remplacement des employés du notariat

L'accélération des besoins de la société et des services y compris juridiques, impose au notaire et à ses collaborateurs de faire face à une performance et une compétition toujours plus grande, une optimisation de leurs compétences professionnelles, humaines et relationnelles, mais aussi à une prise en compte d'un véritable management de l'entreprise notariale.

La gestion et l'organisation de l'entreprise notariale sont la clé de la réussite et de la sérénité du notaire. Comme tout dirigeant de petite et moyenne entreprise, il est, par excellence « l'homme clé » sur qui tous comptent, sur quoi tout repose. Sa pression psychologique, intellectuelle et culturelle est constante. Chaque notaire a une capacité limitée à résister. Le droit est une science vivante, d'où l'obligation qui est faite au notaire de consolider son savoir juridique et sa pratique notariale, de maintenir un effort intellectuel permanent et constant dans ces domaines traditionnels et d'y incorporer désormais celui des technologies de l'information et de la communication (TIC).

a) Difficulté du notaire d'être toujours au niveau d'excellence

Exception faite de l'accident de la vie ou du retrait professionnel forcé, « le sacerdoce » notarial est un long fleuve tumultueux et la fonction peut user l'homme pourrait-on dire. On reconnaît volontiers aussi une vulnérabilité liée à la surcharge de travail du notaire tout en assumant une responsabilité toujours plus grande. Le notaire individuel, plus que celui ayant choisi une structure organisationnelle d'entreprise sous forme sociétaire ou pyramidale, est soumis à de plus fortes sollicitations intellectuelles, émotionnelles, affectives, à une responsabilité de tous les instants, en vue de maintenir ou d'atteindre ses objectifs.

Il peut facilement basculer au cours de sa vie dans un état de fatigue intellectuelle psychologique ou physique, un manque d'attention, de motivation, d'intérêt, d'irritabilité, d'impatience, ou de lassitude.

Tous les notaires s'accordent à dire que le métier est stressant et usant. Le temps joue toujours contre lui. C'est bien souvent aussi pour le notaire individuel, une cause naturelle de cession ou de mise en société de l'office.

La caisse de retraite des notaires indique même statistiquement que la durée de vie moyenne d'un notaire au jour de sa retraite est sensiblement inférieure à la durée moyenne de vie des autres professions libérales. Certains vont jusqu'à affirmer que la profession de notaire devrait être considérée comme une profession à risque au regard des critères de pénibilité professionnelle. Ce constat est d'autant plus vrai quand le notaire est isolé, seul à faire face à ses contraintes professionnelles. Le notaire recherche naturellement à rompre cette solitude pesante et subie, à recréer du lien pour ne plus être seul, mais éprouve souvent de réelles difficultés à recruter des collaborateurs de haut niveau de compétence et de technicité pour pallier cet état.

b) Isolement psychologique et social du notaire

Dans le traitement des conflits de certains dossiers sensibles, le notaire est bien souvent seul face à ses clients. Le notaire peut souffrir par manque de temps et de communication, de relâchement des liens sociaux à l'intérieur même de son office.

Madame Liliane Paventa, co-responsable de la Société Antoine Paventa, cabinet d'expertise comptable et d'audit spécialisé auprès des notaires, insiste sur le fait que, lorsque le notaire ou son collaborateur salarié, est désorienté dans son cadre familial et/ou professionnel, il ne peut pas sereinement régler les affaires de l'étude, prendre à sa juste mesure la dimension sociale, salariale de l'entreprise.

Le notaire pris dans l'action, ne prend pas suffisamment le soin d'entendre et de répondre aux besoins sociaux de ses collaborateurs, voire de les privilégier par des mesures sociales adaptées mises à sa disposition. Cette difficulté se rencontre tout aussi bien pour les très petits offices que pour les notaires individuels d'office de plus grande taille.

Par exemple, dans le cadre de l'embauche ou d'une promotion d'un collaborateur, associer à l'entretien le conjoint du collaborateur permettrait d'informer, de rassurer, de communiquer et de fidéliser la relation de confiance entre le notaire et son personnel, rendre lisible la perspective de carrière, consolider un lien social.

Le notaire qui développerait et communiquerait sur sa politique sociale interne renforcerait sa cohésion sociale et véhiculerait aussi une image positive vis-à-vis de sa clientèle.

c) Difficulté dans le recrutement, voire dans le maintien des collaborateurs compétents nécessaires au bon fonctionnement de l'étude individuelle

La région parisienne, la Côte d'Azur ou les grandes agglomérations de la Métropole attirent toujours de nouvelles générations de notaires et de

collaborateurs. Cet attrait est-il uniforme à l'ensemble du maillage notarial implanté sur le territoire ?

On conviendra que les conditions de séduction économique jouent un rôle principal, lors du choix de ces nouveaux juristes. On reconnaît clairement des opportunités de carrière plus enviables que d'autres. Isolé, le notaire peut être vulnérable face au recrutement, et au maintien de stagiaires et collaborateurs. Bon nombre d'offices dynamiques éprouvent de réelles difficultés à recruter alors que leurs besoins exigent de répondre au renouvellement des générations, ou à l'installation de nouveaux notaires et collaborateurs.

Les petits offices encore plus isolés et faiblement rentables ont souvent plus de mal à attirer le personnel compétent malgré leurs efforts.

L'embauche, la formation continue et le maintien des collaborateurs stagiaires ou titulaires au sein de ces très petits offices éloignés des zones universitaires sont souvent leur talon d'Achille.

Cela tient aux cumuls de divers facteurs d'isolement territoriaux, économiques, qui les obligent à supporter des coûts financiers tels que des charges de temps, de logement, de transport, plus élevées.

Les notaires concernés se plaignent de la non-mobilité géographique des salariés et plus particulièrement des stagiaires, plus attirés par la proximité d'une ville universitaire, pour des raisons évidentes de commodité scolaire, matérielle, et économique. Si la formation professionnelle initiale de nos cadres et techniciens est de bonne qualité, il faut élargir celle-ci à nos employés tout au long de leur parcours professionnel… Dans les études rurales ou isolées, il n'est pas facile d'attirer des collaborateurs extérieurs à ce secteur géographique ; il faut donc miser sur le recrutement local souvent, sans formation notariale initiale. L'effort de formation doit s'adapter au terrain local.

Le récent brevet de technicien supérieur (BTS) des métiers du notariat est une solution possible. Il convient de privilégier des formations initiales et continues ; un stage initial, le cas échéant, puis un cursus d'approfondissement et de formation continue. Par exemple, une journée semestrielle de formation sur les différentes actualités notariales, mais ayant des répercussions dans le quotidien de nos collaborateurs. Souvent les mères de familles, accaparées par leurs responsabilités familiales sont réticentes à se déplacer ; aussi faut-il faire preuve d'imagination. Les nouveaux moyens de communication et d'information apparaissent déjà et sont désormais des outils précieux. Par exemple des brochures de synthèse à faire circuler dans les études, DVD ou CD-ROM résumant les séminaires ou dispensant les cours. L'enseignement télévisuel par internet en « *streaming* » comme l'a déjà développé l'université de Poitiers (*voir ci-après)* va permettre de rompre l'isolement des notaires en leur permettant d'abord d'être entourés de personnels fiables et compétents.

d) Quitter l'étude pour se former

La vulnérabilité et l'isolement intellectuel tiennent aussi au fait qu'il est plus difficile, pour l'ensemble du personnel d'un très petit office de quitter ses dossiers en semaine, afin de se former à l'extérieur à plusieurs heures et kilomètres de l'étude.

Si la formation existe bel et bien sous diverses formes bien connues tels que colloques, réunions, congrès, séminaires, rencontres universitaires, tous n'y ont pas accès réellement.

On peut suggérer de développer au sein des petits offices (éventuellement fédérés, organisés et regroupés pour abaisser les coûts et charges) des courts séjours (type week-end) de formation et de détente et renforcer aussi la cohésion sociale dans les études. Allier formation et détente, avec le cas échéant, un programme pour les accompagnants et même pour leurs enfants. Les journées notariales organisées début juin 2008 par l'Association de développement de la négociation au « *Club Med* » d'Opio regroupant près de 250 personnes en sont un exemple. Rompre l'isolement c'est d'abord partager avec empathie les préoccupations de l'autre.

Si l'auditeur ne peut se déplacer physiquement, rien n'empêcherait au formateur de se déplacer « virtuellement » vers son auditoire. Cet idéal devient possible et à moindre coût aujourd'hui ainsi que nous le verrons dans une partie ci-après consacrée notamment, à l'enseignement à distance aux moyens des nouvelles technologies.

e) Le remplacement des employés du notariat

Au sein de la profession qui compte près de 5 800 notaires, 2 800 d'entre eux partiront en retraite à l'horizon 2010 et près du quart des 46 000 collaborateurs de la profession suivront le même chemin. La profession se féminise et rajeunit dans l'ensemble. Les femmes sont au nombre de 1 564 représentants 19,2 % des notaires et l'âge moyen est de 50 ans. La nécessité de remplacer les nombreux départs en retraite qui concernent l'ensemble du territoire et tous les métiers du notariat, se traduit par diverses initiatives des instances professionnelles.

On rappelle aussi que le marché caractérisé par de grands besoins, de la part des notaires comme des stagiaires, et collaborateurs a quelques difficultés à trouver le point de convergence entre offre et demande. Sachant que le maintien de la qualité des formations exclut d'augmenter brutalement les effectifs, il s'agit d'informer et de sensibiliser pour attirer de bons éléments dans la profession et partout, là où il y en a besoin, y compris dans des zones isolées.

L'enjeu est de taille, puisque le CSN indique que d'ici 2010, le notariat offrira 15 000 postes aux jeunes diplômés : comptables, clercs, formalistes, secrétaires et notaires. D'après les contrats d'adaptation régionaux soumis par la profession, au Garde des Sceaux, les besoins sont évalués à 200 créations d'offices.

La question de la mobilité salariale et de l'attractivité territoriale est au cœur des débats et dépasse largement le cadre strict du notariat puisqu'on la retrouve dans presque toutes les entreprises du secteur privé. Quelques réponses pourront être suggérées en deuxième partie.

La facilité et la pérennité de l'emploi du stagiaire ou collaborateur sont davantage conditionnées par des réponses d'engagement social au sein de l'office comme l'évolution du statut de maître de stage plus adapté, un plan d'évolution de carrière professionnel, un parrainage moral, plus que par des mesures strictement financières.

Conscients de la difficulté de trouver des stagiaires dans ces petits offices, certains conseils régionaux réfléchissent à la mise en place d'aides économiques sous diverses formes.

On pense au remboursement des frais de transport et d'hébergement, aux bourses à la mobilité, aux subventions et aides directes classiques. Mais on peut imaginer, comme en matière de formation en médecine militaire, une obligation de service au sein d'un très petit office égale à la durée de formation et d'enseignement avancée (en tout ou partie) pour les stagiaires ou salariés engagés dans la profession.

L'embauche, la formation continue et le maintien des collaborateurs, stagiaires ou non au sein de l'office éloigné des zones universitaires sont plus difficiles, tiennent au cumul des facteurs d'isolements territorial et économique qui les obligent à supporter des coûts financiers tels que des charges de logement, de transport plus élevés. L'offre d'emploi se caractérise par le déficit de transparence. Elle est diffusée par les offices notariaux auprès des chambres des notaires, les CFPN et Écoles de notariat, les revues professionnelles, l'ANPE et les revues de notaires. Mais l'utilisation d'Internet reste marginale ; à titre d'exemple sur *www.francenotaire.com*, ou sur *www.notariat2000.fr*, deux offres et deux demandes à ce jour. Sur le site du Mouvement Jeune Notariat aucune annonce. Il n'y a pas de rubrique *emploi* sur le site de la Chambre des notaires de Paris.

Nous sommes confrontés à ce paradoxe : première profession du droit à se diriger vers les nouvelles technologies de l'information, et dans le même temps, Internet n'est pas à ce jour, le lieu de rencontre de l'offre et de la demande de stages ou d'emplois. Pourtant, il s'agirait d'un moyen d'assurer la fluidité et la transparence du marché du travail et des compétences.

Ne serait-il pas opportun, grâce aux NTI[13], de se doter d'une véritable « ANPE » du notariat, assumant sa fonction de mise en relation ; celle-ci pourrait comprendre une structure nationale auprès du CSN, relayée localement par les CFPN, les Instituts et les instances locales (Chambres, Conseils Régionaux).

Les demandes de stage, voire d'embauche, se font essentiellement par l'établissement de formation, CFPN ou École de notariat, de bouche à oreille,

13. Nouvelles Technologies de l'Information.

par les réseaux informels. Parfois les chambres départementales assurent le placement auprès des notaires.

La démarche individuelle de recherche de stage se résume en priorité à la pratique de « la bouteille à la mer », c'est-à-dire l'envoi de CV par courrier ou courriel qui subissent le « classement vertical » ou sont effacés. Les réponses sont rares. L'accueil fait souvent barrage par téléphone.

Or, les notaires ne délèguent pas ; le demandeur de stage ne parvient pas à parler à un collaborateur, d'où la difficulté d'obtenir un rendez-vous sauf stratagème (se faire passer pour un client…).

4) Constat d'isolement technologique et des réseaux de l'information

Le passage vers Télé@ctes, la dématérialisation juridique et bientôt la signature électronique sécurisée, relancent et recentrent la place du notariat dans le monde juridique, son sort et son avenir sont renforcés par de nouvelles formes d'authenticité dématérialisées.

Qu'en résulte-t-il vraiment pour les intéressés ? Les très petits offices doivent faire face désormais à une contrainte supplémentaire dans l'organisation et la production de leur étude, dans une France « d'en bas », tirée vers plus d'inégalités technologiques. En plus d'une faible rentabilité économique en zone défavorable, et l'obligation de supporter une charge de travail toujours plus lourde, on impose au notaire un défi informatique de taille mais encore plus difficilement maîtrisable, même avec toute la bonne volonté du monde. Car le préalable au défi informatique du notaire, c'est l'existence même des technologies de l'information et de la communication au sein d'une zone géographique donnée que l'on appelle désormais « territoire ».

Sans entrer dans les détails techniques et technologiques complexes, il n'est pas inutile de rappeler que, lors de la réunion du 11 juillet 2006 (concernant le comité interministériel pour la société de l'information CISI), le Premier Ministre de l'époque, conscient des inégalités, a institué un plan gouvernemental de couverture en haut débit pour les zones rurales.

Très majoritairement les villes, les grandes agglomérations et principales zones d'activité économique, sont déjà très largement équipées technologiquement en très haut débit jusqu'à parfois plus de 100 Mbits/s.

À l'opposé, certaines zones rurales ou isolées peuvent ne pas être couvertes. En concertation avec les opérateurs techniques, l'État s'engage à aider près de 5 % des foyers, à couvrir 15 % du territoire et plus de 3 500 communes rurales à installer les équipements technologiques et de communication permettant des débits de l'ordre de 512 kbits/s, voire 1 ou 2 Mbits/s. Pour le Gouvernement, il s'agit d'assurer un « service minimum » du haut débit.

Le Gouvernement devrait tenir compte dans ces zones des particularités géographiques des territoires ruraux en faisant appel à des technologies alternatives comme l'accès sans fil à Internet, le satellite, ou le courant porteur en ligne.

Pour Christian Estrosi, l'ancien Ministre délégué à l'Aménagement du territoire, c'est là un « *facteur essentiel et très concret d'égalité territoriale vis-à-vis des habitants des territoires ruraux ou isolés* ». Mais c'est aussi une condition de la compétitivité de ces territoires. Nombre de ces très petits offices sont donc concernés par cette inégalité technologique territoriale.

Une fois l'accès possible à ce monde technologique, un très petit office aura à cœur de maîtriser son activité de production d'actes, de télédéclarer, virer par CDCnet/EDI au moyen de ses outils de transmission informatique, des logiciels, de la téléphonie, de la clé Réal, mis à sa disposition, et bientôt de déposer par Télé@actes, et de signer des actes authentiques notariés électroniques dématérialisés.

Ces difficultés humaines, matérielles et financières creusent de plus en plus les inégalités entre les très petits offices et les autres favorisés, organisés, structurés et mieux préparés au challenge du cyber notariat du III^e^ millénaire.

III – L'isolement du notaire en société

Lionel FALLET

HISTORIQUEMENT, le notariat ne pouvait être exercé que d'une manière personnelle. Le statut de Ventôse interdisait toute forme d'association, même réduite à l'utilisation de moyens. L'évolution des économies engendrant des besoins différents, d'ordre intellectuel et matériel, et la circulation accélérée des richesses ont cependant conduit la profession libérale à l'exercice en groupe. D'abord comme une réaction de défense, puis comme un moyen d'adaptation et de modernisation. Ce n'est pas sans heurts que le professionnel libéral qu'est le notaire a abordé ce nouveau mode d'exercice.

Le notaire individualiste s'est trouvé confronté aux techniques de groupe et de nouvelles sources de pathologie sont nées.

Le législateur est intervenu pour autoriser l'exercice sociétaire à travers la loi-cadre n° 66-879 du 29 novembre 1966 sur les sociétés civiles professionnelles. Si l'on pense que pour toutes les raisons invoquées précédemment l'exercice individuel porte en lui les germes de l'isolement, la solution ne serait-elle pas dans l'exercice sous forme sociétaire ? En effet, comment pourrait-on être isolé si on est au moins deux ?

Et si se mettre en société, c'était surtout pour ne pas être seul ? À la fois but et préalable.

Si on relit la définition légale de la société, deux objectifs sont donnés : partage des bénéfices et réalisation d'économies, l'un, l'autre ou les deux. Il s'agit donc d'objectifs purement économiques et il existe bien une forme de solitude économique. Il est aisé de deviner que d'autres types d'objectifs à l'adoption d'une société, principalement sociaux et psychologiques ceux-là, peuvent également influer sur d'autres formes de solitude.

On doit donc étudier la situation du notaire en société par rapport à ce constat de solitude. Le mode d'exercice influe-t-il positivement ou négativement sur cette notion et sa double dimension objective et subjective ?

A/ L'adoption d'une structure sociétaire, un remède à la solitude au champ d'application limité

Sommaire

1) Les apports de l'exercice sous forme sociétaire
2) Les lacunes de l'exercice sous forme sociétaire

Par rapport à l'exercice individuel, l'adoption d'une structure sociale atténue certaines difficultés et peut en supprimer d'autres, mais il ne permet pas de pallier toutes les formes de solitudes qui peuvent perdurer au travers de ce mode d'exercice.

1) Les apports de l'exercice sous forme sociétaire

L'exercice de la profession de notaire par l'intermédiaire d'une société

a) Face aux problèmes humains

a-1) Protection face à l'absence

Les raisons d'une absence pour un notaire sont diverses, mais leurs conséquences souvent identiques. Elles peuvent être dramatiques pour un notaire individuel car, générer une perte durable de clientèle et constituer un motif d'insatisfaction majeur. C'est surtout une menace pour la profession toute entière, la continuité du service public notarial : c'est bien le rôle social du notariat qui peut être mis en cause. De plus, si la clientèle est amenée à pâtir d'une telle situation, en cas de préjudice avéré, le risque de responsabilité civile du notaire apparaît.

Que ce soit à l'occasion d'une maternité, d'une maladie ou du décès d'un notaire, une structure sociétaire permet le plus souvent d'assurer l'intérim. Une charge de travail accrue liée à une absence sera supportée d'autant mieux que chacun doit avoir conscience qu'il peut être un jour touché. La solidarité morale qui devrait toujours exister, est de toute façon doublée par la solidarité liée à la structure juridique. Ainsi, bon gré ou mal gré, il faudra continuer à assurer la bonne marche de l'étude et l'absent bénéficiera d'une sécurité économique liée à la permanence de revenus et à la moindre perte de valeur de l'entreprise. Il s'agit d'un confort précieux qui permet d'éloigner les inquiétudes que ressent forcément le notaire individuel à ce sujet et qui s'apparentent pleinement à une solitude.

La prévoyance face à l'absence est ainsi d'abord assurée par les associés, mais celle-ci révélera rapidement ses limites en cas d'absence prolongée. Elle ne se fera de toute façon qu'au prix d'un surcroît de travail et de présence pour les autres associés. Cette situation potentiellement génératrice de tensions et de risque économique doit amener à s'interroger sur la pertinence de la souscription de contrats de prévoyance.

Les contrats-groupe souscrits par le Conseil supérieur du notariat auprès d'assureurs permettent la couverture des risques d'incapacité temporaire de travail, d'invalidité professionnelle et de décès. Il s'agit là de prévoyance immédiate qui est, par définition aléatoire et subite, mais aisément quantifiable et adaptable. La couverture du risque d'incapacité temporaire ne devrait pas être considérée comme réservée au notaire individuel, pour les raisons précédemment invoquées.

Le jeune notaire ne souscrit généralement pas à ces contrats, car il est déjà endetté et qu'il est réticent à multiplier ses charges, même si ces cotisations sont déductibles des revenus professionnels. La couverture de ces risques nécessite une vraie réflexion au niveau de la société afin d'optimiser l'efficacité de la protection recherchée. Là encore, c'est la profession toute entière qui se trouve indirectement exposée.

Les statuts ou le règlement intérieur des sociétés peuvent utilement prévoir l'obligation faite aux associés de souscrire à ces contrats ou la souscription directe par la société.

Il conviendra soit :

– De désigner la société comme bénéficiaire des prestations, l'absent continuant à percevoir sa rémunération d'associé tout au moins pour la partie rémunération du capital.

– De prévoir dans les statuts ou le règlement intérieur, une limitation du droit à rémunération de l'associé si celui-ci perçoit directement les indemnités, ceci afin d'éviter un cumul pour l'associé absent.

Trop souvent sans doute, c'est la valeur de l'office ou des parts dans la société titulaire de l'office qui est censée couvrir le risque décès, mais est-ce que ce sera toujours suffisant pour assurer des revenus décents aux proches en cas de décès prématuré, notamment si l'on prend en compte la réduction des pensions liée à la faible durée de cotisation à la caisse de retraite. De nombreuses chambres rendent obligatoire la souscription de l'assurance décès invalidité.

Ne serait-il pas opportun pour nos instances d'étendre le caractère obligatoire à tous les notaires ? Cette obligation d'assurance devrait être étendue aux risques d'incapacité temporaire de travail et être automatiquement souscrite sauf dénonciation par l'assuré.

a-2) Aide face aux difficultés professionnelles

Qu'il s'agisse du jeune notaire fraîchement nommé ou du notaire expérimenté, tous peuvent faire face à des difficultés professionnelles devant un dossier complexe et le fait de pouvoir en faire part à ses associés est une sécurité indéniable. La difficulté juridique pourra être moindre pour un associé plus à l'aise dans tel ou tel domaine et dans d'autres cas, un blocage sera souvent plus facilement levé par quelqu'un d'extérieur au dossier qui aura le recul nécessaire à la réflexion. Dans le feu de l'action, il n'est pas toujours possible d'effectuer des recherches juridiques ou de consulter les CRIDON, et la réunion des points de vue de ses associés peut permettre de s'orienter plus rapidement vers la solution adaptée.

La résistance aux situations de tensions avec des confrères ou des tiers, à l'occasion d'un dossier est plus forte lorsqu'il en a été fait part aux associés. Si le nombre ne fait pas forcément la force, il en donne souvent le sentiment.

Il a parfois été émis l'idée d'une collaboration entre un confrère spécialiste et un notaire partenaire, pour une assistance dans un dossier délicat, mais cette

aide ne paraît possible qu'au sein d'une même société ou entre notaires d'un même réseau et nécessite au minimum une réciprocité. La rémunération de la prestation fournie est également envisageable entre notaires.

Survient alors la crainte de voir apparaître deux classes de notaire le généraliste et le spécialiste. Le statut d'officier public interdit à un notaire de se spécialiser dans une branche déterminée du droit et de n'exercer son ministère que dans ce seul domaine : il demeure tenu de prêter son concours à toute personne qui le requiert. Ce mécanisme d'assistance est pourtant propice à la création et au renforcement de liens entre notaires par-delà même le cadre d'un même office.

a-3) Favorise la spécialisation et permet de s'armer face à la complexification croissante de la profession

La complexité croissante de l'exercice du droit qui tient pour une large part à l'inflation législative et réglementaire ainsi que l'exigence accrue de la clientèle impliquent une mise à jour perpétuelle et intensive des connaissances à laquelle le notaire individuel n'a pas toujours le temps de se consacrer, eu égard au poids des taches de gestion et de réception de clientèle qu'il doit affronter. Et s'il parvient à s'y consacrer, c'est souvent au détriment de sa vie privée et familiale tant l'emprise professionnelle est incompressible.

• **Revues juridiques**

La seule lecture des revues juridiques nécessite un temps précieux et demande une concentration que trouble en permanence la sollicitation de la clientèle et du personnel. Il est difficile de rendre compatible les fonctions de direction qui n'offrent pas de pause, et le nécessaire isolement d'une lecture fructueuse.

Le partage des fonctions de direction entre plusieurs associés peut permettre une déflation des sollicitations et ainsi laisser un peu plus de temps pour ces lectures juridiques.

Une veille juridique peut être instaurée à l'intérieur de la société avec un partage entre les associés, partage temporel ou thématique. Une synthèse faite par le lecteur désigné peut utilement être mise au profit de tous.

• **Formations**

La formation, qu'elle soit en vue d'une spécialisation ou non, est rendue malaisée par l'exercice individuel. Un simple stage INAFON s'étale souvent sur deux ou trois jours, sans compter les trajets pour qui n'a pas la chance que les lieux de stage soient à proximité de son étude. Or, quitter son entreprise le temps nécessaire entraîne souvent une inquiétude pendant l'absence, le personnel étant laissé sans direction et la clientèle à son impatience. Le retour est alors synonyme de surcroît de travail.

Là encore, l'association permet d'assurer les fonctions de direction de l'entreprise pendant le temps de la formation, les associés alternant les formations. Les actes continuent à être reçus et les clients renseignés.

De plus, chacun des associés peut choisir d'approfondir les matières qu'il privilégie et le mettre à profit pour tous.

• **Spécialisation**

Chaque notaire a ses matières de prédilection, que ce soit en raison de sa pratique ou de sa formation. Il y a toujours des domaines que l'on maîtrise mieux que d'autres, et s'il est admis que le notaire doit rester un juriste généraliste, cela n'exclut pas une compétence accrue dans certains secteurs.

En permettant d'offrir à la clientèle un service pointu, celle-ci aura toutes les chances de trouver les réponses appropriées à des questions de plus en plus techniques. C'est aussi un gage de sécurité juridique : « *les actes inhabituels pouvant poser problème* ».

Tout le monde s'y retrouve car le sentiment de solitude peut naître aussi de la conscience de ne pas offrir le meilleur des services. Cette spécialisation est également mise à la disposition de la société et constitue un apport au capital intellectuel rémunéré par la réciprocité des compétences. Chaque associé peut choisir, suivant ses propres conceptions, le mode de mise à disposition de la société de ses compétences individuelles.

Dans telle étude, on choisira d'orienter le client vers l'associé le plus compétent en la matière et on aura alors une parfaite illustration de l'*affectio societatis*, le client étant pleinement celui de la société et non celui de tel ou tel notaire. Dans d'autres, le notaire à la base du dossier conservera la gestion du dossier ainsi que le contact avec le client, mais le dossier pourra être traité en tout ou partie par un autre associé.

Enfin, dans d'autres cas, le notaire à la base du dossier, pourra simplement aller exposer à son associé les problèmes rencontrés et le solliciter sur les solutions adéquates.

À cet égard, il faut citer les certificats de spécialisations créés par le décret n° 95-1106 du 13 octobre 1995, modifiant le décret n° 73-609 du 5 juillet 1973. La spécialisation est acquise après quatre années au moins de pratique professionnelle dans la spécialité, sanctionnée par un examen de contrôle des connaissances organisé par le CNEPN. La liste des certificats de spécialisation est fixée par arrêté du Garde des Sceaux après avis du Conseil supérieur du notariat. Le contenu des spécialisations est arrêté par le garde des sceaux, sur proposition du CNEPN. Les certificats sont délivrés aux notaires par le CNEPN [14].

Après plus de dix ans d'entrée en vigueur des textes, on peut dire que les certificats de spécialisation n'ont pas eu le succès escompté. La crédibilité des spécialisations dépend pourtant de leur développement.

Pourtant l'intérêt même des spécialisations n'est remis en cause par personne. Il serait utile de faire un bilan de spécialisation au sein du notariat afin de savoir quelles sont les raisons pour lesquelles ils ne « percent » pas ?

14• Centre National de l'Enseigement Professionnel Notarial.

Ce bilan devrait déterminer notamment :
– Combien de notaires ont validé une spécialité ?
– Quels sont les domaines dans lesquels les certificats de spécialisations ont été les plus nombreux et quelle est la part d'anciens conseils juridiques parmi les titulaires ?
– Les conditions de délivrance sont-elles trop contraignantes ?
– Quelles ont été les retombées professionnelles pour les titulaires des certificats de spécialisation ?

Est ce simplement les bénéfices attendus qui sont jugés trop minces ?

Le syndrome de l'immobilier florissant nous a-t-il fait une nouvelle fois oublier les intérêts fondamentaux de notre profession ?

Pourtant, dans la concurrence des professionnels du droit, la diversification de nos prestations qui suppose une crédibilisation aux yeux de notre clientèle, passe par le biais des spécialisations.

a-4) Permet le changement de dirigeant sans désorganisation de la structure

Lors d'une cession d'étude individuelle, le changement de dirigeant est brutal et peut générer des difficultés tant au niveau de l'entreprise que de la clientèle.

• Au niveau de l'entreprise, le transfert d'autorité n'est pas toujours total et les règles de fonctionnement propres à l'office ne sont pas toujours connues du successeur ; leur modification peut générer un flottement dans l'organisation interne. L'équilibre de l'entreprise est une alchimie subtile qui supporte difficilement des modifications trop brutales.

• La clientèle, elle aussi, peut perdre ses repères et le « vieux client » de l'étude peut avoir l'impression tout d'un coup d'être un inconnu, un anonyme. Le lien « de confiance » à la base du lien « commercial » peut être rompu et n'est pas toujours retissé. De ce fait, une perte de clientèle peut survenir.

La cession de parts de société qui laisse en place un ou plusieurs dirigeants est généralement un changement plus doux car il demeure des éléments de stabilité dans la direction de l'entreprise qui tempèrent les éléments de changement. Cette continuité a une dimension matérielle et une dimension psychologique qui touche à la fois le personnel et la clientèle. Le nouveau notaire pourra à la fois observer et se renseigner auprès de son ou ses associés, des habitudes et des règles de fonctionnement au fur et à mesure de son besoin d'information et ainsi se couler dans la place qui est la sienne dans l'entreprise, ce qui n'exclut pas des changements adéquats et concertés. La clientèle percevra moins fortement le changement notamment par la pérennité d'un visage de l'entreprise et la mémoire de l'entreprise lui paraître conservée.

Le recours à la démarche qualité qui sera étudié dans la deuxième partie de ce rapport est à cet égard, source de stabilité. En effet, si les « *process* » restent identiques, le client, même s'il change d'interlocuteur, retrouvera quand même certaines « marques ».

b) Face aux problèmes matériels

b-1) Favorise l'augmentation du volume d'activité de l'étude

La flexibilité de l'exercice sous forme sociétaire, par le choix qui existe dans la répartition des parts de capital et d'industrie, permet aux nouveaux notaires d'adapter leur investissement d'installation à leurs disponibilités financières.

Une première association en industrie, sans investissement financier, peut permettre au jeune notaire de se constituer un apport personnel qui servira à l'acquisition ultérieure de parts de capital. Certes, l'apport en industrie ne participe pas à la formation du capital et les parts auxquelles il donne droit sont incessibles et intransmissibles car attachées à la personne. Mais l'apport en industrie dans les sociétés civiles, et notamment dans les sociétés civiles professionnelles, bénéficie d'atouts par rapport aux sociétés commerciales. Ainsi, l'apporteur en industrie se voit reconnaître la qualité d'associé avec toutes ses prérogatives, ainsi que le droit de participer à la vie de la société, son droit de vote étant identique à celui des autres associés.

L'apport en industrie est-il vraiment pratiqué dans notre profession ?

Nous le trouvons généralement indirectement sous forme de modalités de répartition des bénéfices qui comporte un volet « rémunération du capital » et « rémunération du travail ». Pourtant, il peut constituer une voie d'accès à la profession sans apport en capitaux.

Certains y ont vu une passerelle, c'est-à-dire le moyen d'intégrer de nouveaux associés pour les faire entrer dans un second temps dans le capital, cette intégration à terme évitant de créer deux catégories de notaires. Il a été imaginé que l'apporteur en industrie pourrait entrer dans une SCP au moyen d'une promesse de cession de parts suivie d'une cession de parts, ou par augmentation de capital, ou encore par la création d'un plan d'épargne notarial fonctionnant à la manière d'un PEL pour financer l'entrée dans le capital.

En tout état de cause cela suppose, la lourdeur de l'entrée d'un nouvel associé et sans doute est-ce la raison du peu de succès de l'apport en industrie. Le notaire salarié lui est préféré comme voie d'accès à la profession.

b-2) Acquisition de matériels performants

Si l'informatisation de la profession est désormais acquise, la nécessité de disposer d'un matériel informatique fiable et toujours récent est indispensable.

Elle est rendue telle par :

– l'évolution des logiciels professionnels de plus en plus performants,
– la transmission des informations et des données Télé@ctes,
– la signature électronique constituant un nouveau mode de fonctionnement de la profession.

L'utilisation d'un matériel à la pointe de la technologie n'est et ne sera plus réservée à quelques notaires éclairés en la matière. Le choix n'existe pas, il faudra s'équiper malgré le coût élevé. Plus qu'un isolement lié à la différence

d'équipement et de performance de celui ci, c'est l'impossibilité d'exercer la profession qui est en jeu.

Or, cette inflation du besoin informatique et du coût de celui-ci peut être source de difficultés pour certains offices notariaux. Le coût de cet équipement sera plus facilement supporté par une structure sociale qui aura des capacités d'amortissement supérieures. L'informatique n'est plus réservée au seul travail rédactionnel et ne peut plus donc être l'affaire de quelques collaborateurs. L'utilisation même de ce matériel n'est pas aisée pour tout le monde ; parmi des associés, tel ou tel notaire sera plus à l'aise dans l'utilisation de l'outil informatique et pourra donc mettre ses connaissances au profit de tous.

Vaincre la solitude et l'isolement, c'est aussi à la profession de s'y atteler, non pas seulement par la localisation ou le regroupement des offices, mais également par leur qualité et leur équipement. Il serait envisageable de créer un système de subvention pour l'acquisition de matériel et ce en considération de la taille et de la profitabilité des offices. Cette expression de la solidarité notariale profiterait à la profession toute entière notamment parce qu'elle aiderait à conserver le maillage du territoire par le notariat.

b-3) Emploi de collaborateurs qualifiés

Le recrutement et la conservation de collaborateurs qualifiés nécessitent des rémunérations attrayantes, en particulier pour le développement d'activités annexes comme la négociation ou la gestion de patrimoine. Cette inflation de la masse salariale n'entraîne pas un retour sur investissement immédiat.

Du volume de dossiers traités dépend la possibilité de créer ces activités annexes ou de les développer, elles forment des niches de croissance de l'activité notariale. Une structure sociale, là encore pourra plus facilement faire face à ce coût.

b-4) Les locaux

La clientèle est de plus en plus sensible à la qualité des locaux. De la fonctionnalité de ceux ci dépend aussi la qualité du service. Cet investissement devient indispensable. Il en résulte des investissements très importants dont la charge financière sera généralement moindre à travers une structure sociale.

b-5) Lutte contre la concurrence des autres professionnels du droit

Un matériel performant, des locaux accueillants, l'existence de collaborateurs qualifiés sont des éléments importants pour lutter contre la concurrence d'autres professionnels du droit et donc de juguler la perte de certains marchés

2) Les lacunes de l'exercice sous forme sociétaire

Certains aspects de la solitude ou d'isolement du notaire peuvent être atténués ou supprimés par l'exercice en société. La seule adoption d'une structure sociale ne permet pas de supprimer toutes les formes de solitude.

a) Au niveau économique

Les motivations économiques de l'exercice en société sont principalement une meilleure gestion et une amélioration de la productivité. L'amélioration de la productivité n'est pas toujours au rendez-vous notamment si les investissements qui ont pu être réalisés grâce à la structure sociale n'ont pas été précédés d'une étude sérieuse.

Les dépenses de fonctionnement ne sont pas forcément réduites en société.

La recherche d'une meilleure organisation demeure un critère principal de l'exercice en société et cet objectif n'est pas atteint automatiquement et nécessite une réflexion commune profonde sur les moyens d'y parvenir.

Le potentiel financier de la structure peut créer un sentiment d'optimisme néfaste à des décisions raisonnées. En effet, la société autorisant financièrement des investissements plus importants, ne rend pas ceux-ci toujours opportuns. Le risque est une augmentation des charges sans l'augmentation escomptée des produits.

Les engagements financiers rendent sensibles aux aléas économiques sans offrir la souplesse nécessaire pour s'adapter à ceux-ci. Ces investissements ne doivent être envisagés qu'avec une possibilité d'amortissement convenable et une utilisation maximum. Ainsi le recours à la société ne doit pas avoir pour but la recherche systématique d'une plus grande dimension. L'efficacité d'une entreprise libérale ne dépend pas de sa taille.

