



**HAL**  
open science

## La gestion du patrimoine des personnes âgées

Maëva Tibere

► **To cite this version:**

| Maëva Tibere. La gestion du patrimoine des personnes âgées. Droit. 2017. dumas-02177057

**HAL Id: dumas-02177057**

**<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-02177057>**

Submitted on 8 Jul 2019

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**UNIVERSITE DE LA REUNION / ANNEE 2016-2017**

**MEMOIRE**

**La gestion du patrimoine des personnes âgées**



**TIBERE Maëva Marie Hylarie**

**MASTER 2 PARCOURS Ingénierie Juridique du Patrimoine**

**Sous la direction de Madame Céline KUHN, Maître de conférences**

## REMERCIEMENTS

Je tiens à adresser mes sincères remerciements à Madame Céline KUHN.

Après une année passée à ses côtés, elle a su me captiver et me guider. J'ai beaucoup appris grâce aux conseils qu'elle a sus donner à ses étudiants.

Très engagée dans son travail, elle a su se rendre disponible pour m'aider dans l'élaboration de ce mémoire.

*« Quarante ans, c'est la vieillesse de la jeunesse, mais cinquante ans, c'est la jeunesse de la vieillesse. »*

**Victor Hugo**

# SOMMAIRE

<b>Introduction</b> .....	p8
<b>Partie 1 : La prise en compte modérée de la personne âgée par le droit</b> .....	p13
<b>Titre 1 : Un arsenal juridique emprunté aux plus faibles</b> .....	p13
<b><u>Chapitre 1 : le parapet civiliste</u></b> .....	p13
<b>Section 1 : Le bataillon des incapacités</b> .....	p13
§1 : Le régime ordinaire des incapacités avérées.....	p13
I : l'absence d'originalité juridique.....	p13
II: un ensemble de techniques encadrées.....	p14
§2 : La possible anticipation de l'incapacité : le mandat de protection future.p16	
I : Principe.....	p16
II : Enjeux.....	p16
<b>Section 2 : la redéfinition du domaine des incapacités de recevoir</b> .....	p17
§1 : L'apport de la loi du 28 décembre 2015.....	p17
§2 : Critiques.....	p18
<b><u>Chapitre 2 : le garde- fou pénaliste</u></b> .....	p19
<b>Section 1 : la pénalisation du droit de la consommation</b> .....	p19
§1 : L'abus de faiblesse.....	p19
§2 : L'abus de confiance.....	p20

<b>Section 2 : Le cas spécifique du démarchage à domicile.....</b>	<b>p21</b>
§1 : Une prévention contre les vendeurs de mauvaise foi.....	p21
§2 : L'âge, un critère non suffisant.....	p22
<b>Titre 2 : La personne âgée : un ovni juridique ambiguement convoitée.....</b>	<b>p25</b>
<u><b>Chapitre 1 : une absence évidente de définition juridique.....</b></u>	<b>p25</b>
Section 1 : Une retenue significative.....	p25
§1 : Un groupe hétéroclite.....	p25
§2 : Une dignité à faire valoir.....	p27
Section 2 : La recherche éventuelle de définition.....	p28
§1 : Proposition.....	p28
§2 : Intérêt.....	p29
<u><b>Chapitre 2 : L'ombre récurrente de la famille.....</b></u>	<b>p30</b>
Section 1 : Une aidante désintéressée.....	p30
§1 : La solidarité familiale .....	p30
§2 : Des illustrations révélatrices.....	p31

**Section 2 : La dimension financière : une préoccupation familiale malsaine.....p33**

**§1 : Le droit de propriété de la personne âgée : un droit exclusif.....p33**

**§2 : La prohibition des pactes sur succession future.....p33**

**Partie 2 : L'orientation autonomiste : clé de voûte d'une gestion honorable.....p35**

**Titre 1 : Un assortiment contractuel adapté à une gestion du patrimoine.....p35**

**Chapitre 1 : La fiducie gestion et le mandat : deux outils propices à la gestion globale.....p35**

**Section 1 : Des avantages concurrents.....p35**

**§1 : Des instruments flexibles aux besoins de la personne âgée.....p35**

**§2 : Des pouvoirs encadrés..... p37**

**Section 2 : Des limites spécifiques.....p38**

**§1 : Un fiduciaire nécessairement professionnel.....p38**

**§2 : L'absence de contrôle du mandataire.....p38**

**Chapitre 2 : La recherche d'une gestion dynamique fructueuse.....p39**

**Section 1 : La vente en viager.....p39**

**§1 : Le cas typique du logement.....p39**

**§2 : Intérêt du dispositif.....p40**

Section 2 : Le démembrement de propriété.....	p41
Titre 2 : Un système juridique faiblement sollicité .....	p41
<u>Chapitre 1 : Une gestion globale effectuée en dehors du droit.....</u>	<u>p42</u>
Section 1 : Des sujets méfiants.....	p42
§1 : Une méconnaissance des outils de gestion.....	p42
§2 : Des professionnels craintifs .....	p43
Section 2 : Une pratique doublement révélatrice.....	p43
<u>Chapitre 2 : L'introduction d'une démarche active innovante.....</u>	<u>p45</u>
Section 1 : une évolution propice du corpus juridique.....	p45
Section 2 : Une gestion autonome tempérée par une sollicitation ponctuelle et une prévention accrue des acteurs typiques.....	p46
Conclusion.....	p47
Bibliographie.....	p48

## INTRODUCTION

**L**e vieillissement de la population est un phénomène touchant la planète entière. La France n'est donc pas épargnée et fait face au vieillissement inéluctable de sa population.

Selon les projections de l'INSEE, en 2050 les chiffres représentant la part de population âgée seraient en hausse : 1 habitant sur 3 serait âgé de 60 ans et plus, on compterait 22,3 millions de personnes âgées contre 12,6 millions en 2005, ce qui représenterait une hausse de 80% en 45 ans. Les chiffres seront sans appel. La cause de ce vieillissement est incontestablement due à une baisse de la fécondité, aux progrès de la médecine et à une amélioration globale de la qualité de vie de chacun, ce qui se traduit ainsi par une augmentation de l'espérance de vie.

La longévité accrue des hommes et des femmes ainsi que l'annonce d'une déferlante de centenaires dans les années 2050, soumettent la société française à de nouveaux défis. Mais avant d'appréhender ceux-ci, il faudrait comprendre comment est perçue la vieillesse, plus particulièrement l'individu âgé.

La vieillesse a été sujette à plusieurs représentations selon les sociétés, contextes et valeurs prônées. L'Histoire en témoigne. A l'origine la vieillesse était considérée comme une malédiction ou un châtement divin dans les mythes gréco-romains et dans l'Ancien Testament. Jadis Cicéron décréta même : « *Il faut lutter contre la vieillesse tout comme on doit lutter contre la maladie* ».

Mais au fil du temps du temps, certaines périodes ont été plus propices à la vieillesse : des conseils d'Anciens furent en mis en place au Moyen Âge, les philosophes des Lumières reconnurent de la vertu chez le vieillard ; certains écrivains comme Jean de La Fontaine et Victor Hugo exaltèrent cet âge. Tel fut encore le cas, lorsque le Droit reposait sur l'oral et la coutume, la connaissance et l'expérience étant valorisées, les vieillards étaient donc davantage idéalisés.

Aujourd'hui, la vieillesse est définie comme étant la « dernière période de la vie normale, caractérisée par un ralentissement des fonctions ». Cette définition émise par le dictionnaire Larousse met en avant une connotation approximative et péjorative de ce processus.

Dans une société dominée par le culte de la jeunesse, le rejet et la crainte de la part des jeunes viennent amplifier cette vision négative de la vieillesse. Il n'y a qu'à se focaliser sur le vocabulaire employé pour percevoir ce que représente la personne âgée au XXI<sup>ème</sup> siècle : vieux, grabataire, malade, sénile, dément etc.... Les qualificatifs foisonnent et on pourrait affirmer tout comme l'Organisation Mondiale de la Santé (l'OMS) en 2016 que l'âgisme est devenue une pratique courante. Ce phénomène renvoie à une dépréciation d'un individu en

raison de son âge et cela peut prendre de nombreuses formes, notamment lorsque les médias présentent les personnes âgées comme fragiles et dépendantes.

Toutefois, il ne faut pas tomber non plus dans l'exagération la plus totale puisque la vieillesse inspire aussi d'un autre côté le respect. Vieillir est aussi synonyme de sagesse.

Cette perception spécifique de la vieillesse apparaît comme un véritable problème lorsqu'il faut tenir compte des enjeux auxquels les personnes âgées sont confrontées. Elle a un impact indéniable sur le rapport que le droit a avec le sujet âgé. Le législateur français n'est pas insensible à cette étape incontournable de la vie qu'est le vieillissement.

Au regard de la protection de la personne âgée, des dispositifs existent bel et bien : le droit pénal en se référant à l'âge érige une circonstance aggravante. Le fait de commettre des crimes ou délits sur une personne particulièrement vulnérable(en raison de son âge) a pour conséquence d'aggraver les peines encourues par l'auteur. Ainsi, en matière criminelle, le meurtre est puni de la réclusion criminelle à perpétuité et non de trente ans de réclusion criminelle lorsqu'il est commis notamment sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge est apparente ou connue de son auteur (article 221-4 du Code pénal).

Il en est de même pour les actes de torture et de barbarie (article 222- 3 du Code pénal), les coups mortels (article 222-8 du Code pénal), les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente (article 222-10 du Code pénal), le viol (article 222-24 du Code pénal) punis respectivement de vingt ans de réclusion criminelle pour les deux premiers crimes et de quinze ans de réclusion criminelle pour les violences aggravées.

Ces faits sont également aggravés lorsque l'auteur est le conjoint ou le concubin de la victime, le législateur prenant ainsi en compte la situation de la victime qui peut faire l'objet de pressions psychologiques et être dépendante de l'auteur des faits.

Sur le plan civil, la loi du 5 juillet 1985 dite loi Badinter relative aux accidents de la circulation vient protéger l'intégrité physique de la personne âgée. Cette dernière est considérée comme une victime « super privilégiée » : les individus âgés de plus de soixante-dix ans sont indemnisés dans tous les cas sauf s'ils ont recherchés volontairement leur dommage (attitude suicidaire par exemple).

Le code de l'action sociale et des familles vient aussi apporter sa pierre à l'édifice via ses articles L 311-3 à L 311-11 et L 313-24 à L 313-27 tous relatifs à la prévention de la maltraitance des personnes âgées hospitalisées ou placées en maison de retraite. Il en est de même de la circulaire du 20 février 2014 relative à la maltraitance des personnes âgées et des personnes handicapées dans les établissements sociaux et médico- sociaux. Elle met l'accent sur un objectif de renforcement en matière de protection des personnes vulnérables, et plus particulièrement de révélation et de traitement des actes de maltraitance des personnes âgées et des personnes en situation de handicap.

Dans un tout autre registre, l'aide dénommée Allocation Personnalisée d'Autonomie (APA), financée par les départements, est attribuée à l'ensemble des personnes âgées de plus de soixante ans dépendantes ou en perte d'autonomie. Elle a pour but de leur permettre de recourir aux aides dont elles ont besoin pour accomplir les actes de la vie courante (se déplacer, se nourrir...).L'aide est attribuée à la personne âgée qu'elle réside à domicile ou qu'elle soit

hébergée en maison de retraite. Près de 1,2 million de personnes en bénéficient, dont 60 % vivent à leur domicile.

Ces différentes illustrations mettent en exergue l'attitude paternaliste qu'à le droit au regard des personnes âgées. L'attention apportée à la protection de l'intégrité corporelle se retrouve aussi dans un autre aspect : la sphère patrimoniale.

L'allocation de solidarité aux personnes âgées (ASPA) est destinée aux personnes âgées disposant de faibles revenus afin de leur assurer un minimum de ressources. Elle remplace le minimum vieillesse depuis fin 2005. Pour en bénéficier, il suffit d'être âgé de 65 ans au moins (ou avoir atteint l'âge légal de la retraite dans certains cas), de résider en France et d'avoir des ressources modestes.

De même, des aides financières sont attribuées aux personnes âgées sous condition de revenus évidemment, afin d'améliorer leur logement. Celles-ci sont attribuées par plusieurs organismes et institutions : l'Agence Nationale de l'Habitat, les caisses de retraite et les collectivités territoriales. Ces subventions permettent d'équiper et d'adapter l'habitat de la personne âgée afin de le sécuriser au mieux.

Un phénomène important est en train de se dessiner afin de répondre aux enjeux du vieillissement démographique : « la silver économie ». Ce mouvement encore appelé économie des seniors désigne l'ensemble des activités économiques liées aux personnes âgées.

La silver économie englobe tous les biens et les services qui favorisent l'état de santé, l'autonomie et la qualité de vie des personnes âgées. Beaucoup de secteurs d'activité sont concernés : santé (objets de santé connectés, nutrition, soins à domicile, médecine à distance) transport (transports adaptés, aide à la mobilité) loisirs (tourisme, sport, jeux) habitat (logements adaptés, domotique) alimentation, communication (téléphonie mobile, Internet) ... Par la diversité de leurs dépenses, les seniors représentent un marché en plein essor. Le marché de la silver économie devrait représenter plus de 130 milliards d'euros en France en 2020.