Le profit est fonction de l'efficacité de l'utilisation des moyens de travail. Ce profit est nécessaire car il permet le financement des dépenses d'équipement et de modernisation. Seule une meilleure organisation rend plus efficace le service rendu. La désillusion peut naître du poids constant des contraintes matérielles. Cette solitude économique peut survivre à l'exercice sociétaire.

b) Au niveau humain

L'élément humain ne doit pas être négligé par rapport à l'élément financier. Les désillusions majeures peuvent naître de la pérennité des solitudes rencontrées par les notaires individuels dans les structures sociétaires.

Dans beaucoup d'études à forme sociale, aucune répartition par spécialité n'est faite, chaque notaire garde ses clients et ainsi se comporte en notaire individuel, seule la structure d'exercice change.

Comme le souligne le professeur Deruppe : « *On mesure qu'au-delà des apparences, l'exercice de la profession notariale à titre individuel est peut-être encore un phénomène majoritaire.* »*

Il y a conservation d'un comportement de notaire individuel à l'intérieur d'une structure sociale.

* Jean DERUPPE, professeur à l'université de Bordeaux, in *Les Petites affiches*, 6 juin 1994 n° 67.

La clientèle reste attachée à son notaire : il est difficile de transférer, sur la tête de l'associé, le capital confiance acquis de la clientèle. Même les collaborateurs sont parfois affectés sans partage à tel ou tel notaire.

Il s'agit plus d'une juxtaposition d'offices sans répartition des compétences qui crée une simple société de moyens déguisée. Or, l'*affectio societatis* est un élément indispensable du contrat de société.

Les droits et obligations des associés ont pour fondement l'*affectio societatis*. L'*affectio societatis*, à savoir l'intention de s'associer, ne figure pas expressément dans la définition de l'art. 1832 CC, mais la tradition en fait une composante essentielle du contrat de société au même titre que la mise en commun des apports et la participation aux bénéfices et aux pertes.

De toute évidence, l'*affectio societatis* joue un rôle de plus en plus important dans notre droit positif. Les juges en appellent à l'affectio societatis en cas de doute ou de crise. Bien qu'utilisée de manière habituelle, l'*affectio societatis* demeure une notion incertaine, à géométrie variable aussi bien par sa conception que par sa forme.

Cette notion exprime surtout la volonté de collaborer ensemble, sur un pied d'égalité au succès de l'entreprise commune (Com. 03/06/86) ; c'est le « coude à coude » sinon le corps à corps entre associés qui finissent parfois dos à dos. En effet, on constate souvent que, plus les associés ont été proches et plus ils se font du mal. Les associés qui se sont alliés peuvent devenir, un jour, les pires ennemis. Or, l'*affectio societatis* est une volonté de collaboration active qui se manifeste aussi longtemps que dure la société

Cette notion se distingue donc du consentement qui a un caractère instantané. Elle s'apparenterait davantage au consentement du mariage qui est non seulement la volonté de contracter l'union mais celle de mener la vie conjugale.

L'*affectio societatis* a pu exister au début de la vie de la société et se dissoudre au fil du temps, altéré par des querelles liées aux décisions d'entreprise, par les fluctuations économiques ou par un changement d'associé. Dans ce cas fréquent, l'exercice sociétaire ne peut réduire le sentiment de solitude.

L'absence d'un associé entraîne un surcroît de travail difficilement accepté sur la durée. La rentabilité de l'entreprise est vite affectée.

B/ L'adoption d'une structure sociétaire : l'apparition de nouvelles formes de la solitude

Sommaire

1) La solitude liée aux contraintes des sociétés
2) La solitude liée aux situations de mésentente

Si l'exercice en groupe est une solution qui peut être intéressante, il ne faut pas éluder qu'il ne s'agit pas là d'une solution miracle. Trop d'associations sont créées sans véritable vision d'avenir, les desiderata de chacun sont parfois incompatibles, et peuvent conduire à un échec. Les motivations des futurs associés doivent être identiques pour éviter les risques de mésentente, car les intérêts personnels peuvent progressivement prendre le pas sur les intérêts collectifs.

1) La solitude liée aux contraintes des sociétés

a) Les contraintes liées aux prises de décisions

Tout groupement humain donne lieu à des oppositions. Lorsque ce groupement est dirigé par un seul membre dont l'autorité est acceptée, la gestion est relativement simple ; par contre, lorsque plusieurs membres ont le pouvoir décisionnel, la gestion est plus difficile.

En pratique, dans les sociétés civiles professionnelles, le pouvoir est partagé égalitairement entre les associés. L'opposition lors des décisions amène cependant un débat qui peut être positif. La conception du travail et l'organisation de l'étude figurent en bonne place parmi les éléments d'opposition.

Les oppositions peuvent bloquer le processus décisionnel et compromettre ainsi la bonne marche de l'entreprise. Pire est la situation où les décisions sont néanmoins prises malgré l'existence de désaccords car elles peuvent être contradictoires ou non compatibles. Pour avoir des effets positifs, le pouvoir décisionnel ne doit pas être contesté expressément ou de manière tacite. Il est malaisé de décider des critères qui fondent la légitimité du pouvoir, les critères d'ancienneté ou de majorité dans le capital sont-ils objectifs ?

Chacun peut considérer qu'il a une aptitude ou une disponibilité supérieure aux autres. Même si l'un des associés a des qualités particulières pour exercer la direction de l'entreprise, encore faut-il qu'elles soient reconnues par les autres.

L'ancien notaire individuel peut avoir des difficultés à accepter la discussion et à partager le pouvoir après l'avoir exercé sans partage. La gestion par un seul associé peut par son poids l'amener à se couper du travail quotidien de l'entreprise et ainsi rendre ses décisions inopportunes en matière de gestion ou du choix des investissements.

La gestion de l'entreprise peut être divisée en : gestion du personnel ; gestion administrative ; gestion financière.

Elles peuvent être réparties entre les associés, cependant, elles sont souvent liées et nécessitent donc une vue d'ensemble.

- Difficultés dans le commandement du personnel.
- Difficultés dans le choix des investissements

Cette contrainte liée au partage du pouvoir qui est source de mésentente est un facteur de sentiment de solitude n'existant pas dans l'exercice individuel.

b) Les contraintes liées à la répartition des bénéfices (et de la charge de travail)

La mésentente entre associés résulte souvent du sentiment d'une différence dans le travail fourni. L'appréciation de la charge de travail est délicate car beaucoup d'éléments rentrent en compte, elle ne se mesure pas uniquement au temps passé à l'étude. Elle peut d'ailleurs être fluctuante.

La répartition de la charge de travail doit tenir compte des spécialités de chacun, des responsabilités assumées dans l'entreprise et des engagements extérieurs dans le cadre professionnel (enseignement, publications, congrès et mandats électifs professionnels).

Les rémunérations de toute nature résultant de l'activité professionnelle des associés reviennent à la société. Elles sont ensuite réparties entre les associés suivant les modalités déterminées par les statuts. Depuis 1972, le règlement d'administration peut prévoir des règles de répartition. La liberté des statuts en ce domaine est totale. A défaut de stipulation contraire des statuts, la répartition se fait par tête entre les associés. Cette règle de principe de répartition ne devrait être retenue que dans les sociétés où les associés sont égalitaires dans la répartition du capital.

Dans la quasi-totalité des statuts de nos sociétés civiles professionnelles, les proportions de répartition des bénéfices entre le capital et le travail sont fixées et sont parfois très variables. D'après le Conseil supérieur du notariat (*cf. Jurisclasseur*), les limites seraient les suivantes :

– 30 % minimum seraient affectés au travail et au capital,

– les 40 % de surplus étant attribués librement, étant à nouveau ici rappelé que la liberté des statuts en ce domaine est totale.

Il semble que la proportion généralement retenue est de 50 % pour la rémunération du travail et de 50 % pour la rémunération du capital.

Avons-nous, avant de fixer une telle répartition des bénéfices, réfléchi sur la rentabilité apportée par la rémunération du capital ? Si tous les associés sont égalitaires, consacrent à leur profession tout leur temps, restent en bonne santé et ne décèdent pas pendant leur exercice, une telle règle de répartition ne devrait pas poser de problèmes. *A contrario*, il n'est pas difficile d'imaginer les conséquences d'une répartition des bénéfices entre capital et travail mal étudiée :

– soit pour des associés détenant peu de parts de capital,

– soit pour l'associé ou les associés survivants en cas de décès de l'un d'eux pendant la période de cession ou d'agrément d'un nouvel associé tiers ou ayant droit.

Il est donc fondamental que ces clauses de répartition du bénéfice distribué, sans qu'il puisse être fixé de proportions types, soient étudiées avec beaucoup de précaution en fonction de la spécificité de chaque office, le capital devant se trouver être justement rémunéré, mais sans que cette rémunération ne

devienne une charge trop lourde pour les associés peu titulaires de parts de capital, notamment dans les périodes économiquement difficiles, ou pour les associés restants en cas de décès de l'un des associés ou au cas où l'un des associés est momentanément empêché d'exercer ses fonctions.

L'attention apportée à la rédaction de ces clauses, lors de la constitution de la société, ou à leur aménagement lors de l'arrivée d'un ou plusieurs nouveaux associés, ressort de la réponse interne que les statuts peuvent ou même doivent apporter aux associés en matière de prévoyance.

• **En cas de maladie**

Si, bien entendu, en cas de maladie d'un associé celui-ci conserve sa part de rémunération attachée au capital, les statuts prévoient généralement le maintien à son profit de la rémunération attachée au travail pendant un certain délai.

Concernant la part de rémunération liée au capital, il y a lieu ici encore de renvoyer aux développements ci-dessus concernant la répartition des bénéfices entre le capital et le travail, ceux-ci trouvant à nouveau tout leur sens en cas de maladie de l'un des associés.

Concernant la part de rémunération attachée au travail, l'étude des statuts habituels fait apparaître trois grandes tendances :

– La rémunération de l'associé empêché est maintenue en totalité pendant une durée de six mois. Elle est ensuite réduite de moitié au-delà du sixième mois, sans limitation de durée ensuite.

– Rémunération totale du travail pendant une durée de six mois, réduction de moitié du 6e au 12e mois et suppression totale au-delà d'un an.

– Rémunération totale pendant un délai de trois mois, réduction de moitié entre le troisième et le sixième mois, réduction de deux tiers entre le sixième et le douzième mois et suppression au-delà du douzième mois.

La rédaction de ces clauses est particulièrement importante car celles-ci relèvent du domaine de la prévoyance tant pour l'associé empêché d'exercer ses fonctions que pour l'associé ou les associés devant faire face à cette situation entraînant une désorganisation de l'office, une surcharge de travail et des conséquences financières parfois non négligeables.

Mais quelle que soit l'attention apportée à la rédaction, cela n'est pas suffisant. En effet, dans le cas où l'un des associés est momentanément empêché d'exercer ses fonctions, il y a lieu de prendre en compte tant le sort de celui qui est frappé par la maladie que le sort de celui ou de ceux qui doivent faire face à cette situation. Cela semble ressortir d'une notion de double solidarité entre les associés d'une société. Les statuts ne peuvent seuls apporter une réponse satisfaisante à cet élémentaire souci de prévoyance.

Ainsi et comme indiqué précédemment, l'incapacité temporaire complète de travail devrait être couverte par un contrat d'assurance, tel que le propose notamment la Sécurité Nouvelle.

2) La découverte d'une nouvelle situation de solitude : la mésentente

Lionel FALLET et Ghislaine TEJEDOR

Cette solitude se rencontre à l'occasion d'une mésentente entre associés qui peut entraîner des dysfonctionnements graves ou même la paralysie de l'office. L'associé « victime » se trouve alors dans une situation moralement très difficile. Véritable « mariage » puisque nécessitant un réel et quotidien *affectio societatis*, l'association peut très rapidement dégénérer en divorce si des mesures ne sont pas prises en aval ou en amont.

Les sources de conflits sont nombreuses et peuvent donner lieu à des situations extrêmes où les associés ne se parlent plus que par notes manuscrites ou même lettres recommandées. Les décisions de l'un sont systématiquement contestées et suivies d'un contrordre de l'autre.

En particulier, l'impact d'un associé connaissant des difficultés comportementales vis-à-vis de ses pairs, de sa propre famille, ou vis-à-vis de lui-même ne doit pas être sous-estimé. Une mauvaise gestion de ce moment difficile peut causer un trouble majeur à l'entreprise ; il peut en résulter le départ d'autres associés, voire, de membres clés du personnel. Ces difficultés se répercutent également bien souvent sur la qualité du service offert par l'étude. La psychologie des organisations s'applique largement aux professions juridiques car la gestion des relations humaines y constitue un élément clé du bon fonctionnement de la structure professionnelle.

Les contraintes du métier transforment certains notaires en de véritables « drogués » du travail, et ceci à la défaveur d'activités non professionnelles et de leur famille. Cependant, il est certain que ces situations de mésentente ne sont pas toujours liées à l'excès de travail ou aux horaires monastiques. L'absence de structure de gestion des ressources humaines dans les études ne permet pas d'endiguer ce phénomène. À cet égard, certains grands cabinets d'affaires pratiquent l'« *assessment* ».

Une revue annuelle ou bisannuelle des performances de chaque associé est réalisée par un associé désigné ou un « *partner* » en charge des ressources humaines. Cette structuration des RH permet d'identifier les difficultés dans un intervalle de temps défini. On exerce aussi de la sorte un contrôle et une pression sur les associés.

La problématique de la remontée d'informations ne doit pas être sous-estimée.

Certains *managing partners* pratiquent la politique de la porte ouverte ou mettent en place des réunions informelles où l'on se donne le temps de discuter de choses et d'autres.

Également, le recours à la médiation du managing partner ou de l'associé senior se révèle une méthode efficace pour résoudre les conflits internes. Cependant, les organisations qui ont pu mettre en place des mécanismes favorisant l'anticipation de ces difficultés humaines sont peu nombreuses. Les professions intellectuelles passent davantage par l'action chirurgicale que par l'homéopathie, car elles n'ont pu identifier les problèmes comportementaux suffisamment à temps.

Il est à noter que le Syndicat national des notaires (UGNF-SNN) a créé, sous la conduite de Nathalie Andrier, notaire à Annemasse (Haute-Savoie), une Commission de prévention de conflits d'associés (CPCA). Il s'agit d'un outil à la disposition des confrères qui ont un différend avec leur associé et qui sont désireux d'aboutir à une solution consensuelle. Une équipe d'une dizaine de notaires en activité ou non se tient à leur disposition pour apaiser les discordes et rétablir le dialogue. Tous ont suivi une formation de médiateur. Leur objectif n'est pas de donner un avis technique, comptable, fiscal ou juridique aux parties, mais d'agir de façon neutre et impartiale, et de façon confidentielle. Il s'agit d'un processus volontaire. Les parties doivent participer activement et avoir la volonté d'aboutir à une entente à l'amiable. Les notaires concernés peuvent toutefois, à tout moment, mettre fin au processus de médiation. Ils conservent également leur droit de recourir aux procédures judiciaires ou arbitrales s'ils le jugent opportun. Le centre de médiation peut être saisi directement par les notaires ou par leur président de chambre. Ces interventions font toutes l'objet d'une signature de protocole. Sur le plan pratique, une première rencontre est organisée dans un lieu agréé par tous, et le médiateur entend collectivement ou individuellement chacun des associés. Ceux-ci peuvent se rendre à la médiation seuls ou avec le conseiller de leur choix. La durée de la médiation est de trois mois qui peuvent être reconductibles.

Dans de nombreuses études, le chiffre d'affaires et la rentabilité sont devenus la seule religion. Confronté à un problème individuel, l'attention se porte avant tout sur les chiffres. Les associés les plus rentables bénéficient donc d'une sorte d'immunité. À nouveau, le calcul doit prendre en compte les dommages collatéraux et les effets d'un comportement négatif sur le long terme ainsi que son impact sur la qualité du travail de toute une équipe, voire d'éventuelles défections, dont le coût pourrait dépasser la valeur allouée à l'associé mis sur la sellette.

Inversement, si les hautes performances économiques d'un associé peuvent lui conférer une immunité, de piètres résultats attisent le foyer des tensions professionnelles. Les études sont de plus en plus attentives aux performances financières de leurs associés. On fait plus rapidement les comptes et la pression subie par les associés les moins performants en termes de rentabilité échauffe les réunions d'associés. On peut ainsi assister à des grincements entre les associés et un candidat à un poste de représentation professionnelle.

Une alternative à ce type de difficultés peut résider en la mise en place de modes de rémunérations plus ou moins basés sur le travail individuel, au moyen d'une comptabilité analytique. Si la pondération de la rémunération des associés constitue une échappatoire à court terme, pour les associés économiquement moins performants, elle ne s'applique pas à tous les cas de figure qu'offrent des relations professionnelles complexes. Lorsque les choses se sont irrémédiablement envenimées, il arrive que l'association ait à statuer sur l'exclusion de l'associé mis en cause.

Paradoxalement, alors que les juristes sont les premiers à veiller aux intérêts de leurs clients en envisageant suffisamment de clauses pour gérer les conflits potentiels de manière adéquate, peu d'associations ont prévu une porte de sortie institutionnelle face à une telle éventualité. Il s'agit donc d'analyser la législation applicable à ces situations de séparation difficile pour en relever certaines carences.

a) La difficile séparation

Le problème se pose au niveau de la qualité d'associé, le « titre », mais également du côté de l'évaluation des parts, la « finance ». En effet si l'on a pu comparer l'association en difficulté à un mariage d'affaires qui tournerait mal, c'est parce que se trouvent en jeu des dimensions humaines, mais également le souci de la liquidation des intérêts patrimoniaux en cause. Il s'agit donc dans un premier temps d'analyser les solutions existantes pour les approfondir.

a-1) Les solutions existantes

Nous restreindrons volontairement notre propos aux cas de dissensions, faisant obstacles à une solution amiable, sous la forme d'un départ négocié. Nous nous intéresserons aux dispositions légales régissant ces situations de crise, en nous limitant aux mesures les plus coercitives.

En droit commun des sociétés civiles

Tout membre a un droit fondamental de conserver sa qualité d'associé ; on ne peut la lui retirer sans son accord (excepté pour les sociétés à capital variable si les statuts le prévoient). Ce principe est assorti d'exceptions pour certaines causes déterminées et si les statuts le prévoient (sous réserve de sa conformité à l'ordre public). L'adoption ou la modification d'une telle clause doit obligatoirement être faite à l'unanimité.

L'exception : l'exclusion

Les associés ne peuvent exclure l'un d'entre eux si les statuts ne le prévoient pas sauf le cas de déconfiture, faillite personnelle, redressement ou liquidation judiciaire (article 1860 du Code civil) ; il s'agit du retrait « d'office ». Ses droits lui sont alors remboursés à leur valeur d'expertise sauf accord amiable. Les autres associés peuvent décider de dissoudre la société, de racheter les parts, de les faire acquérir par un tiers ou de les faire racheter par la société (réduction de capital).

Dans les Sociétés civiles propres au notariat

Ce droit de retrait est spécialement réglementé, notamment dans les sociétés civiles professionnelles titulaires d'un office notarial, structure la plus courante dans le notariat (2480 au 1er janvier 2006).

Il est vite apparu que la réglementation mise en place en 1966 [15] ne répondait pas de façon satisfaisante aux problèmes posés par les mésententes entre associés. Toutefois, pour l'améliorer, il a fallu attendre la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 prévoyant la possibilité pour un associé se retirant pour mésentente, de demander à être nommé dans un office créé à cet effet. Cette même loi a également ouvert de nouvelles formes sociales avec la société d'exercice libéral ou encore la société en participation apparentée aux sociétés civiles de notaires (chaque notaire associé est titulaire d'un office) et qui n'ont pas eu beaucoup plus de succès. À défaut de succès de la médiation et de la voie amiable, différentes solutions sont envisageables :

a-2) Les cessions de parts

La première solution à une mésentente réside en une classique cession de parts en respectant le cas échéant la procédure d'agrément. Une notification du projet est adressée à la société et à chacun des associés : leur consentement est implicite si, dans le délai de deux mois, il n'y a pas eu refus exprès.

En cas de refus, les associés doivent établir dans les six mois de la notification, un projet d'acquisition par eux-mêmes ou la société des parts ou par un tiers acquéreur. Le consentement ou le refus ne peut être donné qu'au cours d'une assemblée générale composée d'associés représentant au moins, les trois-quarts des voix, à moins que les statuts prévoient une majorité plus forte ou l'unanimité des associés. Il est à noter que plutôt que d'acquérir eux-mêmes les parts, les associés pourront préférer les faire reprendre par la société [16]. Le prix est alors librement fixé par les parties et à défaut d'accord, par un expert désigné amiablement ou par le président du Tribunal de Grande Instance.

a-3) Retrait-scission-création pour mésentente

• La première alternative à la mésentente ou aux problèmes liés à la taille de l'office a été la scission. Instituée par la loi du 23 décembre 1972, mise en application par les décrets n° 67-868 et n° 75-979 pour les SCP, et étendue par le décret du 13 janvier 1993 aux SEL, la scission amiable permet aux associés, à la double majorité des trois quarts en nombre et en voix, de décider la scission

15• Loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 sur les sociétés civiles professionnelles et son décret d'application concernant le notariat n° 67-868 du 2 octobre 1967.

16• Dans ce cas en effet, un seul acte constate l'acquisition et la réduction du capital, l'opération s'analysant comme un partage partiel de la société. Au lieu d'acquitter les droits de mutation au taux de 5,10 % sur la valeur des parts cédées, seul le droit de partage est dû sur le montant de la réduction du capital, donc sur la valeur nominale des parts.

de la société en plusieurs structures et de solliciter la nomination des nouvelles sociétés en remplacement de la société ancienne, pour l'une dans l'office initial et pour les autres dans d'autres offices, existant ou créés à cet effet.

La procédure habituelle de nomination doit être suivie : l'arrêté du Garde des Sceaux mentionne la nomination des nouvelles sociétés et celle de leurs membres, la dissolution de la société scindée, la suppression ou le transfert de l'office dont elle était titulaire, la répartition des minutes, la création ou le transfert des nouveaux offices. La dissolution prend effet à la date de sa constatation par arrêté du Garde des Sceaux.

Outre son coût fiscal, puisque le droit de partage est alors exigible ainsi que la taxation des plus values en sursis, cette procédure est difficile à mettre en œuvre, car elle nécessite d'une part, la répartition des actifs et de la clientèle ainsi que des minutes et des dossiers, et qu'elle peut se heurter d'autre part, à la nécessité d'obtenir du Garde des Sceaux la création d'un ou plusieurs offices.

En outre, cette procédure est pratiquement inapplicable en raison de l'obligation pour les associés des sociétés nouvelles qui ne sont pas nommés dans un office existant, de postuler au concours prévu par le décret du 5 juillet 1973 [17], et par la longueur de cette procédure (cinq ans environ). Il conviendrait pour le moins, de « dépoussiérer » ces dispositions d'un autre temps.

• Depuis la loi du 30 décembre 1990, en cas de mésentente, l'associé qui se retire dispose d'une nouvelle faculté de solliciter sa nomination à un office créé, à la même résidence s'il a exercé son activité d'associé pendant cinq ans au moins :

> Article 18 de la loi 66-879 : « *(…) l'officier public ou ministériel qui se retire d'une société en raison d'une mésentente entre associés peut solliciter sa nomination à un office créé à cet effet à la même résidence dans des conditions prévues par le décret particulier à chaque profession, à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter de sa nomination en qualité d'officier public ou ministériel associé au sein de cette société.* »

Ce « retrait-création » est censé permettre une résolution plus aisée des conflits. L'associé désirant se retirer et solliciter sa nomination à un office créé doit faire constater la réalité de la mésentente par le Tribunal de Grande Instance en la forme des référés.

> L'article 89-1 du décret n° 67-668 dispose : « *(…) Lorsqu'un notaire entend se retirer de la société au sein de laquelle il est associé, il doit au préalable faire constater par le tribunal de grande instance dans le ressort duquel la société a son siège la réalité de la mésentente invoquée qui doit être de nature à paralyser le fonctionnement de la société ou d'en compromettre gravement les intérêts sociaux.* »

De plus, le demandeur ne doit pas être à l'origine de la mésentente par son activité fautive ou son comportement contraire à l'*affectio societatis*. Dans le cas contraire, le juge peut refuser le retrait. La procédure prévoit donc un contrôle judiciaire strict de la réalité de la mésentente entre associés. Si à

17• Article 10-7 du décret 67-868.

première vue et dans la théorie juridique, la scission peut paraître efficace pour solutionner un différend inconciliable ; dans la pratique, ce n'est pas aussi aisé ainsi que nous l'évoquerons ci-après.

a-4) Le retrait forcé / destitution

Lorsqu'un associé est destitué, il dispose d'un délai de six mois à compter du jour où la destitution est définitive pour céder ses parts[18] ; la procédure d'agrément est applicable. Si aucune cession n'est proposée dans ce délai, la société dispose d'un délai de six mois pour acquérir ou faire acquérir les parts.

Ces règles sont également applicables lorsqu'un associé :

– est frappé d'une peine d'interdiction égale ou supérieure à trois mois et est exclu à l'unanimité des autres associés[19],

– se trouve placé sous le régime de l'administration légale ou de la tutelle des majeurs.

Le cas de l'associé sous curatelle n'est pas prévu et doit entrer soit dans le cadre amiable, soit dans le cadre de la démission d'office (empêchement ou inaptitude constatée par le Tribunal de Grande Instance).

• Droit d'exclusion

La loi du 31 décembre 1990 dispose que le décret d'application relatif aux sociétés d'exercice libéral peut prévoir des cas où un associé peut être exclu de la société, mais le décret du 20 janvier 1992 ne l'étend pas aux sociétés civiles alors qu'il aurait pu le faire.

a-5) La dissolution

Nous n'évoquerons pas ici la dissolution amiable qui devrait aboutir à la création d'un office dont nous avons vu rapidement ci-avant, les obstacles techniques.

• La dissolution judiciaire

Sur le fondement de l'article 1844-7-5° du Code civil, la société prend fin par la dissolution anticipée prononcée par le tribunal, à la demande d'un associé pour justes motifs, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé, ou de mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société.

La juridiction exerce un contrôle strict des « justes motifs » exigés par la loi, au travers de son pouvoir souverain d'appréciation :

– La mésentente n'est admise que si elle entraîne une paralysie institutionnelle.

– L'associé à l'origine de la mésentente se voit refuser le droit d'agir (CA Paris, 29 oct.1999).

Dans la pratique, le recours à une telle extrémité est peu envisageable eu égard aux aléas et à la longueur d'une telle procédure ; nous illustrerons ci-après ce propos.

---

18. Article 32 du décret 67-868.

19. Articles 33 et 56 du décret 67-868.

b) La dissolution judiciaire

Annie LAMARQUE et François PERSON

Les dissensions entre associés sont fréquentes et ne sont pas propres à notre profession ; toutefois, dans le cadre notarial et eu égard aux règles statutaires qui nous sont propres, elles ont des conséquences induites plus dommageables qu'ailleurs.

Paradoxalement, l'amélioration de telles procédures pourrait répondre aux réticences individuelles constituant des freins aux associations de notaires et donc à l'augmentation du nombre de ceux-ci. Au-delà des réflexions qui vont suivre, nous pourrions suggérer au niveau de nos instances nationales, la création d'un véritable « *bureau enquête accident* » [20] du notariat destiné à analyser toutes les causes de dysfonctionnement des structures sociales notariales et à mener une réflexion de fonds quant aux remèdes à mettre en œuvre ; une telle initiative reposerait sur une véritable démarche « qualité » de notre profession tout entière.

Tentons de contribuer à cette réflexion, à la lumière des cas qui nous ont été rapportés.

b-1) S'agissant de la difficulté liée au retrait unilatéral d'un associé et à la répartition des bénéfices

Il arrive fréquemment qu'un délai non négligeable s'écoule entre le retrait officiel ou pire, le retrait de fait d'un associé, et le moment de la cession effective de ses parts.

Or, il existe à ce jour de nombreuses incertitudes quant à la répartition des résultats sociaux, source de contentieux et d'iniquité.

En effet, si l'article 31 du décret relatif aux Sociétés Civiles Professionnelles de notaires n° 67-868 du 2 octobre 1967 stipule « *(….) L'associé titulaire de parts sociales perd, à compter de la publication de l'arrêté constatant son retrait, les droits attachés à sa qualité d'associé, à l'exception toutefois des rémunérations afférentes à ses apports en capital.* »

Par ailleurs, l'article 24 de la loi du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelle dispose « *Pendant le délai prévu (….), l'associé, ses héritiers ou ayants droit, selon les cas, ne peuvent exercer aucun droit dans la société.* »

Enfin, l'article 34 du décret fixe à un an, ce délai de perception de la rémunération.

De la conjugaison de ces différents articles, il résulte ; ainsi que l'a démontré brillamment Monsieur le professeur Bernard Jadaud [21], que l'associé retrayant ne peut en aucun cas percevoir une rémunération du capital au-delà du délai d'un an.

20• Comme en matière d'aviation civile ou de prévention routière.

21• *JCP Ed Notariale*, 1995, n° 38, 3469, p. 1285.

Or, il existe différents cas de figure qui ne paraissent pas réglés de manière claire et incontestable par ces textes.

Il s'agit notamment du retrayant qui n'a pas respecté la procédure de retrait, du retrayant « de fait » quelle qu'en soit la cause ; cette défaillance n'étant pas sanctionnée. Dans cette hypothèse, si le retrayant refuse de céder ses parts, les autres associés sont contraints de demander leur vente forcée se fondant sur l'article 1er de la loi du 29 novembre 1966, celui-ci perdant de fait, sa qualité d'associé. Il convient dès lors que le travail effectif a cessé durablement, de mettre en place une solution adaptée. À cet égard, il est inconcevable que le notaire qui se retire « de fait » puisse être mieux traité que le notaire qui décède.

Pour tenter de résoudre les différents cas de figure, il pourrait être préconisé :

– d'appliquer au sens strict, l'article 1er de la loi du 29 novembre 1966, aux termes duquel ne sont considérées comme membre d'un SCP que les personnes qui y exercent réellement leur profession,

– la systématisation dans les statuts de la dualité de rémunération capital et travail, même en cas de participations égalitaires des associés,

– l'instauration d'une clause compromissoire dans les statuts de SCP permettant de recourir à une commission d'arbitrage apportant rapidement une réponse aux différentes problématiques,

– que l'associé retrayant perde sa rémunération « travail » à compter du jour où il cesse de travailler effectivement ou au plus tard dans le délai de six mois de sa notification de retrait,

– que l'associé retrayant perde sa rémunération du capital à l'expiration d'un délai d'un an à compter du prononcé de son retrait (arrêté du Garde des Sceaux) avec obligation de céder ses parts dans ce délai, le prix étant le cas échéant fixé conformément à l'article 1844-3.

– qu'en cas de retard des opérations d'expertise ou d'absence de repreneur, une rémunération au taux légal soit alors accordée, jusqu'à la cession, les autres associés étant alors obligés d'acquérir, sauf demande de scission d'office de leur part.

Ces dispositions peuvent paraître très coercitives, mais pourtant il en existe des similaires s'agissant des départements d'Alsace-Moselle aux articles 139 et suivants du décret n° 67-868 du 2 octobre 1967 tel que modifié par le décret du 22 avril 2004. Il s'agit dans tous les cas de trouver une solution rapide, gage d'une efficacité et de continuité du service public. Ce processus est bien sûr perfectible, mais il est primordial que notre profession se saisisse de cette problématique en y apportant une solution juridique efficace. Nous savons tous que pour inciter à un accord amiable, il est nécessaire que la réglementation prévoit des garde-fous, des voies de recours sanctionnant tout « dérapage ».

Notre profession met aujourd'hui en avant sa qualité « d'officier public » responsable et garante de l'intérêt collectif, il convient à cet égard qu'elle se munisse des instruments juridiques nécessaires.

b-2) S'agissant de la scission d'étude

A l'heure où nos instances sous l'instigation de nos autorités de tutelles, prônent une augmentation notable du nombre de notaires, la scission d'étude peut contribuer à développer « l'offre » en débloquant des situations conflictuelles sources d'immobilisme. En effet, par cette *mythose* cellulaire, il va être créé autant d'embryons que d'offices créés ; chaque nouvelle entité constituera un nouveau « noyau » de développement notarial. Partant de l'échec d'association, nous pourrions susciter une nouvelle synergie.

• L'aide des nouvelles technologies

Les moyens techniques modernes devraient permettre de résoudre certains problèmes pratiques, qui auparavant constituaient un frein : le partage des minutes. Grâce à la numérisation, la détention des originaux n'est plus un atout majeur, seul leur accès reste important pour poursuivre le suivi de nos clients. À terme, le projet de minutier national devrait à cet égard, révolutionner notre profession. Chaque scission pourra être précédée d'un archivage électronique du minutier et d'une duplication du fichier client. Cela peut représenter un certain coût, mais celui-ci peut être aisément réparti et amorti. Chacun des attributaires se verrait conférer le droit de délivrer les copies authentiques des actes du minutier informatique « commun ».

• Quant aux aspects juridiques de la scission

Ainsi que nous l'avons relaté, la réglementation a connu une évolution notable au travers de la loi du 31 décembre 1990 qui a inséré une faculté de scission d'office (modification de l'article 18 de loi du 29 novembre 1966). Force est de constater que le remède apporté n'a pas été suffisant pour débloquer bon nombre de situations. Les obstacles pratiques à la scission demeurent nombreux, empêchant le recours à ce procédé pourtant apparemment si simple et efficace : « on ne s'entend plus, je te quitte… ». Il s'agit d'un véritable « divorce » avec liquidation de la communauté… d'intérêts…

Au-delà de la problématique des notaires en conflit, il convient également de rechercher la solution qui occasionne le minimum de gène à la clientèle et perturbe le moins possible le « service public notarial ». Il convient de rechercher l'équité dans les modalités financières et matérielles de cette opération. Dans la pratique, il s'agit d'abord d'une véritable problématique de scission de l'entreprise notariale, puis d'une problématique de saine gestion de l'intérêt public.

• S'agissant de la scission de l'entreprise notariale

Si dans un divorce, les époux doivent s'entendre sur le partage de l'actif, ils doivent également s'entendre quant au sort des enfants et quant au « passif ». En d'autres termes, il conviendra de résoudre globalement :

– les partages de la clientèle et des archives, leurs modalités,
– le partage de l'outil de travail (matériel, locaux…)
– la reprise du personnel.

Tout est à inventer en la matière… Il existe déjà des tensions et des différends fondamentaux par ailleurs, auxquels viennent se rajouter des problématiques complexes et très conflictuelles de séparation. Il n'est pas raisonnable de penser que ces écueils se résoudront sans certains « arbitrages ».

Comment tenter d'apporter une réponse à ces difficultés ?

Nous proposons une contribution méthodologique à ce débat. Il est certain :

– qu'un consensus ne se dégagera pas naturellement, et qu'il conviendra d'introduire certaines contraintes,

– qu'un processus échelonné et progressif devra être mis en place pour éviter une rupture du service public notarial et de nouvelles tensions.

• Le recours à l'arbitrage

Seul des membres de notre profession, le cas échéant, assistés par des « sachants » extérieurs, peuvent édicter des solutions et le cas échéant les imposer. Nous préconisons dans cette démarche, un rôle actif d'une instance arbitrale notariale. En effet, il n'est pas concevable que ces aspects soient tranchés à l'extérieur de notre profession, qui doit demeurer « maître à son bord ».

Dès que l'option de la scission a été demandée, il convient qu'une juridiction arbitrale soit constituée, assistée le cas échéant d'un expert-comptable, d'un spécialiste en droit du travail. Il convient que cette instance organise les modalités pratiques de cette scission, fixe les droits, obligations et devoirs de chacun, définisse une chronologie ; en d'autres termes, impose un *modus operandi* de la scission. Ce processus ne peut être défini que de « l'extérieur » ; il est illusoire de penser que la situation se « décantera » d'elle-même, alors que les problématiques ne vont que s'accumuler. Ce processus repose soit sur une clause compromissoire insérée aux statuts, soit sur une clause d'arbitrage définissant clairement les modalités à mettre en œuvre.

• Un parcours progressif vers la scission

Les enjeux de la scission ne supposent aucune improvisation ; il en va falloir procéder au « marcottage » avant la coupure finale et tant souhaitée.

Or, les causes les plus courantes de dissension relèvent souvent de la charge de travail, des méthodes de travail, des décisions de management ou d'investissement, des modalités de prélèvement et de répartition des bénéfices. Pour tenter de limiter les conséquences de ces désaccords, et dans l'attente de la séparation définitive, le recours à une étape intermédiaire paraît s'imposer.

La loi de 1966 comporte déjà cette solution : la société de notaires. Son article 5 dispose :

> « Des personnes physiques titulaires d'un office public ou ministériel et exerçant la même profession, peuvent également constituer entre elles des sociétés civiles professionnelles pour l'exercice en commun de leur profession, sans que ces sociétés soient elles-mêmes nommées titulaires d'un office. »

Il paraît donc concevable d'envisager et de prescrire une étape intermédiaire, où chaque associé se voit nommé à un office, mais que ceux-ci poursuivent leur activité dans un même contexte professionnel, pour engager le processus de scission et commencer à répartir tant les produits que les charges.

Concurremment, les autres aspects de la scission pourront être décidés, appliqués progressivement et accompagnés. Nous pourrions bien sûr concevoir :

– une répartition des honoraires en fonction des actes authentifiés par chacun,

– des charges à devoir en proportion des chiffres d'affaires,

Puis dans un second temps, une répartition des moyens humains et matériels, entre les différents notaires. Tout cela peut passer par le biais d'une comptabilité analytique classique ; en tout état de cause, s'il survient des différends à cet égard, la juridiction arbitrale sera en mesure de les trancher.

Puis une fois que les « fruits » sont murs, nous pourrons le cas échéant passer à la scission physique des offices en définissant le cas échéant, les contreparties financières que l'un des anciens associés peut être amené à verser à l'autre, eu égard au déséquilibre constaté entre les clientèles de chacun…

Certes, ce processus n'est pas la panacée, mais il nous apparaît le seul concevable pour avoir une chance d'aboutir dans un contexte dégradé…

Avant d'en arriver à cette extrémité de la scission, peut-être eut-il mieux valu, passer par un « mariage à l'essai ». Différentes voies existent notamment au travers du notaire salarié ; tentons d'en explorer des nouvelles.

c) Le réméré

Pascal COAT

La solution juridique et préventive à une éventuelle mésentente peut être la faculté de rachat, encore appelée réméré. Ce serait le cas d'un notaire souhaitant racheter à la personne à laquelle elle s'est associée les parts qu'elle lui a cédé moyennant bien sûr remboursement du prix et des frais. Un retour sur le régime juridique et fiscal du réméré s'impose avant d'en tirer quelques applications.

Sommaire

c-1) La définition
c-2) Les conditions d'exercice du réméré
c-3) Les effets du réméré
c-4) Le sort des bénéfices ou dividendes perçus par l'acquéreur à réméré
c-5) La fiscalité
c-6) Conclusion et préconisations

c-1) La définition

La vente à réméré est un contrat par lequel une personne vend une chose qu'elle pourra reprendre s'il rembourse dans un délai, qui ne peut excéder cinq ans le prix et certains frais (articles 1659 à 1673 du Code civil).

Cette clause de réméré constitue donc une véritable condition résolutoire replaçant les parties dans l'état où elles se trouvaient avant la vente. Le réméré peut être inclus dans toutes les ventes, mobilières ou immobilières, civiles ou commerciales. La cession de parts sociales d'une société civile professionnelle ne fait pas exclusion. Une disposition est ici impérative : le délai. L'article 1660 du Code civil énonce que la faculté de rachat ne peut être stipulée pour un terme excédant cinq années et que si elle a été stipulée pour un terme plus long, elle est réduite à ce terme. Si les parties n'ont prévu aucun délai, elles sont présumées avoir souhaité la durée maximale de cinq années. Si les parties ont prévu un délai supérieur à cinq ans, la convention demeure valable, mais sa durée est réduite à cinq ans, maximum légal.

Le délai court au jour de la conclusion de la vente sachant qu'un autre point de départ peut être fixé, sans aller au-delà des cinq ans à compter du jour de la vente. La prorogation est envisageable tant que le terme n'est pas expiré et sans jamais excéder les cinq années. Cette règle de l'article 1661 du Code civil s'impose même au juge.

À l'expiration du délai prescrit, le vendeur est déchu de la faculté de réméré et l'acquéreur demeure propriétaire irrévocable (article 1662 du Code civil).

c-2) Les conditions d'exercice du réméré

On pense d'abord aux bénéficiaires du réméré (1), ensuite aux personnes contre lesquelles le réméré peut être exercé (2) et les modalités du droit de réméré (3).

c-2-1) Les bénéficiaires du réméré

Il s'agit avant tout du vendeur, partie au contrat, ou de ses ayants cause universels. Mais cette faculté a un caractère patrimonial qui n'échappe pas aux créanciers du vendeur, lesquels peuvent la faire valoir par le biais de l'action oblique (article 1166 du Code civil).

c-2-2) Les redevables du réméré

Les redevables du réméré sont l'acquéreur ou ses héritiers s'il est décédé depuis. L'exercice du réméré peut concerner, non seulement l'acquéreur primitif, mais aussi tout nouvel acquéreur, sachant que le bien, même cédé, demeure affecté de la condition résolutoire. C'est d'ailleurs ce que précise l'article 1664 du Code civil : « *le vendeur à pacte de rachat peut exercer son action contre un second acquéreur, quand même la faculté de rachat n'aurait pas été déclarée dans le second contrat* ».

Le fait de ne pas avoir été informé de l'existence de la clause de réméré est inefficace contre le vendeur primitif. Le sous-acquéreur évincé pourra exercer

une action récursoire contre son vendeur qui lui doit la garantie d'éviction (art. 1626 c. civ.).

c-2-3) Les conditions d'exercice du réméré

L'efficacité de la procédure s'attache à la réalisation de deux étapes qu'il ne faut pas confondre : d'abord l'ouverture du droit de réméré lui-même, et ensuite la résolution de la vente. Le droit de réméré ne s'ouvre que par l'expression de volonté du vendeur avant le terme prévu par la loi ou la convention. Aucun formalisme n'étant prévu, on préférera l'acte extrajudiciaire à la simple lettre.

Un acte constatera l'accord des parties sur le retrait de l'acquéreur ou les points de désaccord, le cas échéant, sans, dans ce dernier cas, que l'exercice du réméré puisse être remis en cause puisque le vendeur a manifesté explicitement sa volonté de rachat. Les difficultés entre les parties ne peuvent porter sur ce point, mais sur les modalités de rachat. Il n'en reste pas moins que le réméré ne deviendra effectif, c'est-à-dire que le vendeur sera rempli de ses droits par la résolution de la vente, qu'à compter du jour où toutes les obligations mises à sa charge seront réalisées, notamment celle du remboursement effectif du prix et de ses accessoires. Jusqu'à cette date, l'acquéreur demeurera propriétaire.

c-3) Les effets du réméré

Il y a effectivement lieu de préciser l'obligation de remboursement du vendeur (1), de la même manière que celle de restitution de l'acquéreur (2).

c-3-1) L'obligation de remboursement du vendeur

Le Code civil était très explicite à ce sujet. L'article 1673 alinéa premier du Code civil prévoyant que le vendeur… doit rembourser non seulement le prix principal, mais encore les frais et loyaux coûts de la vente, les réparations nécessaires, et celles qui ont augmenté la valeur du fonds, jusqu'à concurrence de cette augmentation, il ne peut entrer en possession qu'après avoir satisfait à toutes ses obligations.

Il est probable que le rédacteur du Code civil ait pensé à un immeuble, quand il parle des réparations nécessaires. On comprend néanmoins l'obligation principale du vendeur : celle de remboursement. Elle porte bien sûr sur le prix payé par l'acquéreur à l'occasion de l'acquisition. Sauf convention contraire, il ne s'agit pas d'une dette de valeur et la somme due correspond ni plus ni moins au prix de la convention initiale. Les frais et loyaux coûts de la vente correspondent aux droits d'enregistrement, aux honoraires et autres frais générés par l'achat. On comprend aisément ce que recouvrent les réparations utiles s'il s'agit d'un immeuble. Cela n'a en revanche pas de sens s'il s'agit d'une cession de parts sociales.

Encore une fois, le retard par le vendeur dans l'exécution de toutes ces obligations entraîne le retard dans la résolution de la vente et l'acquéreur conserve pendant ce temps les droits de propriété sur le bien et les prérogatives qui y sont attachées.

c-3-2) L'obligation de restitution de l'acquéreur

L'acquéreur doit restituer au vendeur le bien dans l'état où il se trouverait s'il n'avait pas quitté le patrimoine du vendeur. Le vendeur exerce, et c'est bien sûr son but ici, une reprise en nature sur le bien cédé, même si une restitution en valeur est théoriquement possible. C'est une restitution des titres sociaux initialement cédés qui nous intéresse ici.

Si des décisions ayant des incidences importantes sur la société ou son patrimoine interviennent entre la date de l'acte de cession et l'exercice du retrait par le cédant, elles ont été prises notamment par celui-ci. Si on souhaite éviter que des décisions soient prises contre son gré et ne rendent la restitution difficile, on envisagera un droit de vote déterminant au profit du cédant pendant le délai de réméré. On a par là tenu compte de la précarité du droit du cessionnaire et le cédant ne pourra refuser la restitution de parts sociales d'une structure dont toutes les décisions ont eu son assentiment.

c-4) Le sort des bénéfices perçus par l'acquéreur a réméré

Les bénéfices perçus par le cessionnaire doivent-ils faire l'objet d'une restitution au cédant ?

L'acquéreur à réméré ayant la qualité de propriétaire des droits cédés a toutes les prérogatives du propriétaire et ce malgré la faculté de rachat attachée à son titre. Il est donc fondé à conserver les fruits perçus avant l'exercice du rachat. Mais les choses sont-elles si claires sachant que le Code civil est muet sur ce point et est-t-on à l'abri d'une revendication du vendeur à ce sujet ?

Rien n'est moins sûr, car la section traitant dans le Code civil *De la faculté de rachat* est muette sur les fruits. Pas totalement si l'on se réfère à l'article 1673 qui dispense implicitement le vendeur de son obligation de remboursement les intérêts sur la somme dont il a pourtant joui, ce qui devrait, par le jeu de la réciprocité, valoir à l'acquéreur à réméré d'être dispensé de restituer les fruits de ses titres sociaux. Au surplus l'acquéreur peut faire valoir sa prétention aux fruits par le jeu de l'accession des articles 547 et 549 du Code civil, mais le vendeur pourrait objecter qu'il ne saurait s'agir en l'occurrence ni de fruits… de la terre, ni de fruits civils. Ce qui n'est pas tout à faux, au point que la jurisprudence tout en reconnaissant la qualité de fruits aux dividendes ou la quote-part de bénéfice, se garde d'en préciser la nature. Pour éviter toute querelle entre vendeur et acquéreur à réméré, on préférera évacuer cette ambiguïté par la convention en indiquant, qu'en cas d'exercice de la faculté, la quote-part de bénéfice ou les dividendes seront acquis à l'acquéreur à réméré *prorata temporis* jusqu'au retrait ou jusqu'au jour du complet remboursement par le vendeur.

c-5) La fiscalité de la faculté de rachat

En cas d'exercice de la faculté de réméré, on peut s'interroger sur la fiscalité de la vente initiale (1) et de l'acte constatant le retrait (2).

c-5-1) La vente initiale

Une vente contenant une faculté de réméré ne bénéficie d'aucune disposition particulière et ce sont les droits de mutation propre à la nature du bien cédé qui sont dus, c'est-à-dire aux titres sociaux. L'exercice du réméré ne permet pas leur restitution, ceci en vertu de l'article 1961 du Code Général des Impôts.

c-5-2) L'acte de retrait

La doctrine administrative (D. adm. 7-134 n°3, 15 décembre 1991) considère que le retrait de réméré est en principe passible que du droit fixe des actes innomés. Cela est dérogatoire à la règle selon laquelle l'annulation ou la résolution volontaire d'un contrat emportant mutation à titre onéreux de propriété doit être considérée comme translatif et soumis à l'impôt de mutation.

L'éligibilité de l'acte au droit fixe est soumis à la réunion de quatre conditions cumulatives :

1) la faculté de réméré a été stipulée dans le contrat de vente primitif ;
2) le retrait a été exercé dans le délai légal ou stipulé ;
3) l'acte constatant le retrait à date certaine au sens d'un article 1328 du Code civil avant l'expiration du délai ;
4) le retrait a été exercé par le vendeur lui-même ou son ayant cause universel.

Toute infraction à ces conditions fait du réméré une promesse de rétrocession dont la réalisation génère un nouveau droit de mutation.

Pour être complet :

– La renonciation pure et simple de la faculté de réméré ne donne ouverture qu'au droit fixe des actes innomés, sauf si elle est onéreuse, le prix versé par l'acquéreur est à considérer comme un supplément de prix ;

– L'exercice du réméré pose la question de la plus-value : l'article R. 196-1 du Livre des procédures fiscales permet la restitution des droits perçus. Le délai de possession, éventuellement applicable, devrait donc logiquement courir à compter de la date de l'acquisition originelle ;

– Le décès de l'acquéreur oblige ses héritiers à déclarer le bien dans sa succession, sauf si le retrait est exercé avant le dépôt de la déclaration de succession, et que la somme à recouvrer est inférieure à la valeur du bien. C'est alors cette somme qui est à déclarer ;

– Le décès du vendeur n'oblige pas à déclarer le droit de rachat à la succession, sauf s'il est cédé ;

L'acquéreur doit déclarer, le cas échéant, le bien dans son patrimoine assujetti à l'impôt de solidarité sur la fortune, sauf, comme c'est pour nous le cas, s'il s'agit de biens affectés à l'exercice de sa profession.

c-6) Préconisations et conclusion

Les quelques commentaires nous permettent quelques suggestions rédactionnelles :

– il y a lieu d'être attentif à ce que les modalités d'exercice de la faculté de réméré et de remboursement n'aboutissent pas à un délai supérieur à cinq années, au risque, à défaut d'être analysé en une rétrocession passible de droits de mutation et de perdre la neutralité fiscale attachée à la vente à réméré ;

– il en va de même pour la prorogation ;

– sachant que la faculté peut être cédée, il est utile de prévoir qu'elle ne pourra être exercée que par le vendeur, à l'exclusion de ses héritiers ou d'une personne à qui cette faculté aurait été cédée ;

– de la même manière, toute renonciation à la faculté par le vendeur interviendra gratuitement et ne saurait être monnayée ;

– la cession du bien objet du réméré ne saurait intervenir sans le consentement du vendeur pendant la durée de validité de la faculté ;

– la manifestation de volonté du vendeur d'exercer son droit de réméré doit intervenir auprès de l'acquéreur par acte extrajudiciaire ;

– la convention doit précisément définir les obligations, en plus de celle de remboursement, qui permettront de considérer que leur réalisation entraîne la réalisation effective de la vente ; le tout d'autant plus précisément que le délai est long ;

– dans tous les cas, l'acte de vente prévoira qu'un acte authentique constatera le retrait (toujours dans le délai de cinq ans) ou à défaut le désaccord des parties sur les modalités de retrait. Dans ce dernier cas, la convention précisera le recours au juge ou à l'arbitre ;

– la convention devra précisément définir l'obligation de remboursement du vendeur, d'autant plus précisément que le délai est long ;

– une obligation de non-concurrence à la charge de l'acquéreur pourra être prévue.

Cette faculté de réméré constitue en quelque sorte une assurance « association ratée », d'autant plus attractive que la liberté contractuelle prévaut en la matière, sous réserve des quelques dispositions impératives relatives à la durée et à la fiscalité. Certains peuvent craindre que le vendeur n'abuse du réméré. On peut répondre d'abord, que la convention peut parfaitement empêcher les débordements, en encadrant strictement l'exercice du réméré, et ensuite, que le coût du billet retour est suffisamment dissuasif (remboursement du prix et des frais accessoires…) pour que le vendeur n'agisse que par pur caprice ou fantaisie.

d) L'arbitrage

Sommaire

d-1) La définition
d-2) L'histoire de la clause compromissoire
d-3) Le régime juridique de la clause compromissoire
d-4) Conclusion

On connaît de l'arbitrage essentiellement la clause compromissoire qui peut être définie comme la clause contractuelle par laquelle toute difficulté dans l'exécution du contrat oblige les cocontractants au recours arbitral. L'inclusion dans les statuts de société civile professionnelle ou dans les cessions de parts sociales de ce type de clause, eut été parfaitement adaptée. Mais une validité limitée à la matière commerciale en restreignait l'usage, jusqu'à ce qu'une loi de 2001 ouvre de nouveaux horizons.

Revenons d'abord sur une définition sommaire de l'arbitrage (1) avant de faire un bref rappel historique (2) qui a l'intérêt d'expliquer son actuel régime juridique (3) et qui permet d'ouvrir à la clause compromissoire de nouveaux horizons (4).

d-1) La définition

L'arbitrage est un mode de règlement définitif des litiges portant sur une convention par une instance arbitrale. Cette instance trouve son pouvoir dans la convention elle-même qui y fait référence. On connaît une institution qui en est proche : la transaction de l'article 2044 du Code civil. Mais la transaction se distingue de l'arbitrage en ce que la transaction est : d'abord le fruit des parties, et non de l'instance arbitrale, et ensuite le constat de concessions réciproques, ce qui ne s'impose absolument pas à l'arbitre.

L'arbitrage se décline de deux manières : le compromis et la clause compromissoire.

Le compromis constate l'accord des parties de soumettre le litige qui les oppose à l'arbitrage d'un arbitre ou d'un collège d'arbitres (article 1447 du nouveau Code de Procédure civile).

Le litige a déjà pris naissance et les parties préfèrent la voie arbitrale à la voie judiciaire. On peut craindre que les parties ne parviennent pas à s'entendre sur les termes du compromis rendant alors impossible l'accès à l'arbitrage et regretter qu'elles n'aient pas anticipé en incluant cette obligation dans la convention initiale, le tout d'autant plus facilement que le litige n'est pas encore né. C'est le but assigné à la clause compromissoire.

La clause compromissoire est la convention par laquelle les contractants s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient survenir relativement au contrat les liant. C'est l'article 1442 du nouveau Code de Procédure civile qui le définit. C'est bien sûr son caractère préventif qui nous intéresse ici.

d-2) L'histoire de la clause compromissoire

L'histoire de la clause est instructive.

La première trace de la clause compromissoire date d'une loi du 31 décembre 1925 codifiée dans le Code de Commerce à l'article 631 qui admet le recours à la clause compromissoire, sans la nommer explicitement, pour toutes les contestations du ressort des tribunaux de commerce.

Elle apparaît explicitement avec la loi du 5 juillet 1972 au Code civil sous l'article 2061 avec un bonheur mitigé, puisque l'article institue le principe de sa nullité : la clause compromissoire est nulle, s'il n'est disposé autrement par la loi. Jusqu'à une époque récente, on peut considérer sommairement que la jurisprudence concluait à la validité de la clause en matière commerciale et à son invalidité en matière civile. Ce n'est que récemment à l'occasion du projet de loi sur les Nouvelles Régulations économiques (L. n° 2001-420 du 15 mai 2001), qu'un amendement sénatorial était déposé prévoyant :

– la validité de principe de la clause compromissoire passant par l'abrogation pure et simple de l'article 2061 du Code civil dans sa rédaction ancienne,

– sa prohibition en matière de contrat de travail et de consommation.

L'amendement fut adopté, mais d'autres amendements étendaient la prohibition de la clause à d'autres contrats comme le contrat de bail, le règlement de copropriété…

La nouvelle loi prévoit donc sous l'article 2061 du Code civil que « *Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle* ».

Même si la clause compromissoire était autorisée pour la société d'exercice libéral par la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990, c'est véritablement avec la loi du 15 mai 2001 que la clause compromissoire trouve toute son ampleur. Une telle clause peut être désormais insérée notamment dans les statuts de sociétés civiles professionnelles, puisqu'il s'agit bien de contrats conclus à raison d'une activité professionnelle. C'est là aussi l'aboutissement de propositions faites au 98e Congrès des notaires de Cannes de 2002 tendant à la consolidation d'arbitrage et à l'Assemblée de Liaison de 2003 (n°AL 2003-16 note 16). On aboutit finalement après de nombreux tâtonnements à la validité de principe, même limitée puisque, prohibée dans certains domaines, de la clause compromissoire.

d-3) Le régime juridique de la clause compromissoire

Si l'on se réfère à l'article 2061 du Code civil, la validité de la clause est affirmée (1) sous réserve de dispositions législatives particulières (2) et dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle (3).

d-3-1) La validité de principe

L'article 2061 du Code civil érige bien en principe la validité de la clause compromissoire. Sa validité est conditionnée à son existence écrite dans la convention à laquelle elle est destinée s'appliquer ou dans une convention à laquelle se réfère. La clause compromissoire doit aussi, à peine de nullité, désigner le ou les arbitres ou, à défaut, rendre possible leur désignation (article 1443 du nouveau Code de Procédure civile).

d-3-2) Les dispositions législatives particulières

On trouve au nombre de ces particularités les arbitrages dépendants de la Commission arbitrale des journalistes ou du bâtonnier…

Il en va de même d'arbitrages ayant pour objet des contestations entre associés de sociétés d'exercice des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé (Code de l'Organisation judiciaire article L. 411-6, al. 2, selon L. 15 mai 2001, article 127).

Il peut exister d'autres dispositifs particuliers. Cela est aujourd'hui d'une importance relative dans la mesure où le caractère général de la rédaction de l'article 2061 valide en fin de compte tous les dispositifs. Ce sont en revanche les limitations, voire les prohibitions, de la clause qui doivent être connues :

– la prohibition dans le contrat de travail (article L. 511-1 du Code du Travail),

– la prohibition en matière d'assistance maritime (article 2 du décret du 19 janvier 1968),

– article L. 132-1 du Code de la Consommation prévoyant que certaines clauses – dont la clause compromissoire – peuvent être réputées abusives…

d-3-3) Les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle

L'activité professionnelle n'est pas définie par le texte, même si l'on comprend que l'activité visée dépasse la sacro-sainte distinction civile / commerciale.

Il s'agit là d'une définition visant tous les contrats passés par des contractants dans le cadre de leur spécialité, de leurs compétences habituelles. Quand ce n'est pas le cas, la clause compromissoire n'est pas valable. On est alors dans une réglementation de protection à l'endroit des personnes qui n'ont pas compétence pour apprécier l'opportunité de l'inclusion d'une clause compromissoire dans un contrat les concernant. La sanction est donc la nullité relative de la clause.

C'est le cas dès lors que la clause souscrite par une personne en dehors de son activité professionnelle, de son domaine de compétence. Par conséquent, elle est valable dans tous les contrats souscrits par les professionnels commerçants, artisans, professionnels libéraux, personnes morales comme les sociétés civiles, les sociétés commerciales… dans le cadre de leur activité. Ce sera toujours vrai même si les parties à la convention sont de professions différentes dans la mesure où la convention est bien passée à raison de leur profession.

On peut s'interroger sur la validité de la clause si le professionnel a cessé son activité. La validité de la condition s'apprécie à la date de la conclusion du contrat ; par conséquent, la clause sera ici parfaitement valable.

d-4) Conclusion

On peut conclure que rien ne s'oppose à l'utilisation élargie de la clause compromissoire aux contrats souscrits par les notaires à l'occasion de leur activité professionnelle :

– leurs sociétés d'exercice : SCP, SCM, SEL, règlement intérieur…,

– leurs structures d'exercice mutualisé : GIE, réseaux…,

– tous les contrats touchant à l'exercice de leur profession : droit de présentation, cessions de parts SCI, contrats de maintenance ou d'externalisation…

L'intérêt est que l'efficacité de la clause compromissoire est d'autant renforcée par la jurisprudence qui réserve une fin de non-recevoir à tout recours judiciaire, alors que la convention prévoit un recours à la conciliation ou à l'arbitrage. Ce principe a été affirmé par la chambre mixte de la Cour de Cassation dans un arrêt du 14 février 2003 et rappelé par la chambre commerciale de la haute juridiction par un arrêt du 17 juin de la même année.

Jean-François Pillebout, notaire honoraire et docteur en droit, écrivait à l'occasion d'un commentaire d'arrêt de la 1re chambre de la Cour de Cassation touchant à l'évaluation des parts d'un notaire associé qui se retire (*JCP Notarial*, n° 38, 23 sept. 2005, 1379) que :

> « La première observation est relative à la longueur calamiteuse d'une procédure à rebondissement opposant des notaires depuis près de 15 ans. Le retrait du notaire dont la valeur des parts n'est toujours pas fixée date du 28 juin 1990. Dans une autre affaire, dans le Sud-ouest et non plus en Bretagne, la situation n'est guère plus brillante : le retrait est du 19 novembre 1993, la dernière décision non définitive a été rendue le 16 mars 2004. Cela ne peut qu'inciter les notaires associés à inclure dans leurs statuts une clause compromissoire désormais licite dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle. La conciliation de l'arbitrage devrait permettre l'économie de ces procédures interminables, fort coûteuses et peu dignes d'officiers publics chargés d'empêcher "*les différends de naître entre les hommes de bonne foi (Conseiller Réal, exposé des motifs de la loi du 25 ventôse de l'an XI)*" ».

Après ces développements et commentaires, la promotion de la clause compromissoire n'est plus à faire dans tous les contrats souscrits par les notaires dans l'exercice de leur métier.

Deuxième partie
Les préconisations

Introduction

L'ANALYSE de la première partie de notre sujet, à savoir l'évolution du notariat jusqu'à ce jour, nous apprend que les notaires sont allés d'un exercice individuel à un exercice organisé par un contrat de société civile professionnelle.

On imagine aisément les motifs qui les y ont amenés : une mise en commun des charges, un confort dans l'organisation du travail, un partage des connaissances, une possibilité de confrontation des points de vue dans les prises de décision ayant trait aux actes, la responsabilité professionnelle, la gestion de l'entreprise etc.

Cette démarche était probablement la première voie par laquelle le notaire, d'une manière délibérée mais plus intuitive, plus empirique que raisonnée, essayait de résoudre les difficultés qu'il rencontrait dans l'exercice de son métier. Il touchait par là aux différents paramètres de l'entreprise, de l'activité, de la vie professionnelle entre associés, que sont la gestion, la prise de décision en matière salariale, de formation, d'investissements, de développement de l'entreprise.

Tout le problème du notaire exerçant seul est justement que la taille de son office ne lui permet pas l'association à laquelle tant de confrères ont eu recours.

Les seules solutions envisagées passent alors par une fusion ou une suppression d'offices, et cela en vertu d'un principe simple selon lequel les charges diminuent avec la taille de l'entreprise. Mais la réalité de l'entreprise est-elle si simple ? N'y a-t-il vraiment aucune autre alternative ?

Même une activité professionnelle s'exerçant seul, s'inscrit dans la relation avec un ou plusieurs clients. Le ministère de notaire s'exerce rarement seul et nécessite, même dans les tout petits offices, la collaboration d'une ou plusieurs personnes.

Sans aller dans le détail, on imagine aisément les liens tissés entre le notaire et ses collaborateurs, entre les collaborateurs eux-mêmes, entre l'office et la clientèle, les fournisseurs, les administrations… Ces liens sont plus ou moins délibérés. En effet, le notaire choisit ses collaborateurs, ses fournisseurs et prestataires de services, ses prescripteurs, ses financiers, ses conseillers externes (expert-comptable, avocat de droit social…), mais compose avec les administrations, l'autorité de tutelle, les collectivités locales, les acteurs sociaux, les concurrents…

On constate qu'une entreprise même élémentaire, comme l'est le tout-petit office notarial, constitue une cellule économique complexe.

Maryse Salles, maître de conférences à l'université de Toulouse I, donne une représentation globale de l'entreprise, et plus largement de son organisation : c'est un système complexe, finalisé, lieu de multiples interactions, ouvert sur un environnement lui-même composé d'éléments différents en mouvement (Stratégie des PME et intelligences économiques, *Economica*, 2005).

Un autre auteur, J. Mélèse caractérise l'entreprise comme l'interface entre une volonté finalisatrice [de l'entrepreneur] et l'environnement (L'Analyse modulaire des systèmes de gestion, *Éditions Hommes et techniques*, 1972).

On dépasse une définition matérielle de l'entreprise : ce n'est pas seulement un fonds de commerce ou une clientèle, c'est un ensemble de liens, un réseau de relations, une organisation du tout. Le rôle du dirigeant est de comprendre et de maîtriser l'organisation de son entreprise.

L'objet de notre première partie est de nous pencher sur cette notion d'organisation et de comprendre son importance (I-A).

Maryse Salles poursuit son propos en indiquant que l'environnement de l'entreprise est un sujet aussi important que l'entreprise et son organisation. L'étude de l'environnement d'une entreprise est une matière très récente appelée intelligence économique, très peu connue du monde de la PME.

La seule prétention de notre propos sur l'intelligence économique (I-B) sera d'être une présentation de cette notion et de son importance dans le monde économique d'aujourd'hui.

Il s'agit de nous familiariser avec ces notions, mais surtout de nous faire comprendre qu'elles constituent un préalable nécessaire à une meilleure gouvernance de l'entreprise en apportant des solutions concrètes à des problèmes de l'office notarial, notamment du petit office (II). Même si ces notions paraissent abstraites, on comprendrait mal qu'à la lumière de ces travaux, le notariat demeure étranger à ces pistes de réflexion et d'actions.

I- Les notions

Pascal COAT

A/ L'organisation de l'entreprise

Sommaire

1) La définition
2) Les principaux types d'organisation
3) Les organisations hybrides
4) Les caractéristiques communes aux petites entreprises
5) La démarche qualité : un préalable nécessaire

1) La définition

Pierre Romelaer, professeur à Paris-Dauphine IX écrit que :

> « La plupart des activités humaines ne sont pas des activités individuelles et solitaires : elles sont le produit des actions concertées et coordonnées de plusieurs personnes. Dès qu'on aborde cet aspect de l'action, on a intérêt à étudier ce qu'est une organisation, comment elle est gérée, s'adapte, décide, et se transforme. L'organisation que constitue une entreprise intéresse aussi bien les dirigeants et les managers que les exécutants : tous à des degrés divers l'influencent et voient leurs actions influencées par son fonctionnement. Une organisation est un ensemble de personnes qui ont entre elles des relations en partie régulières et prévisibles. »

Cette définition générale connaît dans la réalité un nombre infini de déclinaisons dans la configuration, les moyens mis en œuvre et les organes de décision.

a) La configuration de l'entreprise

Celle-ci est variable :

– Elle peut être dirigée par une seule autorité, un seul supérieur hiérarchique, mais aussi par plusieurs personnes, comme c'est le cas dans la société civile professionnelle.

– Il se peut aussi que les membres d'une organisation n'exercent pas leur activité sur le même site : c'est le cas dans le notariat quand il existe un ou plusieurs bureaux annexes.

– Il est également possible qu'un membre de l'organisation ait plusieurs supérieurs hiérarchiques : d'abord le supérieur hiérarchique de l'entreprise, ensuite celui d'un service de l'entreprise (service successions, service ventes, service gestion de patrimoine ou négociation immobilière).

b) Les moyens mis en œuvre

Comme la configuration, les moyens utilisés sont variables :

– les moyens humains ou les ressources humaines ;

– les moyens matériels, notamment informatiques, le classement ;

– la documentation et la formation ;

– le choix dans la hiérarchie des tâches, la recherche et l'utilisation des compétences ;

– la coordination de ces différents moyens par la maîtrise des procédures ;

– la structure juridique, les éventuelles conventions entre associés ou actionnaires, le règlement intérieur.

c) La prise de décisions

Enfin, la décision peut être partagée ou déléguée :

– il y a bien sûr toujours au sommet de la hiérarchie la direction qui peut être unique ou multiple, sachant que dans ce dernier cas, la prise de décision peut incomber à l'un des responsables ou à l'ensemble des responsables ;

– il peut y avoir, selon la taille d'entreprise, une structure dont le rôle est de standardiser le travail, dite technostructure, définir les filières, déterminer des indicateurs, régler les dysfonctionnements, anticiper les changements de compétence, c'est-à-dire un service ou un responsable qualité.

2) Les principaux types d'organisation

On en distingue cinq principaux :

1• La structure simple se caractérise par une très faible standardisation, le travail étant défini par un sommet stratégique souvent unique, sans technostructure. C'est la structure type de la petite ou moyenne entreprise.

2• Au contraire, la structure mécaniste est une entreprise qui se caractérise par une division extrêmement poussée du travail souvent en des tâches élémentaires simples. Les procédures ont été élaborées par les départements spécialisés et la fabrication est assurée par des personnes sans qualification. On retrouve ici des entreprises de toute taille.

3• La structure basée sur les compétences, se caractérise essentiellement par une forte indépendance de ses membres extrêmement compétents, éventuellement assistés selon le cas d'un personnel plus ou moins compétent.

4• L'adhocratie se caractérise, comme le laisse entendre son appellation, par une structure qui adapte son activité en fonction du travail qui lui est demandé, souvent définie par le cahier des charges. C'est une structure qu'on retrouve souvent dans les entreprises de haute technologie, de conseil, mais aussi dans des structures de production de distribution de masse très automatisée et robotisée. Le service chargé des procédures, appelé aussi centre opérationnel, est primordial.

5• Enfin, la structure basée sur les résultats, sur les objectifs : ces critères sont ceux qui président à l'organisation de la structure, assortis de critères accessoires, le tout faisant l'objet d'indicateurs et de contrôles. On trouve ce type de structures essentiellement dans le domaine commercial.

3)Les structures hybrides

Il existe des structures qui empruntent des caractéristiques aux cinq structures indiquées ci-dessus qui sont alors dites structures hybrides.

On peut trouver des structures mécanistes, donc relativement standardisées, au sein desquelles des services ont acquis une certaine autonomie dans le suivi, voire le développement de la clientèle. La structure mécaniste est aussi une structure de compétences. Elle peut se doubler suivant les objectifs assignés, d'une structure basée sur les résultats. On retrouve ce type d'organisation dans les agences bancaires.

On a de cette structure hybride une illustration dans les grosses structures notariales, qui sont divisionnalisées. En effet, elles connaissent des unités indépendantes les unes des autres (successions, ventes, ventes à terme, gestion de patrimoine, droit des affaires, droit de la famille etc.). Ces structures peuvent, au surplus, se doubler d'une structure basée sur les compétences : les notaires ou le personnel de management ayant des spécialisations spécifiques. À ce jour, deux tiers des entreprises connaissent un modèle type, un tiers un modèle hybride.

Ce dont on peut se douter aisément, c'est que l'organisation d'une entreprise, même dans une activité semblable, ne situe pas obligatoirement dans la même catégorie. Elle différera dans la taille, la configuration, les éléments utilisés (moyens humains et matériels, informatique, documentation, structure juridique…) etc. D'autant que cette organisation s'adaptera à des contraintes externes qui sont multiples et changeantes. Dans le notariat, on pourrait citer sans être limitatif : l'inflation de la matière législative et réglementaire, tant nationale que communautaire, les relations avec le ministère de tutelle, la concurrence dans certains domaines du droit avec les avocats, les experts-comptables, l'émergence et le développement d'une clientèle étrangère, la judiciarisation de la pratique du métier etc.

4) Les caractéristiques communes aux petites entreprises

Les petites entreprises ont des caractéristiques communes :

- une petite taille tant en chiffre d'affaires qu'en effectif ;
- une centralisation et une personnalisation de la gestion autour du propriétaire dirigeant ;
- une faible spécialisation du travail ;
- une proximité entre employeurs et employés ;
- peu ou pas de niveaux hiérarchiques ;
- un très faible recours à l'écrit, lequel n'est pas jugé primordial, du fait de l'ajustement mutuel et continu entre les différents acteurs de l'office ;
- une stratégie intuitive et très généralement pas formalisée ;
- une forte proximité des interlocuteurs souvent locaux (clients, administrations…) ;
- un système d'information simple.

On peut dire ici que le petit office notarial se distingue de la petite entreprise en général par une large diffusion de l'informatique. Elle se justifie par son utilisation à la rédaction d'actes répétitifs, sachant au surplus que les logiciels assument par le développement de leurs applications une fonction de plus en plus organisationnelle : courrier, agenda, téléphone, alertes, numérotation et attribution des dossiers, date de péremption etc. Ces offices sont les structures simples évoquées plus haut dans lesquelles le travail est défini et coordonné par l'employeur. C'est ce dernier qui définit les procédures, les objectifs, les normes, les compétences, qui embauche, qui choisit les matériels et investit…

Le notaire exerce une direction générale omniprésente et polyvalente. Il assume toutes les fonctions sans toujours disposer des compétences et du temps. Cela se traduit bien sûr par une forte personnalisation de l'organisation et, le cas échéant, une certaine rigidité.

5) La démarche qualité : un préalable nécessaire

Une réflexion sur l'entreprise, plus spécialement sur son organisation, en somme ses moyens, l'articulation de ceux-ci, constitue une solution pour mieux la maîtriser, l'adapter aux contraintes et aux enjeux. C'est notamment le but assigné à la démarche qualité. L'aboutissement de cette démarche ne constitue pas un terme en soi. En effet, elle constitue également une méthode de veille permettant l'ajustement permanent de l'organisation à tous les changements qu'une entreprise peut être amenée à connaître : les dysfonctionnements au sein d'un service, les plaintes des clients relatives à la réception physique ou téléphonique ou à l'envoi des pièces, le départ d'un employé, l'utilisation d'un nouveau logiciel de rédaction d'actes, l'utilisation de la nouvelle procédure de publicité foncière télé@ctes, l'utilisation d'Internet pour la diffusion des annonces immobilières, etc. Cette démarche, dont on voit l'intérêt, est d'autant plus simple à mettre en place que l'office est petit. Mais son coût est-il un obstacle pour les petits offices ?

B/ L'intelligence économique

Au travers des développements qui vont suivre, nous tenterons de nous initier à cette notion qui nous est étrangère : « l'intelligence économique ». En effet, notre profession, n'a pas une vision complète et réaliste de sa position dans l'univers économique contemporain.

Dans l'échiquier et le marché du droit, notre profession se considère isolée, derrière la barrière du monopole de l'authenticité. Elle se sent souvent incomprise des autres professions du droit, ou parfois mêmes des instances extérieures, elle souffre d'une solitude. Le remède : il convient de s'intéresser à l'intelligence économique pour mieux se préparer à toute éventualité…

Sommaire

1) Un monde en mutation
2) Le concept
3) Sa signification pour les PME
4) La mise au point d'un modèle pour les PME

1) Un monde en mutation

Nous avons évoqué plus haut les contraintes extérieures auxquelles l'entreprise est soumise et comment l'organisation de l'entreprise peut y répondre, notamment par la mise en place d'une démarche qualité.