Le développement de ce secteur apparaît comme un axe stratégique et cela amène à traiter une question centrale qui sera par ailleurs l'objet d'étude de ce mémoire : **la gestion du patrimoine des personnes âgées**. Comme il a été dit auparavant, le droit appréhende les seniors sous l'angle de leur protection physique mais qu'en est-il de leur rapport avec leur patrimoine ?

Le patrimoine est l'attribut économique essentiel des personnes, qu'elles soient des personnes physiques ou des personnes morales. Le patrimoine est l'ensemble des droits et obligations d'une personne, qui sont dans le commerce et qui ont une valeur économique. Le patrimoine est composé de tous les actifs détenus par la personne, tous les biens mobiliers, immobiliers, corporels ou incorporels. Il regroupe par ailleurs tous les passifs.

Pour reprendre la citation de Ripert en la matière, « *le siècle est dominé par l'idée de propriété* » et cette affirmation demeure encore plus véridique à l'époque actuelle.

Tout individu est ainsi concerné et possède par conséquent un patrimoine. L'individu âgé ne fait pas exception. La détention d'un patrimoine amène plusieurs constats. D'une part celui-ci peut représenter le travail de toute une vie et avoir une valeur affective importante. D'autre part, le patrimoine de la personne âgée est considéré comme une source nouvelle de richesse,

susceptible d'être exploité soit au bénéfice de leur entourage familial, soit au bénéfice des personnes âgées elles-mêmes en finançant leurs propres besoins liés ou non à la dépendance.

Certaines personnes âgées ont des ressources et/ou un capital relativement important. D'autres, par contre ont des petites retraites, voire bénéficient de l'Allocation de solidarité aux personnes âgées. Il n'est donc pas surprenant d'affirmer qu'il faut accorder une importance considérable à la protection du patrimoine et savoir gérer celui-ci. Autrement dit administrer aux mieux ses biens et prendre les décisions qui en découlent par le biais des trois catégories d'actes classiques suivants : les actes conservatoires (*maintient en état du patrimoine*), d'administration (*gestion courante du patrimoine*) et de disposition (*modification de la composition du patrimoine*).

Au vu des disparités qui existent, bien des questions se posent pour les personnes âgées. Néanmoins plusieurs points doivent être soulevés.

La première précision à mettre en avant est qu'il n'existe pas de droit des personnes âgées en France contrairement aux Etats-Unis qui ont mis en place leur « Elder law ». Dès 1965, la Older Americans' Act attirait l'attention sur des enjeux touchant les personnes âgées comme la nutrition, la socialisation et le logement. En 1979, l'American Bar Association a créé sa commission sur les problèmes juridiques des personnes âgées. Des pans entiers de métiers se sont au fur et à mesure développés autour de ce domaine spécialisé du droit américain.

La seconde est qu'il se révèle difficile de cibler la population des aînés. Certes ils sont désignés sous d'autres termes : anciens, seniors, vieillards...etc. Mais qu'est-ce qu'une personne âgée ? Quand devient-on vieux ? La réponse est loin d'être évidente d'autant plus qu'il n'existe pas de définition officielle à ce jour. Dans l'esprit commun, la personne âgée est une personne d'un âge avancé. Cette affirmation n'est pas d'une grande aide.

Quel âge retenir ? Pour l'Organisation mondiale de la santé (OMS), une personne est « âgée » à partir de soixante ans. La technique juridique française semble reposer sur le seuil de l'âge pour cibler les seniors dans des contextes précis : soixante-deux ans (*âge de départ à la retraite « débattu » pour les personnes nées à partir de 1955*), soixante-cinq ans (*article L113-1 du code de l'action sociale et des familles*)... Peu d'auteurs ont été d'accord sur l'âge à partir duquel on devient vieux : Hippocrate compare la vie aux quatre saisons et fait débiter la vieillesse à cinquante-six ans contrairement à Aristote qui la commence à cinquante ans. La question n'est pas prête d'être résolue. Il est impossible d'avoir un raisonnement similaire à la situation du mineur, situation mise en place en droit en raison de la *summa divisio* qui concerne les personnes physiques : la minorité ou la majorité avec la fixation d'un âge numérique marquant le passage d'un statut à l'autre. Un raisonnement parallèle au cas du mineur est visiblement impossible.

Ainsi, ce critère lié à l'âge et la fragilité sont des facteurs permettant de déclencher des leviers de défense pour protéger la personne âgée. Toutefois, hormis ces éléments, il n'existe peu de prospections quant au sort de la personne âgée dans la sphère juridique.

L'image paternaliste que donne le droit au regard de la personne âgée a-t-elle un impact lorsqu'il s'agit de traiter de la gestion qu'elle effectue de son patrimoine ?

Le droit français doit-il créer un statut juridique spécifique des personnes âgées pour assurer une gestion protégée de leur patrimoine ?

Telle est l'étude qui sera menée dans ce mémoire. Il paraît plus que nécessaire de se focaliser sur le lien que la personne âgée possède avec son patrimoine au regard du regain d'intérêt qui semble lui être reconnu depuis ces quelques dernières années et des enjeux présentés.

Dans cette optique, il sera initialement abordé les dispositifs en lien avec la gestion du patrimoine qui sont susceptibles de s'adresser à la personne âgée. Leurs avantages et limites respectives seront mis en exergue. Puis un bilan de la situation juridique française sera fait. Ce qui amènera la discussion d'une part sur ce que représenterait une gestion correcte et digne du patrimoine pour le senior et d'autre part sur des propositions qui permettraient de protéger et d'optimiser au mieux cette gestion des biens.

## **Partie 1 : La prise en compte modérée de la personne âgée par le droit**

Dans cette première partie, il consistera à démontrer qu'aucun pan du droit n'est exclusivement consacré à la personne âgée et que cette dernière représente un être sujet à un paradoxe : elle est juridiquement mal définie mais dans les faits elle demeure au centre des attentions.

### **Titre 1 : Un arsenal juridique emprunté aux plus faibles**

La protection de la personne âgée, et par conséquent, la gestion de son patrimoine, est assurée par un ensemble de mesures, tantôt des dispositions civiles tantôt des normes émanant du droit pénal de la consommation, représentant un arsenal juridique qui généralement assure la défense des plus faibles.

#### **Chapitre 1 : le parapet civiliste**

Le parapet civiliste représente le schéma classique de protection par l'incapacité, schéma récemment redéfini.

#### **Section 1 : Le bataillon des incapacités**

Cette situation juridique particulière qu'est l'incapacité apparaît comme un régime ordinaire applicable à bon nombre d'individus mais une possibilité nouvelle doit attirer l'attention du sujet âgé : le mandat de protection future.

#### **§1 : Le régime ordinaire des incapacités avérées**

L'incapacité est une solution qui n'apporte pas d'originalité puisqu'il ne s'applique pas spécifiquement aux personnes âgées, néanmoins ce régime aux multiples facettes a le mérite d'être bien encadré.

#### ***I : l'absence d'originalité juridique***

Comme le dispose l'article 425 du code civil, cette mesure de protection juridique concerne tant les intérêts patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux. L'hypothèse ici envisagée est celle d'une personne âgée dépendante aux facultés mentales altérées.

La protection du patrimoine des personnes âgées via le régime des incapacités n'est pas un fait singulier car celle-ci est assimilée à la protection d'autres sujets plus ou moins vulnérables à l'instar des mineurs ou les autres incapables majeurs. Le droit des incapacités ne mentionne pas à titre autonome la situation des personnes âgées. Ce n'est qu'une cause parmi d'autres d'ouverture d'un régime de protection.

Il est bien certain qu'une simple incapacité motrice, par exemple, ne suffira pas puisqu'elle n'a aucune conséquence sur l'expression de la volonté. Inversement il paraît certain qu'une atteinte physique supprimant toute possibilité d'expression chez le malade justifierait l'ouverture d'un régime de protection.

## ***II: un ensemble de techniques encadrées***

Les principes de nécessité, mais aussi de subsidiarité ont été réaffirmés par l'article 428 nouveau du Code civil. Cet article précise que « la mesure de protection ne peut être ordonnée par le juge qu'en cas de nécessité » et qu'elle doit être « proportionnée et individualisée en fonction du degré d'altération des facultés personnelles de l'intéressé »

Dans le même esprit, il faut noter que la proportionnalité des mesures - principe déjà présent dans la législation antérieure trouve également à s'illustrer avec les articles 471, 472 et 473 nouveaux du Code civil, qui permettent au juge des tutelles d'aménager la curatelle et la tutelle pour en atténuer les effets, ou de les aggraver pour la curatelle renforcée.

Dans ce dernier cas, les nouvelles dispositions précisent que « *le curateur perçoit seul les revenus de la personne en curatelle sur un compte ouvert au nom de cette dernière. Il assure lui-même le règlement des dépenses auprès des tiers et dépose l'excédent sur un compte laissé à la disposition de l'intéressé ou le verse entre ses mains* ». Le juge peut également, dans ce cas, autoriser le curateur à conclure seul un bail d'habitation ou une convention d'hébergement assurant le logement de la personne protégée, tout en respectant le choix de cette dernière s'agissant du lieu de sa résidence.

Voici brièvement les diverses mesures de protection qui existent, chacune avec des effets distincts.

La sauvegarde de justice en est une première illustration. C'est une solution temporaire. Cette procédure permet de protéger la personne âgée pour une courte durée. Ordonnée par le Juge des Tutelles, la sauvegarde de justice est une mesure d'urgence immédiate, souple et généralement de courte durée. Il peut arriver que les facultés mentales d'une personne âgée soient temporairement altérées suite à une maladie ou un accident. La sauvegarde de justice est alors une mesure à envisager. Elle peut aussi être mise en œuvre, en solution d'attente, pendant la procédure d'instruction d'une demande de mise sous curatelle ou tutelle.

La sauvegarde de justice laisse la personne âgée libre de ses actes. Elle peut même vendre ou donner ses biens. Cependant, elle peut ainsi que son conjoint, s'il vit toujours avec elle, son enfant, son frère ou sa sœur et éventuellement ses parents s'ils sont toujours en vie, demander à la justice à ce que les initiatives qu'elle prend soient annulées ou réduites si elles sont manifestement contraires à ses intérêts. Dans ce cas, les tribunaux prendront en considération la fortune de la personne âgée, la bonne ou mauvaise foi de ceux qui ont traité avec elle, l'utilité ou l'inutilité de l'opération pour prendre leur décision.

Deuxième mesure à envisager : la curatelle qui est un régime intermédiaire. Il s'agit d'un régime de protection juridique légère, dont le degré de protection est inférieur à celui d'une tutelle. Ce régime s'applique à des personnes qui, sans être hors d'état d'agir elles-mêmes, ont besoin d'être assistées, conseillées ou contrôlées dans les actes de la vie civile. Le curateur est désigné par le Juge des Tutelles. En pratique, le curateur devra donner son accord pour l'achat ou la vente d'un bien, l'obtention d'une carte bancaire... Faute de cet accord, l'acte serait susceptible d'annulation. La personne âgée garde toute liberté d'agir pour tous les actes pour lesquels l'accord du curateur n'est pas requis. Le juge peut alléger ou renforcer la curatelle en fonction de la situation.

Différents types de curatelle sont prévus par le droit français :

-la curatelle simple : la personne âgée dépendante peut agir seule pour les actes de la vie courante mais elle ne peut rien décider quant à la composition de son patrimoine.

-la curatelle aménagée : le juge peut choisir de modeler le régime. Selon la situation, il peut soit alléger la curatelle, soit au contraire limiter l'espace de liberté de la personne protégée.

-la curatelle renforcée : le curateur gère à la place de la personne empêchée ses affaires courantes et doit rendre compte de sa gestion une fois par an au juge.

La troisième mesure et non des moindres est la fameuse tutelle en cas d'incapacité totale. Il s'agit de la mesure de protection la plus forte applicable aux personnes majeures dont les facultés mentales ou corporelles sont grandement affectées. La personne placée sous tutelle perd en pratique ses capacités à agir en tant qu'adulte majeur. Tous les actes de la vie civile sont donc contrôlés par le tuteur et/ou le conseil de famille.

La mise sous tutelle peut être demandée : par la personne elle-même ou par son conjoint (s'il vit avec elle), ses enfants, ses frères ou sœurs ou ses parents s'ils sont encore en vie, par le curateur, si une curatelle a été précédemment décidée et si les facultés mentales ou physiques de la personne âgée se sont davantage altérées ou par le Juge s'il a été alerté notamment par des proches de la personne âgée.

Dans le cadre d'une tutelle, la personne âgée ne pourra disposer librement que de petites sommes pour faire des achats courants. La gestion de son patrimoine sera confiée à un tuteur désigné par le Juge.

Outre ces mesures classiques de mesure en rapport avec l'incapacité, une situation inédite a vu le jour en France grâce au mandat de protection future.

## **§2 : La possible anticipation de l'incapacité : le mandat de protection future**

Jean Charles Florent Demolombe avait jadis rêvé d'un mécanisme de ce genre, le législateur l'a concrétisé par la loi du 5 mars 2007. Dans le prolongement des mesures alternatives fondées sur le principe de subsidiarité figure désormais aux articles 477 et suivants du code civil le mandat de protection future.