Nous savons que l'espace mondial et européen n'a jamais été aussi ouvert et que l'époque est celle de la définition d'un nouvel équilibre économique mettant tous les acteurs, que sont les états, les régions, les entreprises, à contribution dans une logique paradoxale de collaboration – concurrence.

L'actualité regorge d'illustrations de cette dure réalité : délocalisations, licenciements, fermetures d'entreprises, réajustements structurels. Nous ne sommes pas dans un monde de philanthropie.

Nous en avons, pour notre part, deux illustrations récentes :

– par les travaux de La Porta, Lopez-de-Silanes, Shiefer et Wishny sur *Law and Finance* repris dans les rapports *Doing Business* 2004 et 2005 de la Banque Mondiale traitant de l'effet du droit sur le développement économique analysé comme constitutif d'une attaque en règle du droit écrit d'inspiration latine et valorisant par opposition le droit anglo-saxon – au point d'émouvoir le Garde des Sceaux et ministre de la Justice français M. Perben qui a lancé un programme international de recherche
– et le rapport Attali dont les intentions profondes reste à analyser.

Si la démarche qualité évoquée plus haut est un préalable nécessaire pour comprendre le fonctionnement des éléments constitutifs de son entreprise, ses articulations, cette démarche ne répond pas à la compréhension du contexte, de l'environnement dans lequel l'entreprise évolue.

C'est l'objectif que s'assigne l'intelligence économique.

2) Le concept

L'entrepreneur peut définir sa stratégie d'entreprise sur la seule base d'une appréciation personnelle. L'intelligence économique oppose à cela une méthode dont le but est d'organiser, de structurer des données économiques parcellaires qui sont à la disposition de l'entrepreneur, de les synthétiser pour lui offrir une vision aussi juste et précise que possible de cet environnement et d'adapter et de développer sa stratégie d'entreprise.

La première définition de l'intelligence économique revient à Harold Wilensky en 1967 dans son ouvrage *L'intelligence organisationnelle* qui l'entend comme

l'activité de production de connaissance servant les buts économiques et stratégiques d'une organisation, recueillie et produite dans un contexte légal et à partir de sources ouvertes.

C'est plus prosaïquement une activité stratégique de renseignement, de gestion de l'information est au service de l'entreprise. L'entrepreneur a le choix d'orienter sa démarche vers une intelligence économique offensive ou défensive, voire les deux.

La première consiste :

– en un travail de veille de la concurrence ou des orientations de la clientèle, des marchés, en somme, une collecte de l'information stratégique ;

– et en un travail d'influence destiné à favoriser sa stratégie dit *lobbying*.

La deuxième consiste en un travail de protection de son patrimoine informationnel, de sa propriété intellectuelle, de son savoir-faire. Cette intelligence économique vaut surtout pour les activités à forte valeur ajoutée telles que l'informatique, la téléphonie, la pharmacie, le design…

Il est évident que l'intelligence économique apparaît alors comme un facteur de performance et aussi un instrument de pilotage de toute l'organisation de l'entreprise. En définitive, elle doit permettre de saisir les opportunités, d'anticiper les menaces, de créer de la valeur et la performance.

La perspective historique est essentielle à une bonne compréhension du concept et des enjeux.

La République de Venise, la Ligue Hanséatique et l'Empire britannique auraient été les premiers à en faire une application à grande échelle par un travail en réseau pour procéder à la collecte des informations, un échange sur ces bases pour en faire la synthèse.

Plus proche de nous, les Japonais se sont appuyés dans les années 1950 sur le MITI (*Ministry of International Trade and Industry*) et le JETRO (*Japan External Trade Organisation*) pour relancer leur économie. Ce dispositif a pu voir le jour grâce à l'utilisation du réseau télex international de leurs grandes entreprises. La quantité de données traitées journellement en provenance du monde entier et la fourniture des analyses à tous les opérateurs leur donnaient un avantage concurrentiel majeur.

Les Américains s'y sont intéressés à leur tour dans les années 80. Le promoteur a été Michael Porter, professeur à Harvard en stratégie d'entreprise.

L'idée était lancée tant dans les entreprises que dans l'administration et la mise en place s'est achevée sous Clinton par la création de l'*Advocacy Center* permettant de mobiliser toutes les administrations sur une cinquantaine de domaines considérés comme essentiels pour le gouvernement américain. Le partenariat public – privé devenait total.

Pour avoir une idée de l'importance de l'intelligence économique Outre-Atlantique, il faut savoir que selon Robert Gates, directeur de la CIA

entre 1991 et 1993 : « 40 % des moyens de renseignement de l'État américain allaient à l'intelligence économique ».

En France, on connaît l'initiative d'une entreprise de réputation mondiale, Michelin, qui appliquait déjà cette méthode au début du XX^e siècle, grâce à ses « voyageurs » qui constituaient un véritable réseau de veille stratégique. Ils étaient actifs sur les marchés étrangers, identifiaient les opportunités commerciales et orientaient par leurs informations les décisions d'implantation internationale de l'entreprise. On connaît le succès de cette entreprise.

La première tentative de politique publique d'intelligence économique en France remonte à 1995 sous M. Balladur qui crée le Comité pour la compétitivité et la sécurité économique qui est à l'origine du rapport Martre intitulé *Intelligence économique et stratégie des entreprises* (documentation française 1994).

Philippe Clerc, rapporteur, juge que les décideurs n'ont jusqu'à ce jour pas pris pleinement conscience du rôle joué par la gestion stratégique de l'information dans la compétitivité et dans la défense de l'emploi.

Il écrit notamment :

> Trois freins majeurs s'opposent (…) à une large diffusion de l'intelligence économique.
>
> • En premier lieu, sa pratique dans les entreprises ne repose que sur une culture propre à certains métiers. La veille stratégique n'est ainsi développée qu'au sein d'entreprises sensibilisées de secteurs en alerte, tels que l'aéronautique, les télécommunications, l'énergie ou la chimie…
>
> • Par ailleurs, les deux fonctions « informatives » clairement identifiées par les entreprises sont la protection du patrimoine industriel et la veille technologique…
>
> • Enfin, le dispositif français est caractérisé par la faiblesse du marché privé de l'information et par la prédominance de l'État…

Ainsi les lacunes du dispositif français d'intelligence économique conduisent à une évaluation floue des menaces et des opportunités, ainsi qu'à un déficit d'ajustement stratégique. Ces carences se révèlent précisément dans la méconnaissance des dispositifs étrangers les plus offensifs, notamment de leur capacité à construire des stratégies d'influence au service de leur propre intérêt national.

Il conclut sur la nécessité de l'intelligence économique en ces termes :

> « L'analyse comparée des systèmes d'intelligence économique dans le monde a mis en lumière trois points saillants : l'information constitue un atout essentiel de la compétitivité des économies les plus offensives ; la rentabilité de l'information, pour une entreprise, réside dans l'exploitation légale des 90 % d'informations "ouvertes" ; les nations et les entreprises qui développent une pratique collective de l'information et savent mobiliser la dimension culturelle dans la compétition mondiale bénéficient d'un avantage concurrentiel déterminant. »

À cet égard, la méconnaissance de l'intelligence économique comme la maîtrise insuffisante des réseaux d'information constituent des risques réels pour les entreprises françaises quotidiennement confrontées aux stratégies construites de leurs partenaires et de leurs concurrents.

L'exemple des coopérations industrielles avec l'étranger le montre bien : le partenaire qui contrôle les flux d'intelligence économique au sein de la dynamique de l'accord saura inévitablement tirer profit de l'asymétrie qu'il aura instaurée dans le rapport de forces, et cela quelle que soit l'issue de l'accord…

On conçoit alors la nécessité pour la France de renforcer ses outils de diagnostic et d'influence, non seulement au sein de l'Union européenne, face aux stratégies mises en place par les États membres qui disposent de savoir-faire établi en intelligence économique…

Dans ce contexte, l'évolution vers une culture ouverte et collective de l'information s'impose. Elle est indissociable de l'élaboration d'une vision partagée des objectifs et appelle une révision des modes de réflexion et des comportements de l'ensemble des acteurs…

Ainsi, dans les entreprises, les états-majors des groupes [ou les organisations professionnelles] et les responsables des PME-PMI doivent s'impliquer dans la mise en œuvre de l'intelligence économique en explicitant et en hiérarchisant leurs besoins en informations selon des orientations clairement définies. La création d'une fonction d'animateur de l'intelligence économique doit accompagner la mise en place d'une organisation flexible fonctionnant en réseau.

Il revient à l'État de jouer ici un rôle incitatif puissant et d'orienter efficacement les missions des administrations concernées. La veille technologique et économique, orientée vers leurs besoins [notamment en matière de service public comme dans le notariat] et ceux des entreprises, devrait constituer une priorité absolue pour concevoir des visions stratégiques adaptées aux pôles multiples de l'économie mondiale…

À l'échelle des régions, trois priorités s'imposent aux acteurs locaux, qui doivent bâtir leur stratégie sur l'intensification croisée des actions de développement local, sur des alliances interrégionales, nationales et européennes, ainsi que sur des réseaux d'appui à l'exportation associant des entreprises, collectivités territoriales et les services compétents de l'État.

L'efficacité collective des pôles essentiels d'un système d'intelligence économique national à bâtir ne saurait être atteinte sans une urgente redéfinition du rôle des organisations professionnelles et des banques dans le recueil, le traitement et la distribution de l'information et sur la création d'enseignement académique et professionnel spécifique dans le domaine de l'intelligence économique…

Répondant aux besoins urgents d'appréhender l'économie dans un autre langage que celui, réducteur, de la simple compétitivité, l'intelligence économique ne propose ni modélisation ni vision miraculeuse des échanges, simplement une

démarche qui s'attache inlassablement à déchiffrer indices et signes, à interpréter, à écouter et à comprendre. Ce comportement cognitif fait référence à une forme d'intelligence, la métis grecque, ou intelligence rusée, longtemps occultée par la pensée trop rationnelle et la science triomphante, et qu'il convient à présent de réinterroger, afin de mieux redéfinir les outils de l'intelligence économique. Malgré ce constat, le comité cessera son activité après le départ de M. Balladur.

Sans attendre une initiative de l'État, des cercles de réflexion publics et privés s'intéressent à la notion, les universités créent leurs premiers DEA et DESS à ce sujet. Des initiatives voient le jour en région et des chambres de commerce essayent d'en promouvoir la pratique auprès des PME.

On peut citer le très intéressant exemple du réseau d'intelligence économique créé à l'initiative des chambres de commerce et d'industrie de Rennes, de Touraine, du Choletais et du Morbihan qui, pour suivre les évolutions stratégiques de l'ensemble des activités et marchés clés de leurs territoires ont mutualisé leurs compétences et créé RESIS, le Réseau d'information stratégique pour les entreprises.

La vocation affichée est d'aider les entreprises à anticiper les évolutions du marché et à repérer les opportunités du marché en surveillant : les stratégies marketing, les nouvelles tendances de consommation, les comportements des consommateurs, les nouveaux concepts de distribution…

Au sein de ce réseau, chaque chambre de commerce et d'industrie développe une expertise de veille et d'animation sur une activité. L'information produite est capitalisée dans une base de connaissances accessible en temps réel aux autres membres qui couvrent d'autres activités et marchés. De cette manière, chaque CCI bénéficie de connaissances et d'expertises de premier plan issues de la spécialisation de chaque CCI.

Ce réseau surveille les activités, marchés et technologies suivants :

- **Activités** : ameublement ; cosmétiques, parfumerie, arômes ; distribution ; habillement ; hôtellerie ; industrie alimentaire ; logistique ; emballage, conditionnement ; automobile.
- **Marchés** : habitat et cadre de vie ; beauté ; enfant ; équipement de la personne ; tourisme ; alimentation individuelle et collective ; logistique.
- **Technologies clés** : référentiel 1995 et 2000 ; référentiel 2005.

Le savoir-faire de RESIS c'est :

– une expérience de douze ans en la matière,

– une force de frappe de dix veilleurs liés à des réseaux d'experts,

– une plate-forme collaborative pour capitaliser et diffuser l'information : six cents brèves, soixante-cinq lettres de veille, une centaine de documents de cadrage et d'analyses,

– l'animation du site *www.altema.com* sur les tendances de la consommation : vingt mille visiteurs par mois, six mille abonnés, cent cinquante lettres de veille téléchargées,

– un système qualité qui fiabilise le processus de veille.

Voilà pour un exemple d'initiative locale.

On peut aussi citer un guide pratique pour les PME publié par le *Cercle d'Intelligence Economique* du MEDEF, Paris. Mais on remarquera qu'il ne date que de novembre 2006, même si ce cercle a vu le jour en 2002.

L'initiative publique est restée en berne depuis le rapport Martre en 1993 et le départ de M. Balladur.

Il faut attendre le 1er décembre 2003 pour que l'État reprenne l'initiative par le truchement du ministre de l'intérieur qui fera part de la remise du rapport Carayon, député du Tarn, et de ses trente-huit propositions en la matière. Cette volonté s'incarne le 31 décembre 2003 par la nomination d'Alain Juillet, haut-responsable en charge de l'intelligence économique auprès du secrétaire général de la Défense nationale.

Plus récemment encore, une réorganisation des services des renseignements est intervenue à l'initiative du Président Sarkozy à la fin de l'année 2007.

Il a été créé une Direction centrale du renseignement intérieur (DCRI) opérant la fusion de la Direction de la Surveillance du Territoire (DST) et de la Direction Centrale des Renseignements Généraux (RG). Les crédits alloués à la fonction « renseignements » représentent 41 millions € – correspondant aux budgets des services de renseignement de la DST, des RG et de la Préfecture de Police de Paris. Michel Rocard, ancien Premier Ministre, déclarait que les Anglais dépensent 3,5 fois plus en la matière… Les quatre grandes missions de la DCRI sont le contre-espionnage et la contre-ingérence, le contre-terrorisme et la protection des institutions, l'analyse et la synthèse des mouvements sociaux, et la protection du patrimoine et l'intelligence économique,

M. Squarcini, patron de la DST indiquait dans un entretien au journal *La Tribune* qu'environ 6 600 entreprises seront surveillées. Il s'agira d'entreprises en pointe sur le plan technologique et dans les secteurs régaliens tels que la défense ou l'énergie. Il faut savoir qu'une enquête de l'université allemande de Halle-Wittenberg révèle que 43 % des entreprises dans le monde ont été l'objet d'attaques criminelles économiques.

On comprend qu'il s'agit d'une intelligence économique défensive et non offensive, dans des domaines très spécifiques. La politique publique d'intelligence économique doit aller plus loin. C'est en effet grâce à elle que l'État peut discerner les dangers venant de l'extérieur pour son économie et ses entreprises, notamment les 2 300 000 PME, créatrices de richesses et d'emplois.

Nous avons évoqué plus haut dans le domaine du droit, le rapport *Law & Finance*. Ce n'est pas sans arrières-pensées que ce rapport a été repris dans celui de la Banque Mondiale en 2004. C'est une technique tout à fait classique de légitimation d'un document. Tout le monde s'accorde à dire aujourd'hui qu'il s'agissait d'une attaque en règle du droit latin.

Le droit n'est-il pas un domaine que l'État, exerçant en cela ses pouvoirs régaliens, ne doit-il pas surveiller, voir protéger, au même titre que les 6 600 entreprises d'intérêt stratégique. Il n'y a là aucune ambiguïté sur le rôle de l'État. Il exerce pleinement son pouvoir politique. Cette intelligence économique doit légitimer et appuyer l'État dans son action politique externe auprès des instances européennes et mondiales, et dans son action politique intérieure.

De plus, il convient que l'État aide les PME, les organismes consulaires, à mettre en place leur propre intelligence économique.

3) Sa signification pour les PME

Cette relative méconnaissance explique pourquoi une enquête sur l'intelligence économique et stratégique (L'intelligence économique et stratégique pour les entreprises françaises Bournois & Romani, *Economica*, Paris, 2000) la pratique organisée et formalisée de l'intelligence économique est l'apanage des entreprises de plus de mille salariés.

Comment matérialiser cette intelligence économique pour le chef d'une petite entreprise ? Comment identifier les informations dont la PME a besoin afin d'élaborer sa stratégie ou, plus largement, préparer les décisions qu'elle doit prendre afin de se situer de manière efficace dans son environnement ? La pratique de l'intelligence économique est-elle hors de portée pour le chef d'une PME ?

Maryse Salles, maître de conférences à l'université de Toulouse I, s'est plus justement penchée sur le sujet dans son ouvrage « Stratégies des PME et Intelligence Economique. Une méthode d'analyse du besoin » (Collection *L'intelligence économique*, *Economica*, 2003).

Elle confirme un lien clair entre l'organisation, la démarche qualité, le tout développé dans notre première partie, en écrivant :

> – que le lien entre l'organisation de l'entreprise et le développement de ses compétences est aujourd'hui communément admis faisant référence à deux auteurs (Nonaka & Takeuchi, *The Knowledge-Creating Company New-York Oxford University Press*, 1995) ;
>
> – que par ailleurs, les démarches qualité ont démontré que, sous certaines conditions, une approche en termes de méthodes et procédures pouvait améliorer la capacité d'une entreprise à résoudre des problèmes ;
>
> – qu'enfin, si la relation entre outil informatique et performance de l'organisation ne peut plus être considérée comme simple ou directe, et passe obligatoirement par une ré-ingénierie des processus, **les technologies de l'information peuvent constituer un support important à l'apprentissage de l'entreprise. Chacune des dimensions évoquées ci-dessus peut représenter un axe majeur dans la mise en œuvre d'une démarche d'intelligence économique**.

Encore une fois, la démarche qualité, dont le rôle moteur dans notre profession du Conseil supérieur du notariat est à souligner, le travail sur

l'organisation, la fonction normative, organisationnelle de l'outil informatique est le préalable et un complément de l'intelligence économique.

4) La mise au point d'un modèle pour les PME

Nous faisons encore une fois une relation du rapport Martre qui dit que l'intelligence économique ne propose ni modélisation ni vision miraculeuse des échanges, simplement une démarche qui s'attache inlassablement à déchiffrer indices et signes, à interpréter, à écouter et à comprendre.

Il n'existe donc pas UNE méthode, car il n'existe pas UNE entreprise.

Tout les différencie : l'activité, la taille, la localisation, les besoins en main-d'œuvre, l'ouverture à la concurrence, le marché… Seule une démarche appliquée à l'entreprise peut donner naissance à une méthode adaptée. L'assistance d'un spécialiste est nécessaire. On ne trouvera donc pas ici l'exposé exhaustif d'une méthode. Il n'en reste pas moins que des publications proposent des modèles ou, plus simplement, des pistes.

C'est le cas de l'ouvrage précité de Maryse Salles qui s'est appuyée sur une enquête de terrain. Cette enquête menée auprès de soixante-dix responsables de PME, dans le cadre du projet MEDESIIE (Méthode de définition de systèmes d'information pour l'intelligence économique) a été soutenue financièrement par le conseil régional de Midi-Pyrénées. L'auteur consacre notamment un chapitre à la description de critères de définition du modèle de l'entreprise, de sa stratégie et de son environnement. Cela lui permet de classer les entreprises en plusieurs familles types auxquelles elle propose des stratégies d'intelligence économique adaptées.

De la même manière, le MEDEF (Paris) a publié fin 2006, nous en avons parlé plus haut, un guide pratique pour les PME de l'intelligence économique. L'objectif est bien sûr plus modeste. Il n'en constitue pas moins une initiation à la notion et une invitation à son approfondissement. Il propose par exemple un questionnaire de mise en œuvre de la prospective dont on peut livrer un extrait constituant le début de réflexion :

Les opportunités	**Les menaces**
• Nouveaux savoir-faire ?	• Nouveaux concurrents ?
• Partenaires possibles ?	• Nouvelle réglementation ?
• Subventions européennes ou nationales ?	• Obsolescence des process ?
• Evolution des modes et goûts de la clientèle ?	• Solvabilité des partenaires ?
• Exportations ?	• Défaillance d'un fournisseur ?
• Nouveaux matériaux ?	• Mauvaise communication ?
• Salons, foires, expositions ?	• Normalisation en cours ?
• Action sociale, humanitaire et promotion de l'image de l'entreprise ?	• Départ des hommes clés ?
• Externalisation ?	• Risque entreprise ?
Etc.	Etc.

Quelle peut être la réponse à la nouvelle réglementation fiscale d'exonération et d'abattements en matière de mutation à titre gratuit ? Cela vaut pour tous les notaires, petits ou grands.

Un confrère dans une toute petite étude, s'interroge sur une prestation qu'il n'offre pas encore ? Sans aller très loin, on n'en a l'illustration par l'intermédiation immobilière qui n'existait pas dans certaines régions de France et qui s'y développe. Ce même confrère peut proposer une prestation supplémentaire de gestion de patrimoine. Il peut aussi imaginer développer en réseau le droit des affaires. Des GIE de ce type ont déjà vu le jour (Savoie). Il existe aussi des réseaux de spécialité comme *Pharmétudes* pour les notaires désireux de se spécialiser dans le domaine des pharmacies ou *Nôtel* pour ceux s'adressant à l'hôtellerie. Il peut s'interroger sur la collaboration avec un nouveau partenaire, sur les subventions au bénéfice desquelles il est éligible, sur l'intérêt d'externaliser certaines activités ou tâches etc.

Ces exemples démontrent que des notaires ont eu cette démarche et ont trouvé des réponses à la rupture de leur isolement. Ces réponses peuvent être réutilisées, mais la systématisation de l'intelligence économique peut permettre de trouver de nouvelles réponses.

Le pragmatisme du concept et le renvoi simple à un travail de réflexion peuvent dérouter le chef d'entreprise qui attend souvent un cadre, des solutions précises.

Pour répondre à cette frustration, on peut retirer de la lecture des différentes publications, trois enseignements de base.

1• D'abord, un changement de comportement dans l'entreprise. L'entrepreneur doit développer une stratégie et son entreprise doit être pour lui, un thème de réflexion permanente. Bien sûr, comme nous l'avons déjà vu, dans ces mécanismes internes, mais aussi dans ses liens externes. Au surplus, cette réflexion ne sera plus personnelle, mais collective associant tous les acteurs de l'entreprise, voire d'autres entreprises, collectivités ou administrations partenaires.

2• Ensuite, la construction d'un avantage qualité. Sous cette expression, les spécialistes désignent le travail à la constitution par une entreprise d'un plus qualité. En clair, le premier pas de l'intelligence économique est de se démarquer de ses concurrents par la qualité de son produit ou de sa prestation. Toute entreprise se doit d'être meilleure que ses concurrents actuels, ou, si l'on veut faire de la prospective, que ses concurrents futurs ou potentiels. La démarche qualité répond parfaitement à ce souci. Cela peut bien sûr être directement destiné à fidéliser la clientèle, mais aussi à diminuer les coûts, à augmenter la productivité…

3• Enfin, la création de nouveau produit ou savoir-faire. Cela peut constituer un souhait d'augmenter les profits comme de répondre à une diminution de l'activité ou un accroissement de la concurrence… Il y a là une réflexion d'entreprise à mener sur les voies et moyens.

Le réseau Monassier en est une parfaite synthèse et illustration.

C/ Conclusion

L'examen de la notion d'organisation et de la notion d'intelligence économique a pour seule prétention de convaincre combien elles sont incontournables dans la gouvernance d'entreprises dans le monde d'aujourd'hui.

Il est clair que le Conseil supérieur du notariat a montré par ses initiatives les plus récentes son rôle moteur en la matière. Mais les initiatives individuelles ne sont pas exclues. L'examen de ces notions nous a permis d'ébaucher quelques applications pratiques. De l'organisation, on peut suggérer une première application à l'occasion de la cession d'un office. C'est l'établissement d'un audit. On peut se servir d'un changement dans la structure juridique d'exploitation pour de multiples applications, notamment dans la société interprofessionnelle et la Société d'Exercice Libéral. L'intelligence économique apporte d'autres solutions.

Dans un environnement peu concurrentiel, voire monopolistique, le risque est celui d'une évolution importante du contexte. L'absence de stratégie fait que l'entreprise est largement tributaire de son secteur traditionnel d'activité.

Un changement de contexte nécessite indiscutablement la constitution d'un « avantage de qualité supérieure », c'est-à-dire une différenciation concurrentielle passant par une augmentation de la qualité de la prestation. C'est tout le but de la démarche qualité sur laquelle nous ne reviendrons pas. Mais cette démarche permet au dirigeant d'identifier le cœur des compétences de l'entreprise pour aller vers une stratégie de développement de nouveaux services liés à des prestations existantes ou de diversification et, éventuellement, d'externalisation d'une partie de ses tâches par des acteurs plus ou moins liés à la profession. C'est une stratégie de développement.

Cette stratégie peut passer par le partenariat ou les réseaux. C'est toujours une stratégie de développement mais externe. Ce type de stratégie suppose une maîtrise parfaite de la coordination externe de leurs activités afin d'assurer à ses clients une prestation de qualité constante et homogène.

La réalisation de ces objectifs nécessite un effort de formation tant des employés que des cadres. La formation est bien organisée par la profession. Mais dans un tel contexte la motivation de l'ensemble des collaborateurs est le principal ressort de l'entreprise. Il convient d'assurer aux collaborateurs des perspectives de carrière et de promotion. Cela peut se traduire, entre autres solutions, par la mise en place d'une société d'exercice libéral.

II – Les applications

Sommaire

A/ Un dossier de présentation de l'office cédé
B/ La société d'exercice libéral (SEL)
C/ Les nouveaux moyens de formation
D/ Vers l'évolution du statut de notaire salarié
E/ De l'entraide en général et du parrainage notarial en particulier
F/ L'externalisation et les groupements de moyens

A/ Un dossier de présentation de l'office cédé

Pascal COAT

Un dossier soumis à la chambre incluant des critères de la DQN*

On peut suggérer, à l'occasion d'une présentation de clientèle, de procéder à un audit de qualité. Les notaires postulants ne se décident souvent que sur la base d'informations comptables fournies par le notaire cédant.

Le cessionnaire, comme tous les acteurs à la cession (chambre départementale, conseil régional, association notariale de caution, prêteur) analyse le traité de cession, les conditions de celle-ci, les ratios de l'entreprise concernée et enfin sa structure financière. Les dossiers constitués sont de plus en plus complets et les rapporteurs des chambres départementales sont sensibilisés à leur rôle par l'ANC. Mais l'analyse demeure comptable, financière et porte sur la gestion de l'office.

Le dossier ne porte pas sur d'autres aspects de l'office : la pyramide des âges du personnel, le tableau des compétences et qualifications, les systèmes d'information (le matériel informatique, les logiciels, la sauvegarde, la maintenance), le type d'activité et la répartition de cette activité, l'existence ou absence de « *process* », l'existence d'une documentation professionnelle de qualité, l'existence ou non d'une démarche qualité, etc.

Aujourd'hui, un audit de l'office apparaît le préalable nécessaire à toute reprise d'office pour le postulant ou toute association, le complément indispensable à l'émission d'un avis circonstancié par la chambre, une décision plus maîtrisée. On a connu, par le passé, des audits établis à la demande et aux frais du notaire par des consultants dépendants de la Caisse des dépôts et consignations. Ils constituaient des synthèses très éclairantes.

Cette dimension de l'entreprise nous est familière par la DQN. Elle doit être intégrée au dossier de cession.

*• Démarche Qualité Notariale.

B/ La société d'exercice libéral

Lionel FALLET

Sommaire
1) Les apports
2) Le régime fiscal

La loi du 31 décembre 1990 instituant « la société d'exercice libéral » et son décret d'application aux notaires du 13 janvier 1993 ont permis l'accès des notaires aux formes juridiques des sociétés commerciales, sociétés dites « de capitaux ». En effet, le capital prédomine, non la qualité des associés et l'*intuitu personae* comme dans les sociétés civiles professionnelles.

Les caractéristiques de la SEL en font un outil de modernisation du notariat en permettant le regroupement d'offices, mais son caractère commercial et certaines conséquences fiscales qui en découlent ont constitué un frein à son développement dans la profession. Le décret d'application du 13 janvier 1993 affirme le rattachement de principe des SEL au droit commun des sociétés commerciales. Ainsi, l'article 1er du décret dispose que les SEL de notaires sont régies par les dispositions du décret du 23 mars 1967 relatif aux sociétés commerciales.

L'introduction de cette forme d'exercice, à la demande du notariat, est censée lui permettre de disposer de structures dotées de moyens importants pour affronter la concurrence des autres professionnels du droit, mais cette structure est encore très peu utilisée.

1) Les apports

Sommaire
a) Composition du capital social
b) Dirigeants de la SEL
c) Rapports entre associés

a) Composition du capital social

Les règles de composition du capital répondent au souci de trouver un équilibre entre la volonté d'ouverture du capital et le maintien de l'indépendance des professionnels. Pour atteindre ce compromis, le législateur a prévu des règles strictes de détention du capital et l'on distingue les associés actifs, exerçant personnellement la profession de notaire au sein de la société, et les associés passifs qui participent au capital social sans y exercer d'activité professionnelle.

L'article 5 de la loi du 31 décembre 1990 dispose en son premier alinéa que plus de la moitié du capital social et des droits de vote doit être détenue par des professionnels en exercice au sein de la société.

L'autre partie du capital social peut être détenue par :

– Des personnes physiques ou morales exerçant hors de la société la profession constituant l'objet social de la société. Ainsi pourront être constitués des réseaux au sein de la profession au moyen de prises de participation.

– Pendant un délai de 10 ans, des personnes physiques qui ayant cessé toute activité professionnelle, ont exercé cette profession au sein de la société.

– Les ayants droit des personnes physiques mentionnées ci dessus pendant un délai de cinq ans suivant leur décès.

– Une société constituée dans les conditions prévues à l'article 200 quater A du Code général des impôts si les membres de cette société exercent leur profession au sein de la SEL.

– Des personnes exerçant l'une quelconque des professions libérales juridiques ou judiciaires visées par la loi de 1990 selon que l'exercice de l'une de ces professions constitue l'objet social.

La loi MURCEF du 11 décembre 2001 a prévu en son article 5-1 que « *par dérogation au premier alinéa de la loi du 31 décembre 1990, plus de la moitié du capital social des SEL peut aussi être détenue par des personnes physiques ou morales exerçant la profession constituant l'objet social* ».

Ainsi la majorité du capital des SEL est désormais ouverte à :

– Des sociétés de participation financières dont l'objet exclusif est de détenir des participations dans des SEL.

– Toute personne physique ou morale exerçant ailleurs la même profession libérale.

La loi MURCEF permet donc de créer des sociétés holdings pour les notaires. Dans les grandes entreprises, une société financière de type « *holding* » structure un groupe de société, et c'est au niveau de la *holding* que l'on retrouve notamment, la direction financière des filiales ainsi que des fonctions dites « supports ». De même, pour le notariat, la constitution entre plusieurs offices d'une société holding permet de partager entre tous les services assurés par certains, comme un service d'expertise, de négociation ou de gestion de patrimoine. Le partage des honoraires facturés se fait au niveau de la holding qui répartit les bénéfices entre les associés au prorata de leur participation. Ces réseaux permettent ainsi de diversifier l'offre de services à la clientèle.

En revanche une réponse ministérielle a précisé que si plus de la moitié du capital de ces sociétés peut aussi être détenue par des SPFPL, celles-ci ne peuvent détenir plus de la moitié des droits de vote d'une SEL. La dissociation entre capital et droits de vote est possible dans les SELAFA et les SELAS par les actions à droit de vote doubles.

Le décret du 23 août 2004 pris pour l'application aux notaires de la loi du 31 décembre 1990 modifiée par la loi MURCEF a apporté des réponses aux interrogations suscitées notamment concernant la possibilité d'ouvrir le

capital des SPFPL à des professionnels n'exerçant pas la même profession que la SEL objet de la prise de participation. Si la loi MURCEF n'avait pas exclu la possibilité d'entrée d'autres professions dans le capital des SPFPL, le décret relatif aux notaires a été plus restrictif en excluant du capital social « *des personnes exerçant une profession judiciaire ou juridique soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé* ». Les SPFPL de notaires n'ouvrent donc pas leur capital à d'autres professions, contrairement aux avocats pour lesquels le décret le permet. Ainsi s'exprime la volonté de préserver l'indépendance des professionnels en exercice au sein de la SEL et ce au détriment de l'interprofessionnalité.

b) Les dirigeants de la SEL

Tous les dirigeants des SEL doivent être des professionnels exerçant au sein de la société. Ils ont les mêmes pouvoirs et les mêmes responsabilités et fonctions dans les sociétés purement commerciales.

Les dirigeants de SEL ont ainsi les pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société et toute clause statutaire limitant leurs pouvoirs est inopposable aux tiers. La société est engagée même si les actes des dirigeants n'entrent pas dans l'objet social.

En contrepartie de ces pouvoirs plus importants, le pouvoir de contrôle des associés est aussi renforcé au moyen :

– d'un droit de communication des documents sociaux,

– de l'obligation pour les dirigeants de rendre compte et de faire approuver leur gestion par l'assemblée générale des associés selon un formalisme spécifique,

– par l'obligation de faire approuver par les associés les conventions conclues entre la société et ses associés ou avec des sociétés ayant des dirigeants communs,

– par l'intervention de commissaires aux comptes en vue du contrôle de la comptabilité.

Le régime de la responsabilité associe une responsabilité sociale limitée et une responsabilité professionnelle entière.

Les associés répondent des dettes sociales à hauteur de leurs apports mais sont indéfiniment responsables des actes professionnels qu'ils accomplissent.

La société est responsable de ses actes mais également solidairement responsable des actes professionnels de ses associés.

c) Rapports entre associés

c-1) Contrat de travail

Dans la SEL, chacun des associés est également salarié ; or, l'un des principaux motifs constaté de mésentente tient à la permanence, dans les SCP, de règles de répartition des bénéfices alors que le contexte qui avait présidé à leur définition a changé. Le caractère souple de la détermination du salaire a pu paraître supprimer ce danger car une simple décision de gestion permet la

modification de la rémunération alors qu'une modification des statuts serait nécessaire dans une SCP. Cependant, la problématique de la répartition des bénéfices sociaux demeure qu'elle soit sous forme de salaire ou de dividendes. Il convient donc également d'envisager en amont, dans les statuts ou le règlement intérieur, les modalités de variation de la répartition des bénéfices.

c-2) Prélèvements des associés

Les règles de prélèvement des associés sont également différentes : la SCP, parce qu'elle est transparente, permet de s'éloigner des règles de la comptabilité commerciale, les associés ne sont tenus qu'à la seule représentation des comptes clients. L'encaisse de l'office doit couvrir le total des comptes créditeurs, ainsi que des comptes de tiers, le surplus de l'encaisse, notamment la trésorerie peut être appréhendé par les associés. Les prélèvements peuvent ainsi excéder les résultats réels et ceci n'est pas répréhensible pénalement.

De nombreux conflits d'associés trouvent leur source dans ces pratiques et des désaccords sur le montant des prélèvements.

Dans les sociétés de capitaux, aucune distribution de dividendes ne peut intervenir avant que les comptes de l'exercice aient été approuvés, seul un bilan certifié autorise des prélèvements par anticipation et contrevenir à cette règle est constitutif de l'infraction pénale d'abus de biens sociaux. Cette infraction ne peut être commise dans les SCP où la responsabilité des associés est indéfinie.

2) Régime fiscal

Des différences majeures existent entre les sociétés civiles professionnelles et les sociétés d'exercice libéral en matière fiscale. La fiscalité est souvent présentée comme un atout en faveur des SEL, qui permettraient de bénéficier d'une moindre fiscalité et d'une économie de charges sociales.

Comme l'a démontré brillamment Luc Fialletout, société INTERFIMO, dans le dernier rapport du congrès MJN *Droit et Économie*, cette vision est pour une large part un mythe, notamment si l'on prend en compte l'impact des prestations retraite. De plus, la fréquence de l'évolution législative et réglementaire en ce domaine est telle, que la lisibilité réduite rend difficile l'arbitrage en faveur de telle ou telle forme sociale. Le choix de l'exercice en SEL ne doit donc pas être justifié uniquement par des considérations fiscales. Cependant l'application de l'impôt sur les sociétés offre des possibilités intéressantes.

a) Constitution de réserves

Les SCP n'ont pas de personnalité fiscale, et ne sont assujetties pratiquement à aucune imposition. Seuls les associés sont imposables d'une manière similaire à l'exercice individuel. Les bénéfices de l'associé sont assujettis à l'impôt sur le revenu, ainsi qu'aux prélèvements sociaux (CSG-CRDS) et aucune décote pour frais professionnels n'est admise. Il n'existe donc aucune différence entre

bénéfice et revenu, et l'assiette de l'impôt comprend la totalité du bénéfice dégagé. La structure est neutre par l'application du régime des bénéfices non commerciaux.

En pratique, dans les SCP, les réserves étant imposées au même titre que les prélèvements non commerciaux, elles sont réduites au minimum. Cependant, les SCP peuvent, sur option, être assujettis à l'impôt sur les sociétés et dans ce cas les rémunérations des associés peuvent être déduites des bénéfices pour le calcul de l'impôt sur les sociétés, mais les rémunérations versées sont alors assujetties à l'impôt sur le revenu en tant que bénéfices non commerciaux et les associés ne sont alors pas considérés comme salariés de la SCP.

Dans la SEL au contraire, les bénéfices réalisés sont imposés du chef de la société, et non des associés dont la rémunération est imposée dans la catégorie traitements et salaires de l'IR, à l'exception de la rémunération du gérant majoritaire imposée en tant que BNC conformément à l'article 62 du CGI. De ce fait, l'investissement et la constitution de réserve sont favorisés car imposées à un taux moindre que les revenus déjà distribués.

Les associés sont assujettis à l'IR sur leurs salaires, en bénéficiant de l'abattement de 10 % pour frais professionnels, ainsi que sur les dividendes distribués. Les bénéfices mis en réserve ne supportent eux que l'impôt sur les sociétés, au taux de 15 % sur les premiers 38 112 € puis 33,33 %. Ainsi la constitution d'une trésorerie est favorisée par un coût fiscal moindre.

Il s'agit ici d'un avantage majeur tant l'existence d'une trésorerie suffisante est un gage de sécurité pour le bon fonctionnement d'une structure économique et pour faire face aux aléas des marchés, notamment immobilier.

b) Différence au niveau de l'assiette de l'impôt

La définition de l'assiette du chiffre d'affaires est distincte entre les deux types de sociétés.

Dans les SCP ou le régime des BNC est applicable, le principe des encaissements est retenu alors que dans les sociétés assujetties à l'IS comme les SEL, c'est le principe des créances acquises qui est en vigueur.

Dans la méthode des encaissements : l'imposition se fait sur l'excédent des encaissements sur les décaissements ce qui entraîne l'impossibilité de constituer des réserves en franchise d'impôt. La méthode des créances acquises ou « comptabilité d'engagement » en vigueur pour les sociétés assujetties à l'IS nécessite une évaluation du travail en cours, car les créances acquises s'entendent de celles qui sont certaines dans leur principe et déterminées dans leur montant.

Avec cette technique, les charges et les produits sont enregistrés au moment de leur engagement juridique, même si le paiement est exécuté ultérieurement ou s'il y a litige sur un montant ou encore, s'il n'y pas la trésorerie nécessaire à son règlement. Les charges sont rattachées à l'exercice où elles ont été prises,

puis sont soldées par le règlement. Le résultat imposable comprend le produit attendu des prestations exécutées lors de l'exercice. Ainsi, les créances certaines mais non recouvrées sont imposées. La comptabilité d'engagement permet le management par la performance, et la sincérité des comptes. Son application au notariat est particulièrement utile car les « créances acquises » et les « engagements » y sont importants.

c) Le problème de la déductibilité des intérêts

c-1) Rappel de la situation

L'acquisition par une personne physique de titres de sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés ne donne lieu en principe à aucune déduction fiscale, même lorsqu'il s'agit d'acquérir son outil professionnel. En effet, l'administration n'admet pas la déduction des intérêts d'emprunt souscrits pour acquérir des parts sociales, car il est considéré que ses parts font partie du patrimoine privé.

En revanche, lorsque l'associé exerce son activité professionnelle dans le cadre d'une société de personnes, ses parts constituent des éléments d'actif affectés à l'exercice de la profession et en conséquence, les intérêts d'emprunt sont déductibles du résultat revenant à chaque associé.

Le professeur Maurice Cozian a vu dans cette situation : « *un apartheid fiscal, une insulte au bon sens* ».

Pour la profession notariale, les intérêts sont déductibles si l'on choisit la SCP, ils ne le sont pas si l'on retient la SEL. Cette non-déductibilité des intérêts d'emprunt a constitué un frein au développement des sociétés d'exercice libéral car elle conditionne souvent le choix de la structure d'exercice.

c-2) Situation nouvelle

Le Conseil d'État par un arrêt rendu le 25 octobre 2004 à l'occasion d'un litige concernant des experts-comptables a jugé qu'un salarié peut déduire de sa rémunération imposable dans la catégorie traitements et salaires, en cas d'option pour le régime des frais réels, les intérêts de l'emprunt souscrit pour financer l'acquisition de ses actions.

Le Ministre délégué au budget a indiqué par une lettre du 26 décembre 2005 adressée au président de la chambre des notaires de Paris avoir transmis une note aux services fiscaux les informant que les principes dégagés par la décision du Conseil d'État du 25 octobre 2004 sont applicables pour le règlement des litiges en cours, sans restriction quant aux professions réglementées concernées.

Désormais, les associés personnes physiques qui acquièrent des titres de sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés, sont autorisés à déduire les intérêts de l'emprunt souscrit pour leur financement si les conditions suivantes sont réunies :

– La société exerce une activité libérale réglementée.
– Si l'acquéreur est diplômé.

– S'il dispose dans la société du statut de salarié ou de dirigeant au sens de l'article 62 du CGI.

– S'il opte pour les frais réels.

L'administration a précisé les limites de cette déduction par une instruction du 23 novembre 2006 publiée au BOI sous la référence 5 F-20-06 confirmée par une réponse ministérielle Fenech du 16 janvier 2007. Ainsi, « *le montant des intérêts ne doit pas être hors de proportion avec les rémunérations perçues ou escomptées* » et « *le montant des intérêts déductibles est présumé correspondre à ceux dus pour la part de l'emprunt qui n'excède pas le triple de la rémunération annuelle allouée au salarié ou escomptée à brève échéance lors de la souscription de l'emprunt* ».

Par ce plafond, l'administration a entendu s'assurer que l'emprunt contracté ne serve pas à la création d'un patrimoine autre que celui nécessaire à la création d'un revenu. Cette situation fiscale nouvelle et longtemps attendue, remédie à l'obstacle majeur au développement des SEL dans le notariat, et leur essor devrait s'en trouver favorisé.

Les SPFPL peuvent être utilisées par des professionnels afin d'emprunter à leur place pour acquérir des parts d'une SEL. Elles permettent alors, mieux que la déductibilité des intérêts, d'obtenir une fiscalité réduite sur les remboursements d'emprunt. En effet la SPFPL de type « holding pure » dépourvue de revenus ne pourra pas déduire les intérêts d'emprunt qu'elle supporte, mais permet la défiscalisation des dividendes consacrés au remboursement d'emprunt par l'application du régime des sociétés mères/filiales qui exonère d'impôt la holding sur 95 % des dividendes qu'elle perçoit, à la condition qu'elle détienne au moins 5 % de la filiale.

Voici bientôt près de vingt ans que le législateur a institué les SEL. Ce type de société a porté de nombreux espoirs mais aussi des craintes tenaces. Après une évolution fiscale faite de « petits pas », elle paraît aujourd'hui débarrassée de ses principaux défauts de jeunesse et ses qualités tant de fois vantées devraient se révéler pleinement. Or malgré de nombreux aspects attirants, elle suscite encore une certaine méfiance. Face à la rassurante SCP, l'adopter c'est faire un pas vers le monde de la finance…

C/ Les nouveaux moyens de formation

Les métiers du notariat ou la valorisation des collaborateurs après la réforme de la formation

Christophe LAMARQUE

La profession notariale réclamait une réforme radicale de sa formation professionnelle. C'est désormais chose faite, avec la création du BTS notariat au sein des nouveaux instituts des métiers du notariat et des lycées, mais aussi

avec la mise en place d'une licence universitaire professionnelle. L'essentiel de la réforme de la formation notariale émane du décret du 20 août 2007 relatifs à la formation professionnelle notariale conditions d'accès aux professions notaire et à ses quatre arrêtés du 27 août 2007 fixant le programme et les modalités d'examen de contrôle des connaissances relatives à la formation professionnelle notariale et aux conditions d'accès aux fonctions de notaires.

Dans le but d'assurer le renouvellement des collaborateurs de notaire et d'élargir le recrutement externe des jeunes ou interne au sein même de la profession vers tous les métiers du notariat, ou en reformant la voie dite sociale, la profession fait face aux enjeux de demain :

Préparer plus de collaborateurs, mieux armés et mieux formés aux métiers du notariat, face aux nombreux départs à la retraite, aussi bien d'employeurs que d'employés. Les études sont de véritables entreprises qui en multipliant leurs missions, ont générés des besoins nouveaux, des savoir-faire spécialisés, souvent méconnus du public.

La comptabilité, l'accueil multilingue, l'informatique, la gestion de patrimoine ou la négociation immobilière sont autant de métiers spécifiques en marge de celui de clerc de notaire.

Ouvrir aux lycées et aux universités l'ensemble des métiers du notariat pour rendre plus lisible et attractive une profession non délocalisable et pleine d'avenir. Diversifier et s'enrichir de diplômes pour séduire davantage d'étudiants et déboucher sur de véritables métiers voilà l'objectif de la réforme de la formation professionnelle. Une nouvelle pédagogie interactive doit être présentée, orientée vers de nouveaux enseignements, une modification profonde de la répartition des cours, avec des volumes très dense, des approches transversales, et toujours des stages en office obligatoires quelque soient les filières et passerelles.

Désormais la réforme de la formation professionnelle initiale passe par divers instruments de formation initiale ou continue :

– le BTS,
– les instituts des métiers du notariat,
– les licences professionnelles,
– la voie sociale.

À la rentrée de 2008, *les instituts des métiers du notariat* se substitueront aux écoles du notariat dans la formation initiale des collaborateurs du notariat. Un nouveau brevet d'état de technicien supérieur des métiers du notariat voit le jour.

De leur côté les universités s'adaptent « au terreau étudiant » et aux besoins locaux en proposant sur le modèle de l'université d'Alençon, une licence professionnelle universitaire notariale. Sur ce modèle, d'autres universités comme La Rochelle ou Chambéry, soucieuses de retenir sur place et orienter leurs meilleurs éléments au sein du giron notarial local, (les étudiants partent de

leur université d'origine plus par obligation que par choix véritable) proposent cette nouvelle licence professionnelle notariale.

Enfin les notaires eux-mêmes encouragent la voie interne dite sociale par la valorisation des acquis professionnels des clercs confirmés pour accéder la profession de notaire selon un nouveau cursus de formation et de contrôle de connaissances techniques adapté leur permettant d'accéder à l'exercice de la profession en tant que notaire.

L'arrêté du 17 avril 2007 vient de créer un brevet de technicien supérieur « des métiers du notariat », premier diplôme d'état en direction de la jeunesse dans l'espoir peut être vain de séduire les futurs étudiants aux vertus des métiers du notariat. Le futur expert et négociateur immobilier, le formaliste, ou l'assistant juridique notarial sortira peut-être demain d'un lycée et s'orientera vers une profession méconnue de lui, grâce à ce BTS. Ce nouveau « brevet de technicien supérieur notarial » (BTS notariat) mis en place par le ministère de l'Éducation nationale en partenariat avec notre profession propose de répondre aux attentes de formation parfois antagonistes réclamées par les notaires, les étudiants, les salariés et employés du notariat ou les personnes en recherche d'emplois ou de reclassement professionnel. Sans entrer dans les détails des conditions d'accès précis, on peut dire qu'il sera essentiellement proposé au notaire et à ses employés un contrat d'apprentissage ou de professionnalisation en alternance, offrant une période de formation à la fois d'enseignement théorique en lycée et d'apprentissage notarial. Ce brevet de technicien supérieur, mention « notariat » dure vingt-quatre mois et délivre un diplôme après seize mois de cours et huit mois de stage.

Le ministère de l'Éducation nationale, veut en faire en partenariat avec les institutions notariales, un moyen de formation initiale ou continue d'intégration professionnel actif et de proximité. Les BTS généraux existent depuis déjà longtemps et remplissent déjà ce rôle dans des domaines d'activités tertiaires vastes de productions de services comme d'action commerciale, génie climatique. L'article 2 de l'annexe I du décret qui, réaffirme clairement le maillage territorial notarial, motive cette nouvelle formation diplômante hybride, spécifique au notaire afin de répondre à un besoin de service polyvalent juridique fiscal et régional (élargie à quelques activités non notariales).

Ce nouveau BTS notariat est présenté comme une convention aidée de formation professionnelle notariale à vocation généraliste conclue avec des étudiants, des personnes en recherche d'emplois, des salariés issus ou non de la profession, sous le contrôle de l'État au moyen d'un contrat d'apprentissage ou de professionnalisation déjà connu dans d'autres branches d'activités salariées privées comme dans l'immobilier ou les transports par exemple. Il s'adresse en premier aux personnels du monde du notariat mais aussi sans que chacun n'en ait pris suffisamment conscience, aux employés d'entreprise de services juridiques et de conseils immobiliers de proximité.

Si une synergie formation/emploi local se met progressivement en place entre les partenaires sociaux, les organismes de formations professionnels, de reclassement, les cellules d'orientation, les institutions notariales de formation existantes, les professeurs et enseignants, les chambres de commerces et les bénéficiaires eux-mêmes (employés et futurs collaborateurs) on peut espérer promouvoir le recrutement local dans les secteurs en expansion comme les services juridiques et immobiliers. On peut souhaiter que le notariat et certains dirigeants de micro et petites entreprises non délocalisables puiseront dans ce vivier des futurs techniciens supérieurs dans des métiers à fort potentiel économique comme ceux du notariat ou d'autres (les promoteurs immobiliers, les entreprises de conseils et services juridiques, les agences immobilières, les centres de gestion des entreprises).

Reste aux notaires d'être convaincus de l'intérêt de ce nouveau diplôme, au ministère de l'éducation nationale de préparer à nos métiers si spécifiques.

Reste à communiquer et convaincre de l'avenir de nos métiers, de la polyvalence de la formation et des passerelles proposées pour gravir les échelons, et proposer enfin, un plan de carrière lisible, clair, transparent aux collaborateurs méritants.

Cependant, il faut se garder de croire à tout remède notarial immédiat. La réforme n'est ni la révolution ni la cour des miracles, elle est certes novatrice, pragmatique et séduisante, reste à l'organiser dans son contenu, la rationaliser dans son fonctionnement et sa gestion qui désormais ne dépend plus des seules institutions notariales (associées aux universités) mais revient au ministère de l'Éducation nationale. Il n'est pas certains que la conduite de ce BTS « mention notariale » soit à la hauteur des enjeux de formation en cause.

Dans des Pyrénées-Orientales pour la rentrée prochaine ce nouveau brevet est géré et piloté par le GRETA. Il sera mis en place dans un lycée professionnel ouvert avec un minimum de neuf élèves, largement atteint tant la formule séduit les étudiants mais aussi les personnes en recherches d'emplois ou de formations professionnelles de qualité. Par contre, ici aussi, les étudiants de Perpignan rencontrent les mêmes difficultés d'obtention du stage obligatoire en étude, que leurs homologues issus de l'école de notariat de Montpellier. En effet presque la moitié cherchent toujours un stage notarial.

Mais à la différence des écoles de clercs dont la formation est dispensée par les enseignants efficaces et reconnus depuis 1973, chaque gestionnaire comme le GRETA dans l'exemple ci-dessus devra mettre en œuvre un savoir faire notarial pédagogique, qui ne lui est pas acquis d'avance et notamment dans la profession.

D/ Vers l'évolution du statut de notaire salarié

1) Rappel historique

À la fin des années 80, certains notaires visionnaires réclamaient un nouveau mode d'exercice de la profession, adapté aux besoins de services et de prestations juridiques demandés par la clientèle.

En 1990, Maître Rufin, sénateur, répond lors d'une séance au Palais du Luxembourg : « *il faut reconnaître que la forme ancienne du notariat ne peut perdurer. Un notariat nouveau doit apparaître grâce à des méthodes nouvelles* ».

Le statut du notaire salarié s'est fondé sur le régime préexistant d'avocat collaborateur prévu par l'article 14 (Loi PME 2 août 2005, art. 18 ; L. 31 déc. 1971, art. 7 ; D. 27 nov. 1991 art. 129 et 130). Mais ce dernier statut permet un choix d'exercice propre à cette profession par une alternative entre :

– l'**avocat collaborateur libéral** qui peut constituer et développer une clientèle personnelle (sous certaines conditions),

– l'**avocat collaborateur salarié** qui ne peut constituer, ni développer de clientèle personnelle.

Celui-ci doit se consacrer exclusivement au traitement des dossiers qui lui sont confiés pendant l'exécution de son contrat de travail, ainsi qu'aux missions d'aide juridictionnelle et de commission d'office pour lesquelles il a été désigné.

2) Rappel du statut du notaire salarié

Le statut de notaire salarié a, quant à lui, été crée ultérieurement par la loi du 31 décembre 1990, modifiée par les décrets du 15 janvier 1993, et du 24 octobre 2006. On peut définir le notaire salarié comme « *maître dans l'office mais pas maître de l'office* » [22].

• **Le droit du travail** : le notaire salarié est un collaborateur indépendant professionnellement, mais soumis au droit social et au droit du travail. Aucune clause de son contrat de travail limitant sa liberté d'établissement ultérieur et son indépendance ne peut être stipulée.

• **La responsabilité civile du notaire salarié** : L'employeur est civilement responsable du fait de l'activité professionnelle exercée pour son compte par le notaire salarié [23].

• **La convention collective** : la convention collective lui est partiellement applicable. Sa rémunération en considération du diplôme dont il est titulaire est fixée conformément à l'article 15.6 tel qu'il résulte de l'avenant du **20 décembre 2007 rectifié le 10 février 2008**. Il peut être sujet à une prime d'intéressement prédéfinie dans son contrat de travail. Sous certaines réserves, le droit commun du travail et de la sécurité sociale lui demeure applicable ; il cotise à la CRPCEN comme tout employé de notaire.

• **Le statut notarial** : le notaire salarié est soumis aux mêmes exigences déontologiques professionnelles que ses confrères (comme le secret professionnel le plus strict). Il participe aux assemblées comme membre de la Compagnie ; il est éligible aux fonctions électives dans les instances dont il dépend, mais ne participe pas financièrement à la gestion. Il peut être membre d'un syndicat

22. Maître Jean-Pierre DELPEUCH, directeur des Affaires juridiques auprès du Conseil Supérieur du Notariat.
23. Article 6 du décret du 15 janvier 1993.

de clerc, mais non d'un syndicat des notaires. Il pourrait figurer sur la liste des notaires inspecteurs des études. L'habilitation de clerc par le notaire salarié est toujours interdite, prérogative d'exclusion reconnue au titulaire de l'office seul. Par contre, il a qualité pour conférer l'authenticité des actes pour lesquels un clerc assermenté a usé de son habilitation (article 4 dudit décret).

• **S'agissant du licenciement** : l'article 1er du décret du 15 janvier 1993 précise que le notaire salarié est soumis à un régime juridique propre notamment en ce qui concerne la procédure de licenciement ou de discipline.

Les sanctions disciplinaires lui sont applicables comme tout salarié de la profession, à l'exception de celles dérogatoires qui concernent essentiellement la discipline et la déontologie notariale ou les conditions de sa démission ou de son licenciement (chapitre IV et V du décret des articles 14 à 22). En cas de conflit entre l'employeur et le notaire salarié, une commission interne et paritaire est un préalable obligatoire à la saisine du Conseil des Prud'hommes.

3) Quelles idées pour augmenter le nombre de notaires salariés

Il est indéniable que ce nouveau mode d'exercice de la profession notariale n'a pas rencontré le succès attendu. Tentons d'y apporter quelques retouches.

• **S'agissant de la limitation du nombre de notaires salariés d'un office**

Nos instances ne sont pas favorables à la suppression de la limitation du nombre de notaire salarié par office (un notaire salarié par notaire titulaire).

Toutefois, dans le souci de parvenir aux objectifs de notre profession pour 2012 (12 000 notaires), ne pourrait-on pas suggérer un assouplissement ou du moins, un aménagement de cette règle sur décision motivée du conseil régional et sous le contrôle de la Chancellerie, afin d'accompagner au mieux, les nouveaux besoins de notaires salariés, ou de permettre un « mariage à l'essai »…

• **Les effets néfastes de la prohibition des clauses de non concurrence**

Aucune clientèle civile personnelle ne peut être revendiquée par le notaire salarié, ni aucun droit de présentation[24].

Dès lors, tout notaire salarié peut se rétablir librement [25], sous réserve du respect de la procédure (article 17 du décret du 15 janvier 1993). Or, ces principes nient la réalité des faits, car dès qu'il existe un contact avec la clientèle, celle-ci fait naître un risque concurrentiel. Tout employeur y est sensible.

Pour libérer ce frein, ne pourrait-on pas concevoir la validation de clauses de non-concurrence ?

24• Article 2 du décret du 15 janvier 1993.

25• Article 7 du décret du 15 janvier 1993 : « *Le contrat de travail est établi par écrit… Il ne peut comporter aucune clause susceptible de limiter la liberté d'établissement ultérieur du salarié ou de porter atteinte à son indépendance…* »

• Une plus grande liberté au regard du droit du travail : l'application du principe général de la « flexi-sécurité »

L'accord du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail constitue aux dires de certains, l'amorce d'une flexi-sécurité à la française [26]. Réaffirmant le principe du « contrat à durée indéterminée », ce texte crée toutefois, pour les cadres, un « contrat de mission » d'une durée minimum de 18 mois et maximum de 36 mois. Il comporte en outre, la possibilité de sa rupture, à la date anniversaire de sa conclusion, par l'une ou l'autre des parties pour un motif réel et sérieux ; celle-ci ouvre droit à une indemnité d'un montant égal à 10 % de la rémunération totale brute du salarié et non assujettie aux prélèvements sociaux et fiscaux.

Il apparaîtrait concevable de profiter de cette ouverture pour tenter de résoudre l'une des contradictions du statut de notaire salarié. En effet, il s'agit d'un professionnel indépendant, mais qui se trouve soumis à un contrat de travail quasi-ordinaire ; son employeur est donc naturellement réticent à lui consentir ce statut qui lui octroie des prérogatives exorbitantes.

Il s'agirait d'appliquer un dispositif similaire au notaire salarié lui mettant ainsi le « pied à l'étrier », mais rassurant le notaire titulaire au travers la faculté d'y mettre fin. À l'issue de ce « contrat de mission », soit l'essai est concluant et se dénoue par une association, soit il est défavorable, mais le gain en expérience reste acquis.

• L'indemnité de rupture du contrat de travail du notaire salarié

L'accord du 11 janvier 2008 prévoit une nouvelle forme de cessation du contrat : la « rupture conventionnelle » reconnaissant enfin, la pratique de la rupture transactionnelle du contrat de travail. Toutefois, il n'est pas encore permis d'avoir recours à cet égard, ni à une clause compromissoire, ni une modalité conventionnelle de rupture fixée à l'avance. Il est pourtant indéniable qu'une telle liberté conventionnelle donnerait des bases plus équilibrées à cette forme moderne d'exercice de la profession de notaire.

• Conclusion

Ainsi que nous l'avons rappelé, le notaire salarié se distingue notablement par son statut, de l'avocat salarié ou encore plus, de l'avocat collaborateur. Il est indéniable que l'augmentation du nombre de notaires par cette voie, suppose une amélioration de son statuts de manière à supprimer les réticences existantes. Il s'agit de consacrer son indépendance en qualité d'officier ministériel à part entière, en s'éloignant du droit du travail, et en revenant à un mécanisme plus conventionnel, le cas échéant sous contrôle d'une commission paritaire réunissant notaires libéraux et notaires salariés.

---

26. La contraction de flexibilité et sécurité est fréquemment employée pour désigner un système social conjuguant une grande facilité de licenciement pour les entreprises (flexibilité) à des indemnités longues et importantes pour les salariés licenciés (sécurité).

E/ De l'entraide en général et du parrainage notarial en particulier

L'entraide notariale est le maintien de liens au sein même de la profession.

Le réglement national inter-cours actuel édicte les règles morales et professionnelles qui s'imposent à tous les notaires et établi les usages de profession rappelle dans les principes de déontologie que les notaires envers leurs confrères « *se doivent mutuellement conseils, services et appui* » (article 10) et ont le devoir envers le futur notaire et collaborateurs « *de contribuer à la formation des notaires stagiaires… de surveiller et d'encourager le perfectionnement de ses collaborateurs* » (article 15).

L'entraide est donc une obligation et ses principes ne sont pas nouveaux.

L'institution notariale toute entière tend vers cet objectif, qui remonte aux sources même du corporatisme notarial.

Chacun reconnaîtra que toute action ou décision notariale devra s'orienter dans le sens de la création de liens ; *de la démarche qualité*, à la formation continue, de l'insertion des jeunes en stage, aux congrès de notaires, de la participation aux fonctions électives dans nos institutions à la mise en place de Tele@ctes, de l'accueil de ses clients, à la participation de réseaux. Cette entraide a vocation à s'appliquer au notaire lui-même, « aide-toi et le ciel t'aidera », mais aussi envers ses confrères, ses employés, sa clientèle, l'État, et la profession elle-même.

Le parrainage, le patronage, le tutorat voire le mécénat procèdent aussi d'une manifestation sociale humaniste, généreuse, désintéressée en vue de participer à la réalisation un objectif noble d'intérêt général et non lucratif ou du moins exclusif de toute spéculation. L'idée de transmission notariale et d'insertion ou d'installation en toute confiance dans l'office, de créer un lien entre celui qui part et celui qui arrive, en favorisant l'accès des nouveaux notaires dans la profession est au cœur de l'esprit notarial. L'avenir de la profession passe par un plus grand nombre de notaires en exercice et une augmentation significative des offices. Le nouveau notaire installé n'échappe pas aux écueils de la reprise ou de la création, comme tout chef d'entreprise et peut être plus encore.

Les réflexions sur l'installation des nouveaux notaires et des moyens d'y parvenir comme par le parrainage ont été menées par le Mouvement Jeune Notariat dès 1999 au congrès de La Baule. Le but du parrainage et de permettre l'accompagnement de tout nouveau notaire désireux d'être conseillé durant sa phase d'installation ou de reprise d'office. La pérennisation de la transmission de l'entreprise est au cœur des enjeux de civilisation suite au « papy boom » actuel. Ainsi la loi du 2 août 2005 a créé le tutorat d'entreprise afin de favoriser la transmission du cédant au cessionnaire, mais exclut le notariat de son champ d'application.

1) Les notions d'entraide en général

Sommaire
a) Le parrainage
b) Le mécénat
c) Le patronage
d) Le tutorat

a) Le parrainage

À l'origine le parrainage est une cérémonie d'origine religieuse au cours de laquelle deux personnes sont généralement choisies de manière à former un couple et afin d'apporter à l'enfant un éventuel soutien moral. On les nomme parrain et marraine. L'enfant est, lui, le filleul (ou la filleule). Dans l'Église, un parrain est une personne qui joue le rôle de responsable spirituel d'une personne nouvellement baptisée. Par extension, de façon neutre, il peut également désigner toute personne impliquée dans une relation de parrainage. Sur ce modèle religieux la Révolution Française a créé un attribut républicain, le parrainage civil (ou baptême républicain) qui remonte à la loi du 20 prairial, an II (8 juin 1794) relative aux actes d'état civil, réservés aux municipalités et sans aucune valeur morale ni obligation, relevant de la coutume.

À l'émergence d'un parrainage philanthropique et humaniste du XIX^e^ siècle se substitue après la Seconde Guerre Mondiale, un parrainage humanitaire. Le parrainage humanitaire consiste à subvenir aux besoins d'un enfant démuni dans le monde en lui permettant ainsi de rester dans son milieu familial. Ce parrainage se fait en général à travers une association qui s'assure du bon emploi des fonds versés au service de l'enfant. Le parrainage offre une alternative à l'adoption dans un pays étranger, qui suppose la rupture des liens de l'enfant adopté avec sa famille, sa culture et son pays.

Par extension, dans le cadre de l'insertion scolaire ou professionnelle, le parrainage permet de créer une passerelle entre le monde institutionnel et l'univers de l'entreprise. Il permet de favoriser l'insertion, l'apprentissage des jeunes placés sous main de l'école ou de la justice en favorisant l'acquisition de savoirs fondamentaux en entreprise, au contact de parrains et d'accompagnateurs expérimentés.

Récemment une approche commerciale du parrainage à vocation économique et mercatique [27], vecteur de communication est appréhendée par l'entreprise. Le parrainage est devenu une véritable discipline marketing, puisqu'il permet une publicité par propagation de qualité et à faible coût.

Les sites de ventes privées, ou la cooptation de nouveaux membres à l'intérieur d'un réseau privilégié de client sélectionnés sont proposés par les entreprises. L'adhésion de nouveaux utilisateurs ne peut se faire que par l'intermédiaire

27• D'aucuns pourraient dire « marketing ».

d'un membre. Ce modèle marketing joue sur le sentiment d'appartenir à un club restreint d'heureux privilégiés, en contrepartie d'une expansion ralentie.

L'appropriation et l'appartenance à l'image sont l'enjeu du parrainage. L'entreprise met en place une offre de parrainage et récompense les clients qui lui présentent leurs proches, faisant également bénéficier ces futurs clients d'un bonus fortement incitatif.

Le parrainage publicitaire comme mode, la communication audiovisuelle est un véritable outil de stratégie d'entreprise. Le parrainage est une réponse ciblée aux attentes de communication du parrain. Il permet de développer la notoriété du parrain en étant présent sur un support choisi à travers un dispositif personnalisé créant ainsi une pression publicitaire élevée de haut niveau de couverture. En associant la marque du parrain à l'environnement qualitatif du parrainé, proche de son territoire de communication ou de ses centres d'intérêt, l'image du parrain est valorisée, créant ainsi un transfert de reconnaissance positif pour le parrain. En participant financièrement à un niveau réduit, le parrainé et le parrain communiquent à moindres frais sur un support audiovisuel majeur.

Sur ce principe, le Conseil supérieur du notariat en cherchant à accroître la notoriété auprès des jeunes, à recruter des collaborateurs et notaires de demain, s'est associé comme parrain à la saga humoristique « *T'as pas une minute* » diffusée à la télévision sur M6.

Enfin le parrainage est aussi un moyen de valorisation patrimoniale et fiscale de l'entreprise. Pour diversifier leurs ressources financières, les associations peuvent avoir recours à l'aide des entreprises sous la forme de mécénat ou de parrainage. Comme pour les particuliers, un certain nombre d'incitations fiscales existent pour les entreprises.

Il n'existe pas de définition précise notamment en raison de la diversité des opérations qu'il peut concerner. La loi du 23 juillet 1987 relative au développement du mécénat, qui est essentiellement une loi d'encouragement fiscal pour les donateurs, n'a pas apporté de précision quant à la définition juridique de ces deux notions. On peut toutefois se reporter à la terminologie utilisée par l'arrêté du 6 janvier 1989 « relatif à la terminologie économique et financière » (JO du 31 janvier 1989), qui définit :

– le parrainage comme étant le « *soutien matériel apporté à une manifestation, à une personne, à un produit ou à une organisation en vue d'en retirer un bénéfice direct* ». Les opérations de parrainage sont destinées à promouvoir l'image du parrain (personne qui apporte le soutien) et comportent l'indication de son nom ou de sa marque.

b) Le mécénat

Le mécénat comme étant le « soutien matériel apporté, sans contrepartie directe de la part du bénéficiaire, à une œuvre ou à une personne pour l'exercice d'activités présentant un intérêt général ».

La différence entre mécénat et parrainage n'existe pas du point de vue juridique. En revanche du point de vue fiscal le mécénat doit avoir une certaine discrétion et ne pas comporter de contrepartie publicitaire en faveur de l'entreprise mécène. Précisons toutefois, qu'il est admis que le nom de l'entreprise versante soit associé aux opérations réalisées par l'association qui bénéficie des dons (CGI, art 238).

Pour ouvrir droit aux avantages fiscaux, les versements effectués dans le cadre du mécénat doivent l'être au profit des organismes visés à l'article 238 bis du code général des impôts, c'est-à-dire :

1) Les œuvres ou organismes d'intérêt général ayant un caractère philanthropique, éducatif, scientifique, social, humanitaire, sportif, familial, culturel ou concourant à la mise en valeur du patrimoine artistique, à la défense de l'environnement naturel ou à la diffusion de la culture, de la langue et des connaissances scientifiques françaises. Les versements peuvent être faits au bénéfice d'une fondation d'entreprise, même si cette dernière porte le nom de l'entreprise fondatrice ;

2) Les fondations ou associations reconnues d'utilité publique ou les musées de France et présentant l'un des caractères définis ci-dessus ainsi que les associations cultuelles ou de bienfaisance qui sont autorisées à recevoir des dons et legs et les établissements publics des cultes reconnus d'Alsace-Moselle ;

3) Les établissements d'enseignement supérieur ou d'enseignement artistique publics, ou privés à but non lucratif agréés par le ministre chargé du budget ainsi que par le ministre chargé de l'enseignement supérieur ou par le ministre chargé de la culture ;

4) Les organismes, dont la gestion est désintéressée et ayant pour objet exclusif de participer, par le versement d'aides financières non rémunérées, à la création d'entreprises, à la reprise d'entreprises en difficulté et au financement d'entreprises de moins de cinquante salariés.

En contrepartie, les entreprises assujetties à l'impôt sur le revenu ou à l'impôt sur les sociétés sont autorisées à déduire du montant de leur résultat les versements qu'elles ont effectués au profit d'un ou plusieurs des organismes visés ci-dessus. Les taux de déduction sont ainsi fixés :

– pour les organismes visés au (1) ci-dessus, le taux est fixé à 2,25 % du chiffre d'affaires,

– pour les organismes visés au (2), (3) et (4) ci-dessus, le taux est fixé à 3,25 % du chiffre d'affaires.

c) Le patronage

Institution sociale communautaire créée à la fin du début du XIX^e^ siècle en France et au début du XX^e^ siècle. Séparation des pouvoirs de L'Église et de l'État oblige, les patronages religieux ou scolaires coexistent et répondent à deux objectifs concernant les jeunes enfants orphelins, ou apprentis :

– Apporter une aide matérielle et/ou morale à des enfants démunis, les éduquer, les former, et placer ces jeunes issus de milieux défavorisés.

– Recevoir les enfants et les adolescents durant leurs loisirs et leur apporter dans un but de formation morale, physique et sociale des activités sportives et éducatives distrayantes.

Les « patronages » regroupent de nombreux enfants de milieux populaires. Le mouvement prend de l'ampleur à travers le pays, mais sans réelle coordination nationale. Il existe des patronages de filles et de garçons, qui sont laïques, privés, paroissiaux, municipaux. Il existe encore aujourd'hui des patronages en France, qu'ils soient laïques ou religieux. Les plus célèbres sont ; Association Jeunesse Auxerroise fondée en 1905 par l'abbé Deschamps, aujourd'hui club de football réputé et titré ou Cercle Saint-Pierre de Limoges qui deviendra plus tard le CSP ou l'Elan Béarnais, club de Basket.

d) Le tutorat

La loi du 2 août 2005 en faveur des PME incite au maintien de l'activité de l'entreprise sous la forme d'un tutorat entre le cédant et le cessionnaire. En général l'accompagnement du repreneur par le cédant est un gage de succès de l'opération.

Cette loi vise à permettre à l'ensemble des cédants ayant liquidé leurs droits à pension, de rester dans l'entreprise à la demande du repreneur, qu'ils aient exercé comme indépendants ou salariés, en supprimant la période de latence de six mois qui existaient jusqu'à présent pour ces derniers. Lorsqu'ils seront rémunérés, le montant cumulé de leur retraite et de leur rémunération de tuteur, ne pourra excéder leur rémunération antérieure, conformément à la législation sur les retraites. Lorsqu'ils agiront de manière bénévole, il est prévu qu'ils passent une convention de tutorat avec l'entreprise afin de légaliser cette activité au regard du droit social et du droit du travail.

Elle introduit donc un dispositif novateur transitoire permettant au cédant d'entreprise artisanale, commerciale ou de service de conclure avec le cessionnaire une convention temporaire rémunérée ou non d'accompagnement d'activité par suite de son transfert. La cession concerne l'entrepreneur individuel ou de celui qui vend la majorité de ses parts sociales. La convention encadre essentiellement l'affiliation au régime de protection sociale du cédant et aux modalités et conditions d'attribution de la prime de transmission.

Cette loi propose aussi d'attribuer éventuellement une prime de transmission pour le cédant, selon des modalités définies par l'article 25 de la loi du 29 mars 2007. On regrette que les professions libérales soient exclues de ce régime, alors que la problématique est identique aux deux catégories d'entreprises libérales ou non.

2) Le parrainage et le tutorat appliqués au notariat

Quelles entraides notariales, pour quels notaires ?

Dans l'ensemble toutes ces notions, mis à part le parrainage publicitaire, poursuivent à l'origine un même but philanthropique fondé sur une charité chrétienne pour les uns ou une entraide et solidarité active ou morale laïque pour les autres.

a) L'accompagnement pendant six mois du cédant auprès du cessionnaire

Sur la base d'un volontariat, entre le cédant et le cessionnaire avec l'accord des autres associés éventuels, propose dans le projet de cession, l'accompagnement temporaire lors de la transmission de l'office ou la cession des parts sociales. Le maintien, dans l'entreprise du notaire cédant, dans les premiers mois qui suivent la reprise par le cessionnaire, facilite le transfert des savoir-faire et améliore la connaissance de la clientèle et du marché. L'intérêt de l'accompagnement est certes limité au cas où le cessionnaire est un nouveau notaire étranger à l'office qu'il entend reprendre. Ce cas de figure représente un nombre important de dossiers de cessions d'office.

Permettre que le notaire cédant, accède au bénéfice de sa protection sociale en matière d'accident du travail et de maladies professionnelles, sous réserve de l'acquittement par le cessionnaire des cotisations correspondantes. La solution pourrait être d'ailleurs intéressante pour la Caisse de retraite des notaires qui engrangerait temporairement une double cotisation du cédant et du cessionnaire.