### ***I : Principe***

Ce mandat peut produire effet depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2009 et se réalise comme « une procuration générale donnée par une personne à un tiers sans que cette personne ne soit privée de l'ensemble de ses droits ». Il peut être par principe conclu pour soi-même et revêtir la forme sous-seing privé ou la forme notariée selon que le mandant souhaite conférer au mandataire des prérogatives limitées aux actes conservatoires et d'administration pour la première forme, ou alors pour la seconde forme lorsque le mandant souhaite également intégrer dans les pouvoirs du mandataire les actes de disposition .

### ***II : Enjeux***

Le mandat de protection future a été créé pour permettre à toute personne d'anticiper et d'organiser son éventuelle dépendance future.

Ce type de mandat permet de désengorger les tribunaux. De plus, le choix du ou des mandataires appartient exclusivement à celui qui en est à l'initiative, ce qui va dans le sens d'une meilleure acceptation de ce principe.

Toute personne âgée ne faisant pas l'objet d'une tutelle peut confier un mandat de protection future à la ou les personnes de son choix pour assurer la protection de son patrimoine (et de sa personne) lorsque ne sera plus en mesure de le faire seule. La personne à laquelle le mandat est confié (mandataire) pourra ainsi protéger les biens du mandant qui en détermine la liste et les actes qui peuvent être accomplis.

Lorsque le mandat est établi sous seing privé, le mandataire a seulement le droit d'effectuer des actes d'administration, c'est-à-dire nécessaires à la gestion du patrimoine. Si le mandat est notarié, c'est-à-dire établi par acte authentique, le mandataire peut également effectuer des actes de disposition des biens (engageant la composition du patrimoine). Le mandat sous seing privé s'établit selon un modèle (Cerfa 13592-025) ou doit être contresigné par un avocat. Il pourra être enregistré auprès de la Recette des Impôts pour prévenir tout litige sur sa date. Le mandat notarié est rédigé par un notaire qui sera également chargé d'en contrôler l'exécution.

Le mandat prend effet lorsque la personne âgée n'est plus en mesure de pourvoir seule à ses intérêts et notamment ne peut plus gérer son patrimoine.

Il faut à présent souligner que le domaine des capacités a récemment subi des changements.

## Section 2 : la redéfinition du domaine des incapacités de recevoir

La liberté de disposer de la personne âgée se retrouve limitée selon les cas prévus par le législateur, ce qui représente une forme de protection appréciable. Néanmoins une critique est à souligner

### §1 : L'apport de la loi du 28 décembre 2015

À son tour, la loi du 28 décembre 2015, consacrée à l'adaptation de la société au vieillissement, vient de revisiter le domaine des incapacités relatives de recevoir à titre gratuit. Elle ajoute une nouvelle limite à la liberté de disposer : les auxiliaires de vie qui apportent à la personne âgée une aide personnelle à son domicile ne peuvent plus être avantagés par donations entre vifs ou par legs.

Avant l'entrée en vigueur de la loi du 28 décembre 2015 (c'est-à-dire avant le 30 décembre 2015), on ne trouvait pas moins de quatre textes susceptibles de paralyser l'action bienfaitrice d'une personne âgée. Certaines incapacités de recevoir figuraient dans le Code civil, les autres, les plus récentes, dans le Code de l'action sociale et de la famille. Cette multiplicité des supports était une source d'incertitude et n'allait pas sans poser certaines difficultés de coordination. La répartition des interdictions entre les deux codes manquait de rigueur. Elle devait plus au hasard de la chronologie des interventions législatives qu'à la recherche d'une distribution ordonnée des normes applicables.

Soucieux de favoriser « *une application plus uniforme des dispositifs en en corrigeant les défauts d'articulation* », le législateur contemporain a décidé de fondre dans un article nouveau toutes les interdictions de recevoir portées par le Code de l'action sociale et des familles.

À cette fin, un article L. 116-4 a été intégré au sein des principes généraux de l'action sociale « *Les personnes physiques propriétaires, gestionnaires, administrateurs ou employés d'un établissement ou service soumis à autorisation ou à déclaration en application du présent code ou d'un service soumis à agrément ou à déclaration mentionné au 2° de l'article L. 7231-1 du code du travail, ainsi que les bénévoles ou les volontaires qui agissent en leur sein ou y exercent une responsabilité, ne peuvent profiter de dispositions à titre gratuit entre vifs ou testamentaires faites en leur faveur par les personnes prises en charge par l'établissement ou le service pendant la durée de cette prise en charge, sous réserve des exceptions prévues aux 1° et 2° de l'article 909 du code civil. L'article 911 du même code est applicable aux libéralités en cause*

*L'interdiction prévue au premier alinéa du présent article est applicable au couple ou à l'accueillant familial soumis à un agrément en application de l'article L. 441-1 du présent code et à son conjoint, à la personne avec laquelle il a conclu un pacte civil de solidarité ou à son*

*concubin, à ses ascendants ou descendants en ligne directe, ainsi qu'aux salariés mentionnés à l'article L. 7221-1 du code du travail accomplissant des services à la personne définis au 2° de l'article L. 7231-1 du même code, s'agissant des dispositions à titre gratuit entre vifs ou testamentaires faites en leur faveur par les personnes qu'ils accueillent ou accompagnent pendant la durée de cet accueil ou de cet accompagnement. »*

On y retrouve, d'abord, l'interdiction des dons et legs adressés aux « personnes physiques propriétaires, gestionnaires, administrateurs ou employés d'un établissement... », puis, dans un second alinéa, l'incapacité de recevoir de « l'accueillant familial » et de ses proches. Il est à noter que le cantonnement de la prohibition à la seule période de « prise en charge » de la personne dépendante, règle jusque-là jurisprudentielle, est désormais expressément consacré.

## §2 : Critiques

Sans doute l'objectif législatif est-il louable : prévenir des comportements délictueux à l'encontre de disposants fragilisés par l'âge, mais non encore placés sous un régime de protection. Néanmoins, cette politique de prévention n'est pas neutre pour la personne âgée ; elle a pour conséquence de réduire la libre disposition de ses biens, alors même que son inaptitude à consentir des libéralités n'est nullement établie. D'une incapacité de recevoir, on passe, sans le dire, à une incapacité de disposer. Comme l'observe, avec finesse et humour, Jean Hauser, « *après le seuil de la majorité vient le seuil de la sénilité : pas de libéralité après octante années, sauf pour les proches, même s'ils vous ont abandonné, au contraire de votre aide-ménagère ; plus d'actes juridiques, même à titre onéreux, après nonante* »

Or, chacun sait qu'on peut dépendre physiquement d'une aide extérieure sans pour autant être mentalement « fragile »

Certes, il convient de protéger de la maltraitance financière les personnes authentiquement fragiles, et sans doute aussi leurs héritiers possibles. Mais notre droit est déjà équipé pour ce faire (droit des successions, action en annulation pour insanité d'esprit, période suspecte de deux ans précédant le prononcé d'une tutelle ou d'une curatelle...). Ce droit-là pouvait toujours être renforcé au besoin, pour protéger plus sans toutefois déshumaniser.

En ce qui concerne les personnes morales, la loi du 28 décembre 2015 n'est pas exempte d'ambiguïté, voire d'incohérence. Elle revient, d'une part, sur l'incapacité des associations du secteur médico-social introduite en 2007 l'interdiction faite aux personnes morales de recevoir des dons et legs pouvait être préjudiciable aux dons faits aux associations alors que la loi relative à l'économie sociale et solidaire vise au contraire à stimuler les dons en faveur des associations. C'est cette solution, résultat d'un compromis politique, que l'on retrouve à l'article L. 116-4 du Code de l'action sociale et des familles. Celui-ci ne mentionne plus que les seules personnes physiques.

Sous réserve des conditions d'autorisation administrative, les personnes morales du secteur médico-social, en particulier les associations, peuvent de nouveau recevoir des libéralités des personnes âgées qu'elles hébergent ou qu'elles aident.

Il est difficile de dire, aujourd'hui, si le législateur a fait preuve d'inconséquence en opérant ce changement complet d'orientation. Ce qui est regrettable, c'est que le recul de l'interdit légal n'a été guidé que par de basses considérations financières.

L'ensemble de ces dispositifs civilistes n'est pas l'unique recours pour encadrer la gestion de la personne âgée. Un autre corpus de règles incontournable est employable.

## **Chapitre 2 : le garde- fou pénaliste**

Le droit pénal étalant sa force sur la sphère consumériste apporte un appui non négligeable à la personne âgée lorsque son patrimoine est exposé.

### **Section 1 : la pénalisation nécessaire du droit de la consommation**

Deux infractions seront successivement abordées : l'abus de faiblesse et l'abus de confiance.

#### **§1 : L'abus de faiblesse**

Depuis l'affaire Bettencourt qui a défrayé la chronique en 2010, un problème de société ne cesse d'être médiatisé : l'abus de faiblesse.

L'abus de faiblesse se définit légalement comme le fait de profiter de la particulière vulnérabilité d'une personne afin de la conduire à faire des actes ou s'abstenir de faire des actes, ayant des conséquences particulièrement préjudiciables pour cette même personne.

On sait que le Code de la consommation donne une définition précise de l'abus de faiblesse qui est légèrement différente de celle du Code pénal.

Trois articles du Code de la consommation sont consacrés au délit d'abus de faiblesse : les articles L. 122-8, L. 122-9, L. 122-10. L'article L. 122-8 pose les principes généraux définissant l'infraction, les articles L. 122-9 et L. 122-10 précisent les manières et les circonstances dans lesquelles il peut y avoir abus de faiblesse. Trois articles du Code pénal, les articles 223-15-2 à 223-15-3, sont consacrés à la sanction de faits identiques d'abus de la faiblesse d'autrui, depuis la loi du 12 juin 2001.

Ces textes présentent des points communs.

L'article L. 122-8 du Code de la consommation vise l'abus de la faiblesse ou de l'ignorance de la victime. L'article 223-15-2 du Code pénal vise l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse. Les deux textes visent en fait la même situation. Les textes des deux codes ont pour objectif de sanctionner les comportements d'individus qui profitent de la

particulière vulnérabilité de certaines personnes pour leur soutirer de l'argent d'une manière ou d'une autre. Le point commun aux deux séries d'infraction est donc l'état de faiblesse ou de vulnérabilité de la victime. Toutefois aucune définition précise n'est donnée concernant ces termes. L'état de faiblesse ou d'ignorance préalable peut résulter de la situation particulière d'une victime âgée de 74 ans, placée sous tutelle et qui, confondant les anciens et nouveaux francs, acquiert 200 kg de légumes pour la somme de 2.150 francs croyant avoir dépensé 215 francs (Chambre criminelle, 2 décembre 1998).

Au-delà de l'élément matériel, il faut un élément intentionnel exigé par les deux corps de règles. Tant l'article L. 122-8 du Code de la consommation que l'article 223-15-2 du Code pénal exigent un abus. L'intention frauduleuse se traduira souvent par l'emploi d'une contrainte ou d'une ruse. Pour que l'intention délictueuse soit établie, d'une part il est nécessaire que l'auteur ait été en mesure de déceler cette faiblesse ou cette ignorance de son interlocuteur, d'autre part que cet interlocuteur n'ait pas été en mesure de déceler les ruses ou artifices utilisés contre lui (Cour d'Appel de Toulouse, 8 novembre 2001). L'intention frauduleuse consiste en fait dans la volonté de réaliser une "bonne affaire" au détriment de la personne en état de faiblesse. A titre d'exemple, créer un sentiment d'insécurité chez une personne âgée pour lui vendre un système d'alarme (Tribunal de Grande Instance de Lyon, 18 janvier 1988).

S'il faut supposer que le nombre des arrêts rendus par la chambre criminelle puisse en témoigner, les poursuites pour abus de faiblesse semblent plus fréquemment fondées sur l'article 223-15-2, que sur les articles L.122-8 et suivants du Code de la consommation. Quelques pistes de réflexion peuvent être trouvées : d'un côté le législateur a dressé une liste de circonstances nécessaires à l'abus de faiblesse à l'article L 122-9 du code de la consommation (*les visites à domicile, le démarchage par téléphone ou télécopie, la sollicitation personnalisée, les réunions ou excursions, les transactions faites dans des lieux non destinés à la commercialisation du bien ou du service proposé ou dans le cadre de foires ou de salons, les situations d'urgence*). : ceci a donc pour conséquence de dresser un champ d'application limitatif. Le délit d'abus de faiblesse du Code de la consommation est subordonné aux circonstances de l'abus tandis que celui du Code Pénal, est applicable quelles que soient les circonstances de l'abus, la cause de la faiblesse ou de l'ignorance étant privilégiée.

## **§2 : L'abus de confiance**

La seconde infraction qui pourrait fortement toucher les personnes âgées est l'abus de confiance.

L'abus de confiance est considéré comme un délit et cette atteinte est définie par le Code pénal à l'article 314-1 comme « *le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé* » Bien que proche, cette infraction ne doit pas pour autant être confondue avec l'escroquerie.