L'intérêt pour le cessionnaire dont les charges d'exploitation sont augmentées, serait pendant cette période critique, l'accompagnement, et surtout de permettre, le passage de témoin, de favoriser un dialogue permanent durant cette phase délicate de transfert de direction et de compétence dans l'office. Bien évidemment à partir de l'installation du cessionnaire, le cédant présent dans l'office ne disposerait plus d'aucun pouvoir ni d'aucune responsabilité d'aucune sorte, vis-à-vis des tiers, des clients ou du personnel de l'office. Sa mission consisterait à basculer la gouvernance au cessionnaire en vue d'optimiser sa prise en main de l'office.

b) Le parrainage notarial

Le Mouvement JN a été précurseur en cette matière. Pour s'en convaincre on citera les travaux de Stéphanie Gaillard-Hosteins lors du congrès Jeunes Notariat à Dakar de 1999, ou le dossier paru dans le journal *JN* du mois de février 2000 ; Fabrice Rigaud, notaire salarié à Pornic et Brice Guillou, notaire assistant à Nantes, proposent un guide et une charte du parrainage.

c) Le concept

L'objectif du parrainage est de créer une charnière, une passerelle entre le monde connu du notaire jusque-là salarié et le nouveau monde qui se dessine pour le nouveau notaire qui s'installe. Durant cette phase d'installation critique, l'écoute, le dialogue et la confrontation d'expérience passée

des confrères sont de nature à conforter ou rassurer le nouveau notaire dans ses choix.

Le parrain fait partager des expériences riches d'enseignements, susceptibles de prévenir et réduire les risques potentiels liés à l'installation.

Le parrainage crée un lien de confiance susceptible de développer l'apprentissage pédagogique de chef d'entreprise notarial, orienté vers des réseaux personnels et professionnels. Le principe est applicable quel que soit le type d'installation, création, reprise d'un office seul, ou intégration dans une société après rachat de parts sociales. Mais pour ne pas interférer dans la relation filleul associés et parrain, les autres membres de la société devraient donner leur consentement à l'opération voir y participer activement. À défaut d'un tel accord, le parrainage ne serait pas envisageable dans un tel cas La relation étant exclusive de toute lucrativité pour l'une ou l'autre des parties, elle doit être exclusive aussi de toute responsabilité pour le parrain. Il n'agit pas comme un conseiller privé, un manager, ou un consultant et n'a aucune direction dans la gouvernance de l'office ni obligation de résultat vis-à-vis des choix du parrainé.

C'est une relation philanthropique de confiance personnelle *intuitu personae* bénévole et libre entre le parrain et son filleul, sorte d'extension du devoir de confraternité notarial et suite du droit de présentation du notaire cédant.

c-1) Quel parrain pour quel filleul ?

Sur la base du volontariat, le notaire parrain doit être titulaire d'office ou associé actif ou retraité, avoir le sens du partage du management notarial et du dialogue à l'écoute du parrainé. Un certain éloignement géographique entre les deux notaires est nécessaire lorsqu'ils sont tous deux en exercice, par exemple hors cours d'appel et cours d'appel limitrophes du parrainé.

Le parrainé doit être diplômé notaire, avoir obtenu son stage obligatoire et avoir un projet d'installation défini. L'un comme l'autre doivent pouvoir se choisir et se séparer librement. Une clause de conscience figurera dans la charte de parrainage organisant la rupture amiable entre les personnes (éventuellement précédée d'une conciliation auprès d'une commission nationale).

On pourrait suggérer aussi une clause d'engagement moral pour le parrainé de devenir lui-même parrain après un certain temps d'exercice professionnel : dix ans pour atteindre la maturité nécessaire de futur parrain.

c-2) Quelle durée de parrainage ?

Une durée de deux ans éventuellement prorogée d'un commun accord entre le parrain et le parrainé, sur juste motif paraît suffisante et nécessaire. Il faut avoir conscience que plus la durée est longue et plus il sera difficile de trouver des parrains d'une part, mais aussi plus le parrainé aura l'impression de ne pas tout à fait voler de ses propres ailes.

Selon l'orientation choisie par le futur notaire installé, création ou reprise, les attentes et besoins en terme de durée seront différents voire évolutifs. Cependant le besoin existe avant l'installation du nouveau notaire dans sa phase de recherche et après l'installation dans sa phase de mise en place professionnelle.

c-3) Durant la phase de recherche d'installation

La phase de financière correspond au projet d'installation à l'analyse des bilans, le prévisionnel, l'étude de marché, elle rejoint l'approche de l'intelligence économique. L'approche organisationnelle de l'office, mais aussi parfois en cas de création d'office la recherche de personnel, de locaux, de logiciels de travail,…)

c-4) Après l'installation effective du nouveau notaire

Conseiller le parrainé sur ses orientations de gestion, de management, de réorganisation de l'office, ou l'introduire auprès de réseaux professionnels.

c-5) Présentation d'un véritable réseau parrainage

À l'initiative de JN une véritable plateforme internet pourrait être présentée et diffusée auprès des centres de formations, des chambres, de l'ANC, du Conseil supérieur. Il en existe déjà comme celle mise en place par le Ministère de la justice concernant le parrainage et l'insertion professionnelle des jeunes : *www.parrainage.justice.gouv.fr*

La charte et le guide du parrainage, les témoignages, les bulletins d'inscriptions, la liste des partenaires, y figurent. On pourrait y faire figurer aussi le guide du futur notaire, et des offres de stage ou d'emplois.

F/ L'externalisation et les groupements de moyens

Pascal COAT

Le chef d'entreprise peut trouver dans la réalisation de certaines tâches par un tiers des solutions à des questions d'organisation.

Les raisons sont nombreuses et variées :

– d'abord, bien sûr, de laisser la réalisation de tâches souvent répétitives par un tiers pour se concentrer sur son cœur de métier,

– la réalisation par ce biais d'une économie de charges,

– ensuite, le choix de ne pas embaucher pour un poste non stratégique,

– l'impossibilité de trouver le personnel pour un poste qui ne nécessite pas un temps plein,

– mais aussi l'impossibilité de recruter un collaborateur compétent dans une région peu attractive ou dont les structures scolaires nécessaires à ses enfants sont éloignées…

Cela passe alors par l'externalisation. Dans ce cas l'entreprise est donneuse d'ordre. On peut aussi trouver une réponse à ces problèmes dans la mutualisation des tâches avec des entreprises connaissant le même besoin sous la forme de groupes de moyens. Voyons la chose de plus près.

1) L'externalisation

Sommaire

a) La définition
b) Les justifications à l'externalisation
c) Les risques liés à l'externalisation
d) L'approche économique
e) L'approche juridique
f) La mise en œuvre

a) La définition

Pour une entreprise, externaliser consiste à confier à un prestataire externe spécialisé pour une durée pluriannuelle la totalité d'une fonction ou d'un service, selon des niveaux de services, de performance et de responsabilité spécifiés et dont la bonne conduite est sous la responsabilité de cet intervenant.

On parle d'externalisation quand le transfert d'activité au prestataire, en termes d'importance, d'implication et de responsabilité, atteint un degré important et se traduit dans la durée.

On peut en trouver une traduction concrète dans l'échelle qui suit :

– **Niveau 0** : services ponctuels de maintenance, pas de cadre contractuel.

– **Niveau 1** : services récurrents de maintenance, cadre contractuel sur un an avec simple obligation de moyens.

– **Niveau 2** : Le prestataire offre des services à la demande ou ponctuellement en matière de management ou de maintenance sur la base de forfaits avec obligation de résultats (externalisation de tâches), engagement à moyen terme (trois à cinq ans).

– **Niveau 3** : Le prestataire reste en dehors du cœur de métier de son client mais prend en charge la gestion complète d'un processus avec obligation de résultats (externalisation de fonctions, exploitation, *facilities management*, BPO). L'engagement est à long terme, jusqu'à dix ans et plus.

– **Niveau 4** : Le prestataire se positionne jusqu'au cœur des opérations qu'il conduit pour le client avec obligation de résultat. Sa rémunération dépend du niveau de résultat financier atteint par son client. L'engagement est à long terme, jusqu'à dix ans et plus.

Selon cette typologie des prestations, on peut considérer que l'externalisation commence au niveau 2 de responsabilité, avec la prise en charge d'une tâche. Un contrat d'externalisation suppose donc une récurrence sur une durée

d'au moins trois ans. On comprend par là que l'externalisation est essentiellement une notion de gestion d'entreprise. Il est utile d'indiquer que l'externalisation est appelée « *outsourcing* » en anglais et impartition par nos amis canadiens. L'externalisation appliquée aux systèmes d'information bénéficie d'une terminologie spécifique puisqu'on parle d'infogérance. L'externalisation n'étant pas définitive, c'est-à-dire que l'entreprise peut faire le processus inverse en réintégrant les activités qu'elle avait externalisées : on parle alors de réinternalisation ou de « *backsourcing* ».

b) Les justifications à l'externalisation

Les avantages attendus des opérations d'externalisation sont assez nombreux.

b-1) Avantage de coût

On sait que la logique économique veut que la taille de l'entreprise s'accompagne en général, d'économies d'échelle. Cette règle se vérifie dans le notariat.

En 2002, les charges d'un office individuel dont les recettes n'excèdent pas 180 000 € représentaient près de 90 % des produits, alors que pour le même office dont les recettes excèdent un million d'euros, elles n'étaient que de 64 % (Sources Fiducial). Il en allait de même pour un office en société civile professionnelle dont les recettes sont supérieures à 1 600 000 €, puisque les charges représentaient à peine 63 % des produits La tendance s'est renforcée depuis cette date, puisque les petites études ont vu leurs charges augmenter de 33 %, quand les plus importantes n'ont constaté qu'une augmentation de 7 %.

Sur la base du baromètre de l'*outsourcing* d'Ernst & Young, le coût est de loin l'avantage le plus souvent recherché par les entreprises qui s'engagent dans l'externalisation. Outre cette idée de réaliser des économies, le chef d'entreprise recherche dans l'externalisation un meilleur contrôle des coûts. Contractualisés avec le prestataire, les coûts sont fixes et connus d'avance.

b-2) Avantage de compétence et de qualité

En deuxième lieu, les enquêtes réalisées montrent que les chefs d'entreprise recherchent dans l'externalisation, au-delà des économies, une compétence contribuant, d'abord à améliorer l'organisation de l'entreprise dans son ensemble, laquelle entreprise pourra se concentrer sur son cœur de métier, et ensuite, à transférer au prestataire la responsabilité de la réglementation qui est attachée à l'exercice de l'activité externalisée (hygiène, sécurité, droit du travail,…). L'entrepreneur est également attentif aux propositions du prestataire pour améliorer le service ou optimiser le coût. Il ressort que, pour être un opérateur crédible, il faut également être force de proposition dans l'organisation du client, c'est-à-dire être en mesure de poser un diagnostic de l'existant et de proposer ensuite des pistes d'amélioration. Nous savons à quel point le notariat est sensible à l'amélioration des logiciels qui intègrent les fonctions de base de la rédaction

d'actes, mais aussi des fonctions de publicité foncière par le web, comme des fonctions croissantes d'organisation de l'activité.

b-3) Avantage de souplesse et de simplicité

Ensuite, la souplesse et la simplicité sont une conséquence quasi logique du processus d'externalisation, pourvu qu'il se passe dans de bonnes conditions. La contrainte de la gestion du personnel incombe désormais au prestataire, les ajustements de ressources nécessaires étant réalisés par ce dernier, et non plus par l'entreprise cliente. Cette manière de procéder est tout à fait adaptée à des petites entreprises dont les besoins en personnel sont difficiles à satisfaire, ponctuels ou à temps partiel.

c) Les risques liés à l'externalisation

Les risques liés à l'externalisation sont multiples.

c-1) L'externalisation et le Code du Travail

Nous avons vu que l'externalisation est une notion de gestion d'entreprise. Mais la réalisation par un tiers de tout ou partie d'une tâche dont on assume la responsabilité vis-à-vis du client peut avoir des conséquences au regard du Code du Travail.

En la matière, on connaît la sous-traitance et le contrat de prestations. Dans le premier cas, il ne faut pas se laisser abuser par l'acception courante de l'expression qui tendrait à qualifier de sous-traitance toute délégation à un tiers d'une prestation dont on a la charge et par conséquent à se soumettre à toutes les obligations qui en découlent.

En effet, la sous-traitance au sens de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance ne concerne, comme le précise l'article 20 de la loi, que l'opération par laquelle une entreprise confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant tout ou partie de l'exécution du contrat d'entreprise ou du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage. Or :

– le contrat d'entreprise est un contrat par lequel une personne se charge de faire un ouvrage pour autrui, moyennant une rémunération, en conservant son indépendance dans l'exécution du travail (article 1787 du Code civil),

– et le marché public est le contrat conclu par l'État, les collectivités locales et leurs établissements publics administratifs avec des personnes publiques ou de river en vue de la réalisation de travaux ou de fourniture de biens ou de services (Code des Marchés publics article 1).

La sous-traitance concerne donc le bâtiment et les contrats publics. Il ne sera donc pas question de sous-traitance dans le notariat. Le droit du travail traite aussi du contrat de prestations, notamment du contrat de prestations de services. Cette notion est le fruit de la jurisprudence et non d'une réglementation comme celle de la sous-traitance.

La jurisprudence a arrêté les critères suivants :

1) le contrat de prestation de services doit avoir pour objet une tâche précise et ponctuelle qui nécessite un savoir-faire particulier que l'entreprise cliente n'est pas capable d'assumer en interne,
2) le prestataire doit seul fournir les moyens nécessaires à l'accomplissement de la prestation, qu'ils soient matériels ou humains,
3) le prestataire doit être la seule autorité hiérarchique et disciplinaire concernant ses salariés qu'il aura mis à la disposition de l'entreprise cliente,
4) la rémunération doit être globale et forfaitaire.

Dans la mesure du respect de ces critères, les délits de travail dissimulé prévu à l'article L. 324 -9 du Code du Travail et le prêt de main-d'œuvre illicite prévu par l'article L. 125-3 du même code et le marchandage prévu à l'article L. 125-1 du même code ne sont pas constitués. La chose ne semble pas hors de portée, mais il faut en avoir connaissance.

c-2) Risque lié au transfert de personnel

Si l'externalisation passe par la création d'une structure externe à l'entreprise et au transfert d'une partie du personnel de cette entreprise, le Code du Travail ne l'interdit pas mais pose certaines règles.

L'article L. 122-12 du Code du Travail impose au nouveau prestataire la reprise des contrats de travail, l'entreprise ne doit donc l'envisager qu'avec rigueur. Ainsi, le transfert de services ou d'activités avec leurs salariés n'est admis juridiquement que si ces activités sont des entités économiques autonomes, c'est-à-dire « un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique poursuivant un objectif propre ». La société exploitant la fameuse eau gazeuse Perrier, qui souhaitait déléguer à un prestataire la fabrication de palettes de bois en l'accompagnant d'un transfert de cinquante-deux salariés, a été déboutée par la Cour de Cassation, suite à un recours syndical.

Le motif avancé est que la fabrication des palettes n'est pas une entité autonome. Le reclassement des cinquante-deux salariés au sein de la société a été exigé par la Justice. Cette décision de la Cour de Cassation limite ainsi l'usage de l'externalisation comme outil de flexibilité numérique, c'est-à-dire comme moyen de gérer ses effectifs.

c-3) Risque de perte de compétences clés

Enfin, une dernière limite à l'externalisation concerne le risque relatif que prennent les entreprises à laisser partir certaines compétences, jusqu'à ce que le prestataire devienne si puissant qu'il représente une menace en retour, dans le cas où le client souhaiterait réintégrer ces compétences ou s'y repositionner. Une des conséquences perverses de l'externalisation des compétences concerne

la gestion du prestataire et, indirectement, des compétences externalisées : compte tenu de l'évolution – voire mutation – forte observée dans certains secteurs, notamment l'infogérance, ainsi que celle des compétences, on peut supposer que les modes de management doivent tenir compte de ces évolutions, ce qui devient très difficile pour une entreprise qui s'est dépossédée des compétences clés.

C'est pourquoi il convient de maintenir en interne une compétence technique forte. Quel que soit le degré de proximité de l'activité externalisée avec le cœur de métier de l'entreprise, l'opération d'externalisation présente toujours le risque, pour l'entreprise qui y recourt, de perdre les compétences associées. Peu préjudiciable en cas de bon déroulement des process externalisés, l'externalisation peut s'avérer dramatique si l'entreprise souhaite réintégrer ses fonctions externalisées. Non seulement l'entreprise aura perdu les compétences initialement détenues, mais elle souffrira d'un certain retard dans la connaissance du métier externalisé qui, lui, aura très certainement progressé et évolué durant la période de sous-traitance.

Le risque s'évalue à la fois par rapport à l'importance des compétences de l'activité ciblée (forte ou faible), et de la valeur ajoutée de cette activité. Il convient d'externaliser en priorité les fonctions peu critiques, sur lesquelles les compétences internes sont faibles.

Dans le cas où la valeur ajoutée de l'activité, ainsi que les compétences associées, sont fortes, l'opportunité de l'externalisation doit se mesurer à l'aune de la complexité des processus de l'activité et de la maturité de l'offre du prestataire. Le développement d'un partenariat sera sans doute préférable au recours à l'externalisation (d'autant plus valable lorsque les compétences internes sont jugées faibles).

Pour circonscrire ce risque, il est nécessaire de maintenir un minimum de compétences clés. Pour ce faire, le mode de gestion du contrat d'externalisation est primordial. La gouvernance peut aller de la simple supervision « contractuelle » F. (suivi de la qualité de la prestation, relations clients, supervision plus ou moins symbolique des équipes externalisées…) à la participation au sein d'une société ad hoc qui a été créée pour héberger les salariés transférés (avec la protection des acquis sociaux pour ces derniers, dans le cas où l'entreprise cédante possède la majorité du capital de la société) et les moyens dédiés aux opérations de maintenance. Même si l'entreprise cédante n'intervient pas dans la gestion quotidienne des effectifs et des services, elle conserve un droit de regard et un point de contrôle qui rassurera également les salariés transférés.

Pour savoir faire, il est donc impératif de conserver des compétences clés, quelle que soit la nature de l'activité externalisée et des compétences associées, et ce afin de :

– pouvoir négocier d'égal à égal avec le prestataire ;

– contribuer au retour d'expérience (aussi bien en termes de gestion de contrat que d'évolution du métier externalisé) ;

– avoir un point d'ancrage dans l'entreprise pour le cas où la gestion de l'activité externalisée serait réintégrée.

c-4) Risque lié à la maîtrise de la rentabilité

Bien que l'externalisation génère une réduction significative des coûts « visibles », elle peut provoquer un accroissement des coûts induits – « coûts cachés » –, qui sont souvent sous-estimés par les entreprises. Ces coûts sont inhérents à la nécessité de mettre en place un dispositif de surveillance et de contrôle des activités sous-traitées (coordination des équipes, actualisation périodique des contrats, définition du cahier des charges, suivi des activités du prestataire). Par ailleurs, il n'est pas toujours facile pour le donneur d'ordres de maîtriser les éléments de la facturation, ce qui a pour conséquence de limiter, à terme, les gains escomptés.

c-5) Risque stratégique

Des fonctions externalisées à un certain moment de la vie de l'entreprise parce qu'elles étaient considérées comme non stratégiques peuvent se révéler ultérieurement comme étant des processus critiques et dont la réinternalisation peut s'avérer difficile du fait de la perte du savoir-faire.

c-6) Risque lié à la renonciation aux contrats

Un autre problème de l'externalisation concerne la renégociation du contrat à échéance. Le changement de partenaire peut se révéler extrêmement coûteux pour l'entreprise et, à l'échéance du contrat, le prestataire de services peut être tenté de valoriser au mieux son emprise… En outre, les activités externalisées ne sont pas toujours exercées avec le niveau de qualité requis, surtout si elles concernent des tâches peu qualifiées. C'est précisément pour cette raison que Novotel a réintégré l'activité de nettoyage, transformant dès lors « un poste de coûts en facteur de valeur ajoutée ».

d) L'approche économique

On constate sur le plan économique, que le chef d'entreprise cherche dans l'externalisation une réponse à la prise en charge, à l'exploitation, à la gestion continue et / ou à l'amélioration :

– De fonctions liées à l'organisation interne comme les ressources humaines, la paye, la facturation, la comptabilité…

– De tâches liées à la structure comme l'entretien ou la sécurité des locaux, la maintenance des systèmes d'information et de télécommunications…

– De processus situés en amont ou en aval de l'organisation de l'entreprise comme l'achat des consommables, de matériels et fournitures, du stockage, de l'archivage…

Tous les chefs d'entreprise y recourent. Il apparaît à la lumière d'une enquête réalisée en 2006 que l'externalisation en France sans délocalisation concerne 96 % des fonctions de paye et de ressources humaines et 85 % des fonctions comptables et financières.

Le Web permet la réalisation de ses fonctions par des entreprises aux quatre coins de la France, voire au delà. C'est ce qu'on appelle l'*offshore*. Un petit tour par internet permet de trouver des prestataires en secrétariat, en paye ou en comptabilité avec délocalisation sur le Sénégal ou Madagascar.

e) L'approche juridique

Sur le plan juridique, le contrat d'externalisation est régi par le droit commun des obligations. Cette relation juridique est complexe à tous les stades, d'autant que l'externalisation envisagée est importante.

Déjà dans la phase précontractuelle, cela va se traduire certainement, non par un simple échange de courriers ou de lettres d'intention, mais pour le client par une définition minutieuse des besoins à externaliser et pour l'opérateur par une traduction technique de la prestation à offrir. Cette démarche peut être longue et onéreuse pour les parties en présence, sans pour autant aboutir, d'autant que la liberté de rupture des pourparlers est un principe. Il convient quant même que ce principe trouve sa limite dans la faute (art. 1382, 1383 C. civ.). Bien sûr cette faute s'apprécie en fonction de l'état d'avancement du projet, de son importance, des frais engagés…, la réparation s'appliquant tant au préjudice financier que moral. Il est certainement judicieux d'envisager cette situation par le contrat.

Une période d'élaboration fructueuse prend fin avec la signature du contrat d'externalisation dont certaines clauses ou obligations méritent d'être soulignées. On peut commencer par l'obligation d'information pesant sur le prestataire qui, comme tout prestataire de services, est tenu à une obligation de conseil à l'égard de son client qui dépasse la simple obligation de fournir des informations objectives sur la solution proposée. En effet, l'externalisation est une opération qui a des conséquences importantes sur l'entreprise. Dans ces conditions, le prestataire se doit d'orienter le choix de son client en préconisant la solution qui lui apparaît la plus adaptée. L'obligation d'information pèse sur le prestataire pendant toute la durée du contrat.

Cette obligation de conseil du prestataire a pour corollaire l'obligation de collaboration du client. En effet, en raison de la nature des prestations, le client doit se renseigner, poser les questions nécessaires, c'est-à-dire s'impliquer activement en interrogeant le fournisseur sur les éléments qui pourraient lui échapper. En pratique, l'obligation de collaboration est effective lorsque des comités de suivi des prestations sont mis en place et se tiennent entre les parties. Lors des comités de suivi, les parties ont la possibilité d'examiner le niveau de performance atteint par le prestataire sur une période donnée, de modifier les indicateurs de qualité, de prendre en compte les évolutions des

services, en bref d'adapter le contrat aux nouveaux besoins exprimés. On peut continuer par la clause de réversibilité, c'est-à-dire la sortie du contrat. La clause de réversibilité permet au client de prévoir les conditions dans lesquelles il pourra reprendre en interne la fonction externalisée ou encore, transférer, à un autre prestataire, la gestion de cette fonction, ce qui est plus souvent le cas. Cette possibilité doit être offerte au client, et afin d'éviter toute déconvenue, les conditions financières et les modalités pratiques de mise en œuvre de cette réversibilité devront être contractualisées avec précision c'est-à-dire le coût de l'opération, les modalités de transfert des matériels, les modalités d'assistance du personnel du prestataire à la réalisation de réversibilité (temps consacré, nombre de personnels), les modalités de transfert des données et du savoir-faire, les incidences sociales, etc. Le recours à un praticien d'expérience pour la rédaction de telles clauses paraît incontournable.

Le niveau de service déjà évoqué constitue bien sûr un autre aspect essentiel du rapport contractuel. Le contrat d'externalisation (les spécialistes parlent de *Service Level Agreement* ou SLA) se caractérise par le périmètre de services, l'étendue des responsabilités et garanties apportées par le prestataire, le niveau de services que le prestataire s'engage à respecter dans le cadre de l'exécution des prestations, la définition d'indicateurs de qualité pertinents. La défaillance partielle ou totale du prestataire dans l'exécution du niveau de services est accompagnée de sanctions pécuniaires : une diminution du prix, le versement d'une indemnité. On peut faire appel à tout l'arsenal des sanctions connues du droit des contrats. Afin de définir le périmètre de service de manière adéquat, on peut pour cela raisonner en partant de l'existant. Ce périmètre sera d'autant plus facile à appréhender qu'il correspond à un service clairement identifié (la comptabilité client, l'exploitation informatique).

La définition des responsabilités et des garanties commence par la détermination des attentes mutuelles des deux parties. Il faut déterminer d'abord au niveau du processus, la frontière entre ce qui demeure interne et donc de la responsabilité du donneur d'ordre et ce qui devient externe et de la responsabilité du prestataire. Enfin, il faut définir les indicateurs de performance les plus appropriés et déterminer pour chacun de ces indicateurs les objectifs à atteindre. Il est d'usage d'associer au non-respect des indicateurs des pénalités qui seront déduites de la facture du fournisseur. Il existe aussi des mécanismes de bonus visant à inciter le fournisseur à améliorer la qualité du service.

Il faut évoquer enfin le coût de la prestation. Le prix de la prestation peut être fixé forfaitairement dès la signature du contrat par les parties. Mais le contrat d'externalisation est rarement un contrat de courte durée. Il convient donc d'envisager tant les évolutions du contenu de la prestation souhaitée par le client et ses incidences tarifaires, que l'évolution des coûts du prestataire. Le type de prestation permet peut-être la définition au contrat des modalités

de révision du prix. Sinon, on aura recours à l'avenant. Il faut ici faire appel à l'intelligence du rédacteur en matière de droit des contrats. À titre d'illustration, il existe des contrats prévoyant une rémunération en partie forfaitaire, en partie variable selon l'augmentation des résultats des clients. Il s'agit bien sûr de contrats d'externalisation avec obligation de résultat et supposant un partenariat fort entre le client et l'opérateur.

f) La mise en œuvre

Une externalisation suit une logique sans grande originalité en cinq phases :

1) D'abord, l'analyse des activités de l'entreprise selon un certain nombre de critères (importance stratégique, expertise interne, confidentialité, savoir faire etc.) afin de déterminer ce que l'entreprise doit conserver en interne et ce qu'elle doit déléguer à un prestataire externe. Le résultat de cette analyse est le périmètre des activités externalisables, rappelées au contrat comme il est indiqué plus haut. Cette étape est appelée *sourcing*. C'est alors qu'est prise à l'issue la décision d'externaliser ou non.

2) On rédige à la suite le cahier des charges qui doit contenir un certain nombre d'éléments : les objectifs, le périmètre et la description des activités, les niveaux de service attendus, les modalités contractuelles. Un délai est laissé aux éventuels partenaires prestataires pour la réponse sur la base de laquelle se fait le choix du partenaire.

3) Ensuite intervient une étape extrêmement importante : la transition de l'activité vers le prestataire. Il faut être en mesure de contrôler la prise en main par le prestataire de l'activité externalisée. Cette phase doit avoir été préalablement bien anticipée.

4) La phase « récurrente » est la phase d'exécution de la convention de service. Ce sont des contrats de moyenne, voire de longue durée.

5) La dernière phase est celle, le cas échéant, qui consiste à réintégrer ou à réinternaliser le service externalisé depuis le partenaire vers l'entreprise ou un tiers désigné par elle. Tout simplement parce que c'est le souhait de l'entreprise donneuse d'ordre ou que la défaillance du prestataire est à déplorer. C'est une phase à ne jamais sous-estimer.

Avec le recul, on constate que l'externalisation présente les dangers d'une solution de facilité mal appliquée. C'est notamment le cas dans le domaine des systèmes d'information où l'externalisation est répandue. Cela ne constitue pas une simple fonction de support. Il est capital pour l'entreprise non seulement de faire des économies d'échelle ou d'être plus efficace, mais aussi de personnaliser le service vis-à-vis des clients, des fournisseurs, des partenaires. Des études ont montré que le prestataire n'a pas d'intérêt particulier dans le succès de son client, ni de compréhension profonde des processus internes, des relations clients, des canaux de distribution, de la culture de l'organisation, de l'entreprise ou de sa clientèle etc.

Selon un récent rapport du cabinet d'étude Gartner, l'externalisation n'est pas nécessairement la solution aux problèmes d'économies de coûts que connaissent les entreprises. Au surplus, après avoir fait miroiter aux entreprises les avantages en termes d'économies budgétaires dans le même domaine de l'informatique, les cabinets d'analyse se montrent aujourd'hui plus prudents. Certes, il est indiqué que, d'ici 2005, plus de 70 % des entreprises compteront au moins trois fournisseurs de services informatiques. Mais, il est affirmé que moins de 10 % des entreprises disposent d'une direction informatique capable de gérer ces prestataires de services et de leur imposer des objectifs (en termes de budget et de délais) susceptibles d'être contrôlés et respectés. Dans ce contexte, on estime que les entreprises doivent remettre à plat leurs analyses coûts / bénéfices de l'externalisation, réévaluer les risques liés et revoir les structures de relation avec leur(s) fournisseur(s).

2) Les groupements de moyens

Sommaire

a) Des préoccupations identiques à l'externalisation
b) La définition
c) La rigueur dans la mise en œuvre et la formalisation juridique
d) Les avantages et le risque liés au groupement de moyens
e) Le choix de la structure juridique

a) Des préoccupations identiques à l'externalisation

Les préoccupations du chef d'entreprise sont en tous points identiques à celles qui expliquaient la démarche d'externalisation.

b) La définition

Cette expression ne correspond à aucune définition juridique précise. C'est une situation de fait, plus ou moins organisée, permettant aux différents participants de mutualiser des moyens matériels, humains, intellectuels… C'est bien sûr l'économie réalisée qui est le motif premier des entrepreneurs qui y recourent, comme en matière d'externalisation.

On connaît des traductions juridiques typiques : la société civile de moyens ou le groupement d'intérêt économique. Mais les entrepreneurs ne sont pas liés par ces structures et peuvent, selon les objectifs qu'ils visent, préférer d'autres formes juridiques comme les associations, qu'elles soient fiscalisées ou non, ou les sociétés civiles ou commerciales : société de fait, société civile, groupement d'intérêt économique, société coopérative, SARL, SAS, SA… À chaque structure ses avantages et inconvénients. Ce n'est pas l'objet du présent rapport d'en faire l'étude.

Cela a aussi l'intérêt d'assurer une neutralité fiscale, à la structure en question, tant en matière de taxe sur la valeur ajoutée que d'impôt sur les sociétés.

c) La rigueur dans la mise en œuvre et la formalisation juridique

Sa mise en œuvre, sa traduction juridique exigera la même rigueur que l'externalisation évoquée plus haut.

d) Les avantages et le risque liés au groupement de moyens

Cette manière particulière d'externaliser a les inconvénients de ses avantages. A la différence de l'externalisation vers un prestataire tiers :

– La prestation peut être réalisée à prix coûtant, ce qui est extrêmement intéressant quand l'on sait que c'est le but premier recherché par l'entrepreneur sur des prestations de base ;

– La maîtrise sur l'opérateur est complète. L'entrepreneur est adhérent de la structure prestataire, qui est en quelque sorte filialise ;

– La prestation est réalisée sur mesure avec une possibilité de l'améliorer en permanence et à convenance ;

– La confidentialité est totale.

Ce sont des avantages majeurs du groupement de moyens. L'inconvénient c'est la dépendance entre le donneur d'ordre et le groupement de moyens. Dans l'externalisation classique, le client est totalement indépendant du prestataire et peut mettre un terme à la relation dans les conditions du contrat. Dans le groupement de moyens, le client est membre de la structure prestataire. Il n'est pas indépendant. C'est une émanation de sa propre entreprise. C'est une manière d'organiser son entreprise. Il ne faut donc pas que la défection d'un ou de plusieurs adhérents pose des problèmes de survie à la structure. C'est le problème de ce genre d'organisation. La réflexion doit donc porter d'abord sur les modalités de retrait du groupement et, le cas échéant, sur la dissolution du groupement.

e) Le choix de la structure juridique

Comme il est déjà indiqué, la structure va varier selon les objectifs visés par l'entrepreneur, essentiellement selon l'importance des moyens mis en jeu : forme associative, civile, commerciale… Ce qui mérite d'être souligné c'est l'éventuelle neutralité fiscale de la structure tant au niveau de la TVA que de l'impôt sur les sociétés. En effet, le groupement de moyens est une notion fiscale précise.

La structure juridique importe peu. Ce qui est déterminant, c'est que l'objet de celle-ci est la mutualisation de moyens à prix coûtant. La comptabilité doit donc en être la traduction scrupuleuse. Les sommes réclamées à l'adhérent doivent exactement correspondre à la part lui incombant dans les dépenses communes : la mise à disposition de personnel et de matériel, le recrutement, la gestion et la paie du personnel, les travaux informatiques, la réception téléphonique, le secrétariat, la réalisation de tâches administratives spécifiques…

Dans la pratique, un budget prévisionnel est voté en début d'exercice et appelé mensuellement auprès de chaque adhérent moyennant une régularisation en fin d'exercice au vu du compte de résultat.

La structure n'est redevable d'aucun impôt sur les sociétés, puisqu'elle ne dégage aucun résultat bénéficiaire. On peut signaler que l'administration admet même que les groupements de moyens formés pour des nécessités de gestion entre des organismes syndicaux dont le caractère non lucratif d'ensemble n'est pas contesté, puissent être exonérés de l'impôt sur les sociétés et de la taxe professionnelle (instruction INST.4H-4-04 n° 48 à 51). Il devrait en aller de même pour tous les groupements qui n'ont qu'un objet lucratif. Il en va de même en matière de TVA. C'est à cette condition que l'administration fiscale considérera que la structure est neutre. Par voie de conséquence, la structure sera exonérée du paiement de la TVA. Les services rendus à leurs adhérents par les groupements ne sont exonérés de la TVA qu'à la condition qu'ils concourent directement et exclusivement à la réalisation d'opérations elles-mêmes exonérées ou exclues du champ d'application de la TVA.

Les notaires étant assujettis, le service rendu par le groupement aux adhérents notaires supportera la TVA au taux ordinaire de 19,6 %. Cette formule n'est donc pas sans attraits.

G/ L'échange interactif : les moyens technologiques, le partenariat et les réseaux

Sommaire

1) Les vecteurs de communication informatique comme le *streaming* ou les flux
2) La maîtrise de l'information au moyen des technologies de l'information et de la communication
3) Le partenariat et les réseaux

L'image de l'institutionnelle *La Poste* devenue il y a peu, *La Banque postale* est comparable sur certains points aux évolutions utiles à la profession. La principale force de cette banque était son historique implantation sur l'ensemble du territoire national.

Le maillage notarial passe par ces petits offices qui jouent ce rôle de juriste de proximité territoriale compétent et accessible, assurant une véritable mission de service public délégué territorial. Les contraintes de maintien plaident pour une réorganisation de l'office aux moyens d'une gestion dynamique et la maîtrise d'outils de communication plus efficaces. L'inversion de la tendance démographique dans certaines zones isolées encourage la présence du notaire sur ce territorial, mais nécessite un effort solidaire d'aide au développement de ces études. Renforcer la cohésion et le lien au sein de l'office, entre les notaires grâce à des moyens de communication d'échange de partage de réseaux.

L'intranet notarial peut offrir un réceptacle commun à l'ensemble des notaires par rapport aux nouveaux outils technologiques qui existent.

On sait désormais que le challenge du notariat passe par la maîtrise de la technologie et donc de l'information. On peut transposer une partie des supports et des méthodes qu'applique l'industrie de l'audiovisuel dit culturel, à la formation continue et professionnelle notariale. Les fournisseurs multimédias de programmes et services audiovisuels (télévision, cinéma, portail internet, industrie des jeux vidéos ou musicale) ont bien compris que le consommateur lambda désirait satisfaire, un besoin immédiat ludique, instantané de produits culturels (ou dit culturels). La télévision payante à la demande ou à la carte, le téléchargement payant de musique ou de vidéo, des programmes thématiques en boucle, différés, ou en multidiffusions sont autant d'offres commerciales en vue de maintenir le consommateur en éveil et curiosité.

Ces technologies anciennes comme la télévision ou plus récentes, comme les supports multimédias audio, vidéo, de téléphonie ou informatique connaissent une augmentation sans précédent. Ils se sont développés et surtout adaptés aux besoins et aux attentes des consommateurs de plus en plus exigeants et volatils.

Pourquoi ne pas proposer à l'ensemble des métiers du notariat une partie de ces outils en matière de formation ?

Une partie de la formation pourrait être dispensée à l'étude voir à la maison chez chacun de nous. Nous disposons de moyens pédagogiques par le biais des nouvelles technologies comme l'*e-learning*, ou l'information en *streaming*. Élargir l'offre d'information et de formation continue notariale et juridique auprès du notaire et de ses collaborateurs par le biais des technologies modernes actuelles des plus simples aux plus complexes voilà un enjeu et un défi à amener par la profession pour les offices.