Parmi les cas d'abus de confiance les plus fréquents qui peuvent notamment être cités sont ceux portant sur une somme d'argent, un véhicule ou encore un moyen de paiement (carte bancaire, chèque ...).

Pour que l'infraction soit constituée, il faut nécessairement un accord préalable (écrit ou oral) entre la victime et l'auteur de l'infraction. Cet accord peut, par exemple, prendre la forme d'un contrat de travail, d'un prêt ou d'un mandat. La remise de la chose doit avoir été volontaire (dans le cas contraire, les faits pourraient alors être qualifiés de vol). Inversement, l'auteur de l'infraction doit avoir eu conscience du caractère temporaire de la détention et donc du fait que la victime ne lui a pas cédé la propriété de la chose.

Lorsque ces conditions sont réunies, la personne se rend alors coupable de l'infraction lorsqu'il réalise le détournement qui peut notamment apparaître sous la forme d'une non-restitution, d'une destruction, d'un don, d'une vente, d'une détérioration, ... Par ses actes, l'auteur de l'infraction s'approprie la chose alors que celle-ci ne lui appartient pas. La victime en subit un préjudice qui peut être matériel ou moral

Le délit d'abus de confiance est sanctionné d'une peine maximale de 3 ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende. La peine maximale encourue est portée à 7 ans de prison et 750 000 euros d'amende dans certaines circonstances et ce notamment lorsque la victime est considérée comme vulnérable en raison par exemple de son âge.

Après avoir présenté de façon générale ces deux délits que sont l'abus de faiblesse et l'abus de confiance, une analyse plus spécifique sera effectuée d'un cas découlant de ces infractions.

## **Section 2 : Le cas spécifique du démarchage à domicile**

D'après une étude réalisée par la chaîne France 2 en 2014, les personnes âgées étaient les cibles privilégiées du démarchage à domicile. Trois ans plus tard, il est inutile de se demander si cette situation a évolué. De nombreux supports de communication à l'instar du blog *Sos conso* fait état des ravages que subissent les seniors.

### **§1 : Une prévention contre les vendeurs de mauvaise foi**

Moraliser les relations entre vendeur et acheteur est devenu un impératif pour les pouvoirs publics afin que le consommateur ne soit pas la victime des agissements de vendeurs peu scrupuleux. Cet impératif ne date pas d'aujourd'hui. En effet, l'on peut remonter jusqu'au Code d'Hammourabi 1 pour voir que la moralisation des relations entre acheteurs et vendeurs était une nécessité pour des pratiques commerciales saines.

Certaines révélations ont été faites concernant cette mauvaise foi émanant des vendeurs : des agents commerciaux ont divulgué leurs tactiques afin de détecter au mieux leurs cibles et ont accepté de témoigner :

*« Quand on ouvrait l'annuaire téléphonique, on visait les prénoms assez anciens, comme Jeanine ou Henri »,*

*« La maison ou il y a des roses, on peut prétendre là que c'est des personnes âgées »....*

Comme il peut être constaté, la vente à domicile donne lieu à de trop nombreux excès. La pratique de la vente forcée, l'absence de toute information réelle sur les produits vendus, la proposition systématique du crédit sans prise en compte du budget des clients ne peuvent qu'être combattue. Ce type de vente prend souvent pour cible des personnes âgées ou démunies qui sont vulnérables à ce type de vente, le consommateur étant sous une très forte pression du vendeur.

En France, l'article L. 121-21, alinéa 1er, du code de la consommation vise le démarchage, au domicile d'une personne physique, à sa résidence ou à son lieu de travail, même à sa demande, afin de lui proposer l'achat, la vente, la location-vente ou la location avec option d'achat de biens ou services.

Lorsque les trois conditions requises à l'application des règles relatives au démarchage à domicile sont réunies, les articles L. 121-23 et suivants du code de la consommation organisent la protection du consommateur. L'article L. 121-23 prévoit des mentions obligatoires devant apparaître lors de la conclusion du contrat : nom du démarcheur, adresse, adresse du lieu de conclusion du contrat, désignation précise de la nature et des caractéristiques des biens ou services offerts, conditions d'exécution du contrat, prix à payer et des modalités de paiement, faculté de renonciation

Le délai de réflexion accordé au consommateur constitue la technique de protection choisie par le législateur. L'article L. 121-25 du code de la consommation précise que, durant les sept jours à compter de la commande ou de l'engagement d'achat, le client peut renoncer à celui-ci par lettre recommandée avec accusé de réception. Pour faciliter l'exercice de cette faculté de renonciation à l'engagement, l'article L. 121-24 du même code indique que le contrat doit comprendre un formulaire détachable que le consommateur n'a plus qu'à remplir et renvoyer au professionnel.

Pendant les sept jours du délai de réflexion et de renonciation, aucun paiement ou contrepartie ne peut être accordé au démarcheur ou exigé par celui-ci. Aucun acompte ne peut être versé au démarcheur. La remise d'un chèque non encaissé est considérée comme une contrepartie au sens de l'article L. 121-26 du code de la consommation (Chambre criminelle. 23 sept. 2003)

## **§2 : L'âge, un critère non suffisant**

Le démarchage à domicile est intimement lié à l'abus de faiblesse. Il en est l'une des illustrations les plus flagrantes et correspond à l'une des circonstances exigées par l'article L. 122-9 du Code de la consommation.

Les seniors sont des proies faciles pour les démarcheurs peu scrupuleux. Cependant, au regard des exemples jurisprudentiels, l'âge n'est pas un critère suffisant. Cet état du droit démontre

bien encore une fois que la protection offerte n'est pas exclusivement rodée pour la personne âgée. Elle peut en bénéficier mais n'est pas considérée telle la « victime » attirée pour laquelle se bat le législateur.

Ainsi il a été considéré qu'il n'y a pas d'abus de faiblesse lorsqu'une femme de 62 ans contracte cinq commandes de meubles en moins d'un an avec le même vendeur alors qu'une expertise psychiatrique ne décèle aucun signe de particulière vulnérabilité. (Cour d'Appel de Paris 07 novembre 2006)

Voici deux extraits de jurisprudence qui amèneront davantage de compréhension concernant l'appréciation des juges et qui mettent en avant le fait que bien des circonstances doivent être prises en compte.

La première espèce a été rendue par la Cour d'Appel d'Aix en Provence le 18 janvier 2000:

*« Attendu qu'il peut encore être relevé que Mme Lefebvre est âgée de 64 ans ; qu'elle jouit de toutes ses facultés mentales ; que le fait qu'elle soit en charge d'un enfant handicapé ne peut être à lui seul constitutif d'une faiblesse dont elle aurait été abusée par démarcheur pour lui faire souscrire un contrat dont elle était à même d'apprécier tous les termes, d'autant qu'il n'est pas établi que ce démarcheur ait eu connaissance de ce handicap ».*

La deuxième espèce a été rendue par la Cour d'Appel de Dijon le 10 février 2000

*« Attendu que l'enquête a établi que de juillet 1996 à mars 1998, Mme Bourgeois avait reçu par **trois fois** la visite de M. Rebheiser qui, après lui avoir vendu un extincteur à poudre de 4 kg, lui avait facturé une vérification et fait souscrire un contrat d'entretien de 5 ans puis lui avait vendu un autre extincteur en échange du premier qui aurait été défectueux »*

*Attendu que le total des prestations s'élevaient à **5796,04 F pour une période de 19 mois** alors que les revenus de la victime n'étaient que de **3 000 F par mois** ; qu'à cet égard les enquêteurs ont relevé que Mme Bourgeois, âgée de 86 ans paraissait bien son âge et s'exprimait **en anciens francs** ;*

*Attendu que cette dernière s'est déclarée surprise d'avoir dépensé autant d'argent dans un court laps de temps ;*

*Attendu que sa faiblesse et sa vulnérabilité ne font aucun doute ; que de surcroît les enquêteurs ont relevé sur l'étiquette, que l'extincteur litigieux était un ancien matériel reconditionné ;*

*Attendu que M. Rebheiser a admis en outre avoir reçu des chèques dans les termes de la prévention, soit avant l'expiration du délai légal de réflexion suivant la commande ou l'engagement »*

De ces deux affaires, on peut déduire que le critère de l'âge n'est pas un critère qui, pris isolément, peut déterminer l'existence du délit d'abus de faiblesse.

D'une manière générale, on ne peut pas dire que l'arrivée à la soixantaine entraîne automatiquement un état de faiblesse. La Cour d'Aix-en-Provence considère qu'à cet âge on est encore largement capable de conclure un contrat. Malgré cela, les juges du fond doivent examiner les circonstances de la conclusion du contrat.

La Cour d'appel de Dijon, quant à elle, va plus loin au niveau des vérifications compte tenu de l'âge plus avancé de la personne et note que le démarcheur est venu trois fois en à peine dix-huit mois. Elle relève de même que la victime continue à parler en anciens francs.

**Au regard de tout ce qui précède, il faut souligner que la protection des intérêts patrimoniaux de la personne âgée ne passe pas par des subterfuges spécialement créés pour elle. Son assimilation à une personne faible entraîne l'application des dispositifs déjà existant pouvant s'adresser à l'ensemble des personnes physiques dites « fragiles » peu importe leur âge.**

**Cette prise en compte modérée du sujet âgé par le droit se manifeste d'une autre façon.**

## **Titre 2 : La personne âgée : un ovni juridique ambigument convoité**

Le droit français n'offre pas de définition juridique de la personne âgée, ce qui donne l'impression qu'elle a peu d'importance aux yeux du législateur. Pourtant, une réalité différente se dessine : la personne âgée est au cœur des préoccupations.

### **Chapitre 1 : une absence évidente de définition juridique**

Ce vide juridique n'est pas un oubli du législateur. Sa cause demeure claire et légitime.

#### **Section 1 : Une retenue significative**

Cette absence de définition de la personne âgée s'explique d'abord par la trop grande diversité des membres pouvant être assimilés comme telle et ensuite par l'exigence de respect d'un principe bien connu en droit qui prohibe la stéréotypisation de l'individu âgé : la dignité

#### **§1 : Un groupe hétéroclite**

Il est nécessaire de changer de regard sur les seniors et d'abandonner l'image stéréotypée de la personne âgée passive. Il existe une pluralité de modes de vie parmi les seniors qui peuvent être différenciés selon quatre grandes classes.

La notion de senior peut être abordée de différentes façons. En athlétisme, on est « senior » jusqu'à 39 ans ; après on est « vétérans ». L'âge est d'abord un construit social. Le rapport à l'âge est d'abord culturel et sociologique, avant d'être scientifique ou biologique.

Schématiquement, comme il vient d'être précisé, au moins quatre grands types de seniors se dégagent en fonction des styles de vie, des parcours biographiques et des origines sociales et culturelles :

La première catégorie est celle des seniors traditionnels à 55, 70 ou 85 ans qui développent des comportements à l'image de ceux de leurs aînés et conservent un grand sens de leur rôle social. Par exemple, leur responsabilité face à leurs enfants est progressivement remplacée par une implication identique auprès de leurs petits-enfants et de leurs propres parents.

Arrivés à la retraite, ils restent très consommateurs, d'autant qu'ils ont le plus souvent fini de rembourser les emprunts contractés et qu'ils sont souvent propriétaires de leur logement. Ces

publics tendent à s'enfoncer dans un certain conservatisme avec l'âge. Ils sont très sensibles aux questions de sécurité. Une notion de sécurité qui ne touche pas seulement les aspects sécuritaires traditionnels, mais qui peut aller jusqu'aux inquiétudes économiques (*financement de la grande dépendance et de leur propre situation, inquiétude croissante devant les évolutions sociales et économiques...*) et concerner aussi la question écologique, en particulier par les craintes concernant la pollution ou la qualité de l'alimentation. À ce titre, ce sont ceux qui se montrent les plus attentifs à la composition des aliments ou à la mention des origines.

La deuxième catégorie est celle des seniors fragilisés qui peuvent subir une dégradation physique, mentale, morale ou économique. Ils sont en perte d'autonomie par manque de mobilité physique, par diminution de capacité cognitive (maladie d'Alzheimer), par sentiment de ne plus faire partie de la société.

La fragilité économique peut aussi conduire à faire perdre leur autonomie à ces personnes. Rappelons qu'environ 600 000 personnes âgées vivent avec le seul minimum vieillesse (qui est, pour une personne seule, de 803 €/mois, un montant très inférieur au seuil de pauvreté.

La troisième catégorie représente les boomers bohèmes. Ces jeunes seniors de 50 à 70 ans forment, de fait, une nouvelle catégorie sociologique et représentent une autre façon de vivre. Ils forment une nouvelle catégorie sociologique désireuse de rester dans la modernité. Ces seniors s'inscrivent dans la modernité tant culturelle et sociale que technologique. Ainsi, ce sont des utilisateurs assidus des outils de communication numérique.

De la même façon, les boomers bohèmes peuvent apparaître comme des adultes biologiques considérés comme trop vieux pour le monde de l'entreprise, mais comme de jeunes consommateurs par les marketeurs... Ce sont des acteurs sociaux disposant de leviers culturels et économiques importants. Ils souhaitent rester dans la modernité et faire corps avec la société. Ce sont les premiers à s'investir dans le monde associatif ou encore les conseils municipaux. On notera que, de plus en plus, les retraités, en partie en raison de la baisse des retraites mais aussi grâce aux temps libérés, autoproduisent (jardinage, bricolage, travaux manuels...) pour eux, pour des proches etc... Ils inventent une économie plus circulaire et plus sobre.

Enfin, la quatrième et dernière catégorie est celle des Boomers fragilisés. Ces derniers commencent tout juste d'apparaître. Ce sont des individus devenus plus fragiles en raison de l'avancée en âge et de la survenue de handicaps ou de maladies. Bien qu'affaiblis, ils entendent toujours revendiquer attention et confort. Ils peuvent choisir d'entrer en maison de retraite, mais voudront rester des citoyens et conserver un lien avec le monde en exigeant par exemple l'accès aux bouquets satellites.

En plus de ces nouvelles catégories présentées, celles abordées ordinairement mettant en avant les trois âges de la vieillesse font toujours parler d'elles : Il y a d'abord l'âge où l'on est « âgé sans être vieux » : il désigne l'âge de la retraite, mais aussi de la grand-parentalité (52 ans en moyenne aujourd'hui). C'est une phase inédite, qui ne marque pas un terme, mais l'amorce d'une nouvelle trajectoire dynamique.

Puis un second processus commence avec l'âge de la vieillesse : les Français, interrogés par sondage le situent aux environs de 75 ans, mais ajoutent aussitôt... que ce n'est pas une question d'âge. Cette phase démarre peu à peu au moment où les soucis de santé et le poids des ans limitent le dynamisme de la phase précédente.

Enfin, il y a l'âge de la perte d'autonomie : cette troisième vieillesse ne concerne pas toutes les personnes, mais le risque augmente bien sûr avec l'âge. Au cours de cette période le principal défi est de lutter contre la perte du lien. Les contraintes de la dépendance limitent les rapports interpersonnels et les appauvrissent.

Peu importe la classification adoptée, il est indéniable qu'on ne peut mettre sous la même réalité l'ensemble des seniors. Il y a une pluralité de modes de vie, de situations et de regards... Le style de vie, la composition du ménage et le parcours biographique nous disent davantage de choses sur les personnes que leur âge.

## **§2 : Une dignité à faire valoir**

L'article 6 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948 est le point de départ à prendre.

*« Chacun a le droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique. »*

De manière générale, la personnalité juridique désigne la capacité d'une personne physique ou d'une personne morale à être sujet de droit, c'est à dire à être titulaire de droits et d'obligations.

En droit français, toutes les personnes physiques sont dotées de la personnalité juridique et, de ce fait, sont aptes à être titulaires de droits subjectifs et d'obligations. La personnalité juridique d'une personne physique s'acquiert au moment de sa naissance à condition que l'enfant soit né vivant et viable et se perd lors de son décès médicalement constaté et déclaré en mairie.

Le droit détermine les règles par lesquelles il attribue la personnalité juridique et celles par lesquelles il la retire. Aujourd'hui la personnalité juridique ne se perd qu'avec la vie.

La vieillesse n'est donc pas un motif justifiant la perte de la personnalité juridique et des conséquences qui en découlent sauf cas d'incapacité d'exercice. D'une manière générale, les incapacités d'exercice ont pour but de protéger ceux qui en sont frappés en raison de la faiblesse due à l'altération de leurs facultés (majeurs protégés).

L'incapable demeure titulaire de droits, mais ceux-ci sont exercés soit par un représentant

Mais il faut de nouveau le rappeler, vieillesse et incapacité sont deux choses différentes. L'incapacité n'est pas la conséquence automatique de la vieillesse.

Ainsi toute personne physique est titulaire de droits, publics ou privés liés à la reconnaissance de sa personnalité. Les plus importants sont les droits de l'homme, qu'il convient de compléter par les droits de la personnalité, tel le droit à l'image, à la vie privée. Cette appartenance à l'ordre humain a pour corollaire le respect infaillible d'un droit : le droit à la dignité.

S'il est des notions qui transcendent tous les systèmes juridiques et toutes les branches du droit, la dignité en est assurément une.

La dignité humaine est un droit inviolable. L'âge et la perte d'autonomie ne peuvent à eux seuls justifier des restrictions aux droits de l'homme et aux libertés civiles inaliénables. Elle apparaît ainsi aux articles 1 et 25 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne :

« *La dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée.* »

C'est une disposition générale, elle s'applique donc à tous les êtres humains sans distinction, quel que soit l'étape de leur vie.

*Article 25 L'Union reconnaît et respecte le droit des personnes âgées à mener une vie digne et indépendante et à participer à la vie sociale et culturelle.*

Ce principe reconnaît la valeur inhérente, égale et inaliénable de tous, y compris des personnes âgées. Tous les membres de la famille humaine sont des personnes à part entière, uniques et irremplaçables, ayant la capacité de s'épanouir et de s'exprimer. Par conséquent, ce principe englobe le droit d'être estimé, respecté et apprécié, de faire reconnaître tant son apport que ses besoins et d'être traité comme une personne à part entière. Cela comprend le droit d'être traité également et sans discrimination.

L'absence de stigmatisation de la personne âgée (le préjugé liant la dépendance et le sujet âgé) et son individualisation contribuent ainsi au respect de sa dignité.

## **Section 2 : La recherche éventuelle de définition**

Il faut le reconnaître, la personne âgée demeure dans une situation intermédiaire, mais avant de développer ce point, il serait bien de « tenter » de réaliser le défi qui se présente : définir la personne âgée.

### **§1 : Proposition**

Définir ce qu'est une personne âgée reste difficile tant la notion est relative. Juridiquement, le seuil de l'âge ressort pour cibler la personne âgée. Aucun âge précis n'est désigné : tantôt soixante ans, tantôt soixante-deux voire même soixante-cinq ans. Néanmoins, est ce que cela est révélateur de la réalité et de la vision qu'ont les personnes âgées d'elles-mêmes ? Rien n'est certain. L'âge suffit-il à caractériser la personne âgée ? Pierre Bourdieu le disait, « *l'âge est une donnée biologique socialement manipulée et manipulable* ».

En tout état de cause, une politique basée sur l'âgisme tente de combler le manque de précision juridique définissant le sujet âgé. Il est vraiment audacieux de vouloir incorporer la personne âgée dans une catégorie juridique immuable d'autant plus que sa représentation dépend fortement du contexte sociétal. Pour beaucoup, le passage en retraite représente un passage

symbolique dans la catégorie des seniors mais il ne faut oublier que tous les Français ne sont pas forcément insérés dans la population active. Pour l'État, la soixantaine marque l'âge de la retraite et permet l'accès à certaines prestations d'aides sociales. Dans un contexte médical, c'est à partir de 70 ans que la désignation "sénior" est employée car selon les médecins, les problèmes de santé commencent à s'accumuler à cet âge. Il est aisé de comprendre pourquoi le législateur n'a pas voulu s'aventurer sur ce terrain glissant.

Sans vouloir insérer une définition technique de la personne âgée dans le Code Civil, à l'instar de ce qui a été fait pour le majeur, une définition sociale pourrait être élaborée. Sociale puisqu'elle vaudra selon les mœurs de l'époque et pourra évoluer à sa guise.

Une personne âgée incarnerait un être qui tend à atteindre le milieu de la sixième décennie. Elle est présumée avoir déjà effectué un parcours social et familial avancé dans sa vie et présenterait des caractéristiques physiques et physiologiques de la vieillesse telle que la société se la représente.

## §2 : Intérêt

Le but de cette recherche de définition serait de cibler au mieux la population en cause et d'insister sur la situation intermédiaire dans laquelle se situe la personne âgée. Ceci permettrait de repousser la logique binaire inscrite en droit français qui est la suivante : capable ou incapable. Or dans le cas du senior, celui-ci peut être exposé à plus de risque qu'un adulte ordinaire sans toutefois se retrouver dans la catégorie des incapables. De la sorte, cette population qui serait, pour ainsi dire « ciblée », pourrait faire l'objet d'une prévention particulière. (Ceci sera développé à la fin de ce mémoire)

Cette reconnaissance d'une situation intermédiaire permettrait premièrement d'éviter les stéréotypes reliés à l'âge et par là les discriminations. Il faut rappeler que l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux prohibe la discrimination fondée sur l'âge :

*« Est interdite toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle »*

En conséquence, l'intégrité morale de la personne âgée serait respectée ainsi que ses idées et son pouvoir de décider seule tout en ayant un regard prudent au regard des éventuels risques la guettant. Il ne faut pas le nier non plus, plus l'individu prend de l'âge plus il est vulnérable. Toutefois il faut nuancer ce propos et vraiment insister sur cette nuance : la vulnérabilité ne touche pas l'individu âgé du jour au lendemain et n'a pas la même intensité suivant la cible.

## **Chapitre 2 : L'ombre récurrente de la famille**

L'allongement de l'espérance de vie entraîne une modification certaine du tissu familiale. Les liens entre parents et enfants sont ainsi remodelés, néanmoins le législateur est venu encadrer ces relations.

### **Section 1 : Une aidante sollicitée**

Le schéma traditionnel tend à s'inverser : d'aidante, la personne âgée devient de plus en plus aidée, le rôle de la famille est de ce fait scruté.

#### **§1 : La solidarité familiale**

*« Oublier ses ancêtres, c'est être un ruisseau sans source, un arbre sans racines ».* Ce proverbe chinois met en évidence l'importance que la solidarité familiale peut avoir.

Le rôle de la famille est en constante évolution au regard de sa place vis-à-vis du sujet âgé. Conflits, abandon, entraide.... Plusieurs cas de figures se présentent selon les schémas familiaux et les histoires de chacun.

Toutefois contrairement aux idées répandues, la famille reste un élément moteur : la famille revêt une dimension tant sociologique qu'économique, c'est une réalité présente dans chaque type de société.

Le Code civil pose traditionnellement aux articles 371-1 et 371-2 du Code Civil un ensemble de devoir au regard des descendants qui découle de l'autorité parentale :

##### Article 371-1

*« L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant.*

*Elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant 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.*

*Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité. »*

##### Article 371-2

*« Chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant.*

*Cette obligation ne cesse pas de plein droit lorsque l'enfant est majeur ».*

L'inverse est tout à fait possible, le législateur impose aussi des obligations aux enfants vis-à-vis de leurs parents. Celles-ci sont érigées à l'article 205 du Code civil :

*« Les enfants doivent des aliments à leurs père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin ».*

L'obligation alimentaire imposée ne concerne pas seulement la nourriture. Les "aliments", au sens juridique du terme, recouvrent en fait les besoins fondamentaux de la personne humaine : nourriture mais aussi habillement, soins, logement...

Il ne fait pas de doute que la question de la gestion patrimoniale est centrale dans le cœur familial. Etablissement des comptes, remplissage des chèques.....Ces quelques exemples démontrent que les aspects décisionnels et de gérance sont ainsi délégués officieusement au sein de la famille elle-même entre les proches.

Le rôle clé de la famille est par ailleurs mis en valeur par le législateur.

## **§2 : Des illustrations révélatrices**

La loi établit une sorte de hiérarchie entre le rôle de la famille et le rôle des acteurs judiciaires. La famille est sollicitée en priorité. Voici quelques exemples qui traduisent

Le régime matrimonial peut être amené à régler la gestion du patrimoine du senior, si celui-ci est marié, cela va de soi.

En principe, le patrimoine propre d'un époux est géré librement par cet époux, et le patrimoine commun de deux époux est géré concurremment par l'un ou l'autre des époux. Certaines opérations exigent cependant le consentement des deux époux quel que soit leur régime matrimonial : c'est le cas notamment pour le logement familial. Même si ce dernier est un bien propre d'un des époux, le consentement de son conjoint est nécessaire en cas de vente (article 215 du code civil)

Un autre cas spécifique est celui du régime de communauté, les époux ne peuvent l'un sans l'autre: donner un bien commun, affecter un bien commun à la garantie d'une dette d'autrui (hypothéquer un immeuble commun à titre de garantie d'un prêt contracté par un tiers)... aliéner ou grever de droits réels (vendre, hypothéquer, nantir) un immeuble commun.

Le code civil accorde au conjoint un pouvoir lorsque l'un des époux est hors d'état de manifester sa volonté : en témoigne l'article 217 :

*« Un époux peut être autorisé par justice à passer seul un acte pour lequel le concours ou le consentement de son conjoint serait nécessaire, si celui-ci est hors d'état de manifester sa volonté ou si son refus n'est pas justifié par l'intérêt de la famille.*

*L'acte passé dans les conditions fixées par l'autorisation de justice est opposable à l'époux dont le concours ou le consentement a fait défaut, sans qu'il en résulte à sa charge aucune obligation personnelle ».*

Le droit est allé encore plus loin pour faire briller la préférence familiale en instituant l'habilitation familiale par voie d'ordonnance portant simplification et modernisation du droit de la famille le 15 octobre 2015.

Le « nouveau dispositif tend à permettre aux familles qui sont en mesure de pourvoir, seules, aux intérêts de leur proche vulnérable d'assurer cette protection, sans se soumettre au formalisme des mesures de protection judiciaire. Il s'agit de donner effet aux accords intervenus au sein de la famille pour assurer la préservation des intérêts de l'un de ses membres ».