1) Les vecteurs de communication informatique comme le *streaming* ou les flux

a) Le *streaming*

Le *streaming* ou ruisselage en anglais est la lecture en continu. C'est un principe utilisé principalement pour l'envoi de contenu en « direct » (ou en léger différé). Très utilisée sur internet, elle permet la lecture d'un flux audio ou vidéo (cas de *la vidéo à la demande*), à mesure qu'il est diffusé. Elle s'oppose ainsi à la diffusion par téléchargement qui nécessite de récupérer l'ensemble des données d'un morceau ou d'un extrait vidéo avant de pouvoir l'écouter ou le regarder.

Le programme de lecture en continu, va récupérer une partie du contenu qu'il place dans une mémoire tampon. Lorsqu'il y a suffisamment de données dans cette mémoire pour permettre de lire le début du fichier audio ou vidéo sans accroche, et cela même en cas de petits ralentissements réseau, la lecture démarre. En arrière-plan, le téléchargement du flux se poursuit afin d'alimenter sans cesse la mémoire tampon avec la suite du fichier. C'est la solution la plus couramment

utilisée, car elle ne nécessite pas de serveur spécialisé, un serveur http « standard » étant suffisant. Le fichier audio ou vidéo est simplement proposé au téléchargement, de la même manière que tout autre type de fichier, et c'est le navigateur qui se charge d'effectuer la lecture de la vidéo. Un des arguments en faveur de la lecture en continu est qu'elle permettrait en principe d'assurer aux diffuseurs que leurs vidéos ou musiques ne puissent pas être enregistrées (téléchargées et sauvegardées par l'utilisateur client). Les principaux formats informatiques prennent en charge le *streaming*. L'inconvénient de cette solution est l'impossibilité de s'adapter à la qualité de connexion de l'utilisateur client.

b) Les flux RSS

Quand au RSS, il désigne une famille de formats utilisés pour le contenu de Web. Ce standard est habituellement utilisé pour obtenir les mises à jour d'information dont la nature change fréquemment, typiquement cela peut être des listes d'alertes de toutes natures, des nouveaux emplois proposés, les sites d'information et d'actualité. La diffusion d'alertes, de nouvelles ou de listes (au sens large) trouve de nombreuses applications professionnelles en plus de celles que les *blogs* ont largement popularisées. Le standard RSS est notamment utilisé pour la diffusion d'actualités sur internet par les *blogs* professionnels ou semi-professionnels. Des annuaires répertorient ainsi un grand nombre de flux d'actualités

2) La maîtrise de l'information au moyen des technologies de l'information et de la communication

Sommaire

a) L'*e-learning*
b) L'enseignement à distance
c) Formation ouverte à distance

Seule la forme des supports pédagogiques de formation évolue compte tenu des avancées et orientations technologiques prises par la profession, mais pas son contenu qui fondamentalement reste toujours identique : former des notaires et leurs employés aux besoins de la profession.

Une approche novatrice pédagogique peut être présentée :

– *E-learning* ;
– L'enseignement à distance ;
– La formation ouverte à distance.

a) L'*e-learning*

L'apprentissage en ligne ou *e-learning*, est l'apprentissage par des moyens électroniques, dans un but économique, organisationnel, pédagogique, et technologique. Il constitue un des instruments des Technologies de l'information et de la communication (TIC). L'*e-learning* est l'utilisation des nouvelles technologies multimédias de l'internet pour améliorer la qualité de l'apprentissage

en facilitant d'une part l'accès à des ressources et à des services, d'autre part les échanges et la collaboration à distance.

L'apprentissage en ligne est une modalité pédagogique et technologique qui concerne la formation continue, l'enseignement supérieur mais aussi la formation en entreprise, c'est-à-dire pour un apprenant adulte ayant une certaine autonomie dans l'organisation de son processus d'apprentissage, comme en entreprise par exemple.

Ainsi, le *e-learning* serait un assemblage, tant de pratiques pédagogiques que de technologies éducatives qui existerait, et dont le développement proviendrait de l'explosion de la *Toile* (2000-2001) avec son potentiel d'ubiquité. Il semble cependant, comme pour les évolutions récentes des organisations, que le *e-learning*, tel qu'il est en train d'émerger, possède des caractéristiques qui le font différer des approches des technologies de l'éducation telles que nous les connaissions. L'apprentissage conjugue les notions de méthode d'acquisition d'un savoir ou de construction de connaissance utilisant des interactions relayées par un système télématique (électronique, informatique connecté par réseau). L'apprentissage en ligne est une spécialisation de l'apprentissage à distance (ou formation à distance), un concept plus général qui inclut entre autres, les cours par correspondance, et tout autre moyen d'enseignement en temps et lieu asynchrone. C'est une méthode de formation - d'éducation qui permet théoriquement de s'affranchir de la présence physique d'un enseignant à proximité. En revanche, le rôle du tuteur distant apparaît avec des activités de facilitateur et de médiateur.

On peut définir une formation en ligne selon deux axes :

– **L'axe de l'espace formateur - public.** Il peut exister une grande proximité, lorsque le professeur donne un cours devant ses étudiants, on parle de formation en présentiel. Lorsque le formateur n'est pas en contact avec son public, on parlera de formation à distance

– **L'axe du temps de la communication.** Si la communication est directe, immédiate, on parle d'outil synchrone. C'est le cas du professeur face à ses étudiants mais aussi lors d'une séance de visioconférence. Lorsqu'un délai existe entre une question et sa réponse on parlera d'outil asynchrone. Le forum, le courrier électronique sont des outils de communication asynchrone.

Plusieurs typologies de formation peuvent être envisagées :

– **L'apprentissage en ligne.** Le public va suivre sa session d'apprentissage en ligne entièrement à distance. Il n'interagira pas directement avec le formateur.

– **L'apprentissage mixte.** Le public utilise à la fois l'apprentissage du *e-learning* et du mode classique d'apprentissage. L'apprenant va ainsi alterner entre des sessions à distance en ligne et des sessions en face-à-face avec le formateur.

b) L'enseignement à distance

Le télé-enseignement (enseignement à distance) est une application adaptée à l'enseignement spécialisé, soit dans les universités soit comme une option à

bas coût pour la formation continue des professionnels, en utilisant des outils de télécommunication. Il offre également la possibilité de suivre des enseignements plus spécialisés et permet ainsi de se former tout au long de la vie.

On peut ainsi envisager des professeurs d'une université enseignant à des élèves d'autres universités, situées sur des sites distants. On parle aussi d'université virtuelle dans le cas d'une université qui procure à distance un enseignement très spécialisé sur un vaste territoire, voire dans le monde entier.

L'apprentissage à distance permet aux enseignants d'envoyer des schémas, images et autres ressources visuelles aux étudiants dans différents sites en même temps. Il offre aussi l'interactivité permettant aux étudiants de prendre la parole pour poser des questions ou y répondre. L'apprentissage à distance est donc un nouveau moyen pour augmenter la participation et la compréhension des étudiants. Ce peut être aussi un moyen pour les étudiants, quels que soient leur lieu de résidence et leurs moyens, d'accéder aux meilleurs cours et aux meilleurs professeurs. C'est donc un élément pour favoriser le développement économique des zones et territoires isolés.

c) Formation ouverte à distance

Définie par la Délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelle, dans la circulaire du 20 juillet 2001, la formation ouverte et/ou à distance, est un dispositif souple de formation organisé en fonction de besoins individuels ou collectifs (individus, entreprises, territoires). Elle comporte des apprentissages individualisés et l'accès à des ressources et compétences locales ou à distance. Elle n'est pas exécutée nécessairement sous le contrôle permanent d'un formateur.

C'est un type d'enseignement relativement récent associant à l'autoformation géographiquement éloignée du professeur, le tutorat, les méthodes de communication modernes (téléphonie, visioconférence, courrier électronique, forum de discussion, clavardage…), et des séances de cours traditionnels en salle.

Particulièrement bien adapté aux cours théoriques ou à la conduite de projets, ce mode de formation répond aux attentes de trois catégories sociales : les étudiants de l'enseignement supérieur, le public à mobilité réduite de tout niveau, ainsi que les personnes fort éloignées des lieux de formation.

La maîtrise de l'ordinateur et des moyens de communication qui y sont liés est un atout pour une entrée en matière sans perte de temps. L'Environnement Personnalisé d'Apprentissage est un outil graphique d'une grande simplicité de conception et d'usage. Le concept auquel il renvoie est celui de la variété des outils que nous mettons à notre disposition pour apprendre une discipline.

De ces principes en découlent pour le notariat des applications pédagogiques concrètes qui peuvent facilement être mises en place, à l'instar de ce qui a été

développé par l'université de Poitiers par exemple. Celle-ci a mis en place une chaîne de télévision par internet avec un service dédié à la connaissance à l'enseignement, à la formation par la retransmission en direct, ou la demande de colloques, de cours, de conférences ou de manifestations directes.

Sa médiathèque en ligne compte actuellement 1 427 vidéos et 1 272 intervenants autour de divers pôles de formation en ligne, de cours, de recherches, de colloques ou journées d'études et de conférences. On peut visionner la conférence débat « Osons l'aventure : cap sur la création et la reprise d'entreprises », *conférences débat, 2008*.

On imagine par exemple que le Congrès des notaires de France pourrait être mis en ligne sous forme de streaming, disponible et payant sur le serveur intranet des notaires. Certes il perdrait en chemin quelques pélerins désertant la *Grand-messe* se contentant de la seule vidéo, mais permettrait une diffusion plus large à ceux de nos confrères qui ne souhaitent pas ou ne peuvent s'y rendre. Les applications sur ces principes technologiques pourraient être infinies.

3) Le partenariat et les réseaux

Sommaire

a) Définition générale du réseau
b) Domaines d'utilisation
c) Applications notariales

a) Définition générale du réseau.

Le notaire peut-il assumer plusieurs professions ou tâches au sein de l'office, à lui seul ?

Se rapprocher des autres et créer des liens suggérerait-on ? Pour ne pas être seul. L'idée n'est pas nouvelle, les moyens, structures et organisations notariales non plus. On considère qu'un réseau est un ensemble d'objets ou de personnes connectés ou maintenus en liaison. L'ensemble de ces liaisons ainsi établies servent à définir des termes aussi variés en géologie, cristallographie, cartographie, optique ou bâtiment, comme un réseau de galerie souterraine, un réseau routier, ou un ensemble de voies et réseaux divers (VRD).

Dans un contexte de flux, un réseau est l'ensemble des éléments regroupant certaines entités. Ces réseaux permettent de faire circuler quelque chose : eau, air, huile, marchandises, informations, personnes…

On peut distinguer plusieurs types de réseaux :

– Réseau technique, informatique et de communication (distribution d'énergies, ordinateurs, matériels électroniques, téléphone visio-conférence)

– Réseau humain et social (relations entre personnes, club, association, etc.)

– Réseau de transport physique (routier, aérien, ferroviaire)

Les structures en réseau se distinguent des structures hiérarchiques ou linéaires. Elles sont généralement plus horizontales que verticales. Les liaisons entre les

parties sont souples et tendent à les substituer, à l'heure d'un monde occidental matériel de plus en plus individuel.

b) Domaines d'utilisation

– **En organisation d'entreprises**, une entreprise en réseau fonctionne sous forme d'alliances, souvent peu hiérarchisées, avec d'autres entreprises.

– **En intelligence économique,** l'organisation en réseaux est l'un des facteurs de stratégie économique.

– **En sciences humaines**, un réseau social est un ensemble d'entités sociales tel que des gens ou des institutions sociales reliées entre elles par des liens créés lors des interactions sociales.

– **En informatique**, un réseau informatique est un ensemble d'appareils électroniques (ordinateurs,…) géographiquement éloignés les uns des autres, interconnectés par des télécommunications, généralement permanentes, qui permettent d'échanger des informations entre eux. Le réseau Internet en est l'illustration la plus complexe. Celui-ci est issu de l'interconnexion à l'échelle globale de réseaux régionaux et locaux (extranet, intranet). Il constitue ainsi un réseau de réseaux.

Appliqué au notariat, il existe presque autant de réseaux que de notaires.

La fonction notariale est somme toute un réseau unique particulier institutionnel de justice et d'équité sociale dans l'ordre du contrat et des personnes. Il se présente sous forme imagée d'une grande pyramide avec à sa tête le notariat parisien et à sa base le notariat de province, qui le place comme une grande force unitaire, un bloc massif dans le monde économique qui l'entoure.

À la différence des avocats qui peuvent connaître de très grands et importants cabinets individuels puissants qui pèsent très lourd, le notariat en général et celui de province en particulier ne représentent pas véritablement d'aura comparable à ces voisins. La force du notariat toute entière réside dans son unicité collective reconnue comme telle par tous. Chaque notaire, même le plus isolé et retiré, à la différence des autres professionnels du droit, représente le notariat à lui seul.

Même s'il y a plusieurs notariats, tous s'accordent à reconnaître qu'ils sont interdépendants et solidaires, ils forment par nature ce que le Littré définit comme une communauté de membres reliée entre eux par un ensemble de moyens, autrement dit « un réseau ». Se rapprocher des autres et créer des liens peut-on suggérer aux notaires, pour ne plus être seul, mais sans forcément s'associer!

L'idée n'est pas nouvelle, les moyens pour y parvenir grâce aux structures sociétaires et aux plans d'organisations de l'office sont connus Au fils des années, les réseaux ont pénétré le notariat et des regroupements de notaires par affinités géographiques, économiques, culturelles, se sont constitués sous diverses formes, riches de compétences. Le panel des réseaux existants n'est ni figé, ni uniforme, ni statique: certains émergent alors que d'autres périclitent, tous évoluent à l'instar de la société, au gré des membres qui le composent et

des objectifs qu'ils poursuivent. Un inventaire à la Prévert ne suffirait pas pour les recenser.

Il y a **le réseau communautaire informel** tel que le club des utilisateurs de logiciels dédiés à la profession chez Génapi, lieu d'échange interactif, de pratiques informatiques où se retrouvent volontairement et librement tous les notaires clients du fournisseur informatique, partenaire devrait-on dire aujourd'hui.

Le réseau fédérateur thématique intranotaire comme en matière de négociation immobilière tel que *www.immonot.com* ou *www.annonces-immobilier-notaires.com*, ou *www.jurisvin.com* en matière vino viticole.

On trouve les associations, amicales (notaires honoraires), des anciens d'université de droit notarial (voir amical DESS Dauphine – Assas). On retrouve aussi le réseau communautaire plus formel et structuré qui tire sa force de la solidarité professionnelle des membres, comme notre *Mouvement Jeune Notariat*.

Les réseaux révèlent des caractéristiques identiques ayant pour but un renforcement de la solidarité entre des membres isolés et dispersés géographiquement motivés par une culture commune, pérennisée par le temps.

Face à la concurrence des autres professions du droit et du chiffre, il a été mis en évidence la nécessité de renforcer les liens entre les notaires.

Les réseaux de notaires sont rassurants et doivent être promus comme lieu de convivialité, de partage, de plaisir, d'ouverture vers des horizons différents, de socialisation, d'échanges, d'expériences, un vivier de recrutement, une valorisation et capitalisation des compétences professionnelles et humaines, mais aussi l'agora de la mixité de la pensée à l'heure de la mondialisation et d'internet. Ils rassurent le notaire face à un univers où sa solitude et sa responsabilité professionnelle sont omniprésentes. Les objectifs du réseau sont toujours professionnels, économiques, technologiques et sociaux. La structure et l'organisation du réseau varient d'un objet à l'autre, selon les objectifs de leurs membres.

On classera les réseaux selon leur type d'activités mono ou pluridisciplinaires et leur type de membres adhérents notaires seuls ou en collaboration avec d'autres professionnels.

c) Applications notariales

c-1) Pluridisciplinarité au sein de l'office

• *Les personnes*

Le notaire et ses collaborateurs pourront et devront acquérir ou compléter des connaissances en fonction de leurs besoins, goûts, capacités et attentes, au moyen des outils de formation mis à disposition, grâce à leurs efforts de travail.

• *Les moyens*

Les coûts des investissements intellectuels sont financièrement de plus en plus élevés. Indirectement aussi, le temps consacré aux stages de formation, conférences, travail personnel pris en partie sur le travail professionnel est très

coûteux, comme une dépense d'investissement en vue d'un gain éventuel pour l'étude.

• *Les limites*

Les besoins de spécificités peuvent être ponctuels compte tenu de la clientèle : c'est l'une des raisons de l'existence des CRIDON, de donner au notaire ses moyens de recherche, d'étude et d'analyse et des conseils afin de résoudre un problème juridique spécifique.

Certaines spécialités exigent une lourde infrastructure en personnel comme le droit des affaires. Les professions concurrentes acceptent souvent mal la concurrence d'acteurs nouveaux (expert immobilier, agence immobilière, expert-comptable, administrateurs de biens).

c-2) Pluridisciplinarité en liaison avec d'autres offices

L'une des limites à la mise en société de l'étude réside dans l'organisation d'une spécialité à créer ou à mettre en place, pour développer un service de droit des affaires, d'expertise immobilière, gestion de patrimoine, négociation immobilière, nécessairement lourd en dépenses d'investissement. Se regrouper entre notaires peut être la solution pour mettre en commun des moyens afin d'assurer une spécialité commune. C'est la voie de l'interprofessionalité, indispensable au notariat par rapport aux besoins de la clientèle et de l'évolution économique de la société. Ces groupements entre notaires permettraient de recruter personnes qualifiées, développer des moyens, des méthodes, concentrer les énergies des activités venant de tous les horizons professionnels pour une plus grande efficacité. L'association - loi de 1901, permet aux notaires ayant pour objectif l'amélioration du service rendu au public et l'entraide des membres de se constituer en structure souple appropriée dans bien des cas aux besoins du réseau. Le groupement d'intérêt économique peut assurer l'expertise immobilière ou la négociation immobilière avec plus d'efficacité : en recrutant du personnel qui aide, assiste, conseille, instruit les dossiers pour les notaires membres du groupement.

Aucune structure n'est impérative pour qu'une expérience de travail en commun entre notaires ne fonctionne, au début du mois. Si une structure juridique intervient, c'est suite à une embauche de personnel ou la mise en commun de moyens pour atteindre le but recherché. Comme seul le résultat compte, il paraît souhaitable qu'une structure légère, comme l'association offre aux membres un moyen d'expansion de leurs activités spécialisées. Elle devra permettre aux membres un retrait facile, un accès aisé aux nouveaux membres assortis d'une indemnité en cas de sortie et de droit d'entrée. Il est prudent de conserver toute la souplesse nécessaire afin de faciliter l'adaptation permanente aux personnes et aux besoins. Les règles générales déontologiques applicables aux notaires s'appliquent bien entendu à ces structures. Des règles spécifiques à l'activité de négociation immobilière sont impératives en ce qui concerne le groupement ainsi qu'il résulte d'un décret du 27 mai 1982 – articles 3 et 4.

L'exemple du groupe Monassier illustre parfaitement les perspectives, l'avenir et les enjeux des réseaux à l'heure de la toile d'internet.

À la suite de la conférence du plan du Conseil supérieur du notariat en 1976, fut créée la Chaîne notariale de recherche et d'application en droit des affaires. Ses principaux objectifs étant la mise à disposition d'informations juridiques, économiques et fiscales d'une part, et la mise en place de sessions de formation d'autre part. Elle devint en 1992 une association de la loi 1901 dénommée groupe *Monassier Patrimoine France et Entreprise*. Le réseau nécessite la mise en place d'une direction, d'un conseil scientifique, d'un pôle de documentation, d'un pôle de formation, d'un pôle de communication et enfin d'un pôle de gestion permettant de réduire les coûts des membres. Les objectifs étaient le développement du notariat français face à la concurrence de certaines autres professions du droit afin d'apporter des innovations nécessaires par les notaires, véritables acteurs de professions juridiques.

Le développement de l'activité hors monopole permet aux notaires collaborateurs membres l'accès à d'autres compétences, notamment en droit des entreprises, en gestion de patrimoine, ou en droit immobilier spécifique. La création du réseau conduit donc à développer une image différente du notariat mais aussi des méthodes de travail de qualité, adaptées au marché moderne du droit, aux nouveaux besoins de la clientèle. Repenser la productivité de l'entreprise notariale est l'enjeu moderne qui s'impose au notaire face à la concurrence : le réseau répond donc aux nécessités économiques favorisant ainsi la mobilité des personnes au sein non plus de l'office seul mais du réseau.

Le réseau permet de s'enrichir de compétences et de professionnels collaborateurs non issus du notariat (diplômés de grandes écoles, experts-comptables, ingénieurs notamment en informatique, avocats, etc.) ce qui est un luxe trop ambitieux pour la plupart des offices.

En Grande-Bretagne, 82 % des recrutements se font au travers de cabinets de réseau contre seulement 27 % en France, selon les sources du cabinet de recrutement Michael Page.

À l'heure où la recherche de collaborateurs juridiques est devenue difficile pour le notaire, l'existence d'un réseau d'intégration notariat / université peut apporter un plus indispensable. Les informations sur le comportement, le savoir-faire, l'éthique, font la différence à compétence et diplôme égal. Avec un marché de plus en plus international, un client de moins en moins fidèle face à la concurrence, un service de plus en plus global, l'interdépendance et la collaboration, l'optimisation des compétences notariales à l'intérieur du réseau accompagne les besoins du client tout en le maintenant dans le giron du notariat. À la condition que d'excellents échanges d'informations et d'un maillage territorial soit approprié, grâce à la démarche de qualité, préalable nécessaire, l'optimisation du réseau, un service complet et rapide « un pack notariat » répond positivement tant à la

satisfaction des besoins des clients, qu'à la plus value d'image et de communication qu'en retire la profession toute entière. Dans un réseau où les notaires sont géographiquement bien répartis ceux-ci développent des compétences, structurent des services communs à frais et coûts réduits, multiplient les échanges de savoir-faire et de compétences. Le réseau offre un service plus rapide, plus complet aux clients, facilitant l'accès à l'information et à la compréhension du droit.

L'exemple de la négociation immobilière ou de l'expertise immobilière le démontre en terme d'image. Face à ces moyens mis à sa disposition, une cotisation sur le chiffre d'affaire et/ou un droit d'entrée annuel, représentent pour les membres la contrepartie financière et le coût de cette solidarité notariale complémentaire.

c-3) Les relations avec d'autres professionnels

Dans l'exercice de sa profession, le notaire se trouve nécessairement en relation avec d'autres professionnels indépendants libéraux tels que experts-comptables, avocats, agents immobiliers, commissaires priseurs, huissiers, magistrats, architectes, informaticiens. La relation interprofessionnelle au départ souvent informelle, peut devenir organisée et conventionnelle. Les relations initiales et inorganisées résultent des circonstances, des acteurs et des clients communs, voire de la proximité de la relation. Elles se renforcent par leur caractère répétitif, par affectivité des relations humaines complémentaires qui s'entremêlent au fil des dossiers. De la qualité des intervenants professionnels qui forment ce lien, au gré des besoins, des services rendus, des compétences, dépend le résultat de satisfaction quant à l'objectif poursuivi, au service rendu à la clientèle. Ces liaisons interprofessionnelles souples à objets divers permettent aux professionnels de s'adapter à la clientèle.

Mais alors y a t'il un modèle de relation informelle possible puisque la relation informelle est dictée par le besoin et la nécessité ?

L'entreprise en général a horreur du vide productif et élabore empiriquement des solutions comme par exemple la sous-traitance, ou le groupement collaboratif exclusif à la profession. Le CRIDON et le MIN en sont des exemples.

Le notaire procédant à une vente immobilière aux enchères pourra obtenir aisément le soutien du service du Marché Immobilier des Notaires moyennant rétribution. Dans l'obtention de formalités préalables comme l'obtention et l'édition de documents d'urbanisme (note, certificat, l'état des risques naturels et technologiques) ou celles concernant les fonds de commerces et les sociétés, certaines sont déjà externalisées auprès de sous-traitants (les notes de renseignement d'urbanisme dans les Bouches-du-Rhône sont traitées par un cabinet spécialisé centralisateur). Le recours à ce spécialiste extérieur à sa profession pour l'accomplissement d'une tache spécifique, dont le notaire est chargé est donc possible. Le client ne connaît que le notaire comme seul responsable et

non le sous-traitant. Rien n'empêche que le sous-traitant ne soit lui-même un notaire spécialisé mais dans ce cas là, la liaison existant entre les deux notaires est ni plus ni moins qu'une collaboration interne.

À l'inverse, le notaire peut aussi être le sous-traitant d'un autre professionnel, comme l'expert indépendant d'une banque pour ses besoins d'évaluation immobilière par exemple, comme dans le nouveau cadre de l'évaluation du risque lors de la prise de garantie d'une hypothèque rechargeable. La sous-traitance traduit une utilité économique (permet de rendre un service plus rapide et/ou un gain de productivité).

La sous-traitance connaît cependant deux limites pour le notariat en particulier :

– Celle du secret professionnel établi par les articles 7 et 32 du règlement national, qui s'applique tant au notaire qu'à tout son personnel.

– Celle de la rémunération et du tarif applicable.

Le notaire est une « personne dépositaire des secrets qu'on leur confie » comme le rappelle la Cour de Cassation. Il est soumis aux prescriptions de l'article 378 du Code pénal sur le secret professionnel. Cette obligation est générale et absolue, et couvre l'ensemble des conversations à caractère professionnel échangées entre le notaire et son personnel avec les clients. La sous-traitance n'est donc pas possible en raison de cet écueil lié au secret professionnel. En revanche, cette sous-traitance peut parfaitement s'effectuer avec un service commun notarial placé sous l'autorité notariale et réalisée par du personnel notarial.

Toute personne placée sous l'autorité du notaire est dont tenue individuellement et directement au secret professionnel, de la préparation de l'acte jusqu'à son exécution et sa clôture. Par contamination, tous les autres professionnels en contact avec le notaire dans la réalisation de l'acte, sont tenus des mêmes obligations de secret absolu que le notaire. Or, ne pouvant maîtriser l'information à caractère confidentiel des autres professionnels, le notaire qui fait appel à un autre spécialiste extérieur à la profession, devrait se faire autoriser expressément par le client, et être vigilant au respect du secret professionnel absolu. C'est l'une des raisons qui explique la limite au développement de nos relations interprofessionnelles.

c-4) La rémunération du notaire

Tout service exécuté implique une rémunération sous diverses formes :

– **La correspondance** : pratique réciproque entre deux professionnels de renvoi de client ou consultation, mais sans aucune obligation. Chacun reste libre de l'exercice de sa profession avec sa rémunération conforme au tarif pratique ou norme habituelle de sa profession. Cette pratique peut s'avérer critiquable ou dangereuse si elle entraîne des contraintes ou obligations qui peuvent porter atteinte à la liberté d'exercice de la profession, du confrère et surtout du client.

– **La rémunération financière** : l'article 11 alinéa 3 du Règlement national précise qu'en principe « *afin de sauvegarder son impartialité et de respecter la clientèle de ses confrères, le notaire ne peut rémunérer de ses deniers […] par quelque moyen que ce soit, les membres d'autres professions avec lesquels il collabore, ou recevoir, de ceux-ci une rémunération ou un avantage indirect. Cependant, le paiement d'un service effectivement fourni dans le respect du règlement ou des accords interprofessionnels pourra être effectué* ».

Sur ce point précis de la rémunération, l'interprofessionnalité connaît une limite qu'il conviendrait peut-être d'assouplir par une information préalable et acceptée du client sur le partge des tâches entres les professionnels en vue de l'optimisation des objectifs poursuivis par le client.

ANNEXES

Table des matières
Annexes

Solitudes 333

La solitude et le généalogiste 335

Ébauche d'une généalogie de la solitude 339

Nos aînés, ces grands oubliés… 343

Préparer et construire sa vieillesse 346

À chacun son prévisionnel ? 347

I – Les produits, l'activité, le chiffre d'affaires etc. 347

II – Les charges, les décaissements 348

Solitudes

Antoine DELABRE
Généalogiste successoral

JE ME SOUVIENS qu'il y a quelques semaines de cela, en classant, à la demande de ses héritiers, les précieuses archives d'**Henriette Markovitch plus connue sous le nom de Dora Maar**, j'avais trouvé en dédicace d'un livre offert par Picasso à sa muse ces mots manuscrits « *rien ne peut être fait dans la solitude* »…

Au moment de rédiger ces lignes à la demande de la Présidente du Congrès du Mouvement Jeune Notariat, ces mots me reviennent en mémoire car ils m'avaient frappé.

Ce sont ceux d'un créateur, le plus grand, à coup sûr, du XX^e^ siècle à sa puissante inspiratrice, « la femme qui pleure » c'est elle!… Ils exprimaient dans un très grand paradoxe sa méfiance à l'égard de cet état de solitude pourtant réputé fécond pour un artiste. Un très grand paradoxe aussi contenu dans ces mots qui s'adressaient à une femme, amoureuse détruite, que Picasso avait laissé s'emmurer dans une solitude extrême, peuplée de fantômes, au premier rang desquels il paradait.

Je sais bien que l'histoire s'en porte bien. Le retranchement de Dora Maar a permis de préserver une collection rarissime d'œuvres exceptionnelles ou intimes de « *Dora et le Minotaure 1936* », « *Dora Maar aux ongles verts 1936* », « *portrait de Dora Maar à la blouse rayée 1942* », aux papiers déchirés, galets, bijoux dessinés et boîtes d'allumettes enluminées qui ont passionné les amateurs éclairés du monde entier. Pourtant la solitude de cette femme, témoin majeur de la création du début du XX^e^ siècle, inhumée au cimetière de Clamart devant trois personnes, était poignante.

C'était un 29 octobre, j'assistais en tant que mandataire aux opérations d'ouverture du grand coffre dont était locataire Dora Maar. Une grande boîte en a été extraite. Toute une vie dans une boîte.

En ont été sortis avec un soin extrême ses fragments de vie – le foulard bleu de Picasso, une goutte de son sang sur un pauvre morceau de papier avec une inscription « sang de Picasso », des petits mots jetés sur des morceaux de nappe – devenus ses presque seuls compagnons.

Je me souviens de **Simone V**, vieille dame de 96 ans, héritière de son frère. Simone habitait dans un réduit de 10 m^2 au 6^e étage d'un immeuble tout près de notre étude. Simone était élégante et drôle. Elle qui n'avait rien, héritait d'un important portefeuille de titres.

Sa solitude à elle était celle de ceux qui n'ont plus de famille et peu d'amis.

Son seul désir, aller boire un cocktail dans le bar d'un grand hôtel parisien en fumant une cigarette. Elle marchait de plus en plus mal, cela n'a pas été possible.

Elle était gaie lorsque j'allais lui faire le point du dossier.

Sa solitude, je l'ai rencontrée quand, parce qu'elle était très affaiblie, il avait fallu que je décide de la faire entrer dans une résidence spécialisée. Avec personne, absolument personne, vers qui me tourner pour une telle décision. Ma demande de mesure de protection avait été rejetée par le Tribunal.

Je l'ai rencontrée également, lorsque j'ai été appelé en urgence par la maison de retraite, parce que pendant qu'elle agonisait dans son lit, deux de ses amies de la dernière heure vidaient consciencieusement ses tiroirs.

Je me souviens encore de **Pierre B**. Nous avions été mandatés afin de le rechercher.

Il était pourtant tranquillement assis derrière sa table de travail lorsque les pompiers ont pénétré chez lui par la fenêtre. Il les toisait du regard, momifié, asséché par les huit mois écoulés depuis la date estimée de son décès. La solitude jusqu'après la mort. Nous lui avons découvert ensuite une famille pléthorique.

Trois histoires de vies. La solitude est un mot à facettes.

Le plus souvent subie – fruit d'un abandon, d'un isolement –, mais aussi consentie – nourrissant la créativité ou construite – pour un retour à soi-même.

Notre société génère ces cas. Je les rencontre tous les jours dans mon métier, avec ces situations d'isolement aigu.

Ouvrons les yeux.

La solitude et le généalogiste

Christophe BOUTET
Généalogiste à l'étude généalogique TRANCHANT

LA SOLITUDE : le thème de ce congrès 2008 vient plus que les autres années interpeller les généalogistes dans leur activité professionnelle quotidienne. Leurs positionnements dans le règlement d'une succession leur confèrent une vision très fine des conditions dans lesquelles certaines personnes finissent leur vie et de ce qu'il peut rester des relations familiales.

Suite à un décès, quand il existe un actif à muter à des ayants droit partiellement ou totalement inconnus, et c'est bien sûr ce postulat de départ qu'il faut raisonner, les notaires font appel à un généalogiste. Après avoir visé tous les éléments connus et notamment l'existence de dispositions applicables, il s'agit alors de compléter la dévolution successorale.

Pourquoi les généalogistes successoraux seraient confrontés, dans leur activité de recherche d'héritiers, à des situations où la solitude semble avoir été un facteur déterminant de l'absence d'ayants droit connus ?

L'isolement des personnes âgées, coupées de leur famille, est à l'évidence à l'origine de la plupart des successions qui s'ouvrent en recherche. Ainsi, deux axes vont guider notre réflexion : les raisons de l'absence de la famille et, en conséquence, l'inévitable défaillance dans la prise de dispositions.

S'intéresser à un dossier de succession, dit de « généalogiste », c'est souvent faire le bilan d'une vie, celle d'un défunt. À l'ouverture de ce type de dossier, les éléments connus de la vie du défunt peuvent être assez maigres. C'est souvent l'ensemble des recherches qui permettront, peut-être, de comprendre pourquoi le défunt a terminé sa vie loin de sa famille ou d'une partie de sa famille.

Dans ces recherches nécessaires, parce que les aléas de la vie ont séparé les membres d'une famille, on distingue, cependant, deux types de configurations dans les dévolutions successorales : celles en ligne directe et celles en ligne collatérale. On fera cette distinction car on ne se coupe pas de sa descendance comme on peut se couper de neveux ou de cousins.

En ligne directe, il s'agit de retrouver les descendants d'une personne. L'absence d'enfants ou de certains petits enfants met à jour les évolutions profondes de la structure familiale. Quelles sont ces évolutions ? Qu'est devenue la cellule familiale aujourd'hui ?

Il y a un siècle, toute la descendance d'une personne pouvait se localiser sur une même commune, voire sur un même canton. Les membres d'une famille n'avaient a priori pas de raison de s'entendre mieux qu'aujourd'hui, sauf que leur proximité géographique les obligeait à se côtoyer régulièrement.

C'est pourquoi la définition de la famille pouvait facilement à l'époque s'étendre jusqu'aux frères, sœurs, neveux et nièces.

Aujourd'hui les foyers sont souvent, pour des raisons professionnelles, contraints à migrer aux quatre coins de la France et parfois au-delà, et cela plusieurs fois dans une même vie. Le pourtour de la famille moderne se résume plutôt au couple et à sa progéniture. Cet ensemble de parents plus restreint, ou famille nucléaire, peut s'élargir à des proches tels que les voisins, les collègues et les amis. La famille prend alors une délimitation bien différente et donne au lien familial un tout autre sens.

En outre, aux déplacements géographiques vient se conjuguer le phénomène déstructurant de la multiplication des unions, dès lors cette cellule familiale voit ses descendances s'éparpiller sur toute la France. Il n'est pas difficile ensuite de comprendre que chacune des descendances de toutes ces unions, légitimes, naturelles ou adultérines aient entre elles des liens de plus en plus distendus.

Le généalogiste est de plus en plus régulièrement sollicité pour retrouver les enfants des premières unions d'un défunt, le notaire étant, dans le meilleur des cas, en contact avec les enfants des dernières unions. Le schéma des grandes familles que l'on pouvait rencontrer au début du siècle dernier se trouve remplacé par celui d'une descendance qui, quand elle est abondante, sera souvent disséminée.

Ainsi ce sont les mutations récentes de la structure familiale qui expliquent, en partie, l'isolement des personnes âgées.

Dans le travail d'investigation du généalogiste, les recherches qui conduisent à identifier des héritiers en ligne collatérale sont historiquement les plus traditionnelles. En effet, l'existence des généalogistes remonte à plus d'un siècle, ils intervenaient dans les cas où le défunt étant décédé sans postérité, une recherche des parents éloignés s'imposait. Même si le nombre de degré de parenté peut expliquer la dispersion d'une partie de la famille collatérale, elle ne justifie pas toujours l'abandon total. Les généalogistes sont confrontés aux configurations de familles les plus symptomatiques de notre société et ils font parfois de cruelles découvertes sur des familles complètement disloquées.

Ainsi l'exemple de ce dossier de succession d'un défunt célibataire, dans lequel un notaire ne connaissait aucun parent proche. Le défunt décédé en Juin, avait été retrouvé près de six mois après son décès dans son fauteuil devant sa télévision et son sapin de Noël, des voisins s'étant finalement inquiétés de n'avoir aucune nouvelle de lui.

La suite des recherches généalogiques, nous a permis de découvrir que ce monsieur était né, avait vécu et était décédé dans la même ville toute sa vie. Nous avons pu retrouver dans l'état civil de la même ville, une quinzaine d'année avant, les actes de décès de ses deux parents. C'est un commissaire de police qui déclarait à l'époque les décès après avoir découvert à leur domicile

les deux corps. Ces actes d'état civil expliquaient que la mort de la mère remontait à cinq années environ et celle du père à neuf années.

Cela supposait évidemment que la femme avait vécu près de quatre ans avec la dépouille de son mari dans sa maison avant d'être elle-même oubliée et découverte plusieurs années après. Comble de la solitude, car leur fils était pourtant domicilié sur la même ville à cette époque.

Au final, les héritiers retrouvés étaient dans la branche paternelle un oncle et une tante qui s'étaient expatriés dans le sud de la France et qui avaient complètement rompu les relations avec cette descendance.

Sordide constat !