L'habilitation familiale permet à un proche (descendant, ascendant, frère ou sœur, époux, partenaire de Pacs, concubin...) de représenter une personne qui ne peut pas manifester sa volonté dans certains actes. Contrairement à la sauvegarde de justice, la tutelle ou à la curatelle, l'habilitation familiale n'est pas une mesure de protection juridique.

L'habilitation peut être limitée à certains actes : par exemple les actes d'administration (actes de gestion courante comme d'ouverture d'un compte bancaire) ou les actes de disposition (actes qui engagent le patrimoine d'une personne, par exemple une donation). La personne protégée peut continuer à accomplir les actes qui ne sont pas confiés à la personne habilitée.

Au contraire l'habilitation familiale peut être générale : la personne qui reçoit l'habilitation peut accomplir l'ensemble des catégories d'actes : les actes d'administration et de disposition. Le juge fixe la durée de l'habilitation qui ne peut pas dépasser 10 ans. Il peut renouveler l'habilitation pour une même durée si un certificat médical circonstancié lui est communiqué.

Contrairement au tuteur ou même au curateur dans le cadre d'une curatelle renforcée, la personne habilitée est dispensée d'établir un compte-rendu annuel de sa gestion. La condition de cette dispense impérative réside dans un climat de grande confiance familiale.

Toutefois et il ne faut pas oublier de le souligner, l'habilitation familiale est une mesure adaptée quand les membres de la famille s'entendent bien mais inadaptée en cas de conflit familial.

De ce fait, ces mésententes familiales font l'objet d'une attention particulière par le législateur qui protège le droit de propriété de la personne âgée.

## **Section 2 : La dimension financière : une préoccupation familiale malsaine**

Les descendants malveillants vénaux, qui auraient tendance à s'autoproclamer propriétaires des biens de leurs parents, devraient restructurer leur pensée. Le droit français veille scrupuleusement à défendre ces biens tant convoités.

### **§1 : Le droit de propriété de la personne âgée : un droit protégé et exclusif**

Le droit de propriété est un droit fondamental qui ne saurait être altéré par la vieillesse. Celui-ci est défini par l'article 544 du Code civil comme : « *le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par la loi ou les règlements* ».

Il bénéficie d'une protection particulière en droit français, puisqu'il est visé dans la déclaration des droits de l'homme (article 2 et 17), qui a valeur constitutionnelle :

*« La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité. »*

*« Toute personne, aussi bien seule qu'en collectivité, a droit à la propriété. »*

Il fait également l'objet d'une protection particulière aux termes de l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme :

*« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international ».*

En plus de cette protection, un des caractères attribués à la propriété est à mettre en évidence : l'exclusivité du droit de propriété / en ce sens qu'il présente un caractère individuel. Cela signifie que, sauf le cas particulier d'un démembrement ou d'une indivision, seul le propriétaire dispose d'un monopole sur son bien. Le propriétaire peut empêcher que tous les droits concurrents s'exercent contre sa propriété. L'exclusivité du droit de propriété explique que le propriétaire puisse défendre son droit en justice.

Les caractères du droit de propriété ne sont pas les seules barrières contre la malveillance des proches.

### **§2 : La prohibition des pactes sur succession future**

Née à Rome, la pratique des pactes sur succession future fut sévèrement condamnée pour des considérations morales. Il s'agissait de mettre un terme à l'esprit de spéculation qui animait les captateurs d'héritage.

La prohibition des pactes sur succession future demeure un "principe directeur" du droit des successions et des libéralités. Les textes en vigueur qui fondent ensemble la règle interdisant les pactes sur succession future ont longtemps été au nombre de cinq. Même réduits à quatre depuis l'abrogation de l'article 1130, alinéa 2 par l'ordonnance du 10 février 2016 réformant le droit des contrats, les articles 722 (cas des pactes sur succession future uniquement autorisés par la loi), 770 (interdiction d'exercer l'option pour un héritier avant l'ouverture de la succession), 943 (nullité de la donation des biens à venir) du Code civil manifestent la répétition d'une règle prohibitive.

En droit des obligations, l'illicéité du pacte sur succession future se justifie par l'inexistence de l'objet de l'obligation. La succession qui n'est pas ouverte n'a pas encore de contenu au jour de la formation du contrat ; elle est inexistante au sens où la composition du patrimoine n'est pas arrêtée. Sous l'angle du droit des obligations contractuelles, la règle prohibant les pactes sur succession future se présente comme une exception singulière à la liberté contractuelle, entendue comme la faculté de déterminer le contenu du contrat.

L'article 722 prive d'effets toute convention par laquelle un futur de cujus disposerait des droits sur sa propre succession ou par laquelle un héritier présomptif négocierait les droits à naître dans la succession future d'autrui. Ce texte condamne également tout acte translatif de propriété et tout acte abdicatif de droits, sans faire non plus de différence entre l'universalité de la succession non ouverte ou un bien en particulier qui en dépendrait.

En somme, malgré l'allongement de la liste des exceptions légales par la loi du 23 juin 2006, le centre de gravité de l'article 722 du Code civil ne s'est pas déplacé de la prohibition vers la permission des pactes sur succession future.

**L'état du droit français actuel montre qu'aucun corpus spécifique n'est destiné aux seniors. Le cliché frappant est celui de l'assimilation de la personne âgée à un être fragile. Cette comparaison demeure très fréquente et est présente tant dans l'esprit commun du commun des mortels que dans les supports d'informations journalistiques ou même juridiques. Ainsi, seules les situations mettant en lumière l'état de faiblesse avéré de la personne âgée font intervenir des règles particulières. Que faut-il en déduire ? La personne âgée, en dépit du manque de définition juridique relative à son être, demeure une personne juridique capable d'assurer elle-même la gestion de ses biens. Il faut par conséquent admettre que la gestion honorable son patrimoine passe par l'autonomie de l'individu.**

## **Partie 2 : L'orientation autonomiste : clé de voûte d'une gestion honorable**

Cette seconde partie aura pour objectif de mettre en avant les outils servant une gestion autonome du patrimoine et de proposer des mesures permettant de prendre en compte la situation intermédiaire dans laquelle se situe la personne âgée afin d'optimiser cette gestion selon les éventualités.

### **Titre 1 : Un assortiment contractuel adapté à une gestion du patrimoine**

La personne âgée peut assurer aussi bien une gestion globale de son patrimoine qu'une gestion orientée vers un but précis, à titre d'exemple la recherche de revenus complémentaires.

#### **Chapitre 1 : La fiducie gestion et le mandat : deux outils propices à la gestion globale**

Deux mécanismes contractuels prônant l'autonomie de la volonté seront ici étudiés : le mandat et la fiducie- gestion.

##### **Section 1 : Des avantages concurrents**

Ces outils propices à la gestion des biens sont particulièrement intéressants pour les besoins du senior en raison de leur flexibilité et de l'encadrement auquel ils sont soumis.

##### **§1 : Des instruments flexibles aux besoins de la personne âgée**

###### ***I-la procuration***

Le mandat, dénommé plus couramment procuration représente une solution intermédiaire pour l'aîné qui n'est plus en mesure de gérer de façon autonome ses comptes, qui se retrouve empêché ou éloigné et qui ne fait pourtant pas l'objet d'une mesure de protection juridique. Le principe du mécanisme de la procuration n'est pas à remettre en cause car il concilie autonomie

de la personne âgée et réalisation d'actes courants nécessaires. Elle peut ainsi déterminer elle-même la manière dont leur patrimoine devra être géré.

Ainsi, le mandat ou procuration est régi par les articles 1984 et suivants du code civil : il permet à une personne (le mandant) de donner une procuration à une autre personne (le mandataire), en général un membre de sa famille, dans le but d'assumer la gestion de tout ou d'une partie de ses biens. Le mandataire peut alors effectuer, au nom et pour le compte du mandant, tous les actes prévus par le mandat. Le mandant peut préciser dans le contrat de mandat une série de principes que le mandataire devra prendre en compte lors de l'exécution de sa mission, comme par exemple la manière dont ses biens doivent être gérés.

En principe, le mandat peut être conclu sous seing privé, c'est-à-dire entre le mandant et le mandataire sans l'intervention d'un notaire. Mais dans la plupart des cas, il est opportun de passer un acte notarié. Cela permettra de couvrir certaines opérations plus importantes, comme la vente d'un bien immobilier.

Compte tenu du vieillissement de la population, la part des clients âgés progresse dans le secteur des activités bancaires. De ce fait, d'un usage très pratique, la procuration bancaire constitue une solution incontournable pour de très nombreuses personnes âgées. Cet acte accorde au mandataire le pouvoir d'accomplir les démarches courantes relatives au compte à la place et dans l'intérêt du mandant : retirer un chéquier, une carte bancaire, une somme d'argent, opérer un virement ou prélèvement, émettre un chèque. Les pouvoirs ainsi conférés sont étendus. Elle permet d'effectuer des mouvements financiers à la place de la personne âgée qui ne peut plus se déplacer, qui est hospitalisée, sur une courte ou longue durée, ou qui ne souhaite plus gérer seule ses comptes. D'après une étude réalisée, 30 à 40 % des comptes bancaires des personnes de plus de 60 ans seraient assortis d'une procuration bancaire.

## ***II-la fiducie-gestion***

Directement inspirée du trust anglo-saxon mis en place au moyen âge pour protéger le patrimoine des croisés en leur absence, le mécanisme de la fiducie a été introduit en droit français par la loi du 19 février 2007. Il a fallu attendre la loi du 4 août 2008 pour voir naître la possibilité pour une personne physique de constituer une fiducie.

La fiducie est, avant tout, un outil de gestion patrimoniale : elle permet à une ou plusieurs personnes, physiques ou morales (les constituants) , de transférer, dans le cadre d'un contrat, tout ou partie de leurs biens ou droits à une tierce personne (le « fiduciaire ») chargée de les gérer, pour une durée déterminée (qui ne peut excéder 99 ans), dans l'intérêt d'un ou plusieurs tiers bénéficiaires ou du ou des constituants eux-mêmes.

La Fiducie-Gestion présente un intérêt particulier dans le cadre d'une anticipation de la protection du patrimoine pour le cas où une personne ne pourrait plus en assurer elle-même la gestion. Le contrat de Fiducie peut être mis en place instantanément. Il bénéficie d'une grande liberté contractuelle permettant une adaptation sur mesure aux besoins du constituant. . Elle peut avoir autant de finalités que la liberté contractuelle le permet sous une seule réserve qui

plus est, demeure d'ordre public : celle de l'interdiction d'utiliser la fiducie à des fins de libéralité (article 2013 du code civil).

La Fiducie-Gestion permet à une personne majeure capable de mettre en place, dès à présent, une organisation protectrice pour le cas où elle ne pourrait plus assurer de manière autonome la gestion de son patrimoine.

Ce mécanisme se rapproche du mandat de protection future issu de la loi du 5 mars 2007. Toutefois, la Fiducie-Gestion se distingue par sa survie au placement en curatelle ou tutelle de la personne protégée contrairement au mandat de protection future qui, sauf décision du juge des tutelles, s'éteint de plein droit.

## **§2 : Des pouvoirs encadrés**

En contrepartie des pouvoirs qui lui sont accordés, le mandataire a des obligations régies par les articles 1991 et suivants du Code Civil. Il doit répondre d'une obligation de diligence et de loyauté dès lors qu'il agit à la place et dans l'intérêt du mandant. Sa mission doit être remplie afin de servir au mieux les affaires du mandant et uniquement, l'intérêt exclusif de ce dernier. Le cas échéant, il doit répondre des fautes qu'il commet dans sa gestion.

Le mandataire doit également répondre d'une obligation de reddition des comptes prévue à l'article 1993 du Code civil. En cas de décès du mandant, les comptes devront être rendus à la succession.

Via l'article 2018 6° du même Code, le législateur consacre indirectement l'obligation du fiduciaire d'exercer la mission contractuelle qui lui a été impartie et de respecter les limites des pouvoirs d'administration et de disposition posés par le contrat de fiducie. Le fiduciaire doit rendre compte de sa mission au constituant et au bénéficiaire, selon les conditions précisées dans le contrat.

Dans les hypothèses où le fiduciaire manque à ses devoirs, la loi a opportunément prévu des mesures de protection destinées à préserver les intérêts du constituant ou du bénéficiaire. L'article 2027 du Code civil renvoie d'abord et à juste titre aux éventuelles stipulations contractuelles qui prévoiraient les conditions de remplacement du fiduciaire en cas de survenance de tels événements. À défaut de stipulations contractuelles, le constituant, le bénéficiaire ou le tiers protecteur peut demander en justice "la nomination d'un fiduciaire provisoire ou solliciter le remplacement du fiduciaire".

Ces deux moyens juridiques forts attrayants possèdent respectivement des faiblesses.

## **Section 2 : Des limites spécifiques**

### **§1 : Un fiduciaire nécessairement professionnel**

La qualité de fiduciaire est réservée par la loi (article 2015 du Code civil) aux traditionnelles institutions financières : établissements de crédit, Trésor public, Banque de France, La Poste, la Caisse des dépôts et des consignations, les entreprises d'investissement, les entreprises d'assurance. Depuis le 1<sup>er</sup> février 2009, les membres de la profession d'avocat peuvent également avoir la qualité de fiduciaire. L'extension de la mission traditionnelle de l'avocat aux fonctions de fiduciaire, et par là même à celles de gestionnaire d'un patrimoine dont il est titulaire pour autrui, a nécessité de substantielles mesures d'adaptation des règles régissant la profession d'avocat, lesquelles ont été arrêtées par l'ordonnance du 30 janvier 2009. Il incombe à l'avocat l'obligation d'effectuer préalablement une déclaration de son activité de fiduciaire au Conseil de l'ordre, celle de souscrire une assurance propre à cette activité, celle enfin de tenir une comptabilité séparée et un compte spécialement affecté à chaque fiducie.

Etonnamment, d'autres professions juridiques et financières que sont les notaires, les conseillers en gestion de patrimoine et même les experts comptables n'ont pas été envisagées dans cette fonction.

Ce recours obligatoire à un des professionnels énumérés pose donc la problématique d'une rémunération. Puisque la qualité de fiduciaire est uniquement autorisée, leur mission se verra donc obligatoirement rémunérée.

### **§2 : L'absence de contrôle du mandataire âgé**

Conclue intuitu personae, la procuration repose sur la confiance que le mandant accorde au mandataire. Le mandataire bénéficie par conséquent, d'une large indépendance dans l'exécution de sa mission.

L'aîné a toute latitude pour procéder à la révocation du mandataire. La formule utilisée par l'article 2004 du Code civil, « quand bon lui semble » favorise une appréciation large de ce pouvoir. Une étude des dossiers de mise sous protection juridique révèle quelques rares cas dans lesquels la personne âgée conteste des opérations bancaires effectuées et révoque la procuration donnée à l'un de ses enfants ou à l'une de ses connaissances

La personne âgée n'opérera aucun contrôle. Cette absence de contrôle fait reposer une large responsabilité sur le mandataire qui devra, alors en vertu de ses obligations, tenir très précisément des comptes afin de pouvoir notamment les restituer lors du décès du mandant. À défaut d'avoir rempli cette obligation fastidieuse, il s'expose à ce que sa responsabilité soit mise en cause par la succession.

L'absence de contrôle ne constitue pas une hypothèse d'école. Les raisons de cette absence de contrôle peuvent être de plusieurs ordres. Elle peut traduire le désintérêt de la personne âgée pour ses comptes. Elle peut aussi être la conséquence de la peur de blesser le mandataire aidant ou la conséquence d'un chantage affectif qui l'empêche de procéder à l'examen de ses comptes, elle peut aussi être dans l'impossibilité de le réaliser en raison de problèmes de santé.

La personne âgée peut aussi être amenée à effectuer une gestion orientée vers un but particulier.

## **Chapitre 2 : La recherche d'une gestion dynamique fructueuse**

Alors que les mécanismes de solidarité sociale ne parviennent plus à prendre le relais, les personnes âgées peuvent recourir à des outils juridiques précis permettant l'obtention de revenus complémentaires. En effet, la faiblesse des pensions actuelles et entre autre la timidité des banques en leur qualité de prêteurs rendent à nouveau la vente en viager séduisante.

### **Section 1 : Le viager**

La question du viager s'inscrit dans l'attachement des personnes âgées à leur logement et dans leur désir d'y demeurer le plus longtemps possible.

La question du logement se trouve au point de convergence du droit des personnes et du droit des biens : d'une part, un individu atteint par l'âge ou qui réfléchit à la survenance de celui-ci, d'autre part, un objet particulier de par son importance affective, sociale et économique. Autant de paramètres qui méritent une réflexion.

#### **§1 : Le cas typique du logement**

L'immobilier occupe une place prépondérante dans le patrimoine des ménages. Comme tout un chacun le senior a besoin d'un toit, d'un abri, d'une habitation, d'une demeure, d'un logement, c'est à dire d'un lieu où il puisse se fixer durablement.

Le viager a encore une connotation un peu négative en France. Pourtant, les ventes en viager augmentent de plus en plus. En effet, ce système commence peu à peu à intéresser aussi bien des vendeurs cherchant un meilleur confort pour leur retraite, des acheteurs à la recherche d'une bonne affaire immobilière.

Réglementé par les articles 1968 à 1983 du Code civil, le contrat de vente en viager est, dans son principe, un contrat écrit de vente par lequel un individu, appelé crédirentier, échange un bien immobilier(ou mobilier) contre une rente que lui devra jusqu'à sa mort un individu appelé débirentier. En ce qu'il découle de la vente d'immeubles, il est onéreux et synallagmatique ; en ce qu'il ressort au contrat de rente viagère, il est successif et aléatoire. Mais ce qui le fonde absolument, c'est son caractère aléatoire : « Sans caractère aléatoire, il n'y a pas de rente viagère (1<sup>ère</sup> chambre civile. 5 mai 1982).

Concernant le contrat de viager, il en existe deux types : d'une part, le viager libre dans lequel l'acheteur possède tout de suite le logement et d'autre part, le viager occupé dans lequel l'acheteur sera propriétaire du logement seulement à la mort du ou des occupants.

Dans tous les cas, une vente en viager est composée de plusieurs choses : le bouquet (une somme payée durant la signature du contrat) et la rente (ce que l'acheteur paye tous les mois au vendeur. Elle correspond au montant de la somme restante, après le paiement du bouquet).

## **§2 : Intérêt du dispositif**

Pour une personne âgée qui possède du patrimoine, mais une faible retraite, le viager peut être une solution intéressante. En effet, en choisissant de céder son bien en viager, le vendeur peut décider d'y rester toute sa vie tout en touchant des rentes supplémentaires payées par l'acheteur.

De plus, si l'acheteur a du mal à payer, il existe une clause dans le contrat qui prévoit, dans ce cas, la résolution automatique de la vente. De même, d'après l'article 1975 du Code civil, si le vendeur décède dans les 20 jours après la conclusion du contrat, le bien mis en vente en viager réintègre la succession.

Si la vente est réalisée alors que l'acheteur avait eu connaissance d'un caractère non aléatoire liée à la personne vendeuse (maladie grave, par exemple), la vente peut aussi être annulée.

Sans oublier que l'acheteur se doit de prendre à sa charge le paiement de la taxe foncière et de tous les travaux liés au logement, durant la durée du viager.

Ainsi, pour un vendeur, le viager ne comporte que des avantages s'il possède un patrimoine immobilier de valeur, mais une petite retraite. Les descendants y trouvent leur compte dans la mesure où cette forme de renonciation à la transmission du logement a, en quelque sorte, pour contrepartie l'absence de sollicitation alimentaire.

Corrélativement sont évités des conflits éventuels entre frères et sœurs à propos de la prise en charge financière de leurs auteurs et les parents n'ont pas à se positionner en demandeurs. Il est nécessaire de favoriser l'esprit familial de ces actes en les expliquant au lieu de les caricaturer et en autorisant un ou des enfants à être acquéreurs à part entière dans une vente en viager.

## Section 2 : Le démembrement de propriété, un allié bi fonctionnel

Il ne peut être traité de gestion de patrimoine sans mettre en avant le mécanisme du démembrement de propriété. Ce dernier peut aussi paraître comme une solution convenable pour aider les seniors à gérer leur patrimoine, d'autant plus s'il est conséquent. De plus, outre l'optique de gestion, le démembrement anticipe la transmission du patrimoine du senior avec une fiscalité attrayante. Le démembrement peut résulter de libéralités qui ont été réalisées par des parents ou grands-parents.

Le démembrement de propriété apparaît tel un outil d'optimisation économique. Le démembrement consiste à séparer la pleine propriété d'un bien en deux : d'un côté la nue-propriété qui est le simple droit de posséder le bien et de l'autre l'usufruit : le droit de l'utiliser (usus) ou d'en toucher les revenus (fructus). Ce dernier attribut de l'usufruit est particulièrement intéressant dans le cas de la personne âgée qui souhaite obtenir des revenus complémentaires.

Si celle-ci possède un patrimoine immobilier conséquent, par exemple des locaux divers, comme cela se rencontre souvent en pratique, elle peut organiser une transmission anticipée de ce patrimoine en effectuant un démembrement. Ainsi, elle peut effectuer une donation avec réserve d'usufruit de ce patrimoine. Cette faculté est organisée par l'article 949 du Code civil.

Dès lors, elle pourrait par exemple conclure des baux avec un tiers et percevoir les loyers. La personne âgée effectue d'une pierre deux coups : par le biais d'une action, elle obtient deux résultats. Une gestion dynamique et intelligente du patrimoine est faite puisque d'un côté le senior transmet de façon anticipée ses biens et de l'autre il s'assure l'obtention de revenus.

**Malgré l'apport d'instruments pertinents, un constat doit être fait : la faible sollicitation du droit par les personnes âgées.**

## Titre 2 : Un système juridique faiblement sollicité

En pratique, la gestion des biens du seniors s'effectue de façon générale en dehors de la sphère juridique. Cette circonstance amène donc effectuer des propositions pour encadrer et respecter au mieux sa volonté.

## **Chapitre 1 : Une gestion globale effectuée en dehors du droit**

De façon générale, comme il vient d'être dit la gestion du patrimoine des personnes âgées se situe plutôt dans un cadre extra juridique et cela pour plusieurs raisons relatives tant à la personne âgée elle-même qu'aux acteurs de la scène juridique qui seraient susceptibles d'intervenir.

### **Section 1 : Des sujets méfiants**

L'adage « Nul n'est censé ignorer la loi » est bien connu de tous, pourtant étant considérées comme profanes, les personnes âgées ne connaissent pas forcément l'état du droit au regard de la gestion des biens.

#### **§1 : Une méconnaissance des outils de gestion**

Comme il a été dit auparavant, les personnes âgées forment une catégorie hétérogène composée d'individus dont le revenu, le niveau de scolarité, l'état de santé et le lieu de résidence, entre autres facteurs, varient grandement. Par conséquent, la nature et l'ampleur des préoccupations concernant les outils juridiques diffèrent considérablement d'une personne âgée à l'autre.

De plus, le droit apparaît comme un domaine complexe et incompréhensible pour un profane et celui-ci n'ira pas forcément s'informer au sujet des dispositifs existants relatifs à la gestion du patrimoine.

Le recours aux outils de gestion officiels sera minime au profit d'une gestion « privée » extra juridique. Autrement dit, la personne âgée lambda, qui souhaite faire gérer son patrimoine, le fera en ayant recours à un tiers, le plus souvent un membre de la famille. En effet, les descendants sont principalement les premiers concernés et s'il est toujours vivant, il arrive que le conjoint (concubin /partenaire) prenne le relais et assure la gestion du patrimoine. Cette représentation ne sera pas marquée par un contrat en bonne et due forme mais les effets seront les mêmes dans la pratique de façon générale.

Un autre motif peut venir justifier cette faible mobilisation pour une gestion organisée juridiquement : la psychologie des sujets. Bien que cette justification n'est pas propre aux seniors, elle impacte tout de même leurs décisions. En effet, il est difficile d'imaginer pour un individu de laisser toute emprise sur son patrimoine. Une connotation péjorative ressort de cette situation : le sujet assimile sans doute cette gestion organisée par le droit à un dépouillement même si ce n'est pas le cas !

## §2 : Des professionnels craintifs

Le fiduciaire est chargé d'une mission dite fiduciaire qu'il assume en tant que professionnel. Il est normal qu'il engage sa responsabilité pour les fautes qu'il commet. Le législateur a apporté une précision importante en ce domaine dans l'article 2026 du Code civil qui dispose que :

*« Le fiduciaire est responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission »*

Cette règle est tout à fait logique, la responsabilité du fiduciaire est encourue en raison du manquement à ses obligations professionnelles. D'autant plus que la mission est assurée à titre onéreux, peu de tolérance sera accordé au professionnel.

Se posera donc la question de l'opportunité de l'opération. La fiducie n'est pas réservée aux grosses fortunes, toutefois, il est fort possible que les fiduciaires réfléchissent à deux fois avant de s'engager compte tenu de la lourdeur de la responsabilité qui pèse comme une épée Damoclès sur leur tête.

Au-delà de ces quelques justifications, cette pratique amène à comprendre que le droit n'est pas dans l'erreur.

## Section 2 : Une pratique révélatrice amenant la réflexion

Malgré l'existence d'outils de gestion intéressants, les seniors préfèrent exercer une gestion autonome sur leur patrimoine. Le droit ne se trompe pas en laissant une pleine liberté à ce sujet. Au fond, le système juridique français semble aller de concert avec la logique civiliste : la personne âgée est un sujet adulte qui demeure libre de prendre des initiatives dans son propre intérêt.

Ce qui pose néanmoins problème est la terminologie employée qui induit en erreur. Une présomption de vulnérabilité pèse sur la personne âgée. Il faut rappeler que la vulnérabilité ne fait pas partie du jargon civiliste mais du lexique pénal où elle constitue une circonstance aggravante de nombreuses incriminations. Elle demeure une notion vague, peu définie par la loi. Seules ses causes sont énumérées : âge, maladie, infirmité...