Rares sont les héritiers qui se préoccupent vraiment des raisons profondes de notre intervention et de l'isolement éventuel dans lequel a pu vivre leur parent. La loi française leur donne pourtant, en tant qu'héritiers des droits sur son patrimoine, mais peu d'obligations finalement.

En France, en l'absence de prise de disposition, ce sont les ayants droit du sang qui héritent légalement des biens d'un défunt et cela quels que soient les liens de vie que ces ayants droit aient pu entretenir avec le défunt durant son existence. C'est sans doute qu'on estime qu'il est normal que ces biens reviennent par défaut à ce qui constitue la « famille ». Pour tout un chacun, rassembler l'ensemble de sa famille peut pourtant s'avérer une tache fastidieuse quant toute une vie s'est écoulée.

Alors quelles sont les situations où un généalogiste doit intervenir pour retrouver des « non proches » ? Le système d'encadrement de la prise de disposition en France permet-il aux personnes de choisir librement leurs héritiers ?

Les généalogistes, interviennent justement dans tous ces cas où les défunts n'ont pas à leur décès rédigé de testament, ils font le constat que des personnes n'ont pas toujours la volonté de savoir ce que leur patrimoine deviendra et ne cherchent pas à définir leurs dernières volontés.

Dans la réalité, plus une personne possède de patrimoine mobilier ou immobilier, plus elle aura reçu au cours de sa vie des conseils quant à la gestion et la transmission de celui-ci. Tous les interlocuteurs que sont les notaires, les médias ou encore même les banquiers et les assureurs, véhiculent un message clair orienté vers la prise de disposition ou le placement qui avantagera un proche. Difficile de passer au travers de ce faisceau de conseils, il faut expliquer autrement le fait qu'à l'ouverture d'une succession il n'y ait pas toujours de dispositions applicables.

En premier lieu, distinguons les personnes qui ont eu la volonté de ne prendre aucune disposition, consciemment ou inconsciemment d'ailleurs. Ainsi selon l'expression consacrée : « À quoi bon, après moi le déluge… », on s'aperçoit assez fréquemment que certains défunts n'ont véritablement pas voulu dresser

de testament. En effet, à quoi bon définir à qui peuvent être léguées des terres ou une maison présentes dans la famille depuis des lustres, quand justement il n'y a plus de famille connue ? Quelle utilité alors de vouloir répartir son patrimoine ?

D'autres pensent toujours qu'ils auront le temps d'écrire leur testament, ou bien repoussent sans cesse le moment de le faire. Ceux-là aussi, doivent avoir du mal à trouver les motivations nécessaires. Une approche psychologique plus fine nous montrerait certainement que ce n'est pas un acte anodin du tout, que de penser à ce qui se passera après notre mort. C'est souvent faire un trop rapide bilan de sa vie pour s'apercevoir qu'aucune descendance ne viendra nous survivre par exemple, ou bien qu'une partie de cette descendance s'est éloigné, c'est une projection un peu brutale dans un futur immanquablement tragique.

En dernier lieu, les personnes n'ayant pas bien pris leur disposition (par exemple en ne définissant pas de légataire universel). Tous les notaires ont connu un client qui, à maintes reprises, a rédigé différents testaments, ou qui a rendu inapplicable à force de remaniements le parfait modèle. La difficulté que peuvent rencontrer certaines personnes à trouver des successibles dignes de recueillir leur patrimoine ou de trouver une formulation idéale à leurs volontés parfois fluctuantes traduits sans doute des hésitations légitimes.

Ainsi, hormis les clauses d'exclusion d'une partie de la famille, qui sont significatives d'une vraie rupture dans les familles, ces imprécisions révèlent plutôt que le mode légal de la prise de disposition ne peut pas s'adapter à toutes les situations, ni à tous les défunts. Tout le nécessaire aura beau être fait pour encadrer la prise de disposition, il y aura toujours des défunts qui n'auront pas voulu, pas eu le temps ou pas bien pris leurs dispositions.

Clairement, l'activité des généalogistes est foncièrement liée à l'isolement que subissent certaines personnes vis-à-vis de leur famille, mais ce constat n'est malheureusement fait qu'*a posteriori*. On peut, en toute logique, supposer que les unions successives et les déracinements géographiques vont se banaliser et se multiplier dans les années à venir. L'intervention des généalogistes dans une succession va donc devenir incontournable.

Ainsi, cette fonction sociale de répartir légalement des actifs et de rassembler les membres d'une famille doit alors leur être légitimement reconnue. Ce phénomène va, à n'en pas douter, se renforcer dans les décennies à venir.

Presque comme une parade, la prise de disposition peut parfois éviter des recherches généalogiques, mais à voir les sollicitations et les incitations dans leur prise de disposition que subissent aujourd'hui fortement les personnes âgées seules, on peut se demander finalement qui sera leur plus digne successible ?

Ébauche d'une généalogie de la solitude

Gérard FOREAU
Généalogiste, étude MAILLARD

AU COMMENCEMENT était la pomme, celle d'Adam et Ève, et peut-être… la solitude !

Quelle que soit la forme qu'elle revêt – ponctuelle ou durable, subie ou choisie, objective ou subjective, apparente ou cachée – la solitude a traversé les âges, loin du jardin de l'Éden, sous le regard interrogateur des Philosophes et autres beaux pensants, comme une constante de l'âme humaine, « le fond ultime de la condition humaine ». Avec les évolutions récentes de nos sociétés dites avancées ou développées, ce qui frappe ou étonne c'est la dimension qu'elle a progressivement prise. Non sans perfidie, elle semble avoir opéré un glissement de l'individu vers le groupe pour prendre l'allure d'un phénomène collectif, d'un véritable fait de société. Que le Mouvement Jeune Notariat, comme un fer de lance de la réflexion, s'y intéresse à l'occasion de son congrès de Saint-Pétersbourg est, à cet égard, assez révélateur !

D'un état de l'âme de l'individu, sommes-nous véritablement passés à un état de la société ou l'isolement social domine ?

Sans prétendre qu'elle le stimule, il ne fait cependant guère de doute que la complexité grandissante de la société que nous connaissons constitue un terrain assez fertile à son épanouissement. Nul ne saurait déterminer avec exactitude quand la graine a été semée. Mais, chacun conviendra que l'arbre a grandi enfonçant ses racines au plus profond. En étendant, par ailleurs, ses branches comme pour mieux étreindre l'Être qui n'aspire qu'à une part de sollicitude, l'arbre de la solitude, que François Chalais concevait sans fruits, présente désormais quelques similitudes avec l'arbre généalogique. Ses origines sont comme autant d'ascendants, ses conséquences comme autant de descendants et ses collatéraux, fort malheureusement, comme autant de dommages.

La solitude n'a pas d'âge : elle concerne toutes les générations.

Fille du deuil, sœur du désespoir ou en cousinage avec l'isolement, elle trouve toujours un lien de parenté, fut-il éloigné ou distendu, avec l'une des évolutions sociétales caractéristiques de ces dernières décennies. Reconstituer sa généalogie serait, néanmoins, une tâche utopique si ce n'est une gageure.

Au-delà de ses propres impressions nées des démarches l'amenant à côtoyer tout ce que la nature humaine compte de grand et de moins glorieux, le découvreur de familles qu'est le généalogiste n'a guère, pour une fois, à « révéler » : il lui suffit de s'appuyer sur ce que les sociologues, statisticiens et prévisionnistes décortiquent pour établir un rapport qui a toute l'apparence de l'explication. Or, pour l'essentiel quel est le constat ?

Tout d'abord, que la solitude et la géographie forment un couple au bord de la rupture. Des régions entières se dépeuplent tandis que les populations se concentrent toujours davantage dans les mêmes aires géographiques. En dépit des politiques d'aménagement du territoire qui se fixent, dès les années 60 du précédent siècle, pour objectif de procéder à un rééquilibrage, la répartition de la population sur le territoire national se révèle aussi inégale qu'imparfaite.

Selon les prévisions, en 2030, l'Île de France regrouperait 20 % de la population et le mouvement de concentration, déjà bien engagé, augmenterait au Sud, comme en Languedoc-Roussillon où l'on s'attend à une croissance de l'ordre de 35 %. Parallèlement, plusieurs régions dont la Lorraine et l'Auvergne verraient leur nombre d'habitants baisser encore.

À ce déséquilibre notoire s'ajouterait la poursuite voire l'accentuation de la concentration urbaine. Déjà, les trois quart de la population française vivent dans des « aires urbaines ». Malgré l'émergence de métropoles provinciales dynamiques (qui restent cependant, en terme de poids démographique) largement distancées par l'agglomération parisienne, l'expression employée, dès les années 1950, par JF Gravier « *Paris et le désert français* » conserve, par conséquent, dans une certaine mesure, sa pertinence. C'est probablement dans l'espace rural que les méfaits bien connus de ces réalités et tendances qu'on aimerait ne pas croire irréversibles sont les plus visibles et les plus diffus.

Ainsi, la distance entre l'usager et les services publics augmente tout comme celle avec les prestataires de services les plus qualifiés ; faute de trouver une rentabilité même minime, les commerces fuient là où la population est la plus concentrée ; les offres d'emplois se raréfient ou bien les entreprises ne trouvent pas qui embaucher ; l'agriculteur peine à trouver l'épouse ou la compagne qui partagera une existence peu tournée vers les mirages ou délices de la société de consommation etc. Devant autant des signaux alarmants, l'engouement des citadins pour des séjours en gîtes ruraux ou chambres d'hôtes apparaîtra dès lors comme un bien piètre indicateur de réconfort. Quant à la concentration urbaine, elle emporte également des conséquences perverses tout aussi bien identifiées mais mal maîtrisés : l'actualité se charge de nous les rappeler régulièrement. Somme toute, la solitude, qui se nourrit des déséquilibres et des excès de l'implantation humaine sur le sol de notre beau territoire, trouve dorénavant de quoi grandir et s'affirmer aussi bien dans les villes que dans nos campagnes.

Ensuite, le lien de filiation entre la solitude et le vieillissement de la population est tout aussi naturel et marquant. L'allongement de la durée de vie lui donnera certainement dans les années à venir une dimension peu ordinaire. Ici, les prévisions sont stimulantes pour l'imagination de ceux qui sont chargés de l'intérêt collectif et de son organisation.

En moins de cinquante ans, le nombre de personnes âgées augmenterait de près de 50 %. Sur 70 millions de français, on prévoit que 22,3 millions

d'entre eux auront plus de 60 ans, soit 32 % de la population alors que le rapport actuel est de 1 à 5. L'effectif des plus de 75 ans passerait de 4,9 à 10,9 millions et celui des plus de 85 ans de 1,1 à 4,2 millions.

Toutes les régions de France sont déjà affectées mais de façon plus ou moins marquée. Une fois de plus, l'Île de France tire son épingle du jeu tandis qu'à l'Ouest et dans le Centre la tendance s'accentuerait. En toute bonne logique, le nombre de personnes seules de plus de 60 ans devrait augmenter. On estime cette augmentation à plus de 70 %. Vieillir seule, sans conjoint, est aujourd'hui le lot de plus de 60 % des femmes européennes de 75 ans et, en France, le veuvage touche 81 % des femmes de plus de 85 ans. Autre effet non moins remarquable, le nombre de majeurs placés sous un régime de protection juridique croît régulièrement. Plus de 700 000 majeurs sont, de nos jours, concernés. Au rythme actuel, le million serait largement dépassé en 2010.

Enfin, les transformations conjointes, pour ne pas dire les bouleversements radicaux, des modes de vie et des mœurs forment comme une fratrie autour de la solitude en passe de devenir, si rien ne change, la fille aînée de la condition humaine. L'humain trouvera-t-il une sorte de remède ou de cautère dans la multiplication pour ainsi dire infinie des techniques de communication ? Rien n'est moins sûr pour Mac Luhan qui pense, au contraire, que le raz de marée de l'information électronique isole les individus.

Baladeur sur l'oreille droite, téléphone mobile sur la gauche et, pourquoi pas ordinateur portable sur l'épaule, que dire à présent des conséquences de la mobilité des individus… au volant de l'une des trente millions d'automobiles composant le parc français ou, plus raisonnablement – si l'on veut avoir quelques égards par rapport au Code de la Route ou au confort –, assis dans l'un de ces TGV nous transportant en quelques heures à l'autre bout de la France ?

On l'aura compris : l'époque où tous vivaient regroupés dans quelques villages ou au mieux sur un canton est définitivement révolue. Rejetés dans les centres urbains ou leur périphérie, obligés d'aller vers des destinations de plus en plus lointaines où ils pensent avoir plus de chance de nourrir leurs espérances, notamment d'emploi, l'homme et la femme des temps actuels pourront, des heures durant, fendre la foule des villes sans rencontrer un seul visage connu ou même la complicité d'un regard, rentrer chez eux, chacun de leur côté, pour passer seul une soirée. Il faut dire que les célibataires auxquels viennent s'adjoindre les divorcés dont l'effectif croît constamment sont devenus légions tandis qu'une nouvelle famille multiforme s'est mise en ordre de marche.

Le grand cercle d'autrefois regroupant, avec un sens aigu de la solidarité, les membres d'une même famille, cousins compris, s'est réduit à la famille nucléaire, limitée à un couple entouré d'un nombre de plus en plus restreint d'enfants, qui de surcroît se défait, dans plus d'un cas sur trois, pour se recomposer éventuellement par la suite.

Faut-il pour autant conclure que la cause est entendue ou la bataille perdue et que, quel que soit le lieu ou la situation, rien n'arrêtera ou ne viendra atténuer les travers d'un tel sentiment appelé en conséquence à se propager ?

Plusieurs données sont de nature à apporter un éclairage différent de telle manière que les pires prévisions ou mauvaises augures risquent fort d'être démenties.

La première n'est pas la moins paradoxale.

S'il arrive trop communément, comme nous l'avons entrevu, que la solitude soit subie, elle est aussi, de plus en plus fréquemment, choisie. Jamais le nombre de personnes effectuant des retraites volontaires, en des lieux de silence sans nécessairement de lien avec l'introspection religieuse, n'a été aussi élevé. Un tel constat incite-il véritablement à penser, à l'instar de Pablo Picasso, que « rien ne peut être fait dans la solitude » ? A chacun, bien entendu, d'apporter sa réponse personnelle !

La seconde illustre la capacité de réaction d'une humanité consciente de sa propre conscience. Qui eût pu imaginer, à mesure que l'isolement grandissait, que de si nombreuses équipes de bénévoles prendraient sur leur temps de liberté pour jouer les clowns auprès d'enfants hospitalisés ou visiter des vieillards sans aucune relation sociale et familiale lorsqu'il ne s'agit pas d'apporter un soutien scolaire ou alimentaire ou une écoute salvatrice sur des lignes spécialement dédiées à toutes sortes de misères ? Sait-on qu'un réseau de solidarités et d'échanges d'une densité et d'une richesse exceptionnelles s'est développé en France autour d'un million d'associations de tout genre s'appuyant sur treize millions de bénévoles. Comme un gage d'espoir, les effectifs, loin de diminuer, ne cessent au contraire de grossir.

La dernière nous ramène aux racines, non pas celles du Mal mais celles de l'histoire, qu'elle soit liée aux noms les plus prestigieux ou les plus communs, à la famille ou aux territoires.

À l'origine, apanage de nobles familles, la généalogie a connu, au début des années 1970, une démocratisation et un développement tels qu'elle est, en vérité, devenue un phénomène sociologique d'ampleur toute spéciale.

La généalogie successorale a, pour sa part, gagné encore en utilité sous l'effet de l'ensemble des ruptures affectant l'environnement familial.

En fin de compte, avec les retours sur le passé qu'elle effectue, la généalogie, qu'elle soit le fait de l'amateur éclairé ou du professionnel averti, édifie à sa manière de solides passerelles entre les générations contribuant ainsi à réduire les fractures de l'isolement social.

Nos aînés, ces grands oubliés…

J.-C. ROEHRIG
Président de COUTOT-ROEHRIG S.A.
Généalogiste

AU COURS DU SIÈCLE dernier, l'espérance de vie s'est allongée de plus de trente années pour atteindre désormais 83 ans pour les femmes et 76 ans pour les hommes. Chaque année, nos concitoyens gagnent ainsi 3 mois supplémentaires d'espérance de vie et rien ne permet de penser que cette progression se ralentira dans l'avenir.

Aujourd'hui, nous comptons en France 1,2 millions de personnes âgées de 85 ans et plus, les projections statistiques permettant d'affirmer qu'en 2040, les plus de 60 ans constitueront près d'un tiers de la population. Ce vieillissement de la population est une tendance démographique de long terme touchant la plupart des pays industrialisés qui est notamment à l'origine du problème du financement des retraites.

Une formidable contrainte pèse désormais sur les actifs : l'entretien des inactifs c'est-à-dire les jeunes comme les vieux. Si l'entretien des enfants est une vieille habitude plus ou moins acceptée mais heureusement toujours mieux assumée, l'aide aux parents apparaît comme moins légitime et moins gratifiante, ce qui fait qu'elle est l'objet d'une obligation édictée par divers codes : autant dire qu'elle n'est pas tout à fait naturelle…

La vague de chaleur caniculaire que notre pays vient de connaître nous l'a également rappelé : les plus âgés sont aussi les plus faibles, victimes de l'indifférence, de l'isolement, voire de l'exclusion, alors que la déferlante urbaine a, peu à peu, emporté les solidarités familiales pratiquées et vécues autrefois dans les campagnes où trois générations résidaient fréquemment sous le même toit. Il faut donc aujourd'hui, conquérir et protéger la vieillesse alors que, plus que jamais, derrière le brouhaha d'une polémique indécente attisée par certains politiques, le silence de la solitude est toujours aussi grand.

Pourtant, ces grands aînés ne sont pas un fardeau mais une chance pour notre collectivité. Si un million de retraités ne perçoivent que le minimum vieillesse, les autres, ceux qui ont du temps et de l'argent – fruit légitime de cotisations versées tout au long d'une longue vie – apportent une aide financière non négligeable à leurs enfants et petits-enfants.

Comment faire de cette donnée durable et jubilatoire pour ceux qui en profitent ou en profiteront, non seulement une chance pour chacun d'entre eux, mais aussi une chance pour notre pays ?

Sachons d'abord raison garder et plutôt que de nous complaire dans des décomptes macabres et de rechercher des coupables, tentons tout au contraire de magnifier les vies sauvées par le dévouement, l'initiative et le sacrifice d'hommes et de femmes de terrain.

Dans un climat économique et social toujours incertain, les difficultés à trouver un emploi provoquent l'éclatement des cellules familiales et la disparition des traditionnelles solidarités. Il faut, sans nul doute, tenter tout d'abord de retisser des liens entre les générations alors qu'en milieu rural comme en milieu urbain la solitude est devenue une constante.

La disparition des petits commerces de proximité dans les campagnes, les suppressions programmées de services publics tels les bureaux de poste dans les zones désertifiées, l'absence de transports en commun pour les personnes privées de la liberté de conduire en raison de leur handicap, conduisent à s'interroger sur les politiques menées depuis plusieurs années en faveur de nos aînés et qui ont visé plus ou moins consciemment à les séparer de la population active.

Ne faudrait-il pas, par exemple, adapter notre politique du logement pour permettre en centre-ville l'installation de retraités et mettre en place des services de proximité différenciés ?

De la même façon, alors qu'un français sur cent fait aujourd'hui l'objet d'une mesure de protection qui va de la représentation à la mise sous tutelle, un tiers de ces mesures se partagent entre les tutelles et curatelles d'état et les tutelles en gérance. Inchangée depuis plus de trente années, la loi du 3 janvier 1968 nécessite à tout le moins un toilettage, voire une réforme législative. Là encore, la désignation du tuteur et sa qualité sont des plus importants. Hormis le cas du choix parmi les membres de la famille qui, de plus en plus, fuient pareille responsabilité, de nombreux professionnels peuvent assumer ce rôle d'administrateur. Là encore, faut-il qu'ils veuillent bien s'y investir et qu'ils soient suffisamment nombreux, formés et capables d'affronter pareilles responsabilités qui s'apparentent bien souvent à de véritables missions de service public. Notons par ailleurs qu'il n'est, nulle part, indiqué dans les textes législatifs d'âge attribuant automatiquement un statut de « vieillard » auquel on peut préférer le terme plus respectueux de grand aîné.

Seule une loi de 1985 sur les accidents de la route fait référence de façon expresse aux personnes âgées de plus de 70 ans. En dehors de cette exception, avancer dans la vie n'a pas de conséquences juridiques car la sénescence et l'insanité d'esprit ne vont heureusement pas forcément de pair.

Pourquoi ne pas favoriser l'engagement des retraités – vivant une situation sans précédent puisqu'ils n'ont pas vu eux-mêmes leurs propres aînés atteindre leur âge – dans des activités d'utilité publique alors qu'aujourd'hui aucun cadre organisé n'existe en pareille matière si ce n'est celui du bénévolat au sein d'associations caritatives.

Et puis beaucoup de nos aînés sont encore en bonne, voire en très bonne santé.

Ceux qui viennent consulter le font désormais moins pour palier les conséquences du vieillissement que pour mieux vieillir et selon les spécialistes les hommes et femmes qui vivent leur vieillesse comme un naufrage annoncé ne représentent qu'un très faible pourcentage.

Enfin, l'Allocation personnalisée d'autonomie (APA) qui permet aux personnes dépendantes de plus de 60 ans de bénéficier d'une prise en charge par l'aide sociale publique versée par les départements, est à plus ou moins brève échéance, condamnée par nos perspectives démographiques qui remettent dès aujourd'hui en cause cette prestation, alors qu'elle a doublé en 2002, et qu'elle aura vraisemblablement triplé d'ici la fin 2003 pour atteindre 4,97 milliards €.

Il faut pourtant continuer à accorder soutien et assistance à ceux ou celles qui perdent leur indépendance du fait de l'affaiblissement de leurs facultés.

Là encore, l'obligation alimentaire qui joue entre époux d'une part, entre parents et alliés en ligne directe d'autre part, pourrait être étendue aux concubins comme aux familles recomposées où par exemple, il n'existe aucune obligation entre les enfants d'un premier lit et le deuxième conjoint même s'il y a eu vie commune. Il n'existe d'ailleurs pas plus d'obligation alimentaire entre l'enfant d'une précédente union et les ascendants du second conjoint de ses père ou mère. De la même manière, suivant que l'on est marié ou que l'on vit en concubinage, les droits et obligations diffèrent alors qu'il ne s'agit pourtant que d'un choix de vie.

La canicule avec son long cortège de morts d'indifférence aura montré, en tout cas, que notre société doit développer une autre pratique de la famille fondée non sur l'indifférence unanimement dénoncée, mais sur la complémentarité. Elle aura ainsi constitué pour certains un alibi et un révélateur. Alibi qui autorise les familles des victimes à se défausser de leurs responsabilités en abandonnant leurs « vieux » à un État qui doit tout prendre en charge durant la période sacrée des vacances aoûtiennes. « Big Brother » n'est plus loin. Révélateur aussi d'un certain aveuglement bien français qui veut évacuer le quatrième âge et refuse souvent de prendre en charge la vie quotidienne des parents âgés et dépendants, laissant le soin aux services publics de faire le nécessaire. Aujourd'hui, le temps n'est plus à la polémique, alors qu'il faut imaginer une socialité nouvelle basée sur ces deux vertus théologales que sont la générosité et la solidarité. Nos priorités collectives doivent être bouleversées de fond en comble.

Aux politiques de prendre la mesure de pareil défi et de tirer les leçons de pareille situation. En auront-ils le courage ?

Rien n'interdit, en tout cas, de l'espérer.

Préparer et construire sa vieillesse

J.-C. ROEHRIG

LA MISSION COMMUNE d'information du Sénat consacrée à la prise en charge des personnes âgées en perte d'autonomie et présidée par M. Philippe Marini a rendu son rapport d'étape le 8 juillet 2008. Après en avoir délimité les enjeux et à la lumière des différentes aides déjà existantes, elle a le mérite de proposer diverses orientations novatrices appelées sans nul doute à entrer rapidement en application.

Les enjeux, et défis

Sur un demi-siècle les réalités démographiques et socio-économiques ont considérablement changé. C'est ainsi, qu'entre 1950 et 2000, l'espérance de vie a augmenté de 5 ans alors que la durée de la vie active a diminué de 10 ans. Or, la vieillesse dépend très fortement des diverses ressources avec lesquelles les personnes âgées l'abordent, les seniors les plus fragilisés étant ceux qui ont plus de 65 ans et sont en perte d'autonomie physique, mentale ou sociale. Aujourd'hui, la dépense publique liée à la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées est évaluée à 19 milliards €. Le nombre des bénéficiaires de l'Allocation personnalisée (APA) créée par la loi du 20 juillet 2001 a atteint en 2007, 4,5 milliards € dont les 2/3 sont à la charge des départements et un tiers à la charge de la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie (CNSA). Le nombre des bénéficiaires de l'APA était de 1 078 000 au 31 décembre 2007, 61 % d'entre eux résidant à domicile et 39 % étant hébergés en établissement dans lesquels elles disposent pour près de 80 % d'entre elles, d'un revenu inférieur au coût de leur séjour.

Les solutions proposées

Actuellement, le nombre des souscripteurs à un contrat contre le risque de dépendance est de 2,5 à 3 millions. Il faut donc réfléchir au développement des mécanismes facilitant pour les personnes à bas ou moyens revenus, la souscription sur une base volontaire, d'un contrat de prévoyance. Ouvrir également la possibilité de convertir des contrats d'assurance-vie en contrats dépendance, sans coût ou pénalité pour l'assuré.

Conclusion

Dans le futur, chacun devra choisir et financer sa vieillesse. Les patrimoines personnels pourront être gagés pour continuer à percevoir les aides en cours à taux plein. Le socle de la solidarité sera complété par une prise en compte du patrimoine des personnes âgées et un développement des contributions individuelles au travers de la souscription, sur une base volontaire, de contrats de prévoyance. Chacun doit ainsi se construire « un rapport autonomisé avec l'âge », la vieillesse n'étant plus comme le disait Simone de Beauvoir « *ce monde inconnu qui ne concerne que les autres* ».

À chacun son prévisionnel ?

Cabinet ANTOINE PAVENTA Associés

D'UNE BRÛLANTE ACTUALITÉ, avec la volonté qu'ont nos dirigeants et nos instances professionnelles d'augmenter le nombre de notaires et la mise en place de deux nouveaux examens en vue de la nomination à un office de notaires créé, la question du prévisionnel à laquelle se heurtent les candidats à la création d'offices mais aussi la plupart des cessionnaires, n'est pas ou peu abordée : la contribution d'une spécialiste s'imposait.

À chacun son prévisionnel ?

Parmi les exercices de style proposés lors d'une installation, le prévisionnel reste une des figures imposées, assez techniques du dossier. Et même devrait-on dire « Les Prévisionnels ». En effet la comptabilité de gestion dusse-t-elle concerner le budget prévisionnel d'installation, n'est qu'un outil d'informations devant répondre aux interrogations de son lecteur avec cette équation simple : quatre lecteurs = quatre prévisionnels, cinq lecteurs…

Ainsi chacun des intervenants au dossier propose-t-il sa matrice avec une finalité un peu différente. La Chambre des notaires recherchera une confirmation de l'activité du cédant, la cohérence du volume d'actes annoncé, la conformité avec les états CSN en sa possession. Le banquier souhaitera appréhender la capacité de trésorerie dégagée par l'activité au mois le mois. Il ne souhaitera pas une présentation globale, lissée sur l'année qui ne mettrait pas en évidence les rythmes intrinsèques de l'étude et les périodicités au cours desquelles il serait plus délicat pour le titulaire de faire face à ses échéances. La Chancellerie a établi sa maquette sur les déclarations fiscales du cédant, (déclarations dites « 2035 ») et analyse ainsi l'imposition latente et les charges liées au revenu imposable du futur titulaire. Le candidat lui-même dressera son prévisionnel qui devra exprimer sa capacité à « survivre ». Plutôt donc que de commenter un standard de ces figures imposées, il est plus judicieux d'organiser une base de données qui servira à alimenter les prévisionnels, et d'en appréhender la terminologie et les aspects techniques.

Trois bases sont à établir : produits, charges fixes, charges variables.

Bien évidemment Produits – charges = résultat.

I – Les produits, l'activité, le chiffre d'affaires etc.

Hypothèse de départ du compte de résultat, les produits révèlent à la fois la tendance de l'activité mais aussi la trésorerie encaissée mois après mois.

• **Exemple simplifié de matrice de construction des produits**

Libellé	Mois	Observations
Nombre d'actes		Globalement cohérent avec les états CSN Mensuellement en phase avec le rythme intrinsèque de l'étude (saisonnalité…)
Prix moyen à l'acte		Vérifications géographiques, par nature de produits, données Chambre à affiner.
Total		Socle de base du compte de résultat, attaché au répertoire de l'étude (avant considération des confrères et produits financiers liés aux comptes clients).
Honoraires acquis des confrères		Analyse à faire. Beaucoup de prévisionnels ne détaillent pas les H2.
Honoraires acquis confrères	**Montant négatif**	C'est la taxe du mois qui ressort le concours ou la participation dus aux confrères ; ils sont définissables en fontion du type d'actes.
Produits du mois base HT		Activité de production mais aussi base du calcul des 4 % CRPCEN.
TVA		Montant encaissé en trésorerie dans un premier temps, puis reversé au moment de la déclaration de TVA.
Montant TTC du mois		Encaisse en lien direct avec l'activité.
Produits financiers		Ils n'apparaîtront qu'à l'issue de chaque trimestre. Ils sont aussi la base de certaines cotisations.
Montant total		A ce stade on doit s'assurer que rien n'est incohérent ! Le total des produits est la base du résultat en construction.

II – Les charges, les décaissements

Le prévisionnel des charges, de loin le plus concret, peut se construire en deux temps : d'abord recenser les charges dites fixes, puis les variables. Les charges fixes ne varient pas avec l'activité. Elles sont indépendantes du tableau de produits et il convient de les lister immédiatement, car leur montant total représente le chiffre d'affaires minimum à faire au cours de chaque mois, c'est un des indicateurs du fond de roulement de trésorerie :

Charges fixes + Remboursement des échéances d'emprunt + Prélèvements = besoin de trésorerie de l'activité.

Les charges dites variables prennent pour base le chiffre d'affaires (4 % CRPCEN) et ce chaque mois, ou sont calculées à partir du résultat (charges personnelles) réactualisé l'année suivante. Ce sont les plus délicates à appréhender, leur mode de calcul est complexe, d'autant plus que la 1re année, les montants appelés sont souvent forfaitaires.

• **Exemple simplifié de quelques charges fixes**

Libellé	Mois	Observations
Loyers		Vérification des conditions du bail, des charges locatives, et des impôts, travaux à la charge du locataire ; pour mémoire le dépôt des loyers n'est pas une charge, mais une immobilisation financière.
Locations, crédits		Vérifications géographiques, par nature de **baux** produits, données Chambre à affiner.
Autres charges		Les charges fixes de structure fournitures, documentation, assurances, honoraires, mission réception, déplacements…
Masse salariale chargée		Prendre comme référence les derniers bulletins de paie et la déclaration nominative annuelle de la CRPCEN appelée DNA.
Amortissements		Bien que l'amortissement lié à l'usage existe, vous devrez raisonner avec les tableaux des immobilisations et les durées d'amortisse ments encore en cours. Les montants immobilisés servent de base aux calculs de la taxe professionnelle pour toutes les études où il y a moins de 5 salariés par notaire. Pour mémoire l'amortissement est une charge, qui n'impacte pas la trésorerie (les investisse ments sont déjà réglés).
Intérêts des emprunts		Il s'agit des intérêts des emprunts figurant au bilan de l'étude. (Ne pas confondre avec les intérêts d'emprunts liés à l'acquisition des parts.)
Total des charges fixes d'exploitation		Leur total est la base HT des charges qu'il faudra comptabiliser puis régler qu'il y ait ou non activité. (Notion incontournable pour les créateurs !)

• **Exemple simplifié des charges variables :**

– les produits bruts (tous les produits),

– les 1/2 nets (produits moins certaines charges),

– les nets (résultat professionnel de l'état CSN).

Il n'y a pas d'intérêt majeur à les détailler, il faut rechercher un taux moyen qui sera le rapport entre la rubrique cotisations professionnelles (ensemble des comptes 628) et le chiffre d'affaires. Pour le budget des années suivantes il faudra affiner.

• Moins de 5 salariés par notaire

Base de calcul = 16 % des investissements au taux variant de 0 % [1] à 28 %

• Dès 5 salariés par notaire

Base 6 % des recettes TTC au taux variant de 0 % à 28 %

Libellé	Mois	Observations
4 % CRPCEN		Calculé par mesure de simplification sur la base HT des produits du mois nets d'honoraires en 2.
Cotisations professionnelles		Leur taux est variable d'une Chambre à l'autre, les taux des cotisations appelées par le CSN sont fixes pour tous les offices. Le plus souvent, toutes ces cotisations dites professionnelles sont appelées par les Chambres, (appels « Bourse commune »). Leur base de calculs est plus complexe elles sont en partie sur???
Caisse de retraite des notaires [2] (obligatoire)		Evaluer grossièrement à 4 % de la moyenne des produits des 3 dernières années : c'est le montant pour l'ensemble des notaires. Le calcul est bien entendu plus sophistiqué, mais encore une fois en budgétaire il faut travailler sur un ordre de grandeur cohérent.
Maladie obligatoire [2] (Régime Social des Indépendants)		Prendre comme référence 5 fois le plafond annuel de la sécurité sociale au taux de 6 % ainsi pour 2007, si les revenus prévisibles par notaire sont supérieurs à 5 X PMSS soit 5 X 32 184 € la cotisation sera de 9 655 €. (32 184 X 6 %). Dans le cas contraire elle est égale aux revenus professionnels X 6 %.
Allocations familiales [2] (oblig.)		Sans plafond, elle est calculée ainsi : revenus professionnels x 5,4 %
Autres cotisations complémentaires (aux obligatoires)		Dans le cadre d'un contrat groupe la maladie dite complémentaire est d'environ 2 400 € en 2007 et l'Assurance Décès.

1. 0 % zone franche.

2. Invalidité (ADI) est au minimum de 1 800 € pour 2007.

Libellé	Mois	Observations
CSG/CRDS		C'est un impôt calculé sur les revenus professionnels auxquels se rajoutent les cotisations obligatoires (voir note 2). Revenus + CRN + maladie + Allocations familiales = base de calculs de la CSG/CRDS son taux est de 8 %.
Taxes professionnelles		Impôt appelé pour chaque notaire, son calcul est complexe, sa base de calcul dépend de l'effectif attribué à chaque notaire.

• Cette présentation est une simplification de la règle de calcul

Ce que détermine le prévisionnel :

1) Le résultat comptable

Produits moins charges = résultat comptable la 1re grande étape est atteinte…

C'est ce résultat qui fera l'objet d'une répartition entre notaires, ou dans le cas d'une SEL de la distribution après IS des dividendes.

Ce résultat n'a d'ailleurs considéré que les produits et les charges, d'autres encaissements (apports, versement des emprunts, TVA) et d'autres décaissements (acquisition de matériel, remboursements du capital des emprunts, prélèvements des notaires, TVA) viendront expliquer la trésorerie disponible pour l'entreprise.

2) Le résultat professionnel

Résultat comptable moins les intérêts pour acquisition des parts de SCP = résultat professionnel (résultat tel qu'il figure sur l'état CSN)

Ce résultat est appelé aussi produit net.

C'est une étape de calcul du revenu BNC.

3) Le résultat BNC

Le résultat professionnel corrigé des charges dites non déductibles (amortissements excédentaires des véhicules, cotisations décès, CSG/CRDS) deviendra le revenu BNC, base du calcul de l'impôt du candidat.

Comme tous les dossiers que vous avez l'habitude de monter, il faut rechercher la source d'information et vérifier sa qualité. Les éléments qui sont mis à votre disposition par le cédant : états CSN, tableaux de bord, sur plusieurs années (3 ou 5 ans) devront être réactualisés des changements que vous envisagez. Trop globalisés ils peuvent être un frein à la bonne question : afin d'avoir plus de précisions, demandez une balance des comptes généraux (avant clôture) aux mêmes dates que les états CSN. Bien sûr rien ne vaut une visite sur place, la consultation du répertoire, les interviews du cédant…

Et puis pourquoi pas faire appel à un « candide » totalement hors notariat, qui aura la vision extérieure et pointera peut être « le truc » qui vous échappe.

Remerciements à tous les sponsors

- Le Conseil Supérieur du Notariat
- La Caisse des Dépôts et Consignations
- Le Crédit Agricole
- Le groupe UNOFI – Sécurité nouvelle – Mnémosyne
- La société ANDRIVEAU – Généalogiste
- La société MAILLARD – Généalogiste
- La société COUTOT-ROEHRIG – Généalogiste – Paris et Lyon
- Le cabinet PIERSON – Généalogiste
- La société ADD associés – Généalogiste
- L'étude TRANCHANT – Généalogiste
- Le cabinet SERRAIN – Géomètres-Experts
- La société Métier Tradition Immobilier – Rénovateur
- Le groupe LexisNexis – SII
- La société Fiducial – SII et Expertise-Comptable
- La société PMS – SII
- La société GENAPI – SII
- Fortin Le Progrès-AMILCAR
- SARF (Société accréditée de représentation fiscale)
- CD-DOC Services

Les Chambres et Conseils régionaux qui soutiennent notre action.

Imprimé par l'imprimerie
Georges Lachaise
à Brive-la-Gaillarde – France
Dépôt légal – Septembre 2008