La vulnérabilité est le caractère de ce qui est vulnérable, fragile, précaire, de ce qui peut être attaqué ou blessé. Il faut donc retenir que la vulnérabilité apparaît comme un état et non telle une catégorie. Par conséquent, cet état ne concerne pas tous les sujets âgés au même moment, certains seront affaiblis plus tardivement que d'autres.

En droit civil, dans un élan de confusion, le majeur vulnérable pourrait être assimilé à un majeur protégé. Or être considéré comme un majeur protégé revient à admettre une incapacité.

Le droit pénal et le droit civil ont tous les deux des objectifs différents : le droit pénal assure la défense sociale, il est en de même en matière de droit de l'aide et de l'action sociale qui fait allusion à la vulnérabilité, notamment en raison de l'âge, sous divers critères « objectifs » le critère de l'âge est combiné à une perte d'autonomie et une situation de besoin ou le critère de l'insuffisance de ressources. Le droit de l'aide et de l'action sociale absorbe la vulnérabilité dans le besoin. Ceci est justifié par le caractère public des actions.

Le droit civil est fondé sur l'autonomie de la volonté et la liberté individuelle. Les enjeux sont clairement différents.

La vulnérabilité constitue un état peu compatible avec la notion juridique de consentement basée sur le principe d'autonomie de la volonté. L'expression de la volonté des personnes âgées vulnérables est facilement mise en doute.

Des effets pervers sont néanmoins à prévoir. Il faut éviter une sur qualification, le droit procédant toujours à une qualification pour appliquer ses normes. Or la vulnérabilité et la faiblesse sont des notions floues, la qualification juridique classique ne sera pas simple.

Pour aller de pair avec l'esprit du droit actuel qui suit les grands principes du droit français issus de la Révolution française, il faut insister sur une étanchéité juridique des différents domaines du droit de sorte que la vulnérabilité en raison de l'âge prônée par la sphère pénaliste ne vient pas troubler l'autonomie et la liberté de consentement de la personne âgée. Preuve en est les articles 1129 et 1130 du code civil relatifs au consentement ne font pas de l'âge une cause d'insanité d'esprit ou de vice du consentement.

**Pour concilier l'autonomie et la situation intermédiaire dans laquelle se trouve la personne âgée, des propositions s'adressant d'une part au législateur et d'autre part aux acteurs dotés d'une certaine proximité avec l'individu « âgé » doivent être faites.**

## **Chapitre 2 : L'introduction d'une démarche active innovante**

Afin d'éviter de tomber de nouveau dans les préjugés à l'avenir et développer un climat de confiance chez la personne âgée, il serait opportun pour le législateur d'intervenir tant dans la sphère pénale que civile.

### **Section 1 : L'évolution propice du corpus juridique**

De prime abord, le législateur peut intervenir dans ce processus en abrogeant l'article 311-12 du code pénal :

*« Ne peut donner lieu à des poursuites pénales le vol commis par une personne : 1° Au préjudice de son ascendant ou de son descendant ; 2° Au préjudice de son conjoint, sauf lorsque les époux sont séparés de corps ou autorisés à résider séparément. »*

Cet article a trait aux immunités familiales et empêche les poursuites selon les actes accomplis par les descendants, ascendants ou conjoints des victimes. Cette disposition s'applique aussi en matière d'escroquerie, de chantage, d'extorsion, d'abus de confiance...

Le but de cette abrogation serait d'instaurer un climat d'apaisement psychologique pour la personne âgée. Cette dernière, dans l'hypothèse où elle déciderait de gérer de façon autonome son patrimoine, ne serait pas inquiétée par l'obstruction familiale. De même si elle préfère laisser la gestion à un membre de la famille (descendants ou conjoint), ceux-ci ne pourraient pas agir dans leurs propres intérêts mais devraient assurer une gestion digne au profit de la personne âgée.

Puis, et c'est ce qui serait novateur, introduire une nouvelle disposition dans le code civil. Celle-ci, à la différence du droit pénal qui insuffle la qualité de vulnérabilité aux seniors, posera une présomption réfragable de capacité de discernement attribuée à la personne âgée.

Dans un premier temps, il faudrait rajouter un alinéa à l'article 414 et mettre en exergue le fait que la capacité juridique n'a pas de limite d'âge au lieu de rester centré sur le seuil de la majorité.

Dans un second temps, consacrer un alinéa supplémentaire à ce même article et préciser que l'avancement en âge de l'individu ne le prive point de sa capacité de discernement et n'altère pas celle-ci ni systématiquement ni totalement sauf constatation contraire.

De cette façon, cette présomption réfragable permet d'éviter les discriminations au regard de l'âge: le grand principe demeure la capacité de discernement, toujours détenue par une fraction importante des seniors. Cette aptitude à discerner prônerait l'autonomie et l'initiative personnelle. D'un autre côté, cette présomption pourrait être amenée à être renversée notamment dans les cas de rapprochement vers le grand âge où les signes d'affaiblissement sont presque certains. Ainsi toutes les casuistiques pourraient ainsi se retrouver régies par le code civil.

Le sujet âgé resterait dans le cadre normal d'un majeur ordinaire mais en même temps l'attention serait attirée sur un éventuel affaiblissement, sans aller dans le domaine des incapacités.

## **Section 2 : Une gestion autonome tempérée par des sollicitations ponctuelles et une prévention accrue des acteurs typiques**

En respectant la volonté du sujet âgé, en tenant compte de la potentielle définition proposée et par conséquent de la situation intermédiaire dans laquelle il se trouve, des sollicitations émanant des banques sont souhaitables. Ces dernières sont les institutions les plus fréquentées et seraient aptes pour effectuer des études.

Elles devraient réaliser une enquête, via l'établissement d'un questionnaire confidentiel, auprès de leurs clients « âgés » pour connaître leurs habitudes respectives concernant la gestion de leur patrimoine et adapter leurs conseils. Ces enquêtes devraient toutefois rester occasionnelles et mesurées sous peine d'être trop intrusives. Le client pourrait mal interpréter ce genre de mesure. De même, en fonction des informations transmises, les banques pourraient surveiller davantage les comptes de cette population cible à la recherche d'opération suspecte, tout cela en respectant les pouvoirs qui leur sont attribués dans le cadre de leur mission.

Outre les institutions bancaires, d'autres acteurs devraient intervenir auprès de la personne âgée. Il est ici fait référence aux médecins, associations voire clubs de troisième âge si l'individu en fait partie et aux pouvoirs publics. Ceux-ci pourraient agir en collaboration afin d'effectuer une prévention efficace tout en respectant l'autonomie du senior.

Ainsi, les médecins peuvent à titre informatif, s'ils détectent les prémices d'un affaiblissement quelconque physique ou psychologique chez leurs patients, commencer à discuter d'une éventuelle aide ou d'une prise en charge future relative aux décisions patrimoniales. Prendre en compte les prémices d'un affaiblissement s'opérerait en tenant compte de plusieurs facteurs : outre l'âge, le contexte social et familial du patient devrait aussi avoir de l'importance. L'âge serait le point de départ du diagnostic à condition d'être joint à d'autres éléments. Une formation particulière plus orientée sur le social pour cela serait requise pour ces professionnels médicaux.

Il en est de même des associations et clubs qui pourraient effectuer des réunions d'information concernant les procédés existant pour l'aide à la gestion des biens et développer des réseaux d'écoute. Une action collective de ces divers acteurs devrait être faite pour assurer une meilleure prévention.

Enfin, les pouvoirs publics ont les moyens de diffuser des campagnes de communication via divers supports (télévision, radio, brochures, internet ....) sur les démarches à suivre et les agents vers lesquels se diriger si le public concerné souhaite avoir davantage d'informations au regard de la gestion patrimoniale.

## CONCLUSION

A la question *le droit français devrait-il créer un statut spécifique pour assurer une gestion protégée de la personne âgée ?*, la réponse tend plutôt vers la négative.

Le droit français ne reconnaît pas spécifiquement les personnes âgées, pour preuve aucune définition juridique ne leur est dédiée. Elles sont ponctuellement prises en considération lorsqu'elles deviennent incapables par l'âge ou la maladie. Les régimes de protection des incapables majeurs (tutelle, curatelle, sauvegarde de justice) répondent à un besoin mais ne sont pas la solution de toutes les situations.

Ce qui amène à dire que la personne âgée reste une personne juridique ordinaire. Il ne faut pas non plus demeurer dans l'inquiétude puisque des palliatifs de droit commun prennent le relais pour protéger ses intérêts patrimoniaux en cas de danger, comme pour tout autre individu lambda.

Ce qu'il ne faut pas négliger et nier, c'est que la personne âgée est dans une situation intermédiaire dans le sens où la prise d'âge expose plus la personne âgée à la vulnérabilité. C'est un fait, toutefois, cela ne fait pas d'elle une incapable dépourvue de raison et il faut réellement insister là-dessus. La création d'un statut particulier ne ferait qu'amplifier ce stéréotype illustré par l'écrasante résistance de la faiblesse et la maladie sur l'autonomie et le bien-être du senior. Or, à travers ce mémoire, il a été démontré qu'il n'existe pas un profil de personne âgée mais plusieurs catégories de personnes âgées toutes uniques.

De même, la problématique patrimoniale est une question délicate et très personnelle peu importe le public concerné. Les outils de gestion existants à ce jour ne font pas tous l'unanimité auprès des personnes âgées, il n'est donc pas sûr que la création d'un statut particulier fasse évoluer les mentalités. Comme l'a soutenu le professeur Philippe MALAURIE, « *dans les réponses au défi de la vieillesse, le droit ne vient qu'en dernier lieu. La grande illusion de beaucoup d'hommes de loi c'est de dire et de croire que le droit permet à lui seul d'assurer la paix, la sérénité et la vie heureuse aux personnes âgées* ».

Evidemment, une attention particulière devrait être allouée à la personne âgée, non pas en créant un statut particulier qui l'embrigade au point de l'étouffer, mais en scrutant d'une part sa volonté tant que celle-ci peut toujours être mise en valeur et d'autre part les aspects majeurs caractérisant sa vie. Ainsi, selon sa situation économique, familiale et sociale, le senior lui-même choisira le prisme sous lequel il souhaite effectuer la gestion des biens.

Le législateur, quant à lui, a néanmoins le mérite d'ériger un panel de dispositifs basés sur l'autonomie de volonté et l'anticipation de l'incapacité. La personne âgée pourra ainsi sans contrainte faire valoir ses idéaux pendant qu'il en est encore temps car il ne faut pas l'omettre : la France n'est-elle pas le pays des Droits de l'Homme...

# BIBLIOGRAPHIE

## **Bases juridiques :**

- Dalloz
- Lamyline
- Lexis Nexis
- Lextenso
- Legifrance

## **Ouvrages généraux :**

- Code Civil
- Code Pénal
- Code de la Consommation
- Code l'Action sociale et des familles

## **Revues spécifiques :**

- Relations familiales des personnes âgées, 2005 de Catherine BONVALET

- La famille, l'argent et les personnes vulnérables : la place du droit, 2008 de Yann FAVIER

- La personne âgée vulnérable : entre autonomie et protection, Gérontologie et société, 2009, de Clémence LACOUR

## Doctrines :

- *Vieillesse, capacité et famille*, Elisabeth PAILLET
- *Le grand âge*, Philippe MALAURY
- *Les majeurs protégés : les nouveautés » : La gestion des biens de la personne protégée*, AJ famille 2015, par Nathalie PERTEKA
- *La notion de dépendance des personnes âgées en droit positif français*, Mélanie SCHMITT
- *L'habilitation familiale ou la tutelle simplifiée*, Gazette du Palais, Gilles RAOUL-CORMEIL
- *Senior, logement et stratégies patrimoniales*, avril 2012, Catherine PHILIPPE
- *Vieillesse de la population : le point sur la réforme » - Adaptation de la société au vieillissement, un nouveau regard sur la perte d'autonomie*, AJ famille 2016, Anne-Laure FABAS-SERLOOTEN
- *Une loi liberticide et discriminante pour les personnes dépendantes*, AJ 2015, Diégo POLLET
- *La vente en viager, outil de gestion du risque vieillesse*, Droit et patrimoine
- *Les procurations bancaires données par les personnes âgées*, Revue de Droit bancaire et financier, juillet 2016, Dorothée GUERIN
- *Liberté de disposer de la personne âgée et lutte contre les captations d'héritage*, Droit de la Famille, Octobre 2016, Marc NICOD
- *Vulnérabilité et fragilité : réflexions autour du consentement des personnes âgées*, Yann FAVIER

- *Le régime juridique de la fiducie*, Lextenso, Bernard JADAUD
- *Les seniors, une chance pour l'avenir !*, Lextenso, Gazette du Palais, Array Array

**Sites internet** (source Google)

- Guide des aides légales à la gestion du patrimoine et à la protection de la personne – Ministère des solidarités et de la santé- <http://solidarites-sante.gouv.fr>
- Le patrimoine des personnes vulnérables, <https://www.notaires.fr>
- Les personnes âgées et le droit international, <http://acatparis5.free.fr>
- L'évolution de la place de la personne âgée dans la société <http://uva.montbrison42.fr>
- Avis sur l'effectivité des droits des personnes âgées, <https://www.legifrance.gouv.fr>
- Abus de faiblesse : attention aux personnes particulièrement vulnérables <http://www.avocats-picovschi.com>